



# REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

***BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW***

Ano 31 • vol. 199 • nov./dez. 2023

Dossiê Especial: Verdade, Política e Processo Penal

Editores-Associados:

Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner

Prof. Dr. Salah H. Khaled Jr.

Prof. Dr. Gabriel Divan



# REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 31 • vol. 199 • nov./dez. 2023

## Presidência

Renato Stanzola Vieira

## Coordenação

André Nicolitt

## EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

**Editor-chefe** – Prof. Dr. André Nicolitt (Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ)

**Editores-assistentes** – Profa. Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA), Prof. Dr. Antonio José Teixeira Martins (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG), Prof. Dr. Bruno Silveira Rigon, Prof. Dr. Carlos Helder Carvalho Furtado Mendes (Centro Universitário – UNDB – São Luiz/MA), Profa. Dra. Ana Carolina Filippin Stein (Centro Universitário Metodista – IPA – Porto Alegre/RS), Prof. Dr. Douglas Borges de Vasconcelos (Universitat Pompeu Fabra – UPF – Espanha), Profa. Dra. Ellen Cristina Carmo Rodrigues Brandão (Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF – Juiz de Fora/MG), Prof. Dr. Guilherme Francisco Ceolin (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – Brasília/DF), Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba/PR), Profa. Dra. Junya Rodrigues Barletta (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Prof. Dr. Luiz Gabriel Batista Neves (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA), Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA), Me. Maria Brito Alves (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – Brasília/DF) Prof. Dr. Nestor Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza/CE), Profa. Dra. Renata Almeida da Costa (Universidade La Salle – Canoas/RS), Dr. Rodrigo Oliveira de Camargo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS), Prof. Dr. Taiguara Libano Soares e Souza (Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ) e Prof. Dr. Vitor Stegemann Dieter (Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC – Curitiba/PR)

## Editores-executivos:

**Supervisor de publicações:** Willians Meneses (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo/SP)

**Auxiliar de publicações:** Helen Christo (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo/SP)

## CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália)  
Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)  
Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia)  
Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal)  
Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha)  
Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha)  
Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)  
Antonio Scaranze Fernandes (USP – São Paulo/SP)  
Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)  
Aury Lopes Jr. (Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)  
Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)  
Carlos Maria Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)  
Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)  
Cornelius Prittitz (Universität Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha)  
David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)  
Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)  
Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)  
Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)  
Esther Gimenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha)  
Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires Argentina)  
Fernanda Regina Vilarés (FGV – FGVSP – São Paulo/SP)  
Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)  
Fernando Santa Cecilia García (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)  
Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)  
Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)  
Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)  
Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas – FGVSP – São Paulo/SP)  
Iasevoli Clelia (Università Degli Studi di Napoli – Itália)  
Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha)  
Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)  
Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)  
Jésus-Maria Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)

João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)  
Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)  
José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)  
Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)  
Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)  
Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)  
Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)  
Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)  
Leandro Ayres França (Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)  
Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)  
Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)  
Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)  
Mária Paz Arenas Rodríguez (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)  
Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)  
Mário João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)  
Mariângela Gama de Magalhães Gomes (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)  
Marina Pinhão Coelho Araujo (Insper Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER – São Paulo/SP)  
Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia)  
Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)  
Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP)  
Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha)  
Nilo Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS)  
Pedro Caero (Universidade de Coimbra – Portugal)  
Olga Spinoza (Universidad de Chile – Chile)  
Pilar Gomes Pavón (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)  
Raúl Cervini (Universidad da República do Uruguai – Uruguai)  
Salo de Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)  
Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália)  
Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)  
Stella Maris Martínez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)  
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)  
Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

## **CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)**

Ana Luísa Leão de Aquino Barreto (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)  
André de Abreu Costa (Universidade Federal de Ouro Preto – Ouro Preto/MG)  
André Matheus (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)  
André Rocha Sampaio (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)  
Bruno Shimizu (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)  
Clara Masiero (Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS – São Leopoldo/RS)  
Cláudio Lopes (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS – Três Lagoas/MS)  
Diogo Valério Félix (Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR – Maringá/PR)  
Eduardo Pitrez (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)  
Eliomar da Silva Pereira Eliomar da Silva Pereira (Universidade Autónoma de Lisboa – Portugal)  
Fabiano da Silveira Pignata (CEUNIFAMETRO – Manaus/AM)  
Fábio da Silva Santos (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)  
Fábio Guedes de Paula Machado (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG)  
Gustavo Junqueira (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)  
Hugo Leonardo Rodrigues Santos (Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL – Maceió/AL)  
João Paulo Orsini Martinelli (Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ)  
Jorge André de Carvalho Mendonça (Faculdade Damas – Recife/PE)  
José Carlos Moreira da Silva Filho (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)  
José Danilo Tavares Lobato (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ – Seropédica/RJ)  
Juliano de Oliveira Leonel (Faculdade Santo Agostinho – Teresina/PI)  
Karina Franco (Faculdade Cesmac do Agreste – Arapiraca/AL)  
Luiz Antônio Bogo Chies (Universidade Católica de Pelotas – UCPel – Pelotas/RS)

Luiz Fernando Kazmierczak (Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP – Curitiba/Paraná)  
Mara Lina Silva do Carmo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)  
Marcelo Oliveira de Moura (Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS – São Leopoldo/RS)  
Marcelo Semer (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)  
Marina Pinhão Coelho Araújo (Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER – São Paulo/SP)  
Matheus Felipe De Castro (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)  
Naiara Alcantara (Universidade Federal do Pará – UFPR – Belém/PA)  
Paulo Henrique Burg Conti (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)  
Pedro Augusto Amaral Dassan (Universidade de Coimbra – UC – Portugal)  
Pedro Augusto Simões da Conceição (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)  
Rafael Junior Soares (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba/PR)  
Ramiro Gomes von Saltiel (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)  
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)  
Roberta de Lima e Silva (Universitat de Girona – UDG – Espanha)  
Thiago Miranda Minagê (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ/FND – Rio de Janeiro/RJ)  
Tomás Grings Machado (Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS – São Leopoldo/RS)  
Vanessa Chiari Gonçalves (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – Porto Alegre/RS)  
Vitor Gonçalves Machado (Universidade Federal do Espírito Santo – UFES – Espírito Santo/ES)  
Vlamiir Costa Magalhães (Universidade de Coimbra – Portugal)  
Wagner Marteleto Filho (Universidade de Lisboa – Portugal)  
Warley Belo (Faculdade Kennedy – Belo Horizonte/MG)  
Yuri Felix (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)

## **AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)**

Claudia Rosane Roesler (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF)  
Daniel Kessler de Oliveira (Universidade Feevale – Novo Hamburgo/RS)  
Felipe Lazzari da Silveira (Universidade Católica de Pelotas – UCPEL – Pelotas/RS)  
Gabriel Divan (Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo/RS)  
Geraldo Prado (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)  
Glauro Giostra (Università degli Studi di Roma – Itália)  
Guilherme Gomes Vieira (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF)  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)  
Jéssica Oníria Ferreira de Freitas (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)  
José de Assis Santiago Neto (Pontifícia Universidade Católica de Minas

Gerais – PUCMG – Belo Horizonte/MG)  
Lenio Luiz Streck (Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS)  
Leonardo Costa de Paula (Universidade Federal Fluminense – UFF – Volta Redonda/RJ)  
Marco Aurélio Nunes da Silveira (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)  
Ney de Barros Bello Filho (Instituto de Direito Público – IDP – Brasília/DF)  
Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (Universidade de Lisboa – Portugal)  
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)  
Salah H. Khaled Jr. (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)  
Vinicius Diniz Monteiro de Barros (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG – Belo Horizonte/MG)

## **BASES DE DADOS/DIVULGADORES INDEXADOS:**



As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

*Revista Brasileira de Ciências Criminais*

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400  
ISSN Digital 2965-3967

REVISTA BRASILEIRA DE  
**CIÊNCIAS CRIMINAIS**  
Ano 31 • vol. 199 • nov./dez. 2023

*Coordenação (editor-chefe)*  
ANDRÉ NICOLITT

*Publicação oficial do*  
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

ISSN 1415-5400  
ISSN Digital 2965-3967

## REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 31 • vol. 199 • nov./dez. 2023

*Presidência*  
RENATO STANZIOLA VIEIRA

*Coordenação (editor-chefe)*  
ANDRÉ NICOLITTI

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da  
THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO  
*Diretora Responsável*

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia  
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial,  
por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais  
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)  
Tel. 0800-702-2433

*e-mail* de atendimento ao consumidor: [sact@thomsonreuters.com](mailto:sact@thomsonreuters.com)  
*e-mail* para submissão dos originais: [aval.artigo@thomsonreuters.com](mailto:aval.artigo@thomsonreuters.com)

Conheça mais sobre Thomson Reuters: [www.thomsonreuters.com.br](http://www.thomsonreuters.com.br)

Acesse o nosso eComm  
[www.livrariart.com.br](http://www.livrariart.com.br)

Impresso no Brasil: [11-2023]  
Profissional

Fechamento desta edição: [19.09.2023]





Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

## Diretoria da Gestão 2023/2024

### DIRETORIA EXECUTIVA

#### *PRESIDENTE*

Renato Stanzola Vieira

#### *1º Vice-Presidente*

Maria Carolina de Melo Amorim

#### *2º Vice-Presidente*

Vinicius de Souza Assumpção

#### *1º Secretária*

Raquel Lima Scalcon

#### *2º Secretário*

Bruno Shimizu

#### *3º Secretária*

Carina Quito

#### *1ª Tesoureira*

Camila Torres Cesar

#### *2º Tesoureiro*

Antonio Pedro Melchior

#### *1ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais*

Juliana Sanches Ramos

#### *2ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais*

Luanna Tomáz de Souza

#### *3ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais*

Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho

### CONSELHO CONSULTIVO

#### *MEMBROS*

Marina Pinhão Coelho Araújo

André Nicolitt

Ester Judite Rufino

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira

Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo

Marcos Alexandre Coelho Zilli

#### *OUVIDORA*

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

### CONSELHO DE DIVERSIDADE

#### *MEMBROS*

Andre Pires de Andrade Kehdi

Clarice Beatriz

Débora Viviane

Isadora Brandão

Lúcia Ribeiro

Marcio Romualdo

Maria Sylvia de Oliveira

Michael Mary Nolan

Priscila França

Priscila Pamela C Santos

## DEPARTAMENTOS

### *ACESSIBILIDADE*

Luciana Dias

Luiz Otávio Rodrigo Romeiro

### *AMICUS CURIAE*

Débora Duprat

### *BIBLIOTECA*

Simone Henriques

### *BOLETIM*

Fernando Gardinali

### *CONVÊNIOS NACIONAIS*

Luan Moyano

### *CONVÊNIOS INTERNACIONAIS*

Livia Moscatelli

### *CURSOS*

Daniel Zaclis

### *ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS*

Chiavelli Falavigna

### *CURSOS IBCCRIM – COIMBRA*

Marcelo Ruivo

### *GRUPO DE ESTUDOS AVANÇADOS (GEAS)*

Debora Mota

### *INFÂNCIA E JUVENTUDE*

Ana Paula Freitas

### *INICIAÇÃO CIENTÍFICA (LABORATÓRIOS)*

Camila Forigo

### *JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA*

Monique De Carvalho Cruz

### *JUSTIÇA RESTAURATIVA*

Fabiana Zanatta

### *MONOGRAFIAS*

Ana Cristina Gomes

### *NOVAS TECNOLOGIAS NA JUSTIÇA PENAL*

Maíra Fernandes

### *POLÍTICA DE DROGAS*

Dudu Ribeiro

### *REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS*

André Nicolitt

### *SISTEMA PRISIONAL*

Roberto Moura

## COMISSÃO ORGANIZADORA

### *29º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – PRESIDENTES*

Diogo Malan

Marta Saad

Marcela Diório

Saulo Mattos

Bartira Miranda

## EQUIPE DO IBCCRIM – NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES

### *SUPERVISÃO*

Willians Meneses

### *EQUIPE*

Helen Christo

## NÚCLEO DE ADMINISTRAÇÃO, EDUCAÇÃO E BIBLIOTECA

### *SUPERVISÃO*

Fernanda Barreto

### *EQUIPE*

Alexandre Soledade de Oliveira

Patrícia Jardim Grellet

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

Anderson Fernandes Campos

## NÚCLEO FINANCEIRO

### *SUPERVISÃO*

Roberto Seracinskis

### *EQUIPE*

Andrea Pereira dos Santos

Vanessa dos Santos Lima

Sara Lemos de Oliveira

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)

Rua Onze de Agosto, 52, 6º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

# REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 31 • vol. 199 • nov./dez. 2023

*Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais*

**JULIANA MAYUMI ONO**

*Gerente de Conteúdo*

**ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES**

*Editorial:* Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

*Analista de Conteúdo Editorial Júnior:* Ana Carolina Francisco

*Estagiários:* Aline Pavanelli e João Victor Sales

*Produção Editorial*

*Gerente de Conteúdo*

**MILISA CRISTINE ROMERA**

*Especialistas Editoriais:* Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

*Analista de Projetos:* Jéssica Viana Bezerra

*Analistas de Operações Editoriais:* Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade e Patrícia Melhado Navarra

*Analistas de Qualidade Editorial e ProView:* Ana Paula Cavalcanti, Gabriel George Martins, Gabriela Cavalcante Lino, Maria Carolina Ferreira, Maria Cristina Lopes Araújo, Rodrigo Araújo e Victória Menezes Pereira

*Estagiárias:* Michelle Kwan e Rebeca Crespo Rangel

*Capa:* Andréa Cristina Pinto Zanardi

*Adaptação capa:* Linotec

*Líder de Inovações de Conteúdo para Print*

**CAMILLA FUREGATO DA SILVA**

*Visual Law:* Rodrigo Camillo Lopes Barcelos

*Gerente de Operações e Produção Gráfica*

**MAURICIO ALVES MONTE**

*Analistas de Produção Gráfica:* Ana Paula de Araújo Evangelista e Jéssica Maria Ferreira Bueno



# SUMÁRIO

## EDITORIAL

|                                                                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Dossiê: Verdade, Política e Processo Penal<br>RICARDO JACOBSEN GLOECKNER; SALAH H. KHALED JR.e GABRIEL DIVAN..... | 17 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

## DOSSIÊ ESPECIAL: VERDADE, POLÍTICA E PROCESSO PENAL

|                                                                                                      |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Verdade e <i>Fake News</i><br><i>Truth and Fake News</i><br>JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO ..... | 29 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                                                                                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Um manifesto antirrelativista: só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados<br><i>An anti-relativist manifesto: there are only interpretations because there are facts, rules and principles to be interpreted</i><br>LENIO LUIZ STRECK ..... | 53 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas<br><i>Truth, criminal procedure and epistemology: from the alleged philosophical foundation to the legal and political effects of adopting rationalist premises</i><br>RICARDO JACOBSEN GLOECKNER; SALAH H. KHALED JR.e GABRIEL DIVAN..... | 73 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| Justiça e verdade<br><i>Justice and truth</i><br>GLAUCO GIOSTRA..... | 109 |
|----------------------------------------------------------------------|-----|

Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos *standards* de prova no processo penal brasileiro

*Between topoi and fee-based evidence: about procedural systems, comparative law method and the alleged possibility of application of the evidence standards in the Brazilian criminal procedure*

LEONARDO COSTA DE PAULA; VINICIUS DINIZ MONTEIRO DE BARROS e JOSÉ DE ASSIS SANTIAGO NETO ..... 119

Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político-criminal

*Intersections between colonialism and criminal procedure law in Latin America: an epistemological and criminal policy proposal*

JÉSSICA ONÍRIA FERREIRA DE FREITAS e MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA..... 153

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*

DANIEL KESSLER DE OLIVEIRA ..... 177

O *Lawfare* brasileiro: dos contributos à ascensão fascista ao recrudescimento do autoritarismo processual penal

*Brazilian lawfare: from the contributions of the fascist rise to the strengthening of authoritarianism in the criminal procedure*

FELIPE LAZZARI DA SILVEIRA ..... 211

## FLUXO COMUM

Execução antecipada da pena: inflexões argumentativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

*Provisional enforcement of the custodial sentence: argumentative inflections of Federal Supreme Court's case law*

NEY DE BARROS BELLO FILHO; CLAUDIA ROSANE ROESLER e GUILHERME GOMES VIEIRA ..... 239

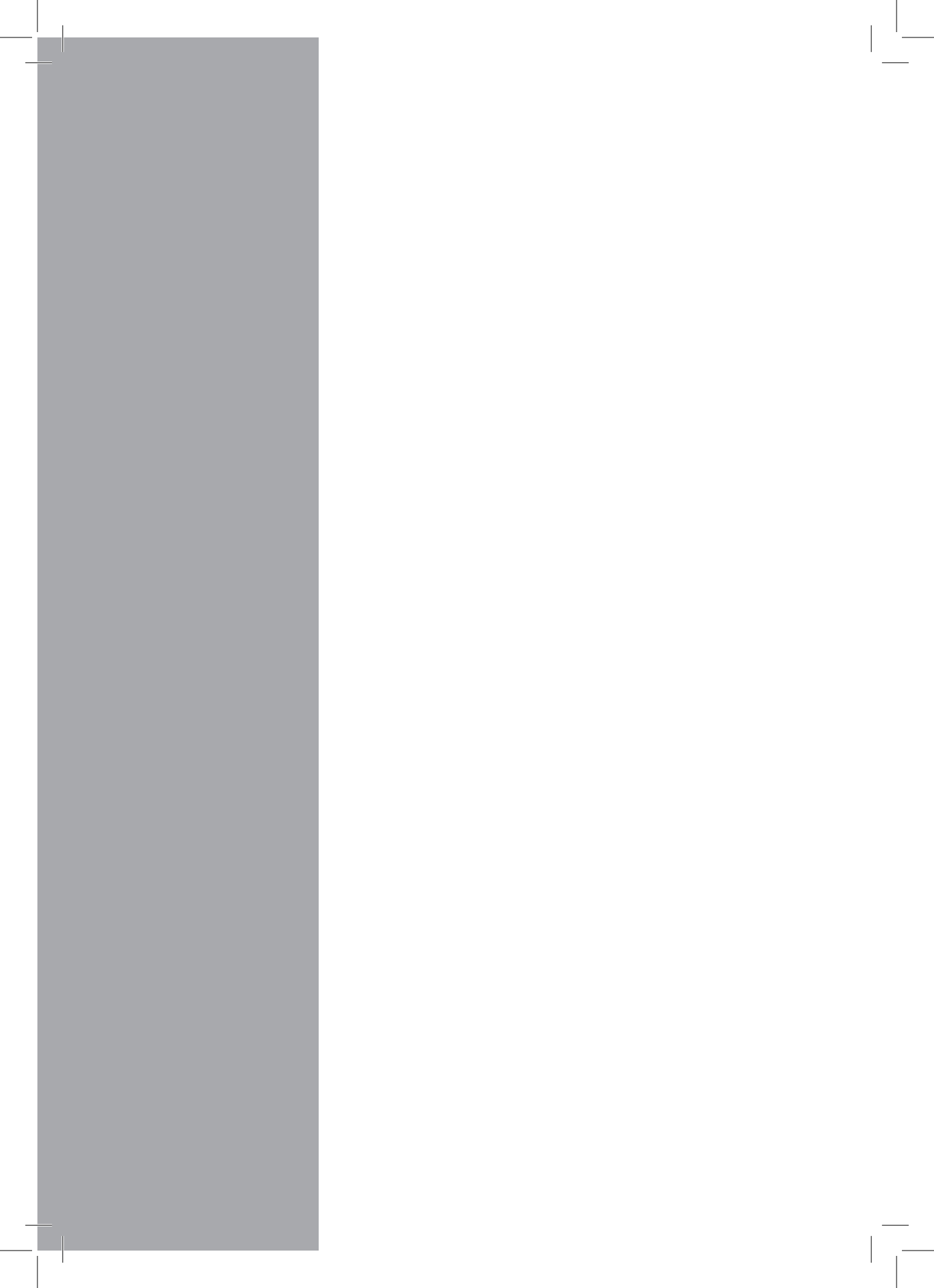
---

|                                                                                                                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Deepfakes</i> pornográficas não consensuais: a busca por um modelo de criminalização<br><i>Non-consensual deepfake porn: searching for a model of criminalization</i><br>PAULO GUSTAVO LIMA E SILVA RODRIGUES..... | 277 |
| <br><b>DIREITO POR QUEM O FAZ</b>                                                                                                                                                                                     |     |
| Parecer: investigação criminal digital e processo penal<br><i>Legal opinion: digital criminal investigation and criminal process</i><br>GERALDO PRADO.....                                                            | 315 |
| <br><b>ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO</b> .....                                                                                                                                                                          | 351 |
| Autores .....                                                                                                                                                                                                         | 353 |
| Temas.....                                                                                                                                                                                                            | 355 |
| <br><b>MELHORES AVALIADORES REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS</b> .....                                                                                                                                        | 359 |
| <br><b>NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS</b> .....                                                                                                                                      | 361 |
| <br><b>DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS</b> .....                                                                                                                        | 373 |
| <br><b>CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (CHECK LIST)</b> .....                                                                                                                                                                | 379 |



The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The pattern is most prominent on the right side of the page, where it appears to be a close-up of a larger, more detailed design.

# **Editorial**



## DOSSIÊ: VERDADE, POLÍTICA E PROCESSO PENAL

---

### RICARDO JACOBSEN GLOECKNER

Pós-Doutorado pela *Università Degli Studi di Napoli Federico II*. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2010). Mestrado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005). Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2002). Professor. Lattes CV: [<http://lattes.cnpq.br/2085174043653648>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-1205-380X>]. [ricardogloeckner@hotmail.com](mailto:ricardogloeckner@hotmail.com)

### SALAH H. KHALED JR.

Doutor e mestre em Ciências Criminais (PUCRS, 2011 e 2008), mestre em História (UFRGS, 2007) e Presidente do Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural. Professor. Lattes CV: [<http://lattes.cnpq.br/6155872393221444>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-4918-1060>]. [salah.khaledjr@gmail.com](mailto:salah.khaledjr@gmail.com)

### GABRIEL DIVAN

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduado (Especialização) em Ciências Penais, pela mesma universidade. Professor, Advogado e Pesquisador. Lattes CV: [<http://lattes.cnpq.br/2279996083883727>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3459-9520>]. [divan.gabriel@gmail.com](mailto:divan.gabriel@gmail.com)

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8381446>].

"A mentira é uma verdade que se esqueceu de acontecer".

Mario Quintana

A temática da verdade está no centro de uma discussão que não poderia ser – como de fato não é – exclusivamente jurídica. Um debate sobre a verdade, que não pode ser limitado a uma tematização pelas lentes jurídicas, sociológicas, filosóficas etc. é antes de tudo, uma questão política. Com efeito, ignorar que a questão da verdade, assim como por exemplo a do método<sup>1</sup>, reside na tomada de posição acerca de um valor político é, sobretudo, uma

---

1. Cf.: FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.

forma de mascarar, ainda que cientificamente, um problema profundo que atravessa as sociedades democráticas ocidentais. As distintas teorias da verdade que concorrem entre si para oferecer o meio mais eficaz para se chegar a uma espécie de supremacia conceitual são indicadores claros de como o problema é posicionado. A pretensão de depositar o valor político verdade no campo da epistemologia, como se este campo próprio fosse imune aos valores soa como uma espécie de reprimatização weberiana<sup>2</sup>.

Uma teoria apolítica das verdades (justamente no plural) seria tão necessária quanto uma história quintessencial de uma contrapolítica da história. Os exemplos poderiam ser apresentados aos borbotões. A questão reside menos em saber quem detém “a verdade sobre a verdade” e mais em como o discurso sobre a verdade é introduzido no campo tanto das sociedades democráticas e, por óbvio, do processo penal. Que a verdade seja inalcançável, se por isso quisermos identificar, na esteira do cientificismo moderno, um resultado absolutamente certo, capaz de satisfazer o requisito estatístico dos 100% é uma obviedade paroquial. De tudo o que já foi escrito ao longo da história do processo penal, certamente não é necessário afirmar que a verdade é inalcançável por este instrumento imperfeito, rústico e bruto de reconstrução de fatos passados. A questão, portanto, deixou de ser, pelo menos em termos da filosofia da prova penal, o encontro da verdade real. Evidentemente, os tribunais brasileiros se encarregam de constantemente exumar esse conceito, o de verdade real, que se encontra presente em inúmeros julgados dos tribunais superiores aos de piso. Mas nesse ponto se torna absolutamente necessária uma diferenciação. Tais julgados refletem muito menos uma aposta na capacidade de o sistema processual penal produzir um resultado seguro do que nos usos que a verdade real possibilita. Em outras palavras, não é preciso acreditar na verdade real para se extrair dela uma potência significativa que percorre integralmente o sistema: não há sistema inquisitório sem uma política da verdade, que, como dispositivo inquisitorial<sup>3</sup>, produz constantes rearranjos intersistêmicos. Basta atentar-se para a sobrevida de artigos como o 156 ou o 385, ambos do CPP. Em homenagem à verdade real, tal categoria é utilizada como um instrumento plástico, flexível, manipulável, perfeitamente adequado para sabotar qualquer sistema acusatório. O que se diga, *en passant*, sequer é o caso brasileiro, posto que se trata de um modelo autoritário e enraizado na estética e na razão prática inquisitórias.

Assim as coisas, um dossiê que trata de verdade e política parecia a nossos olhos (e continua sendo) essencial, o que autoriza a pluralidade de textos aqui encontrada. Mas não é só. Se, portanto, um dos problemas reside justamente na identificação dos usos que a categoria verdade autoriza, falar da verdade é ao mesmo tempo, falar de política processual penal. E, nesse ponto, se está a falar de acusatoriedade e inquisitorialidade, menos no sentido de modelos ideais de processo do que através de sua força performativa em direção à resolução democrática do caso penal. O atual Código de Processo Penal é atravessado pela pretensão de verdade. Em seus artigos, a palavra é usada em 12 oportunidades. Fala-se em

2. Cf.: WEBER, Max. *Ciências e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2011.

3. AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo pena brasileiro contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2014.

exceção da verdade (art. 85); fala-se no poder atribuído ao juiz para denegar pedido de perícia, quando ela não importar no “esclarecimento da verdade” (art. 184); no art. 187, § 2º, I e II do CPP, que tratam do interrogatório, o código trata de “acusação verdadeira” como objeto dos questionamentos; em sua redação originária, o art. 188 exigia do réu “a prova da verdade” do seu alegado, quando não confessasse; na prova testemunhal (art. 203), a testemunha prometerá “dizer a verdade”; o art. 211 do CPP destaca o poder judicial de encaminhar notícia-crime à autoridade policial quando a testemunha “calou ou negou a verdade”; o atual art. 217 cuida da presença do réu na sala de audiências e da possibilidade de seu afastamento, quando puder prejudicar a “verdade do depoimento”; o art. 226, III, do CPP, que trata do reconhecimento, regula o anonimato do ato de reconhecimento como medida de garantia da verdade, é tarefa do juiz-presidente, no tribunal do júri, diligenciar para que alguma falta seja sanada e não prejudique o alcance da verdade; o art. 523 fala novamente de exceção da verdade, e finalmente, o art. 566 do CPP determina que nenhuma nulidade será declarada quando não interferir na apuração da “verdade substancial”. Na Exposição de motivos do CPP, o então Ministro da Justiça, Francisco Campos, não hesitará em reafirmar o papel reservado ao juiz para alcançar a verdade real: “é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material”. Prossegue Campos:

“por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade.”

Ainda comentando a relação do juiz com as provas, Campos afirma: “como corolário do sistema de livre convicção do juiz, é rejeitado o velho brocardo *testis unus testis nullus*. Não se compreende a prevenção legal contra a *voix d’un*, quando, tal seja o seu mérito, pode bastar à elucidação da verdade e à certeza moral do juiz”. Sobre o interrogatório do acusado, Campos novamente oferece pistas para que o papel reservado à verdade seja examinado: “é facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, a formação do convencimento do juiz”. Por fim, uma última passagem, vinculada às nulidades: “não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial”.

Como se pode verificar do conjunto anteriormente referido, o Código de Processo Penal brasileiro é manifestamente poroso em relação aos atravessamentos que a noção de verdade implica. No mais das vezes, tal relação se encontra na investidura de poderes aos juízes, como no campo das provas. O incremento de poderes judiciais, perfectibilizado pela exortação da noção de verdade real, sob a ótica do Ministro de Justiça, ia ao encontro dos anseios políticos do Estado Novo. Portanto, a relação entre verdade e função judicial aparecia justamente desde o âmbito da publicística processual. Nesse período, não foram poucas as vozes a acentuar a necessidade de reforço dos poderes judiciais e da adequação do juiz

às expectativas políticas dos Estados autoritários do século XX. O rechaço ao liberalismo processual e à própria democracia conduziria o juiz à satisfação dos requisitos essenciais do “novo Estado”. Ninguém talvez tenha ido mais longe do que Miguel Fenech<sup>4</sup>, um dos processualistas de cabeceira do regime franquista, cuja obra foi prefaciada por ninguém menos do que Jaime Guasp.

Que a doutrina e a estrutura do atual Código de Processo Penal tenham sido influenciadas pela italiana pouca dúvida resta. A penetrabilidade da noção de verdade real no cerne do processo penal merece alguma atenção, pois se não foi seguramente o tecnicismo italiano quem a fabricou, foi a doutrina que mais ofereceu suporte científico para a entronização dessa noção. Afirma Manzini que “a declaração de certeza processual relativa à pretensão punitiva do Estado se faz em virtude do princípio da verdade real”<sup>5</sup>. Eis como o tecnicismo passou a articular a fluida noção de verdade, dotando-a de um amorfismo capaz de transformá-la em um leitmotiv politicamente orientado. No mesmo sentido, a verdade real assume posição enciclopédica – posto que diferenciadora do direito processual civil do penal – no texto de Mauro Angioni, tornado célebre por ser a primeira tentativa de especificar a relação processual penal, numa ramificação dos conceitos de Bulow. Afirma o autor:

“neste ponto parecemos ter demonstrado suficientemente que no penal, em oposição àquilo que sucede no civil, o ordenamento processual é estabelecido de modo que todos os dispositivos que o compõem se movem e agem para satisfazer o grande princípio de acerto da realidade. E parecemos ter demonstrado, suficientemente, que aqui, o dever do juiz não se exaure, como no outro campo, simplesmente em julgar a demanda das partes, mas é todo um esforço de ativa e acurada penetração para descobrir e proclamar esta realidade”. (Trad. nossa)<sup>6</sup>.

Talvez no livro mais importante destas décadas sobre o tema da verdade, Ubaldo Ferrari, tratando o processo penal como instrumento de defesa social, identificará notadamente a função da verdade no processo penal. Uma vez mais vale a pena a transcrição:

“Porque não se deve duvidar da realidade desse devir: e, isto é, do processo de adesão do direito às exigências da verdade. Eliminadas os desvios devidos a um errôneo critério e mantido firme o critério fundamental que no processo penal, essencialmente público, unicamente pode servir a verdade do fato, a ilação será lógica e invencível: apenas a norma da não-obviedade fara tolerar a subsistência e a permanência de institutos formalistas no processo penal. Aquilo que não seja dotado de uma necessidade regulamentar prática deverá ser pouco a pouco eliminado.” (Trad. nossa)<sup>7</sup>.

4. FENECH, Miguel. *La Posición del Juez en el Nuevo Estado: ensayo de sistematización de las directrices actuales*. Madrid: Espasa-Calpe, 1941.

5. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: El Foro, 1996. v. I. p. 259.

6. ANGIONI, Mauro. *La Dottrina del Rapporto Giuridico Processuale Civile Nelle Sue Applicazione al Processo Penale*. Cagliari: Meloni e Ritelli, 1913. p. 131.

7. FERRARI, Ubaldo. *La Verità Penale e la sua Ricerca nel Diritto Processuale Italiano: anche in rapporto alla riforma legislativa in atto*. Milano: Istituto Editoriale Scientifico, 1927. p. 37.

Os exemplos anteriormente referidos não dizem respeito somente a uma determinada concepção histórica da ciência processual. A verdade funciona como uma espécie de atrator, em cuja órbita se orientam as mais distintas normas, das nulidades às provas, passando pelas múltiplas lacunas abertas para a discricionariedade judicial. A história política da noção de verdade, no campo processual penal, não é seguramente a dos modelos democráticos. Aliás, existe uma tensional e relativa atração entre regimes políticos autoritários e a centralização dos discursos em torno de uma hegemonia sobre os usos permitidos, as funções linguísticas e políticas, bem como, naturalmente, as inclinações de certos modelos processuais em torno do resultado do processo, posto que, em última instância, assumir que a função do processo penal é alcançar a verdade impõe lógicas consequências limitadas sobre o também político princípio da presunção de inocência.

Parece subjacente ao modelo de extração da verdade que espaços de indecisão não devem ser tolerados. A busca pela verdade não convive com a heurística da dúvida. Uma metodologia da dúvida, com a qual deveria operar o sistema acusatório, é incompatível com a metodologia do alcance da verdade. Se função institucional, a busca da verdade apenas tem lugar nos diversos “ismos” que bem caracterizaram os regimes políticos do século XX e que se renovam periodicamente. Uma heurística da dúvida não põe assento nas diversas tentativas de modelar conhecimento possível e alcançar, por todos os meios disponíveis, algo da verdade próximo ou vizinho. Contentar-se com a dúvida é exercício de autolimitação e da própria falibilidade da metodologia empregada. Do contrário, se tornam insustentáveis as regras derivadas da presunção de inocência como regras de juízo e probatórias.

De toda sorte, democraticamente, seria melhor falar em diferentes concepções de verdade, produto de uma democracia pluralista<sup>8</sup>. A solução – tão simplista quanto autoritária – para o problema é negar a pluralidade, rotular o que não se acomoda na concepção de ciência, de filosofia ou de política como produto de irracionalismo(s) ou de cinismo. Digno de um slogan do Ministério da Verdade orwelliano.

Diante do que acabamos de pontuar, qual é o cenário com o qual se deparam e como se posicionam os pesquisadores e pesquisadoras que se debruçam sobre as misérias do processo penal brasileiro na atual quadra histórica?

A resposta a essa questão dependerá em grande medida do quadro de referências utilizado. É inteiramente possível projetar teorias abstratas e distanciadas tanto das realidades específicas do processo penal quanto das particularidades situadas que nos permitem identificar uma intensificação do autoritarismo no processo penal na última década, algo que se deve a uma multiplicidade de fatores políticos, culturais e epistemológicos, cuja acoplagem não é fácil de penetrar e discernir.

Percorrendo essa linha de abordagem, seria tentador recorrer a tradições desenvolvidas em outros contextos históricos e geográficos para, a partir delas, teorizar sobre um *dever-ser* que jamais chegará a *ser*, uma vez que não condiz com a realidade empírica sobre a qual se pretende teorizar. Sucumbir a essa tentação também levaria a abdicar da resistência

---

8. HABERLE, Peter. *Os problemas da verdade no estado constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008. p. 39.

transformadora demandada ao esforço intelectual e acadêmico diante do que é um sistema penal predador de direitos humanos e fundamentais, para se inscrever em um campo processual mais amplo, repleto de contradições teóricas insolúveis e posicionamentos político-criminais questionáveis.

Mas existem alternativas que são outras, diferentes, periféricas. Alternativas que não expressam uma trajetória unívoca e que se desdobram em um mosaico de diferentes aproximações teóricas que, a seu próprio modo, partem de um referente concreto de realidade para propor leituras que não se contentam com a simples reprodução do já pensado, reinventando epistemologias processuais penais específicas que antagonizam o poder punitivo autoritário e somente recepcionam teorias estrangeiras mediante uma cuidadosa filtragem de adequação.

Afinal, na realidade periférica brasileira é possível identificar uma mentalidade inquisitória ainda prevalecente, um empreendimento de colonização do processo penal pelo processo civil e uma insistência na reprodução das premissas eurocêntricas da tradição racionalista da prova, fundada no esquema sujeito/objeto, para citar apenas algumas questões que se relacionam diretamente com o processo penal. Haveria muitas outras dimensões com as quais ele também se conecta, como o racismo estrutural e o grande encarceramento, para citar apenas algumas delas.

Diante disso, quais são os horizontes compreensivos políticos e epistemológicos mais adequados para uma formulação teórica condizente com a especificidade do Direito Processual Penal e com as particularidades da realidade periférica brasileira?

Uma parcela considerável da intelectualidade comprometida com a conformidade constitucional do Direito Processual Penal se dedicou a essa questão nas últimas décadas. Não seria possível fazer uma historiografia completa dessa trajetória no corpo de um editorial, o que exigiria um trabalho de fôlego por si só. Mas é possível consolidar uma amostragem com base nos textos aqui reunidos que evidencia que – a partir de discussões, leituras, marcos políticos defendidos e, mesmo, de corpos de referências – nas últimas décadas se consolidou uma rede de pesquisadores e pesquisadoras responsáveis por uma literatura processual penal genuinamente e distintamente brasileira, com uma identidade que lhe é nitidamente própria em termos políticos e epistemológicos.

Partindo de um horizonte político comprometido com a especificidade e a conformidade constitucional do processo penal e dialogando com a psicanálise, a filosofia, a teoria da história, a hermenêutica filosófica, a decolonialidade e a literatura de processualistas como James Goldschmidt e Franco Cordero, intelectuais brasileiros(as) desenvolveram sistemas de pensamento que contrapõem tanto o autoritarismo processual penal fundado no legado da inquisição e na ideologia da defesa social, quanto a tradição racionalista da prova assentada na filosofia da consciência e no conceito de verdade como correspondência.

Esse movimento intelectual ainda se encontra em curso e se desdobra em trajetórias construídas coletivamente em diferentes regiões do país por processualistas de múltiplas gerações, que estão parcialmente representadas aqui nos textos reunidos neste dossiê e nas referências utilizadas. Embora o percurso ainda não tenha sido concluído, é possível dizer que essa literatura já representa uma alternativa intelectual viável ao legado autoritário do

processo penal e às construções teóricas abstratas que não contemplam as particularidades situadas da realidade periférica brasileira.

Compõem, essa (frisamos novamente) pequena (mas significativa e efervescente) amostragem, os seguintes trabalhos e temáticas:

Em “Verdade e *fake news*”, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho revisita a temática da Verdade e traz uma reflexão que engloba o tema a partir do crucial problema político (e jurídico) contemporâneo das *fake news*, transitando por uma aguçada comparação que indaga a produção de falsas correspondências e seu rescaldo processual. Um feixe de análise mais do que especial em relação a antigos problemas com novas roupagens preocupantes e intersecções idem, que lança novas luzes sobre as abordagens seminais de Jacinto, que sempre devem ser revisitadas.

No texto “Um manifesto antirrelativista: só há interpretações por que existem fatos, regras e princípios a serem interpretados” Lenio Luiz Streck discute os perigos – e os estragos epistêmicos – advindos de setores da dogmática jurídica que fazem o que ele denomina de “mixagens teóricas”. Para tanto, aponta um conjunto de autores brasileiros que incorrem nesse “descolamento do conceito de verdade dos paradigmas filosóficos”, enfrentando as incongruências da “busca da verdade” e do conceito de verdade como correspondência. Embora Lenio não seja um processualista e tenha se dedicado a temas muito mais abrangentes, ele tem alertado incansavelmente nas últimas décadas para os perigos do livre convencimento e da aposta no sujeito do esquema metafísico “sujeito-objeto”. Suas obras têm sido uma referência importante e fundamental para intelectuais que pretendem discutir questões relativas à prova e verdade fora das amarras da tradição racionalista da prova alicerçada na razão abstrata moderna.

Em “Verdade e justiça”, o único trabalho de um autor estrangeiro encontrado neste dossiê, Glauco Giostra retoma uma discussão nuclear, aliando quesitos de verdade e (propriamente) de justiça: a nota diferenciadora dessa última, em termos jurídico-processuais, se destaca pela necessidade de ostentar, em si mesma, um conjunto de preceitos que tanto a simbolizam quanto a efetivam. O conceito de justiça que interessa ao panteão democrático, precisa, assim, ser tributário de uma relação nem um pouco óbvia – ou de simples checagem factual pura.

No texto “Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas”, Ricardo Jacobsen Gloeckner, Salah Khaled Jr. e Gabriel Divan oferecem uma colaboração que aponta para os descaminhos de uma noção de verdade correspondencial e para os contumazes flertes autoritários que essa matriz de pensamento – que almeja instalação enquanto cânone processual e porto seguro epistemológico – permeia e frutifica. Ainda há muito o que dizer sobre o próprio tipo de verdade que uma noção de busca da própria (em vários graus ou cenários) cristaliza.

Em “Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos *standards* de prova no processo penal brasileiro”, Leonardo Costa de Paula, Vinicius Diniz Monteiro de Barros e José de Assis Santiago Neto discutem a fundo a doutrina dos *standards* probatórios e sua recepção pretendida em solo pátrio,

demonstrando criticamente vários pontos de inoperância do conceito frente tanto às peculiaridades de salto entre os núcleos de *common* e *civil law*, quanto ao compromisso democrático-constitucional que impele um sistema acusatório galgado em uma presunção de inocência – em sentido mais amplo e efetivo possível.

No artigo “Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político criminal”, Jéssica Oníria Ferreira de Freitas e Marco Aurélio Nunes da Silveira enriquecem o debate sobre a questão do colonialismo ligado às ciências criminais, ao enfrentarem o tema a partir da infusão histórica e político-criminal de recente trabalho de Eugênio Raúl Zaffaroni. Para Jéssica e Marco Aurélio, um filtro de decolonialidade precisa perpassar, também, uma revigoração epistemológica do processo penal, de sua historicidade, de seus esteios conceituais e do próprio conceito de verdade (e seus mecanismos) nela operantes.

Em “Quem é o dono da verdade no processo penal? a busca da verdade, as expectativas sobre humanas e a verdade como confirmação”, Daniel Kessler de Oliveira soma contribuição que questiona o âmago de um verdadeiro nó democrático relativo à discussão da verdade em sentido processual: sua (eventual) consagração enquanto confirmação (de fato ou de sentido). O próprio papel do julgador é posto em questionamento, frente à corrente ideia de um binômio de encontro-revelação de uma verdade, que precisa ter seu *locus* estabelecido processualmente, mais do que resplandecido em meras formalidades procedimentais tendentes a seu encontro.

Por fim, no artigo “O Lawfare brasileiro: dos contributos à ascensão fascista ao recrutamento do autoritarismo processual penal”, Felipe Lazzari da Silveira aduz fundamental debate que repassa o legado do manancial jurídico-político da amorfa e expansiva *Operação Lava Jato* no cenário processual penal brasileiro contemporâneo: a ascensão do *lawfare* enquanto estratégia, padrão de conformação e categoria de análise. O contributo do ideário fixado a partir de recentes episódios da justiça criminal pátria vai escrutinado a partir de marcadores que leem a questão da verdade processual como galvanizada desde um fluxo discursivo autoritário e neoliberal.

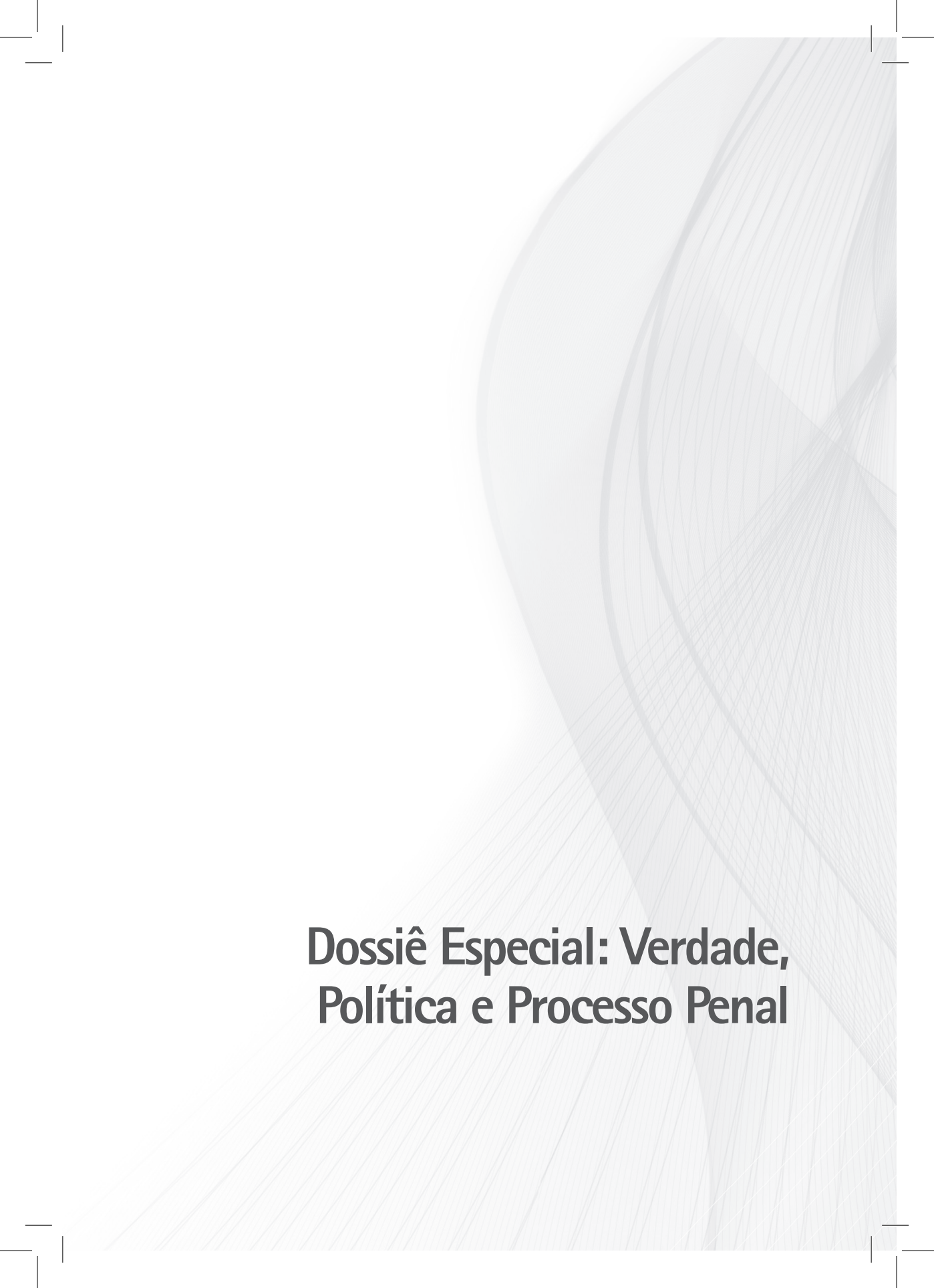
Acredita-se que o feixe de trabalhos ora exibido é uma modesta – porém, sólida e qualificada – parcela de temáticas e aproximações que ajudam, na mesma medida em que simbolizam, o atual estado e os possíveis caminhos de toda essa verdadeira cena, ou escola, corrente, quicá – ou mesmo elo, ainda que multifacetado – que demonstra envergadura teórica e compromisso político na discussão desse tema tão caro e fundamental. A hipótese que coliga todos os artigos e o próprio ideário do presente dossiê é só uma: o combate ao inquisitorialismo, ao autoritarismo e às investidas reacionárias e antidemocráticas no campo processual-penal precisa não só do trabalho hercúleo de anteposição quanto aos ataques, discursos e reformas reacionárias epidérmicas. Mas, sim, de um embate sobre o próprio conceito de verdade e sobre as formas com as quais ele pode ser trabalhado.

A epistemologia processual-penal se encontra em uma encruzilhada de *krisis* tão interessante quanto ameaçadora: uma propositura racionalista e pretensamente confortável esconde, consigo, a viabilidade de manutenção camuflada (ou nem tanto) de discursos e ingerências que são precisamente o que se precisa antagonizar. O vulto de violências

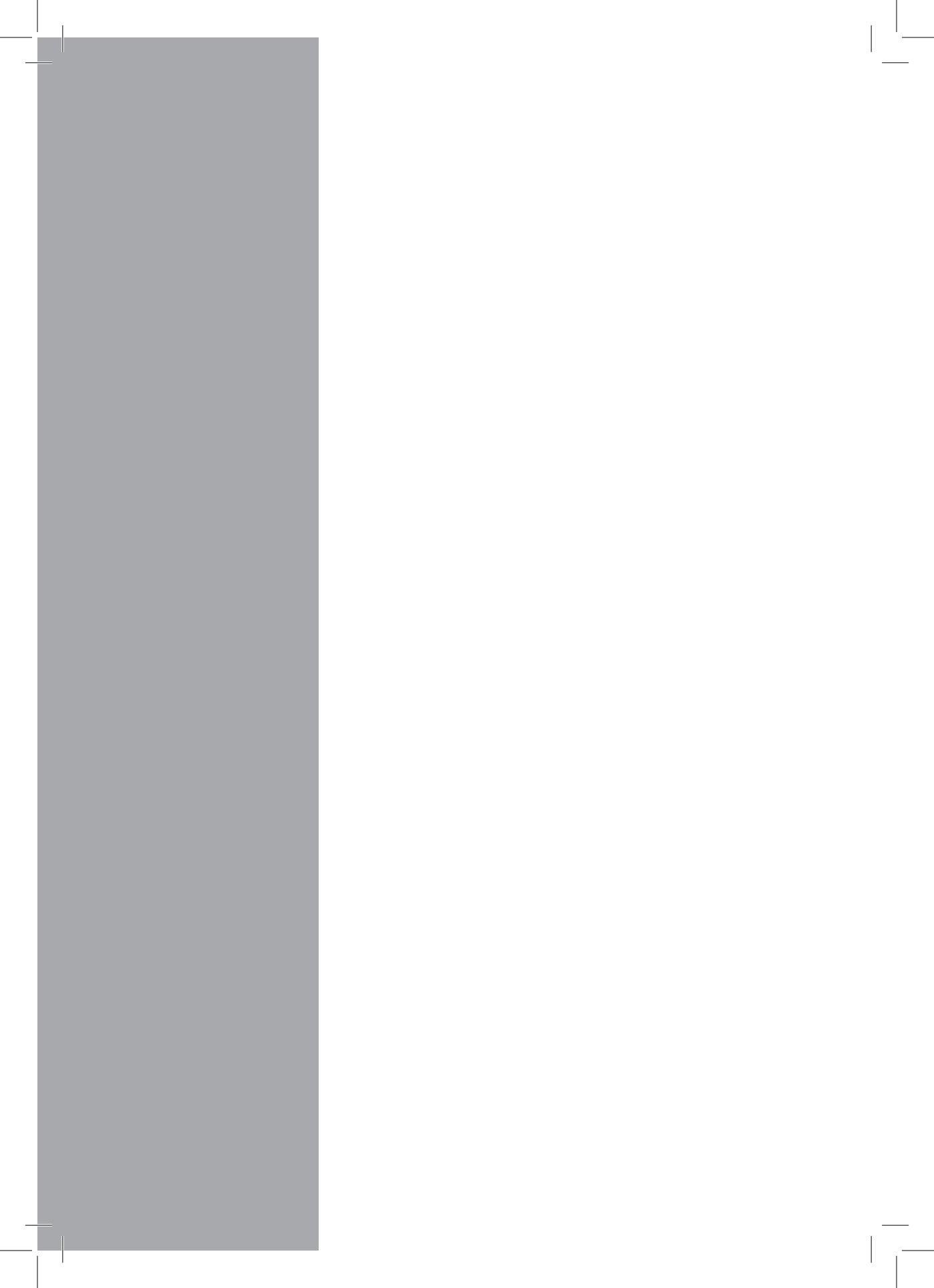
(colonialistas, neoliberais, inquisitórias e também algorítmicas) passa por uma série de imposições que se oferecem como padrões, governanças, sistemáticas e, especialmente, oferta de (simples) checagem de uma verdade que parece disponível, como um lírio no campo. Uma boa, questionadora e instigante leitura, é o que se deseja.

---



The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The pattern is more prominent on the right side of the page, where it appears to be a close-up of a larger, curved surface.

# **Dossiê Especial: Verdade, Política e Processo Penal**



# VERDADE E *FAKE NEWS*

---

## *TRUTH AND FAKE NEWS*

### JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO

Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de ou Direito da Universidade Federal do Paraná (aposentado). Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas, Recife.

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Univel, Cascavel. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR). Mestre (UFPR).

Doutor (*Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*). Presidente de Honra do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/9618548225963480>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-6532-2460>].

[jnmc@uol.com.br](mailto:jnmc@uol.com.br)

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8381453>].

Recebido em: 09.02.2023

Aprovado em: 01.06.2023

Última versão do autor: 01.06.2023

### ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Digital

**RESUMO:** A Verdade, na sua totalidade, é demais para os humanos, os quais não têm linguagem para a demonstrar. Assim, ela existe, mas só se amolda ao campo da fé. Dela, tem-se acesso tão só a uma parte; mas essa parcialidade não é a Verdade; e sim o que se diz sobre ela (muitas vezes com a pretensão que seja a Verdade), algo que se amolda a uma verdade (com "v" minúsculo) consensual, meramente formal ou, no processo penal, endoprocessual. Aí se apresenta a verdade como correspondência. No fundo, uma mentira, se se toma como referência a Verdade.

**ABSTRACT:** The Truth, in its totality, is too much for humans, who don't have the language to demonstrate it. Thus, it exists, but it Only conforms to the field of faith. From it, one Only have access too ne part; but this partiality is not the Truth; it is what is said about it (often with the pretense to be the Truth), something that conforms to a consensual truth (with a small "v"), merely formal or, in criminal proceedings, endoprocudural. There, the truth is presented as correspondence. Deep down, a lie, if you take the Truth as reference. Consensus guarantees the truth a certain

O consenso garante à verdade uma certa estabilidade, em face da aceitação social. Sendo uma mera verdade (ou uma mera mentira), abre espaço para a mentira escancarada, propositada, aquela das *Fake News*; mormente no campo político, mas com efeitos em todos os campos, inclusive no processo penal. Elas subvertem o padrão e colocam em risco a ordem constituída, as instituições e a própria democracia. São produzidas por gente que sabe o que está fazendo, criminosamente; e disseminadas nas redes sociais, com grande sucesso, porque nelas muitos cooptados acreditam, formando um rebanho. É muito difícil as combater com os instrumentos normais de controle; isso é algo que poderá acontecer com algoritmos, Inteligência Artificial, e um controle interno um tanto sofisticado e que impeça a sua disseminação. Pelo menos até que se invente uma nova forma de burlar o padrão; com uma nova patifaria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Verdade – Processo penal – Epistemologia – Democracia – Fake News.

stability, due to social acceptance. Being merely a truth (or merely a lie), there is room to na open and purposeful lie, such as Fake News; mainly in the political field, but with reflexes in all of them, including in criminal procedure. They subvert the standard and put at risk the constituted order, the institutions and the democracy itself. They are created by people who know what they are doing, in a criminal manner; and disseminated in social media, successfully, because there many are coopted and believe in them, forming a herd. It is very difficult to fight them with regular control instruments; this is something that can happen with algorithms, Artificial Intelligence, and a somewhat sophisticated internal control that prevents its dissemination. At least until a new way to circumvent the standard is invented, with a new scam.

**KEYWORDS:** Truth – Criminal procedure – Epistemology – Democracy – Fake News.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Um pouco sobre a Verdade. 3. Um pouco sobre as *Fake News*. 4. Um esboço de conclusão. 5. Referências.

"Dal dire al fare c'è in mezzo il mare"  
(Ditado napolitano).

## 1. INTRODUÇÃO

Nunca na história da civilização ocidental a epistemologia sofreu – pelo menos aparentemente – o ataque que vem sofrendo hoje.

A Verdade<sup>1</sup> encontrou concorrência nas *Fake News*, ou seja, mentiras. As consequências disso ainda não se tem presente, inclusive no Direito e, em particular, no campo processual penal.

Elas sempre foram antípodas; e expressavam o oposto e mesmo o contrário. Agora, porém – ainda que a situação concreta não tenha mudado e Verdade seja Verdade e mentira

1. A qual vai escrita com "V" maiúsculo para representar a totalidade; em geral aquela que se pretende com o discurso sobre ela. Quando escrita com "v" minúsculo diz respeito a algo que querendo dizer a Verdade, expressa tão só uma parcialidade.

seja mentira – em grande medida elas se equiparam. Por que isso aconteceu? O que levou a isso? Quais as consequências – pelos menos iniciais – que se pode observar? Responder estas perguntas e outras delas decorrentes é assaz importante porque ajuda a redimensionar os meios pelos quais se analisa a vida atual; e a partir daí se pode projetar algo para o futuro.

Ao que tudo indica, a precitada concorrência entre Verdade e *Fake News* ganha espaço – para aparecer – com a chegada do neoliberalismo; e não propriamente a partir dele como teoria econômica ou mesmo como ideologia e, sim, como epistemologia. A pretensão dos neoliberais era ousada; e todos sabiam disso. Mas é inegável que – apesar de tudo – foi um grande sucesso (olhando por aquilo que se pretendia), mormente quando, de passo a passo, foi-se consolidando o princípio da eficiência como fundamento epistemológico: o mundo, em largos setores, passou a ser pensado tendo-se por base a eficiência. E isso ninguém consegue negar, embora possa não admitir e muito menos aceitar; mesmo hoje dizer que está ultrapassado. A qualidade do trabalho de um empregado, por exemplo, é medida a partir da participação dele – como trabalhador e seu trabalho – no lucro da empresa, o que é verificado pela eficiência. A tal assertiva é possível objetar, contudo, alegando-se que existem outros fatores a serem considerados. Disso, não há dúvida. Mas esses, como se sabe, são secundários. Nessa esteira, a grande prole de um trabalhador pode ser levada em conta no momento de se decidir pela despedida, mas dificilmente terá preponderância sobre aquilo que decorre da relação trabalho-lucro. Se um setor de uma empresa não gera o lucro esperado – o que se acerta pela eficiência – ele pode ser simplesmente fechado. E isso pode se dar, inclusive, com a própria empresa. Os exemplos são inúmeros; e todos conhecem. É uma lógica – visivelmente – fratricida.

No campo neoliberal, ao que parece, o superindividualismo, de um lado, e a competição, pelo outro, levaram à debacle da ética, esgarçada em largos setores, a começar pelas relações interindividuais, aí incluídas as relações de trabalho; mas também aquelas entre pais e filhos; entre professores e alunos e assim por diante.

Afrouxada a ética, a realidade passa a conviver – e largamente aceitar – comportamentos antes inadmissíveis; tudo como se fossem normais. E entre eles – para o que aqui interessa – aqueles de se produzir e difundir *Fake News*, tidas, por seus adeptos, como se fossem o mais alto grau da liberdade de expressão<sup>2</sup>.

Essa gente sabe o que está fazendo, tanto quanto diferenciar Verdade e *Fake News*. O pior é que, mesmo sendo assim, elas têm dado resultados que surpreendem.

A única coisa que se não pode fazer é deixar a questão de lado, como se a matéria fosse insignificante ou não tivesse as consequências que tem e já teve, por sinal.

## 2. UM POUCO SOBRE A VERDADE

Desde os gregos – só para se ter um ponto de partida<sup>3</sup> – o conhecimento gira, principalmente, em torno da Verdade e sua busca. Objeto e método definem o fundamento

2. Parece indubitável, diga-se, desde logo, que a liberdade de expressão tenha seus limites fixados com uma boa dose de acerto e, em definitivo tal liberdade não é e nunca foi ilimitada.

3. Não são poucos os que sustentam, com razão, que muito antes dos gregos a civilização tinha bases de conhecimento generalizadas e uma comunicação que as garantiam. V., por todos, FRANKOPAN,

epistêmico (causa-efeito): a Verdade como objeto (representado pelo verbo “ser”) e o método como o caminho a ser percorrido para se poder “mostrar” àquele, o evento. Todos os campos do conhecimento estão aqui, da Filosofia ao Direito; e em torno disso giram os infinitos problemas que demandam solução. Nada, porém, ficava fora desse raio. Então, tudo se fazia em nome dessa Verdade, ou seja, o parâmetro do qual nada escapava. Em suma, quem pensava, pensava dentro de uma racionalidade conduzida por tal modelo. As pessoas já se constituíam – e se constituem – em face de uma linguagem que está preordenada; e impregnada da Verdade como padrão.

O último século, por seu turno, com a Filosofia da Linguagem, a Psicanálise e a Cibernética (especialmente os computadores e, agora, as redes sociais), abriu espaço para se poder ir, com o conhecimento, a campos inimagináveis em tempos anteriores.<sup>4</sup> É como se a linha divisória (imaginária) entre o conhecimento e o não conhecimento tivesse se deslocado para a parte do não conhecimento como nunca antes, o que possibilitou um avanço fenomenal em certos campos, embora isso possa não ter significado um crescimento na condição humana. Não obstante, essa aparente evolução, como é sintomático, parece ser inexpressiva diante do que pode vir pela frente, mormente se o gênero humano não caminhar na direção de sua autodestruição.

A questão da Verdade, sem embargo destes novos tempos, não encontrou – e não se sabe se encontrará um dia – um ponto final; um porto de chegada seguro e, portanto, segue sendo palco de grandes batalhas (inevitáveis) em todos os campos. Aquela travada entre Albert Einstein e Niels Bohr sobre a física quântica e sua extensão talvez seja a mais famosa, pela magnitude do tema. Aparecem, porém, em todos os rincões do conhecimento. As pessoas (todas) – no fundo – querem dar conta da Verdade, mas ela é impossível para um humano. Vale parafrasear, mais ou menos, um conhecido ditado napolitano<sup>5</sup>: *do dizer ao ser, no meio tem o infinito*.

Apesar do tema ser polêmico, a extragrande maioria das pessoas acredita na existência da Verdade. O certo, porém, é que ela é demais para os humanos (“la esencia de la verdad ‘en sí’ impera ‘más allá’ del hombre”<sup>6</sup>), os quais não têm linguagem para dela dar conta e, assim, expressar aquilo que, de fato (em si), é. Não conseguir expressá-la, contudo, não significa que não exista. Significa – sim – que a razão não tem palavras para dizer a *totalidade* que ela

---

Peter. *O coração do mundo: uma nova história universal a partir da rota da seda: o encontro do oriente com o ocidente*. Trad. Luis Reyes Gil. São Paulo: Planeta, 2019, p. 13 e ss.

4. No campo do Direito, há os que apostam em uma expansão indefinida (quando não ilimitada), por exemplo: TRIBERTI, Cesare; CASTELLANI, Maddalena; RAMIDOFF, Mário Luiz; SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de. *Inteligência artificial além das quatro leis da robótica, reflexões também à luz da pandemia de Covid-19*. Curitiba: Juruá, 2021. Mas, por seu turno, há quem pregue limitações, olhando para a vida cotidiana, por exemplo: CURY, Jacqueline Taís Menezes Paez. *O problema das Fake News nas questões políticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

5. O famoso ditado diz: “Dal dire al fare c’è in mezzo il mare”.

6. HEIDEGGER, Martin. De la esencia de la verdad (1943). Trad. C. Astrada. In: *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid: Tecnos, Juan Antonio Nicolás e María José Frápolli (editores), 1997. p. 407.

é. Heidegger não deixa muita dúvida sobre o assunto da Verdade como totalidade e sua impossibilidade de apreensão:

“La revelación del ente en su totalidad no coincide con la suma del ente de hecho conocido. (...) El comportamiento del hombre está completamente acordado por la revelación del ente en su totalidad. Este ‘en su totalidad’, visto desde el ámbito del cálculo y el quehacer cotidianos, aparece como incalculable e inaprehensible. No se deja captar nunca desde el ente que se manifiesta en cada caso, aunque pertenezca ésta a la naturaleza o a la historia. Si bien es lo que acuerda constantemente todo, permanece indeterminado, indeterminable, y la mayoría de las veces coincide entonces con lo más corriente y lo menos pensado. Sin embargo, lo que acuerda no es nada, sino una ocultación (*Verbergung*) del ente en su totalidad. Justamente en tanto el dejar deja ser al ente, con el que está en relación, en un comportamiento individual, y con ello lo des-vela (*entbirgt*), se oculta el ente en su totalidad.”<sup>7</sup>

O autor já tinha tratado do tema, de certo modo, no seu *Ser e Tempo*<sup>8</sup>, tendo influenciado muitos, inclusive no Direito e, mais particularmente, no direito processual, Francesco Carnelutti.

Carnelutti trabalhou com a questão da Verdade desde os anos 10 do Século XX, mormente com seu famoso *La prova civile*, em 1915 (data da primeira edição), na qual expressa uma visão depois defendida na conhecida polêmica com Eugenio Florian. No livro, escreve que se deve considerar “a busca da verdade no caso singular como o escopo ou melhor como o resultado mesmo do processo”<sup>9</sup>, justo porque há um sistema de limitação legal à referida busca e tal

“sistema de limites à busca judicial reage profundamente sobre o resultado dela, a busca. O conceito dessa reação vem compendiado comumente na antítese significativa da *verdade material* à *verdade formal* ou *jurídica*; o resultado da busca juridicamente limitada ou disciplinada não é mais a *verdade material*, ou, como se diria com um eficaz truísmo, a *verdade verdadeira*, mas uma verdade *convencional*, que se batiza como *verdade formal*”<sup>10</sup>.

7. HEIDEGGER, M. *De la esencia...* cit., p. 411-412.

8. HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*. Parte I. 11. ed. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2002, § 39 e ss., mormente § 39 e § 44, p. 243 e ss. Sobre o tema são imprescindíveis as observações de STEIN, Ernildo. *Seminário sobre a verdade*: lições preliminares sobre o parágrafo 44 de Sein und Zeit. Petrópolis: Vozes, 1993.

9. CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. 2. ed. Roma: Ateneo, 1947, p. 29: “... che si consideri la ricerca della verità nel singolo caso come lo scopo o meglio come il risultato del processo medesimo.” (grifos no os original).

10. CARNELUTTI, F. *La prova...* cit., p. 29: “... il sistema dei limiti alla ricerca giudiziale reagisca profondamente sullo stesso risultato della ricerca. Il concetto di questa reazione viene compendiato comunemente nella antitesi significativa della *verità materiale* alla *verità formale* o *giuridica*; il risultato della ricerca giuridicamente limitata o disciplinata non è più la *verità vera*, mas una *verità convenzionale*, che si battezza per *verità formale...*.” (Grifos do original)

E logo deixa claro uma posição óbvia – a de que *a verdade é uma só* – mas nem sempre observada ou mesmo propositadamente esquecida:

“(...) na substância é, de fato, fácil observar como a verdade não possa que ser só uma, onde a verdade formal ou jurídica ou coincide com a verdade material, e não é outra coisa que a verdade, ou dela diverge, e não é outra coisa que uma não-verdade, assim que, fora da metáfora, o processo de busca assujeitado a normas jurídicas, que o obrigam e o deformam a pureza lógica, não pode ser sinceramente considerado como um meio para o conhecimento da verdade dos fatos, mas para uma *fixação* ou *determinação dos ditos fatos*, que pode coincidir ou não coincidir com a verdade deles e permanece, assim, independente”<sup>11</sup>.

A precitada polêmica com Florian decorre da insistência deste com a separação<sup>12</sup> – verdade material/verdade formal –, no âmbito do processo penal e processo civil, ou seja, uma insistência na dualidade, algo como a vigência da verdade material no processo penal e a vigência da verdade formal no processo civil. Cernelutti responde a partir de um texto muito importante, reafirmando que a busca pela verdade (que era uma só) estava presente nos dois campos e que

“se o emprego de dados meios, os quais às vezes servem para a fazer [a verdade] conhecer, às vezes não, mas vêm prescritos, o resultado que salta fora se chama verdade formal ou legal, querendo-se significar que o seu resultado deve ser pelo juiz colocado à base da decisão, como se fosse a verdade, ainda que não seja. (...) O que significa que tampouco para o processo penal deve-se assinalar, como resultado ao invés de como escopo, a verdade material.”<sup>13</sup>

Florian, da sua parte, responde pelo contingente, reforçando a questão da busca (algo que vai aparecer em muitos autores), embora, como é intuitivo, neste ponto se esteja a tratar do método, logo, um lugar inadequado para se fundar uma observação sobre o ser, ainda que marcado pela tênue afirmação carneluttiana de que “a verdade é uma só”. De qualquer

11. CARNELUTTI, F. *La prova...* cit., p. 29-30: “... nella sostanza è affatto agevole osservare come la verità non possa essere che una, onde la verità formale o giuridica o coincide con la verità materiale, e non è che verità, o ne diverge, e non è che una non verità, così che, fuor di metafora, il processo di ricerca assoggettato a norme giuridiche, che ne costringono e ne deformano la purezza logica, non può essere sinceramente considerato come un mezzo per la conoscenza della verità dei fatti, bensì per una *fissazione o determinazione dei fatti medesimi*, che può coincidere o non coincidere con la verità di questi e ne rimane affatto indipendente.” (Grifos do original)

12. FLORIAN, Eugenio. *Prove penali*. Milano: Vallardi, 1924, p. 6 e ss.

13. CARNELUTTI, F. *Prove civile e prove penali*. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova: La litotipo, v. II, parte I, 1925. p. 3 e ss., especialmente p. 18: “se l’impiego di dati escopo mezzi, i quali talvolta servono a far conoscere, talvolta non viene prescritto, il risultato che salta fuori si chiama verità formale o legale volendosi significare che il loro risultato deve essere dal giudice posto a base della decisione, come se fosse verità, anche se non sia. (...) Il che significa che neanche al processo penale si deve assegnare, come risultato anziché come scopo, la verità materiale.”

modo, afirma Florian que “o escopo genérico das várias provas, que nos dois processos se possam desenvolver, é sempre aquele de descobrir a verdade; mas – ai de mim! – a verdade, tanto árdua para se conseguir, manifesta-se de modo diverso nas provas penais e nas provas civis.”<sup>14</sup>

Depois disso, não se tem muito para confundir. De qualquer forma, mesmo este “*atteggiare: si atteggia in modo diverso*” não parece correto; ainda que seja pensado como uma particular expressão, disposição, quem sabe comportamento. Ora, não é nela (a prova) que está a diferença – naquilo que se produz no processo, seja ele qual for –, mas nas limitações (volta-se ao método) que se impõem na busca da prova, algo que se percebe sem muitas dificuldades se a matéria vem analisada a partir do sistema processual de regência (acusatório/dispositivo ou inquisitório). Assim, fica muito claro que em um sistema acusatório/dispositivo – como o do processo civil brasileiro – imponha-se maiores limitações, começando pelo *onus probandi*; algo que – apesar da Constituição da República – não se vê, mais detalhadamente, no processo penal brasileiro, ainda inquisitório e ligado a um CPP de 1941. Por sinal, isso mostra bem por que ela, a CR, não se efetiva, apesar de tantos anos passados desde a promulgação – já que demarca um sistema processual penal acusatório por seus princípios e regras – e, na prática, não se faz presente.

Em suma, ainda havia uma aposta, em relação àquilo que se produz no processo, como sendo uma *verdade formal*, mesmo que já se falasse de não verdade e se pudesse sentir que algo não andava bem.

A mudança concreta vem em 1965, em um pequeno-grande texto de Carnelutti: *Verità, dubbio e certezza*<sup>15</sup>. Nele vem o fundamento filosófico que faltava, a partir de Heidegger, em *Sein und Zeit*. E logo se percebe que a própria *verdade formal* não se sustenta. Diz Carnelutti:

“Quando parti, nos meus estudos sobre o processo, com a *Prova Civile*, falei de *verdade*, assinalando, como escopo do processo, a investigação da *verdade substancial* e, como resultado, a obtenção de uma *verdade formal*. Mas não era, embora algo comum, uma distinção fundada. A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é a verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e por que, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem. Alguma coisa disso comecei a entender com a meditação sobre o conceito de *parte*, que constitui uma das bases do meu modo de pensar. E quem me ajudou, de um primeiro modo, ainda que fosse muito distante da meta obtida no escrito, que recordei há pouco, foi o filósofo Heidegger com aquela que foi, e deveria ser, a sua sinfonia incompleta: o *Sein und Zeit*, onde fala da *Weltlichkeit der Sache*, que me tocou profundamente e que traduzi, nas primeiras páginas dos *Dialoghi con Francesco con* [como] *universalità della cosa*. Justamente porque a coisa é uma parte;

14. FLORIAN, E. Le due prove (civile e penali). *Rivista di diritto processuale civile*, Padova: Cedam (già Litotipo), v. III, parte I, 1926. p. 223.

15. CARNELUTTI, F. Verità, dubbio e certezza. *Rivista di diritto processuale*, Padova: Cedam, v. XX (II Série), p. 4-9, 1965. Tal texto foi traduzido no Brasil por Eduardo Cambi.

ela *é e não é*; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravada o seu ser e, sobre a sua coroa, o seu não-ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto a sua coroa: uma rosa é uma rosa, ensinava a Francesco, porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar à verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso, a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. E quando digo uma coisa, refiro-me, também, a um homem. Em síntese, a verdade está no *todo*, não na *parte*; e o todo é demais para nós. Mais tarde isso me serviu para compreender, ou ao menos tentar compreender, por que Cristo disse: 'Eu sou a verdade'. Portanto, a minha estrada, começada por atribuir ao processo a busca da verdade, deveria ter substituído a investigação da *verdade* pela da *certeza*." (Grifos do original)<sup>16</sup>

Agora, entende-se por que se não sustenta a chamada *verdade material*, da mesma forma que a chamada *verdade formal*. Veja-se.

"A afirmação de Cernelutti, algo como: *busca-se a verdade material e obtém-se como resultado a verdade formal* – e que lhe marcou a carreira e a vida intelectual até 1965, quando publica o *Verdade, dúvida e certeza* –, acaba sendo o grande ponto de partida, pela negação da última (verdade formal), porque a primeira '*jámais pode ser alcançada pelo homem*'. A *verdade*, se assim o é, há de ser, ou melhor, *é uma só*; e aquela dita *formal*, por evidente, em sendo um mero reflexo no espelho, '*não é a verdade*'. O processo, porém, continua tendo conteúdo, mas é de outra coisa que se trata." (Grifos do original)<sup>17</sup>

Mas não fica só aí:

"Com efeito, a *verdade* está no *todo*, mas ele não pode, pelo homem, ser apreensível, ao depois, a não ser por uma, ou algumas, das *partes* que o compõem. Seria, enquanto vislumbrável como figura geométrica, como um polígono, no qual só se pode receber à percepção algumas faces. Aquelas da sombra, que não aparecem, fazem parte – ou são integrantes – do *todo*, mas não são percebidas porque *não refletem no espelho da percepção*. Ademais, esta figura multifacetada, por evidente, não pode ser tomada – ou confundida – com apenas uma das suas faces. Por isso, sem que se fira o princípio da não-contradição, é plenamente possível afirmar que a *parte-face é e não é* ao mesmo tempo. Naquilo em que *não é* (na percepção quando da reconhecimento da instrução processual, por exemplo), marca a falta da *verdade*, à qual, para chegar-se, '*é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é*.' (Grifos do original)<sup>18</sup>

16. O texto citado está em MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao "Verdade, dúvida e certeza", de Francesco Cernelutti, para os operadores do Direito. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura e AZEVEDO, Gabriella Saad (Org.). *Observações sobre a propedêutica processual pena*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 161-162.

17. MIRANDA COUTINHO, J. N. *Glosas...* cit., p. 165.

18. MIRANDA COUTINHO, J. N. *Glosas...* cit., p. 166.

Por evidente, não se fala da totalidade (na qual reside a Verdade) porque ela, por certo, é demais para os humanos. Mesmo assim, em larga escala – e ainda hoje –, fala-se com pretensão de que seja da totalidade/Verdade que se esteja falando. E isso se dá por desconhecimento ou má-fé. Afinal, quem fala, fala sempre de uma parcialidade (tão só uma parte do todo) e, com ela, está muito distante da totalidade que pretende expressar. A parte, enfim, não é o todo, logo, aquilo que se produziu com a prova no processo é – sim –, se for adequada ao caso penal concreto que nele se discute (até porque tudo pode ser falso), uma parte do todo, mas se sustenta tão só como parte; e não como o todo. Assim, se a Verdade está no todo e esse todo não se tem no processo, ali não está a Verdade. Eis por que é preciso se referir àquilo – se adequado fosse – como “verdade”, com “v” minúsculo. E logo se entender que – mesmo assim – se terá uma decisão, um acerto do caso penal, da mesma forma que isso não se dá sobre o todo/Verdade e, sim, sobre aquilo que lá está.

A linguagem, então, assume papel decisivo não só porque com ela se constitui o conteúdo do processo com a prova que se produziu, como, também, é nela que reside a falta de palavras para dizer sobre o todo. Ele pode ter ocorrido, ou até ocorreu como um acontecimento da vida – um crime, por exemplo – mas, ao mesmo tempo que aparece como um evento, encobre-se, no tempo, como a água que passou pelo rio na ponte e não volta mais, para tão somente deixar uma – não raro vaga – memória, com a qual se resgata o acontecido. Isso não significa, como é primário, que ele não existiu; significa que se não tem palavras para expressar o que se passou e, assim, dizer a Verdade. Quando muito, tem-se uma aproximação. Mas ela é, sempre, uma parcialidade, logo, não é o todo e, portanto, a Verdade.

“Mesmo assim, arrisca-se tratar dela como se fosse; diz-se sobre ela, em geral (porque muitos estão de má-fé) com a crença de que é da Verdade que se está falando. Mas não é. Todos – ou quase todos – os mais esclarecidos sabem disso, mas muitos não querem arriscar o salto no escuro daquilo que é a falta de explicações; e assumir que o que se tem disponível é a parcialidade, ou seja, uma possibilidade construída pela linguagem no caminho da Verdade. Nada mais do que isso.”<sup>19</sup>

Mesmo não se tendo linguagem para dar conta da Verdade, isso não significa que ela não existe. Ao que parece (para quem nela crê), existe sim. São, então, coisas diferentes; embora muitos não acreditem nela, talvez a partir de Adorno e sua ideia de que “O todo é o não-verdadeiro”<sup>20</sup>, o que logo remete à alusão, àquilo que se diz sobre a Verdade. Portanto, uma coisa é a Verdade; outra, o que se diz sobre ela. Ela, então, não cabe na ciência; mas cabe na crença, na fé. Eis, por conseguinte, a razão pela qual é demais importante a afirmação de Jesus: “Eu sou o caminho, a verdade, a vida” (João 14:6). Para quem acredita, faz todo o sentido. E isso deve ser respeitado em nome da tolerância, de todo imprescindível no espaço democrático.

19. MIRANDA COUTINHO, J. N. Ou o Brasil acaba com as Fake News, ou as Fake News acabam com o Brasil. *Trincheira democrática*: Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), ano 5, n. 24, dez.2022, Salvador, pp. 4-5.

20. ADORNO, Theodor. *Minima moralia*: reflexões a partir da vida danificada. Trad. Luiz Eduardo Bicca. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 1993. p. 42.

Mas se trata de crença, onde o juízo se funda no discurso e em evidências externas (aceitas como tal) ou mesmo indícios, alguns vagos ou propositadamente falsos. Para isto perceber basta notar quantas seitas (não raro em nome de Cristo e sua Verdade) têm aparecido todos os dias, ainda que por trás delas esteja – na extragrande maioria das vezes – o interesse econômico e o lucro que, em alguns casos, vai construindo impérios. O manejo da linguagem coopta o crédulo que, pelo desejo, quer ser iludido.

A partir daqui vê-se logo que se trabalha, sempre, com uma “alusão à” Verdade; e se concertam os arranjos (consensos) que vão possibilitar errar o menos possível. Os aviões – sabidamente mais pesados que o ar – garantem uma segurança cada vez maior para quem voa neles, embora de tanto em tanto tem-se notícia, infelizmente, de alguma queda, com frequência determinada por erro humano. Caem, porém. E a verdade da ciência aeronáutica se esvai. No processo penal, os arranjos não são tão precisos como na engenharia aeronáutica e os erros aparecem com uma frequência preocupante. A subjetividade, por evidente, fala mais forte. E garante uma desculpa mais ou menos adequada para quem se esconde atrás da verdade ou mesmo da Verdade. No fundo, é pura hipocrisia<sup>21</sup>.

Depois de tudo o que foi dito é intuitivo o equívoco da teoria da Verdade como correspondência que, de certa forma – embora não isenta de imensas contestações – prevaleceu depois de Platão (no Crátilo) e Aristóteles, ganhando força quando este (Aristóteles) consegue penetrar no mundo cristão-católico com São Tomás de Aquino, o qual a vai definir: *Veritas est adaequatio intellectus et rei*. Ou seja: adequação – ou correspondência ou conveniência – entre o intelecto e a coisa. Tal conceito fez estrada e o mundo passou a pensar a partir dele, mormente porque a ciência não se vê, de certa forma, sem ele. Para não ir longe, basta lembrar do que significa a tipicidade no campo do Direito Penal; assim como, no Direito Processual Penal, ensinava-se – e alguns ainda ensinam, por mais absurdo que possa ser – a estrutura silogística da sentença, numa alusão direta à analítica aristotélica. À jurisdição (*iuris+dictio*), dizer o Direito era, nesta toada, dizer a Verdade no caso concreto. E nunca, no Direito, esse modo de ver a Verdade foi, de modo eficaz, contestado. Era como se tudo estivesse dado e resolvido; e o núcleo do problema não pertencesse ao Direito (é só pensar no que propunha o positivismo jurídico) e, sim, à Filosofia que, embora o discutisse, não o resolvia.

A tradição – muito arraigada – não abre mão do conforto que lhe dá a hipnose do dogmatismo. A crítica de Heidegger à correspondência<sup>22</sup>, no Direito, segue sendo objeto de muita resistência, não raro a partir do pouco caso ao pensamento heideggeriano, mas, também, propositadamente. Ela vem, sobretudo, na Europa, com a chamada Escola de Girona,

21. MIRANDA COUTINHO, J. N. *Ou o Brasil acaba com as Fake News...* cit.

22. Crítica essa que, de certo modo, influenciou tantos nomes de realce, entre os quais VATTIMO, Gianni. *Adeus à verdade*. Trad. João Batista Kreuch. Petrópolis: Vozes, 2016; ENGEL, Pascal; RORTY, Richard. *Para que serve a verdade?* Trad. Antonio Carlos Olivieri. São Paulo: Editora UNESP, 2008. No Direito brasileiro, por todos: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; KHALED JR., Salah. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

sempre cheia de gente séria e comprometida com uma democracia processual a partir da epistemologia da prova, mas sempre ligada à verdade (com “v” minúsculo) como correspondência. Estão em torno dela, principalmente, Luigi Ferrajoli<sup>23</sup>, Michele Taruffo<sup>24</sup>, Jordi Ferrer Beltrán<sup>25</sup>, Marina Gascón Abellán<sup>26</sup> e outros tantos.<sup>27</sup> Como explicitou Taruffo,

“Resta claro, de fato, que não obstante dificuldades teóricas e variedades de orientações, a verdade – concordando com Lynch – é objetiva, é boa, é um objeto digno de perquirições e digna de ser cultivada por si mesma. Todavia, uma vez terminada há tempos a época das Verdades com ‘v’ maiúsculo, é necessário reconhecer que em alguns aspectos a ideia de verdade não pode ser outra coisa senão algo culturalmente relativo, em pelo menos dois sentidos. Por um lado, houve (e podem ainda existir) culturas em que o conceito de verdade não existia ou não tinha papel algum. (...) Por outro lado, é possível que no âmbito de contextos culturais diferentes (e também em contextos cognoscitivos diferentes) utilizem-se conceitos diferentes de verdade, ou métodos diferentes para determiná-la: a verdade ou a sua descoberta seriam, por conseguinte, *theory-laden* e *context-laden*.”<sup>28</sup>

Sendo assim, cede-se quanto à Verdade (com “v” maiúsculo), para se reconhecer que a verdade “é objetiva, é boa, é um objeto digno de perquirições e digna de ser cultivada por si mesma. (...) [e, portanto], em alguns aspectos a ideia de verdade não pode ser outra coisa senão algo culturalmente relativo (...)”<sup>29</sup>, ou seja, algo para ser entendido fora do aparente aspecto paradoxal. O próprio Taruffo tenta explicar:

“De algumas distinções inúteis podemos nos liberar rapidamente. A principal dessas é a que contrapõe verdades absolutas e verdades relativas. Sendo evidente que a Verdade com letra maiúscula (ou seja, a verdade absoluta) não pertence ao mundo das coisas humanas, é também evidente que essa não pertence ao mundo da justiça e do processo. Essa constatação pode desiludir o absolutista, fazendo-o cair no ceticismo, mas parece dificilmente contestável. De resto, dizer que nas coisas humanas (e, portanto, também no

23. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 1989.

24. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

25. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

26. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *O problema de prova*. Trad. Livia Moscatelli, Caio Badaró Massena e Janaina Matida. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

27. Nesse passo, é preciso poupar os brasileiros que, ligados à Escola de Girona, têm trabalhado seriamente com a teoria da prova visando uma democracia processual penal e, dentre eles, Janaina Matida, Rachel Herdy, Marcella Mascarenhas Nardelli, Gustavo Badaró, Renato Stanzola Vieira, Antônio Vieira, Rogério Schietti Cruz. Em que pese diferenças profundas quanto aos fundamentos, no que toca aos meios elas, as diferenças, não são muitas porque as questões quanto à gestão da prova só acabam se diferenciando quando os referidos fundamentos influenciam decisivamente. Ainda que um tanto diferente, em face dos fundamentos, na América Latina vale verificar o pensamento de BINDER, Alberto. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2021. p. 21-218.

28. TARUFFO, M. *Uma simples...* cit., p. 102.

29. TARUFFO, M. *Uma simples...* cit., p. 102.

processo) se lide somente com verdades relativas (com letra minúscula), não significa de fato desvalorizar a função da verdade, nem mesmo adotar uma concepção subjetivista ou relativista dessa. A esse respeito, remetendo-se ao que foi observado anteriormente, aqui somente cumpre, de qualquer modo, rechaçar que a verdade seja *objetiva*. Essa pode ser considerada relativa não no sentido de depender das opções individuais dos sujeitos que delas se ocupam (visto que, desse modo, cair-se-ia em um relativismo radical inaceitável), mas sim no sentido de que *o conhecimento* da verdade relaciona-se com o contexto em que surge, com o método com que se desenvolve sua busca e com a quantidade e a qualidade de informações de que se dispõe (e sob as quais tais conhecimentos fundam-se).<sup>30</sup> Com Lynch, adota-se “a verdade [que] é objetiva”<sup>31</sup>; agora, “há de se rechaçar que a verdade seja *objetiva*”<sup>32</sup>. De qualquer modo, o que vale é “*o conhecimento* da verdade”<sup>33</sup>, mantendo-se intacto o lugar da verdade porque embora “se lide somente com verdades relativas (com letra minúscula), não significa de fato desvalorizar a função da verdade, nem mesmo adotar uma concepção subjetivista ou relativista dessa.”<sup>34</sup>

Mas se se trata do “conhecimento da verdade”, não é da Verdade que se trata; e a verdade – sobre a qual se conhece – trata, sem dúvida, de outra coisa. Outra coisa que não é a Verdade. “Da mesma forma que não se pode refutar um cético, não se pode ‘provar’ o ser da verdade”<sup>35</sup>, diz Heidegger.

Stein, ao ser indagado por um interlocutor (“O que se perde nas teorias da verdade é o elemento ligado a uma certa historicidade, ao mundo prático. Ou se perde o mundo da reflexão, digamos. E parece que se amplia aqui o conceito tradicional de verdade com adequação que, para mim, não estava problematizado”), responde com uma pergunta: “A teoria da adequação permanece válida?”, ao que lhe respondem: “Pergunta: Talvez se pudesse dizer que sim, no nível epistemológico. As ciências experimentais sempre terão que apelar para isso.” E mais uma vez, com o que se poderia esclarecer o problema: “Pergunta: No nível ôntico”. Ao que responde

“Stein: No nível ôntico e no nível onde se fazem teorias da verdade. Mas aqui não se faz teoria da verdade. Aqui se faz uma análise das condições de possibilidade de um elemento que não é problematizado pelas teorias da verdade, a questão da relação que se estabelece entre o termo singular e o universal, entre o sujeito e o predicado.”<sup>36</sup>

Porém, é justo neste ponto que se não vira a chave, dado que se trabalha – é visível – com uma ideia de verdade objetiva, ainda que seja aquela que se apresenta, por exemplo, no processo. Veja-se – para ficar em um só autor – em Gascón Abellán: “(...) para o *cognitivismo*,

30. TARUFFO, M. *Uma simples...* cit., p. 105.

31. TARUFFO, M. *Uma simples...* cit., p. 102.

32. TARUFFO, M. *Uma simples...* cit., p. 105.

33. TARUFFO, M. *Uma simples...* cit., p. 105.

34. TARUFFO, M. *Uma simples...* cit., p. 105.

35. HEIDEGGER, M. *Ser e...* cit., p. 298.

36. STEIN, E. *Seminário sobre...* cit., p. 49.

a valoração da prova é concebida como uma atividade *racional*, consistente em verificar a verdade dos enunciados à luz das provas disponíveis e, portanto, suscetível de exteriorização e controle”.<sup>37</sup> Posições assim alimentam os críticos:

“Tal ocase da ideia de verdade objetiva na filosofia e na epistemologia não parece ter entrado ainda na mentalidade comum, que ainda está profundamente ligada (...) à ideia do verdadeiro como descrição objetiva dos fatos. Acontece, quem sabe, um pouco como com o heliocentrismo: todos ainda falamos que o sol ‘se põe’, embora seja a terra que se move. Ou, melhor, como dizia Nietzsche, Deus está morto, mas a notícia ainda não chegou a todos. E, com Heidegger: a metafísica acabou, mas não é possível ‘superá-la’, talvez apenas *verwinden*.”<sup>38</sup>

Neste ponto, quem sabe, para quem lida com o Direito e, particularmente, com o DPP, vale voltar para Carnelutti<sup>39</sup>.

Disso tudo resulta uma questão fundamental – absolutamente fundamental – que não está tão somente na verdade ou na Verdade e, sim, no discurso sobre ela. Ora, qual a importância que ele tem se formulado da forma como é? “Afim, quem fala a verdade (ou da Verdade), mesmo que de boa fé, está, da Verdade, dizendo uma mentira. Em suma, quem diz a verdade (com v minúsculo) achando que diz a Verdade (com V maiúsculo), mente.”<sup>40</sup>

Mas resulta, também, outra questão importante, que se não deve deixar de lado. Os seguidores do garantismo de Ferrajoli, assim como os que sustentam posições visivelmente de antigarantismo (como garantismo integral e outros, além dos lavajatistas), defendem sempre suas posições em nome da Verdade/verdade. É como se os dois lados, neste aspecto, dissessem a mesma coisa. Os exemplos se multiplicam; e servem para mostrar que o lugar da Verdade/verdade está equivocado, por sinal, nas duas posições. Resultado: não se presta (o discurso) senão como ideológico, para dizer sobre uma realidade que se não tem e, portanto, que é falsa; mas serve de arrimo para o que se pretende.

Em suma, o discurso sobre a Verdade/verdade se presta para mentir, para a mentira. Colocado à prova, nunca encontra respostas adequadas. Mesmo assim, é nele que a extragrande maioria das pessoas acreditam.

Então, se tal discurso se presta para a mentira, por que as pessoas não acreditariam nas próprias mentiras?

É como se o caminho estivesse pavimentado para que – diante do quadro propício – pudessem imperar as notícias falsas (*Fake News*), as notícias mentirosas.

### 3. UM POUCO SOBRE AS *FAKE NEWS*

As *Fake News* são mentiras e têm sido – propositadamente – produzidas e difundidas como se Verdade fossem. E aí reside o núcleo do problema que elas causam, mesmo porque,

37. GASCÓN ABELLÁN, M. *O problema...* cit., p. 19.

38. VATTIMO, G. *Adeus à...* cit., p. 8.

39. CARNELUTTI, F. *Verità...* cit. V. notas 14 e 15.

40. MIRANDA COUTINHO, J. N. *Ou o Brasil acaba com as Fake News...* cit.

por um lado, reivindicam um *status* que não têm e, por outro, colocam em risco a ordem constituída, da mesma forma que as instituições e, por certo, a democracia.

Uma conclusão se coloca desde logo e parece difícil de ser contestada: *Fake News* não são Verdades/verdades.

Por que, então, muitos creem nelas como se Verdades/verdades fossem?

É preciso tentar achar uma resposta para tal pergunta, talvez a primeira de tantas que se poderia fazer e que logo demonstrariam a complexidade do tema e a dificuldade das respostas.

As mentiras são mentiras e não se sustentam, a não ser para os que nela acreditam, sustentam-nas e as difundem. Mas elas produzem um efeito de verdade em quem acredita; e em nome dela, age. O objetivo dos que as produzem é esse; e, para tanto, criaram-se enormes estruturas de produção; fábricas de mentiras.

Elas, porém, esbarram no consenso (ainda que instável) sobre o que vem a ser verdadeiro. Afinal, como visto, Verdades/verdades são demais para os humanos, os quais não têm palavras para dizer aquilo que elas são em si. Contudo, em relação ao que se chama de verdades (mormente quando não se quer que elas passem pelas Verdades), porém, constroem-se consensos<sup>41</sup>; e isso não só é normal como, com frequência, deliberado. Com as cores – por exemplo – isso se passa e todos sabem (pelo menos no básico) a distinção entre elas. Não fosse desse modo os faróis (sinaleiros) não usariam vermelho, amarelo e verde, cada uma com seu significado. No foro, nos processos que visam ao julgamento dos casos penais com acidentes no trânsito envolvendo colisões nos sinaleiros, com frequência aparecem discussões sobre quem, com seu veículo, passou nessa ou naquela cor. É normal posições opostas e mesmo aparentemente contrárias (em face do tempo), mas, é quase insuportável se, contra as evidências<sup>42</sup>, aparece a mentira, quem sabe contra imagens de uma gravação que se descobre e na qual o acidente está registrado.

Acreditar na mentira – como se o imaginário fosse o real – remete a Freud e, de regra, à paranoia.<sup>43</sup> Independente disso, o que se vem passando com as *Fake News* é tão alarmante e tem alcançado tanta gente que coloca em dúvida um diagnóstico geral referente a ela, a paranoia.

41. Nesse ponto, vale a observação de GIOSTRA, Glauco. *Primeira lição sobre a justiça penal*. Trad. Bruno Cunha Souza. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 27: “Julgar, uma tarefa necessária e impossível ao mesmo tempo. *Necessária*, sobretudo quando nos deparamos com fatos criminosos, porque uma sociedade não pode deixar sem consequências comportamentos incompatíveis como a sua ordenada sobrevivência. *Impossível*, porque não somos capazes de conhecer a verdade. Ou, melhor, não podemos jamais ter a certeza de tê-la obtido. Disso nasce, já nas primeiras agregações sociais, a exigência de estabelecer um itinerário cognitivo, que hoje denominamos ‘processo’, ao final do qual um sujeito ‘alheio’ [terzo] chega a uma conclusão que a comunidade está disposta a aceitar como verdadeira, porque com o método considerado mais confiável pada pronunciar uma decisão justa.” (Grifos do original)

42. Sobre o tema das evidências, v. CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 2-5.

43. FREUD, Sigmund. *O caso Schreber*: notas psicanalíticas sobre um relato autobiográfico de um caso de paranoia: (dementia paranoides). Trad. José Octavio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 2002.

Pelo menos no Brasil, elas, as *Fake News*, iniciaram, com a profusão que têm hoje, a partir da disseminação do discurso do ódio<sup>44</sup>, dirigida a um público determinado que, para espanto da maioria, queria ser cooptado para, a partir daí, vociferar:

“(...) as vociferações se referem aos gritos marcados pelo ódio, cujo fundamento é a recusa da possibilidade do diálogo, impedindo escutar aquele a quem se dirigem as palavras. Sendo assim, a potência do ódio não pode ser reduzida em virtude de não contar com uma palavra diferenciadora.”<sup>45</sup>

As pessoas, de uma maneira geral, não só constataram as mudanças como, com grande tristeza, asseveravam que “o país está dividido”; e constatando a situação, debitavam tal divisão (sem entender bem o que se passava), à presença do ódio. “Nunca se viu tanto ódio”, diziam. Alguns iam adiante, diagnosticando o problema no espaço familiar: “Vamos ter que suspender os almoços de domingo na casa da minha avó porque está impossível dialogar com fulano, beltrano e ciclano. Eles são os donos da verdade e não escutam nada. Logo vai ter agressão física e uma guerra, do que devemos poupar nossa avó”.

E assim dividiram-se as famílias, os grupos de amigos, os grupos das redes sociais, as instituições e a própria sociedade: “(...) a estupidez não cai do céu sobre nossas cabeças. Ela renasce cada vez que os seres humanos consentem em fazer uma crítica da realidade e propor mudanças, a partir do ódio como política de destruição do instituído.”<sup>46</sup>

Mauro Mendes Dias, porém, não para aí, e vai adiante, de modo a alcançar o espaço político de forma cirúrgica:

“A repetição dessa insistência é sustentada pelo ódio aos acusados como responsáveis pela privação de supostos benefícios, dos quais se poderia estar obtendo satisfação. Trata-se de uma forma de fazer política, ou seja, de construir laços na sociedade. A instauração de tal política não é feita da noite para o dia. Ela se faz escutar, ora de forma lenta, ora de forma galopante. Se ela mobiliza e cativa os seres humanos pelos ódios, é porque a ignorância é sua eterna companheira. Não é mais a ignorância como sinônima de falta de conhecimento, escolaridade ou posição social, mas sim como aquela do ‘pior cego’, enquanto aquele que ‘não quer escutar.’”<sup>47</sup>

44. DIAS, Mauro Mendes. *Os ódios: clínica e política do psicanalista*. São Paulo: Iluminuras, 2012. p. 31: “A partir deste ponto, pode-se notar que o ódio vai ser, ao mesmo tempo, uma experiência que o sujeito vai viver, devido ao fato de que o desejo da mãe não é capaz de atender a todas as suas demandas, e em muitos momentos esse ódio vai ser recoberto, porque desde as suas primeiras relações há um privilégio do fator narcísico, do fator egóico, em detrimento do fator simbólico ou diferenciante.”

45. DIAS, M. M. *O discurso da estupidez*. São Paulo: Iluminuras, 2020, p. 21. Vale observar, para o que aqui interessa (a questão do efeito da verdade), outra explicação: DIAS, M. M. *Entre baratas e rinocerontes*. São Paulo: Iluminuras, 2021. p. 42-43: “... introduzi o termo vociferações como forma de mostrar os efeitos que se produzem, num sujeito, quando ele abdica da sua voz, por consentir num discurso que o embrutece, retirando-o das leis da fala. Ela passa a zurrar exortando fake News, zurra ao decidir por um sentido que rasura o efeito da verdade. Ele zurra enfim, por ter se tornado uma besta humana.”

46. DIAS, M. M. *O discurso...* cit., p. 74.

47. DIAS, M. M. *O discurso...* cit., p. 75.

Tudo acaba como se uma seita fosse marcada pelo lugar mitológico de um líder, em nome do qual “a verdade” e “a mentira” são pregadas. Por evidente, por trás está a ideologia e, como não poderia deixar de ser, o poder que manipula mentes e sujeita corpos.

O grande articulador e estrategista das *Fake News* no espaço das redes sociais e pelo mundo afora – aplicando, no mais das vezes, ideias que já vinham de outros, entre os quais, na política, Roger Stones – foi Steve Bannon<sup>48</sup>. Ele é, *mutatis mutandis*, o Joseph Goebbels de hoje, só que muito mais perigoso e ardiloso, tanto que ainda não é conhecido e estudado como merecia. Sabe ele, contudo, como ninguém, as imensas possibilidades das redes sociais, assim como seu caráter global e informações instantâneas. Não foi por outro motivo que, dolosa e estrategicamente, construiu, pelas *Fake News*, uma forma da mentira – mesmo escancarada, desbragada – virar verdade, isto é, ser apresentada com tal; ser assumida como tal e, quem sabe pior, ser difundida como tal.

Steve Bannon logo se deu conta que o receptor (em qualquer parte do mundo) não só as aceita como as quer, de modo a que, como um crente, assimila-as e as difunde, em um rebanho. Parecem, com muita frequência, delírios paranoicos, como os do famoso Schreber, de Freud. Bannon e essa gente que as produz sabe bem o que está fazendo (inclusive que se trata de crime), mas usam como desculpa – como antes referido e em cristalino equívoco – a liberdade de expressão.

Para decifrar a estratégia utilizada, é imprescindível um artigo de Sean Illing, no Vox News de 06.02.2020:

“Nenhuma versão única da verdade será aceita. (...) [e] algumas pessoas simplesmente se recusam a reconhecer fatos inconvenientes sobre seu próprio lado (...) Vivemos em um ecossistema de mídia que sobrecarrega as pessoas com informações. Algumas dessas informações são precisas, algumas são falsas e muitas delas são intencionalmente enganosas. O resultado é uma política que cada vez mais desiste de descobrir a verdade. (...) Uma resposta a essa situação é se afastar de sintonizar tudo (...) e praticamente todo mundo sabe de que lado está. Então, você se atém aos lugares que fornecem as informações que você mais deseja ouvir. Meu colega de Vox, Dave Roberts, chama isso de ‘crise epistêmica’. O fundamento da verdade compartilhada, ele argumenta, entrou em colapso. Não discordo disso, mas considero o problema um pouco diferente. Estamos em uma era de niilismo fabricado. O problema para muitas pessoas não é exatamente uma negação da verdade como tal. É mais um cansaço crescente sobre o processo de encontrar a verdade. E esse cansaço leva cada vez mais pessoas a abandonar a ideia de que a verdade é conhecível.

48. EMPOLI, Giuliano. *Os engenheiros do caos*. Trad. de Arnaldo Bloch. São Paulo: Vestígio, 2022, em especial, p. 91 e ss.: “Nas margens da vida política americana, já há algum tempo, ronda um personagem que tem a sensibilidade e a experiência necessárias para farejar antes dos outros as correntes que se movem sob o aparente consenso da Nova América, particularmente no mundo digital” (p. 95). “Sozinho, Bannon é forçado a tomar as rédeas do Breitbart News, o que faz com a energia habitual. ‘Facts get shares; opinions get shrugs’ é seu slogan: algo como ‘Fatos ganham cliques; opiniões ganham desdém’. Bannon é um ideólogo tão convencido por suas próprias ideias que chega às vezes ao fanatismo – mas sabe muito bem que os velhos argumentos não bastam para ganhar a batalha cultural contra o *establishment*” (p. 101).

Eu chamo isso de ‘fabricado’ porque é a consequência de uma estratégia deliberada. Foi destilado quase perfeitamente por Steve Bannon, ex-chefe do Breitbart News e estrategista-chefe de Donald Trump. ‘Os democratas não importam’, disse Bannon em 2018. ‘A oposição real é a mídia’. E a maneira de lidar com ela é inundar a área (ou zona) com merda.’ (‘to flood the zone with shit’). Essa ideia não é nova, mas Bannon a articulou da melhor maneira possível. *Idealmente, a imprensa deve filtrar os fatos da ficção e fornecer ao público as informações necessárias para fazer escolhas políticas esclarecidas. Se você interromper esse processo saturando o ecossistema com informações erradas e sobrecarregar a capacidade de mediação da mídia, poderá interromper o processo democrático. O que estamos enfrentando é uma forma de propaganda que não era realmente possível até a era digital. E funciona não criando um consenso em torno de uma narrativa específica, mas confundindo as águas para que o consenso não seja possível.* O objetivo político de Bannon é claro. Como ele explicou em uma palestra da Conferência de Ação Política Conservadora de 2017, ele vê Trump como uma dinamite com a qual explodir o *status quo*. Portanto, ‘inundar a área (ou zona)’ é um meio para esse fim. Mas, de maneira geral, a criação de cinismo generalizado sobre a verdade e as instituições encarregadas de desenterrá-las *corrói o próprio fundamento da democracia liberal*. E a estratégia está funcionando.” (Grifos do original)<sup>49</sup>

Ainda que um tanto dissimulado, Steve Bannon – que influenciou diretamente várias eleições pelo mundo ao lado da extrema direita e sempre com a mesma estratégia, dos bordões às *Fake News* – confirmou, em muitos pontos, o que disse Sean Illing e, em uma longa entrevista concedida à Mariana Sanches, da BBC News Brasil em Washington, em 18.09.2022<sup>50</sup>, mostrou, agora em um plano mais próximo do Brasil, como se passou a sistemática aplicada. É dele, por exemplo, a insistência no voto impresso, aparentando não conhecer devidamente o mecanismo brasileiro das urnas eletrônicas, embora tivesse concluído, sobre o tema, que

“No final das contas, o que você quer ter certeza que aconteça é, independente de quem seja o vencedor, você possa dizer: ‘Bolsonaro ganhou’ e o pessoal do Lula aceita. Ou, ‘o Lula ganhou’ e o povo do Bolsonaro aceita. As pessoas precisam aceitar a derrota, e você só consegue isso através da transparência.”<sup>51</sup>

Mais adiante, na entrevista, afirma categoricamente que “O dia 6 de janeiro foi exagerado como uma questão política”, da mesma forma que acentuou que “(...) eu não acredito que o Brasil vai ter uma situação como o 6 de janeiro”, deixando abertas as portas para algo

49. ILLING, Sean. “Inunda a área com merda”: como a desinformação dominou nossa democracia. “Flood the zone with shit”: How misinformation overwhelmed our democracy. *Vox Media*, 06.02.2020. Disponível em: [www.vox.com/policy-and-politics/2020/1/16/20991816/impeachment-trump-bannon-misinformation]. Acesso em: 04.02.2023. Trad. Luiz Campos Jr. disponível em: [https://dagobah.com.br/inunda-a-area-com-merda-como-a-desinformacao-dominou-nossa-democracia/].

50. SANCHES, Mariana. Steve Bannon: estrategista de Trump e aliado de Bolsonaro se diz ‘fascinado’ por Lula. *BBC News Brasil*, 18/09/2022. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/brasil-62944023]. Acesso em: 04.02.2023.

51. SANCHES, M. *Steve Bannon...* cit.

semelhante: “As razões pelas quais eu acho isso são: Bolsonaro vai ter uma onda e vai vencer, haverá transparência e todo mundo vai fazer o seu trabalho, e é nisso que as pessoas devem se concentrar.” Ora, se Bolsonaro tivesse ganhado, haveria transparência (como ocorreu em 2018) e todos deveriam aceitar. Mas se Lula ganhasse, não haveria transparência e aí não seria exagerado um 6 de janeiro à brasileira. E foi o que aconteceu, inclusive com o apoio dele, Steve Bannon, como noticiou o Estado de São Paulo, em 08.01.2023, às 19h15, em texto de Vinícius Valfré (“Aliado de Trump e conselheiro do clã Bolsonaro, Steve Bannon estimulou golpismo em Brasília”)<sup>52</sup>, assim como a Folha de São Paulo, em texto de Mike Wendling, em 09.01.2023, às 10h50 (“Como Steve Bannon e outros aliados de Trump estimularam invasões de bolsonaristas em Brasília”)<sup>53</sup>, deixando poucas dúvidas sobre quais eram as intenções, o que recomenda, inclusive, investigação criminal.

Deste modo, conhece-se quem está por trás das *Fake News* e o que se objetiva com elas. Por outro lado, sob o aspecto subjetivo da formação do rebanho, algo tinha sido possível aprender com Freud e seu “Psicologia das massas e análise do eu”<sup>54</sup>, em que pese a questão da cibernética e das redes sociais tenha alterado substancialmente os modos de comunicação entre as pessoas. No aspecto objetivo, ou seja, na forma como se processou a cooptação, os mecanismos são múltiplos e têm oscilado entre aqueles que decorrem dos meios de comunicação tradicionais (onde se destacam os jornais, as rádios e sobretudo as televisões) e as redes sociais. Elas chegaram de uma forma tão avassaladora que, nos dias atuais, talvez fosse possível afirmar que boa parte das pessoas não leem mais nada que não seja nelas. Isso tem consequências desastrosas, como se pode supor, em todos os sentidos, mas agem de forma espetacular em relação à cooptação. É de uma rede social, então, uma postagem – com a explicação para tal fenômeno –, a qual circulou pelo *WhatsApp*. Nela, um filho explica o que se passou com seu pai e, como quase tudo que circula nas redes sociais, não se pode dizer se é *Fake News* ou não. Serve, todavia, para se perceber e, talvez, entender o mecanismo:

“Meu pai era uma pessoa incrível, mas desde 2018, meu pai, que nem sabia e nem sabe de política, ficou fissurado pelo Bozo, se tornou uma outra pessoa. Então, o que acontece? Qual é o caminho que leva uma pessoa a sair de um pai legal, um pai amoroso, até um radical bolsonarista? Uma boa parte da explicação para isso é a forma como a direita global e o bolsonarismo aqui no Brasil utiliza as ferramentas do marketing digital para

52. VALFRÉ, Vinícius. Aliado de Trump e conselheiro do clã Bolsonaro, Steve Bannon estimulou golpismo em Brasília. *Estado*, 08.01.2023. Disponível em: [www.estadao.com.br/politica/aliado-de-trump-e-conselheiro-do-cla-bolsonaro-steve-bannon-estimulou-golpismo-em-brasilia/]. Acesso em: 07.02.2023.

53. WENDLING, Mike. Como Steve Bannon e outros aliados de Trump estimularam invasões de bolsonaristas em Brasília: mensagem de que “Lula roubou eleição” vinha sendo espalhada por pessoas que denunciaram “roubo” em eleições nos EUA. *Folha de São Paulo*, 09.01.2023. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/01/como-steve-bannon-e-outros-aliados-de-trump-estimularam-invasoes-de-bolsonaristas-em-brasilia.shtml]. Acesso em: 07.02.2023.

54. FREUD, S. *Psicologia das massas e análise do eu*. Trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2022.

cooptar e radicalizar as pessoas, principalmente a geração mais velha. Então vamos lá. Tá lá o pai dela na internet. Ele não é nativo digital. Ele não é muito politizado. Ele está lá usando seu Facebook, procurando as coisas dele, vendo as coisas dele, vendo os amigos. De repente aparece um discurso do Bolsonaro, um indignado com a corrupção, falando umas verdades ou até mesmo falando algum preconceito, aquelas idiotices que ele fala que todo mundo diz: nossa, que corajoso, fala o que todo mundo pensa. Bom, ele se identificou com uma coisa dessas. E aí ele dá ao seu público; ele compartilha. Ele segue um perfil. E é aí que o problema começa. Quando ele engajou, ele entrou no funil da campanha bolsonarista, entrou no fluxo da campanha e aí ele vai receber mais e mais conteúdo, como aquele que ele gostou. Mais e mais conteúdo como aquele que ele gostou. Isso vai crescendo e isso vai crescendo na timeline dele. De repente, parece que todo mundo está falando sobre aquelas coisas; que só aquilo parece estar do lado dele. Só o que está sendo dito. E aí vem o convite para entrar em um grupo de WhatsApp, no Telegram, e ele aceita. Aí a coisa começa a ficar realmente feia. E dentro dos grupos eles são ensinados a não prestar atenção em nada que não esteja ali, nada que não seja da rede deles. Não acreditar em nenhum jornal, não acreditar em nenhuma TV. Todo mundo é comunista. Ali eles vão aprendendo quem são os inimigos, quem deve ser odiado, quem está destruindo o Brasil. Ali todas as loucuras são justificadas. O mito nunca está errado. Eles sempre têm um plano. Eles sempre vão ter uma saída; eles vão vencer. No final, está tudo sendo friamente calculado. Por isso que gera essa desconexão com a realidade e se está vendo as coisas acontecerem. Os caras estão em uma alucinação coletiva que é muito difícil de sair. Porque isso cria realmente um comportamento de seita. É assim. É exatamente assim que as seitas são criadas. Essa mistura. E aí acrescenta os pastores; botam a religião misturando. A coisa fica realmente muito séria. E a radicalização? Ela cresce muito rápido e é muito difícil voltar atrás. Não é pela razão que vocês vão resgatar os pais, as mães, os irmãos de vocês. É pelo afeto, meus amigos. E se não der certo, clica na bio que você vai ver o que vai acontecer.”<sup>55</sup>

A descrição é impactante; e narra a situação de muita gente. Por sinal, é tanta gente, que todos, sem exceção, conhecem pessoas, às vezes muitas pessoas, as quais se encontram no tal lugar referido, totalmente capturados. O próprio autor, como se vê, aponta para uma saída possível não pela razão, mas pelo afeto. Pode até ser, sem dúvida. Mas há quem aposte que um estágio sem o celular já é suficiente para possibilitar um retorno à normalidade porque, sem a dose de desinformação diária a própria vida conseguiria remover a postura. A questão, porém – e muito séria – é: nos dias atuais é possível viver sem o telefone celular?

Toda essa matéria é possível e deve ser pensada para o processo penal. Afinal, o rebanho ou parte dele pode cometer crimes e os casos penais decorrentes deles deverão ser processados devidamente. Doutra parte, a questão pode afetar tanto a acusação quanto a defesa, com consequências quicá severas no processo. Mas se quem estiver capturado for o juiz? O que pode acontecer? Que isso está acontecendo não há dúvida; e se observa de

55. BEHENCK, Everton. *Tiktok, Everton Banido*. Disponível em: [www.tiktok.com/@evertonbanido/video/7189993435019906310]. Acesso em: 04.02.2023.

várias maneiras, mas talvez principalmente pelas manifestações nas redes sociais. Tal matéria mereceria um estudo à parte.

#### 4. UM ESBOÇO DE CONCLUSÃO

As *Fake News*, como mentiras, disseminam o ódio, afrontam a ordem constituída (começando por aquela constitucional), assacam contra as instituições e, sobretudo, a democracia.

Elas devem ser, na medida do possível, combatidas e eliminadas.

Devem ser processados os que, com elas, ofenderem bem jurídicos protegidos.

Sabe-se, porém, que o seu controle, pelos meios tradicionais, é quase impossível, como vêm mostrando as tentativas que se faz para forçar as empresas a bloquearem as *Fake News*. O volume de informações (no Google, por exemplo) é tão gigantesco que se têm dificuldades para perceber a mentira. Tal possibilidade aparece, agora, com o modelo iniciado pelo chamado ChatGPT, o qual sendo manejado por uma IA poderá ser capaz de detectar as mentiras e excluir as *Fake News*. Com ele se ganha velocidade na obtenção da informação mais precisa, mas pode ter, além, a capacidade de bloquear aquilo que for mentiroso. Aqui valem, como imprescindíveis, as discussões sobre a Verdade/verdade porque, por evidente, a programação há de refletir um padrão; e esse se dá por consenso.

A questão que resta, sem embargo, é se será possível encontrar um meio de burlar o modelo do ChatGPT e sua inteligência artificial. Por elementar, não bastam as diatribes; e logo podem chegar as patifarias. Por trás disso – é bom não esquecer – estão os homens e seus interesses econômicos, logo, como referido, *do dizer ao ser, no meio tem o infinito*.

#### 5. REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor. *Minima moralia*: reflexões a partir da vida danificada. 2. ed. Trad. Luiz Eduardo Bicca. São Paulo: Editora Ática, 1993.
- BEHENCK, Everton. Tiktok, Everton Banido. Disponível em: [www.tiktok.com/@evertonbanido/video/7189993435019906310]. Acesso em: 04.02.2023.
- BINDER, Alberto. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2021.
- CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. 2. ed. Roma: Ateneo, 1947.
- CARNELUTTI, Francesco. Prove civile e prove penali. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova: La litotipo, v. II, parte I, 1925.
- CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. *Rivista di diritto processual*, Padova: Cedam, v. XX (II Série), 1965.
- CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CURY, Jacqueline Taís Menezes Paez. *O problema das Fake News nas questões políticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- DIAS, Mauro Mendes. *Os ódios: clínica e política do psicanalista*. São Paulo: Iluminuras, 2012.
- DIAS, Mauro Mendes. *O discurso da estupidez*. São Paulo: Iluminuras, 2020.

- DIAS, Mauro Mendes. *Entre baratas e rinocerontes*. São Paulo: Iluminuras, 2021.
- EMPOLI, Giuliano. *Os engenheiros do caos*. Trad. Arnaldo Bloch. São Paulo: Vestígio, 2022.
- ENGEL, Pascal; RORTY, Richard. *Para que serve a verdade?* Trad. Antonio Carlos Olivieri. São Paulo: Editora UNESP, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 1989.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- FLORIAN, Eugenio. *Prove penali*. Milano: Vallardi, 1924.
- FLORIAN, E. Le due prove (civile e penali). *Rivista di diritto processuale civile*, Padova: Cedam (già Litotipo), volume III, parte I, 1926.
- FRANKOPAN, Peter. *O coração do mundo: uma nova história universal a partir da rota da seda: o encontro do oriente com o ocidente*. Trad. Luis Reyes Gil. São Paulo: Planeta, 2019.
- FREUD, Sigmund. *O caso Schreber: notas psicanalíticas sobre um relato autobiográfico de um caso de paranoia: (dementia paranoides)*. Trad. José Octavio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 2002.
- FREUD, S. *Psicologia das massas e análise do eu*. Trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2022.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *O problema de prova*. Trad. Livia Moscatelli, Caio Badaró Massena e Janaina Matida. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.
- GIOSTRA, Glauco. *Primeira lição sobre a justiça penal*. Trad. Bruno Cunha Souza. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- HEIDEGGER, Martin. De la esencia de la verdad (1943). Trad. C. Astrada. *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid: Tecnos, Juan Antonio Nicolás e María José Frápolli (editores), 1997.
- HEIDEGGER, M. *Ser e tempo. Parte I*. 11. ed. Trad. de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2002.
- ILLING, Sean. “Inunda a área com merda”: como a desinformação dominou nossa democracia. “Flood the zone with shit”: How misinformation overwhelmed our democracy. *Vox Media*, 06.02.2020. Disponível em: [www.vox.com/policy-and-politics/2020/1/16/20991816/impeachment-trial-trump-bannon-misinformation]. Acesso em: 04.02.2023.
- KHALED JR., Salah. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza” de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura e AZEVEDO, Gabriella Saad (Org.). *Observações sobre a propedêutica processual pena*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

- MIRANDA COUTINHO, J. N. Ou o Brasil acaba com as Fake News, ou as Fake News acabam com o Brasil. *Trincheira democrática: Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP)*, Salvador, ano 5, n. 24, dez. 2022. p. 4-5.
- SANCHES, Mariana. Steve Bannon: estrategista de Trump e aliado de Bolsonaro se diz ‘fascinado’ por Lula. *BBC News Brasil*, 18.09.2022. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/brasil-62944023]. Acesso em: 04.02.2023.
- STEIN, Ernildo. *Seminário sobre a verdade: lições preliminares sobre o parágrafo 44 de Sein und Zeit*. Petrópolis: Vozes, 1993.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- TRIBERTI, Cesare; CASTELLANI, Maddalena; RAMIDOFF, Mário Luiz; SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de. *Inteligência artificial além das quatro leis da robótica, reflexões também à luz da pandemia de Covid-19*. Curitiba: Juruá, 2021.
- VALFRÉ, Vinícius. Aliado de Trump e conselheiro do clã Bolsonaro, Steve Bannon estimulou golpismo em Brasília. *Estadão*, 08.01.2023. Disponível em: [www.estadao.com.br/politica/aliado-de-trump-e-conselheiro-do-cla-bolsonaro-steve-bannon-estimulou-golpismo-em-brasilia/]. Acesso em: 07.02.2023.
- VATTIMO, Gianni. *Adeus à verdade*. Trad. João Batista Kreuch. Petrópolis: Vozes, 2016.
- WENDLING, Mike. Como Steve Bannon e outros aliados de Trump estimularam invasões de bolsonaristas em Brasília: mensagem de que “Lula roubou eleição” vinha sendo espalhada por pessoas que denunciaram “roubo” em eleições nos EUA. *Folha de São Paulo*, 09.01.2023. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/01/como-steve-bannon-e-outros-aliados-de-trump-estimularam-invasoes-de-bolsonaristas-em-brasilia.shtml]. Acesso em: 07.02.2023.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Digital

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A revisão criminal e a (im)possibilidade da existência de uma única verdade no processo penal: uma análise à luz da teoria de Karl Raimund Popper, de Alexandre de Castro Coura e Maira Ramos Cerqueira – *RT* 1039/345-362;
- *Fake news* e pós-verdade na arena pública e na sociedade da informação, de Martin de Almeida Sampaio e Fábio Romeu Canton Filho – *RT* 1050/55-65;
- *Fake news*: um atentado às liberdades de pensamento e consciência, de José Sérgio Miranda Miranda e Ivelise Fonseca De Matteu – *RDCI* 132/325-344;
- Motivação, contraditório e verdade judicial, de Mateus Abreu Antunes da Silva – *RePro* 314/55-70;
- O pêndulo da verdade no direito probatório, de Cássio Benvenutti de Castro – *RePro* 342/99-117; e
- Teoria do fato jurídico e a verdade: uma abordagem da relação teleológica entre verdade e fato, de Marcos Bernardes de Mello e Thiago André Gomes Antunes – *RDCC* 36/31-45.



# UM MANIFESTO ANTIRRELATIVISTA: SÓ HÁ INTERPRETAÇÕES PORQUE EXISTEM FATOS, REGRAS E PRINCÍPIOS A SEREM INTERPRETADOS

---

*AN ANTI-RELATIVIST MANIFESTO: THERE ARE ONLY INTERPRETATIONS BECAUSE THERE ARE FACTS, RULES AND PRINCIPLES TO BE INTERPRETATED*

LENIO LUIZ STRECK

Doutor em Direito pela UFSC e Pós-doutor em Direito pela FDUL. Professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/RS) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa/RJ). Professor emérito da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Membro catedrático da Associação Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Coordenador do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0806893389732831>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-8267-7514>]. [lenio@professorstreck.com.br](mailto:lenio@professorstreck.com.br)

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8381431>].

Autor convidado

## ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

**RESUMO:** Algumas das principais mazelas do processo penal brasileiro encontram o seu núcleo em um problema histórico e fundamental: uma confusão generalizada sobre o conceito de verdade e como ela é atingida. O fato é que a dogmática nacional, ao abordar o tema, agrava-o, ao contrário de esclarecê-lo. Categorias como "verdade real", "verdade formal", "verdade nas provas", atravessam manuais e cursos de direito processual como se "verdade" e "interpretação judicial" não fossem questões de profunda densidade filosófica; uma densidade que é apenas capturada mediante o recuo às trincheiras da teoria do direito e da filosofia em sentido geral. Assim, nas reflexões que se seguem, a partir da

**ABSTRACT:** Some of the main problems of Brazilian criminal procedure find their core in a historical and fundamental problem: a generalized confusion about the concept of truth and how it is achieved. The fact is that national dogmatics, when approaching the subject, aggravates it, instead of clarifying it. Categories such as "real truth", "formal truth", "truth in evidence", cross manuals and procedural law courses as if "truth" and "judicial interpretation" were not questions of deep philosophical density; a density that is only captured by retreating into the trenches of legal theory and philosophy in general. Thus, in the reflections that follow, based on the Hermeneutic Critique of Law, I intend to carry out

Crítica Hermenêutica do Direito, pretendo realizar esse movimento de recuo, realizando, assim, o diagnóstico geral da crise epistemológica do processo penal e apontando as condições de possibilidade a partir das quais o problema da verdade no processo penal pode ser refletido com integridade teórica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Epistemologia – Processo penal – Hermenêutica jurídica – Crítica hermenêutica do direito – Teoria da decisão judicial.

this retreat movement, thus carrying out the general diagnosis of the epistemological crisis of the criminal procedure and pointing out the conditions of possibility from which the problem of truth in criminal proceedings can be reflected with theoretical integrity.

**KEYWORDS:** Epistemology – Criminal proceedings – Legal Hermeneutics – Hermeneutical Critique of Law – Judicial decision theory.

**SUMÁRIO:** 1. Acepipes epistemológicos. 2. A crise epistêmica: o senso comum teórico (e a dificuldade de sua superação). 2.1. Processo (civil e penal): o que se diz por aí. 2.2. A verdade é "relativa"? 2.3. "Verdade Real" em que sentido?. 3. A verdade que existe e não existe. 4. Se a "verdade real" é um mito, por que esse mito é usado para explicar o logos?. 5. Os paradigmas inconciliáveis por trás das concepções de verdade. 6. Os problemas recorrentes acerca dos conceitos de livre convencimento, livre apreciação e verdade judicial – uma extensão da discussão acerca do conceito de verdade. 7. Um breve encaminhamento acerca do sentido de verdade. 8. Considerações finais: a distância em relação à indagação "O que é isto – o conceito de verdade?". 9. Referências.

## 1. ACEPIPES EPISTEMOLÓGICOS

Já li isto em vários lugares e ouvi contarem de diferentes modos uma certa história. Um cego mendigava em Paris; colocou um pequeno cartaz que dizia: "Sou cego. Ajudem-me". O povo passava e ninguém se compadecia. Passou um poeta que, segundo a lenda (podia ser um publicitário, mas não importa: prefiro esta versão), pegando o cartaz, reescreveu-o, e, lá se foi deixando o mendigo a mendigar. Horas depois, retornou ao local e viu que a bandeja do mendigo estava repleta de moedas. Ao sentir a aproximação do poeta (por meio de seus outros aguçados sentidos), o mendigo lhe perguntou acerca do que escrevera no cartaz. E o poeta respondeu: "em lugar de 'sou cego. Ajudem-me', escrevi: 'É primavera em Paris... e eu não posso vê-la'"<sup>1</sup>.

Há vários modos de contar um fenômeno. Ernildo Stein diz que complexa não é a realidade; complexas são nossas interpretações da realidade. Uma interpretação – literal ou não – é tão autêntica quanto for sólida a consciência do intérprete sobre o "círculo hermenêutico", desenvolvido contemporaneamente pela filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, respectivamente. Esse processo

1. STRECK, Lenio Luiz. *O cego de Paris e a busca da verdade real – O início*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 9 de maio de 2013. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2013-mai-09/senso-incomum-cego-paris-busca-verdade-real-inicio]. Acesso em 21.09.2023.

STRECK, Lenio Luiz. Um manifesto antirrelativista:

só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados.

*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 53-71. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381431].

circular da compreensão é centrado numa relação não hierárquica entre intérprete – suas pré-compreensões e respectiva suspensão dessas para o exame de autenticidade –, a linguagem pública e o objeto interpretado, mediante plena assunção dos constrangimentos impostos por esses elementos e seus limites histórico-conceituais<sup>2</sup>.

Em síntese, o círculo hermenêutico trata da constante projeção que o intérprete realiza em relação ao objeto – projeção que é fruto de suas pré-compreensões, de sua historicidade – e, na medida em que esta projeção se choca com o objeto em questão, há o retorno crítico à própria projeção inicial. Abre-se uma possibilidade de autoconsciência da historicidade do intérprete. Gadamer chama de “consciência da história efetual” (*wirkungsgeschichtliches Bewusstsein*). É por isso que falamos que a circularidade hermenêutica é positiva, e não a má circularidade em que os preconceitos se apropriariam e deformariam o texto interpretado.

Ao ler na revista eletrônica ConJur que a falta de apenas um centavo no depósito exigido para o ajuizamento de recurso no Tribunal Superior do Trabalho *não mais* gera deserção que prejudique o julgamento do pedido, começo a vislumbrar a primavera no TST. Sim, posso vê-la. Pela decisão em Agravo de Instrumento, a 8ª Turma do TST afastou a deserção que havia sido decretada pelo presidente do TST.

Nesse sentido, também escrevi um texto na ConJur com o título *Quanto Vale o Narcisismo Judicial?*<sup>3</sup>, criticando decisão anterior que negara seguimento a Recurso em face de um centavo. Nesse novo feito, a ministra Dora Maria da Costa disse tratar-se “de quantia sem expressão monetária, sendo certo, ainda, que a OJ 140 da SDI-1 se reporta a centavos, no plural, o que não abrange a situação vertente”. A decisão permaneceu refém daquilo que Dworkin chamou de “agulhão semântico”<sup>4</sup>. Ela – a ministra – poderia ter ido um pouquinho mais longe. A julgar pela sua decisão, fossem dois centavos estaria resolvido o problema, porque haveria a expressão monetária “em centavos”, no plural (algo como a repristinar a questão savignyana da interpretação gramatical).

De todo modo, trata-se de um avanço. Outro dia, li uma decisão da lavra do Desembargador Nagib Slaibi Filho, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que é alvissareira: “Prestigiando a máxima de *minime ne curiat praetor* e ao princípio da efetividade processual, tendo em vista que a diferença a ser complementada é de tão-somente R\$ 2,81 (dois reais e oitenta e um centavos) (fl. 399), de ofício, rejeitam-se a preliminares arguidas. (...)”<sup>5</sup>. Trata-se, pois, de uma questão que envolve a discussão profunda da teoria do Direito.

2. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

3. STRECK, Lenio Luiz. Quanto vale o narcisismo judicial? Um centavo? *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 maio 2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-mai-17/senso-incomum-quanto-vale-narcisismo-judicial-centavo]. Acesso em: 24.07.2023.

4. DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 56 e ss.

5. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, AC 0179205-06.2008.8.19.0001, Apelação Cível, 6ª Câmara Cível. Apelante Rodrigo Azevedo Silva Cabral e outros, Apelado Rodrigo Azevedo Silva Cabral e outros, rel. Des. Nagib Slaibi Filho, 23.08.2023.

Ou seja, está-se diante da discussão da dicotomia “positivismo exegético *versus* hermenêutica” (ou textualismo *versus* voluntarismo).

Claro que ainda devemos avançar muito mais. Por exemplo, no caso do TST, deveria ter sido questionada – em controle difuso – a própria constitucionalidade da OJ 140 da SDI-1/TST, que incrivelmente tratou de uma matéria que não deveria ter tratado (ao menos do modo como tratou)<sup>6</sup>.

Evidentemente, o processo penal não escapa da controvérsia – em verdade, no seu domínio, a gravidade do tema é ainda maior, pois compartilha dos mesmos vícios, mas sua tragédia é sobremaneira mais aguda, seja no que tange à “verdade na interpretação das palavras” ou a “verdade nas provas”<sup>7</sup>, pois fala-se, nas suas raízes, entre o limite mais acentuado entre a violência institucional do Estado e a liberdade corpórea do cidadão.

Relembro, aqui, o jamais-a-ser-esquecido caso das ADC’s 43, 44 e 54, envolvendo a interpretação do art. 5, LVII, da Constituição Federal, o qual expressamente consigna que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; se essa disposição constitucional tivesse sido interpretada com o mesmo vigor literalista com que foi a OJ 140, eu e tantos outros causídicos não teríamos tido de ir até a tribuna do Supremo Tribunal Federal, naquela tarde de agosto de 2021, para defesa da Constituição no banco dos réus<sup>8</sup>. Diz a OJ “centavos” e diz a Constituição “trânsito em julgado”. Afinal, por que uma palavra vale tanto e outras tão pouco, e qual o critério para definir quando uma irá sucumbir, e outra fará sucumbir? Eis o ponto.

Embora tenhamos vencido com a Constituição embaixo do braço – tal como ela própria nos exige –, longe estamos de ver a primavera no campo do Direito ou de poder dizer as coisas no Direito de outro modo. Chamemos, pois, o poeta parisiense. Ou o cego. Há, efetivamente, uma crise de paradigmas que assola o Direito.

Venho insistindo no sentido de que, de um lado, há uma crise de compreensão (poderíamos chamá-la de crise epistemológica); de outro, uma crise de modelo de Direito, no interior da qual sua operacionalidade – o que inclui os concursos públicos e o ensino jurídico – continua refém de um senso comum teórico (Warat), refratário a qualquer sofisticação teórica. Relata-me um Promotor de Justiça, de um Estado da Federação da região centro-oeste, o modo como o sistema virtual pode estimular negativamente as mentes mais criativas. Dia destes, segundo o relato, ao final de uma audiência na Vara especializada em violência doméstica da Capital do Estado, após as alegações orais, o magistrado posicionou-se em frente à câmera do sistema audiovisual e proferiu a primeira “sentença mista” do Estado e provavelmente uma das primeiras do Brasil. Sim, mista, pois na ata restou consignado somente o dispositivo da “sentença”, relatório, fundamentação e dosimetria, tudo no

6. STRECK, Lenio Luiz. *O cego de Paris e a busca da verdade real – O início*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 9 de maio de 2013. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2013-mai-09/senso-incomum-cego-paris-busca-verdade-real-inicio]. Acesso em 21.09.2023.

7. BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 286.

8. BREDA, Juliano; STRECK, Lenio Luiz. *O dia em que a constituição foi julgada: a história das ADC’s 43, 44 e 54*. São Paulo: Ed. RT, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Um manifesto antirrelativista:

só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados.

*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 53-71. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381431].

sistema audiovisual e em seguida para o *e-proc*. Pergunto: há possibilidade de uma primavera no Direito?<sup>9</sup>

## 2. A CRISE EPISTÊMICA: O SENSO COMUM TEÓRICO (E A DIFICULDADE DE SUA SUPERAÇÃO)

Chegamos a um ponto em que os alunos acham “bonito” e “inteligente” alguém “sacar” que um livro de Direito deve conceituar os institutos jurídicos como um simples dicionário, algo do tipo “o ordinário se presume”, “quadrilha necessita de no mínimo quatro pessoas”, “agressão atual é a que está acontecendo”, “iminente é a que está por acontecer”; “chave falsa é um instrumento para abrir fechaduras”, “verossimilhança é aquilo que parece próximo do verdadeiro”, “no furto, coisa alheia é a que não pertence à pessoa”; “cautelar é aquilo que acautela”; “juiz não está limitado às regras indicadas pelas partes”, “antes da verdade, há a verossimilhança”; “princípios são valores”. E assim por diante.

Como venho referindo, o senso comum teórico, que conforma a dogmática jurídica tradicional (e parcelas da “nova dogmática”), é um queijo suíço, onde a “parte boa” é o espaço que deixa o queijo sofisticado, isto é, o vazio (ou o “não queijo”). E, quando quer sofisticar, atrapalha-se. Ou, ainda, utiliza-se de autores equivocados, reproduzindo ou reforçando estereótipos próprios do velho formalismo dogmático.

Um dos sintomas do persistente inverno, que não autoriza o despertar da primavera – a não ser a partir de algumas nesgas de luz – pode ser visto naquilo que a dogmática jurídica entende por “princípio da verdade real”. Ou o relaciona a conceitos como o de “verdade material”, oposta à “verdade processual” ou de “verdade formal”. Ou, ainda, tratam-na como um mix entre paradigmas filosóficos antagônicos. Isso sem considerar que o chamam de “princípio”, fechando o círculo de equívocos.<sup>10</sup>

Pergunto: há mais de um tipo de verdade? O que distingue uma verdade formal de uma verdade material? Se uma conclusão é apenas parcialmente verdadeira, ela também não seria parcialmente falsa? A dogmática brasileira pode jogar fora o princípio lógico da não contradição? Por tudo, “precisamos falar sobre a verdade no processo penal” (!).

### 2.1. Processo (civil e penal): o que se diz por aí

Efetivamente, não é fácil entender o que a dogmática processual pretende dizer com a defesa ou a crítica à “verdade” (real, material, formal, processual...). Por vezes, parece que a verdade real é uma busca ontológica clássica, uma *adequatio intellectum et rei* (ou seja,

9. STRECK, Lenio Luiz. *O cego de Paris e a busca da verdade real – O início*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 9 de maio de 2013. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2013-mai-09/senso-incomum-cego-paris-busca-verdade-real-inicio] Acesso em 21.09.2023.

10. STRECK, Lenio Luiz. *O cego de Paris e a busca da verdade real – O início*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 9 de maio de 2013. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2013-mai-09/senso-incomum-cego-paris-busca-verdade-real-inicio]. Acesso em 21.09.2023.

a adequação do intelecto à coisa); em outras passagens, fica-se convencido de que a verdade real é o corolário da filosofia da consciência (*adequatio rei et intellectum* – que quer dizer adequação da coisa ao intelecto) ou, na verdade, de sua vulgata. Guilherme Nucci, por exemplo, inicia o seu comentário ao art. 155 do CPP com o tópico “significados de verdade e certeza”, afirmando que “a existência da verdade é sempre relativa, pois o que é verdadeiro para uns, pode ser falso para outros”<sup>11</sup>. Deparamo-nos com um antiquíssimo paradoxo: afinal, é verdade que não existe verdade?<sup>12</sup>

Em um boletim de processo penal, leio artigo de um jovem doutor em Direito confundindo os conceitos de verdade (incluindo a de Aristóteles); falava ele também dos perigos do abandono radical do conceito de verdade como correspondência. Mas, o que é isto, a “verdade como correspondência”? Por que seria “perigoso” abandoná-la? Afinal, teria – ou tem – algum sentido em falar em “verdade como correspondência”?

Pesquisar o que juristas escrevem sobre o tema da verdade é, assim, um exercício interessante. Em outra revista de excelente qualidade, especializada em Processo, deparei-me com um artigo de um talentoso processualista<sup>13</sup> que, a par de valiosas informações (o texto, de fato, possui erudição), traz afirmações preocupantes, como a de que “a questão da busca pela verdade interessa não só ao Direito, mas praticamente a todos os ramos do conhecimento”. De pronto eu retiraria a expressão “praticamente”. Na sequência da leitura, preocupou-me assaz o “conceito de verossimilhança” que, para ele, “É um juízo feito com base em máximas de experiência, isto é, com base no que normalmente acontece”. Indago: teria N. Malatesta razão, portanto, quando dizia que “o ordinário se presume”, “só o extraordinário se prova”? O que são, enfim, máximas de experiência? E como se afere “aquilo que normalmente acontece”? Haveria uma espécie de “objetividade do senso comum” ou uma certa “ontologia do que é dito por aí”?

Também é intrigante o que diz o processualista Echandía, citado no referido artigo: a verdade “es inalcanzable” para o homem e “el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad”. Ora, se a verdade é inalcançável para o homem, porque, então, é possível dizer o enunciado? Por que falar de algo que não existe? *Ainda: se é verdade que a verdade não existe*, “que es inalcanzable”, *por que, então, às vezes, como diz Seitoguiti J.*<sup>14</sup>, “o resultado da prova pode não corresponder à verdade”?

Em outro texto – e isso se repete em vários – leio que *a verdade é inatingível em face das deficiências humanas de cognição*. Mas, paradoxalmente, diz-se que “não se deve prescindir da investigação sobre como os fatos se deram”. Mas, se a verdade não existe, se ela é

11. NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 338.

12. STRECK, Lenio Luiz. As vinhas da ira do Direito ou “quando o réu não se ajuda”. Disponível em: [https://nonacachola.blogspot.com/p/o-cego-de-paris-e-busca-da-verdade-real.html].

13. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Verdade e finalidade da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, Ano 37, n. 213, p. 161-192, nov. 2012.

14. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Verdade e finalidade da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, n. 213, São Paulo, p. 161-192, nov. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Um manifesto antirrelativista:

só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados.

*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 53-71. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381431].

incognoscível/inatingível (lembro que os sofistas já diziam isso), como é possível investigar a maneira “como os fatos se deram”? Afinal, se a verdade não existe, como tantos autores de direito dizem, como admitir a existência de “fatos”?

## 2.2. A verdade é “relativa”?

No julgamento do mensalão, ouvi muitos participantes falarem da e sobre a verdade. Ouvi que a verdade “estava nos autos” e que “as provas fala(ri)am por si” (o processo revelaria uma verdade intrínseca); e, por outro lado, falou-se também que “a verdade não existe; que é relativa”.

Se a verdade não existe, então é por isso mesmo que não é verdadeiro dizer que a verdade não existe. Como mencionei anteriormente, o autor do enunciado cai em um paradoxo. E, como também sabemos, paradoxos são coisas sobre as quais não podemos decidir (assim nos ensinam os sistêmicos). Por exemplo, o mais famoso paradoxo é o do mentiroso. “Todos os que estão na sala são mentirosos. Eu, quem disse a frase, estou na sala, logo, sou mentiroso e acabo de dizer uma mentira, cujo contrário é a verdade”.

Mas, enfim, o que estaria por trás de toda essa discussão no processo penal? Registre-se a importância do assunto, na medida em que, apesar de toda confusão conceitual até aqui apresentada, a ideia de “verdade real” ainda circula fortemente na doutrina e no judiciário.

Na doutrina jurídica mais consumida, a verdade ora é confundida com um dado bruto (o fato em si?) ao qual o sujeito cognoscente deve se amoldar, ora é resumida a uma construção, erguida – a partir de uma pseudo “consciência metodológica” – pelo sujeito cognoscente, algo que aparece claramente no conceito de “livre convencimento” ou “livre apreciação da prova”.<sup>15</sup> Em outros momentos a dogmática jurídica produz um *mix*. De todo modo, o que fica claro é que não há preocupação com as condições epistemológicas de tais assertivas. Ao que tudo indica, o imaginário dos juristas é determinado por uma estranha correlação entre a teoria da correspondência e o subjetivismo. A depender do caso, do objetivo pragmático, ou do público a que se dirige, adota-se uma ou outra.

## 2.3. “Verdade Real” em que sentido?

Em dezenas de livros de processo penal lê-se que, ao mesmo tempo em que “existiria” a verdade como um “dado” real, haveria também o “livre convencimento...” (ou livre apreciação da prova), tudo isso independentemente dos problemas que as próprias concepções clássicas ou modernas da filosofia revelem.

Mas, então, permito-me indagar: de que modo a verdade seria, então, um dado “real”? “Real” em que sentido? O real é o verdadeiro “em si”, ou haveria uma proposição a qual, mesmo que não expressasse a realidade, ainda assim poderia ser chamada de verdadeira?

---

15. STRECK, Lenio Luiz. *O cego de Paris e a busca da verdade real – O início* Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 9 de maio de 2013. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2013-mai-09/senso-incomum-cego-paris-busca-verdade-real-inicio]. Acesso em 21.09.2023.

---

STRECK, Lenio Luiz. Um manifesto antirrelativista: só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 53-71. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381431].

Outra pergunta: independente da correlação com uma ou outra concepção filosófica sobre o conceito de “verdade”, fica a indagação acerca do modo pelo qual seria possível compatibilizar essas “teses”. Ao exame de parcela considerável da doutrina processual penal brasileira (embora esse problema seja constatável nos demais ramos do direito), é muito difícil encontrar uma resposta satisfatória a esse dilema. Dessa maneira, do conjunto de uma parte da doutrina e da jurisprudência, tem-se que:

(i) De um lado, há uma verdade real “nos fatos”, por meio da qual o intérprete “busca” a verdade nas essências das coisas/dos fatos e que são verdades irrefutáveis, indiscutíveis e, portanto, não há convencimento, uma vez que sequer há sujeito – chamemos a isso de metafísica clássica (ou de objetivismo). Seria objetivismo no sentido filosófico<sup>16</sup> e não no sentido da dicotomia vontade da lei-vontade do legislador ou, talvez, de uma vulgata construída assistematicamente).

(ii) De outro, haveria um livre convencimento, segundo o qual, aquém de uma metodologia objetiva direcionada à interpretação, os juízos proferidos pela autoridade encarregada não estariam sujeitos a constrangimentos externos (chamemos a isso, de forma bem generosa, de filosofia da consciência)<sup>17</sup>.

No fundo, é possível dizer que a dificuldade de a dogmática jurídica lidar com conceitos como o da “verdade real” é apenas a ponta do *iceberg* da crise da Teoria do Direito. E do Processo. *Mutatis, mutandis*, é a mesma dificuldade que essa mesma dogmática jurídica tem para lidar com conceitos como o de positivismo, princípios, mutação constitucional, precedentes etc. Como digo há muito tempo, no entanto, o Direito não está blindado a paradigmas filosóficos. Em virtude do pouco aprofundamento de problemas teóricos do direito que têm sua origem em questões filosóficas ancestrais, constata-se no horizonte dogmático uma mixagem que chamamos de senso comum teórico.

Por isso, não é temerário afirmar que determinados setores da dogmática jurídica não conseguem “colocar” a propalada “verdade” (“real” ou não) no respectivo (ou em algum) solo filosófico, eis que, não raras vezes, confundem o paradigma ontológico-clássico (ou ontoteológico) com o da filosofia da consciência (ou de suas diversas variações e/ou vulgatas) e vice-versa, resultando disso um conceito absolutamente sincrético, autocontraditório. Esse problema se estende aos livros sobre “metodologia”, em que aparecem os métodos indutivos e dedutivos descolados dos paradigmas filosóficos, ignorando temas como a relação do indutivismo com empirismo e a complexidade da ideia de se fazer simples deduções nas ciências sociais. Aliás, há livros que tratam da verdade com pretensão crítica e utilizam, paradoxalmente, o “método dedutivo”.

Há um conjunto de obras jurídicas que buscam tratar do tema “verdade”. Esses manuais (compêndios etc.) são os livros mais utilizados nas salas de aula e fomentam os cursos de

16. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

17. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*: A história do conceito como filosofia. Trad. Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012; HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche II*. São Paulo: Forense, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Um manifesto antirrelativista:

só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados.

*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 53-71. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381431].

preparação para concursos e, por justiça, cabe referir que são citados por ministros do STJ e STF, o que também comprova que a crise do Direito avançou para o interior dos tribunais superiores.

As análises de parcela da doutrina oscilam entre a “busca da verdade real” e sua antítese – o “ceticismo” e/ou “relativismo” (embora, diga-se, em nenhum dos autores essa discussão adentra no terreno da filosofia, como se essa fosse despicienda para a explicação do fenômeno). Os “céticos” (ou neo-céticos-neo-niilistas) o são por “pura intuição”. Seguem o senso comum, algo do tipo denunciado por A. MacIntyre<sup>18</sup> – o emotivismo, pelo qual cada um “tem a sua opinião”, “tudo-é-relativo”, “não-existem-verdades”.

Há um conjunto de autores que procuram tratar do assunto e que são os mais utilizados em sala de aula. É dever da doutrina que se pretende reflexiva trazer a lume essa problemática. As críticas a seguir, portanto, buscam dialogar. Os textos aqui mencionados o são pela sua importância, e não pela sua irrelevância.

### 3. A VERDADE QUE EXISTE E NÃO EXISTE

Uma questão que se repete na dogmática processual – e não somente nela – é a afirmação acerca da não existência da verdade. Guilherme Nucci<sup>19</sup>, doutrinador largamente citado e festejado, embora tente fazer uma ressalva no sentido de que “jamais, no processo, pode assegurar o juiz ter alcançado a verdade objetiva”, assevera que o juiz possui, isso sim, “uma crença segura na verdade que transparece através das provas colhidas (...)”. Pergunto: como explicar tal contradição? Para ele, existe “verdade” e ao mesmo tempo não existe?

A partir do que diz Nucci, qual é a diferença entre “verdade objetiva” e “verdade que transparece através das provas colhidas”? De que modo Nucci responde a isso? Mas, por que digo isso? Pela simples razão de que, afinal, ambas as assertivas do autor fazem parte daquilo que se pode denominar de *adequatio intellectum et rei* (pelo menos é o que se pode depreender dessa espécie de realismo filosófico). Portanto, o que surpreende, neste caso, é que Nucci diz não acreditar no objetivismo. Mas, veja-se que, como contraponto, faz uso do próprio objetivismo (filosófico) ou realismo ingênuo, pelo qual a verdade é externa ao sujeito.

Em outras palavras: Nucci não acredita na possibilidade de haver uma verdade, mas a seguir afirma existir uma verdade que transparece das provas colhidas. Essa verdade seria objetiva? Em que sentido? Empírica, fruto de uma “mera descrição” (afinal, o empirismo – e o positivismo é uma teoria descritivo-empirista – aposta no método das ciências naturais, por assim dizer). Afinal, como essa verdade “transparece”? Ela estaria contida “na coisa”? Existiria, então, uma essência a ser descoberta pelo juiz?

Desde logo, é necessário lembrar que, desde o giro copernicano de Kant – o qual, em sua *Crítica da Razão Pura*, afirmava a impossibilidade de apreensão da realidade como *noumeno*, restando-nos, portanto, apenas o *phaenomenon* – tentar reivindicar a realidade em

18. MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. Londres: Bloomsbury, 2007.

19. NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 112.

STRECK, Lenio Luiz. Um manifesto antirrelativista:

só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 53-71. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381431].

essência é algo no mínimo problemático, principalmente se esta reivindicação não é acompanhada da devida problematização filosófica.

Avançando e até para evitar mal-entendidos, aponto para a gravidade da afirmação seguinte de Nucci: “a verdade é una e sempre relativa”<sup>20</sup>. Respondo, com toda a lhanza acadêmica: se a verdade é relativa, a própria afirmação do autor deve ser assim considerada, isto é, a própria afirmação de Nucci deve ser considerada “relativa”. Há, nisso, uma contradição insolúvel.

Por isso, se a verdade é una, como diz Nucci, não é possível que ela seja, também, relativa. E vice-versa. De fato, ou se trata de uma verdade una ou se trata de uma “verdade relativa” (e que nem pode ser “a verdade”, eis-que-é-relativa!). Ora, não é possível compreender esse receio de afirmar a existência de verdades, eis que qualquer afirmação a respeito da verdade deve ser verdadeira (pois deve ser aplicada sobre a própria afirmação). Consequentemente, não parece existir dúvida de que Nucci resvala em uma contradição performática.

Entretanto, as contradições não terminam nesse ponto. Isto porque, ao final, Nucci vai dizer que “a verdade é apenas uma noção ideológica da realidade, motivo pelo qual o que é verdadeiro para uns, não o é para outros”<sup>21</sup>. Já de pronto, permito-me acrescentar, ao final dessa frase, a afirmação “inclusive-isto-que-o-autor-acabou-de-afirmar”, de modo que ela seria lida dessa forma: “a verdade é apenas uma noção ideológica da realidade, motivo pelo qual o que é verdadeiro para uns, não o é para outros”, “inclusive isto que acabo de afirmar”! Então, esta própria afirmação é válida para uns e não o é para outros! Observe-se o grau de sincretismo: Nucci navega pelo objetivismo (ou uma vulgata do realismo filosófico) até chegar ao relativismo pós-moderno. Um “salto paradigmático” considerável, pois.

De todo modo, seria interessante esclarecer de que maneira é possível fazer esse *mix* de posições filosóficas, principalmente se considerarmos que, no início de sua explanação sobre o “princípio” (*sic*) da verdade real, Guilherme Nucci se posiciona a favor da verdade objetiva (que, ao fim e ao cabo, representaria o cerne da assim denominada “verdade real”), assumindo, entretanto, na sequência, uma postura relativista. E, mais grave: no plano da dogmática do Direito (e quiçá em algumas teorias que se pretendem críticas), o magistrado e professor Nucci não está só.

Portanto, o problema na Teoria do Direito (se quisermos, no processo em geral) é responder à pergunta: de que modo se compatibilizam essas teses contraditórias entre si? De que maneira esse sincretismo sobrevive no imaginário dos juristas brasileiros?

#### 4. SE A “VERDADE REAL” É UM MITO, POR QUE ESSE MITO É USADO PARA EXPLICAR O LOGOS?

Entre autores vinculados à teoria processual, destaco Ada Pellegrini Grinover. Segundo a autora,

20. NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 114.

21. NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 114.

STRECK, Lenio Luiz. Um manifesto antirrelativista:

só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados.

*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 53-71. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381431].

“O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização dos poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida (...) e ainda agora exclusivamente para o processo penal tradicional, indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade de o juiz aplicar a norma de direito material aos fatos realmente ocorridos, para poder pacificar com justiça.”<sup>22</sup>

Já de pronto, é possível perceber que a assertiva da acatada professora não consegue afastar a mixagem paradigmática que assola o processo, no mínimo desde a década de 1940 do século XX. Com efeito, se, como diz Grinover, a verdade real foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização dos poderes ilimitados na busca da prova, então se está a tratar de uma “verdade” ligada a um juiz solipsista (subjetivista). De se notar que, ao contrário disso, a ideia de “verdade real” remete para um conceito de verdade em correspondência com a realidade, com sua essência ou com a coisa em si de que trata Kant<sup>23</sup>.

Ilustrativa, nesse sentido, seria a imagem de um juiz que não passava (na verdade, ainda hoje é assim) de um juiz que era um produto mixado por dois modelos filosóficos (melhor dizendo, vulgatas de dois modelos): ao mesmo tempo em que “cava” a prova ao seu talante (sendo, assim, um subjetivista), lança mão do “mito do dado” para dar “pureza” ao “produto escavado”. Este me parece ser o cerne da questão.

Complexo, não? Entretanto, se, na sequência, a reconhecida processualista diz que ainda hoje, para o processo penal tradicional, o “princípio” (*sic*) da verdade real “indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade de o juiz aplicar a norma de direito material aos fatos *realmente ocorridos*”, então, neste caso, o aludido “princípio” é também um mecanismo de busca de “verdades ontológicas” (traduzidas pelo enunciado “fatos realmente ocorridos”, utilizada por Grinover, grifos do autor). Ou seja, também Grinover não consegue superar essa mixagem teórica, assim como a incerteza acerca do sentido do que seja “verdade real”.

Deixo, assim, assentada a minha perplexidade (que não se dirige somente à concepção de Grinover): se a verdade real é o contraponto da verdade formal, isso quer dizer que a primeira não tem limites procedimentais (formais). Óbvio isso, pois não? Isto porque a verdade real “vai além”. Por ela, o juiz “mergulha” diretamente em direção à “essência das coisas” (esse talvez seja o juiz do qual fala a professora – e com o qual, obviamente, ela não concorda –, quando se refere a “um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para

22. GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, jul.-set. 1999. p. 7 e ss.

23. Nesse sentido, ver STRECK, Lenio. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real). Disponível em: Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 28 de novembro de 2013. [<https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>]. Acesso em 21 de setembro de 2023.

a utilização dos poderes ilimitados na busca da prova”). Só que isso é inconciliável quando pensamos o Direito a partir de paradigmas filosóficos. Vejamos: não estou afirmando que a professora assume uma postura equivocada em termos do que seja a verdade. O que estou criticando é a descrição dos modelos feitos por ela, que não esclarecem o problema, mas, ao contrário, favorecem o sincretismo de modelos teóricos. Afinal, de que modo explicar a assertiva de que o conceito de “verdade” diz respeito a “uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade de o juiz aplicar a norma de direito material aos fatos realmente ocorridos, para poder pacificar com justiça”. Nesse sentido, já iniciaria um segundo problema: o conceito de justiça que adviria da concepção do juiz.

Para corroborar a crítica aqui estampada, em livro em coautoria Grinover repete uma assertiva encontrada na maioria dos manuais de processo penal e civil:

No campo do processo civil, o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando o pedido autoral ou a defesa do réu por falta de provas; já no campo do processo penal, só excepcionalmente o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal, pois deve aqui buscar a verdade real, em virtude da natureza pública do interesse repressivo.<sup>24</sup>

Como conciliar esses conceitos de verdade?

## 5. OS PARADIGMAS INCONCILIÁVEIS POR TRÁS DAS CONCEPÇÕES DE VERDADE

Há<sup>25</sup> um sincretismo de paradigmas inconciliáveis em parcela considerável da doutrina processual. E as raízes são antigas. Afinal, essa problemática também aparece em trabalhos acadêmicos e de mais fôlego, como é o caso de Marco Antônio de Barros<sup>26</sup> quando, ao mesmo tempo em que afirma ser a verdade a adequação ou conformidade entre o intelecto e a realidade, coloca-a como produto da consciência do sujeito cognoscente. Esse é um problema recorrente em setores da dogmática processual. Observemos o que diz Marco Antônio de Barros no seu livro *A busca da verdade no processo penal*: a verdade é “a adequação ou conformidade entre o intelecto e a realidade” ao mesmo tempo em que sustenta que esta é fruto da inteligência humana, porque “moldada pelo juízo racional e não pela prova ou evidência que pode ser verídica ou falsa”<sup>27</sup>. O que é a primeira definição senão a verdade no sentido da ontologia clássica?<sup>28</sup> Como misturá-la com a filosofia da consciência (moderna)?

24. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006.

25. Texto da subseção extraído de artigo publicado pelo autor, disponível em: [https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real].

26. BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 286.

27. BARROS, Marco Antonio. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 286.

28. Observem o que dizia Júlio Fabrini Mirabete, no seu livro *Processo Penal* (Rio de Janeiro: Atlas, 1999, p. 257): A verdade surge quando “a ideia que (o juiz) forma em sua mente se ajusta perfeitamente

STRECK, Lenio Luiz. Um manifesto antirrelativista:

só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados.

*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 53-71. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381431].

O autor diz, ainda, que, no plano da avaliação das provas, a convicção do juiz é livre, submete-se à sua própria consciência; porém, a sua decisão deve ser fundamentada nas provas colhidas no curso do processo.

Observe-se que a ressalva que Barros faz no sentido de que a decisão, embora “de livre convicção”, deva “ser fundamentada nas provas colhidas no curso do processo”, seria relevante, não fosse exatamente a (sua) contradição entre “a livre convicção” (espécie de solipsismo judicial) e a “fundamentação nas provas processuais”. Quer dizer: segundo o autor, o juiz tem liberdade total para escolher para, depois, buscar a fundamentação daquilo que já decidiu?

Há outra relevante circunstância, representada pelo fato de que o conceito de Barros retrata, claramente, a junção do paradigma metafísico-clássico (*adaequatio intellectus et rei*) e o da filosofia da consciência (*adaequatio rei et intellectus*), com a ressalva que faço com relação ao que seja “filosofia da consciência” em diversos textos<sup>29</sup>. Interessante anotar que, ao fim e ao cabo – e Barros é enfático nisso –, sempre prevalecerá a “livre convicção” ou “a vinculação à consciência do julgador” (daí, supõe-se, a ode ao “livre convencimento”).

Mas, indago, com as vênias acadêmicas de estilo: de que modo isso é possível? Quer dizer que, no final, sempre prevalece a livre convicção. Mas, para que então serve a doutrina, a lei, o direito? Para que servem os professores? No fundo, é uma mixagem semelhante a que é feita por Nucci. Aliás, isso tudo explica os “escopos processuais” e o protagonismo judicial defendido pelo instrumentalismo processual. O triunfo do voluntarismo/relativismo fica claro na seguinte assertiva de Barros:

Cada uma tem a sua verdade, segundo a sua *forma mentis*, sob o influxo dos seus próprios interesses e das suas paixões. E é só pela experiência e controle crítico dos seus constantes pontos de vista ‘que se pode chegar àquela verdade do juiz’, que é depois aquela que vale para o ordenamento jurídico.<sup>30</sup>

Veja-se, de novo, que Barros e Nucci andam muito próximos em suas análises. A se acreditar nessa afirmação de Barros – autor, aliás, e faço a ressalva com justiça, que ocupa importante lugar na doutrina processual penal – estaríamos no reino do subjetivismo-voluntarismo (ou, quiçá, do ceticismo). Estaríamos também – e isso reforça a mixagem teórica – no suprassumo do relativismo. Partindo das palavras do autor, posso afirmar que, se cada um tem “a-sua-verdade”, se cada juiz obedece a “seus próprios interesses e as suas paixões”, ao fim e ao cabo tudo dependerá daquilo que esse “senhor dos sentidos” disser (quase um nominalista). Ou um misto de solipsismo e ceticismo. O problema é que, como já alertava Heidegger, lá no início de *Sein und Zeit*, o cético sempre chega tarde.

---

com a realidade dos fatos.” Isto é: *adequatio intellectum et rei*. Não haveria problemas na adoção do conceito, se, ao mesmo tempo, não defendesse o livre convencimento e livre apreciação da prova e a decisão “via consciência”.

29. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

30. *Ibidem*, p. 19.

## 6. OS PROBLEMAS RECORRENTES ACERCA DOS CONCEITOS DE LIVRE CONVENCIMENTO, LIVRE APRECIÇÃO E VERDADE JUDICIAL – UMA EXTENSÃO DA DISCUSSÃO ACERCA DO CONCEITO DE VERDADE

Em pesquisa publicada recentemente<sup>31</sup>, analiso o pensamento de célebres autores estrangeiros: Luigi Ferrajoli e Michele Taruffo. Na oportunidade, expusemos como a relação entre a teoria da verdade (como correspondência) endossada por estes autores com a ideia de livre convencimento não é apenas problemática para a prática jurídica, mas, também, contraditória em seus próprios termos teóricos.

Acerca do problema da verdade, Ferrajoli afirma que “apenas as afirmações dotadas de significado ou de referência empírica, quer dizer, que descrevem fatos ou situações determinadas a partir do ponto de vista da observação”<sup>32</sup>. Taruffo, por sua vez, propõe a teoria da verdade a partir de uma referência a Alfred Tarski. Para Taruffo, a definição do conceito de verdade de Tarski

es relevante no sólo porque representa una versión moderna y metodológicamente correcta de la verdad como correspondencia, sino también porque parece dotada de una mayor generalidad, o de un alcance más fundamental, respecto de las otras teorías de la verdad.<sup>33</sup>

Ao mesmo tempo em que propõem uma concepção correspondencial de verdade, limitada às proposições empíricas, na linha do positivismo que lhes é característico, Ferrajoli e Taruffo também propõem uma distinção entre a verdade absoluta, inatingível, e uma verdade relativa (e, nisso, portanto, não se distinguem da doutrina anteriormente explorada). Para Ferrajoli, a livre convicção do juiz significa

que, a los fines de la condena, excluyendo-se que en el proceso se pueda alcanzar alguna vez la verdad absoluta, se requiere por lo menos, como débil pero necesario sustituto de una imposible certeza objetiva, la certeza subjetiva, es decir, la (libre) convicción del juez: la convicción, precisamente, no ya acerca de la verdad en torno a lo que realmente ha sucedido o no, sino solo acerca de la verdad del juicio de culpabilidad.<sup>34</sup>

No mesmo sentido, para Taruffo, o ceticismo em relação à verdade está relacionado a um movimento de reação teórica por parte de “perfeccionistas” ou “desiludidos”, “es decir,

---

31. STRECK, L.; JUNG, L. *Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán*. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí (SC), v. 27, n. 1, p. 2-21, 2022. DOI: 10.14210/nej.v27n1.p2-21. Disponível em: [https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18696]. Acesso em: 31.07.2023.

32. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Chokur, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 97.

33. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 170.

34. FERRAJOLI, Luigi. Prefacio a: GUZMÁN, Nicolás. *La verdad em el proceso penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2018. p. 11.

---

STRECK, Lenio Luiz. Um manifesto antirrelativista:

só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 53-71. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381431].

*de quien habiendo constatado que la verdad absoluta no es posible pasa al extremo opuesto y sostiene la imposibilidad de cualquier conocimiento racional*<sup>35</sup>.

Constata-se, mais uma vez, a problemática comunhão entre a noção de verdade como correspondência de um lado e a ideia simultânea de que uma verdade objetiva não seria alcançável, cabendo ao juiz, portanto, buscar uma verdade relativa que lhe propicie um juízo de probabilidade. A partir desse ponto, o pêndulo epistemológico dos processualistas vai, mais uma vez, do objetivismo fático ao subjetivismo da consciência no qual se baseia a tese do livre convencimento judicial por eles também defendida.

## 7. UM BREVE ENCAMINHAMENTO ACERCA DO SENTIDO DE VERDADE

O<sup>36</sup> filósofo Gerd Bornheim dizia, há muitos anos, tratando do pensamento filosófico em bases existenciais, que “nenhum questionamento pode ser digno de ser chamado filosófico se não se faz acompanhar de uma reflexão sobre as próprias condições de responder adequadamente ao que está sendo questionado. Mas isto supõe uma indagação prévia acerca da essência mesma do ato de interrogar ou questionar. ‘Ninguém pode indagar o que sabe nem o que não sabe, porque não pesquisaria o que não sabe, pois já o sabe, nem investigaria o que não sabe, porque não saberia sequer o que deve ser investigado’, dizia Platão”<sup>37</sup>. Portanto, continua Bornheim, toda pergunta implica necessariamente a possibilidade da resposta (do contrário, ela não teria sentido) e a possibilidade de acesso à coisa mesma a fim de interrogá-la em seu aparecer originário. Acesso constituído pelo ser do ente compreendido como fenômeno. Assim, a acessibilidade do ente em questão abre previamente o âmbito onde ele é encontrável a fim de ser, precisamente, interrogado. A filosofia é, pois, nutrida pelo desejo de saber acerca do que torna possível a abertura desse âmbito sempre já aberto, antes de toda busca e procura, que dirige e pré-orienta o olhar que investiga e conhece. Boa lição para o que se escreve sobre a verdade no Direito.

Parece que a aventura dos juristas em busca da verdade (real) é como caçar a arca perdida. Antes de tudo, quero grifar os caminhos filosóficos que devem ser trilhados e conhecidos para chegar ao local da arca (e descobrir, talvez, que ela nem exista, pelo menos como os antigos e modernos pensavam). O sujeito da modernidade é descoberto por Descartes. Aquilo que se mostrava nos sofistas ou no nominalismo ainda não é “o sujeito”. Ainda na modernidade, Kant mostra a impossibilidade da apreensão da coisa em si. O que precisamos para compreender algo não vem da coisa (em si), mas da autonomia do sujeito, liberto do “mito do dado”, por assim dizer.

Talvez um dos grandes problemas tenha sido a incorporação desmesurada do antirracionalismo nietzschiano, raiz do pragmatí(ci)smo que assola principalmente o Direito.

35. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 30.

36. Texto da subseção extraído de artigo publicado pelo autor, disponível em: [https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real].

37. BORNHEIM, Gerd Alberto. *Introdução ao filosofar: o pensamento filosófico em bases existenciais*. 11. ed. São Paulo: Globo, 2003.

Isso quer dizer que o lidador do Direito, longe de estar disposto ao real, dispõe ele para si, como que a repetir a frase de Protágoras de que o homem é a medida de todas as coisas.

Assim também pensavam (vejamos só!) os positivistas do Círculo de Viena, para quem “tudo é acessível ao homem; e o homem é a medida de todas as coisas. Aqui se mostra afinidade com os sofistas e não com os platônicos; com os epicuristas e não com os pitagóricos, com todos os que defendem o ser mundano e a imanência”<sup>38</sup>. Ora, perguntaria um representante do senso comum, “mas não seria o positivismo uma doutrina apegada ao objetivismo, à letra fria da lei, ou, ainda, a um modelo ‘cartesiano’ de racionalidade?”. Há muito aponto esta grande confusão sobre o tema, que, sem dúvida, se desdobra na doutrina brasileira e cujas consequências vêm sendo explicitadas nas presentes páginas.

No pragmatí(ci)smo, a decisão particular passa a ser a medida de tudo. Daí o voluntarismo (vontade de poder) que tomou conta das correntes “críticas” do Direito. O que se diz sobre “a verdade” é fruto de tudo isso: da metafísica clássica, da filosofia moderna e das teses e teorias que buscaram ultrapassar aquilo que superou o objetivismo (realismo) pré-moderno. É nesse caldo de cultura que nos movemos.

Por isso, dizem por aí que o processo criminal se norteia pela busca da verdade real, que retira o juiz da posição de espectador inerte da produção da prova (*sic*) para conferir-lhe o ônus de determinar diligências *ex officio*, como inquisidor, sempre que necessário para esclarecer ponto relevante do processo (há vários livros de processo penal que repetem isso). E há decisões de Tribunais, do STJ e do STF, afastando dispositivo do CPP com base no “princípio da verdade real”.

Como se viu até aqui, é muito difícil saber o que os autores e tribunais querem dizer com “a busca da verdade” ou até mesmo com enunciados como “não há verdades” ou “a verdade é relativa”. E a discussão sempre corre o risco de se tornar tautológica, bastando, para tanto, consultar a plêiade de manuais jurídicos à disposição.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A DISTÂNCIA EM RELAÇÃO À INDAGAÇÃO “O QUE É ISTO – O CONCEITO DE VERDADE”?

O fator talvez mais inusitado que se projeta a partir de todo esse quadro é que, em nenhum aspecto, os argumentos dessa parcela da dogmática processual possuem sustentação nos paradigmas filosóficos. É evidente que há vários autores no campo processual penal que superam – ou buscam superar – essa mixagem. Refiro, nesse sentido, do campo processual penal – com o sério risco de omissões – Jacinto Miranda Coutinho, Aury Lopes Jr., Salah Khaled Jr, Marcio Berti, R. Casara, G. Prado, Flaviane Barros, L.G. Grandinetti, E. Pacelli, N. Giacomolli (cada um sob perspectivas diferentes das que eu adoto); do campo processual civil e teoria do processo, Nelson Nery Jr., Georges Abboud e D. Nunes, F. Pedron e Alexandre Bahia, Jânia Saldanha, M. Cattoni e F. Borges Motta; no campo da teoria do direito, R. Tomaz

38. CARNAP, Rudolf; HAHN, Hans; NEURATH, Otto. *The Scientific Conception of the World: The Vienna Circle*. Vienna, 1929, p. 07, 09. Disponível em: [<http://evidencebasedcronics.org/pdfs/viennacircle.pdf>]. Acesso em 21.09.2023.

STRECK, Lenio Luiz. Um manifesto antirrelativista:

só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados.

*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 53-71. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8381431>].

de Oliveira, M. Marrafon, L. Severo Rocha, M. Ramires, A. K. Trindade, W. Carneiro, C. Tassinari, Luã Jung, Ziel Ferreira Gomes, Gilberto Morbach – para citar apenas estes – lançam mão das discussões filosófico-contemporâneas sobre o conceito de verdade.

Parcela da dogmática processual continua a discutir as questões a partir do modo como elas eram tratadas no final do século XIX e início do século XX. Esse relativismo, bem como essa profissão de fé em um caráter unitário da verdade, não atinge o ponto de estofo da questão que, no contexto atual, se situa no campo da linguagem. Como afirma Lorenz Puntel, um dos grandes filósofos contemporâneos, verdade quer dizer a revelação da coisa mesma (*Sache selbst*) que se articula na dimensão de uma pretensão de validade justificável discursivamente<sup>39</sup>. Isso só para iniciar a discussão, é claro.

Para ser mais incisivo: a história da Filosofia e, do seu modo peculiar, a dogmática jurídica, sempre trabalharam a verdade como a relação entre um juízo ideal construído pelo sujeito sobre algo real, posto no mundo. Assim, ao centralizar na subjetividade (que é também um ser subsistente, como os objetos sobre os quais se fazem juízos, como bem expõe Heidegger nos volumes sobre Nietzsche), acaba-se limitando as possibilidades da verdade. Partindo desse paradigma, estamos sempre limitados a falar a verdade (fazer juízo é um exemplo) sobre representações ou conteúdos da consciência, ignorando a realidade na qual sempre estivemos inseridos.

Percebe-se, desse modo, a complexidade do problema e daquilo que se ensina cotidianamente nas salas de aula e se reproduz nos fóruns e tribunais. Vejamos: isso não é assim porque eu quero que seja assim. Trata-se de uma questão paradigmática (portanto, minhas críticas aos autores Nucci, Barros e Grinover, bem como Ferrajoli e Taruffo, são pontuais e acadêmicas, em nada deslustrando a trajetória destes como juristas e sua contribuição na doutrina e nas práticas tribunais cotidianas).

O mundo é como é porque existem e existiram paradigmas filosóficos. Queiramos ou não. Achemos Kant ou Heidegger herméticos. A propósito, veja-se o problema que a ausência da Filosofia na discussão acerca do complexo tema “o que é isto – o positivismo”. Autores importantes discutem “casos fáceis” e “casos difíceis” como se não existissem paradigmas filosóficos. Como se, por exemplo, acreditar no positivismo exclusivo (ou excludente) não tivesse relação com a tese de que só há normas gerais e que o positivismo é, antes de tudo, uma teoria descritiva.

Portanto, a crítica aqui posta se refere a determinados setores do processo penal, e que, em boa medida, pode ser estendido ao processo civil e aos demais ramos, como, por exemplo, o direito civil, paraíso dos voluntarismos e do pamprinciologismo.

Volto, assim, à estorinha (ou alegoria) do cego de Paris. É primavera e eu não posso vê-la? Aqui, no que tange à discussão da verdade (“real”?), nem de outro modo se pode contar isso. Não há como dizer de outro modo algo que é absolutamente ficcional. Não há como dar coloridos semânticos às lendas jurídicas que se forja(ra)m durante tantos anos.

39. PUNTEL, Lorenz B. *Wahrheitstheorien in der neueren Philosophie. Eine kritisch-systematische Darstellung*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1978; Auflage 1993; *Grundlagen einer Theorie der Wahrheit*. W. de Gruyter, Berlin/New York 1990.

A propósito de fazer críticas, li uma frase de Barbara Heliodora, crítica teatral, com 90 anos de idade, referida por Mauricio Stycer, da Folha de São Paulo: “As pessoas acham que o crítico tem prazer em escrever uma crítica dizendo que a coisa é ruim. Não. É uma tristeza”.

## 9. REFERÊNCIAS

- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- BORNHEIM, Gerd Alberto. *Introdução ao filosofar: o pensamento filosófico em bases existenciais*. 11. ed. São Paulo: Globo, 2003.
- BREDA, Juliano; STRECK, Lenio Luiz. *O dia em que a constituição foi julgada: a história das ADC's 43, 44 e 54*. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Chokur, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Prefácio a: GUZMÁN, Nicolás. *La verdad em el proceso penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2018.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: A história do conceito como filosofia*. Trad. Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012; HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche II*. São Paulo: Forense, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, jul.-set. 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. Londres: Bloomsbury, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Atlas, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Verdade e finalidade da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, n. 213, nov. 2012.
- PUNTEL, Lorenz B. *Wahrheitstheorien in der neueren Philosophie. Eine kritisch-systematische Darstellung*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1978; Auflage 1993; Grundlagen einer Theorie der Wahrheit. W. de Gruyter, Berlin/New York 1990.
- STRECK, Lenio Luiz. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real). *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 de novembro de 2013. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real]. Acesso em 21.09.2023.

---

STRECK, Lenio Luiz. Um manifesto antirrelativista:

só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados.

*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 53-71. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381431].

- STRECK, Lenio Luiz. O cego de Paris e a busca da verdade real – O início. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 9 de maio de 2013. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2013-mai-09/senso-incomum-cego-paris-busca-verdade-real-inicio]. Acesso em 21 de setembro de 2023.
- STRECK, Lenio Luiz. Os métodos de interpretação, a metafísica e de como não há um Grundmethode na hermenêutica: o contributo à luz do *ontological turn*. In: MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma (Org.). *Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. Quanto vale o narcisismo judicial? Um centavo? *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 17.05.2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-mai-17/senso-incomum-quanto-vale-narcisismo-judicial-centavo]. Acesso em: 24.07.2023.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.
- STRECK, L.; JUNG, L. Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 27, n. 1, p. 2-21, 2022. DOI: 10.14210/nej.v27n1.p2-21. Disponível em: [https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18696]. Acesso em: 31.07.2023.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A revisão criminal e a (im)possibilidade da existência de uma única verdade no processo penal: uma análise à luz da teoria de Karl Raimund Popper, de Alexandre de Castro Coura e Maira Ramos Cerqueira – *RT* 1039/345-362;
- 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;
- Positivismo, teoria da decisão judicial e segurança jurídica, de Fernando Motta Martins e Virgílio Alves Musse – *RDCI* 138/87-107;
- Princípio de presunção de inocência e princípio de vitimização: uma convivência impossível, de Perfecto Andrés Ibáñez, Janaina Matida e Aury Lopes Jr.- *RBCCrim* 185/85-100; e
- Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal, de Eliomar da Silva Pereira – *RBCCrim* 198/211-240.

STRECK, Lenio Luiz. Um manifesto antirrelativista: só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 53-71. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381431].



# VERDADE, PROCESSO PENAL E EPISTEMOLOGIA: DA PRETENSA FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA AOS EFEITOS JURÍDICOS E POLÍTICOS DA ADOÇÃO DE PREMISSAS RACIONALISTAS

---

*TRUTH, CRIMINAL PROCEDURE AND EPISTEMOLOGY: FROM  
THE ALLEGED PHILOSOPHICAL FOUNDATION TO THE LEGAL AND  
POLITICAL EFFECTS OF ADOPTING RATIONALIST PREMISES*

**RICARDO JACOBSEN GLOECKNER**

Pós-Doutorado pela *Università Degli Studi di Napoli Federico II*. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2010). Mestrado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005). Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2002). Professor. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/2085174043653648>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-1205-380X>]. [ricardogloeckner@hotmail.com](mailto:ricardogloeckner@hotmail.com)

**SALAH H. KHALED JR.**

Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS, 2011 e 2008). Mestre em História (UFRGS, 2007) e Presidente do Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural. Professor. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6155872393221444>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-4918-1060>]. [salah.khaledjr@gmail.com](mailto:salah.khaledjr@gmail.com)

**GABRIEL DIVAN**

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduado (Especialização) em Ciências Penais, pela mesma universidade. Professor, Advogado e Pesquisador. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/2279996083883727>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3459-9520>]. [divan.gabriel@gmail.com](mailto:divan.gabriel@gmail.com)

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8381441>].

Autores convidados

**ÁREAS DO DIREITO:** Penal; Processual

**RESUMO:** o presente artigo parte de uma revisão bibliográfica e teórica para discutir as bases argumentativas que dão sustento à concepção probatória dita "racionalista", e a um conceito de verdade associado a uma pura correspondência fática dedutível – e suas irradiações nas próprias bases de um processo penal democrático. Promove um debate crítico de uma noção de "busca" da verdade (em termos ordinários) como motriz processual e razão de ser procedimental, para lançar mão de teses que debelam a ideia de prova processual como uma operação simplista que, por abdução, mescla argumentação com possibilidades expressas de constatação da realidade. Em cinco seções ou tópicos, discorre sobre os alicerces de uma concepção "racionalista" e seu correlato mecanismo de "busca" (da verdade) no processo, para posteriormente associar a ideia a uma vertente de *neokantismo* processual. Aborda igualmente aportes críticos ao conceito e aos parâmetros que conectam prova processual, "verdade" e uma, considerada, "melhor explicação" e seus elementos de razoabilidade, para retomar a discussão sobre a inconsistência de um processo regido por uma noção de "busca" (de uma "verdade"). Conclui, entre outros fatores, que as teses abordadas favorecem um discurso eficientista travestido sinteticamente de um fator auditável de segurança decisional e/ou de correspondências que simulam um rigor racional e científico para ocultar resquícios ideológicos que informam critérios antidemocráticos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo penal – Verdade – Epistemologia – Prova – Racionalismo.

**ABSTRACT:** This work starts from a bibliographical and theoretical review to discuss the argumentative bases that support the so-called 'rationalist' proof conception, and an idea of truth associated with a pure deducible factual correspondence – and its irradiations in the very bases of a democratic criminal procedure. It promotes a critical debate of a notion of 'search' for truth (in ordinary terms) as a procedural basis and a procedural reason for being, to make use of theses that defeat the idea of procedural proof as a simplistic operation that, by abduction, mixes argumentation with express possibilities of verifying reality. In five sections or topics, it discusses the foundations of a 'rationalist' conception and its related mechanism of 'search' (for truth) in the procedure, to later associate the idea with a strand of procedural neo-Kantism. It also addresses critical contributions to the concept and parameters that connect procedural evidence, 'truth' and some, considered, 'best explanation' and its elements of reasonableness, to resume the discussion about the inconsistency of a procedure governed by a notion of 'search' (of a 'truth'). It concludes, among other factors, that the addressed theses lead to an efficientist discourse synthetically disguised as an auditable factor of decisional security and/or correspondences that simulate a rational and scientific rigor to hide ideological remnants that inform anti-democratic criteria.

**KEYWORDS:** Criminal proceedings – Truth – Epistemology – Evidence – Rationalism.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Revisitando um debate contemporâneo: premissas iniciais de trabalho sobre a "busca da verdade no processo penal" e os efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas. 3. Neokantismo, racionalismo e processo penal. 4. Correspondentismo, concepção racionalista de prova e a máxima da liberdade da prova. 5. A verdade como correspondência e a inferência da melhor explicação. 6. A busca da verdade em questão. 7. Considerações finais. 8. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo discute o conceito racionalista de verdade no processo penal e destaca as consequências jurídico-políticas decorrentes da sua adoção na literatura e na jurisprudência processual penal contemporânea, com o objetivo de enriquecer, complementar e fortalecer a crítica sobre a incorporação de um conceito simplificador de verdade correspondente ao processo penal com outras dimensões argumentativas, que tenham o condão de obstaculizar derivas autoritárias lastreadas em um abstrato e metafísico ideal de “busca da verdade” que não encontra suporte na normatividade.

Uma importante premissa inicial de trabalho consiste em destacar que não se trata de rechaçar a “verdade” por completo, mas sim – e veementemente – a ideia de que ela deve ser buscada, uma vez que a aceitação dessa “função” acaba dando margem para um conjunto de premissas, escolhas e vetores axiológicos, tanto no processo penal quanto fora dele, legando o tema para uma verdadeira arena na qual o embate sempre parece deletério para os ideais democráticos e simpático às premissas simples de condão moralista e punitivista. É preciso enfatizar a função receptiva referida por Goldschmidt (2010, p. 778), sem fazer do magistrado um agente da “busca da verdade”, o que equivale a dizer de forma velada que ele pode atuar diretamente ou ao menos colaborar para que seja obtida uma eventual condenação. Uma vez adotada essa premissa, ainda que de forma limitada ou relativizada, em termos de poderes residuais ou complementares, a tendência é que prevaleça no imaginário judicial uma leitura que, inadvertidamente ou não, favorece uma concepção de “justiça” como “vingança” e um comprometimento do magistrado com a condenação, que o leva a ocupar um lugar que não é seu, incompatível com a demarcação de lugares e funções esperadas no devido processo penal, conforme exige a moldura acusatória.

Parte significativa da tradição na qual se apoiam essas premissas remete ao racionalismo, ao neokantismo, à teoria geral do processo e à “epistemologia” jurídica, judicial ou judiciária contemporânea, que, com base no inadequado conceito de verdade correspondente, continua a fornecer subsídios para que prevaleça uma concepção autoritária de processo penal, cuja inspiração política está geneticamente vinculada com a inquisição e com a dogmática processual italiana impregnada de motivos de controle social.

Nesse sentido, este artigo tem como objetivo evidenciar que as premissas alicerçadas na tradição racionalista da prova estão repletas de categorias simplificadoras que desconsideram a complexa fenomenologia do processo penal – e terminam por facilitar arroubos de autoritarismos no âmbito das práticas judiciais brasileiras da história recente, com base em alguns autores e teses que ilustram práticas cotidianas (tal qual se demonstrará).

O texto é dividido em seções ou subtópicos, onde, primeiramente, transita sobre a mal-fadada questão da “busca” da (uma) “verdade” como força motriz e justificativa procedimental e sobre como tal conceito é epíteto de um tipo específico de concepção processual e probatória: a premissa racionalista. Após esse percurso inicial, a exposição conduz a leitura para uma análise de o quanto o reflexo de uma concepção *neokantista* se decanta desse fator de análise e suas concepções periféricas e adjacentes. A partir dessa constatação, parte para conectar as ideias de crítica e exploração dos pontos nodais frágeis a descoberto de um

arcabouço que se legitima por primar por uma conceituação de prova que opera a partir de aportes simples: correspondência fática (direta e atingível), liberdade probatória (ante a necessidade de frisar essa correspondência), critérios de cunho *a priori* razoáveis (mas argumentativamente inconsistentes) como um paradigma de “melhor explicação”, entre outros. A base de raciocínio correspondentista/racionalista é discutida a partir de incongruências internas e externas sobre o conjunto doutrinário de seus principais expoentes contemporâneos. Por fim, o texto retorna ao termo crítico ante a “busca” da verdade para dar uma roupagem diferenciada à oposição político-processual a esse padrão de análise e de justificação prática.

O artigo utiliza uma revisão bibliográfica da literatura processual penal nacional e internacional pertinente de modo conjugado com fundamentos filosóficos da tradição racionalista da prova para problematizar o conceito de verdade nela inserido e os reflexos políticos e jurídicos da tradição premissas racionalistas no processo penal brasileiro contemporâneo.

## 2. REVISITANDO UM DEBATE CONTEMPORÂNEO: PREMISSAS INICIAIS DE TRABALHO SOBRE A “BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL” E OS EFEITOS JURÍDICOS E POLÍTICOS DA ADOÇÃO DE PREMISSAS RACIONALISTAS

Uma proposta inovadora de conceito de verdade para o processo penal não faz parte dos objetivos deste artigo. Mas, para efeito dos propósitos aqui delineados, é preciso ao menos situar a argumentação dentro dos debates contemporâneos nos quais é perceptível uma controvérsia sobre a “busca da verdade” e sobre o conceito de verdade no processo penal que está para além da contraposição às matrizes inquisitórias e fascistas que são claramente visíveis no (assim chamado) princípio da verdade “real, material ou substancial” (e na busca da verdade como missão que lhe é correlata).

A questão que inicialmente merece atenção aqui é a permanência de um revigorado ideal de “busca da verdade” em construções racionalistas contemporâneas, bem como a forma com que esse ideal é confrontado por leituras pós-modernas, hermenêutico-filosóficas e decoloniais de processo penal, que identificam, de forma velada ou latente, o quanto essa permanência compromete ou pode comprometer a conformidade constitucional e convencional do devido processo penal.

Necessário afirmar que, no caso da “busca da verdade”, a insistência nessa base argumentativa traz perigos inerentes aos vieses de confirmação que ela própria permite ou pelos quais se deixa permear, motivo pelo qual levar a sério o tema da verdade no processo penal dentro de uma estrutura ritualizada de redução de danos e contenção do poder punitivo exige um abandono da ideia de que ela deve ser abstratamente buscada e, mais ainda, de que essa seria a função primeva e até mesmo institucional do processo.

Embora aceita de forma acrítica por boa parte da literatura processual penal nacional, existe uma forte e fundamentada discordância sobre a própria ideia de busca da verdade, bem como sobre a adoção de um conceito de verdade como correspondência (LOPES JR., 2021, p. 68; p. 389-403; CUNHA MARTINS, 2010, p. 81-92; KHALED JR., 2020, p. 301-326;

COUTINHO, 2023). Como questiona Lopes Jr.: buscar (a verdade) significa movimento. O movimento de buscar a verdade insinua a inércia de quem a deveria estar buscando. Busca impele espécie de binômio erro (dissimulado) e inércia de quem não age (2017, p. 37). Esses autores entendem que o conceito de verdade como correspondência é inadequado para o processo penal, não somente por razões político-criminais, mas também pelo fato de que ele não traduz a complexa fenomenologia do processo penal, no qual está em jogo a representação narrativa do passado por meio de provas, dentro de um ambiente jurídico ritualizado e normativamente disciplinado.

De cada concepção de verdade se extrai uma concepção de processo penal e um preço a se pagar por essa escolha. Uma matização ou maquiagem conceitual do conceito de verdade correspondente (“real”, “absoluta” ou “substancial”) como verdade correspondente “relativa” (processual) não resulta em uma ruptura significativa com os parâmetros autoritários que capacitam o que já foi definido como ambição de verdade (KHALED JR., 2021, p. 1; LOPES JR., 2021, p. 390), que funda um processo penal do inimigo. O escopo específico dessa crítica permanece incompreendido por boa parte dos processualistas contemporâneos, que muitas vezes a interpretam como uma negação ou desconsideração da própria ideia de verdade. Segundo essa equivocada perspectiva, criticar de forma significativa os conceitos assentados de verdade correspondente no processo penal seria produto ou se encaixaria no que já foi referido por Badaró (2018, p. 47) como *verifobia*, sendo necessário para trabalhar com fundamentos epistemológicos de prova a premissa de se atingir um conceito verdadeiro segundo uma concepção racionalista que adota a ideia de “verdade como correspondência” e considera que a “busca da verdade” é um meio para (então) uma decisão justa.

De fato, autores como Lopes Jr., Khaled Jr. e Cunha Martins partem de premissas inteiramente distintas, nas quais o próprio ponto de partida consiste na rejeição de critérios racionalistas de (uma) verdade (como correspondência) e de “busca da verdade”, uma vez que são compreendidos como simplificadores e político-criminalmente danosos para a conformidade constitucional, convencional e acusatória do devido processo penal. No entanto, não existe – por parte desses autores e de outros que trabalham com parâmetros semelhantes – uma proposta de exílio ou expulsão da verdade, mas, tão somente, um deslocamento de seu lugar canônico de centralidade, uma vez que consideram que a verdade no processo penal é uma questão de lugar (CUNHA MARTINS, 2010, p. 81; LOPES JR., 2021, p. 389-398; KHALED JR., 2020, p. 20).

A redefinição do/de lugar sistêmico da verdade proposta por Rui Cunha Martins não implica no abandono da verdade em si mesma: a verdade deixa de ocupar posição hegemônica no processo penal e passa a ser um entre vários elementos que orbitam ao redor de um complexo sistema regrado e ritualizado de contenção do poder punitivo, que reconhece que o conceito de verdade por correspondência é imprestável e danoso para o processo penal. A premissa é singela: a verdade no processo penal deve ser levada a sério, pois ela é tudo menos simples, ou seja, exatamente o oposto do que aduz um dos maiores representantes da tradição racionalista da prova, Michelle Taruffo (2010).

Essa perspectiva situada fora da tradição racionalista da prova é por definição comprometida e engajada com a contenção do poder punitivo dando ênfase à necessidade de

mecanismos constrangedores do caráter alucinatório da evidência (CUNHA MARTINS, 2010, p. 3-8), que funcionam como redutores de danos (LOPES JR., 2021) que visam minimizar a possibilidade de condenações equivocadas (KHALED JR., 2020, p. 325-327). Portanto, inverte-se o argumento: contrapondo uma idealizada “busca da verdade” é assumido o postulado de que historicamente a atribuição ao processo de uma finalidade de “busca da verdade” esteve conectada a políticas autoritárias de persecução, nas quais prevaleceu a confirmação das hipóteses iniciais previamente eleitas, conformando um primado das hipóteses sobre os fatos (DIVAN, 2015, p. 283; CORDERO, 1986). Desvinculada da noção de correspondência e assentada em outro patamar político e epistemológico, a verdade passa a funcionar, segundo uma leitura renovada, como um artifício de contenção do poder de penar e não como um expediente retórico no qual os fins justificam os meios, próprio do que é definido como ambição de verdade (KHALED JR., 2021).

Assim, não se está cedendo terreno diante de ideias de centralidade de uma verdade (correspondente), uma “busca da verdade”, um princípio da “verdade real” ou dando margem para interpretações que vulneram o *in dubio pro reo* como regra de juízo, admitindo que diante da dúvida, outra escolha que a absolvição possa ser eleita e abertamente (ou mesmo veladamente) perseguida pelo juiz. Portanto, o processo penal deve estar assentado na presunção de inocência (processo penal do cidadão) e não na ambição de verdade (processo penal do inimigo). Portanto, a verdade deve ser percebida como limite e não como objetivo a ser perseguido, o que significa renunciar a esse fim, sem abdicar da relação do processo com a verdade.

Mais do que uma controvérsia acadêmica, o que está em jogo na adoção de um conceito de verdade inadequado é a debilitação das premissas normativas que definem balizas de contenção do arbítrio, o que favorece o decisionismo na esfera judicial, principalmente quando vinculado a compreensões equivocadas sobre o que representa o livre convencimento, que ainda apostam no esquema sujeito-objeto (STRECK, 2010, p. 13).

A utilização de um conceito de verdade como correspondência entre um enunciado e a realidade pode parecer “natural” e “intuitiva” quando se trata do processo, mas esbarra em inúmeras dificuldades. Primeiramente, o conceito de verdade no processo penal deve necessariamente ser construído com base na “falta” e não na “presença”, simplesmente porque o referencial cognitivo do processo remete ao passado e, logo, o objeto a conhecer mediante a referência indireta ou remanescente possível no âmbito da atividade probatória não está presente para que possa ser contrastado com os enunciados e discursos nele desenvolvidos, como de fato exigiria um conceito propriamente de verdade correspondente. Para além disso, a própria ideia de verdade correspondente em sentido amplo foi colocada em questão nas últimas décadas pela virada linguística.

O que nós encontramos no processo é uma parte do que um dia foi, mas essa parcialidade não é a Verdade (o todo) e sim o que se diz sobre ela, uma verdade com “v” minúsculo, endoprocessual, que não representa o todo, ou seja, a Verdade (COUTINHO, 2023). Dito de outra forma, a “verdade” produzida no processo funciona como uma substituição precária do que não se pode ter, a “Verdade”. É por analogia que os eventos do passado são representados por meio de rastros (provas), de forma que ao final sempre restará representância:

a verdade que o juiz narrativamente produz na sentença é algo ontologicamente distinto do passado que ele deseja representar, motivo pelo qual ele será inevitavelmente um devedor insolvente em relação ao passado, persistindo uma nuvem de incerteza mesmo após a decisão condenatória (KHALED JR., 2020). Essa leitura evidencia a sempre presente possibilidade de condenações equivocadas, mesmo que sejam integralmente respeitadas as regras do jogo e os direitos fundamentais do acusado. Por essa razão, a premissa inicial sempre deve ser a de redução de danos, reconhecendo essa insuficiência constitutiva como um limite contra a ideia de que a busca da verdade deve ser a finalidade do processo penal.

Evidentemente, um conceito redefinido de verdade com base na falta, como o de Khaled Jr. (2020, p. 259), não é suficiente por si só para conter a pulsão autoritária, mas ele definitivamente demonstra a existência incontornável de dúvidas, vazios, incertezas e, sobretudo, o risco sempre presente de condenações equivocadas, motivo pelo qual a função do processo penal não pode consistir em uma “busca da verdade” – que somente é exigida para condenar – mas na tutela do acusado, hipossuficiente diante do poder estatal, tendo como fundamento a presunção de inocência. Essa é uma função que o processo efetivamente pode desempenhar e cuja eficácia é mensurável, diferentemente da ambição de verdade que, apostando na onipotência do magistrado, maximiza a possibilidade de condenação de inocentes enquanto derrete o sistema de garantias. Ao final, permanece o estado de incerteza, motivo pelo qual no processo penal, diferentemente do processo civil, uma decisão pode ser revisitada por meio de revisão criminal. A verdade nunca alcança perenidade em sentido normativo. Inexiste o equivalente da coisa julgada no processo penal. A aceitação de uma “busca” – seja ela por verdade, certeza ou convencimento – tem raízes históricas claramente identificáveis e ainda presentes nas práticas judiciais contemporâneas. Não é um resto anedótico do passado contra o qual é preciso se acautelar, mas uma realidade efetivamente vivenciada por acusados em processos penais na atual quadra histórica: ainda é encontrada e reeditada na literatura jurídica massiva, que aborda a temática de modo simplificador sem sequer problematizar a questão e com fundamentação em doutrina processual penal de cunho fascista, como a de Manzini (e sua inspiração – reflexa e mesmo direta – na composição legislativa e, por conseguinte, doutrinária de relevância em nosso país). Nesse sentido, frise-se a penetração jurisprudencial respectiva, colacionando rotineiramente argumentos de autoridade que legitimam práticas punitivas de questionável constitucionalidade. No entanto, não é suficiente uma crítica nesse cariz, uma vez que a manutenção da verdade (como essa correspondência), no centro do processo, produz enormes distorções (BINDER, 2003, p. 50) acima de desvios técnico-políticos explícitos.

É nesse sentido que merece atenção o fato de que de modo mais recente têm prosperado construções epistemológicas decorrentes de reflexão em outros campos processuais e ramificações do direito (*common law*), que ignoram a especificidade político-criminal do processo penal e encontram apoio em uma racionalidade moderna que desconsidera a complexidade cognitiva da experiência vivida no processo penal, bem como a própria condição humana daqueles que nele atuam. Essas questões exigem a incorporação de literatura pós-moderna ao debate, pois envolvem tempo, representação, identidade, expressividade e inúmeras outras variáveis não consideradas, desveladas pela hermenêutica filosófica e pela

psicanálise, além de tantas outras leituras e correntes, demasiadamente numerosas para serem listadas aqui.

Tais construções racionalistas tomam como base, por definição, o extenso trabalho desenvolvido por Michelle Taruffo e Ferrer Beltrán nas últimas décadas e, inadvertidamente, reproduzem operadores epistemológicos de simplificação com base em critérios de razão/racionalidade que são extraídos de antropologias empobrecedoras da agência humana e que desfiguram o fenômeno da compreensão, como fartamente evidenciado, por exemplo, por Gadamer (1992, p. 184). Gloeckner (2015, p. 394) destaca que as premissas nas quais se assentam os conceitos de Taruffo são epistemológica e politicamente pobres, com desastrosas consequências reais: além disso, o autor alerta que o abandono dessa ambição de verdade, por si só, não seria suficiente para arrefecer a pulsão inquisitória, pois existe uma estética inquisitorial que faria com que algo fosse colocado em seu lugar, mantendo o mesmo modo de atuar jurisdicional (2017, p. 17).

A proposta de Taruffo (2010, p. 206-208) de uma função epistêmica de “busca da verdade” – cujas premissas remetem à filosofia da consciência – tensiona o processo em direção a essa estética inquisitorial: não evidencia o risco e acentua a tentação sempre presente de que o juiz pode pilotar uma espécie de laboratório da história, ocupando um espaço que não é seu. Sua aceção quanto ao (suposto) preparo do magistrado(a) que atua no regime da *civil law* para, procedimentalmente, empenhar uma busca mais eficaz é sintomática, aqui. Do mesmo modo, a concepção político-criminal do que representa e qual a função do processo penal para Ferrer Beltrán (2007, p. 140) ilustra o quanto essa é uma trilha equivocada: uma espécie de discurso penal visivelmente autoritário, atrelado a um viés de estímulo/prevenção de condutas por meio da exibição de resultados (punitivos). Como parte dessa função, o magistrado pode (e deve) contribuir ativamente para a formação e ampliação do quadro probatório, o que visivelmente contraria a imparcialidade a ele exigível em um sistema acusatório.

Como veremos, as teorias racionalistas contemporâneas reconhecem a “falta” de uma “verdade objetiva”, mas encontram uma saída parcial que preserva a ideia de verdade como correspondência vinculada aos enunciados sobre os fatos, ao mesmo tempo que consideram que o juiz deve buscar a verdade, ou seja, tentar se aproximar de uma verdade objetiva relativa ao passado. É nesse sentido que a incontornável substituição do todo pela parte (ou da “Verdade” pela “verdade”) não é objeto de adequada consideração nas construções racionalistas que tomam como suficiente o “conhecimento da verdade” como correspondência ao que pode ser encontrado no processo para efeito de um “acertado juízo de fato” que concede ao juiz uma “função epistêmica de busca da verdade”, que maximiza vieses de confirmação. Para além disso, há fundadas dúvidas sobre o conceito de verdade de Tarski, adotado tanto por Taruffo e Ferrer Beltrán. Sua condição de conceito de verdade correspondente, é questionada tanto por interlocutores de Tarski, como Neurath, quanto por filósofos contemporâneos como Putnam (KHALED JR.; LOPES JR., 2023).

Trata-se, portanto, de definir qual seria o espaço a ser ocupado pelo magistrado(a) de forma condizente com o devido processo penal, sem se deixar seduzir por construções teóricas racionalistas mediante as quais os juízes podem violar as regras do jogo em nome de

uma busca da verdade, enquanto preservam uma imagem positiva de si mesmos aderindo a essa tradição, que somente pode ser rompida com um significativo deslocamento de perspectiva (CUNHA MARTINS, 2010, p. 81). O problema não consiste propriamente na verdade, mas na desproporcionalidade de competências que uma concepção equivocada de verdade assegura, especialmente quando abstratamente incorporada às retóricas de busca da verdade que povoam o imaginário da tradição racionalista da prova.

Essa tradição tem uma história cujos reflexos jurídicos e políticos são claramente visíveis. É a ela que a análise é direcionada no trecho a seguir.

### 3. NEOKANTISMO, RACIONALISMO E PROCESSO PENAL

A história do desenvolvimento de teorias, conceitos e categorias no direito processual – assim como em qualquer ramo do direito – sempre andou colada no horizonte filosófico geral. Vale dizer que as distintas feições e concepções assumidas pelo direito são reflexos, mais ou menos comprometidos, com premissas filosóficas de cunho universalista, que ao longo de pelo menos os dois últimos séculos, procuraram desmistificar o mundo. O positivismo, marcado pela lógica clássica, o direito natural, a sociologia jurídica, impactada em diferentes graus pelo funcionalismo, a virada linguística, que foi base para diversos movimentos jurídicos são apenas alguns brevíssimos exemplos (CASTANHEIRA NEVES, 2003, p. 425).

Como observado anteriormente, o tema de fundo deste estudo consiste em analisar como o desenvolvimento do direito processual contemporâneo foi impactado por perspectivas “racionalistas”, expressão que aqui é adotada apenas à minguia de qualquer outra terminologia que poderia reunir as distintas variações assumidas por esse movimento. Trata-se, no fundo, de uma tradição que retoma a noção de verdade, de regra colocando-a como objetivo fundamental do processo (e note-se que se trata também de uma tradição que reafirma as bases, no chamado direito probatório, da teoria geral do processo) e que apenas pode ser explicitada assumindo que a matriz filosófica residente por trás de seus discursos seja a do neokantismo. Negar que o “racionalismo” seja o ponto de partida filosófico dessa compreensão das relações entre direito, processo e prova é um erro simplório e que não merece maiores atenções no âmbito limitado deste texto.

De maneira geral, o neokantismo pode ser concebido como um fenômeno filosófico e cultural que impactou decisiva e fortemente o século XIX<sup>1</sup>. No direito, o neokantismo se estenderá ao século XX, apresentando-se, sobretudo, como um “movimento antipositivista” (CARVALHO, 2020, p. 415). De acordo com Nisco, o neokantismo jurídico apresentaria os seguintes traços: a) cisão entre ser e dever ser, compreendida como um ponto de partida gnosiológico, em que há a primazia do último em relação ao primeiro; b) diferenciação entre “natureza” e “cultura”, o que por seu turno permite conceber-se a “autonomia epistêmica” das “ciências do espírito”, valorizando-se especialmente o conhecimento de tipo

1. Sobre o neokantismo recomenda-se o texto de KOHNKE, Klaus Christian. *Surgimiento y Auge del Neokantismo: la filosofía universitaria alemana entre el idealismo y el positivismo*. México D.C: Fondo de Cultura Económica, 2011.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; KHALED JR., Salah H.; DIVAN, Gabriel. Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 73-107. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381441].

historiográfico; c) a elaboração de uma “ciência da cultura” que se utiliza como uma espécie de ferramenta para a edificação de conceitos, entre os quais especialmente a categoria “valor” situa-se em uma relação complexa com a realidade e convergindo, portanto, para a noção de “fim”; d) realidade e “valores” operando de forma subsuntiva, conectando-se de maneira apertada com o “ser” e o “dever-ser” (NISCO, 2019, p. 17).

Todavia, o neokantismo não pode ser compreendido como uma filosofia homogênea. No século XX, o direito conheceu duas acepções do neokantismo. A primeira delas vale-se da filosofia analítica e da lógica como pontos de apoio metodológicos. É justamente nesse campo que se pode situar a teoria kelseniana. Como é cediço, o neokantismo lógico, na vertente kelseniana, se caracteriza por estabelecer uma teoria da validade da norma jurídica, tornando o direito independente do mundo empírico e, especialmente, da moral. A segunda corrente é o neokantismo de Baden, que se diferencia (e muito) da primeira corrente. Essa escola desenvolveu uma filosofia dos valores, traçando como fio condutor uma teoria da cultura como “ciência autônoma” em relação às ciências chamadas de naturais. Trata-se, pois, de um neokantismo axiológico. É certamente sobre a primeira premissa que o pensamento racionalista sobre a prova constrói as suas linhas de sustentação.

O primeiro aspecto a ser ressaltado é que a teoria racionalista se caracteriza por uma espécie de “neokantismo alienado”, ou seja: a) inconsequente com as suas premissas fundantes, posto que é incapaz de perceber a si mesmo enquanto tal, assumindo todos os ônus de seu enraizamento na matriz filosófica; b) procurará muitas vezes implicar fórmulas compromissárias com o instrumentalismo, mesmo quando se apresenta de forma diversa. Esse instrumentalismo, erigido à dogma, ou seja, “insuscetível de discussão” (GRINOVER, 2018, p. 13), atualmente reivindicaria novas expressões, inclusive a ponto de se apresentar como uma “epistemologia”, ou seja, “uma ciência da ciência” (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 87-88). Para Didier, a teoria geral do processo seria reabilitada como “uma linguagem epistemológica sobre a linguagem jurídico-dogmática”, ou ainda, uma linguagem sobre uma linguagem e que assumiria a forma de um conjunto de enunciados doutrinários (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 88). Essa teoria geral do processo não teria a pretensão de investigar alguma área do direito positivo. Possuiria apenas uma “função epistêmica”, fornecendo às “ciências processuais” conceitos operativos e constitutivos, alheios ao seu conteúdo (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 88).

A pretensão, em princípio baseada no neokantismo de tipo lógico, é infecunda por algumas razões. A obediência aos parâmetros neokantianos introduzidos por essa noção de teoria geral do processo exigiria um nível altíssimo de abstração conceitual (já que o conteúdo passaria a ser múltiplo, segundo os variegados campos jurídicos). Essa perspectiva seria o equivalente, na lógica, a uma tentativa de construção de uma “linguagem formalizada”, ou seja, uma linguagem capaz de estabelecer as condições de possibilidade de outra linguagem. Afinal de contas, é justamente essa a pretensão de uma metalinguagem, considerando-se aqui os estudos de Alfred Tarski, de Bertrand Russell e do primeiro Wittgenstein. O problema desse “neokantismo alienado” é que as linguagens formalizadas devem – obrigatória e irrevogavelmente – possuir uma riqueza linguística maior do que a linguagem-objeto. Ademais, a metalinguagem e a linguagem-objeto não podem ser mutuamente traduzíveis, o que

acarretaria a universalidade, invalidando a metalinguagem. É por demais óbvio que uma teoria geral do processo jamais poderia pretender funcionar como uma metalinguagem, ao menos se se desejar utilizar o seu sentido científico e não vulgar. Seja pelo fato de que os conceitos jurídicos abstratos jamais poderiam se distanciar de uma linguagem natural, seja pelo fato de que as teorizações específicas de cada um dos campos processuais serem mais complexas do que (um)a teoria geral do processo, o que implicaria, inclusive, na própria inversão da fórmula da riqueza da metalinguagem em detrimento da linguagem-objeto.

O segundo aspecto é que essa concepção de teoria geral do processo, cuja disciplina acadêmica deveria ser ministrada por juristas com “(...) boa formação filosófica (ao menos, bons conhecimentos de Analítica Jurídica)” (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 102) é uma manifestação clara do neokantismo inconsequente, já que a própria disciplina elevada (equivocadamente) a uma metalinguagem, constitui um erro metodológico inaceitável. Uma metalinguagem não se confunde com a linguagem-objeto (justamente pela primazia da riqueza linguística). As relações entre linguagem e metalinguagem não autorizam a transposição de símbolos de um campo a outro, sob pena de a própria metalinguagem descrever a si mesma, originando justamente o paradoxo do mentiroso aprofundado por Russel e que a filosofia tarskiana procurava erradicar.

Ainda que tais pretensões de refundação da teoria geral do processo acabem por reforçar o instrumentalismo ou reforcem o uso da filosofia analítica para prescrever um novo modelo de disciplina, os efeitos do neokantismo inconsequente não se resumem a isso. Em primeiro lugar, formulações em torno do direito probatório procuram absorver e transpor, para os sistemas continentais, uma filosofia analítica da prova, o que reintroduz e até mesmo revigora os problemas inerentes a uma concepção de juiz definido como elemento central do processo, reavivando os debates em torno da “verdade” e de sua “busca”. Dois eixos se entrecruzam nessa dinâmica: uma concepção metafísica e abstrata de verdade (que define como irracionais as demais teorias em relação ao tema) e a atribuição de tarefas epistêmicas ao processo, concebendo-o como um dispositivo institucional para se alcançar a verdade. Desde esses dois pontos, não haveria diferença significativa entre o processo civil e o processo penal. Como terceiro elemento que merece atenção, é possível perceber um movimento unidirecional, ocorrido a partir da importação do direito probatório de corte anglo-saxônico, de inegável base indutiva e experimental, filtrado a partir da noção benthamiana de “liberdade” probatória. Desde essa ótica, também sob o campo do direito probatório seria revivificada a procura da construção de uma teoria geral do processo.

Deve-se registrar que a possibilidade de uso autoritário de perspectivas racionalistas da prova não significa que todas as perspectivas sobre essa matriz sejam igualmente autoritárias, ainda que muitas vezes se mostrem facilmente cooptáveis pelos piores autoritarismos. Entretanto, nota-se a existência de diversos aspectos dessa formulação que favorecem o ressurgimento de problemas processuais derivados dessa nova colocação da verdade como fim institucional do processo. A utilização da renúncia à especificidade da prova jurídica como um expediente de simplificação é um slogan recorrente em tais perspectivas, que tanto se depreende em exemplos do tipo de uso corriqueiro da plataforma argumentativa imiscuída no cotidiano processual ordinário, por assim dizer, como resplandecem,

igualmente, em *cases* da monta da chamada *Operação Lava-Jato* e sua galvanização do viés racionalista a partir da doutrina que visa espelhar a prática de seus protagonistas. Nesse sentido, para Ferrer Beltrán, é habitual enfatizar a especificidade da prova jurídica em relação à prova produzida em qualquer outro âmbito de experiência, argumentando que a atividade probatória está submetida a um grande número de regras jurídicas que fazem dela algo *sui generis* em relação à atividade probatória em sentido geral; no entanto, essa apreciação é exagerada e pode ser relativizada (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 67). Para o autor, nem a incerteza que caracteriza a tomada de decisão jurídica sobre a prova, nem o caráter regrado da mesma permitem concluir que não é possível aplicar a essa tomada de decisão as categorias e os critérios de racionalidade próprias da epistemologia em geral (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 29). Taruffo também observou que embora não exista coincidência absoluta entre o juiz e o cientista, isso não significa que não exista uma conexão significativa no que diz respeito ao âmbito da prova e da avaliação dos fatos: as metodologias científicas e os modelos de raciocínio científico podem contribuir para a análise do problema da prova jurídica (2005, p. 331).

Parece sensato supor que uma incorporação de desenvolvimentos teóricos sobre a prova e a representação do passado em campos como a filosofia, a historiografia, a fenomenologia, a hermenêutica filosófica, a psicanálise e tantos outros poderiam tornar mais robustos os modelos assumidamente simplificadores utilizados pelos juristas para apreciar as evidências introduzidas no curso da atividade probatória. No entanto, o que se verifica é que as perspectivas racionalistas fazem essa indiferenciação de modo equivocado, assumindo perspectivas simplificadoras com base no esquema sujeito-objeto que irão capacitar inúmeros autoritarismos. Nesse sentido, Taruffo e Ferrer Beltrán especificamente consideram que o fato de as provas remeterem ao passado é de pouca ou nenhuma importância (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 35; TARUFFO, 2005, p. 338-339) desconsiderando a passividade dos rastros do passado e a especificidade que deve governar a questão probatória no processo penal comprometido com a redução de danos (KHALED JR., 2020). É precisamente no sentido de um afrouxamento de limites e desconsideração de insuficiências e vazios que essa linguagem se mostrará facilmente incorporada a argumentações autoritárias.

Por exemplo, Dallagnol não hesitará em afirmar a inexistência de diferença entre a prova produzida no processo judicial e a prova em outros campos do saber (2018, p. 19). Mesmo que alguma acepção sugira o emprego da teoria racionalista da prova como corretor epistêmico, o seu uso como ferramenta que recoloca a verdade no centro do processo acaba por reduzir garantias processuais, afinal de contas, “(...) processo penal é, acima de tudo, uma questão de prova: repeti esse mantra centenas de vezes tanto em palestras quanto para meus alunos no curso de Direito. Não há mistério” (MORO, 2021, p. 29). As palavras de Moro sobre ser o processo penal uma “questão de prova” e de que, portanto, “não há mistério” podem ser interpretadas ao lado de afirmações de Taruffo, acerca de “uma simples verdade”. Como já observado, a verdade no processo penal é tudo, menos simples. No curso de “Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos” (2010), Taruffo deliberadamente se esquia de temas complexos como tempo, causalidade e a própria ideia de verdade, considerando que tais conceitos envolvem questões difíceis que ele opta por não

enfrentar. Já em “Prueba y verdad en el derecho” (2005), livro que integra a sua trilogia sobre “epistemologia jurídica”, Jordi Ferrer-Beltrán dedica cerca de quatro linhas de texto ao tema da verdade, simplesmente referindo de forma breve sua vinculação ao conceito de “verdade como correspondência” de Tarski, que jamais é problematizado. O resultado é mais do que previsível.

A teoria racionalista da prova favorece concepções conservadoras sobre os fins do processo e, quando utilizada para além de sua função (a única defensável) de correção epistêmica (limitações probatórias), autoriza relativizações como a tendência à abolição da prova ilícita.

#### 4. CORRESPONDENTISMO, CONCEPÇÃO RACIONALISTA DE PROVA E A MÁXIMA DA LIBERDADE DA PROVA

É comum encontrar-se, a fim de justificar o “racionalismo probatório”, afirmações sumamente simplificadoras, para não dizer absolutamente equivocadas, acerca de determinadas práticas processuais. Exemplificando-se pode-se citar as ordálias, vigentes até o IV Concílio de Latrão de 1215, tratadas como “provas irracionais”, isto é, modelos processuais irracionaisistas, que não se preocupavam com a busca da verdade<sup>2</sup>. Preliminarmente, não é necessário demasiado esforço analítico para que seja possível encontrar, nas críticas dirigidas aos modelos probatórios “irracionais”, traços do romantismo, ao aplicar critérios da modernidade (correlação entre prova e ciência) ao passado, adotando-os como requisitos de aferição de práticas sociais. Sabe-se – e isso não é de hoje –, que essa perspectiva romântica consiste em uma metodologia inviável e carente de sustentação na historiografia, além de ser, evidentemente, presunçosa. Sobre as ordálias, uma concepção ritualística de processo não determinava um valor menor de verdade do que o estatuto científico da prova (nem uma decisão menos justa). Como sustenta Foucault, a produção da verdade é decorrente de um procedimento aletúrgico, ou seja, a verdade (que não seria de outro mundo) se dá a partir de determinados modos de estabelecimento do verdadeiro, inscrita no que se pode denominar como “regimes de verificação”, o “(...) conjunto dos procedimentos possíveis, verbais ou não, pelos quais se revela o que é dado como verdadeiro em oposição ao falso, ao oculto, ao indizível, ao imprevisível, ao esquecimento” (FOUCAULT, 2014, p. 8). Não há exercício de poder sem algo como uma aleturgia. A ciência e o conhecimento (dito) objetivo não são mais do que casos nos quais é possível fazer-se manifestar o verdadeiro. As ordálias não possuem menor complexidade do que as provas científicas. O registro de produção do verdadeiro – um modo de verificação, por conseguinte –, independe de critérios sobre a sua cientificidade. Assim, os racionalistas deveriam amparar suas teorizações em outras sedes, já que as críticas a provas “irracionais” (todas aquelas não subsidiadas pela ciência) se baseiam numa compreensão fraca da historicidade do fenômeno que pretendem criticar,

2. Sobre a complexidade do fenômeno, é indispensável a leitura de PATETTA, Federico. *Le Ordalie: studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*. Torino: Fratelli Bocca, 1890.

oferecendo, a reboque, uma equívoca comistão entre o racional e a tradição científica ocidental. Essa crítica aos métodos cognominados irracionais de solução de conflitos traz, em seu bojo, um conceito relativista de verdade (CAVALLONE, 2012, p. 13). Mas a acusação de irracionalidade não é desferida somente contra modelos ou compreensões probatórias do passado, uma vez que inclui também concepções contemporâneas igualmente definidas como irracionais. É o caso, por exemplo, da crítica nivelada por Ferrer Beltrán (2005, p. 67) contra a leitura estruturada na “captura psíquica do juiz”, por ele rotulada como irracional. Para o autor, sustentar que a finalidade da prova consiste na captura psíquica do juiz significaria que essa finalidade seria atingida mesmo que não estivesse de acordo com os fatos ocorridos ou com os elementos probatórios presentes (2005, p. 66). Como parece óbvio, o autor confunde a finalidade por ele atribuída ao processo, a “busca da verdade”, com o que as partes efetivamente almejam por meio da atividade probatória, que supõe um destinatário e é movida por estratégias de convencimento e persuasão. Ocorre que isso não significa prescindir, para efeito de controle da decisão, da presença de lastro probatório que dê suporte à eventual condenação. Pelo contrário. É precisamente atentando para o risco e a incerteza que caracterizam o ritual processual penal que se torna factível estruturar uma leitura alicerçada na redução de danos, com ênfase nas regras do jogo e não na assunção de onipotência típica do esquema sujeito-objeto que funda a ambição de verdade. A preocupação com o suposto descompromisso das partes com a “verdade” acaba por fundar uma concepção de juiz “ministro da verdade”, cuja função epistêmica consistiria por definição na gestão prova, confiada por completo ao magistrado.

O racionalismo como compreensão alargada das relações entre processo, prova e verdade negará a distinção clássica entre “verdade processual” (ou formal) e “verdade real” (de regra concebida como o fim do processo penal) (SCHUNEMANN, 2013, p. 244-245), já que a verdade seria uma só. Como destaca Taruffo, “(...) não há diferença epistêmica substancial entre a verdade judicial e a verdade não judicial” (2014, p. 24). Não seria exagero afirmar-se que esse autor, através de sua percepção realista crítica e uma teorização racionalista da prova proporá critérios que já poderiam ser encontrados no direito romano. Entretanto, Taruffo esquece-se da belíssima revisão elaborada por Giuliani, que demonstra a existência de uma tradição tópico-retórica na tradição romano-canônica (1971, p. 159 e ss.), o que em princípio desarticulária o próprio ponto de vista do autor.

Como referido anteriormente, no cenário do racionalismo, além das práticas chamadas irracionais realizadas por povos tidos enquanto primitivos, há certa convergência doutrinária para se atribuir a todos os intelectuais que não compartilham dessa visão, o rótulo de irracionalismo. Uma concepção irracionalista da verdade produziria, nessa visão, uma versão irracionalista da prova, o que por seu turno tornaria esse conceito – o de prova – carente de significado (TARUFFO, 2011, p. 36). O primeiro problema apontado por Taruffo correlacionaria as teorias “pós-modernas” (que sacrificariam a racionalidade) ao próprio sacrifício da verdade. Após inúmeras críticas superficiais e caricaturais de autores como Rorty, Derrida, Baudrillard, entre muitos outros, Taruffo se dirige à noção de narrativa, que seria um produto hiperinflacionado da abordagem pós-moderna (2011, p. 112-113), compartilhando das críticas de Haack, que denomina os irracionalistas como “novos cínicos”. Para se

ter noção da crítica conservadora e pueril do autor, inclusive o feminismo (que obviamente não é um movimento unívoco) é tachado de irracionalista (TARUFFO, 2012, p. 95). Não se pode perder de vista que Taruffo, no campo do processo, resgata um pensamento extremamente conservador e intolerante, já que tudo aquilo que não se configura para ele aceitável recebe o rótulo de irracionalismo ou obscurantismo. Como sustenta Cavallone, por sua constante defesa do papel ativista do juiz, Taruffo deveria ser considerado um nostálgico da monarquia prussiana (2012, p. 33), o que parece justo, considerando as preferências políticas que podem ser extraídas de seu pensamento aplicado ao direito processual penal, bem distantes da democracia.

Taruffo considera que a busca da verdade é um elemento essencial da imparcialidade do juiz e corresponde a uma exigência de caráter epistemológico, na linha do esquema sujeito-objeto moderno, uma vez que: a) as partes não teriam interesse na verdade (2010, p. 202); e b) o enfrentamento dialético entre elas não consistiria em um bom método para o descobrimento da verdade, que é o propósito do processo (2010, p. 195). O autor afirma que é importante atribuir ao juiz poderes instrutórios em busca de provas não inseridas pelas partes, com a evidente finalidade de que a verdade possa ser determinada, tendência prevalecente nas legislações contemporâneas (2010, p. 197). Taruffo esclarece (ou melhor, tenta, pois isso não é viável) que não se trata de fazer do juiz um inquisidor, com atuação lesiva aos direitos e garantias que correspondem às partes, mas de poderes acessórios e complementares, que consistiriam em verificar se todos os elementos probatórios foram aportados pelas partes e, se não o foram, o juiz deve assumir um papel ativo (2010, p. 199). O autor refuta qualquer preocupação em termos de comprometimento do juiz com o material probatório por ele produzido no âmbito de sua atuação de ofício (2010, p. 200). Para Taruffo, não cabe discutir os poderes de instrução do juiz, mas sim submetê-los a controles efetivos; o que importa é que as partes estejam em condição de controlar a relevância e a admissibilidade das provas trazidas de ofício pelo juiz e que estejam em condições de aportar provas contrárias; ele considera que o correto é garantir a vigência integral do contraditório e não anular os poderes instrutórios do juiz (2010, p. 201-202).

Evidentemente, essa perspectiva viola o que há de mais essencial e básico no sistema acusatório: a proibição de interferência do juiz na gestão da prova, imposta pelo princípio dispositivo (COUTINHO, 2001) para criar condições de possibilidade de termos um “juiz imparcial” (princípio supremo do processo, como definiria Werner Goldschmidt). Taruffo, neste ponto, incide no que há de mais grave no pensamento colonizador do processo civil em relação ao processo penal, desconsiderando não apenas as categorias jurídicas próprias e seus fundamentos (DIVAN, 2015, p. 157-161), mas a história e o preço cobrado pelo sistema inquisitório (gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz, violando ainda o elementar *ne procedat iudex ex officio* que marca a jurisdição).

Quanto a Ferrer-Blrán, além de seguir na errônea perspectiva de Taruffo (desconsiderar a especificidade do processo penal), o autor elege a função de busca/averiguação da verdade como pilar de todo o sistema jurídico e avalia eventuais choques entre esse (assim assentido) objetivo primordial do direito e outros objetivos que com ele possam conflitar. Conclui que o valor ou finalidade de averiguação da verdade não têm estruturalmente

a mesma posição que os demais propósitos. Afirmar que o objetivo do processo é a averiguação da verdade e não poderia ser de outra maneira para que o direito funcione como um mecanismo de motivação de conduta. Somente se as consequências jurídicas previstas pelo direito para determinadas ações forem aplicadas, os cidadãos terão motivos para atuar conforme prescreve o direito e ele poderá cumprir sua função como mecanismo de resolução de conflitos (2007, p. 82).

Não se equivoca quem intui o que isso poderia representar para o processo penal. Ferrer-Beltrán o diz explicitamente: o processo somente poderá influir na conduta de homens e mulheres para que não matem se, efetivamente, cumprir a função de averiguar quem matou e impor a sanção prevista pelo direito (2007, p. 30). Em outro trecho, Ferrer-Beltrán sustenta que a maior exigência probatória no processo penal deve ser repensada, pois nas últimas décadas, o recurso ao Direito Penal como forma de governar a sociedade se superdimensionou, deixando de ser um instrumento de *ultima ratio*, enquanto simultaneamente foram ampliados os tipos de sanção penal usados para motivar condutas (2007, p. 140).

Tais trechos evidenciam a estrutura política subjacente (não epistemológica) ao pensamento de Taruffo e Ferrer-Beltrán no que tange ao Direito Penal e Processual Penal. Ela pode ser sintetizada conjuntamente nos seguintes termos: o processo penal é um instrumento de averiguação da verdade no qual o juiz deve ter poderes de instrução para buscar a verdade e impor sanções a quem violou as normas estabelecidas pelo direito, com o propósito de motivar a conduta da coletividade como um todo, por meio de penas exemplares. Leitores de Bentham, que é utilizado como argumento de autoridade em inúmeros trechos, Taruffo e Ferrer-Beltrán reproduzem as grandes narrativas modernas de justificação da pena (CARVALHO, 2022), com destaque para a prevenção geral negativa, que configura a crença metafísica e empiricamente não comprovável (abstrata) de que o Direito Penal pode proteger “bens jurídicos” por meio da ameaça e imposição de castigos (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2013).

A tradição racionalista da prova encontra seus alicerces no direito anglo-saxônico. Ponto importante consiste nas diversas críticas tecidas por Bentham às regras probatórias que excluía provas relevantes. Para Bentham, prevalece a noção de “liberdade probatória”, princípio que percorreu a Europa desde a importação do tribunal do júri nas legislações pós-revolucionárias, expandindo-se, via de consequência, para outros países com o avanço dos códigos inspirados nos napoleônicos. Para o autor, a liberdade da prova consistia simplesmente no traslado da epistemologia comum às questões processuais e jurídicas (SCHAUER, 2006, p. 169). Além de Bentham encontram-se em Thayer e Wigmore expressivos comentadores que acabaram por autonomizar uma disciplina, o direito das provas. Essa concepção moderna de prova introduzida por Bentham se desenvolveu mediante uma conexão forte com a filosofia indutivista e a ciência experimental de Bacon (GIULIANI, 1971, p. 237).

A perspectiva racionalista das provas acabará por reproduzir, tacitamente, as mesmas pulsões substanciais ou conteudistas do instrumentalismo. Twinning, examinando o pensamento benthamiano, indicará a finalidade do “direito adjetivo” como sendo a “decisão correta”, isto é, aquela produzida mediante a correta aplicação de leis válidas

(2006, p. 41)<sup>3</sup>. Novamente de acordo com Twining, o modelo da tradição racionalista possuiria feição instrumentalista à medida que a busca da verdade através da razão implementaria o direito substantivo (2006, p. 83). Dessa forma, é possível perceber-se como da leitura racionalista da prova e do processo se torna possível revigorar o instrumentalismo, que no Brasil, se propagou especialmente pela escola processual de São Paulo e que possui, no trabalho de Dinamarco, marcas indeléveis da doutrina da segurança nacional (GLOECKNER, 2018). Sabe-se que uma abordagem instrumentalista aplicará uma racionalidade antiformalista (tome-se, por exemplo, a noção de instrumentalidade das formas como corolário fundamental desta perspectiva). Assim, à legalidade processual se antepõem inúmeros argumentos de política criminal, tornando o processo o “servo mudo” do direito penal material (PADOVANI, 1999, p. 529). A dinâmica da liberdade da prova traz, como decorrência, a tendência à supressão das regras de exclusão probatória, toda vez que tais regras não se justificarem “epistemologicamente”, o que não é algo alheio à tradição racionalista das provas (FERRER BELTRÁN, 2017, p. 153). E é justamente a partir da retomada do pensamento benthamiano sobre o tema das exclusões probatórias que começa a se identificar um movimento “abolicionista” (FERRER BELTRÁN, 2017, p. 154). Com efeito, o racionalismo favorecerá uma redefinição das regras de exclusão com base na noção de relevância (ALLEN, 1994). Segundo o sistema da liberdade das provas, o ônus de se demonstrar a inadmissibilidade da prova passa a ser da parte interessada na supressão (SCHAUER, 2006, p. 170). A tradição utilitarista, que assume na análise econômica do direito a sua principal expressão, encontrava em Bentham um intelectual apto à defesa da tortura em casos excepcionais, tendo sido retomada por Posner mais recentemente, em casos de terrorismo (TWINNING, W. L.; TWINNING, P. E, 1973, p. 308).

No campo das limitações à prova, o racionalismo parte de um “princípio de inclusão (ou *inclusionary rule*)” (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 81)<sup>4</sup>, segundo o qual a noção preponderante de liberdade da prova deve conduzir à hipótese de que toda a prova epistemologicamente relevante deve ser admitida, bem como o seu valor ou força probatória devem ser valorados por um juiz sem sujeição a outros critérios que aqueles da racionalidade epistêmica (ACCATINO, 2019). Na mais bela exemplificação desse modo de raciocínio pode-se citar Sentís Melendo, para quem “direito e probatório, esse substantivo e este adjetivo são termos antagônicos. A prova é liberdade; e quando o direito tenta submetê-la a normas rígidas, deixa de ser prova para se converter, senão em uma caricatura, em algo que já não é prova.” (1979, p. 336).

3. No mesmo sentido, ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINNING, William. *Analysys of Evidence*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 116. No Brasil, replicando o caráter instrumentalista do processo nos termos de Twining, NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 7.

4. A noção de inclusão probatória deve ser lida em paralelo com o princípio da melhor prova possível, aplicado aos tribunais e que expressa a obrigação dos litigantes providenciarem a prova que mais facilitará a tarefa central de resolver questões processuais com acurácia. NANCE, Dale. The Best Evidence Principle. *In Iowa Law Review*, v. 73, 1988. p. 233.

Portanto, para o racionalismo, o primeiro filtro a ser aplicado sobre a prova seria de natureza epistêmica. Esse filtro determina a admissão de toda a prova que traga informação relevante sobre os fatos pendentes de julgamento. Ela será relevante toda vez que apoiar ou refutar uma ou mais hipóteses fáticas do caso à luz dos princípios gerais da lógica ou da ciência. Em síntese, trata-se do princípio geral de inclusão (FERRER BELTRÁN, 2017, p. 155). O modelo epistemológico cognitivista implica na contenção à formulação de limitações probatórias. Sempre que não houver uma regra determinante limitando o ingresso da prova, ela deverá ser admitida (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 120). Nessa ordem de ideias, a epistemologia jurídica assumiria uma dimensão dúplice: de um lado, adotaria um caráter descritivo, cuja função seria determinar quais regras facilitam ou promovem a busca da verdade e quais regras obstaculizam o seu alcance. De outro, assumiria um caráter normativo, que assumiria a tarefa de propor mudanças nas regras probatórias existentes, com o propósito de modificar ou mesmo eliminar todas aquelas que impeçam a busca da verdade (LAUDAN, 2013, p. 23).

Pode-se dizer que, a epistemologia, ao assumir funções descritivas e coordenadoras de política criminal (estabelecer regras de inadmissibilidade probatória é política criminal em sentido estrito), provas indiretas (incluindo aqui a ampla gama de *hearsay evidence*) seriam admissíveis devido ao princípio de inclusão (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 85). Mesmo o uso de antecedentes criminais, uma limitação probatória conhecida em vários estados norte-americanos, não possuiria, à luz do racionalismo, justificativa epistêmica para ser excluído, podendo, assim, ser valorado pelos jurados (LAUDAN; ALLEN, 2011). Seguindo o raciocínio do “valor epistêmico” dos antecedentes judiciais, não seria de se desprezar a sugestão de Moro sobre o estabelecimento de regras de prova especiais de acordo com o “estilo de vida criminoso” do acusado (MORO, 2010, p. 173-174).

A teoria racionalista da prova, nesse sentido, é autodescrita como o produto de uma epistemologia cognitivista ao revés de uma abordagem cética. Ela se orienta por uma teoria correspondentista da verdade sustentada por Tarski, cuja condição de teoria de correspondência é questionável (LOPES JR.; KHALED JR., 2023), mas que se deveria preferir a uma concepção coerentista, adotando para tanto um modelo de tomada de decisão identificado como “racional”, contrastando com os modos irracionais como “duelos”, compurgação, ordálias e até mesmo “irracionalismos pós-modernos” e concepções divergentes de atividade probatória, como a estruturada na “captura psíquica do juiz”. Além disso, o racionalismo possuiria como modo característico de argumentação a indução, encontrando na busca da verdade o meio prioritário para se fazer justiça (TWINNING, 2006, p. 78).

O racionalismo, como é possível constatar, estabelece uma relação teleológica entre prova e verdade (FERRER BELTRÁN, 2006, p. 3). Nesse sentido, o sistema de justiça criminal operaria como um “motor epistêmico” (LAUDAN, 2013, p. 23) cuja finalidade seria a descoberta da verdade. Essa relação teleológica é explicada como sendo o dispositivo mais adequado para que o objetivo institucional do processo – a busca da verdade – seja alcançado (FERRER BELTRÁN, 2021, p. 17). Essa busca da verdade seria um elemento essencial da democracia, e os próprios direitos fundamentais encontrariam a sua fundamentação nessa concepção objetiva de verdade (TARUFFO, 2012). Reforçando uma vez mais o que se disse

anteriormente, em sendo a busca da verdade e a correição da decisão os objetivos finais do processo, a perspectiva instrumentalista é reforçada (ANDERSON; SCHUM; TWINNING, 2005, p. 79).

A decisão é, nas lentes do racionalismo, *evidence responsive*, devendo estar baseada nas provas disponíveis. Para Taruffo trata-se de uma aplicação do princípio denominado como *total evidence*, segundo o qual a racionalidade do convencimento judicial está amparada pelos dados cognoscitivos existentes (TARUFFO, 2012, p. 166). Alguns intelectuais ligados à essa corrente defendem que a averiguação da verdade mediante a prova não constitui o único fim do processo, embora seja sempre prioritário (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 77). Esse objetivo institucional do processo (descobrir a verdade) seria, inclusive, necessário para que o direito pudesse funcionar como um mecanismo de motivação de conduta (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 82), o que, levado ao extremo e como já destacado, resultaria na concepção de que o processo penal poderia funcionar como mecanismo de prevenção geral negativa. Para se ter noção, Ferrer Beltrán chega a afirmar que um sistema jurídico poderia funcionar perfeitamente sem assumir o valor da inviolabilidade do domicílio ou das comunicações. Todavia, esse sistema não poderia abdicar da averiguação da verdade como objetivo institucional do processo. Essa averiguação da verdade como objetivo institucional teria, nas palavras do autor, “preferência estrutural”, o que faz com que não possa ceder sempre nem na maioria das ocasiões (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 83). Portanto, entre as regras de exclusão e a averiguação da verdade, já se sabe de antemão qual o valor que deverá prevalecer.

## 5. A VERDADE COMO CORRESPONDÊNCIA E A INFERÊNCIA DA MELHOR EXPLICAÇÃO

O racionalismo parte da afirmação de que o objetivo institucional do processo é o alcance da verdade. A diferença em relação a teorias arcaicas que defendiam a obtenção da verdade real no processo penal é a defesa de uma determinada compreensão dessa verdade. A epistemologia cognitivista adota a teoria da verdade como correspondência, com base no modelo de Tarski, que se diferencia da teoria aristotélica clássica da correspondência, que de fato estabelece um contraste com a realidade, não sendo autorreferente (LOPES JR.; KHALED JR., 2023). No entanto, ela é incorporada e referida como se fosse genuinamente uma teoria de correspondência sem qualquer forma de problematização epistemológica ou filosófica por parte de seus adeptos. De acordo com Accatino, a noção correspondentista de verdade atua como um limite não sujeito à negociação. Os intelectuais ligados ao racionalismo parecem convergir para não colocar este marco em discussão, aceitando-o (com todos os seus problemas), como um dogma (ACCATINO, 2019). A suposta novidade da noção correspondentista da verdade e que superaria as vetustas discussões acerca de uma verdade ontológica reside no deslocamento proposto pela lógica analítica: de uma noção totalizante de verdade para a verdade sobre um enunciado. Ou, para ficar nas palavras de Taruffo,

“quando se fala da verdade de um fato, na realidade fala-se da verdade de um enunciado acerca desse fato. Por conseguinte, o que se prova ou se demonstra no processo judicial é a veracidade ou falsidade dos enunciados acerca dos fatos em litígio.” (TARUFFO, 2014, p. 19).

Os enunciados seriam construções linguísticas, definidas pelas partes e pelo juiz (TARUFFO, 2014, p. 19).

Pode-se dizer que as distintas oposições projetadas por teorias críticas sobre a inalcançabilidade da verdade são desviadas em prol de uma mudança de orientação. Argumenta-se que realmente uma verdade absoluta é inalcançável, mas que isso não impediria reconhecer a verdade de uma proposição. Ou seja, a verdade obtida no processo penal não seria a demonstração indiscutível de um dado ontológico, mas apenas a veracidade de um enunciado sobre um fato. As proposições seriam objetos sobre os quais recairiam os preditos verdadeiro e falso. Assim, o que estaria sujeito à prova não seriam os fatos diretamente, mas os enunciados sobre fatos, ou seja, em um processo, as alegações realizadas pelas partes (BADARÓ, 2019, p. 71). Essa mudança de orientação requer a adoção da verdade como correspondência (BADARÓ, 2019, p. 86-87). Para ilustrar o argumento aqui exposto, recorre-se às palavras de Badaró:

“(...) isso não significa, por outro lado, que a ‘verdade objetiva’ ou ‘verdade absoluta’ não teria função alguma. Embora se sabendo inatingível, no sentido de que nunca será possível conhecer tal verdade, ela sempre deverá ser buscada, procurando-se, na maior medida possível, dela se aproximar.” (BADARÓ, 2019, p. 122).

A função institucional do processo, nessa senda, seria subsidiada pela noção correspondentista de verdade (sendo a verdade sempre absoluta), mesmo que a relatividade seja epistêmica (FERRER BELTRÁN, 2021, p. 18). Apesar de o conhecimento sobre a verdade ser precário, a verdade não comportaria mitigações, já que os fatos ocorreram ou não ocorreram. Assim é que se torna possível afirmar-se que “(...) uma hipótese fática pode resultar provada ainda que seja falsa” (BADARÓ, 2019, p. 122). No cerne do processo está uma concepção alética de verdade, já que todo enunciado sobre fatos é verdadeiro ou falso dependendo da existência desses fatos na realidade (TARUFFO, 2012, p. 100). Em conclusão, enquanto a verdade seria absoluta o conhecimento da verdade é que admitiria gradação, ou seja, seria relativo. Reconhecendo a insuficiência constitutiva do conhecimento sobre uma realidade pretérita, ou seja, a *falta* e, logo, a impossibilidade de uma verdade correspondente absoluta, a solução adotada diante do que pareceria a alternativa remanescente de uma simples inverdade é a revitalização do regime de verdade correspondente por meio da verdade relativa (conhecimento da verdade), de modo concomitante com a preservação da busca da verdade (da verdade material ou absoluta). Com essa nova orientação, a *presença* passa a se referir não mais ao passado propriamente dito (a “verdade material inalcançável”), mas à correspondência da decisão aos enunciados sobre os fatos presentes no processo (conhecimento da verdade ou “verdade relativa”). No entanto, sempre é importante e desejável se aproximar da “verdade absoluta, material ou objetiva”, sendo por isso exigido que o juiz exerça uma função epistêmica de busca da verdade, inclusive no sentido de ampliação dos elementos probatórios aportados. Com isso, é constituído um modelo intrassistêmico de justificação da busca da verdade, no qual um enunciado probatório contendo uma resolução judicial será verdadeiro quando o que o juiz tem como provado corresponda ao que está provado no processo e diferentemente, será falso quando essa

coincidência não existir (FERRER BELTRÁN, 2005, p. 43-44). Como já referido anteriormente, a preservação do modelo de verdade correspondente conforma uma avenida aberta para o autoritarismo processual penal, que vulnera a posição receptiva na qual deve ser fixado o juiz no sistema acusatório, revigorando anseios inquisitórios típicos de um processo movido por ambição de verdade. Apesar da mudança de orientação, a tradição racionalista mantém praticamente intacto o aspecto mais importante da tradição inquisitória.

Além disso, esse deslocamento (da obtenção de uma verdade absoluta à verdade possível, *rectius*, conhecimento da verdade), a relação prova/processo passa a operar numa frequência “quase-austiniana” de uma decisão performática. Se a decisão judicial está amparada na prova dos fatos (conhecimento da verdade), toda e qualquer decisão legitima-se como verdadeira. Basta, como dito, reportar-se à prova, demonstrando o raciocínio que sustenta a decisão. Se há uma divergência epistêmica e fundadora entre verdade (inatigível) e conhecimento da verdade (verdade plausível), a prova passa a ter um efeito ratificatório da decisão. Mas o que choca é que essa verdade possível, desde que alimentada por provas, define o índice de verdade de forma performática. A sentença encerraria o “verdadeiro” pelo simples fato de ser uma decisão que põe fim à prestação jurisdicional, legitimando-se pelo raciocínio probatório e transformando a teoria da prova em uma teoria procedimental da prova. Os efeitos também se fazem sentir em mais largo espectro. Uma teoria procedimental da prova compromete, de forma vertical, a teoria do erro decisório.

Entre as perspectivas correspondentistas da verdade, Taruffo afirma que a teorização semântica de Alfred Tarski seria a aceitável (TARUFFO, 2011, p. 59). Ao que parece, no campo jurídico e processual, trata-se da vertente correspondentista com mais adeptos. O primeiro passo para se fazer uso dessa matriz é o reconhecimento de que o fato ingressa no processo tão somente de forma linguística (TARUFFO, 2018, p. 131). Os enunciados fáticos são interpretados como descrições sobre fatos que possuem uma existência independente desses enunciados. Os enunciados fáticos oferecem alguma informação sobre os fatos, mas não os constituem. Quando se afirma que um enunciado fático é verdadeiro se está a reconhecer que os fatos descritos pelos enunciados ocorreram (GASCON ABELLAN, 2010, p. 60).

De uma maneira geral, a concepção correspondentista da verdade na contemporaneidade encontra seus primórdios nos filósofos analíticos Bertrand Russell, Ludwig Wittgenstein e John Austin, mesmo que a reelaboração de algumas teses e pressupostos tenha sido depurada por Alfred Tarski (GASCON ABELLAN, 2010, p. 63). Russell considerava que a realidade se apresentaria através da análise lógica de sentenças verdadeiras. Essa concepção denominada como “atomismo lógico” ganhou, a seu tempo, vários adeptos. Trata-se de uma variante da filosofia analítica compreende que o mundo é composto por fatos, que por sua vez consiste em objetos. Outro autor que aparece como fonte primária dos estudos correspondentistas é Wittgenstein, que em seu *Tractatus* elabora a teoria da figuração, ou seja, considerando verdadeiras as figurações que correspondem aos fatos.

Para o atomismo, a verdade sempre possui alguma relação com o fato. De acordo com Russell, o fato seria uma espécie de coisa capaz de tornar verdadeira ou falsa uma proposição (1985, p. 7). A verdade, nesse sentido, seria uma correspondência entre a forma da

proposição com a forma do fato. Esse é um movimento lógico para se compreender que os fatos não seriam, eles mesmos, verdadeiros ou falsos. A falsidade ou a veracidade seriam atributos que pertencem ao universo das proposições, sendo verdadeira a proposição que espelha um fato. Essa primazia da lógica no pensamento metafísico designa a possibilidade de se poder investigar a realidade sem a necessidade de se socorrer da experiência. Em grande medida, a maioria dos pensadores adeptos do realismo crítico e que sustentam uma concepção cognitivista de processo acabam se referindo diretamente a Tarski, a quem incumbiu superar alguns problemas apresentados na teorização de Russell e Wittgenstein.

À primeira vista, a teorização de Tarski cuida dos problemas constatados pelos usos ambíguos da expressão verdade. Esse problema inicialmente trazido à tona por Tarski reside na circunstância de que a linguagem “*da qual* falamos” não necessita ser a mesma “*na qual* falamos”. Tarski compreende que não é possível a realização de uma semântica da linguagem dentro da própria linguagem, como se existisse apenas uma. Assim, a problematização da Tarski se inicia com a tentativa de elaboração de uma “semântica científica”. Não se pode perder de vista que Tarski era um fisicalista, um intelectual que acredita que o modelo de ciência deve ser o da física, paradigma que é adotado pela maior parte dos intelectuais vinculados ao Círculo de Viena (ALVES, 2011, p. 16). No intuito de construir uma linguagem despida dos problemas da ambiguidade, Tarski destaca que apenas uma linguagem puramente estrutural seria suficientemente clara. Um método exato apenas poderia ser construído com o uso das linguagens formalizadas. Essa linguagem da semântica se chamaria “metalinguagem”. Tarski pretendia com isso estabelecer uma definição de verdade passível de uso nas ciências dedutivas (MEURER, 2018, p. 40) (que por sinal não possui relação alguma com a defesa indutivista sustentada pelos racionalistas).

Merece especial atenção o fato de que Tarski limita o uso do predicado verdadeiro, que segundo o autor, deveria ser aplicado a sentenças (fundamentalmente o que a gramática refere como “sentença declarativa”) e não a proposições. Essa circunstância é veementemente negligenciada pelos realistas críticos do direito processual. Ademais, quando Tarski investiga a aplicabilidade do conceito de verdade às linguagens naturais, afirma que este procedimento estaria demarcado por dificuldades insuperáveis (TARSKI, 1936, p. 153). Em outras palavras, Tarski reconhece a inaplicabilidade do predicado verdade às linguagens naturais (MEURER, 2018, p. 43), o que se aplica, por óbvio, ao direito e à linguagem comum. Tarski, por conta disso, abandona o problema de tentar definir a verdade a partir da linguagem natural e se dedica exclusivamente à definição de verdade na linguagem formalizada, considerada como uma espécie de linguagem artificialmente construída, de maneira que o sentido de cada expressão elimine qualquer ambiguidade, sendo determinada exclusivamente pela sua forma lógica (TARSKI, 1936, p. 165-166).

Ora, as linguagens naturais, sendo repletas de antinomias, são consideradas por Tarski como logicamente inconsistentes. Da mesma forma, o uso do predicado “sentença verdadeira” padeceria do mesmo vício, uma vez que não há a possibilidade de se construir uma definição do verdadeiro em uma linguagem inconsistente (MEURER, 2018, p. 47).

Uma linguagem formalizada não possui uma das principais características da linguagem natural, a universalidade, que é justamente o elemento que provoca o surgimento de

ambiguidades. As linguagens formalizadas não possuem esse alcance universal, caracterizando-se pelos seus limites e, portanto, requerendo a especificação de sua estrutura (TARSKI, 1944, p. 343). A linguagem formalizada é uma linguagem despida de ambiguidades, por isso, não se podendo confundi-la, como fazem os racionalistas, com a linguagem natural. Para que seja possível estabelecer-se as condições para a definição da verdade, a metalinguagem, obrigatoriamente, deve ser mais rica do que a linguagem-objeto, isto é, deverá incorporar não apenas a *linguagem da qual se fala* (linguagem-objeto), mas também um nome para cada frase da linguagem-objeto, além de um vocabulário lógico. Para Tarski, a metalinguagem que apresenta os meios disponíveis para definir a verdade não pode se confundir com a linguagem-objeto, além de não poder ser traduzível para a linguagem-objeto. Em não sendo assim, ambas as linguagens seriam semanticamente universais e o paradoxo do mentiroso acabaria por reaparecer em ambas (TARSKI, 1944, p. 343).

Após esse rapidíssimo *excursus* pela teoria tarskiana é possível identificar, de forma cristalina, como os racionalistas, apesar de afirmar estarem baseados no modelo tarskiano de verdade, empregam a noção correspondentista em detrimento de conclusões sérias trazidas por Tarski. O autor jamais admitiu a possibilidade de que as linguagens naturais poderiam ser objeto de uma definição correspondentista de verdade. O principal alicerce do racionalismo não possui, da forma como os racionalistas procuram sustentar a sua teorização, as menores condições de aplicabilidade. Ao que parece os racionalistas defendem um uso irracional do racionalismo.

Para além disso, merece referência o fato de que a proposta de Tarski foi objeto de enormes controvérsias. Para alguns positivistas lógicos que participaram do *First International Congress on the Unity of Science*, realizado em Paris em 1935, ela pareceu reavivar a noção de verdade como correspondência entre a linguagem e a realidade. Mas houve quem pensasse de modo muito diferente na época, como Otto Neurath, que se preocupava com a possibilidade de que o formalismo lógico seduzisse as pessoas em direção a posições metafísicas, ou seja, abstratas cortinas formais atraentes para pessoas de mente lógica. Neurath acreditava que o conceito semântico de verdade não poderia ser conciliado com um ponto de vista estritamente empirista e antimetafísico, ou seja, contrário a proposições científicas não verificáveis (MANCOSU, 2008, p. 196-197). Em correspondência com Tarski, Neurath apontou que as restrições que o autor tentou impor ao seu conceito de verdade não seriam observadas e que as suas formulações seriam usadas para todos os tipos de especulações metafísicas. Neurath temia um uso metafísico da teoria de Tarski, devido a uma extensão inadequada de seu campo de validade (das linguagens formalizadas às comuns), como também se opôs ao uso de Tarski da noção de “verdade”. (MANCOSU, 2008, p. 198). O tempo mostrou que os receios de Neurath eram fundados.

Além do gravíssimo caso de incompreensão da filosofia analítica tarskiana e a pretensão de usar o termo verdade para um objeto sabidamente infenso ao predicado (linguagens naturais), os erros daí por diante derivados possibilitam que usos espúrios e experimentais recaiam sobre a prova no campo processual penal. A noção de inferência da melhor explicação, a partir de pressupostos teóricos similares ao racionalismo (com a repetição dos mesmos erros primários) permite reduzir-se o espectro da presunção de inocência, na forma

de “abdução” – consistente em uma espécie de raciocínio tratado, por alguns autores, como conceito autônomo ao de dedução e de indução e, por outros tratado como uma forma específica de indução. Anderson, Schum e Twining, de forma didática, apresentarão a abdução como uma espécie de “insight” (2005, p. 57).

Seja como for, a inferência da melhor explicação consiste na eleição, dentre várias hipóteses conflitantes, daquela que presta melhor conta dos fatos ocorridos (TUZET, 2021, p. 135). Dallagnol define esse raciocínio em termos de “método logocrático”, ou seja, o pressuposto essencial do processo é a análise da “força dos argumentos”: “(...) provar é argumentar” (DALLAGNOL, 2018, p. 53). Sustenta, assim, sua visão em uma perspectiva “explanatória da prova”: rejeitando-se a probabilidade – característica do bayesianismo – se deveria operar desde uma perspectiva explicativa, em que cada uma das hipóteses poderia ser explicada a partir da prova produzida, ou, em suas palavras, na “(...) inferência da melhor explicação” (DALLAGNOL, 2018, p. 59). No campo do processo penal, a inferência da melhor explicação parte de uma hipótese que explicaria os dados coletados (DALLAGNOL, 2018, p. 77). Dessa maneira, uma hipótese seria verdadeira quando ela melhor explica a prova.

Para Dallagnol, enquanto o bayesianismo cuida de identificar como uma determinada prova ou conjunto de prova torna mais provável ou confirma uma hipótese, a perspectiva explanacionista procura identificar qual hipótese se encaixa melhor no quadro de provas ou ainda, como uma hipótese explica uma prova (DALLAGNOL, 2018, p. 89). Na abdução tem-se o inverso do bayesianismo, devendo o juiz julgar em conformidade com a hipótese que melhor explica as provas produzidas.

A aplicação de um modelo “explanacionista” não apenas engloba a adoção de uma racionalidade sobejamente arquitetada em modelos utilitários e econômicos. Altera, sobretudo, a forma de se valorar a prova. Ao invés de se analisar o peso de uma determinada prova, o juiz deve analisar o conjunto probatório inteiro, ou ainda, o peso da hipótese. Assim, o que seria valorado é justamente a hipótese ou o conjunto probatório e não uma prova individualmente considerada (DALLAGNOL, 2018, p. 139). Segundo Dallagnol, a inferência da melhor explicação “(...) provê uma avaliação global da prova total porque o foco está na hipótese, e uma dada hipótese é julgada como melhor ou pior apenas quando comparada com suas alternativas” (DALLAGNOL, 2018, p. 146). Disso, resultaria a inexistência de diferença entre produção probatória “mental”, própria da valoração da prova, e determinação de diligências que tem por objetivo testar as hipóteses da acusação e da defesa (DALLAGNOL, 2018, p. 147).

Preliminarmente, a inferência da melhor explicação sequer poderia assumir um papel relevante na determinação da correição epistêmica de uma decisão, apesar de estar ancorada nesse paradigma. Isso porque, como é óbvio, uma melhor explicação apenas assume o predicado de (se mostrar) melhor quando confrontada com outra, o que certamente não garante a veracidade da hipótese. Portanto, mesmo em um paradigma científico se tornaria impossível a defesa da melhor explicação como conceito de verdade. Todavia, as críticas que podem ser opostas em nível de ciência não dão conta de outra consequência decorrente do emprego da abdução no direito processual penal. Ela é atentatória ao direito ao silêncio

do acusado, pois se a inferência da melhor explicação pressupõe a comparação entre duas versões para um mesmo fato, sobre o réu acaba recaindo o ônus de apresentar uma hipótese concorrente, visto que qualquer tese apresentada pelo órgão acusador explicaria melhor o conjunto de provas do que o silêncio, que não possui qualquer valor explicativo<sup>5</sup>.

Igualmente tem-se que a inferência da melhor explicação suscita um necessário rebaixamento do *standard* probatório no processo penal, já que a prevalência de uma explicação melhor para o conjunto de provas existentes não garante a idoneidade de uma condenação, visto que as hipóteses mentais traçadas pelo julgador não estão sujeitas a uma determinação relativa à quantidade de prova existente no processo. Um teste mental valorativo de uma hipótese que se aplica sobre o conjunto de provas não parece sujeitável a um controle sobre a sua força. Portanto, desorganiza também a questão da quantidade e qualidade das provas suficientes para sustentar uma condenação.

Portanto, de um lado tem-se que atualmente existem diversas tentativas desde o plano da lógica, de oferecer um suporte epistêmico ao processo penal. Contudo, os problemas se iniciam quando se resolve afirmar que o valor primário deve ser o objetivo institucional do processo em encontrar a verdade, o que provoca a suscetibilidade de certas garantias processuais, que sinalizam obstáculos à busca da verdade, serem abolidas, como no caso das provas ilícitas. Para além disso, também se verifica o uso do mesmo paradigma epistemológico, como a inferência da melhor explicação, como uma ferramenta aparentemente confinada ao universo da lógica, mas que no fundo acabará por reduzir no mínimo dois aspectos essenciais do processo penal: o direito ao silêncio e à presunção de inocência.

Há também um outro elemento que não pode passar despercebido. Embora haja perspectivas diversas entre autores como Taruffo, Ferrer Beltrán e Dallagnol, todos eles comungam dos mesmos postulados racionalistas: a) a prova desempenha função epistêmica; b) noção correspondentista de verdade; c) a função institucional do processo é alcançar a verdade. Portanto, mais do que uma defesa devido a um suposto mau uso da teoria, o que se tem é o favorecimento de concepções reducionistas do papel dos direitos fundamentais, no processo penal, em detrimento de funções idílicas do processo, como o alcance da verdade, ainda que proposicional. São construções epistemologicamente frágeis, que não representam adequadamente as intensidades situacionais da fenomenologia processual penal e desfavorecem a dimensão regrada de contenção de danos que deve demarcar o horizonte de projeção do devido processo penal exigido em um Estado Democrático de Direito, como será desenvolvido a seguir.

## 6. A BUSCA DA VERDADE EM QUESTÃO

A noção de verdade como objetivo institucional do processo carrega consigo dificuldades bastante visíveis. A tendência em definir como teorias “irracionais” todo o conjunto

5. Sobre a inferência da melhor explicação Cf. LAUDAN, Larry. Strange Bedfellows: inference to the best explanation and the criminal standard of proof. In *The University of Texas School of Law*, n. 143, 2008. p. 02.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; KHALED JR., Salah H.; DIVAN, Gabriel. Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 73-107. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381441].

de correntes que não compartilham das premissas de uma verdade metafísica, do processo como um campo de promoção de valores epistêmicos prioritários, somando-se a isso a tendência à relativização de alguns direitos fundamentais (presunção de inocência, direito ao silêncio e proibição de prova ilícita) indica uma tentativa de superação do paradigma da legalidade processual e de emergentes justificações para o reconhecimento de novos e velhos poderes processuais judiciais. Todavia, os defensores dessa posição parecem esquecer-se do fato de que falar contra a epistemologia é em si mesmo um diálogo epistemológico (McCLOSKEY, 1998, p. 180). Não é exagerado falar em um verdadeiro sequestro da palavra epistemologia, como se não existissem outras epistemologias, construídas com base em tradições não racionalistas, não abstratas, não metafísicas e não utilitárias.

Para Khaled Jr. (2020, p. 524), a verdade no processo penal não deve ser situada no signo do *Mesmo* (verdade real, material ou substancial) ou no signo do *Outro* (inverdade), muito menos na releitura racionalista da verdade correspondente relativa, que é uma espécie de meio termo entre o *Mesmo* e o *Outro*, no qual a busca da verdade é preservada. Enfatizando o risco, a incerteza, a insuficiência e a falibilidade da representação do passado, Khaled Jr. situa o regime de verdade no processo penal no signo do *Análogo*, o que configura uma verdade que está em jogo no processo no âmbito de uma constante tensão entre o desvelamento e o encobrimento, para finalmente ser analogicamente produzida como um artefato narrativo elaborado pelo juiz, a partir de rastros do passado. Logo, trata-se de uma verdade analogicamente produzida sob a forma narrativa. Esse conceito de verdade fundado na hermenêutica filosófica e desvinculado da filosofia da consciência estabelece a verdade como (re)produção analógica do passado e não como simples correspondência a um tempo escoado (verdade absoluta) ou ao conjunto probatório disponível no processo, que deve se aproximar do passado (verdade relativa). Assumindo a formulação de Coutinho (2023), pode ser dito que a Verdade está no todo e que se esse todo não está no processo, ali não está a Verdade, mas sim outra coisa, que pode ser nomeada como “verdade” com “v” minúsculo. Na construção de Khaled Jr., seria precisamente essa a “verdade” produzida analogicamente no processo em um ambiente ritualizado e regado que governa os limites e as proibições probatórias que dão sentido ao sistema, em nítida rejeição ao que define como ambição de verdade. A “verdade” analogicamente produzida pelo juiz substitui uma falta insuperável, a totalidade da Verdade – e o faz por meio de uma narrativa alicerçada no lastro probatório disponível no processo, sempre sujeita a incontáveis equívocos e produzida no que permanece sendo – embora muitos não o reconheçam – o signo da incerteza. Como a Verdade não está no processo, para condenar alguém é preciso recorrer à linguagem (COUTINHO, 2023), ou seja, elaborar uma narrativa que para efeito do processo substituirá a inalcançável Verdade, com uma “verdade” analogicamente produzida na sentença condenatória.

Ao final, restará apenas representância – a “verdade” que o magistrado produz narrativamente é algo ontologicamente distinto do passado que ele deseja representar (Verdade), logo, o juiz sempre será um devedor insolvente de um passado (totalidade) que está para além das forças humanas (KHALED JR., 2020, p. 321).

Portanto, a “verdade” assim produzida será ontologicamente diferente e na melhor das hipóteses contingencial (no sentido de possível coincidência com a Verdade). A sentença

condenatória somente pode ser legitimada caso as regras do devido processo legal sejam estritamente respeitadas, o que fortalece as possibilidades de redução de danos decorrentes de condenações equivocadas, como se espera de um processo penal do cidadão, fundado na presunção de inocência e não na ambição de verdade (KHALED JR., 2020, p. 524). É completamente equivocado um conceito que trabalha com a ideia de “presença”, como se a Verdade estivesse no processo e pudesse ser encontrada por meio das artimanhas do livre convencimento e do “princípio” da verdade real, como também é equivocado um conceito que mudando a orientação e reconhecendo a “falta”, trabalha com a ideia de que o que estaria em jogo no processo são enunciados sobre os fatos, mas mantém a “verdade objetiva” ou “absoluta” e afirma que ela deve ser “buscada” cabendo ao juiz a tarefa de na maior medida possível, dela se aproximar, interferindo diretamente na gestão da prova. Ainda que de modo complementar ou residual, persiste a ambição de verdade e a argumentação é facilmente sequestrável para os piores propósitos autoritários, em nome do álbi retórico de “busca da verdade”.

Afinal, deve o juiz buscar obsessivamente a Verdade quando ele só precisa de prova para condenar e a dúvida não só é suficiente, como impõe a absolvição? Qual é a escolha política para essa situação encontrada na Constituição?

Dizer que a verdade é contingencial significa abrir mão desse fim – a busca da verdade – e assumir outro horizonte, no qual o juiz deverá estar predisposto a absolver, por exigência da presunção de inocência: em outras palavras, o valor inocência deve ser estruturante e fundador do processo penal, inclusive no que se refere à missão e função do juiz, possibilitando dessa forma o rompimento com a epistemologia inquisitória orientada à persecução do inimigo, que é revigorada de forma velada pela tradição racionalista da prova.

O uso de teorias metafísicas da verdade, especialmente a correspondentista – mesmo que incorretamente aplicadas pelos teóricos racionalistas – renova um antigo problema relacionado também ao papel do juiz no processo penal. Até mesmo a noção de imparcialidade parece ser reconfigurada diante da sustentação, como se pode verificar no pensamento de Taruffo – de que a maior “neutralidade” do juiz na pesquisa probatória conduziria a melhores resultados desde a dimensão epistemológica. Exemplificativamente, sob o pretexto de aperfeiçoamento epistêmico, seria admissível o uso de técnicas neurocientíficas em investigações criminais a fim de assegurar a autenticidade das declarações dos sujeitos (VILLAMARÍN LOPEZ, 2020, p. 118). Não é de causar estranheza que Villamarín López adote uma concepção racionalista e objetiva de verdade.

Dallagnol não hesita em definir a prova como uma crença que implica outra (DALLAGNOL, 2018, p. 22), ou seja, a evidência como aquilo que desempenha uma função probatória com relação à outra crença (DALLAGNOL, 2018, p. 24). Diante da corrente correspondentista que imanta o objetivo institucional do processo, a prova é definida como proposição acerca de um fato, ou seja, uma afirmação sobre como ocorreu um fato. Como consequência, um fato não é verdadeiro ou falso, mas apenas as proposições (afirmações) sobre ele. A grande questão é que se um enunciado pode ser considerado provado mesmo que não seja ontologicamente verdadeiro, logo, sempre e independentemente da decisão, o processo alcança a verdade. Assim, se toda decisão é uma decisão que reconhece um enunciado como

verdadeiro (ou falso), a função “institucional” da prova não significa nada. O descolamento entre a verdade ou a falsidade de enunciados do “fato” histórico demonstra a imprestabilidade do transporte de uma teoria da verdade elaborada exclusivamente para as linguagens formalizadas. Com efeito, o traslado da teoria de Tarski para o campo do processo – espaço das linguagens naturais – parece um ponto negligenciado na discussão em torno da interpenetração entre realismo crítico e correspondentismo.

Um ponto que inclusive chega a ser reconhecido parcialmente pelos teóricos racionalistas é a circunstância de que a regulação jurídica da prova acaba sendo influenciada tanto por fatores epistêmicos quanto não epistêmicos (DAMASKA, 2003). Como destaca Leiter, as questões sobre quais regras deveriam governar a admissibilidade da prova são essencialmente questões de epistemologia social e não científica (LEITER, 1997, p. 814). Por isso, ainda que excepcionalmente algumas regras de exclusão probatória possam atingir finalidades consideradas como epistemicamente fundadas, a regulação jurídica sobre a prova ilícita não pode nem deve ser reconduzida a uma discussão em torno da obtenção da verdade no processo. A proibição da prova ilícita está sujeita a implicações em torno da perspectiva da distribuição de erros judiciais (LAUDAN, 2013, p. 22) e não do possível índice de aperfeiçoamento da decisão judiciária em consonância com um maior ingresso de informações processuais. Da mesma forma como para a atribuição de um *standard* probatório, o nível de corroboração exigível para a tomada da decisão judicial não é epistemológico. Trata-se de uma decisão política (FERRER BELTRÁN, 2021, p. 23-24). Ou seja, se um *standard* de prova estabelece regras que determinam o grau de confirmação de uma hipótese a partir das provas coletadas (FERRER BELTRÁN, 2021, p. 24), a questão não reside na função institucional do processo em ser capaz de atuar como um instrumento epistêmico de alcance da verdade<sup>6</sup>.

Além disso, paira sobre a perspectiva racionalista uma concepção utilitarista de processo, cuja funcionalidade residiria na conformidade da integridade da decisão com os princípios de utilidade (NARDELLI, 2019, p. 13). A busca da verdade é uma teoria pobre da motivação humana e não funciona como um imperativo moral (McCLOSKEY, 1998, p. 180). Costuma-se afirmar, como argumento de especialização que se nós buscamos a verdade nós também buscamos a lógica. Isso é absolutamente questionável (McCLOSKEY, 1998, p. 181-182). A menção ao uso do falsificacionismo como uma possível aplicação epistemológica no processo penal é igualmente inapropriada. Isso pelo fato de que no processo penal a presunção não é a da veracidade da hipótese e que subsistirá até ser falseada. Em sendo o acusado inocente, a lógica processual penal é justamente a inversa daquela empregada nas demais ciências. Ademais, o processo penal funciona (ou deveria funcionar) a partir de uma metodologia contraintuitiva, como afirma Rui Cunha Martins (2020). Isso significa dizer que o cenário no processo penal se desenvolve em termos de estimação da inocência do acusado mesmo quando for possível intuir, desde os aspectos particulares do caso, que se trata de um acusado culpado. A prova, mais do que uma ponte entre a

6. Nieva Fenoll trata da desnecessidade de estándares de prova. Em sua visão, seriam reminiscências do passado cuja origem emerge do sistema de provas legais e que facilitariam a tarefa do decisor NIEVA FENOLL, Jordi. *La Valoración de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 12.

verdade do enunciado e o objetivo institucional do processo (ligame com o fato ontológico), é um elemento cuja função é a de limitar o campo da evidência. Portanto, o processo penal é um dispositivo contraintuitivo.

A tradição continental da prova é caracterizada por um momento de supremacia da legalidade sobre a instância lógica, o que de fato se estabelece, em primeiro lugar, como uma perspectiva contraintuitiva e não sujeita à lógica clássica. Desde a perspectiva do conceito de verdade empregado pelos racionalistas, Streck acertadamente falará de um “instrumentalismo processual epistemológico” (2016). Prado também tecerá advertências sobre o uso extremado da vertente racionalista, advogando um uso mais moderado e em nível de contração de desníveis epistêmicos no campo processual:

“(...) levada ao extremo essa dimensão, a obsessão pela verdade tem inspirado juristas do hemisfério norte a defender a sujeição de valores e princípios não epistêmicos aos resultados das atividades epistêmicas, chegando pragmaticamente ao mesmo lugar que, a bordo do esquema político da verdade real, o autoritarismo penal levou as práticas penais na América Latina.” (PRADO, 2019, p. 13).

Ao que tudo indica, no que diz respeito aos reflexos jurídicos e políticos, a distância entre “verdade real, material ou substancial” e a epistemologia judiciária alicerçada na tradição racionalista da prova não é tão grande quanto se supunha.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como síntese final, pode ser dito que uma teoria racionalista favorece o desaparecimento das regras de exclusão, em homenagem ao máximo rendimento epistêmico do processo. Regras que proíbem o ingresso de provas indiretas não se justificam diante da perspectiva de maximização da informação processual. A limitação da introdução do inquérito policial no processo penal seria uma atividade certamente contraepistêmica e não justificada a partir dessas correntes. Tampouco preclusões probatórias seriam bem-vindas pelos teóricos racionalistas. Além disso, dentro desse paradigma favorece-se o uso do raciocínio abduutivo e da inferência da melhor explicação, o que por seu turno promove importantes regressões contra a presunção de inocência e o direito ao silêncio.

Trata-se de uma tendência instrumentalista, que mantém o processo penal subordinado ao direito penal material, estabelecendo *standards* de prova flutuantes (ou seja, descharacterizando a própria noção de *standard*). Além disso, politicamente favorece a ampliação de poderes judiciais, entre eles o de instrução processual, autorizando uma refundação da concepção publicística de processo com base na epistemologia. Ainda que aspectos epistêmicos possam ser utilizados como ferramentas que possibilitam uma mais ajustada correção probatória (evitando-se, por exemplo, a introdução das *junk sciences*) o seu papel é sempre residual à legalidade processual, não se podendo afirmar que a busca da verdade deva ser o fim prioritário do processo penal, que parte da inocência do acusado e cuja prova serve como mecanismo contraintuitivo, capaz de oferecer algum obstáculo à evidência (CUNHA MARTINS, 2020).

Outra questão que não pode deixar de ser vislumbrada nas limitações intrínsecas às teorias racionalistas da verdade no processo penal diz respeito à manutenção de uma cisão por decerto inadmissível – dada a sua própria fragilidade contrafática – na qual as relações de poder e de saber são completamente separadas. Evidentemente que a reabilitação das apertadas relações entre poder e saber se deveu, em grande medida, à filosofia foucaultiana. Com efeito, inexistente relação de saber sem que haja, em simetria, relações de poder. O reforço de poderes instrutórios do magistrado, como é cediço, possui uma genética conectada a modelos politicamente autoritários de Estado. Não é preciso escrutinar profundamente as zonas de franjas entre sistema político e processual para se chegar à conclusão de que o aumento de poderes judiciais equivale ao abandono de um (ora) superado liberalismo, como já apontara a dogmática autoritária do século XX. Fenech (1941) em monografia dedicada ao tema expõe com muita clareza as funções do juiz em um Estado autoritário. A ampliação dos poderes judiciais também pode ser vista, à luz do constitucionalismo e da ciência política contemporâneos como um fenômeno indicado por Hirschl (2007) como “juristocracia”, notadamente o fenômeno de migração da legitimação de poderes do legislativo ao judiciário, com todas as consequências que se podem identificar, grosso modo, como judicialização da política. A perspectiva racionalista, dada a sua *naïveté* política, ignora os múltiplos fenômenos que não se relacionam com o saber judicial, mas com a política do processo, ou melhor, como diria Amaral (2014), “a política da prova no processo penal”. As políticas criminais são transversais ao campo processual penal, requerendo muito mais do que decisões orientadas à prova dos fatos. As denominadas questões de direito passam à margem das preocupações epistemológicas. E como se sabe, apenas mantendo um esquema próprio da metafísica da consciência sujeito-objeto se pode afirmar uma cindibilidade entre “questão de direito” e “questão de fato”. A rigor, como denuncia Ubertis, tal dicotomia premia a primazia do fático sobre o jurídico, instituindo, a reboque, apenas para ficar com estes exemplos, da legitimidade conferida aos arts. 383 e 385 do CPP.

Um terceiro problema, que exsurge a partir do racionalismo, coloca-se no deslocamento das funções da pena em direção às expectativas que recaem sobre o processo penal. De fato, convoca-se o processo penal – como dispositivo (CUNHA MARTINS, 2013, p. 33) que é – a satisfazer políticas de controle social conectadas aos discursos utilitaristas e preventivistas. Ou seja, a partir da nova aura de legitimidade a recobrir a centralidade da verdade no processo, mormente como função institucional do processo, não se chega muito distante de todo o discurso tecnicista, que amparava o “direito adjetivo” na tarefa de colocar em prática e ser o mais útil possível ao direito material. Para chegar-se a tal conclusão bastaria uma leitura do texto primordial de Ferrari (1927), que coroa justamente o “liberalismo reacionário” denunciado por Gloeckner (2018) e que havia permeado o discurso tecnicista italiano da primeira metade do século XX.

As propostas neokantianas que cometem uma série de equívocos – alguns deles inclusive pueris – prestam contas ao “liberalismo reacionário”. Não seria surpresa alguma encontrar, na crítica dirigida por Ferrari ao código de processo penal italiano de 1913 – o *Codice Finocchiaro-Aprile* – a tese de que a “(...) função do processo penal é administrar justiça” (FERRARI, 1927, p. 01); mas a administração da justiça exige a verdade. Prossegue o autor,

em termos límpidos: “(...) a busca da verdade é o fim e o escopo natural de qualquer sistema processual” (FERRARI, 1927, p. 02). A noção de que o fim institucional do processo penal deve ser a busca da verdade, portanto, tem sido defendida apagando-se os traços históricos que politicamente, a colocam na plenipotenciária dimensão política que as legislações autocráticas do século XX fizeram brotar. Ocorre que além dessa assentida função institucional de descobrir a verdade, o deslocamento anteriormente apontado – do prevencionismo penal às funções de prevenção especial e geral exigidas do processo penal (processo penal como instrumento de política criminal) – só se torna logicamente admissível em uma noção instrumental de processo. Sobre a herança autoritária da noção de instrumentalidade do processo, que se socorre de categorias e conceitos importados da doutrina da Escola Superior de Guerra, Gloeckner já examinou com maior profundidade, não sendo o caso de repeti-los aqui. Todavia, a verdade como função institucional do processo coincide com uma série de propostas que repousam na mais trágica doutrina processual.

O racionalismo não aporta significativas mutações com uma concepção tecnicista de processo. Ainda que não se tenha por objeto examinar este espectro nefasto da teorização, ele está bem presentificado. As demais críticas, anteriormente expostas, atacam justamente os aspectos mais gerais da sobredita teorização, ainda que seja possível expor inúmeras variantes que conduzem a resultados, desde o ponto de vista da democraticidade do processo, de duvidosa compatibilidade.

Ao que parece, a proposta de retorno a um neokantismo lógico tem angariado diversos seguidores. A verdade é restabelecida no centro do processo e, como já se viu ao longo da história das práticas punitivas ocidentais, quando a verdade ocupa o centro, não há alternativa a não ser tornar as garantias processuais marginais.

## 8. REFERÊNCIAS

- ACCATINO, Daniela. Teoría de la Prueba: ¿Somos Todos Racionalistas Ahora? *In Revus*. n. 39, 2019. Disponível em: [<https://journals.openedition.org/revus/5559?lang=hr#tocto1n1>]. Acesso em: 20.02.2021.
- ALLEN, Ronald J. Factual Ambiguity and a Theory of Evidence. *In Northwestern University Law Review*, v. 88. n. 2, 1994.
- ALVES, Carlos Roberto Teixeira. *Tarski anotado: estudos dos § 2º e § 3º do artigo. O Conceito de verdade nas linguagens formalizadas*. Dissertação de Mestrado em Filosofia – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011.
- AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2014.
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINNING, William. *Analysis of Evidence*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Ed. RT, 2019.

- CARVALHO, Salo de. A materialização da antijuridicidade na dogmática jurídico-penal: análise desde a teoria crítica do delito. *Revista Direito UFMG*. n. 76, 2020.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2022.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CAVALLONE, Bruno. En Defensa de la Verifobia: consideraciones amigablemente polémicas sobre un reciente libro de Michele Taruffo. In: CAVALLONE, Bruno; TARUFFO, Michele. *Verifobia: un diálogo sobre prueba y verdad*. Lima: Palestra Editores, 2012.
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Verdade e fake news. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 198. 2023.
- CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. São Paulo: Atlas, 2010.
- CUNHA MARTINS, Rui. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.
- CUNHA MARTINS, Rui. Contra-intuição e processo penal. In: KHALED JR., Salah H. (Org.) *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Belo Horizonte: Letramento, 2020.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova indireta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- DAMASKA, Mirjan. Epistemology and Legal Regulation of Proof. *In Law, Probability and Risk*, v. 02, 2003.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2016.
- DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal. Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- FENECH, Miguel. *La Posición del Juez en el Nuevo Estado: ensayo de sistematización de las directrices actuales*. Madrid: Espasa-Calpe, 1941.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FERRARI, Ubaldo. *La Verità Penale e la Sua Ricerca nel Diritto Processuale Italiano: anche in rapporto alla riforma legislativa in atto*. Milano: Istituto Editoriale Scientifico, 1927.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FERRER BELTRÁN, Jori. La Valoración de la Prueba: verdad de los enunciados probatórios y justificación de la decisión. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; GASCÓN

- ABELLÁN, Marina; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel; TARUFFO, Michele. *Estudios Sobre la Prueba*. México D.C: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. La Prueba es Libertad, Pero no Tanto: una teoria de la prueba cuasi-benthamiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Fillippo*, v. IX. n. 18, 2017.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba Sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método II*. Salamanca: Sígueme, 1992.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GIULIANI, Alessandro. *Il Concetto di Prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Da Processualidade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2007.
- KHALED JR., Salah. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 3. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.
- KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal: uma introdução*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- LAUDAN, Larry; ALLEN, Ronald J. The Devastating Impact of Prior Crimes Evidence and Other Myths of the Criminal Justice Process. In *The Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 101, n. 2, 2011.
- LAUDAN, Larry. *Verdad, Error y Proceso Penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LEITER, Brian. The Epistemology of Admissibility: why even good philosophy of Science would not make for good philosophy of evidence. In *Brigham Young University Law Review*, 1997.
- LOPES JR., Aury; KHALED JR., Salah. Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma fenomenologia decolonial do processo penal. *Cadernos de Dereito Actual*, n. 20, p. 23-39, 2023.

- MANCOSU, Paolo. Tarski, Neurath, and Kokoszynska. In: PATTERSON, Douglas (Org.). *New essays on Tarski and philosophy*. London: Oxford University Press, 2008.
- MEURER, César. *A teoria correspondentista da verdade: apresentação e crítica lógico-semântica*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.
- McCLOSKEY, Deirdre. *The Rhetoric of Economics*. 2. ed. Madison: Wisconsin University Press, 1998.
- MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173-174.
- MORO, Sergio. *Contra o sistema de corrupção*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2021.
- NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- NISCO, Attilio. *Neokantismo e Scienza del Diritto Penale: sull'involutione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo novecento*. Torino: Giapichelli, 2019.
- PADOVANI, Tullio. Il Crepuscolo Della Legalità nel Processo Penale: riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale. In *L'Indice Penale*. n. 2, 1999.
- PRADO, Geraldo. Apresentação. In: PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- RUSSELL, Bertrand. *The Philosophy of Legal Atomism*. London: New York: Routledge, 1985.
- SCHAUER, Frederick. On The Supposed Jury-Dependence of Evidence Law. In *University of Pennsylvania Law Review*, v. 155, n. 165, 2006.
- SCHUNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SENTÍS MELENDO, Santiago. *La Prueba*. Buenos Aires: EJE, 1979.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. Processo Judicial Como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. *Sequência*, n. 74, 2016.
- TARSKI, Alfred. The Concept of Truth in Formalized Languages. In: TARSKI, Alfred. *Logic, Semantics Metamathematics*. Oxford: Oxford University Press, 1936.
- TARSKI, Alfred. The Semantic Conception of Truth: and the foundations of semantics. In *Philosophy and Phenomenological Research*, v. 4, 1944.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.
- TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2011.
- TARUFFO, Michele. Narrativas Processuais. In *Julgar*, n. 13, 2011.

- TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michele. *Ermeneutica, Prova e Decisione*. In *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, 2018.
- TUZET, Giovanni. *Filosofia de la Prueba Jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- TWINNING, William. *Rethinking Evidence: exploratory essays*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- TWINNING, W. L; TWINNING, P. E. Bentham on Torture. In *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 24, n. 3, 1973.
- UBERTIS, Giulio. *Fatto e Valore nel Sistema Probatorio Penale*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 43.
- VILLAMARÍN LOPEZ, María Luisa. *Neurociência e detecção da verdade e da mentira no processo penal: o uso do scanner cerebral (fMRI) e do brainfingerprinting*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A revisão criminal e a (im)possibilidade da existência de uma única verdade no processo penal: uma análise à luz da teoria de Karl Raimund Popper, de Alexandre de Castro Coura e Maira Ramos Cerqueira – *RT* 1039/345-362;
- Efeitos da inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito sobre a busca da verdade no processo, de Sérgio Serafim Aquino – *RDTC* 27/55-69;
- 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; e
- Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal, de Eliomar da Silva Pereira – *RBCCrim* 198/211-240.



# JUSTIÇA E VERDADE

---

## JUSTICE AND TRUTH

**GLAUCO GIOSTRA**

Professor Titular (*Professore Ordinario*) de Processo Penal na Faculdade de Direito da *Università degli Studi di Roma "La Sapienza"* (desde 2005). Professor Titular (*Professore Ordinario*) de Processo penal na Faculdade de Direito da *Università di Macerata* (desde 1993). Professor extraordinário (*straordinario*) da Faculdade de Direito da *Università di Macerata* (1990-1993). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da *Università di Macerata* (1987-1990). Pesquisador (*Ricercatore*) no Instituto de Direito e Processo penal da Faculdade de Direito da *Università di Macerata* (1980-1987), vencedor de uma bolsa de estudos C.N.R. que usufruiu no Instituto de Direito e Processo penal da Faculdade de Direito da *Università di Macerata* (1977-1980), auxiliou nos exercícios da primeira cátedra de Processo penal da *Università degli Studi di Roma "La Sapienza"* (1976-1977). Graduado em Direito na *Università degli Studi di Roma "La Sapienza"* (1976).

**TRADUÇÃO DE:**

**BRUNO CUNHA SOUZA**

Doutorando bolsista em Direito Público, curriculum de Direito e Processo penal, na *Università degli Studi di Roma "La Sapienza"* (2021-). Mestre (2020) e Bacharel (2018) em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, membro do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Lattes: [<https://lattes.cnpq.br/2804234433720392>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-3223-0647>]. [bruno.cunhasouza@uniroma1.it](mailto:bruno.cunhasouza@uniroma1.it)

DOL: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8381436>].

Autor convidado

**ÁREAS DO DIREITO:** Penal; Processual; Internacional

**RESUMO:** Não tendo a possibilidade de conhecer com certeza a verdade, mas não podendo deixar de punir condutas incompatíveis com a convivência civil, qualquer coletividade, mesmo em diferentes momentos históricos ou em diferentes latitudes da geografia política, predispõe o método considerado menos imperfeito para acertar acontecimentos do passado e julgá-los.

**ABSTRACT:** Not having the possibility of knowing the truth with certainty, but being unable not to punish conducts incompatible with civil coexistence, any collectivity, even in different historical moments or in different latitudes of political geography, has prepared the method deemed least imperfect for ascertaining past events and judge them. A method, moreover, which must not only

Um método, aliás, que não deve apenas responder às ferramentas epistemológicas mais acreditadas do momento, mas que também deve respeitar valores fundamentais que, no dado momento histórico-cultural, o povo, em nome de quem a justiça é administrada, considera mais valiosos do que o acerto da verdade (ex.: respeito pela dignidade da pessoa investigada; *in dubio pro reo*; garantia do sigilo profissional ou religioso). Por essas características, a justiça, ao contrário de todas as outras funções estatais (econômica, externa, social, sanitária), deve ser avaliada não pelo resultado, mas pelo cumprimento das regras estabelecidas para o seu exercício. Em conclusão, deve-se certamente reconhecer que a ponte do processo penal é inevitavelmente instável e vacilante, desde que nunca se esqueça que sem esta ponte se abre o abismo dos totalitarismos, da justiça do mais forte, dos *diktat* da maioria do momento, das regras impostas pela opressiva religião do Estado, por vingança privada ou por gangues.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça – Verdade – Dúvida – Valores – Democracia.

respond to the most accredited epistemological tools of the moment, but which must also respect fundamental values which, in the given historical-cultural moment, the people in whose name justice is administered considers more valuable than ascertaining the truth (e.g.: respect for the dignity of the person under investigation; *in dubio pro reo*; guarantee professional or religious secrecy). For these characteristics, justice, unlike all other state functions (economic, foreign, social, health policy), must be evaluated not for the result, but for compliance with the rules set up for its exercise. In conclusion, it must certainly be recognized that the bridge of the criminal procedure is inevitably shabby and shaky, as long as one never forgets that without this bridge opens up the abyss of totalitarianisms, of the justice of the strongest, of the diktats of the majority of the moment, of the rules imposed by the oppressive state religion, by private revenge or by gangs.

**KEYWORDS:** Justice – Truth – Doubt – Values – Democracy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Julgar: tarefa “impossível” e necessária. 3. O processo penal como ponte tibetana da *res iudicanda* à *res iudicata*. 4. Valores mais importantes que o acerto da verdade. 4.1. Evitar o risco de condenar um inocente. 4.2. Tutela da dignidade do imputado. 4.3. Outros valores intangíveis em uma sociedade democrática. 5. Certeza do julgado e erro judiciário. 6. A sentença não pode ser julgada pelo resultado, mas pelo caminho percorrido. 7. O processo não deve combater o crime ou perseguir outros objetivos sociais, mas somente julgar se a imputação tem fundamento. 8. Não possuindo a justiça humana certeza de verdade, a pena de morte é uma barbárie civil. 9. (Considerações finais) O processo penal é uma ponte instável e estreita, mas sem ela se abre um abismo civil e democrático. 10. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

No<sup>1</sup> senso comum é como se a justiça penal se valesse de uma espécie de algoritmo processual que, corretamente aplicado, conduziria à Verdade.

---

1. Traduzido por Bruno Cunha Souza. Relação oralmente apresentada no Festival da Justiça Penal de Modena em 18 de maio de 2023.

Se o Ministério Público é capaz e preparado, se as testemunhas são verídicas e não se subtraem ao seu dever, se os documentos adquiridos não foram alterados, se os accertamentos periciais foram conduzidos com honestidade e competência etc.; se o juiz é imparcial e preparado, o processo deveria se concluir com a condenação do culpado. E, então: justiça foi feita!

Se não se chega à condenação, algum protagonista do processo não fez o seu dever: o Ministério Público acusou infundadamente, a testemunha mentiu, algum documento foi falsificado, um perito atestou um dado equivocando, o juiz não soube avaliar.

Não expressa, mas radcada uma ideia de fundo: o processo penal constitui uma espécie de GPS que, se não manipulado, guia o juiz à Verdade, acertando como se desenvolveram os fatos e predicando-lhes o valor jurídico. Apesar de difundida, uma ideia tal está para a justiça como o terraplanismo está para a realidade cósmica.

Existem sentenças justas e, no entanto, órfãs da verdade. Afirmação forte, nos limites do oxímoro, mas muito próxima – essa sim – à verdade.

## 2. JULGAR: TAREFA “IMPOSSÍVEL” E NECESSÁRIA

Julgar é uma tarefa terrível, que transcende os nossos limitados instrumentos cognoscitivos e avaliativos: uma tarefa “impossível” e necessária.

“Impossível” porque nós não temos instrumentos para obter a verdade, ou melhor, para ter a certeza de tê-la obtido, e com ela a Justiça. A Verdade não é prerrogativa humana, nem sequer no mundo das chamadas ciências exatas. “Parece-me...” foi o exórdio de Einstein ao ilustrar a teoria quântica. Em um belíssimo livro do grande matemático Bruno de Finetti, *L'invenzione della verità*, vem icasticamente explicado que não se contentar com a “verdade de hoje”, mas alegar ter “a Verdade”, cria “dano à Ciência que, quando chega a uma reviravolta essencial, além das dificuldades intrínsecas daquele momento delicado e heróico, encontra a seus pés um bando de cachorrinhos rosnadores em defesa dos seus fetiches ameaçados” (DE FINETTI, 2006, p. 71). Imagine-se quanto pode ser árdua a pesquisa que não tem como objeto dados tangíveis ou mensuráveis, mas uma conduta do passado que tentamos reconstruir através de investigações (pelas *vestigia facti*, pegadas do fato). O agir humano deixa traços na realidade circunstante como um mosaico estilizado. Trata-se de encontrar o maior número possível e de recompô-los em um desenho crível, que não conheça plausíveis alternativas. É fácil prefigurar a aleatoriedade e a falibilidade de uma operação assim.

*Necessária*, porque nenhuma coletividade pode se permitir de deixar sem consequências comportamentos incompatíveis com a sua ordenada sobrevivência.

Desde sempre, para punir tais comportamentos, cada sociedade recorre a um método compartilhado de accertamento das responsabilidades, cujo êxito está disposta a aceitar como verdade.

Para que a administração da justiça possa desenvolver a sua insubstituível função de coesão social, porém, não é importante que o método seja epistemologicamente confiável,

mas que o povo lhe acredite como tal. Na capa de um dos mais belos livros sobre a justiça penal – *Riti e sapienza del diritto*, de Franco Cordero (1981) – é retratada uma mulher que com o braço esquerdo segura uma cabeça decepada e com a mão direita estende uma barra incandescente em direção a um rei sentado no trono. Ao fundo uma pessoa queima amarrada a uma pira. É o quadro final de uma história sangrenta que começa com a esposa do rei Oto III que, atraída pelo capitão dos guardas, se lhe oferece e, rejeitada, relata ao marido que o capitão tinha tentado usar contra ela violência. O rei, cego pela ira, faz decapitar o oficial acusado pela sua companheira. A esposa do capitão se apresenta, então, diante dele com a cabeça decepada do marido nos braços perguntando qual seria a pena para quem, mentindo, acusa um inocente de um crime punido com a pena de morte. O rei responde: “a pira!”. Então, a mulher pede ao rei a condenação à pira da esposa que acusou injustamente o seu marido. Para demonstrar a veracidade da própria afirmação tem na mão uma barra incandescente. Instrumento probatório, para dizer pouco, implausível, mas ao qual se atribuía eficácia: confiava-se, realmente, no fato que a divindade interviesse para interromper a normal sequência causal, consentindo à pessoa sincera de suportar uma dor de outro modo insuportável. Que a coletividade se reconhecesse naquele método, demonstra-se pelo fato que o próprio rei não considera de poder se subtrair à sua resposta e teve que mandar à pira a própria companheira.

### 3. O PROCESSO PENAL COMO PONTE TIBETANA DA *RES IUDICANDA* À *RES IUDICATA*

Hoje, abandonadas nas cavernas do direito experiências similares, cada país democrático traça um percurso cognitivo – considerado o menos imperfeito, no momento cultural e científico dado – de modo que a coletividade possa se reconhecer na justiça que vem administrada em seu nome. O processo penal pode ser figurativamente visto como uma espécie de ponte tibetana que conduz da *res iudicanda* à *res iudicata*, que *pro veritate habetur*<sup>2</sup>. Um trajeto traçado rigorosamente pela sinalização normativa para orientar-se “no crepúsculo das probabilidades” (LOCKE, 1971, p. 745-746).

É preciso imediatamente acrescentar, para percebermos quanto seja um percurso acidentado e estreito, que não se trata somente de prescrições de natureza epistemológica, mas também de natureza político-cultural.

### 4. VALORES MAIS IMPORTANTES QUE O ACERTAMENTO DA VERDADE

Há valores, de fato, que uma sociedade civil considera mais valiosos do que a própria verdade e, para tutelá-los, limita os seus já inadequados meios para obtê-la: uma sociedade civil repudia “uma busca da verdade na qual a humanidade saia humilhada” (CORDERO, 1966, p. 220).

2. Nota do Tradutor: Para um desenvolvimento mais aprofundado dessa ideia, Cfr. (GIOSTRA, 2021).

Uma sintética e incompleta revisão pode suficientemente dar conta de quais poderiam ser esses valores que podem às vezes ser um obstáculo para o acerto dos fatos e das responsabilidades.

#### 4.1. Evitar o risco de condenar um inocente

Na busca da verdade, o cientista assume a responsabilidade por sua hipótese: o erro quase sempre recai apenas sobre sua credibilidade profissional; na justiça penal, o erro sacrifica a vida de seres humanos. Um país civilizado em dúvida prefere colocar o risco de erro na coletividade do que no indivíduo. Estudam-se as regras, consideradas as menos falíveis, para estabelecer uma espécie de *guard rail* capaz de evitar a deriva para a injustiça ou, mais realisticamente, para garantir que todos os recursos sejam usados para evitá-la. Basicamente de duas maneiras: são banidos, como em nosso sistema atual, alguns elementos cognitivos espúrios com alto índice de inconfiabilidade (anônimos, vozes correntes no público, testemunhos por ouvir dizer) e outras proibições poderiam ser introduzidas (pessoalmente, por exemplo, proibiria o testemunho *de relato* quando a testemunha direta não estiver mais viva); em casos incertos, então, aplica-se o parâmetro de julgamento *in dubio pro reo*, o que significa essencialmente que a comunidade prefere correr o risco de absolver um culpado a condenar um inocente.

#### 4.2. Tutela da dignidade do imputado

O réu é o único depositário da verdade: culpado ou inocente, ele sabe como seria justo que o processo se concluísse. Daí a tentação recorrente, ao longo dos séculos, de obrigá-lo a revelar a verdade, recorrendo inclusive à tortura, instrumento tão horrível, quanto frequentemente falacioso. O art. 188, do CPP, hoje proíbe o uso, mesmo com o consentimento do imputado, de “métodos ou técnicas idôneas para influenciar a liberdade de autodeterminação ou para alterar a capacidade de recordar e de avaliar os fatos”. A pretensão de respeitar a dignidade do imputado e a falibilidade desses instrumentos têm levado o legislador, aceticavelmente, a não recorrer a eles. Mas as inovações em tecnologia são urgentes. Até recentemente, o PSA era apenas um marcador médico da situação da próstata, não a sigla de um instrumento usado nos EUA para prever a periculosidade de um indivíduo (*Public Safety Assessment*), como o mais conhecido Compas. Conservamos, se não uma instintiva repulsa, certamente muita desconfiança em relação a essa prática que se estabelece. Mas também devemos nos perguntar honestamente: se um dia fosse experimentado um método indolor e seguro, uma espécie de psicoscopia, seria correto privar dele os inocentes? O arguido inocente poderia gritar contra nós: “você se preocupam, sem serem solicitados, em proteger a minha dignidade, mas o preço de uma prisão perpétua (ou pena de morte, onde ainda está prevista) pago eu, se me negarem o único meio que tenho, na minha história, para provar que sou inocente!”. Tenho certeza de que acabaria concordando que seria eticamente inaceitável privá-lo da oportunidade de demonstrar sua inocência. Então, porém, sobre os imputados que não solicitassem o recurso a esta “psicoscopia” acabaria inevitavelmente por impor-se uma presunção de culpa. Estou aliviado pelo fato que a minha idade me evitará de lembrar a atualidade do problema.

#### 4.3. Outros valores intangíveis em uma sociedade democrática

Existem, como se dizia, valores sociais e éticos que uma coletividade civil considera mais importantes do que o acerto da verdade. Por exemplo, a confidencialidade das conversas do investigado com o seu defensor (proibição de interceptação) ou o vínculo de sigilo do médico ou padre a quem o imputado recorreu. É bem possível que permitindo à autoridade investigadora entrar nesses santuários em que o indivíduo precisa confiar sua fragilidade mais íntima a outro sujeito aumentem-se as chances de uma reconstrução mais rápida ou correta dos fatos, mas ao preço de uma sociedade formada por pessoas mais solitárias e desconfiadas, que percebem a Autoridade como um pesquisador incansável e onipresente de suas vidas.

### 5. CERTEZA DO JULGADO E ERRO JUDICIÁRIO

Um último exemplo de possíveis fricções entre justiça e verdade. Podemos quase nunca estar certos da verdade alcançada, mas podemos ter certeza do erro cometido. Exemplos extremos: condenação definitiva por homicídio e descoberta da vida do suposto assassinado ou absolvição definitiva da acusação de homicídio e a superveniência de provas que demonstrem para além de toda dúvida razoável a responsabilidade do erroneamente absolvido. Também aqui se impõe uma escolha conjunta de valores, política e cultural: até que ponto se deve sacrificar o valor da certeza e da definitividade do julgado aos pedidos de justiça?

O tempo a disposição não me permite maior aprofundamento nas delicadas e frequentemente difíceis relações entre justiça e verdade. Espero ter pelo menos conseguido fazer compreender o quanto profundamente Antoine Garapon (1996) tem razão, quando recorda que ser um bom juiz exige “o luto permanente de uma justiça perfeita”.

Se se concorda que esta é a justiça que nós, humanos, somos capazes de administrar, algumas importantes considerações-corolários merecem ser feitas, pois vivemos em um tempo que as ignora. E é preocupante que, muitas vezes, são nossos representantes institucionais a ignorá-las.

### 6. A SENTENÇA NÃO PODE SER JULGADA PELO RESULTADO, MAS PELO CAMINHO PERCORRIDO

Em primeiro lugar, ao contrário do que acontece com outras funções públicas (política econômica, externa, ambiental, de segurança pública), o produto da justiça não é julgado *pelos resultados*, mas *pelo método* seguido. Diferente de todos os outros poderes públicos, que obedecem a um programa de finalidades, o jurisdicional, para dizer com Luhmann (1983), responde a um programa condicional: *se* constata que certo fato ocorreu, o juiz *deve* aplicar determinada consequência. E assim escapa à crítica política, tendo-se limitado a aplicar a lei que a política predisps. Em outras palavras, o juiz não pode e não deve responder pelas consequências (*econômicas, sociais, éticas*) de sua decisão, mas apenas pelo respeito às regras de proceder e de avaliar.

Se, lendo apenas o dispositivo, julgamos uma sentença “vergonhosa” (quase sempre quando é absolutória), estamos de má-fé ou somos analfabetos jurídicos. E enquanto se pode compreender a raiva das vítimas do crime, da qual não se pode exigir que esperem para examinar o percurso processual e a motivação da sentença para exprimir reclamações críticas, é inescusável a censura feita sem conhecer, sobretudo, quando se trata de representantes das instituições. Naturalmente, ao contrário, pode-se obviamente direcionar críticas motivadas ao processo singular ou à decisão singular, identificando falhas no *modus procedendi* ou *decidendi*.

O que não se pode e não se deve permitir, sobretudo, se representando outro poder do Estado, é deslegitimar o método jurisdicional pactuado, colocando em crise a sua própria função de coesão social.

Para entender facilmente o que *não* deveria ser permitido em um Estado de Direito maduro, basta olhar para as reações de grande parte de nossa classe dominante quando demagogicamente pretende acompanhar o sentimento da praça ou quando os provimentos da magistratura investem pessoas ou temas politicamente sensíveis:

“quer atingir nossa força política em ascensão”, “é o câncer da democracia”, “uma magistratura míope pelo impulso persecutório”; “esta sentença fez justiça a anos de feroz perseguição judicial”, “estão investigando o meu filho ou o meu pai, só porque é meu filho ou o meu pai”, “a medida é completa: deve ser constituída uma Comissão de investigação sobre os trabalhos da magistratura”; “para alguns juízes são necessárias algemas.”

Pelo amor da Pátria, então, não me alongaria no mau hábito italiano do garantismo ciclotímico: as sentenças são respeitadas quando condenam opositores políticos e são sintomas de perseguição judicial quando atingem seus associados.

## 7. O PROCESSO NÃO DEVE COMBATER O CRIME OU PERSEGUIR OUTROS OBJETIVOS SOCIAIS, MAS SOMENTE JULGAR SE A IMPUTAÇÃO TEM FUNDAMENTO

Uma outra percepção distorcida, de alguma forma ligada à anterior, é a de acreditar que a justiça penal deve perseguir outros propósitos que não seja o de apurar se determinada acusação tem fundamento. É generalizada a crença, por exemplo, de que serve para combater o crime (por exemplo, a máfia) ou para moralizar a política e a administração pública (por exemplo, a investigação de *Mani Pulite* sobre *Tangentopoli*). Essas patologias sociais devem ser combatidas com a prevenção, a ética política, o controle do território, investigações realizadas com adequada mobilização de homens e meios. A justiça penal, o processo penal em sentido estrito, serve apenas para acertar o fundamento de uma acusação: para absolver ou condenar. A magistratura e o processo *não podem* e *não devem* perseguir objetivos diferentes. Por exemplo, as investigações recentemente iniciadas pelo Procurador de Bérgamo sobre medidas de combate à pandemia da Covid-19, abertamente destinadas também a fornecer “avaliações epidemiológicas, de saúde pública, sociológico-administrativas”, saem do leito da ortodoxia institucional, ainda que movidas pela intenção – muito meritória, se perseguida por outros meios – de garantir “que as pessoas saibam o que aconteceu”.

## 8. NÃO POSSUINDO A JUSTIÇA HUMANA CERTEZA DE VERDADE, A PENA DE MORTE É UMA BARBÁRIE CIVIL

Terceira e mais importante implicação. Se entre verdade judiciária e verdade histórica dos fatos imputados pode bem haver um hiato, qualquer Estado laico ou religioso que preveja a pena de morte é um Estado bárbaro. Mesmo que goze da licença da democracia espelhada, como os Estados Unidos da América. O álibi moral é geralmente constituído pela necessidade de evitar a prática de outros crimes graves com a terrível natureza dessa punição. Uma justificação tão difundida quanto desprovida de qualquer comprovação científica e estatística. Nas últimas horas lemos a notícia de que em Israel a primeira votação do Parlamento aprovou um texto que diz: “quem intencionalmente ou não [*sic! sinceramente espero que haja um defeito de tradução*] cause a morte de um cidadão israelense [*sic!*], se o ato for realizado por motivos racistas ou de ódio a fim de prejudicar o estado de Israel e o renascimento do povo hebreu em sua pátria” é passível de pena de morte. Não menos arrepiante do que esta proposta legislativa é a justificação que lhe foi dada: “trata-se de uma lei moral (...). A pena de morte existe na maior democracia do mundo” e terá “um grande efeito dissuasor”. Este tolo lugar-comum é tão difundido que um conhecido e apreciado escritor como Scott Turow (2003) não hesitou em afirmar textualmente:

“Quando me dizem: os europeus não têm pena de morte há gerações e estão bem assim, eu, que também acho que a pena de morte não seja uma boa ideia, respondo que não se pode comparar a sociedade americana com as sociedades europeias, porque temos cinco vezes o número de assassinatos *pro capite* da Europa Ocidental.”

É singular que um intelectual de seu nível não perceba o bumerangue argumentativo a que recorre. Se, *apesar de* os EUA terem a pena de morte e um índice de encarceramento quase dez vezes maior que o italiano, registram um percentual de homicídios oito vezes maior que o nosso, como se pode sustentar a dissuasão exercida pelo medo da pena? Sobre o fato, então, que se permita definir como *moral* uma lei que estabeleça a pena de morte quando precisamente nos EUA o *Innocence project* já há algum tempo demonstra, sobretudo, graças a accertamentos sobre o DNA, que dezenas e dezenas de inocentes foram enviadas para a morte, omitimos qualquer comentário: não nos ocupamos de blasfêmia.

## 9. (CONSIDERAÇÕES FINAIS) O PROCESSO PENAL É UMA PONTE INSTÁVEL E ESTREITA, MAS SEM ELA SE ABRE UM ABISMO CIVIL E DEMOCRÁTICO

Em um ponto, antes de concluir, não gostaríamos de ser mal interpretados. Jamais deixaremos de denunciar o quanto é instável e vacilante a ponte do processo penal, mas com força maior devemos alertar que sem essa ponte – ou seja, sem um itinerário cognitivo que respeite os direitos defensivos do acusado e uma sentença proferida por um juiz independente de qualquer poder – abre-se o abismo das democraturas e dos totalitarismos, da justiça do mais forte, dos *diktat* da maioria do momento, das regras impostas pela opressora

religião de Estado, da vingança privada ou de gangues. A nossa justiça é inevitavelmente imperfeita, mas, como acontece com a democracia, qualquer alternativa é pior.

Direi mais: toda alternativa é causa ou consequência de um colapso democrático. Infelizmente, seria extremamente fácil oferecer exemplos (Irã, Afeganistão, Rússia, Turquia, China etc.).

Parece-me que nosso país [Itália] ainda acredita, apesar de alguns rangidos sinistros, na necessidade de um justo processo perante um juiz independente do poder político. Não creio que corra o risco de desastres democráticos semelhantes. No mínimo, às vezes ele se entrega à farsa (um ex-ministro formulando sua denúncia pelo interfone do suposto traficante na presença de um grupo de curiosos), à caricatura (dois ministros que organizam uma recepção formal para a chegada ao aeroporto de um criminoso como Battisti) e às paródias (processos-farsa encenados na TV, com formatos testados e, infelizmente, bem-sucedidos).

Estou realmente chegando à conclusão. A modéstia de nossas capacidades não nos exime do dever de usar todos os recursos disponíveis para oferecer a melhor justiça, para buscar a Verdadeira Justiça. Devemos nos regular com esse objetivo inatingível, como sugere o grande Galeano (1993, p. 230) para todas as utopias: “A utopia é como o horizonte: dou dois passos e ela se afasta dois passos. Eu ando dez passos e ela se afasta dez passos. O horizonte é inalcançável. Então, para que serve a utopia? Para isso: serve para continuar caminhando.”

No nosso caso, caminhar na justa direção com a pobreza de nossos meios e a nobreza de nossos propósitos.

## 10. REFERÊNCIAS

- CORDERO, Franco. Diatribe sul processo accusatorio (1965). In: CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1966. p. 201-232.
- CORDERO, Franco. *Riti e sapienza del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1981.
- DE FINETTI, Bruno. *L'invenzione della verità*. Milano: Raffaello Cortina, 2006.
- GALEANO, Eduardo. *Las palabras andantes*. Buenos Aires: Catálogos, 1993.
- GARAPON, Antoine. *Le gardien des promesses: Justice et démocratie*. Paris: Éditeur Odile Jacob, 1996.
- GIOSTRA, Glauco. *Primeira lição sobre a justiça penal*. Trad. Bruno Cunha Souza. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- LOCKE, John. *Saggio sull'intelletto umano*. Trad. Marian e Nicola Abbagnano. Torino: UTET, 1971.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren (suhrkamp taschenbuch wissenschaft)*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1983.
- TUROW, Scott. *Punizione suprema: Una riflessione sulla pena di morte*. Trad. de V. Ricci. Milano: Mondadori, 2003.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Internacional

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o *plea bargaining*, de Guilherme Rodrigues Abrão – *RBCCrim* 179/177-196;
- A revisão criminal e a (im)possibilidade da existência de uma única verdade no processo penal: uma análise à luz da teoria de Karl Raimund Popper, de Alexandre de Castro Coura e Maira Ramos Cerqueira – *RT* 1039/345-362;
- Pena de prisão e proporcionalidade: contribuições a partir do paradigma da justiça penal negociada, de Emetério Silva de Oliveira Neto e Gustavo César Machado Cabral – *RBCCrim* 173/169-200;
- Pragmatismo como suporte filosófico à justiça penal negociada, de Christiano Jorge Santos e Fernando de Oliveira Zonta – *RePro* 317/33-55;
- 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; e
- Verdade e prova: problemas de epistemologia jurídica no processo penal, de Eliomar da Silva Pereira – *RBCCrim* 198/211-240.

# ENTRE O *TOPOI* E A PROVA TARIFADA: SISTEMAS PROCESSUAIS, DIREITO COMPARADO E A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

---

*BETWEEN TOPOI AND FEE-BASED EVIDENCE: ABOUT PROCEDURAL SYSTEMS, COMPARATIVE LAW METHOD AND THE ALLEGED POSSIBILITY OF APPLICATION OF THE EVIDENCE STANDARDS IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE*

## LEONARDO COSTA DE PAULA

Doutor em Direito do Estado (UFPR). Mestre em Direito Público (UNESA).  
Professor adjunto de Direito Processual Penal da UFF (Volta Redonda-RJ).  
Presidente do Observatório da Mentalidade Inquisitória (Curitiba-PR).  
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5471746328944280>].  
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-7203-845X>].  
[lc paula@id.uff.br](mailto:lc paula@id.uff.br)

## VINICIUS DINIZ MONTEIRO DE BARROS

Doutor e Mestre em Direito Processual Penal (PUC Minas). Pós-doutoramentos em Filosofia Contemporânea e Psicanálise (FAJE) e em Filosofia da Mente (FAJE). Doutorando em Filosofia (UFMG). Professor da graduação e Colaborador do PPGD da PUC Minas.  
Defensor Público Federal em Belo Horizonte-MG.  
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/1681971773663463>].  
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-8961-6669>].  
[vinicius\\_dmb@hotmail.com](mailto:vinicius_dmb@hotmail.com)

## JOSÉ DE ASSIS SANTIAGO NETO

Doutor em Direito Processual (PUC Minas). Professor de Direito Penal e Processual Penal (PUC Minas). Advogado Criminalista.  
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6307821152002320>].  
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-1744-6100>].  
[jose.santiago@terra.com.br](mailto:jose.santiago@terra.com.br)

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8380992>].

Recebido em: 01.02.2023

Aprovado em: 30.05.2023

Última versão dos autores: 29.06.2023

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Penal

**RESUMO:** A diferença epistemológica antiga entre analítica e retórica influencia a concepção epistemológica moderna de racionalidade (Kant). No processo penal, a diferença entre sistema acusatório e sistema inquisitório é analítica, não retórica. A importação do instituto de *standard* probatório, de tradição do *common law*, para o sistema brasileiro, na tradição do *civil law*, ignora a antiga diferenciação epistemológica e reforça o grau de problematização do sistema processual penal brasileiro, cujo princípio unificador é inquisitório. Assim, com o objeto de pesquisa focado em analisar a aplicabilidade do instituto de *standard* probatório no direito brasileiro e a partir de revisão bibliográfica com o método de direito comparado, a conclusão possível é de que não é constitucional considerar nenhuma tendência ascendente do rigor de *standard* probatório sem tornar sem sentido a previsão da presunção de inocência diante da compreensão do conteúdo do sistema acusatório.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Standards* probatórios – Processo Penal brasileiro – Sistema acusatório e sistema inquisitório – Princípio unificador – Epistemologia – Analítica e retórica.

**ABSTRACT:** The ancient epistemological difference between analytics and rhetoric influences the modern epistemological conception of rationality (Kant). In criminal procedure, the difference between the accusatory system and the inquisitorial system is analytical, not rhetorical. The importation of the institute of standard evidence, from the Common Law tradition, into the Brazilian system, in the Civil Law tradition, ignores the old epistemological differentiation and reinforces the degree of problematicity of the Brazilian criminal procedural system, whose unifying principle is inquisitorial. Thus, with the research object focused on analyzing the applicability of the evidentiary standard institute in Brazilian law and from a bibliographical review with the comparative law method, the possible conclusion that is reached is that it is not constitutional to consider any upward trend of the rigor of the evidentiary standard without making the prediction of the presumption of innocence meaningless in view of the understanding of the content of the accusatory system.

**KEYWORDS:** Evidence Standard – Brazilian Criminal Processual Law – Adversarial System and Inquisitorial System – Unifying principle – Epistemology – Analytics and rhetoric.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Episteme e epistemologia: noções elementares. 2.1. A *Tópica* como contraponto lógico à *Epistème*. 2.2. *Epistème* na modernidade: uma das contribuições de Kant. 3. Dos sistemas processuais penais: de Kant ao princípio unificador. 4. *Standards* probatórios e a impossibilidade de sua adoção. 5. Considerações finais. 6. Referências. 7. Jurisprudência.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde 2001, começou-se a discutir um critério como parâmetro de ser possível ser aplicável raciocínio probatório aos dados a serem julgados tanto na jurisdição civil quanto na jurisdição penal no Brasil (KNIJNIK, 2001).

A partir da importação da expressão *standard* probatório, estabeleceu-se uma dúvida que precisa ser respondida antes que a importação possa, efetivamente, ser adotada como

critério de elaboração de raciocínio probatório: é possível que se importem sem uma rígida metodologia as identidades de *standard* probatório estrangeiras, especialmente de países de *common law*, as quais estruturalmente se estabeleceram submetidas ao sistema acusatório, para um país com as características brasileiras de manutenção de um código inquisitorial, que ainda contribui para manter a mentalidade inquisitorial na atuação dos julgadores?

Para responder a essa indagação, foi indispensável estabelecer algumas noções preliminares de Epistemologia em que se distingue o discurso (*logos*) da *episteme* em face da tópica de Aristóteles. Ambos são esclarecidos como pressuposto à compreensão da contribuição de Kant para a epistemologia moderna, bem como para confronto com o modelo que é trabalhado, efetivamente, na tradição brasileira, analítica, fundada em Kant.

No segundo capítulo se visitou a separação entre sistema acusatório e inquisitorial. Nele se coloca em dúvida se ainda é necessária a discussão sobre os supostos modelos, que seriam apenas históricos. No último tópico se busca responder à indagação central de discussão deste artigo: a importação das supostas soluções derivadas de países estrangeiros, cujo sistema jurídico e processual penal não tem qualquer semelhança com o brasileiro, pode causar uma justificativa autorreferenciada e suficiente para dispensar a fundamentação, já que na gênese os *standards* servem como uma propositura comparativa de parâmetros entre as partes, mesmo em se tratando de processo penal submetido à ideia de que a condenação fosse acima de qualquer dúvida razoável?

## 2. EPISTEME E EPISTEMOLOGIA: NOÇÕES ELEMENTARES

Entre os antigos, a *epistême* se caracteriza como uma proposta de constituir um saber irrefutável, absoluto, necessário (SEVERINO, 1986-A, p. 19-25). A *epistême* é colocada como saber inegável e indubitável sobre o Todo, o Uno,<sup>1</sup> que se impõe contra quem pretenda negá-lo, dispensando a explicação do mundo pelo *mythos*:

“Assim se pode compreender a razão pela qual a filosofia não tardou a chamar-se a si mesma *epistême*. Se nós traduzirmos esta palavra por ‘ciência’, esquecemos que ela significa, à letra, o ‘estar’ (*stême*) que se impõe ‘sobre’ (*epí*) tudo aquilo que pretende negar aquilo que ‘está’: o ‘estar’ que é próprio do inegável e do indubitável e que, graças a esta sua inegabilidade e indubitabilidade, se impõe ‘sobre’ todo o adversário que o pretenda negar ou pôr em dúvida. O conteúdo daquilo a que a filosofia não tardará a chamar *epistême* é precisamente aquilo que os primeiros pensadores (por exemplo, Pitágoras e Heráclito) chamam *kósmos* e *physis*” (SEVERINO, 1986-A, p. 25).

A filosofia ocidental, nesse estágio inicial (pré-socráticos a Platão e Aristóteles), decorre da descoberta do grego antigo sobre a insegurança e a falta de veracidade do mito (*mythos*), como guia da experiência. O mito é uma narrativa privada que impõe desde fora um sentido às coisas, impedindo que o real sentido das coisas apareça (CASARA, 2015).

1. Sobre a concepção parmenídica (*logo*, pré-socrática) do Uno, vide: Brochado, 2012.

P., L. C. de; B., V. D. M. de; S. N., J. de. A. Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos *standards* de prova no processo penal brasileiro.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 119-152. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.8380992].

O *logos*, essa enunciação não estranha (desde fora) das coisas, se contrapõe ao mito e pode se estender a todos os que se proponham a investigar a verdade total, una e necessária das coisas mesmas. Pelo *logos* a filosofia cria as formas ou narrativas da *ética* e da *ciência*, ambas vocacionadas a guiarem-se pela verdade. O *logos* se contrapõe ao mito (*mythos*), enquanto a *epistême*, fundamentada na verdade necessária, se contrapõe à instabilidade do *dever*. Apenas no fim do século XIX, a *ciência* (*epistême*) desvincula-se da pretensão da verdade do todo, a fim de melhor modelar o mundo conforme os projetos do homem. E, menosprezando ou mesmo abandonando sua origem filosófica, retorna, autossuficiente, ao mito (SEVERINO, 1986-A, p. 32-36).

Platão concebe a *epistême* como a ciência ou o saber distinguir a ordem e a relação mantidas pelas ideias, que, imutáveis e eternas, constituem o *ser* do mundo sensível, que é *dever*. *Ideia*, na ontologia de Platão, é significado fundador dos entes, que, ao contrário desses, não pode ser sentida, mas apenas pensada, possibilitando a inteligibilidade do mundo – isto é, as ideias não são sensíveis, apenas inteligíveis (SEVERINO, 1986-A, p. 85). A *epistême* platônica é por ele classificada como *dialética* (de *diálogo*, que significa tanto “reúno” quanto “distingo”) e consiste nesse conhecimento que tanto reúne as ideias em uma unidade suprema e absoluta quanto as divide de unidade em multiplicidade, da qual participam os seres sensíveis. A *epistême dialética* de Platão é, pois, o conhecimento sobre as relações entre as ideias (SEVERINO, 1986-A, p. 129-130)<sup>2</sup>, enquanto a *ideia* consiste na inteligibilidade de qualquer determinação, com isso integrando a estrutura que unifica o múltiplo (SEVERINO, 1986-A, p. 95).

O mais proeminente dos alunos de Platão, Aristóteles seguiu o mestre quanto à unidade da *epistême*, fundada na Ontologia. *Epistême* e filosofia em Aristóteles não coincidem. A *epistême* funciona como instrumental da Filosofia Primeira (Ontologia ou Metafísica), porque a complexidade e a multiplicidade da realidade (do “real”) não permitem a compreensão imediata da unidade objetiva do ser. É pela *epistême* (já, no sentido aristotélico, traduzida como ciência) que o filósofo tem acesso a frações da realidade (do “real”), uma vez que a verdade filosófica não se dá a conhecer na sua complexidade e inteireza sem a estruturação epistêmica, apta a recompor, parte a parte, o todo real (BROCHADO, 2012). Para Aristóteles, a verdade do todo não é inatingível sem o instrumental da *epistême*. Precisamente, trata-se não da *epistême*, mas das *epistémai*, ou das várias ciências, guiadas pelas noções de generalidade e especificidade em relações recíprocas (dialéticas, como influência de Platão) de dissecação e reunião (BITTAR, 2003, p. 103-108).

A *epistême* aristotélica tem dois pleitos de verdade: a verdade necessária (*aletheia*) e manifesta dos seus princípios, identificada com o princípio da não contradição; a verdade

2. De grande valia é o exemplo de Severino, na mesma p. 130 da ob. cit., para a compreensão da *epistême dialética* platônica: “Por exemplo, a ideia de ‘animal’ é participada pela ideia de ‘homem’ (o ser homem é ser animal) e a ideia de ‘corpo’ é participada pela ideia de ‘animal’ (o ser animal é ser corpo). Já este exemplo mostra que as diferentes ideias são participadas (e, portanto, participantes) em maior ou menor medida: a ideia de ‘corpo’ é participada pela ideia de ‘animal’ e pelas ideias de todos aqueles corpos que não são animais, enquanto a ideia de ‘animal’ é participada apenas pelas ideias desses corpos que são animais”.

sobre a passagem dialética (de dissecação e reunião) entre as ideias, da unidade à multiplicidade e vice-versa. Em Platão, essa verdade da relação entre as ideias é também necessária, ponto em que dele diverge Aristóteles (SEVERINO, 1986-A, p. 131).

Pelo princípio da não contradição, Aristóteles afirma que as premissas de toda explicação epistêmica (científica) precisam ser verdadeiras. Esse é o primeiro dos quatro requisitos extralógicos que Aristóteles impõe às premissas das explicações científicas na forma de silogismo. Os outros três são a indemonstrabilidade, a necessidade de que sejam mais bem conhecidas do que a conclusão e de que elas sejam a(s) causa(s) das atribuições conferidas na conclusão. Em Aristóteles, toda *epistême* se funda em premissas indemonstráveis para evitar o regresso ao infinito (LOSEE, 2000, p. 20 e 24).

Platão propõe a organização axiomática do conhecimento humano, segundo a qual, a partir de um conjunto de verdades primárias e necessárias, todas as demais verdades poderiam ser deduzidas logicamente. Aristóteles adere à proposta sistemática e axiomática de Platão, porém, é entusiasta da independência (relativa) entre as ciências (*epistêmai*), que, não obstante, poderiam ser unificadas, por *analogia*, “considerando que o aparato conceitual e a estrutura formal das ciências são os mesmos” (BARNES, 2005, p. 45).

Para Aristóteles, são três as espécies de conhecimento ou saber, unificadas todas pela Lógica a partir da Metafísica ou Filosofia Primeira: o teórico (*epistême*), no qual se inserem todas as ciências naturais, a matemática, a teologia; o prático (*phronêsis*), que concerne a como os homens devem agir frente às diversas situações individualmente ou coletivamente consideradas, abarcando a ética e a política; o produtivo (*technê*), que engloba qualquer forma de produção de coisas, com resultados úteis, aí incluídas a retórica, a arte, a cosmética e a agropecuária. A Metafísica aristotélica dedica-se tanto ao estudo dos seres *qua* seres (seres em sua condição existencial, isto é, aquilo de que dependem para existir), chamada metafísica geral, quanto aos princípios e às causas das coisas, classificada de metafísica especial (BARNES, 2005, p. 46-49).

Já a Lógica Formal de Aristóteles, reunida no *Organon*, tem como objeto de investigação as proposições, compostas de termos, que afirmam a verdade ou a falsidade de algo, isto é, que afirmam ou negam *algo* de *algo*. Proposições são enunciados elementares da Lógica aristotélica, compostos ao menos de um sujeito e um predicado (proposições simples), que afirmam ou negam, universal ou particularmente, que um predicado (P) se aplica (assertóricas), necessariamente se aplica (apodíticas) ou possivelmente se aplica (problemáticas) a um sujeito (S) (BARNES, 2005, p. 52)<sup>3</sup>.

Por milênios a lógica aristotélica foi ensinada como suma da verdade lógica, absoluta e perfeita, ideologia que dificultou a percepção das inconsistências e limitações da teoria das proposições de Aristóteles, que contaminam sua teoria da inferência (BARNES, 2005, p. 54-56)<sup>4</sup>. Entre as limitações da teoria das proposições de Aristóteles, pode-se destacar

3. Há uma série de exceções a esse esquema primário da Lógica aristotélica, reconhecidas pelo próprio Aristóteles, cuja abordagem não cabe aqui aprofundar. Remete-se o leitor à muita didática explicação de BARNES, 2005, op. cit., às páginas 53 e seguintes.

4. Para uma leitura mais detalhada e minuciosa sobre os Primeiros Analíticos do *Organon* de Aristóteles, cf. BITTAR, 2003, op. cit., p. 241-261.

sua excessiva simplificação – não à época, por óbvio – das possibilidades de estudo da linguagem, bem resumidas na (hoje) insuficiente teorização da proposição (verdadeira ou falsa) como verbalização (ato declarativo) da correspondência de um ato mental (juízo, em Aristóteles) com a realidade (verdade, em Aristóteles)<sup>5-6</sup>.

### 2.1. A *Tópica* como contraponto lógico à Epistême

Entre a maior parte dos juristas, ainda é lugar-comum indagar sobre a cientificidade do Direito. Confrontada com a Lógica de Aristóteles, essa indagação diz respeito ao caráter epistêmico do Direito, isto é, se ele contempla verdades primeiras na base do sistema jurídico, das quais derivam silogística e axiomáticamente conclusões. E não é raro deparar com obras que enaltecem o caráter tópico e não científico do Direito.

A *Tópica* é um dos escritos que compõem o *Organon*, situada após os Analíticos Anteriores e os Analíticos Posteriores. Na *Tópica*, Aristóteles estuda o campo próprio da disputa, ou da arte de disputar, que não guarda comprometimento com premissas primeiras inquestionáveis nem sistemas axiomatizáveis para transmissão de verdades necessárias. É o campo dos retóricos e sofistas, caricaturados por Platão. Enquanto a *epistême* se ocupa da verdade necessária, a *Tópica* aborda a mera opinião. O fato de tanto os Analíticos Anteriores e os Analíticos Posteriores, que tratam da *epistême*, quanto a *Tópica*, que trata da *dialéctica*, constarem do *Organon*, uma obra (reunião de textos) sobre a Lógica de Aristóteles,

5. Vale reproduzir, por seu sintético e altamente informativo conteúdo, as conclusões do artigo de Deus (2001): “[...] A proposição é a verbalização da operação mental na qual o discurso declarativo – conjunto formado por nome e verbo – corresponde a um pensamento. Versa sobre a composição e a divisão, sendo necessariamente verdadeiro ou falso. Podemos concluir, assim, que a verdade é, pois, uma adequação, uma correspondência do juízo à realidade. A proposição, ou o discurso declarativo (*sic*) é a verbalização, oral ou escrita, desta correspondência”. Para um estudo mais detalhado sobre o tema, cf. BITTAR, 2003, op. cit., p. 215-239.
6. O isomorfismo é um caso extremo de analogia, por levar a similaridade até a identidade, sem, no entanto, preocupar-se em explicá-la por meio do processo de constituição dos objetos que vêm a ser isomorfos. O isomorfismo é a cessação de todo impulso ao estudo de processos genético-estruturais. Um exemplo de isomorfismo é a crença na correspondência entre estruturas da língua e o mundo ontologicamente compreendido, prescindindo da pesquisa sobre a formação dessa correspondência e das duas “coisas” que se fazem corresponder (PONZIO; CALEFATO; PETRILLI, 2007, p. 301). Isomorfismo, analogia e homologia são as classificações das similaridades na relação linguagem/mundo. Diante da explicação do problemático isomorfismo aristotélico no corpo do texto e da noção geral que se tem da analogia, resta explicitar que “o método homológico [...], explicitado e teorizado por Rossi-Landi, pretende referir-se aos processos, às práticas de modelação comum entre as diversas línguas, apesar de suas diferenças. Aquilo que constitui o falar comum pode ser estabelecido estudando as condições gerais que tornam possível o significado e a comunicação. [...] [O método homológico] se baseia no ‘falar comum’, entendido como o conjunto de operações relativamente constantes que se pode (*sic*) encontrar nas várias línguas, [...] aquilo que constitui a ‘linguagem’ em confronto com a ‘língua’, uma vez que não se compreenda a linguagem como algo de natural, mas como o conjunto de práticas significantes e comunicativas de ordem histórico-social e exatamente como trabalho, como ‘trabalho linguístico’” (PONZIO; CALEFATO; PETRILLI, 2007, p. 301-303).

indica, desde a perspectiva do próprio autor, além de um desejo de incorporar no estudo da Lógica as corriqueiras disputas paideicas de sua época, a abertura para a possibilidade de várias lógicas, embora com objetos diferentes (respectivamente, a verdade e a mera opinião) (VIEHWEG, 2008, p. 20-22).

A pretensão de Aristóteles, com a *Tópica*, é também metodológica. Diante do problema não solucionável pela via da *epistème*, ele buscou formatar um método acerca de proposições opináveis, para acusar ou defender em um discurso, sem incidir em contradição. Segundo Aristóteles, a diferença entre as conclusões *dialéticas* e as *apodíticas* é apenas de forma e assenta-se na natureza das premissas: nas últimas, proposições contendo verdades necessárias; nas primeiras, *endoxas*, entendidas como proposições que “como tais parecem verdadeiras a todos ou à maior parte ou aos sábios e, também, entre os sábios a todos e à maior parte dos mais conhecidos e respeitados” (VIEHWEG, 2008, p. 23-24)<sup>7</sup>.

Na *dialética* se faz uso frequente da indução e do silogismo como modos de fundamentação dos *topoi*, que consistem em “pontos de vista” manejáveis em vários sentidos, contra ou a favor do opinável, com possibilidade de condução à verdade. Os *topoi* mesmos não têm qualquer definição conceitual, mas um catálogo deles orienta com suficiente utilidade a assunção de conclusões *dialéticas* sobre qualquer círculo de problemas (VIEHWEG, 2008, p. 25-26).

A *Tópica* de Aristóteles não se confunde com a *Tópica* de Cícero, que data de 44 a.C. ou cerca de três séculos depois da primeira. A *Tópica* de Aristóteles tem um manifesto propósito filosófico e lógico, tanto que integrante do *Organon*, enquanto a de Cícero não tem pretensão filosófica, reduzindo-se a um catálogo de opiniões. Cícero não se prende à distinção aristotélica entre o *apodítico* e o *dialético*, mas centra-se em outra distinção no interior da teoria do discurso, entre invenção e formulação do juízo, a primeira das quais seria a *Tópica* propriamente dita (*ars inveniendi*) e, a segunda, a *dialética* ciceroniana. Os *topoi* de Cícero não são organizados teoricamente, pois seu único fim é a utilização prática. A *Tópica* de Cícero é uma prática, que se ocupa dos resultados da enunciação, e não uma teoria acerca dos fundamentos da enunciação, como a concebeu Aristóteles (VIEHWEG, 2008, p. 28-30).

A *Tópica* de Aristóteles anuncia-se como técnica de pensar e organizar os argumentos por problemas para enfrentamento de questões aporéticas, ou sem um caminho sistêmico. Pensar por problemas se contrapõe a pensar por sistema. No *Organon*, há uma complementaridade, e não uma exclusividade, entre sistemas e problemas. Pensar sistematicamente significa selecionar o sistema em primeiro lugar e depois abordar os problemas que naquele sistema podem encontrar solução, excluindo os demais como apenas aparentes ou, de fato, problemas irresolúveis. Já pensar topicamente (por problemas) significa selecionar o problema a ser resolvido e depois confrontar sistemas entre si, aproveitando aquele que possa dar a solução mais adequada de acordo com a opinião qualificada dos (mais) sábios

7. Aristóteles classifica mais dois tipos de conclusões (além das epistêmicas e das dialéticas): as *erísticas* ou sofísticas, quando baseadas aparentemente em opinião ou em opiniões aparentes, mas não efetivas; os *pseudosilogismos*, fundados em proposições próprias de certas ciências (Cf. VIEHWEG, 2008, op. cit., p. 23).

(VIEHWEG, 2008, p. 34-35). A *Tópica* é incompatível com o pensar sistemático e axiomatizado, porque assume um método casuístico. É por essas razões que Kant a rejeita, enquanto Vico a aprecia (VIEHWEG, 2008, p. 50)<sup>8</sup>.

No discurso tópico, “as premissas fundamentais se legitimam [...] pela aceitação do interlocutor. [...] O que tem sido aceito sempre em todas as partes se considera como estabelecido, [...] indiscutível e, ao menos nesse âmbito, evidente” (VIEHWEG, 2008, p. 44). Não é outra a origem da enigmática, mas hoje muito evocada no praxismo forense, expressão “decidir conforme o caso concreto”: eis a herança da *Tópica* em pleno século XXI.

A *Tópica* exerce colossal influência no discurso jurídico da atualidade, mesmo que seus adeptos disso não se apercebiam. O primeiro sintoma de radical desconhecimento epistemológico do jurista é a afirmação simplificada de que o direito é uma ciência prática, ou aplicada<sup>9</sup>, não restrito aos aspectos teóricos, como se a prática pudesse ser definida, tão ingenuamente, como o oposto da teoria (VIEHWEG, 2008, p. 50). Afinal, a *Tópica* é, antes de qualquer coisa, desde Aristóteles, uma proposta teórica de método para soluções de problemas não subsumíveis à verdade necessária e seus consectários axiomatizados da *epistémé*. Uma casuística que serve a tornar evidente o sistema, do caso à regra geral, não é *tópica*<sup>10</sup>. A *Tópica* é avessa ao dedutivismo, à sistematicidade lógica e, como arte inventiva, ampara-se no mais desabrido indutivismo (VIEHWEG, 2008, p. 54-55).

A legitimação do catálogo de *topoi* que funciona como regras jurisprudenciais fundantes do discurso retórico “advém do fato de que se trata de proposições aceitas por homens respeitáveis”, pessoas dotadas de prestígio social – oriundo, segundo Cícero, de riqueza, idade, sorte, destreza, exercício ou coisa que os valha. Repita-se: prestígio social é o princípio fundamental da legitimação das proposições primeiras da *Tópica* (*topoi*), da Roma Antiga ao século XXI. Ou, o que é o mesmo, a legitimação dos *topoi* para resolver um problema decorre do prestígio social de quem os propõe ou sustenta (VIEHWEG, 2008, p. 57).

Com apoio nos *topoi* ofertados por homens sábios e com prestígio social, o jurista-homem-bom tem diante de si os quatro problemas que perturbam a interpretação da lei: (1) deve-se preferir o teor literal da lei ou a vontade da lei (ou do legislador)? Como fazer se há (2) contraditoriedade (antinomia), (3) pluralidade de significados ou (4) lacunas na lei? Para o adepto da *Tópica*, tudo isso estaria entregue à inventividade ou à prodigiosidade artística do jurista (VIEHWEG, 2008, p. 58-60).

O método tópico-jurídico, com todas as suas heranças aristotélicas, constitui e acolhe a assunção de um lugar perfeito ao exercício do subjetivismo e da autoritariedade antidemocrática do decisor. A *Tópica* incentiva a que, desde a prática do Direito, se permita a

8. Sobre VICO, cf. LENZI; VICENTINI, 2002.

9. Aqui, ciência prática ou aplicada contrapõe-se à ciência meramente formal, segundo Marçal (2015).

10. “O jurista romano [...] apresenta um problema e trata de encontrar argumentos. Vê-se por ele instado a desenvolver uma correspondência técnica. Ele pressupõe irreflexivamente um nexo que não se intenta de demonstrar, porém dentro do qual se move. Ora, isso é a postura fundamental de atuar a *tópica*. [...] Este modo de pensamento matemático, o que quer dizer rigorosamente sistemático, era completamente distante dos juristas romanos. Estes se moviam num espaço espiritual completamente distinto, que era comum, ao menos em seus pensamentos, com o dos retóricos” (VIEHWEG, 2008, p. 51).

revisão de todos os seus fundamentos e dos correlatos argumentos. Viehweg sustenta que a jurisprudência é uma técnica a serviço da aporia e, portanto, deve corresponder aos pontos essenciais da *Tópica*, como técnica do pensamento problemático. Insista-se que problemático, no sentido tópico de Aristóteles e Viehweg, significa não resolúvel pela lógica da *epistémé* cujos fundamentos primeiros são verdades necessárias; logo, o problemático fica entregue à opinião de sábios e autoridades com prestígio social.

Um clássico exemplo da construção tópica do Direito, segundo Viehweg, se encontra na obra de *Ihering* sobre a categoria do *interesse*, informativo de todo o Direito Civil ou da Civilística. Ao analisar a obra desse e de outros exemplos de juristas adeptos da *Tópica* (como *Josef Esser*), Viehweg ressalta que a ordem (no sentido vulgar, e não no epistemológico que equivale a “sistema”) que o jurista busca não está no direito positivo, mas no conjunto de problemas e perguntas conectados à questão fundamental da *justiça*. Por conseguinte, a regulamentação do caso não é dada pela lei anterior, mas por uma construção posterior ao fato, que considera “a maior parte das singulares proposições do Direito Privado positivo como uma massa de parciais respostas históricas a um conjunto de problemas previamente dado”. Ao cabo, o direito positivo torna-se apenas uma parte da função de resposta aos casos na busca jurídica sobre o pano de fundo de um mais abrangente *direito justo* – a aporia fundamental. Nesse método, o jurista decide de forma “aparentemente arbitrária”, com base nas opiniões de pessoas com prestígio social, o conteúdo dos conceitos jurídicos, em um sedutor e permanente convite ao retorno da *justiça* do direito natural (VIEHWEG, 2008, p. 95-102). E, sob o ponto de vista lógico, vem a conclusão definitiva – a dedução, única forma lógica de transmissão da verdade, não exerce função diretiva nem decisiva alguma na *Tópica*:

“Disso resulta, com especial clareza, que a dedução, que, como é natural, é imprescindível em todo pensamento, aqui não desempenha de nenhum modo um papel diretivo, nem pode exercer o que, às vezes, se poderia pretender para ela e o que lhe corresponderia se existisse um sistema perfeito. Decisiva é antes a especial escolha das premissas, que se produz como consequência de um determinado modo de entender o direito, à vista da aporia fundamental. [...] Produz-se assim uma trama que é ao menos parecida com a axiomática e que, como a princípio recordávamos, Vico descrevia para contrapô-la ao então moderno modo de pensar. [...] Se uma dedução produza alguns resultados que não são satisfatórios como resposta à questão central, é preciso interrompê-la por meio de uma invenção [...]. Todo este procedimento para uma mentalidade lógica constitui um assunto, pois pressupõe uma perturbação da dedução, diante da qual não se pode estar seguro em nenhum momento” (VIEHWEG, 2008, p. 95-103).<sup>11</sup>

A *Tópica* pressupõe um pacto inicial de ignorância sobre as premissas no raciocínio jurídico, perturbação tal que obriga o jurista-homem-bom (autoridade) a enxertar, inventivamente, novas premissas para a resolução do problema fundamental da *justiça* no caso.

11. As obras a que se refere o trecho transcrito, sobre a admiração de Vico pela retórica e sua rejeição por Kant, são a *Ciência Nova* (VICO, 2005) e a *Crítica da Faculdade do Juízo* (KANT, 2008).

Método contrário (dedutivo-sistemático) implicaria petrificação do direito. Conquanto toda a atividade científica tenda a depor em favor do *more geometrico*, afirma Viehweg, a experiência quotidiana do jurista o conduz ao método tópico (VIEHWEG, 2008, p. 104), no qual “os princípios têm que ser quebrados, limitados e modificados”. Porque a Jurisprudência, no sentido de ciência tópica do Direito, tem como tarefa a busca do interesse maior do *justo* ou da *justiça* em uma infinidade de situações, é imprescindível deixar em aberto ou “móvel” uma tomada de postura acerca da aporia fundamental, caso a caso, de sorte a abarcar variados pontos de vista, que sequer deveriam ser chamados de princípios ou regras fundamentais, frente à enganosa nomenclatura científico-epistêmica para o Direito, mas tópicos (VIEHWEG, 2008, p. 104-107).

Certo é que a *Tópica* de Viehweg sequer pode ser classificada como uma teoria, não passando de um mero objeto de investigação, embora interessante para alguns pesquisadores no nível historiográfico do Direito. A respeito da *Tópica* segundo o estudo de Viehweg, não há “base sólida sobre a qual se possa edificar uma teoria da argumentação jurídica”. Trata-se de um conjunto de regras de nível inferencial (indutivo), que inclui as de conhecimento público e aquelas sem conhecimento público, aplicáveis quando não é praticável atingir a solução de um problema com emprego de um procedimento lógico sequencial (ATIENZA, 2014, p. 53-54). É um instrumento ótimo à atuação da autoridade, para cujas decisões oferece blindagem crítica. Assim, desserve à lógica autocrítica do direito democrático (*devido processo*).

Toda essa explicação sobre a diferença entre *Tópica* e *Epistême*, desde Aristóteles, se mostra imprescindível, porque este artigo postula e demonstra que os *standards* de prova no processo penal se assemelham ao método tópico, e não científico. Logo, apesar de se anunciar como novidade, a teoria dos *standards* de prova tem origem pré-moderna e sua adoção implica perda de racionalidade decisória em um sistema jurídico instituinte da democracia constitucionalizada e estruturada em direitos fundamentais para todas e todos.

## 2.2. Epistême na modernidade: uma das contribuições de Kant

Sob o ponto de vista filosófico e historiográfico, a Modernidade se caracteriza pelo resgate das obras dos clássicos da Antiguidade, em especial Platão e Aristóteles, motivado pela aposição (pretensiosa e improcedente) de um rótulo odioso à Idade Média como período das trevas, em que o pensamento humano pouco ou nada teria evoluído. Desse ponto nasce a pretensão – narcísica? (ROUANET, 1996, p. 290 e ss.) – dos modernos em torno de uma razão iluminada e iluminista, que conduziria à emancipação do homem em relação a um curso causal necessário e aparentemente inescapável da natureza (HUME, 2009). O mais significativo e representativo filósofo da Modernidade é Hegel, que não gozaria desse reconhecimento quase unânime, concorde-se ou não com as propostas teóricas da Modernidade, se sua obra não significasse um considerável avanço ou refinamento epistemológico.

Hegel integra um movimento de extrema importância na filosofia ocidental, conhecido como *Idealismo Alemão*. O *Idealismo Alemão* se inicia com a obra de Kant, desenvolve-se com diversos autores, entre os quais se podem destacar Fichte e Schelling, e encerra-se

P., L. C. de; B., V. D. M. de; S. N., J. de. A. Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos *standards* de prova no processo penal brasileiro.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 119-152. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.8380992].

exatamente com a obra de Hegel. O movimento estende-se cronologicamente, portanto, da publicação da obra *Crítica da Razão Pura*, de Kant, em 1781, até a morte de Hegel, em 1831 (DUDLEY, 2007, p. 13-14).

Aqui se pretende revisitar contribuições de Kant, deixando Hegel para futuros trabalhos. Já ficara claro para Kant, e continua atualíssimo, que “o empecilho mais óbvio à substituição da governança das autoridades tradicionais pelo do autogoverno libertador são as próprias autoridades, que raramente estão inclinadas a perder o poder e a deferência a que estão acostumadas” (DUDLEY, 2007, *idem*).

Se Hume estivesse certo, a crença e a ação humanas seriam baseadas nos costumes ou hábitos, e não na razão; o homem seria guiado pela necessidade natural,<sup>12</sup> pré-implantada em sua mente, que governa a todo o universo; e seria natimorto o sonho de uma autonomia ou emancipação do homem pela via racional. A obra de Hume notabiliza-se pelo somatório de empirismo, proposição de que toda ideia decorre da experiência sensória; determinismo, quanto ao inescapável curso das causalidades que o homem não pode controlar nem evitar; e ceticismo em relação à razão como guia do conhecimento e da ação humanas (DUDLEY, 2007, p. 16-17).

Kant abandonou o positivismo dogmático de Leibniz,<sup>13</sup> então devastado pela crítica de Hume, e foi o primeiro a enfrentar o desafio da superação epistemológica do determinismo, do empirismo e do consequente ceticismo contra a razão, propondo as condições transcendentais (e viabilizadoras) da experiência. Para Kant, há capacidades preexistentes à experiência que permitem ao sujeito vivenciá-la. O conhecimento das características do objeto que o tornam necessária e universalmente suscetíveis de conhecimento pelo homem é chamado, em Kant, metafísica. Na condução do conhecimento metafísico, é necessário o exame das capacidades do conhecedor para a representação e a experiência. Kant reedita

12. Para uma noção menos inexata sobre o grau de ceticismo de Hume em relação à razão, bem como sua fundamentação para tanto, vale conferir trecho de Hume, 2009, p. 216, parágrafo 7: “Se me perguntassem sinceramente se concordo com esse argumento, que pareço esforçar-me tanto para estabelecer, e se sou realmente um desses cétricos que sustentam que tudo é incerto e que nosso juízo não possui *nenhuma* medida da verdade ou falsidade de *nada*, responderia que essa questão é inteiramente supérflua, e nem eu nem qualquer outra pessoa jamais esposou sincera e constantemente tal opinião. A natureza, por uma necessidade absoluta e incontrolável, determinou-nos a julgar, assim como a respirar e sentir. Não podemos deixar de considerar certos objetos de um modo mais forte e pleno em virtude de sua conexão habitual com uma impressão presente, como não podemos nos impedir de pensar enquanto estamos despertos, ou de enxergar os objetos circundantes quando voltamos nossos olhos para eles em plena luz do dia. Quem quer que tenha-se dado ao trabalho de refutar as cavilações desse ceticismo *total*, na verdade debateu sem antagonista e fez uso de argumentos na tentativa de estabelecer uma faculdade que a natureza já havia antes implantado em nossa mente, tornando-a inevitável”. [grifos do original]

13. Sobre a obra de Leibniz e sua “monadologia”, ou teoria geral das mônadas, ente único, indivisível, simples, átomo da natureza, sem abertura para o exterior, bastante em si, força representacional ou limite da divisão infinita da realidade imaterial, cujo produto é diferente de zero e cuja condição (ser mônada) é o que de comum existe em todos os entes, como repositório da *epistème* (conhecimento certo), vale conferir a sempre didática e concisa explicação de Severino, 1984, p. 107-116.

a classificação das espécies de conhecimento de Hume, restrita à dicotomia “relações das ideias” e “questões de fato”, na qual é impossível o saber metafísico. Na classificação de Kant, há dois pares de conhecimentos com elementos antagônicos: *a priori* e *a posteriori*; analítico e sintético. É *a priori* ou puro o conhecimento que independe da experiência; é *a posteriori* o que dela depende. É analítico o juízo (forma lógica que liga um sujeito a um predicado) em que o predicado atribuído ao sujeito nada mais é do que uma decorrência nele já implícita (tautologia); é sintético o juízo que acrescenta ao sujeito uma característica nele não contida.

Ao se comparar as classificações do conhecimento propostas por Kant e Hume, percebe-se que a diferença entre eles está na descrença de Hume na possibilidade de existência de conhecimento analítico *a posteriori* (porque, se é uma tautologia, dispensa a experiência) e sintético *a priori* (como fantasia dos metafísicos racionalistas). Assim é que *Crítica da Razão Pura*, a primeira obra do idealismo alemão, visa a estabelecer as condições de possibilidade da experiência, pelo exame das características do conhecedor que lhe permitem experimentar os objetos do mundo. Essas condições são chamadas *transcendentais* e o estudo a elas dedicado *filosofia transcendental*. A *filosofia transcendental* distingue a aparência com o termo fenômeno (acessível ao homem) das coisas em si, ou *noumena* (a que o homem não tem acesso). Não se trata de dois mundos apartados, mas duas maneiras de abordagem do mesmo mundo (DUDLEY, 2007, p. 32-37). Em Kant, portanto, ao contrário de Aristóteles, não se fala mais em essências como verdades necessárias e autoevidentes do objeto de estudo, fundadoras de toda ciência.

Segundo Kant, tempo e espaço são formas *a priori* da sensibilidade. Não apenas tempo e espaço, nos quais os objetos se situam, sem, no entanto, revelar o que sejam, mas constituem categorias também não derivadas da experiência, originárias da própria mente do sujeito conhecedor; logo, conhecimento sintético *a priori*: unidade, pluralidade, totalidade, realidade, negação, limitação, substância/acidente, causa/efeito, interação recíproca, possibilidade, existência e necessidade. Sem essas categorias (ideias, ou conceitos puros da razão, como elementos lógicos que decorrem apenas da mente, sem qualquer experiência), defende Kant, não é possível tomar parte de qualquer experiência nem formular qualquer juízo (DUDLEY, 2007, p. 44-45). A razão humana, nesse cenário categorial, é a capacidade (inata e em potência no homem) de fazer inferências que ligam julgamentos mediante silogismos, para explicar um julgamento ou um conjunto de julgamentos. A racionalidade ou razão é algo como uma criança que sempre pergunta “por quê?”, visando a explicar um complexo causal até o ponto em que não mais se necessita de explicações: o incondicionado. Para Kant, discutir as categorias da razão é perda de tempo e não produz qualquer conhecimento (aqui está uma característica central do pensamento dos filósofos do idealismo alemão), porquanto se cuida de conceitos puros, que transcendem a experiência discursiva (DUDLEY, 2007, p. 52-53).

A condição de possibilidade da liberdade, em Kant, é a superação do determinismo causal. Sem liberdade, não há responsabilidade, pois o ente que é e age como mero produto de uma sequência causal (pré)determinada não tem culpa do que é nem do que faz, tampouco responsabilidade por essas condições. A partir da diferença entre fenômeno (aparência,

acessível ao homem) e *noumena* (coisa em si, não acessível ao homem), a teoria de Kant não permite provar que o homem seja livre nem que não seja, mas abre uma proposta a que o homem pense a si mesmo como tal (DUDLEY, 2007, p. 55-56). E é essa possibilidade de liberdade que encaminha a possibilidade de responsabilidade e responsabilização jurídicas do homem por seus atos, inclusive os de natureza criminal, com a imposição de penas por autoridades constituídas.

Já em *Crítica da Razão Prática*, Kant equipara a determinação da vontade, ou faculdade de controlar causalidades em objetos correspondentes às representações, com a liberdade. A determinação da vontade ou do desejo pode ser racional ou irracional. Será racional se, e somente se, envolver a tomada de decisões com objetivos completamente livres de fatores empíricos, isto é, baseados exclusivamente na própria razão, logo universalizáveis, ou reproduzíveis por qualquer agente racional na mesma situação. Esse fundamento da determinação da vontade ou do desejo que decorre unicamente da razão Kant chama de *lei*. *Leis* são fins em si mesmos. Por isso, unificam categoricamente a razão pura. É a consciência dessas *leis* – mais importantes ou valiosas do que qualquer elemento natural ou convencional, absolutas, em nome das quais se renuncia a tudo, inclusive à própria vida – que assegura a liberdade como tal e como guia da prática humana (DUDLEY, 2007, p. 57-59).

O estudo da moralidade em Kant interessa ao Direito. Moralidade em Kant é dependente da universalidade. Não se fala em princípio moral por causa de seu conteúdo nem em face das consequências que sua adoção, na prática, gera. Só é moral, obrigatório e exigível de todos o princípio universal. O *imperativo categórico* assim se define pela recusa à ação, a menos que ela possa aspirar à universalidade. No mesmo sentido, é imoral agir por uma forma ou de acordo com um princípio que não se possa desejar como balizador ou informativo necessário à conduta do outro, na medida em que esse agir criaria uma exceção injustificável ao comportamento do agente, em detrimento dos demais sujeitos. Máximas que não ultrapassam o teste da universalização sem autodestruição são para Kant absolutamente imorais. Diante delas, o homem moral tem um “dever perfeito” de não atuação. A contraface do “dever perfeito” é o direito fundamental absoluto: “O direito mais fundamental é o de se ter respeitada a liberdade de alguém por outros seres livres, uma vez que a liberdade é a condição derradeira de possibilidade da moralidade, direitos e deveres” (DUDLEY, 2007, p. 60-62).

Em Kant, a *reflexão* consiste na observação cuidadosa do objeto em princípio desconhecido e outros similares (busca de regularidades) com que o sujeito se depara em direção a um conceito universal adequado. Em síntese, a existência do homem como ser livre, ou ao menos capaz de agir livremente, decorre da organização da natureza por um ser inteligente (razão objetiva da natureza) para gerar seu objetivo final: o homem. O fechamento da filosofia transcendental de Kant se dá pela aceitação da providência divina atuante pela e na natureza (DUDLEY, 2007, p. 67-75).

Eis que se pode ter em mente as diferenças entre episteme e epistemologia na Antiguidade e na Modernidade. Se os chamados *standards* probatórios, formados de acordo com o caso ou crime, seguem a metodologia do raciocínio tópico e retórico da Antiguidade, na racionalidade moderna o instituto também não se justifica, em razão da seguinte questão:

como entender a possível adoção de elementos e estruturas de um sistema para outro sistema, em concepção jurídica moderna? Nesse ponto, Kant também se fará indispensável.

### 3. DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: DE KANT AO PRINCÍPIO UNIFICADOR

Muitas pessoas poderiam se ancorar, ao tratar das distinções entre sistema acusatório e inquisitório, em Motero Aroca (2015, p. 69-71), que diria que a diferença entre ambos os sistemas processuais penais seria, basicamente, *slogan* político. O autor faz essa alusão comparando sistemas jurídicos completamente distintos sem demonstrar se há ou não necessidade de discussão em um ou outro sistema. Além disso, a preocupação de Montero Aroca parte da comparação do que a doutrina estadunidense trata sobre sistema acusatório – que nunca sofreu influência do sistema inquisitório – com a própria estrutura de pensamento – Espanha –, a qual já operacionalizou reformas que não mantêm a estrutura do código como estrutura inquisitorial disfarçada.

Justamente pela imprecisão política e jurídica que se deve partir de uma definição própria, autônoma e bem esclarecida sobre sistema acusatório. Quem melhor fez essa análise, em terras brasileiras, é Coutinho (2018, p. 113-134). O primeiro ponto a se esclarecer é que nenhum sistema seguirá de forma pura. Para explicar o ponto, Coutinho analisa parte do princípio unificador kantiano. Com isso, definir princípio, antes de tudo, é entender o “motivo conceitual sobre o(s) qual(is) funda-se a teoria geral do processo penal” (COUTINHO, 2019, p. 25).

Segundo Warat (1995, p. 84), é importante que as palavras tenham significação segundo seu contexto histórico, possibilitando-se a devida compreensão do texto que será desenvolvido. O estudo dos sistemas processuais penais deve partir da compreensão adequada e separada do que é um sistema. Nesse contexto será desenvolvida a noção kantiana de sistema como conjunto.

É com a obra de Kant que a teoria dos sistemas tomou forma articulada destinada ao salto de desenvolvimento que se teve no século XIX. Para Kant “o sistema é o ideal para o qual deve tender toda ciência; o sistema é um conjunto de proposições deduzidas de um único princípio” (LOSANO, 2008, p. 115). Para Kant, é a unidade do princípio que fundamenta o sistema, considerando que sistema é “um todo organizado finalisticamente, sendo, portanto, uma articulação” (ABBAGNANO, 2012, p. 1076). Sobre o conceito kantiano de sistema, Tercio Sampaio Ferraz Júnior afirma que sistema, para o filósofo alemão, seria uma “relação entre o todo e as partes, onde a retirada de uma só parte destrói ou modifica o todo como unidade orgânica” (FERRAZ JR., 1976, p. 12).

Em sua obra “Crítica da Razão Pura”, o próprio Kant afirma que entende por sistema “a unidade dos conhecimentos diversos sob uma ideia”. É, portanto, a unidade que forma o sistema (KANT, 2015, p. 600). Os sistemas, segundo o filósofo alemão, são gerados pela confluência de conceitos acumulados que, com o tempo, se aproximam na busca de se completar (KANT, 2015, p. 601), sendo a filosofia o sistema de todos os sistemas (KANT, 2015, p. 603).

Em Kant, o sistema “não é apenas um conjunto dedutivo de proposições, mas um conjunto de proposições que deve ser deduzido de um princípio único” (LOSANO, 2008, p. 128). Para Kant, sistema seria um conjunto organizado de proposições que se aproximam visando a se complementar e que podem ser representadas por um princípio único, o princípio reitor. Na seara do direito processual penal, Coutinho ensina:

“Por elementar, os diversos ramos do Direito podem ser organizados a partir de uma idéia básica de sistema: conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade” (COUTINHO, 2001, p. 28).

Por sua vez, Poli afirma:

“O sistema se origina, primeiramente, da acumulação de dados (conceitos) não especificamente ligados entre si, que constituem o material de construção que possibilita traçar arquitetonicamente um todo, de acordo com os fins da razão. Posteriormente, sobre esse acúmulo de dados, intervém o autor do sistema, organizando cada elemento segundo uma ideia” (POLI, 2016, p. 42).

O traço comum do conceito de sistemas passa por um conjunto. Assim, sistema seria um conjunto de elementos que se aproximam e aglutinam por possuírem características comuns, unidos por um elemento central, que Kant denomina de princípio reitor. Sistema jurídico seria o conjunto de normas jurídicas, regras e princípios, que se ajuntariam pela identificação de seu conteúdo por meio de um eixo central que, como um ímã, atrairia para si todas as normas que convergissem em relação a ele e repeliria aquelas a si contrárias.

O sistema jurídico é integrado por normas, que se aproximam para construir um todo comum, unidas pela aproximação de suas características. A formação dos sistemas e sua adoção acabam por ser reflexo direto dos interesses que se encontram por detrás da formação das normas, de modo a se adotarem sistemas mais ou menos democráticos, mais ou menos garantidores de direitos fundamentais, mais ou menos respeitadores da pessoa humana. Os sistemas totalitários que representaram as maiores violações dos direitos humanos se configuram como sistemas jurídicos; de outra parte, os sistemas democráticos, que buscam assegurar os direitos fundamentais, também são sistemas jurídicos. Nos dois exemplos, trata-se da aproximação das normas jurídicas que buscam a formação de um todo comum, restando claro que os sistemas não são em si positivos ou negativos, o que os faz bons ou maus são as normas que os compõem, e, evidentemente, os interesses que levaram à construção dessas normas jurídicas.

Como as normas que fazem parte do sistema são criação humana, isso permite que sejam escolhidas segundo as conveniências e os interesses políticos de época, pela adoção de um sistema mais democrático ou mais repressivo. As normas que formarão o sistema, elaboradas em atendimento a interesses de grupos que detêm o poder político, acabam sendo manipuladas para a construção de um sistema no formato que seja interessante a quem determinou sua construção.

P., L. C. de; B., V. D. M. de; S. N., J. de. A. Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos *standards* de prova no processo penal brasileiro.

*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 119-152. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.8380992].

A construção e a estruturação dos sistemas processuais penais, acusatório e inquisitório também são construções humanas, desenvolvidas ao longo da história de forma não linear, ou seja, os sistemas não se constituíram de forma pronta e acabada como um invento. Pelo contrário, a construção de cada um dos modelos, acusatório e inquisitório, se deu de modo a atender às necessidades de cada momento histórico. A construção de cada um dos sistemas processuais penais se deu por razões principalmente políticas, mas também econômicas, filosóficas e jurídicas (COUTINHO, 2018, p. 113).

Enquanto as raízes embrionárias do sistema inquisitório podem ser encontradas na velha Roma no período do Reinado, o sistema acusatório possui origens também em Roma, sobretudo no período da República, com a separação das funções de acusar, julgar e defender (SANTIAGO NETO, 2018). Entretanto, o julgamento por jurados, característica da República, acabou perdendo espaço em decorrência do crescimento de Roma e do consequente aumento da violência, que levou a concentração gradual dos poderes de julgar às mãos dos Pretores, com o esvaziamento dos delitos privados, que marcou a retomada inquisitória na fase do Principado (MOMMSEN, 1905, p. 229-235; KUNKEL, 1994, p. 53-55).

No processo penal republicano, as características do sistema acusatório se consolidaram por meio de julgamentos públicos e por jurados, mas, sobretudo, com clara separação das funções de acusar, julgar e defender, principalmente nos processos de acusação privada. Posteriormente, no século XIII, na Inglaterra, o sistema acusatório se conformou sob o reinado de Henrique II (1154-1189), que estruturou os julgamentos pelo júri (*trial by jury*), desde o juízo de admissibilidade pelo *grand jury* composto por 23 jurados até o julgamento pelo *petty jury* composto por 12 membros, sendo o júri um grande debate entre acusador e acusado, entre acusação e defesa.

Desde o rompimento do modelo acusatório, o sistema inquisitório começou a se formar, com a gradual concentração de poderes nas mãos do responsável pelo julgamento e a supressão do acusador. Foi no século XIII que todas as características do sistema inquisitório se reuniram, atingindo a condição de puro (em sentido kantiano), sobretudo pela união entre a Igreja Católica e os reis e a divisão do processo secular (Estatal) e eclesiástico, com a perseguição dos hereges e a eleição de inimigos. Nesse tempo, o Papa Inocêncio III teve grande importância com a bula *Vergentis in senium* (1199), e o IV Concílio de Latrão (1215) equiparou a heresia ao crime de lesa-majestade, proibiu os juízos de Deus e os substituiu por um modelo de prova tarifada, no qual a confissão preponderava sobre as demais provas, em especial pela instituição da obrigatoriedade da confissão, verdadeiros tribunais da consciência (PROSPERI, 2013). Em síntese, o inquisidor aglutinava os poderes de investigar, acusar e julgar.

No modelo inquisitório, o juiz passou de um espectador à protagonista do sistema. Não há debate em contraditório: o procedimento *prima pelo segredo*, colocando o investigado em posição central como mero objeto do processo e que, sendo ou não culpado, sabe de algo que deve dizer. Nesse modelo, a tortura ganha protagonismo como principal meio de obtenção de uma verdade que existia preconcebida na cabeça do inquisidor, que elaborava sua hipótese dentro de um marco paranoico e passava a buscá-la a qualquer custo (CORDERO, 2000, p. 19).

Com o fim da Idade Média e a Revolução Francesa, vigoravam na França as Ordenações de Luís, de 26 de agosto de 1670, que seguia a cartilha das compilações medievais e adotava o modelo inquisitorial em todas suas características (CORDERO, 1986, p. 54-60). Exatamente por ser inquisitorial, não poderia permanecer vigorando após a revolução, por contrariar todos os valores que ensejaram a ruptura de 1789. Já em 7 de novembro de 1790 os tribunais soberanos foram extintos e em setembro de 1791 as Ordenações de Luís foram derogadas, mediante adoção do modelo acusatório semelhante ao da Inglaterra desde o século XIII. O julgamento passou a ser pelo júri integrado por oito jurados, e a acusação era exercida tanto por acusadores públicos como privados (CORDERO, 2000, p. 35).

Entretanto, o Código de 1791 teve vida curta, sendo substituído já em 1795 pelo Código de Delitos e Penas (25 de outubro de 1795), que representa verdadeiro regresso ao modelo inquisitório. Nele, a acusação pública detém o monopólio da ação, a instrução é escrita e secreta, e o julgador tem poderes amplos destinados a “descobrir a verdade”, trabalhando sozinho fora de todo o debate em contraditório (CORDERO, 2000, p. 35-36).

Já em 17 de novembro de 1808 é editado o Código de Instrução Criminal francês, ou Código Napoleônico, em que o processo resulta dividido em duas fases, a instrução e o debate (ou juízo). Na primeira, o instrutor trabalha sozinho, de forma inquisitorial e em busca de elementos que comprovem o fato. Na segunda, por sua vez, “se passa da escuridão à luz plena”, por meio da adoção de um julgamento público, com debates orais, ampla defesa e ampla discussão, em um modelo aparentemente acusatório. Assim se estabeleceu o chamado processo misto, composto por amplas instruções no molde inquisitório e alguns expedientes em contraditório e debates orais (CORDERO, 1986, p. 73-74).

O modelo napoleônico exerceu influência em diversos modelos de processo penal mundo afora, com seu modelo bifásico, entre eles o Código de Instrução Criminal de Primeira Instância brasileiro de 1832 e o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, ainda hoje vigente.

Ao contrário do que se pode pensar, um sistema processual penal não é misto apenas pela soma de elementos dos sistemas puros (COUTINHO, 2018, p. 120). Atualmente não existem mais sistemas puros, tanto o modelo acusatório como o inquisitório na sua essência pura são modelos históricos. Principalmente após o Código de Napoleão (1804), todos os sistemas possuem características que congregam elementos de ambos os modelos puros. Mas nem por isso se pode dizer que existe um sistema misto. Isso se dá porque o que determina um sistema não é o conjunto de seus elementos, mas seu princípio unificador, consoante ensina Kant (COUTINHO, 2018, p. 121). Pode-se exemplificar pelo sistema solar, que possui um conjunto de elementos (planetas, estrelas etc.) que são aglutinados em torno de um elemento principal, o sol. O que difere o sistema acusatório e o sistema inquisitório também é o seu princípio reitor: enquanto no sistema acusatório o princípio reitor é o princípio dispositivo (ou acusatório), no sistema inquisitório o princípio reitor é o princípio inquisitivo; ou seja, enquanto no sistema acusatório a gestão das provas pertence às partes, no sistema inquisitivo a gestão das provas pertence ao juiz, não comportando a existência de um sistema misto, uma vez que não existe um princípio unificador misto (COUTINHO, 2018, p. 123).

Os sistemas que derivam do Código Napoleônico, entre eles o brasileiro, que divide o processo em uma fase acusatória e outra inquisitória, não são mistos. Daí a importância de se definir de fato qual sistema foi adotado por esses modelos. O grande problema do Código Napoleônico foi permitir que o produto da fase inquisitória passasse à fase instrutória, constituindo um sistema inquisitório travestido, sendo a divisão em duas fases apenas uma forma inteligente de se camuflar a manutenção do princípio inquisitório (SANTIAGO NETO, 2020, p. 108).

A simples existência de partes não denota ser o sistema acusatório. O modelo criado pelo Código Napoleônico possui partes, mas mantém a inquisitorialidade viva. O modelo brasileiro, dele derivado, também possui partes, entretanto, manteve-se vinculado ao sistema inquisitório, uma vez que manteve a gestão da prova nas mãos do juiz, que goza de autorização legal para produzir provas de ofício (artigo 156 do CPP). Ainda no Brasil, o produto da fase inquisitória acompanha a denúncia ou a queixa sempre que servir a ela de base (artigo 12 do CPP). Passados mais de dois séculos do Código Napoleônico (1804), ele continua a gerar efeitos e a fazer-se vivo em outros ordenamentos jurídicos, acompanhado da inquisitorialidade.

A importação de elementos de um sistema processual para outro é válida ou não? Para responder a essa pergunta, é preciso analisar justamente o elemento que se pretende importar.

#### 4. *STANDARDS* PROBATÓRIOS E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA ADOÇÃO

Há muito, alguns teóricos que se baseiam em autores internacionais já citam a ideia de *standards* probatórios para fins de comprovação de um fato A ou B. Inclusive, Shecaira e Struchiner informam que *standards* de prova é:

“[uma] palavra inglesa que diz respeito ao grau de probabilidade com que deve ser estabelecida uma conclusão factual em diferentes áreas do direito. Nem todo sistema jurídico estabelece tais *standards*, mas eles são comuns nos países da *common law*” (2016, p. 151).

Ao se partir do pressuposto de que *standards* de prova são de origem do *common law*, com influência direta, inclusive, da língua inglesa, estabelecem-se muitas indagações e discussões sobre a possibilidade ou não de aplicação da ideia de *standards* para o Brasil do século XXI e em qualquer das áreas do Direito, já que se está diante de um país de estrutura e tradição jurídicas profundamente diversas.

Usualmente se percebe que o Brasil não utiliza na linguagem corrente o estrangeirismo, como ocorre em Portugal (paulatinamente se deve também evitar o latinismo, entre outros) ou em alguns países cujo idioma é o espanhol. Portanto, a primeira ressalva é à necessidade de pensar o porquê de se importar uma palavra que carrega tradição somente em língua estrangeira, que se refere, somente, ao grau de probabilidade de algo. Como traduzir um termo com toda uma estrutura que não se alcança similar na língua e nas tradições do Brasil? *Standard* significa parâmetro, padrão e, nesse caso, remete justamente a uma

medida de comparação. Em consulta aos textos especializados sobre o termo, na tentativa de reduzir o grau de subjetividade de que se reveste, não se verifica unanimidade e nem mesmo concordância sobre quais são os padrões ou parâmetros que são utilizados para uma suficiência probatória nem sobre como controlar, descartar ou impor a não utilização de certos elementos de prova para a formação do juízo decisório no momento da sentença.

Em princípio, parece existir, para esses países de estrutura de *common law*, uma diferenciação bem clara dos padrões nas várias áreas do direito. Então, no processo penal, o padrão seria acima de qualquer dúvida razoável, enquanto, no campo da responsabilidade civil, como as consequências de condenação são menos graves, o padrão se torna comparativamente menor (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 151).

Quase todos os juízos do *common law*, historicamente, nascem com a ideia de julgamento pelos seus pares, os quais, destaca-se, não fundamentam sua decisão. Esse dado é indispensável para se ter em mente que os jurados – definitivamente – compararão o conjunto probatório de ambas as partes e decidirão entre uma e outra no processo civil, enquanto no Processo Penal o tal parâmetro autorreferenciado seria acima da dúvida razoável. Explica-se: autorreferenciado porque jurados não fundamentam suas razões de convencimento.

Em estruturas adversariais e acusatoriais as partes podem decidir, antes, se vão ou não a *trial by jury*. Quando os autores estrangeiros distribuem os custos e os riscos sobre a prova, deve-se ter em mente a possibilidade efetiva de barganha, que acompanha a própria ideia do princípio dispositivo. Laudan (2016, p. 103) informa justamente a distribuição desses riscos e custos sobre a prova e, nesse caso, antes de se pensar que há a análise efetiva dos jurados ou de outro tipo de julgador, estabelece-se a fase de barganha entre as partes e a discussão envolve até mesmo a pretensão ou não de se estar em juízo, propriamente, de acordo com o conjunto probatório que cada um tem. No Brasil, entretanto, o princípio reitor é inquisitorial e a probabilidade de resolução do processo em barganha é limitadíssima.

Há que pensar como se deu a identificação do que é, então, *standard* de prova e como isso passou a permear as discussões em um país em que não existe qualquer tradição sobre quais seriam ou não os parâmetros para um grau de probabilidade sobre alguma prova. A partir de Massena (2021, p. 1634-1635) nota-se que os trabalhos tidos como marcos, no Brasil, para o estudo de *standard* de convencimento teriam sido os textos de Knijnik (2001) em relação ao Direito Processual Civil e Baltazar Jr. (2008) no caso do Processo Penal.

Em síntese, Knijnik (2001) se propõe a analisar o princípio da persuasão racional. Busca vencer a diferença entre opinião e verdade. Informa o autor que há dois *standards* jurídicos ligados à tradição da *common law*, o “evidence beyond a reasonable doubt” (BARD) para a área criminal e o “preponderance of evidence” – preponderância da prova, nas palavras do autor.

O ponto central, que deve ser revolido por força do estudo aqui traçado, é: há uma estrutura que se pretende implementar para o Brasil que apenas distingue os critérios entre a análise da prova para o Processo Penal e Processo Civil entre acima da dúvida razoável ou a preponderância da prova? Além de derivado de um sistema em que a base estruturante de pensamento é a do sistema adversarial e com formação do acusatório historicamente demarcado, o *standard* probatório poderia ser implementado no Brasil sem a demonstração

de nenhum método de Direito Comparado entre esses sistemas? Apesar do esforço de Knijnik (2001), não se percebe como as soluções paradigmáticas de direito comparado poderiam vir a surtir algum efeito no método e no sistema brasileiro – nem tampouco como é feito o método de controle do padrão ou parâmetro probatório para excluir ou impedir a análise de determinada prova.

Motivado pelos estudos de Knijnik (2001), Baltazar Jr. (2008) propõe os estudos, em obra organizada pelo primeiro, sobre os *standards* probatórios no processo penal. Referido autor informa que a busca da verdade é uma constante na atividade judicial, já que abarcaria a necessidade de solução de conflitos.<sup>14</sup> Além disso, Baltazar Jr. (2008, p. 163) informa que se tem de ir além do subjetivismo dado somente pela livre apreciação ou persuasão racional, já que inexistem critérios rígidos como na prova legal, o que denota um sistema de íntima convicção. Diz o autor que o sistema da prova legal teria por fim diminuir os poderes do julgador e estaria diante do entrelaçamento das questões de fato e questões de direito, o que gera uma perda na segurança, já que “nem sempre fica claro o caminho percorrido pelo julgador para adotar uma versão dos fatos” (BALTAZAR JR., 2008, p. 164).

Quem, então, entende que com a ideia de *standard* probatório, mesmo se adotado no Direito Processual Penal brasileiro, se alcançaria um avanço em relação à falta de uma identidade de prova legal, cujo escopo é diminuir a arbitrariedade do julgador, parece não perceber que a presença e a existência de prova legal estão, a bem da verdade, como algo bem estruturado em um modelo inquisitorial.

Para Langbein (2017, p. 133-134), é possível perceber que a substituição das provas por ordálias, no sistema inquisitorial, foi feita pela eleição de um sistema de prova tarifada. A título de exemplo, citado pelo referido autor: para condenar quem negasse a acusação, deveria apresentar a palavra de, pelo menos, duas testemunhas. Então, o sistema de tarifas foi criado para justamente colocar o ponto de contato a ser perseguido pelos inquisidores: ou se buscava a condenação por duas testemunhas ou se alcançava a condenação por meio de confissão via tortura, que também perfazia a tarifa para a condenação – aqui nem haveria conflitos de interesse, já que o fato confessado justificaria uma condenação.

Baltazar Jr. (2008), quem primeiro começou a projetar a aplicação do tal *standard* probatório para o Direito Processual Penal brasileiro, diz que o sistema de provas tarifadas foi adotado para retirar a subjetividade do julgador, o que é no mínimo questionável, já que a

14. É perceptível que, ao se identificar que a função jurisdicional é a solução de conflitos, a matriz de pensamento do autor tende a ser uma matriz de pensamento generalista entre processo civil e processo penal cujas críticas no Brasil já foram traçadas em COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do Processo Penal*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998, em que mesmo na inexistência de conflitos há que se manter, ainda, a decisão e jurisdição penal, já que – de acordo com Coutinho – o processo penal trata, antes de tudo, do caso penal e não de qualquer ideia de conflito de interesses ou solução de conflitos entre as partes; já que pode não ter conflito algum e mesmo assim ser obrigado a passar pela jurisdição. Como o assunto transborda os limites do desenvolvimento, fica, também: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teoria dualista e a cera de abelha. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano XV, n. 62, p. 79-102, 2016.

tortura perpetrada pelo inquisidor é tudo menos algo objetivo, já que é operada subjetivamente pelo indivíduo que pretende alcançar a prova da condenação. A pergunta que resta é: como será feita a redução de subjetividade ao se importar um raciocínio probatório que dispensa fundamentação na sua gênese de *common law*?

Baltazar Jr. (2008, p. 165 e ss.), a partir de Knijnik (2001), repete a separação entre o “além da dúvida razoável”, que não tem qualquer compreensão semântica autoaplicável no processo penal brasileiro, e a preponderância de prova. Ambos, frise-se, de matriz e tradição do *common law*.

Baltazar Jr. (2008, p. 167) em poucas palavras apresenta o que seriam os principais modelos de Direito Comparado. Não é possível, entretanto, perceber a metodologia de Direito Comparado que foi utilizada, mas, aparentemente, há a referência ao sistema estadunidense, sem demonstração, no referido artigo, daquilo que, em relação aos EUA, poderia ter correlação com o Brasil. É dizer, trata-se de um parâmetro pelo qual não é possível perceber como seu uso afeta ou gera a exclusão da prova por quem julga.

Baltazar Jr. (2008, p. 167-168) se utiliza da definição do centro judicial federal de instruções para o júri, ou seja, para julgadores leigos que são escolhidos entre o povo e que não tem qualquer semelhança com o júri brasileiro. Lá, os jurados necessitam alcançar a unanimidade para a condenação no processo penal, enquanto no Brasil há a incomunicabilidade dos jurados. Mas a aplicação do parâmetro, apresentado aos jurados no espaço estadunidense, não tem qualquer reflexo com o julgamento comum no Brasil, uma vez que a unanimidade é que pode retirar a dúvida razoável, enquanto aqui os julgamentos só servem para os julgadores em casos de crimes dolosos contra a vida e podem estabelecer condenação mediante maioria simples.

Baltazar Jr. (2008, p. 178) apresenta que tradicionalmente no Brasil haveria o modelo de separação entre verdade real e verdade formal. Afirma o referido autor que no processo penal busca-se a verdade real e que no civil busca-se a verdade formal. Ora, para além de qualquer formulação originária da separação entre verdade formal e real que ultrapassa o que Carnelutti gerou, há que ter em mente que ele desconstrói a própria dicotomia imprópria no clássico texto “Verdade, Dúvida e Certeza”, em que o próprio autor revê essa infeliz passagem de sua trajetória.<sup>15</sup>

É notável a pretensão de todos que se arvoraram a iniciar a discussão sobre critérios mínimos sobre o estabelecimento do que seriam os modelos de constatação, termo adotado por Baltazar Jr. (2008) para substituir *standards* probatórios. Não se questiona a sincera tentativa de todos e todas que pretendem reduzir a subjetividade e o subjetivismo que permeia a identidade da convicção do magistrado.

Badaró Massena (2021, p. 1634-1635) menciona o aumento da discussão sobre o discurso probatório e como o nome de *standards* passou a ser debatido na Europa e em países

15. Sobre o texto, recomenda-se a leitura das glosas realizadas por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti para os operadores do direito. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; MURATA, Ana Luiza Maria Lumi Kamimura; AZEVEDO, Gabriella Saad. *Observações sobre a propedêutica processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 159-188.

da América Latina e no Brasil. Mas é necessário ressaltar que toda a América Latina, com exceção do Brasil, passou por reforma processual em que se alterou substancialmente o sistema para adotar-se um modelo adversarial e acusatório propriamente dito; enquanto no Brasil, como ressaltado no tópico anterior, continua-se diante de um sistema cujo princípio unificador é inquisitivo. A comparação e as inserções e interseções entre diversos tipos de modelos processuais penais dependem da identificação de premissas, antes de tudo, histórico-geográficas, e não universais.

Ferrer Beltrán é derivado de outra matriz jurídica, ou seja, parte de uma estrutura processual bem diferente daquela a que se direciona o presente estudo, de um modelo que não instruiu a lógica dos juristas brasileiros. Há muito se sabe que a estrutura processual brasileira tem origem nos desenvolvimentos processuais italianos. Ferrer Beltrán (2018, p. 402) toma como ponto de partida que há uma relação teleológica entre prova e verdade, de modo que a verdade se configura como o objetivo institucional a se alcançar mediante a prova no processo judicial. O conceito de verdade em jogo, útil para tal relação teleológica, é verdade como correspondência, ao que se sucedeu no mundo externo ao processo; nenhum elemento de juízo, mesmo que muito extenso e confiável, gerará certezas racionais nem psicológicas subjetivas, e o raciocínio probatório é necessariamente probabilístico. Mas isso tudo é indicação realizada para outro ordenamento jurídico. Eis o que explica o de partida do presente estudo.

No cenário pátrio, embora a origem da língua venha de um mesmo eixo em comum, nossa ideia de certeza, ainda nutrida por toda a construção de Direito Processual, tanto penal quanto civil, deriva das ideias originadas na Itália. No Brasil se adota decerto a estrutura apresentada por Carnelutti (COUTINHO, 2018, p. 159-182), acerca da origem etimológica da palavra certeza, do latim *cernere*, que é derivado de escolha. Ao que tudo indica, como a estrutura processual adotada no Brasil é a de escolha do dado probabilístico mais adequado entre o autor e o réu de um processo, o parâmetro de decisão estará definido entre essas duas teses que serão contraditadas em juízo. Há que destacar que o juiz nunca poderia ser totalmente livre para decidir o que não está contido no processo, mas para escolha daquilo que está no processo. Daí que a importação e o suposto desenvolvimento de institutos, instituições e estruturas estrangeiras no processo penal brasileiro, que não passem nem perpassem pelos vícios e problemas nos quais a doutrina e a prática dos tribunais brasileiros ainda estão engendradas (como a persistência de uma sobrevida da teoria generalista de processo penal), em tentativa de adequar os parâmetros probatórios (bases apresentadas para jurados que desde sua origem sempre dispensaram fundamento), passam a apresentar ainda mais problemas na estrutura processual brasileira, haja vista estar-se diante de um processo supostamente demarcado como ramo do direito processual civil e, ainda, com estrutura inquisitorial.

A partir de Ferrer Beltrán (2021, p. 29-32) nota-se a identificação de, ao menos, três requisitos para formar o *standard* de prova: a capacidade de justificativa a partir do conteúdo probatório sobre as hipóteses em conflito; a determinação de como uma hipótese será considerada provada; a definição de critérios qualitativos submetidos a uma probabilidade não matemática.

Badaró Massena (2021, p. 1642) identifica quase como um quarto requisito, na estrutura de pensamento de Ferrer Beltrán, para a formulação de um parâmetro de prova, a relação entre os distintos “*standards* de prova” previstos para as diversas decisões sobre os fatos que são tomados ao longo do processo. Nesse sentido, entende-se que os *standards* de prova devem seguir uma “*tendência geral ascendente*” (BADARÓ MASSENA, 2021, p. 1642).

A visão de que parâmetros probatórios devem seguir uma tendência geral ascendente durante o processo parece preocupar no processo penal brasileiro. O estabelecimento dos critérios está pautado não em termos retóricos sem tradição valorativa, como “além de uma dúvida razoável”, mas estruturalmente o processo penal brasileiro se estabelece pelo princípio da inocência e o de não se tratar ninguém como se fosse culpado antes do trânsito em julgado (artigo 5º, LVII, da CRFB). A partir do conteúdo lógico desse princípio constitucional (Monteiro de Barros, 2020), não faz sentido supor que as provas são ou têm “tendência geral ascendente” (FERRER BELTRÁN, 2021, p. 102), já que o elemento prova deveria ser vinculado ao que se pleiteia em juízo. Se há a pretensão de alcançar uma cautelar de prisão, o elemento de prova deve dirigir um juízo cautelar. Mais à frente, para se condenar, a prova deve estar vinculada ao conteúdo certo e inquestionável de uma conduta típica, ilícita e culpável; do contrário, não se pode aplicar uma sanção penal. Então, não há no processo penal brasileiro qualquer “tendência” que possa ignorar a complexidade do que a parte pleiteia sob os princípios constitucionais do processo penal.

Uma falsa leitura do instituto da coisa julgada pode confundir e induzir à ideia de que o caminho probatório do processo teria um caráter de desenvolvimento ascendente, o que não se compatibiliza com uma estrutura acusatória efetiva, já que a condução das provas vai alcançar a sentença como momento em que a jurisdição se estabelecerá; não necessariamente um momento mais propício à condenação. A tendência ascendente muda ao se alcançar outro nível jurisdicional? A resposta, em um sistema acusatório, só pode ser negativa; então, nem o momento nem a vinculação ao grau mudam o quanto um elemento deve ou não estar provado. A suficiência probatória deve ter o mesmo grau de vinculação racional e epistêmica em qualquer instância ou hierarquia jurisdicional.

Pode-se ter em mente que o risco é o de já se considerar, a cada etapa avançada do processo, a ideia de que a pessoa não é presumidamente inocente até o trânsito em julgado, mas de que é cada vez menos presumidamente inocente ao avançar do processo. E isso passaria a ser a forma mais abrupta e absurda de se revogar o texto constitucional, ao submetê-lo a um requisito de um *standard* probatório que valerá mais do que a própria Constituição da República Federativa do Brasil.

Para Bayón (2010, p. 17), ninguém discute que não é possível alcançar a verdade de uma hipótese, já que o raciocínio probatório funciona por meio de natureza indutiva. Ao se verificar os problemas de formular *standards* de prova, na tentativa de se reduzir o erro, o problema recai na distribuição dos riscos do erro para as partes. Aponta-se a problematização de que se esses *standards* deveriam ser apresentados pelos juízes ou pelo legislador (BAYÓN, 2010, p. 26). Acontece que Bayón não se apercebeu de que no Brasil há autores e o próprio CPP autoriza o juiz a condenar quando a acusação pede absolvição (artigo 385).

Ora, não pensou Ferrer Beltrán, quando tratou de tendência ascendente, que no Brasil o magistrado pode determinar, sem qualquer pedido cautelar, a prisão de um indivíduo no silêncio do acusador, ou até diante sua expressa manifestação de dispensa da prisão.<sup>16</sup>

Desde 2007 Ferrer Beltrán propõe *standards* de prova para o processo penal espanhol. Na busca desses *standards*, precisa estabelecer noções de probabilidade segura (probabilidade indutiva). Também pretende estabelecer um umbral a partir do qual se aceitará uma hipótese como provada. Para tanto, o exercício que o autor percorre é o de identificar cada tipo de pedido/decisão jurisdicional com o que está definido na própria lei espanhola. E como isso é diferente da análise sobre o preenchimento dos critérios legais? Quem ou como se definem os próprios parâmetros probatórios que não os submetidos aos próprios princípios e lei – o que já era, desde sempre, o critério definido?

Não há espaço para repetir neste artigo todos os pontos de que se Valeu Ferrer Beltrán (2007) em estudo próprio sobre a lei espanhola e os requisitos para se definir cada uma das medidas jurisdicionais. O fato é que, ao que tudo indica, a própria parametrização é a baliza legal que, no caso, seria o recurso para retirar a própria subjetividade. Porém, o estudo ainda deixa claro o caráter extraordinariamente vago das regras de juízo e os *standards* de prova mencionados pela lei. Os *standards* de prova, tratados anteriormente, teriam o condão de demonstrar que a hipótese apresentada teria um alto nível contrastante com a apresentação dos dados disponíveis e predizer novos dados que foram corroborados, bem como refutar todas as demais hipóteses plausíveis, explicativas dos mesmos dados, que sejam compatíveis com a inocência.

Em qualquer das medidas, o que se percebe é uma necessidade, na verdade, de controle e adequação do parâmetro, padrão, *standard*, modelo ou método de constatação em relação à fundamentação e argumentação dos dados apresentados, e não bem os dados propriamente ditos. No fim, o problema persiste ainda sendo o mesmo: o patamar e a qualidade da fundamentação.

Em processos adversariais em que a decisão parte de um júri, definir um parâmetro para condenação em processo penal – que dispensa fundamentação da decisão – poderia contribuir para alguma compreensão. Acontece que são pouquíssimos casos em que o júri decide no processo penal brasileiro. A eles pode se pensar e apresentar um parâmetro, um padrão para decidir. Porém, há que destacar que esse padrão nasceu da ideia de se salvar até além da dúvida razoável e, ainda, com a unanimidade dos jurados. Será que no processo penal brasileiro bastaria dizer ao decisor togado: não releve a pergunta feita pela acusação/defesa? Por isso que se parte, antes, de explicar a questão do princípio unificador e do primado das hipóteses sobre os fatos – que será tratado no final deste tópico. É indispensável acentuar que até mesmo o parâmetro mais bem definido e esclarecido – o da não utilização da prova

16. No HC 597.536/GO, o Relator Ministro Rogério Schietti Cruz informa que “não há nulidade na conversão da prisão em flagrante em custódia cautelar, de ofício, pelo Magistrado singular, diante da urgência com que deve ser tratada essa hipótese”. Como, nesse caso, se poderia falar em prova sendo que não há, sequer, pedido jurisdicional? (BRASIL, 2020, p. 1).

obtida por meio ilícito – serve ao quadro mental paranoico caso o julgador que teve contato com o elemento de prova seja o mesmo que vai condenar.<sup>17</sup>

Há vozes que tentam definir *standards* de prova para o processo penal brasileiro. Merece destaque Nardelli (2018), ao denunciar a ausência de um *standard* probatório aplicável ao processo penal que teria o condão de dar ao julgador o grau de constatação exigido para que se aceite uma hipótese como válida. Informa a autora, ainda, que o julgador estaria totalmente livre para interpretar o que considera o nível elevado de prova para condenar. Nardelli (2018) se ancora em autores estrangeiros para apresentar três possíveis hipóteses: há prova para condenar, há prova para absolver ou, ainda, não há prova suficiente para condenar.

Acontece que no Brasil não se operou uma efetiva reforma processual nem quebra da tradição e mentalidade inquisitórias. A redução do *standard* probatório a três hipóteses apenas não considera o caso do Brasil. Muito embora seja elogiável o esforço de Nardelli (2018) no sentido de tentar reduzir a subjetividade da formulação dos *standards* de prova para entender provados os dados do processo, a autora acaba por recorrer ao sistema autorreferencial do “além da dúvida razoável” como âncora para a situação de inocência.<sup>18</sup>

Matida e Vieira (2019) já identificam que o critério do “além da dúvida razoável” (BARD), apesar de ganhar espaço na doutrina e na jurisprudência, representa um *standard* com nenhum avanço genuíno para que haja decisões menos subjetivas. Inclusive, identificam o tal *standard* como retórico e persuasivo. E é justamente o que esse *standard* e muitos outros podem ser, já que o apego ao que o próprio conteúdo das palavras diz pode passar a ser mais autorreferencial do que propriamente um argumento.

Há uma questão importante a se lembrar sobre padrão, *standard*, parâmetro, critério, batente, entre qualquer outro termo similar: um metro, um quilo, entre diversos outros dados de medida, todos são referenciais. O padrão internacional do quilograma, por exemplo,

17. Para além da simples identificação do vetado § 4º do artigo 157 do CPP, que impedia que o magistrado que teve contato com a prova obtida por meio ilícito proferisse sentença, há que se ressaltar que o magistrado não pode ser lobotomizado (retirar parte da memória ou do cérebro responsável pela lembrança) em relação àquilo que teve contato; e, então, como pensar em estabelecer outros parâmetros quando na verdade nem na ausência de vagueza da lei há cumprimento dos parâmetros? Sobre a opinião em relação à impossibilidade de lobotomizar o magistrado, recomenda-se a fala de: GALLARDO, Eduardo. Entrevista do juiz de garantias Eduardo Gallardo (Chile) ao Observatório da Mentalidade Inquisitória. *Observatório da Mentalidade Inquisitória*, Youtube, 26.02.2018. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=-8Fjp2zcO44]. Acesso em: 30.01.2023.

18. Tema por demais denso a presunção de inocência, e por isso se faz referência aos dados de PAULA, Leonardo Costa de. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; e NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, dos quais nenhum deles tem reflexo nas construções e formulações derivadas do *common law* para nutrir a tradição jurídica brasileira.

era feito de cilindros metálicos, platina e *iridium*, para diminuir a incidência de oxidação. O quilo, padrão referencial de comparação, ficava guardado na caverna da sede do Comitê Internacional de Pesos e Medidas,<sup>19</sup> perto de Paris. Até 2019 o padrão era todo baseado nesse cilindro, que teve réplicas compartilhadas em vários países. Assim, caso alguém meça uma barra de um metro em determinado metal e volte a medir essa mesma barra de metal em outra temperatura, perceberá uma diminuição ou aumento dessa barra. Inclusive, essa ideia serviu de estrutura para pensar o princípio de retributividade para Kelsen (1986, p. 15). Então, quando se está diante de todos os trabalhos citados neste estudo, é de perguntar: como fazer o efetivo controle sobre o raciocínio probatório ao se usar um parâmetro? Como é efetivamente feita a comparação? A comparação é simplesmente argumentativa? Como o padrão, usado em qualquer instância superior, não seria mais do revolvimento das matérias de fato e de Direito para verificar o raciocínio mais básico do silogismo lógico no Direito e, por fim, poder ser definido solipsisticamente nas instâncias superiores?

Em que medida a tentativa de importar o nome de *standard* probatório, modelos de constatação, métodos de constatação, parâmetro, padrão, critérios, ou seja, de todos esses termos não seria mais do mesmo em torno da adequação do silogismo lógico que remete ao início deste artigo? O uso retórico da argumentação derivado de um modelo de *common law*, em que a visão é uma identificação casuística dos *topoi*, poderia solucionar situações de um sistema regido pelo *civil law*, romano-germânico, em que a base é analítica, derivada da lógica de Kant, avessa à retórica? O grau de complexidade da importação realizada por muitos sem a necessária adequação ou utilização de metodologia de Direito Comparado próprio para uma suficiente demonstração de aplicabilidade indica muitos problemas não enfrentados, porque sequer diagnosticados no campo primeiro da Lógica.

Sampaio (2022) tenta incorporar à estrutura processual penal brasileira alguns *standards* probatórios para a decisão (para além da dúvida razoável, princípio ético de prudência, prudência à imposição), a fim de buscar um modelo de constatação rigoroso. Não se percebe, ainda, como se poderia incorporar na estrutura constitucional brasileira algo de que sequer se tem compreensão, como “dúvida razoável”.

Para compreender a densidade apresentada por Coutinho (2018, p. 113-134), quando trata do princípio unificador, é preciso focar nesse ponto. Tudo o que se importar de um sistema para outro vai passar a ter a percepção ou atuação como se do sistema aplicado fosse. Explica-se: em se estando em um Processo Penal cuja base é definida por um princípio unificador inquisitivo, tudo o que estiver inserido dentro daquele sistema responderá com sua função a partir daquele princípio unificador no qual foi implementado. Mesmo que o elemento importado acabe por parecer ter a natureza do sistema originário do qual foi importado, a atuação daquele instituto vai responder à razão e à lógica geral do sistema no qual foi implementado, por força da lógica do princípio unificador daquele sistema. Apesar disso, quem entende ser possível aplicar a ideia de *standards* probatórios no Brasil assim se manifesta:

19. NOVO padrão para definição universal do quilograma entra em vigor. *Observador*, 20.05.2019. Disponível em: [https://observador.pt/2019/05/20/novo-padroao-para-definicao-universal-do-quilograma-entra-em-vigor/]. Acesso em: 31.01.2023.

“As formulações que buscam meramente apresentar um significado claro para a ideia de dúvida razoável, portanto, diante da qual estaria o julgador desautorizado a condenar, permanecem subordinadas a uma apreciação subjetiva. Esse é um conceito demasiado vago e a discrepância entre as diversas instruções aos jurados no direito norte-americano sobre o tema são a prova de o quão variável essa definição pode se tornar. Evidentemente que, no contexto do júri, tal alternativa ganha sentido ante a decisão imotivada dos cidadãos. No universo de uma decisão fundamentada, por outro lado, a atenção deve se direcionar para o ato de motivação, no qual o que importa não é a explicação do processo psicológico que levou o julgador ao convencimento, mas sim uma justificação racional do atendimento ao standard de prova pela hipótese que considerou provada, paralelamente à consideração de que as hipóteses alternativas não lograram obter a corroboração necessária” (NARDELLI, 2018).

Embora a preocupação sobre a epistemologia jurídica possa dizer respeito tanto ao que se entende por Direito como ao que se entende por conhecimento dos fatos (MATIDA; NARDELLI, 2019, p. 133-134) – uma epistemologia jurídica aplicada –, tendo como condão o “estudo sobre o sistema jurídico como uma prática institucional que tem como um de seus objetivos a busca pela verdade” (ibidem, p. 134), o ponto que demonstra incompatibilidade nessa identificação é a impossibilidade de revolvimento de matéria fática em grau de recurso especial (AgRg 1.422.649-DF – Relator Rogerio Schietti Cruz). Como explicar, a partir de *standards* probatórios, que o STJ faça o revolvimento de matéria fática e, ainda, determinar que o termo “fundada suspeita” gere, propriamente, algo que não é mais do que pura subjetividade do próprio policial, como no caso do RHC 158.580-BA (STJ, relator Rogerio Schietti Cruz), convalidada ou não pelo julgador?<sup>20</sup> Não havendo clareza sobre o que quer dizer *standard*, já que o termo da própria lei é colocado como *standard*, o padrão pode variar com outra opinião (*doxa*), reforçando-se, em vez de atenuar, a importância do subjetivismo do julgador no ato de julgar. Eis a volta ao discurso retórico baseado em *topoi*, como manifestação opinativa de vários autores e julgadores sobre a tentativa de afirmar que o tal padrão, parâmetro, *standard*, modelo ou método de constatação não seria prova tarifada.

O uso dos termos legais adicionado ao anglicismo “*standard*” não altera o subjetivismo da decisão. Na verdade, a tentativa de afastar elementos subjetivos presentes em decisões tomadas por humanos com grau de objetividade já era o que se esperava do regime de provas legais (LANGBEIN, 2017, p. 134).

O *standard*, método, modelo de constatação, em si, sempre será o que foi e o que continuará sendo em um sistema inquisitório – argumento retórico autopoiético de justificação. Mais uma forma do *topoi* que agora se traveste de um estrangeirismo. Por isso, para além de muito pensamento eurocentrado, importar supostas soluções estrangeiras não é, necessariamente, algo epistemologicamente correto no Brasil, ainda mais em um tipo de Processo Penal que não enfrentou minimamente a troca dos juízes e das suas práticas, menos ainda

20. Metodologicamente só se utilizou de caso que ficou conhecido como um dos exemplos de uso de *standards* probatórios para confrontar com a posição de uso do mesmo julgador e demonstrar que o termo utilizado parece apenas autorreferencial. É um topo validando outro *topoi*.

a perpetuidade de um código de processo penal fascista de mais de 80 anos com princípio unificador inquisitorial. O uso de qualquer dos termos, traduzidos ou não, de *standard* probatório, em um sistema claramente inquisitorial como o brasileiro atual, causa um problema maior ainda, já que os termos esconderão a ausência de fundamentação e do caminho de julgamento racional pelo qual o julgador precisa passar para simplesmente justificar alguma medida ou condenação como: as provas das folhas tais e tais alcançaram “o meu *standard* probatório”, ou “o parâmetro probatório”, ou “o meu método de constatação”; o batente, o sarrafo, a medida, o padrão, o *standard*, o método ou modelo de constatação com suficiência para condenar não resiste ao critério mais claro que é a necessidade de fundamentação e de demonstração dos pontos de percurso do raciocínio jurídico, com balizas nas teses apresentadas. Simplesmente porque o sistema a que se pretende adicionar um novo termo é um sistema inquisitório.

Pirsig (1984, p. 77-78), para explicar a visão sistemática kantiana, mostra que a motocicleta é um sistema. Esse sistema tem um princípio unificador – o de ser um meio de transporte sobre duas rodas. Como o sistema unificador define tudo o que se coloca no sistema, acaso se adapte um carburador de carro para o sistema “moto”, isso não transformará a moto em carro, mas o carburador atuará em prol do sistema atendendo à definição do princípio unificador. Essa analogia é importante para que se entenda que, independentemente de qualquer que seja a importação de elementos estrangeiros para o Brasil, mesmo que os problemas sejam os mesmos, sem uma metodologia prévia de adaptação, o elemento estrangeiro responderá pelo princípio unificador ao qual se vincular. Qual o elemento que mais se assemelha aos *standards* probatórios – trazidos de países de *common law*, nos quais submetidos a princípio unificador dispositivo, adversarial – para o princípio unificador inquisitivo brasileiro? Certamente o que mais se assemelha ao padrão, parâmetro, *standard*, modelo ou método de constatação no Brasil é a prova tarifária, não mais estabelecida em lei, mas, pior, na decisão judicial.

A análise das decisões em um processo penal fundado na Constituição da República tem de permitir que se dê aplicação ao primado, em qualquer decisão, do inciso IX do artigo 93 da CRFB. Esse é o método; talvez sobre isso esse seja o fundamento. No entanto, quanto mais se avança, parece menos se estar diante de uma decisão que analisou as questões apresentadas pelas partes, e é isso que deveria importar. Na falta de linguagem sempre haverá mais e mais linguagem: “como entender, assim, o prejudgamento que alguns fazem? O decidir antes e depois sair à cata da prova para justificar a decisão, como sempre lembrou Franco Cordero? O primado das hipóteses sobre os fatos?” (COUTINHO, 2015).

Quando o termo, *per se*, não tem qualquer significado, ele pode vir a ser usado para preencher a ausência de significado ou de compromisso da decisão. Estando certa ou não, boa ou não a decisão, é necessário que se tenha em mente o percurso pelo qual o julgador passou para chegar à conclusão, suas inferências e formas de compreender o que se percebeu. Fora isso, o que se pretende usar como *standard* acabará assumindo a forma a qual se identifica com o princípio unificador do sistema no qual se está tentando aplicar o termo. Num sistema inquisitorial, o termo *standard* probatório vai parecer estar cumprindo a ideia de prova tarifada, judicialmente definida. Falar em tendência ascendente de suficiência

probatória para o Processo Penal brasileiro, sem considerar o quadro mental paranoico instalado sobre o julgador ao tomar contato com os atos de investigação de uma única parte, só revalida a condenação sucessivamente com a ideia de que, a cada passo que se dá no processo, menos inocente o réu seria. E isso não tem qualquer convalidação no sistema jurídico em que se pensou ser possível importar *standard* de prova.

É por isso que o carburador não transforma a moto em carro e o *standard* probatório não transforma o atual processo penal em democrático nem constitucional, apenas convalida o próprio princípio unificador do sistema no qual se pretende realizar a importação. Essa importação será a nova forma de transpor os *topoi*, do início do estudo, para ser a nova roupagem da prova tarifária, agora judicialmente estabelecida, com perda do princípio da reserva legal em matéria processual (artigo 22, I, da CRFB), já que submetido em um processo penal cujo princípio unificador é inquisitivo. Assim, independentemente de prova, poderá o julgador decretar a prisão de ofício, condenar quando a parte acusadora pedir a absolvição ou entender que a palavra da vítima tem especial relevância – tarifariamente adotada – para argumentativa e abstratamente condenar por meio do novo *topus*.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, partiu-se das concepções antiga e moderna da episteme e da epistemologia para compreendermos a adequação do sistema jurídico brasileiro. A discussão entre o *topoi* e a retórica, de um lado, e a analítica, de outro, teve especial relevância para que se compreendam as diversas formas lógicas de fazer a adequação da lei ao caso.

No segundo capítulo se identificou a separação entre o sistema acusatório e sistema inquisitório. Com a pretensão de resposta, defendeu-se que em um país cuja identidade do princípio unificador ainda está demarcada pela inquisitorialidade, em que as funções de acusar, defender e julgar jazem em um único ser, é tormentoso importar institutos estrangeiros, ainda mais de sistemas cujo princípio unificador é distinto, para pensar ser solução para um sistema que há décadas simula democraticidade, mas, no mínimo, reflete autoritarismo.

Em seguida, expôs-se o que os adeptos da importação de *standards* de prova, modelos ou método de constatação pensam sobre esses tais parâmetros, padrões, balizas ou batentes, na tentativa de aplicá-los no sistema processual penal brasileiro. Após, concluiu-se que a importação de elementos autorreferenciais utilizados para esclarecer os jurados de língua inglesa ou espanhola dos parâmetros para julgar (em se tratando de processo penal, a “dúvida razoável” – que não tem reflexo com a nossa definição constitucional de inocência) e a ideia de tendência ascendente de rigor do *standard* probatório se travestem, na verdade, de etapas de uma clara revogação do princípio de inocência.

Além de não terem adequação ao sistema processual penal brasileiro, os parâmetros probatórios se identificam, a bem da verdade, como uma nova roupagem da prova tarifária, judicialmente estabelecida e com perda da reserva legal em matéria processual (artigo 22, I, da CRFB), já que esse é o único elemento do sistema inquisitorial que tentava retirar a subjetividade das decisões do julgador. Como onde falta linguagem, mais linguagem se usa,

na ausência de fundamentação judicial constitucionalmente adequada (artigo 93, IX, da CRFB), o recurso a um suposto *standard* de prova – escolha de anglicanismo sem sentido nem tradição na linguagem e na cultura jurídicas brasileiras – permitirá que o subjetivismo do julgador se concentre em um argumento autorreferencial, um novo *topus*.

## 6. REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. 2. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- BADARÓ MASSENA, Caio. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 1631-1668, set.-dez. 2021.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards Probatórios no Processo Penal. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 363, p. 127-144, 2008.
- BARNES, Jonathan. *Aristóteles*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2005.
- BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. *O conteúdo lógico do princípio da inocência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- BAYÓN MOHÍNO, J. C. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, [s.l.], v. 2, n. 4, p. 6-30, 2010.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. São Paulo: Manole, 2003.
- BROCHADO, Mariah. Resenha: Parmênides, ou das Ideias. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 104, p. 291-312, jan.-jul. 2012. Disponível em: [https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2012v104p291/154]. Acesso em: 21.09.2023.
- CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CORDERO, Franco. *Guida ala procedura penale*. Torino: UTET, 1986.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000. t. I.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do Processo Penal*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Barbárie do processo penal não pode ser enfrentada apenas com retórica. *ConJur*, 25.09.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-set-25/limite-penal-barbarie-processo-penal-nao-enfrentada- apenas-retorica]. Acesso em: 30.01.2023.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; AZEVEDO, Gabriella Saad (Org.).

- Observações sobre a propedêutica processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. In: SILVEIRA, Marco Aurélio; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- DUDLEY, Will. *Idealismo alemão*. Trad. Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2007.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito*. São Paulo: Ed. RT, 1976.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, [s.l.], n. 15, p. 1-6, 2007.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira (Ed.). *Filosofía del derecho privado* (en prensa). Madrid-Barcelona-São Paulo-Buenos Aires: Marcial Pons, 2018.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- GALLARDO, Eduardo. Entrevista do juiz de garantias Eduardo Gallardo (Chile) ao Observatório da Mentalidade Inquisitória. *Observatório da Mentalidade Inquisitória*, Youtube, 26.02.2018. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=-8Fjp2zcO44]. Acesso em: 30.01.2023.
- HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002.
- HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. 2. ed. Trad. Déborah Danowski. São Paulo: Unesp, 2009.
- KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade do juízo*. 2. ed. Trad. Valério Rohden e Antônio Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. Primeira Parte disponível em: [https://www.afoiceomartelo.com.br/posfsa/Matérias/Sociologia%20e%20Filosofia%20da%20Arte%20I/Immanuel%20Kant\_crítica%20do%20juízo.pdf]. Acesso em: 21.09.2023.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabis Editor, 1986.
- KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 15-52, 2001.
- KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. 9. ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994.
- LANGBEIN, John H. Tortura e plea bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobson (Org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- LAUDAN, Larry. *The Law's Flaws. Rethinking Trial and Errors?* Milton Keynes: College Publications, 2016.

- LENZI, Eduardo Barbosa; VICENTINI, Max Rogério. Vico e a história como ciência. *Acta Scientiarum*, Maringá, v. 24, n. 1, p. 201-210, 2002. Disponível em: [http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHumanSocSci/article/download/2436/1707]. Acesso em: 21.09.2023.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: WNF Martins Fontes, 2008. v. 1.
- LOSEE, John. *Introdução Histórica à Filosofia da Ciência*. Belo Horizonte: Itatiaia, 2000.
- MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 156, ano 27, p. 221-248, jun. 2019.
- MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Madrid: La España Moderna, 1905. v. I.
- MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 66-87, 2015.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- NARDELLI, Marcella A. M. Presunção de inocência, standard de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo R.; MALAN, Diogo R.; MADURO, Flávio M. (Org.). *Crise no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.
- NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PAULA, Leonardo Costa de. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.
- PIRSIG, Robert M. *Zen e a Arte da manutenção de motocicletas: uma investigação sobre valores*. Trad. Celina Cardim Cavalcanti. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.
- POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- PONZIO, Augusto; CALEFATO, Patrícia; PETRILLI, Susan. *Fundamentos de Filosofia da Linguagem*. Trad. Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2007.
- PROSPERI, Adriano. *Tribunais da consciência*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.
- ROUANET, Sérgio Paulo. A Deusa Razão. In: NOVAES, Adauto. *A Crise da Razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- SAMPAIO, Denis. *Valoração da prova penal*. Florianópolis: Emais, 2022.

- SANTIAGO NETO, José de Assis. *A formação inquisitória do processo penal brasileiro: análise a partir da construção legislativa do direito processual no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: [www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\_NetoJASa\_1.pdf]. Acesso em: 28.12.2022.
- SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- SEVERINO, Emanuele. *A Filosofia Antiga*. Trad. José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1986(A).
- SEVERINO, Emanuele. *A Filosofia Contemporânea*. Trad. José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1986(B).
- SEVERINO, Emanuele. *A Filosofia Moderna*. Trad. José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1984.
- SHECAIRA, Fabio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; Contraponto, 2016.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teoria dualista e a cera de abelha. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano XV, n. 62, p. 79-102, 2016.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5. ed. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

## 7. JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Habeas Corpus* 597.536/GO. Sexta Turma, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, j. 27.10.2020, DJe 12.11.2020.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A aplicabilidade dos *standards* probatórios ao processo penal brasileiro, de Luis Irapuan Campelo Bessa Neto, Luiz Eduardo Dias Cardoso e Rodolfo Macedo do Prado – *RBCCrim* 165/129-158;
- O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro, de Guilherme Brenner Lucchesi – *RBCCrim* 156/165-188;
- O *standard* probatório necessário ao oferecimento da denúncia em face de agentes públicos e privados pelo tipo penal do art. 90 da Lei 8.666/93, de Lucas Nogueira Rodrigues da Silva e Luiz Fernando Kazmierczak – *RDPEC* 5/123-145;
- *Standards* probatórios: remédio ou veneno? É uma questão de lugar!, de Vitor Paczek Machado e Carlos Hélder C. Furtado Mendes – *RBCCrim* 171/351-388; e
- Suficiência probatória no direito criminal brasileiro: descaracterização do *standard* probatório *beyond a reasonable doubt*, de Sebastián Borges de Albuquerque Mello e Alana Stefanello Gonçalves – *RBCCrim* 167/303-328.

# INTERSEÇÕES ENTRE COLONIALISMO E PROCESSO PENAL NA AMÉRICA LATINA: UMA PROPOSTA EPISTEMOLÓGICA E POLÍTICO-CRIMINAL

*INTERSECTIONS BETWEEN COLONIALISM AND CRIMINAL PROCEDURE LAW IN  
LATIN AMERICA: AN EPISTEMOLOGICAL AND CRIMINAL POLICY PROPOSAL*

**JÉSSICA ONÍRIA FERREIRA DE FREITAS**

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestra em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada Criminalista.  
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/9330393568016639>].  
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-5889-4794>].  
[jessicaffreitas@yahoo.com.br](mailto:jessicaffreitas@yahoo.com.br)

**MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA**

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Docente Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Processual Penal e Criminologia da Universidade Federal do Paraná. *Profesor titular del Doctorado en Ciencias Penales – Universidad San Carlos de Guatemala*. Presidente fundador do Observatório da Mentalidade Inquisitória (Gestão 2016-2020).  
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6931615599694788>].  
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-9227-6212>].  
[marco@nunesdasilveira.com.br](mailto:marco@nunesdasilveira.com.br)

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8381008>].

Recebido em: 01.02.2023

Aprovado em: 24.07.2023

Última versão dos autores: 08.08.2023

**ÁREAS DO DIREITO:** Penal; Processual; Internacional

**RESUMO:** No presente artigo, discute-se as relações existentes entre colonialismo e direito processual penal, destacando-se a necessidade de agregar as discussões sobre o colonialismo aos debates da disciplina, sobretudo, no contexto das reformas processuais penais que têm ocorrido em países latino-americanos. A análise merece

**ABSTRACT:** This article aims to discuss the existing relationships between colonialism and criminal procedural law, highlighting the need to add discussions about decolonialism to the discipline's debates, especially in the context of criminal procedural reforms that have occurred in Latin American countries. The analysis is based on the

é realizada a partir da obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, com ênfase em seu livro mais recente, *Colonialismo y derechos humanos* – Apuntes para una historia criminal del mundo. Aponta-se a existência de duas frentes de discussão que ser incorporadas e aprofundadas nos debates processuais penais. De um lado, a frente epistemológica, voltada à construção de um saber marginal e decolonial. De outro, a frente político-criminal, que destaca o colonialismo como fio condutor da história do sistema penal em nossa região. A incorporação de tais discussões aos debates sobre as reformas processuais penais visa a contribuir para a construção de políticas criminais voltadas à redução do hiato historicamente existente entre o ser e o dever ser do processo penal na nossa região e à construção de um modelo de justiça criminal menos seletivo e violento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Colonialismo – Direito processual penal – América Latina – Reformas processuais penais.

work of Eugenio Raúl Zaffaroni, with an emphasis on his latest book, *Colonialismo y derechos humanos* – Apuntes para una historia criminal del mundo. Two fronts of discussion are pointed out as deserving to be incorporated and deepened in criminal procedural debates. On the one hand, the epistemological front, focused on constructing a marginal and decolonial knowledge. On the other hand, criminal policy front, which highlights colonialism as the guiding thread of the history of the criminal justice system in our region. The incorporation of such discussions into debates about criminal procedural reforms aims to contribute to the construction of criminal policies aimed at reducing the historically existing gap between the being and the ought to be of criminal procedure in our region and to construct a less selective and violent criminal justice model.

**KEYWORDS:** Colonialism – Criminal procedure law – Latin America – Criminal justice reform.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Ausências narrativas no direito processual penal. 3. Frente epistemológica: por um saber marginal e decolonial. 4. Frente político-criminal: o enfrentamento do colonialismo como fio condutor das reformas processuais penais. 5. O sistema penal multiportas como um possível caminho para a adoção de práticas penais descolonizadoras. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Em seus trabalhos sobre verdade, prova e evidência, Rui Cunha Martins afirma que a verdade é apenas um dentre diversos dispositivos processuais, que se constituem em geometrias variáveis, a partir da articulação de seus distintos elementos constitutivos. A verdade, afirma o autor, é sempre uma questão de lugar (MARTINS, 2010, p. 88).

Por certo, Rui Cunha Martins se debruça sobre o *locus* da verdade no encadeamento de atos que forma o processo penal. Neste artigo, porém, pede-se licença ao professor português para a atribuição de sentido diverso à frase, tomando-a como ponto de partida para a discussão proposta. A verdade, reafirma-se, é sempre uma questão de lugar. Porém, a “lugar”, aqui, atribui-se sentido geográfico, ou, ainda, geopolítico.

As matrizes europeias do processo penal brasileiro – e latino-americano – trazem a história das fogueiras e da declaração de direitos do homem. Das trevas medievais seguidas

das luzes renascentistas. O processo penal forjado na modernidade europeia a partir de valores humanistas assume a legitimidade da pena, a confiança nas instituições judiciais e se ocupa de critérios-verdade para que, racionalmente, se alcance um resultado justo, ou seja, que não isente culpados ou puna inocentes. Contudo, a ambição de universalidade e neutralidade dos pressupostos teóricos e racionais do direito, e, por conseguinte, do direito processual penal, é expressão de uma totalidade que ignora os que se situam à margem, que despreza a razão do outro. E, com Dussel, aprende-se que a América Latina é o outro em relação à totalidade europeia (DUSSEL, 1986, p. 186). Por isso, sem desconsiderar as contribuições teóricas advindas de países europeus (e norte-americanos), destaca-se a importância de incorporar novas perspectivas e agendas de investigação, de modo a construir um conhecimento mais diverso, inclusivo e de acordo com a realidade local (CARRINGTON; HOGG; SOZZO, 2018, p. 11).

Sabe-se que a preocupação com um conhecimento penal próprio da América Latina, como projeto teórico e político, não é inédita, sendo possível resgatá-la na criminologia crítica produzida, sobretudo, nas décadas de 70 e 80. Toma-se por exemplo a proposta de uma criminologia crítica latino-americana – ou criminologia da libertação – desenvolvida por Lola Aniyar de Castro (2005) e o importante trabalho jurídico e historiográfico de Rosa del Olmo (1981). Porém, desde e para além das fronteiras da criminologia crítica, com abrangência que alcança o direito penal e processo penal, merece destaque o longo percurso teórico desenvolvido por Eugenio Raúl Zaffaroni sobre os mecanismos de controle social na realidade marginal latino-americana. É sobretudo o conteúdo de sua obra mais recente que ampara o presente trabalho<sup>1</sup>.

Zaffaroni (2022, p. 09) se propõe a elaborar uma história longa dos direitos humanos, apta a suprir o que chama de ausências narrativas. O fio condutor dessa história é o colonialismo, elemento fundante da história mundial e constitutivo de um patrimônio cultural criminal da humanidade. Tal patrimônio cultural peculiar é formado pela experiência de enormes crimes negados ou racionalizados pela humanidade (ZAFFARONI, 2022, p. 12), entre os quais tem lugar privilegiado o genocídio decorrente da conquista da América que resultou em um saldo de dezenas de milhões de mortos (ZAFFARONI, 2022, p. 16).

O colonialismo, neste contexto, não pode ser compreendido como um eco do passado que projeta sombras sobre o presente, mas como um processo contínuo, que pode ser sentido, nos dias atuais, pela persistência de formas extremas de violência, exclusão e discriminação (ITURRALDE, 2023, p. 54).

Na condição de fio condutor de uma história criminal da humanidade e, por conseguinte, matéria-prima da conformação de seus sistemas de controle social, as dimensões e implicações do colonialismo não são indiferentes para o processo penal, seja na sua elaboração teórica, seja na sua operacionalidade concreta. No entanto, são alheias ao discurso processual penal hegemônico, que também padece de importantes ausências narrativas.

---

1. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonialismo y derechos humanos* – Apuntes para una historia criminal del mundo. (Spanish Edition). Penguin Random House Grupo Editorial Argentina. Edição do Kindle. A obra ainda não possui tradução para o português ou edição brasileira em língua espanhola.

---

FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político-criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199, ano 31. p. 153-175. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381008].

Neste sentido, é possível mencionar as reformas dos códigos de processo penal de diversos países da América Latina, que têm ocorrido desde fins da década de 80, com o propósito de substituir os modelos inquisitórios por acusatórios ou adversariais. Ao se avaliar os pressupostos teóricos das reformas, observa-se que a literatura processual penal insiste em passar ao largo da discussão sobre a legitimidade do poder de punir e suas conformações em nosso contexto periférico. Diante disso, se assiste à reprodução de estruturas e saberes moldados em países do norte global, que pouco contribuem para a elaboração de modelos atentos às especificidades do sistema penal latino-americano.

A obra de Eugenio Raúl Zaffaroni (1988), notadamente o último livro publicado, proporciona duas importantes frentes de discussão: uma epistemológica e outra político-criminal. Não é novidade o chamado a pensar desde nossa margem que evoca, aliás, a dimensão política e emancipatória de importantes correntes do pensamento latino-americano. Como proposto por Zaffaroni, é preciso romper com o normativismo jurídico radical que impõe o alheamento do direito da realidade social e com o saber por *inquisitivo*, senhorial, patriarcal e hierarquizante do norte, para construir um saber insurgente, integrado ao que o autor denomina espírito do sul (ZAFFARONI, 2022).

Na frente jurídica e político-criminal, destaca-se a centralidade conferida ao colonialismo na constituição das sociedades do Sul Global, com o enraizamento de violências estruturais ligadas ao patriarcado e às discriminações de gênero, racismo e às hierarquias de classe. Se, em obra anterior, Zaffaroni direcionou sua análise para a América Latina, na mais recente, o percurso histórico é mais amplo e a análise se estende a outros continentes. O autor, como já dito, aponta a existência de um patrimônio cultural criminal da humanidade, formado por crimes praticados por agentes do Estado. No entanto, tal história cultural – cujo fio condutor é o colonialismo – é reprimida e encoberta, por meio de variados mecanismos de fuga ideológicos e tecnológicos (ZAFFARONI, 2022, p. 13).

No presente artigo, as duas frentes apontadas serão objeto de análise, a partir do entrelaçamento com discussões processuais penais, com o propósito de suplantar ausências narrativas e insuficiências teóricas que permeiam o processo penal em nossa região e direcionar a elaboração de respostas adequadas aos problemas historicamente vivenciados.

## 2. AUSÊNCIAS NARRATIVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Ao tratar das relações entre campo jurídico e capital científico, Geraldo Prado afirma que a retórica da modernidade, lastreada nos eixos da racionalidade, humanismo e proceduralismo, perseguiu a construção de um determinado discurso sobre o direito penal (PRADO, 2012, p. 35). De acordo com o autor, o direito penal deveria fundamentar a intervenção do poder punitivo, justificando-a como resposta a comportamentos previstos como lesivos aos interesses vitais de outras pessoas (PRADO, 2012, p. 35). Por sua vez, a apuração do delito haveria de ocorrer em um contexto de responsabilização que demandaria um processo dotado de garantias e comandado pelo princípio da presunção de inocência (PRADO, 2012, p. 35).

Não há dúvidas de que a razão moderna apresentou contribuições importantes à formação do pensamento jurídico que se estende à contemporaneidade. Villey (2005, p. 175) destaca a laicidade e o individualismo. Pela laicidade, o direito moderno se opõe ao direito clerical da alta Idade Média, com a adoção de um procedimento puramente racional, que atribui finalidades ao Direito e ao Estado. O individualismo assenta que o primeiro objeto de conhecimento é o indivíduo, ponto de partida de toda doutrina. Haveria, então, no mundo moderno, certo consenso em torno de algumas teses, todas marcadas por um selo individualista: a existência de “direitos naturais” dos indivíduos; construção artificial do Estado pelo contrato social, para utilidade dos indivíduos; positivismo jurídico; e a noção do direito subjetivo (VILLEY, 2005, p. 177).

Diante do propósito de racionalização do sistema jurídico, a lei configuraria uma garantia abstrata de igualdade e os juízes, responsáveis pela adjudicação das consequências penais aos acusados, atuariam de forma imparcial e descompromissada com as políticas de segurança pública dos Estados (PRADO, 2012, p. 35). O “olho da lei”, aponta Stolleis (2014, p. 13), promete a onipresença do direito, a igualdade perante a lei e o domínio da lei em vez do domínio dos homens e é o símbolo da objetividade do direito em face da dupla subjetividade do poder e da clemência.

Coube aos juristas a tarefa de conceber teses que dessem conta do intento de racionalização e legitimação do poder punitivo, conforme o discurso da modernidade, tarefa assumida a partir de padrões científicos peculiares ao positivismo (BUSATO, 2011, p. 117). O conhecimento é situado em um plano abstrato e idealizado como meio eficaz de se alcançar a verdade e, assim, garantir ordem e estabilidade, o que o distancia do contato com a realidade e do confronto com o tema do Poder (PRADO, 2012, p. 39/40).

Na América Latina, a cultura jurídica, fundamentalmente formalista, está ancorada no Século XIX europeu e em uma interpretação do liberalismo político e jurídico condizente com o período (BONILLA MALDONADO, 2012, p. 111). Apoia-se em uma razão universal e atemporal que, se usada de maneira adequada, geraria produtos jurídicos que são oponíveis a qualquer indivíduo em qualquer período histórico. Além disso, o formalismo sustenta a ideia de que o direito deve ser um sistema fechado, autônomo e composto por um conjunto de normas jurídicas hierarquizadas e abstratas, que “deve depurar-se de qualquer variável que o conecte com a contingência e a confusão que são comuns na vida social” (BONILLA MALDONADO, 2012, p. 112 e 114). Por consequência, depara-se com o distanciamento entre o direito e a realidade social e com a busca por conceitos puros e racionais, o que Zaffaroni (2021, p. 21) chama de “dissociações normativistas”. Diante da impossibilidade de compatibilização entre o conteúdo do “mundo normativo penal” e do mundo real, recorre-se a teorias do conhecimento que permitam dissociar os dados reais dos dados normativos, fazendo do direito um saber científico lógico, alheio a qualquer dado empírico acerca do social e, por conseguinte, imune a qualquer questionamento político democrático (ZAFFARONI, 2021, p. 21 e 104).

Eis a redoma que circunda o direito penal e, no que interessa mais ao propósito deste artigo, o processo penal, e que resulta em um alheamento sobre os efeitos concretos do poder punitivo na vida das pessoas. Com efeito, os valores proclamados nas revoluções liberais

moldaram a formação do Estado Moderno e do direito, dotando-o de conceitos que nos são caros, como igualdade, liberdade e dignidade. Todavia, não se pode ignorar que a modernidade é um processo que, desde o início, se mostrou contraditório e suas promessas estão inseridas nesta complexidade e contradição.

Uma dessas contradições é exposta por Losurdo, ao dispor que as revoluções liberais foram um entrelaçamento de emancipação e desemanipação (LOSURDO, 2006, p. 315). De um lado, a reação ao absolutismo, a demanda por limitação do poder e a luta pela liberdade; de outro, o expansionismo colonial e a prevalência da escravidão. É também o que propõe Mignolo (2017) quando afirma que a colonialidade é o lado oculto da modernidade.

Ao fundar o discurso jurídico em um ideário liberal-moderno dissociado de sua historicidade, perde-se a dimensão social do direito, seu feitiço político, ocultam-se as ideologias, reduz-se a capacidade de crítica e transformação. Operam-se ausências narrativas (ZAFFARONI, 2022), silenciamentos e oclusões.

Este é um espaço que tem sido comodamente ocupado pelo processo penal.

É interessante o argumento apresentado por Langer (2017) sobre o enraizamento e os impactos da centralidade das categorias acusatório-inquisitório no processo penal. De acordo com o pesquisador, os termos acusatório e inquisitório têm longa trajetória no processo penal, mas foi entre a segunda metade do Século XVIII e a primeira metade do Século XIX que passaram a ser utilizados para comparar jurisdições da *civil e common law* (LANGER, 2017, p. 309). Langer aponta que o conteúdo atribuído a tais categorias variou muito – e ainda varia –, sendo possível distinguir diferentes concepções teóricas a elas relacionadas.

Em síntese, a dicotomia acusatório-inquisitório teria contribuído, segundo o autor, para limitar os tipos de temas ou questões a que se dedica o processo penal comparado; para cegar os participantes jurídicos, tornando invisíveis outros temas e perspectivas teóricas alternativas; concentrariam os interesses em um conjunto limitado de instituições e atores, como o papel do juiz e do órgão de acusação, deixando de lado outros que também merecem atenção, tais como as polícias e agências administrativas que desenvolvem algum papel no processo penal (LANGER, 2017, p. 308-309; 326-327).

Outro aspecto relevante são as limitações geográficas perpetuadas a partir do foco nas referidas categorias. Para Langer (2017, p. 326), o processo penal comparado tem concentrado interesses em compreender e explicar as diferenças entre as jurisdições anglo-americanas e as europeias continentais, conferindo papel central à Inglaterra, Estados Unidos, França e Itália. Dessa forma, foram colocados de lado o processo penal de países em desenvolvimento – como os latino-americanos.

Por certo, não se despreza a discussão sobre os sistemas processuais penais e sua relevância para o processo penal. Vale lembrar que, conforme Zaffaroni (2013, p. 28-29), foi o momento inquisitorial que deu origem ao poder punitivo descontrolado e emergencial que ainda sobrevive em nosso tempo. No entanto, a multiplicidade das características associadas a um ou outro sistema acaba por esvaziá-los de substância, reduzindo-os a molduras que servem para enquadrar as jurisdições penais, sobretudo quando a categorização é limitada a aspectos insuficientes – quicá formais –, como a mera existência ou não de partes, como apregoa a parcela majoritária da doutrina brasileira.

Langer (2017, p. 308) defende, com razão, que é preciso “transcender a grande sombra teórica e temática das categorias acusatório e inquisitório” para que se possa alargar e aprofundar o conhecimento e compreensões que o processo penal comparado pode produzir. Uma das estratégias propostas é o comprometimento com uma maior variedade de literaturas teóricas, como direito e economia, ciência política, criminologia e sociologia (LANGER, 2017, p. 331).

Na esteira da lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2018), contudo, esse “transcender” – ainda que deva se constituir em reflexão crítica, filosófica e pluridisciplinar, como o autor tem defendido há mais de três décadas – não pode representar a aniquilação de categorias jurídicas que se prestam a revelar os excessos punitivos encalacrados nas estruturas processuais penais, excessos que quase sempre atingem aqueles mais vulneráveis.

Com efeito, o discurso da superação da dicotomia inquisitório-acusatório, ainda que o pretexto seja a alargar o escopo dos debates sobre a justiça criminal, tende a (re)produzir um espaço pragmatista de discussão sobre a reforma do CPP, mais sujeito a influências ideológicas, de matriz economicista, que se dirigem a debates sobre eficientismo, reserva do possível, entre outros, sempre afastados dos pilares básicos daquilo que deve ser um processo penal democrático. No contexto brasileiro, embora tais expressões não sejam sinônimas, a natureza inquisitiva do processo penal é indissociável de sua origem autoritária e seu viés punitivo.

Nesse contexto, o que se sustenta no presente artigo – e de onde emerge a relevância de se valer da obra de Zaffaroni – é a urgência de se alargar os limites geográficos da compreensão do processo penal. Assim, entende-se que é necessário ter acesso a diversificadas ferramentas teóricas que possam contribuir para a construção de um processo penal acusatório, atento aos direitos humanos e guiado por uma política criminal voltada à contenção de autoritarismos e redução do sofrimento causado pelo poder punitivo.

São muitas as ausências perceptíveis no processo penal. A experiência brasileira revela uma grande dissociação entre o ser e o dever ser, entre a estruturação constitucional do processo penal – e não só do processo penal – e a operacionalidade concreta do sistema de justiça criminal. Por exemplo, a entrada em vigor de leis cujo propósito era a redução do uso da prisão preventiva, como a introdução de medidas cautelares alternativas à prisão (Lei 12.403/2011) e da audiência de custódia não impactaram concretamente os dados sobre o número de presos sem condenação.

Há outras questões latentes que, embora centrais no sistema de justiça criminal brasileiro, são consideradas alheias ao processo penal. O alto índice de violência e letalidade policial, o nítido recorte racial da população submetida à persecução penal e encarcerada<sup>2</sup>,

2. Segundo dados divulgados pelo Departamento Penitenciário referentes ao período de janeiro a junho de 2022, 51,02% da população carcerária é parda e 16,79% preta. Dados disponíveis em: [https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoY2Q3MmZINTYtODY4Yi00Y2Q4LWFIZDUtZTcwOWI3YmUwY2IyIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9]. Acesso em: 13.11.2022.

a prevalência de determinados crimes entre os presos provisórios e sentenciados<sup>3</sup>, a revitização de mulheres que sofrem violência de gênero e a abordagem machista dos sujeitos que atuam nestes casos<sup>4</sup>, as vulnerabilidades sociais que impactam na seleção dos sujeitos que serão submetidos ao sistema penal e, ao mesmo tempo, silencia vítimas, entre outras. Há, sim, vozes dissonantes e esforços para introduzir tais discussões no âmbito do processo penal, mas a resistência é grande.

No cenário latino-americano, as reformas processuais penais lograram êxito em alcançar mudanças importantes, centradas na superação do modelo inquisitório e consolidação de um sistema acusatório ou adversarial. No entanto, o “pacote acusatório” inclui institutos negociais importados de sistemas jurídicos distintos e cuja análise demanda ferramentas teóricas que transcendam a seara do dever ser, pois tais institutos interagem com

---

3. Ainda, de acordo com os dados mencionados na nota anterior, tem-se que 40,38% dos presos são acusados ou condenados por crimes contra o patrimônio e 28,74% por crimes previstos na lei de drogas. Se analisarmos apenas os dados relacionados ao encarceramento feminino, o índice de presas por crimes relacionados a drogas é de 54%.

4. É importante ressaltar que não se questiona a inviolabilidade das garantias processuais penais, notadamente, o direito de defesa, que é de praxe ser desprezado no Brasil. No entanto, observa-se que, a pretexto de salvaguardar tais garantias, há uma enorme resistência em se abordar determinados temas que atravessam a justiça criminal. Um exemplo bem atual é a questão de gênero. O Brasil possui números alarmantes de violência contra a mulher. Como observam Ana Lucia Sabadell e Paloma Engelke Muniz, o sistema jurídico brasileiro reflete uma suposta “forma masculina” de ver e relacionar-se com o mundo, sendo possível identificar elementos que reproduzem a discriminação da mulher em todos os níveis da atividade jurídica (SABADELL; MUNIZ, 2020, p. 28/29). As autoras invocam o conceito de patriarcalismo jurídico para indicar como a violência de gênero se perpetua por meio da norma, da doutrina e da prática jurídica. Neste contexto, não causa estranheza que debates sobre a justificabilidade de se sustentar a “legítima defesa da honra” em casos de feminicídio ou a desmoralização e humilhação da vítima de crimes sexuais sejam ainda atuais e acalorados. Convém destacar o “caso Mariana Ferrer”, que ganhou repercussão depois de ter circulado na internet vídeos da audiência de instrução da ação penal na qual Mariana consta como vítima de estupro. O nível de desrespeito e humilhação sofridos ensejou reações que culminaram na aprovação da Lei 14.245/2021 (Lei Mariana Ferrer), que tem por escopo coibir a prática de violência institucional contra a vítima, notadamente, em casos de apuração de crimes contra a dignidade sexual. Há também a ADPF 779, na qual se questiona a constitucionalidade da arguição da “legítima defesa da honra”. Foi deferida medida cautelar para firmar o entendimento sobre a inconstitucionalidade da tese – o mérito ainda está pendente de julgamento. Embora esta autora não esteja de acordo com a estratégia adotada para se coibir o uso do argumento notoriamente machista, as reações à medida são ainda mais inquietantes. Observa-se uma recusa absoluta à incorporação de questões relacionadas a gênero no âmbito da justiça criminal, sob o pretexto de se tratar de tema social ou cultural, alheio aos conteúdos afeitos ao processo penal. Sustenta-se a violação da garantia da ampla defesa, pois se estaria restringindo as possibilidades de defesa dos acusados de violências contra mulheres, sem dimensionar que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República brasileira, que também é signatária de pactos internacionais voltados ao combate da discriminação e violência de gênero. Em síntese, verifica-se um contraponto entre direitos da vítima e do acusado, com uma compreensão – evidentemente rasa – de que é impossível atuar nas duas frentes, ou seja, reclamar a máxima efetividade dos direitos e das garantias constitucionais do investigado/acusado e o respeito à integridade psíquica e da dignidade da vítima.

características muito próprias de nossa região, como o “violentíssimo exercício de poder à margem de qualquer legalidade” (ZAFFARONI, 2001, p. 173)<sup>5</sup>.

Em face deste cenário, as discussões sobre colonialismo e seus reflexos no sistema de justiça criminal apresentam um potencial a ser explorado, de modo a subsidiar a incorporação de novas e necessárias discussões ao campo processual penal. Como já exposto na introdução, neste artigo destacam-se as frentes epistemológica e jurídico-penal, que serão tratadas nos tópicos seguintes.

### 3. FRENTE EPISTEMOLÓGICA: POR UM SABER MARGINAL E DECOLONIAL

A demanda por um pensamento social e político próprio da América Latina não é recente, embora haja ainda um longo caminho a ser percorrido. Desde seus primórdios, a filosofia latino-americana carrega uma vocação política, que ainda subsiste diante do reconhecimento de que a ciência, enquanto saber universal, exclui os países periféricos e da necessidade de emancipação em face dos saberes eurocêntricos.

Um dos momentos marcantes da trajetória de construção do pensamento filosófico e social latino-americano é o debate estabelecido entre Leopoldo Zea, filósofo mexicano, e o peruano Augusto Salazar Bondy, a partir da publicação, em 1968, da obra *¿Existe una filosofía de nuestra América?* por Bondy.

O filósofo peruano questiona se existiu ou não uma filosofia de nossa América e, caso negativo, se poderia haver e em quais condições. Mediante uma reflexão sobre os termos originalidade, autenticidade e peculiaridade, Bondy conclui que a filosofia produzida por autores latino-americanos deriva de mera recepção e repetição de ondas do pensamento europeu, sem nenhuma evolução interna ou reelaboração (PINTO, 2012, p. 340). Neste contexto, o papel da filosofia latino-americana seria promover a consciência e negação da condição de dominação e subdesenvolvimento e, assim, superar o estado de alienação (PINTO, 2012, p. 341). Só então seria possível se falar em uma filosofia original e autêntica em nossa região.

Leopoldo Zea contrapõe este argumento ao afirmar que há uma tradição de pensamento autenticamente latino-americano e questiona o próprio questionamento sobre a possibilidade de uma filosofia latino-americana, levantado por Bondy. Zea critica o universalismo hegemônico e abstrato da filosofia ocidental, afirmando que é necessário filosofar sobre os problemas emergidos das circunstâncias latino-americanas como expressão

5. No mesmo sentido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2018, p. 77), ao tratar dos modelos de justiça negociada que têm sido importados em algumas das reformas latino-americanas, afirma que “não bastasse tudo, em países periféricos, nos quais a modernidade ainda não se fez em boa dose, a jurisdição segue sendo – pelo controle, bem ou mal, que se propicia dela – melhor que a liberdade plena individual, muito ao gosto das posturas neoliberais, pelas quais as diferenças se superam pelo manejo retórico, em geral de modo muito favorável (mesmo aos que têm boas intenções) aos senhores do poder e contra a massa menos favorecida. Posturas assim, por elementar, servem para debilitar a já carcomida cidadania do brasileiro; e se prega em nome de deuses menores como o mercado”.

histórico-cultural concreta (PINTO, 2012, p. 344). Sustenta que, para ser original e autêntica, a filosofia latino-americana não precisa ser inovadora, pois pode beber em outras fontes e adaptar os cânones da filosofia ocidentais à sua realidade. Propõe uma filosofia como instrumento de transformação da realidade, capaz de buscar soluções para os problemas da dominação e dependência a que estão submetidos os países latino-americanos (PINTO, 2012, p. 344). Sobre a primeira pergunta formulada por Bondy, Zea (1989, p. 48) afirma que só cabe uma resposta: não só é possível falar de uma filosofia latino-americana, como esta se fez e se faz presente, independentemente da forma assumida, da sua autenticidade ou inautenticidade.

O percurso do pensamento filosófico-social-econômico da América Latina passa por muitas e importantes teorias e pensadores, que não serão aqui detalhados por fugir do propósito específico deste artigo. O intento é ressaltar a riqueza da tradição crítica em nossa região que, em diferentes campos do saber e abordagens, denuncia um projeto eurocêntrico e propõe que o olhar dos pensadores latino-americanos se volte para a própria América Latina.

Em um contexto mais recente, têm ganhado espaço as teorias decoloniais, desenvolvidas pelo Grupo Modernidade/Colonialidade. Trata-se de uma virada epistêmica fundamental para a renovação crítica das ciências sociais latino-americanas no século XXI, ao desafiar os “paradigmas eurocêtricos hegemônicos” e defender a construção de um saber que seja demarcado espacial e temporalmente, além de geopoliticamente localizado (CARVALHO, 2021, p. 19). Compreende-se que a colonialidade é uma matriz de poder que sobreviveu à independência das colônias originárias nas Américas e se desdobra em três dimensões: a colonialidade do poder, do saber e do ser (CARVALHO, 2021, p. 31).

Apesar da pluralidade do pensamento decolonial, é possível apontar alguns pontos comuns, sobretudo nas elaborações de Quijano, Wallerstein, Dussel e Mignolo: a percepção de que a modernidade possui uma face oculta e violenta, a colonialidade; de que só é possível compreender adequadamente a modernidade à luz da colonialidade; que somente foi possível o desenvolvimento da economia capitalista e a construção de uma história mundial a partir de 1492, com a invasão e colonização das Américas; o colonialismo originário resultou na criação de um sistema-mundo moderno/colonial e capitalista e na ideia de uma divisão entre centro e periferia (CARVALHO, 2021, p. 30).

Por certo, o saber jurídico não é imune à dimensão do colonialismo e à geopolítica do conhecimento constituída a partir das relações de dominação entre centro e periferia. O sujeito de conhecimento jurídico do modelo colonial é dual (BONILLA MALDONADO, 2015). De um lado, o sujeito metrópole, de outro, o colonial, sendo certo que um não pode existir sem o outro. O primeiro tem a capacidade de criar conhecimento jurídico original. O segundo, é um “bárbaro” jurídico, restrito a imitar e divulgar o conhecimento produzido na metrópole. É uma figura menor, marginal, receptor da história jurídica que outros produzem, com sua identidade determinada em função de sua raça e território (BONILLA MALDONADO, 2015).

Este modelo colonial de saber jurídico promove a superioridade do conhecimento produzido no Norte Global, que teria um valor universal, ao passo que o do Sul Global teria

um valor apenas regional. Por sua vez, a América Latina seria um espaço onde apenas se reproduz, difunde ou se aplica o conhecimento original produzido nos países do Norte, especialmente Estados Unidos e Europa Ocidental. O direito latino-americano é tido “como uma reprodução menor da tradição romano-germânica, a que se soma um número gigantesco de transplantes jurídicos de origem estadunidense importados desde a segunda metade do século XX” (BONILLA MALDONADO, 2015). Neste sentido, Zaffaroni (2021, p. 111) afirma a existência de uma armadilha que nos é posta pela colonialidade: a arrogância epistemológica do Norte nos instiga a considerar nossa narrativa como uma imagem especular do eurocentrismo.

A constatação condiz com o que foi exposto no tópico anterior, ao menos no que se refere ao direito processual penal. O Código de Processo Penal de 1941 que, apesar de variadas reformas, ainda é o vigente no Brasil, foi assumidamente inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930, o Código Rocco (MIRANDA COUTINHO, 2009, p. 103 e ss.). Incorporou o tecnicismo jurídico que encontrou largo espaço para se desenvolver no Brasil, ao apregoar a universalidade dos institutos somada à “auto declarada imunidade política” a despeito de quaisquer orientações extra ou meta processuais” (GLOECKNER, 2018, p. 335 e 359). Em contexto mais recente, não faltam questionamentos sobre possível “americanização” do processo penal brasileiro, ante a incorporação de mecanismos negociais alheios à tradição jurídica pátria<sup>6</sup>.

No cenário regional, vale apontar que há autores que sustentam que o projeto de reformas da justiça criminal na América Latina para implementação de um modelo adversarial consagra a difusão de uma política neoliberal e eficientista, que tem por escopo afastar entraves para investimentos estrangeiros e acaba por reforçar a dependência política e econômica dos países da região.

Para Cárdenas Gracia (2015), a nova realidade neoliberal e globalizada tem produzido uma verdadeira “revolução jurídica” que repercute no reforço do poder das grandes potências, corporações e instituições supranacionais por sobre os interesses dos Estados-nação e seus habitantes. Segundo o pesquisador mexicano, o sistema jurídico nacional se assemelha cada vez mais ao estrangeiro, em especial, o anglo-saxão, sem se levar em conta as distintas tradições jurídicas. Um exemplo são as reformas em matéria penal, com implantação de um novo sistema penal acusatório e juízos orais, que foram consequência das recomendações do Banco Mundial, “para que México e outros países da América Latina assimilassem em seus ordenamentos o direito dos Estados Unidos” (GRACIA, 2015).

6. Entre outros, ver: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *Boletim do IBCCRIM*, v. 317, abr. 2019. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\_artigo/6311-Plea-bargaining-no-projeto-anticrime-cronica-de-um-desastre-anunciado]; PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L. G. Grandinetti. *Decisão judicial: a cultura jurídica na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 11-69; LOPES JR., Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. *Boletim do IBCCRIM*, v. 344, jul. 2021. Disponível em: [https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/749/8570].

Desponta, assim, a pertinência – e urgência – da incorporação de uma epistemologia decolonial, atenta às especificidades do poder penal em nossa região. Isso porque o colonialismo não é apenas eco de um passado distante.

A premissa dialoga com a proposta formulada por Zaffaroni (1988; 1991), de construção de um saber penal e criminológico próprio de nossa região, uma resposta marginal, e com o projeto de Carrington, Hogg e Sozzo (2018) de construção de uma Criminologia do Sul. Em ambos os casos, atenta-se para a geopolítica do conhecimento e as relações de poder a ela subjacentes e se propõe a desafiar o domínio epistemológico do pensamento metropolitano (CARRINGTON; HOGG; SOZZO, 2018, p. 12), descolonizar os saberes e voltar a atenção às demandas próprias de nossa região. Como esclarecem os autores, a categoria “Sul” não se refere apenas à divisão geográfica do mundo, mas constitui também uma metáfora das relações de poder enraizadas nas relações entre centro e periferia na esfera do conhecimento (CARRINGTON; HOGG; SOZZO, 2018, p. 11). Em sintonia com as ideias de Enrique Dussel<sup>7</sup> e de Zaffaroni<sup>8</sup>, o Sul representa ainda uma metáfora do outro, do invisível, do subalterno, do marginal e do excluído (CARRINGTON; HOGG; SOZZO, 2018, p. 15), invisibilizados em face da hegemonia metropolitana sobre o pensamento criminológico.

Não se trata, também, de desconsiderar todo o conhecimento produzido no norte global e pretender refundar, do zero, os saberes relacionados à questão criminal. Parafraseando Zea (1989, p. 9), ser original significa partir de si mesmo, do que se é e de sua própria realidade, o que não impede de se beber em outras fontes e adaptar certos cânones do saber jurídico ocidental ao seu próprio contexto. Zaffaroni (2022, p. 226 e 228), por sua vez, aponta que o “espírito do sul” se integra com diferentes saberes em um diálogo horizontal e, neste movimento, se apropria também dos saberes do norte que resultam úteis para sua resistência.

Dessa forma, a proposta epistemológica decolonial precisa ser prontamente incorporada às discussões processuais penais, sobretudo em um contexto de reformas dos códigos e das estruturas judiciais. O primeiro passo é descolonizar a produção do conhecimento, para, então, construir um saber processual penal próprio de nossa margem, que não ignore as dimensões do colonialismo e sua relação com a operacionalidade concreta dos sistemas penais latino-americanos.

---

7. Dussel (1995, p. 49) conceitua “o outro” como aquele que se situa além da “razão eurocêntrica machista, pedagogicamente dominadora, culturalmente manipuladora, religiosamente fetichista”. Sustenta, então, uma Filosofia da Libertação do Outro, que seria aquele que está fora e distante dos horizontes do mundo de hegemonias, como o econômico político, da comunidade de comunicação real eurocêntrica, da eroticidade fálica e castradora da mulher e do indivíduo que considera a natureza como mediação explorável para a valorização do valor capital (DUSSEL, 1995, p. 48).

8. Zaffaroni apresenta três sentidos para a expressão marginal: a) nossa localização na periferia do poder planetário, em cujo vértice encontram-se os chamados países centrais; b) a necessidade de se adotar a perspectiva de nossos fatos de poder na relação de dependência com o poder central; c) a grande maioria da população latino-americana, marginalizada do poder, mas objeto da violência do sistema penal (ZAFFARONI, 2001, p. 164-165).

#### 4. FRENTE POLÍTICO-CRIMINAL: O ENFRENTAMENTO DO COLONIALISMO COMO FIO CONDUTOR DAS REFORMAS PROCESSUAIS PENAIS

Como já exposto ao longo deste artigo, dois temas precisam ser incorporados às discussões sobre processo penal: o colonialismo e a operacionalidade real dos sistemas penais latino-americanos, sendo certo que um está intimamente relacionado ao outro.

Zaffaroni (2022, p. 13) aponta que a construção da história (breve ou ideológica) dos direitos humanos ocorre a partir da negação ou racionalização dos “ferozes crimes de massa” que se acumulam lenta e silenciosamente e constituem, assim, um “patrimônio cultural criminal da humanidade”. Este patrimônio foi amplamente nutrido por homicídios massivos – que hoje o direito classifica como genocídios – e outros crimes resultantes da chamada conquista da América, que, como se sabe, consistiu em uma violenta invasão. Afirma o autor:

“O mundo surgiu simultaneamente à sua cultura criminal, porque irrompeu junto com o colonialismo originário, que massacrou, contaminou, psicotizou, humilhou, reduziu à servidão, violou mulheres, destruiu economias, desintegrou culturas, satanizou e perseguiu religiões, rolou propriedades e explorou a escravidão, que matou milhões de pessoas em uma empresa genocida de altíssima letalidade. A conquista inaugurou o mundo sem se privar e nenhum crime, que não só são condenados agora pelo direito internacional, mas também o eram em seu tempo pelas leis dos próprios colonizadores.” (ZAFFARONI, 2022, p. 16.)

Diante disso, não causa estranheza que Zaffaroni aponte o colonialismo como fio condutor de uma história longa dos direitos humanos, que não ignora as violências constitutivas do chamado sistema-mundo e os reflexos que se estendem à contemporaneidade. A colonialidade, afirma o autor, ainda nos atordoa para evitar que percebamos claramente as vitimizações culturais (ZAFFARONI, 2022, p. 221). Para evitar que percebamos e nos insurjamos contra o eurocentrismo, o racismo, o patriarcado, a violência contra os povos originários e contra a natureza, os genocídios por gotejamento; contra as administrações fraudulentas decorrentes do endividamento astronômico dos Estados, o ecocídio, a exploração desumana do trabalho a partir da terceirização da produção central para países periféricos, subtração do patrimônio estatal, *fake news*, *lawfare*, entre outros desdobramentos do chamado tardocolonialismo (ZAFFARONI, 2022, p. 158). Para evitar, enfim, que denunciemos e contestemos um sistema penal que semeia dor e morte e cujo discurso se desarma ao mais leve confronto com a realidade (ZAFFARONI, 2001, p. 12).

Sabe-se que o sistema penal espelha e amplifica as violências sociais, operando, em nossa região, como “um violentíssimo exercício de poder à margem de qualquer legalidade” (ZAFFARONI, 2001, p. 173). Dessa forma, contribui largamente para o projeto genocida em marcha, seja por ação, pela violência praticada por instituições ainda não habituadas à democracia, como as polícias militares no Brasil; ou por omissão, pelas condições sub-humanas comuns nos cárceres e a inércia diante de crimes praticados nos altos escalões do poder ou das classes sociais.

Ainda, de acordo com Zaffaroni (2001, p. 15), todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que anulam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas sem a supressão dos próprios sistemas penais (ZAFFARONI, 2001, p. 15). Cita, como exemplo, a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração do poder, verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias. Neste cenário, o discurso jurídico precisa se desenvolver como instrumento de resistência e contenção do poder penal, e, para tanto, deve se atentar à realidade operativa do sistema, seus traços estruturais e conjunturais, de modo a identificar os obstáculos que impedem ou limitam a passagem do dever ser ao ser.

O discurso processual-penal, no entanto, tem sido construído a partir de ausências narrativas, como já dito anteriormente. Pouco se alimenta de dados da realidade para a construção de diretrizes aptas a enfrentar problemas que assolam o sistema penal, de modo geral, e a justiça criminal, em particular. Sustenta-se, como aponta Binder (2014, p. 101), em concepções meramente instrumentais do processo penal, ou nas visões aparentemente óbvias do que nos ensinam as normas procedimentais ou, ainda, em um direito processual penal que se dissocia das consequências políticas de suas normas se apresenta como “o pequeno saber da burocracia judicial, a mais poderosa ideologia estatal de nossos dias” (BINDER, 2014, p. 101).

Veja-se, por exemplo, a contradição existente entre a proclamação de um modelo que tem no julgamento oral o “eixo de estruturação política e técnica do processo penal” (BINDER, 2017, p. 33), mas cujas sentenças são predominantemente proferidas em sede de um procedimento que se traduz em um mecanismo de imposição de condenações que justamente evita o julgamento oral e público. Trata-se da realidade de muitos países (e províncias) latino-americanos que experimentaram amplos processos de reforma de seus sistemas de justiça penal<sup>9</sup>.

O procedimento abreviado, previsto inicialmente no Projeto de Código de Processo Penal da Nação Argentina de 1986, de Julio Maier (2205, p. II), era antevisto como um “modo de simplificação excepcional do processo penal”, um procedimento residual, que não

---

9. Sobre a Argentina, especialmente a província de Santa Fé, ver SOZZO, Máximo. Justicia abreviada. Reforma de la justicia penal, promesa de eficiencia y eficacia y modo dominante de imposición de condenas. *Cuestiones Criminales*, n. 03, 2020, p. 450-576. Sobre o Chile, ver FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. Juicio abreviado e eficiencia punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do *plea bargaining* no processo penal chileno (versão ampliada). In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil – Estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 1, p. 133-157. Sobre o Uruguai, ver FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. Breves considerações sobre o processo abreviado e sua utilização no primeiro ano do novo Código de Processo Penal uruguaio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; POSTIGO, Leonel Gonzáles; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes (Orgs.). *Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay*. Hacia la justicia penal acusatoria en Brasil. 1. ed. Santiago: CEJA/OMI, 2019. v. 1, p. 307-314.

---

FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político-criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 199, ano 31, p. 153-175. São Paulo: Ed. RT, nov/dez. 2023. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381008].

poderia substituir o julgamento público como forma de legitimar uma condenação penal (MAIER, 2005, p. II). O projeto em questão não foi aprovado, mas influenciou outras legislações que ampliaram significativamente a abrangência do procedimento abreviado, a contragosto do autor do projeto originário.

Por certo, as características próprias do exercício do poder penal e das instituições judiciais em nossa região são determinantes para compreender o uso alargado, até mesmo abusivo, dos procedimentos abreviados. Basta ver as principais críticas apresentadas pela literatura atenta ao tema<sup>10</sup>. Trata-se de dificuldades que persistem ao longo da história do processo penal na região e que são intimamente relacionadas às dimensões do colonialismo, como o apego ao punitivismo, que privilegia os órgãos acusadores em detrimento da defesa e sobrecarrega os aparatos policiais e judiciais com uma demanda incontrolável, o uso do sistema penal como instrumento de controle de classes subalternas, a falta de controle democrático sobre a atuação da elite burocrática estatal, o exercício de poder à margem da lei, só para citar alguns exemplos.

Não por acaso, em pesquisa sobre a instrução criminal nos países latino-americanos publicada em 2007, Zaffaroni (2007, p. 46) alertou sobre o perigo envolvido na pretensão de implementar formas rápidas de condenação, que ultrapassam as formas processuais mais elementares e podem criar a ilusão de uma justiça eficiente e pragmática. Estas propostas, completa o autor, “dadas as características da região, não levariam a mais que um processo penal destinado à rápida e barata condenação de pobres” (ZAFFARONI, 2007, p. 46), compatível com um modelo economicista que é incompatível com a dignidade da pessoa humana.

Ainda, sobre os procedimentos abreviados, convém destacar pesquisa sobre os impactos de gênero deste procedimento no sistema penal federal mexicano (FAIR TRIALS, 2022). Concluiu-se que a dinâmica do procedimento abreviado impede a análise das conotações de gênero relacionadas à prática de delitos ou acusações contra mulheres, além de inviabilizar a implementação de estratégias de defesa com perspectiva de gênero (FAIR TRIALS, 2022, p. 46).

Além disso, em pesquisa teórica e empírica, conduzida a partir de observação de audiências de custódia e entrevistas realizadas com operadores jurídicos da cidade do Rio de Janeiro em 2019<sup>11</sup>, Omar Kahn (2023, p. 175-177) concluiu que o legado das construções coloniais continua a influenciar a tomada de decisões nas audiências de custódia e facilitar uma assimetria de poder na fase pré-processual. O pesquisador destacou a hierarquia social racializada e

10. Destacam-se as seguintes: grave vulneração do direito de defesa (BOVINO, 2005, p. 80); grande desigualdade material entre as partes na celebração do acordo (ANITUA, 2005, p. 145); aumento da seletividade, na medida em que a grande transferência de poder aos promotores de justiça permite processar – e condenar – mais rápido justamente os casos de baixa complexidade (GUTIÉRREZ, 2014, p. 81); “paradoxal reintrodução de elementos típicos de um modelo inquisitorial” (SOZZO, 2020, p. 568), como o sigilo, a confissão e a existência de um ator com capacidade preponderante de impor decisões, o Ministério Público.

11. Foram realizadas 26 entrevistas semiestruturadas com sete juízes, quatro promotores, oito defensores públicos e sete especialistas no assunto, como profissionais de ONGs e acadêmicos (KAHN, 2023, p. 167).

a priorização da propriedade dos privilegiados em detrimento da vida de pessoas marginalizados como exemplos da persistência da colonialidade na da justiça penal brasileira.

Os casos mencionados refletem a persistência de dimensões coloniais em legislações processuais penais reformadas (ainda que parcialmente, como a introdução das audiências de custódia no Código de Processo Penal brasileiro). Neste contexto, é inegável a necessidade de elaboração de diretrizes político-criminais que devem orientar a produção teórica e legislativa, reconhecendo o papel exercido pelo processo penal na manutenção ou mesmo incremento das violências constitutivas do sistema penal de nossa região e criando mecanismos para minimizá-las. Somente a partir deste alinhamento entre teoria crítica e prática, se torna possível construir um projeto de reforma que propicie respostas mais adequadas à questão penal em nossa margem.

## 5. O SISTEMA PENAL MULTIPORTAS COMO UM POSSÍVEL CAMINHO PARA A ADOÇÃO DE PRÁTICAS PENAS DESCOLONIZADORAS

A partir de tudo o que se expôs, encaminha-se à conclusão de que, concretamente, os esforços de construção da reforma do Código de Processo Penal devem partir da premissa de que as demandas político-criminais europeias e estadunidenses são diversas daquelas que se pode verificar na América Latina, razão pela qual o intercâmbio entre o Brasil e os demais países da região, naquilo que diz com o funcionamento da justiça criminal, necessita ser tratado como prioritário.

Para além disso, há que se reconhecer, como consequência direta dos processos de colonização vigentes ao tempo da formação do sistema penal brasileiro (no Século XIX), a consolidação da racionalidade preventiva do direito penal (ainda hegemônica nos campos jurídico, político e social pátrios), que aposta na punição como mecanismo de pacificação das relações sociais e direciona o sistema penal para o binômio prisão-liberdade.

Aqui, a atual contribuição dos sistemas de justiça criminal dos países do Norte Global tende a fortalecer a sanha punitiva já existente. Por um lado, pelo foco na gestão penal da pobreza (DE GIORGI, 2006; WACQUANT, 2015), que sempre foi praticada no Brasil, mas que ganha força, nos chamados países desenvolvidos, como resultado dos “novos” riscos sociais, a exemplo do incremento de fenômenos como a imigração ilegal e o terrorismo; por outro, na Europa, a falência dos projetos políticos de bem-estar social (HABERMAS, 1987, p. 103-114) deu lugar a discursos econômicos eficientistas, que tendem a vulnerar a jurisdição como garantia do indivíduo e promover o uso excessivo da barganha processual, com finalidades punitivas<sup>12</sup>, fenômeno que também se observa, por outras razões, nos Estados Unidos da América<sup>13</sup>.

12. A título de exemplo, vale mencionar que Simona Garbatavičiūtė (2020, p. 61), em sua tese doutoral, defendida em 2020, registrou que, nos últimos anos, observou-se uma “rápida e incontável disseminação do *plea bargaining* na Europa”, fato que tem recebido, segundo a autora, pouca atenção da União Europeia.

Por sua vez, o contexto das reformas latino-americanas observa, não apenas no campo jurídico, mas sobretudo no político, um profícuo debate acerca da necessidade de ressignificar o papel do sistema penal na sociedade, pela priorização de mecanismos não punitivos de *gestão de conflitividade penal*, para utilizar a expressão adotada por Alberto Binder (2012, p. 363-364), proposta que tem ferrenhos críticos e obstinados defensores.

Na essência, com viés político-criminal e grande influência da obra de Alberto Binder, a proposta é dotar o sistema penal (e todos os seus agentes, da polícia às Defensorias Públicas, sem olvidar dos juízes e membros do Ministério Público) da finalidade precípua de lidar, de forma resolutiva, com as consequências sociais concretas decorrentes do fato criminoso, inclusive, mas não apenas, pelo atendimento às necessidades reais da vítima. Nesse sentido, a solução punitiva para o caso penal seria a menos preferida, a ser aplicada de forma residual, isto é, apenas nos casos em que soluções não punitivas, na perspectiva das pessoas envolvidas (ofendido, imputado, familiares e comunidade envolvida), sejam inócuas.

Essa finalidade restaurativa do sistema penal, caracterizada como precedente às finalidades preventiva e retributiva, exige a implementação de um sistema penal multiportas, que ofereça a seus agentes diferentes possíveis caminhos para a solução de um caso penal, entre os quais seriam preferidos os caminhos não punitivos (a exemplo dos acordos reparatórios, suspensão condicional do processo, justiça restaurativa etc.) aos punitivos (procedimentos voltados à aplicação de sanções privativas de liberdade, o que inclui a barganha).

Embora seja certo que discursos dessa natureza não são novos e, vale ressaltar, que tenham nascido no âmbito da reflexão criminológica europeia<sup>14</sup>, o contexto das reformas latino-americanas tem demonstrado experiências reais, positivas e negativas, relacionadas à implementação do sistema penal multiportas.

Em linhas estritamente normativas, todos os modelos reformados dos países hispanofalantes das Américas preveem, em maior ou menor medida, um sistema multiportas de justiça criminal, a partir da substituição do princípio da obrigatoriedade da ação penal pela lógica da

---

13. Nos Estados Unidos da América, em relação ao sistema federal de justiça criminal, entre 2013 e 2017, o índice de condenações por *plea bargaining* superou a cifra dos 95%. Os dados estão compilados em: *Sourcebook of Federal Sentencing Statistics*, 2017. Disponível em: [https://ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/annual-reports-and-sourcebooks/2017/2017SB\_Full.pdf]. Em 2022, o índice atingiu a marca de 97,5%, isto é, apenas 2,5% dos casos contaram com investigação, instrução e julgamento de forma plena (*Sourcebook of Federal Sentencing Statistics*, 2022. Disponível em: [https://ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/annual-reports-and-sourcebooks/2022/2022-Annual-Report-and-Sourcebook.pdf]. No que diz respeito aos sistemas estaduais de justiça criminal, embora os dados estatísticos não estejam disponíveis de forma consolidada, para que se tenha uma referência, no caso *Missouri v. Frye* (566, U.S. 134, 2012), na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o juiz Anthony Kennedy, que relatou o voto vencedor, afirmou que, em 2011, 94% dos casos penais nos Estados foram resolvidos por meio da barganha. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/10-444/case.pdf].

14. Por todos os demais, vale citar a célebre obra *Penas perdidas* (1982), de Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Célis (HULSMAN; DE CÉLIS, 1997), originalmente publicada na França, como um dos textos pioneiros do discurso abolicionista, que serviu de base para o livro *Em busca das penas perdidas*, de Zaffaroni, de 1989, cujo intento foi o de enquadrar o tema em perspectiva latino-americana.

oportunidade ou discricionariedade. Contudo, do ponto de vista da realização concreta de tais diplomas normativos, considerando que se está falando de mais de duas dezenas de códigos processuais penais, observa-se uma grande diversidade de soluções e problemas.

Há casos em que a barganha tem sido adotada de forma indiscriminada, como o Uruguai, com parca utilização de soluções alternativas à pena, mas também há exemplos que podem ser considerados bem-sucedidos na direção da adoção de práticas penais não punitivas, como as províncias argentinas de Chubut, Neuquén e Río Negro (RUA; GONZÁLEZ, 2017, p. 104).<sup>15</sup>

Em relação a Chubut, Roberto Adrian Barrios, a partir de estudo quantitativo e qualitativo, conclui, em relação ao sistema de saídas alternativas da província, implementado em 2006, que, apesar dos problemas e das resistências verificados, os resultados obtidos por meio das soluções não punitivas são de melhor qualidade do que a pena tradicional, além de ter identificado, em juízes e *fiscales*, uma mudança de mentalidade em relação à necessidade de se adotar uma visão moderna de solução alternativa na gestão dos casos penais (BARRIOS, 2009, p. 18-19).

Já, agora, no caso da província de Río Negro, pode-se considerar um importante avanço (ainda que limitado ao aspecto normativo) a previsão, no Código de Processo Penal da província, promulgado em 2014 e vigente desde 2017, de dispositivo que impõe a priorização da resolução dos efeitos sociais e pessoais concretos decorrentes do crime (“conflito primário”, no texto legal) como um dos princípios jurídicos fundamentais do processo penal. É uma das primeiras legislações regionais a adotar, de forma expressa o princípio restaurativo como regente prioritário do sistema de justiça criminal, voltado mais à mediação de problemas sociais e menos ao encarceramento. Em seus próprios termos, o artigo 14 do CPP de Río Negro: “Artículo 14. Solución del Conflicto. Los jueces y fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social.”

Segundo declaração do então Procurador-Geral da Província de Río Negro, proferida em 2019, o novo modelo de justiça penal demandaria uma readequação dos papéis desempenhados pelos sujeitos processuais, no bojo da qual a resolução dos conflitos sociais – para além da decisão sobre aplicar ou não uma pena – emerge como o fim primordial da justiça penal (CRESPO, 2019). Tal declaração, proferida alguns anos depois da entrada em vigor da nova legislação, pelo mais alto representante do Ministério Público local, indica, no mínimo, que o discurso restaurativo foi efetivamente incorporado à agenda de debates relacionados ao sistema penal.

Vale ressaltar, contudo, que a Argentina vive, atualmente, o processo de unificação da legislação processual penal, pela implementação do *Código Procesal Penal Federal*, que substituirá, gradualmente, todos os códigos provinciais.

15. Para uma visão geral e recente da situação das saídas alternativas no âmbito das reformas processuais latino-americanas, recomenda-se a leitura de: RUA, Gonzalo; GONZÁLEZ, Leonel. Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio. In: *Sistemas Judiciales*, Santiago, año 16, n. 20, 2017.

Apesar disso, o Código de Río Negro apresenta, ao menos em seu texto normativo (o que já é algo de grande relevância), um exemplo concreto da espécie de prática penal emancipadora, fundada na ideia de descolonização do direito latino-americano, que aqui se propõe.

Como ensina Alberto Binder (2004, p. 462), em sociedades altamente desiguais, como é o caso dos países latino-americanos, nas quais o sistema penal é um espelho das lutas sociais em geral, é fundamental que os sistemas judiciais disponham de recursos institucionais capazes de reduzir – quando não for possível anular – os efeitos dos conflitos sociais. Assim, o sistema penal deve ser pensado a partir do reconhecimento das lutas sociais constitutivas da própria sociedade e da necessidade de reduzir a violência estatal em sua atuação (RUA; GONZÁLEZ, 2017, p. 100). Portanto, em última análise, a priorização dos mecanismos não punitivos (saídas “alternativas”) representa o principal daqueles recursos institucionais apregoados por Binder, que também deveriam estar no centro das discussões sobre a reforma processual penal brasileira.

É certo que a reforma processual penal aqui delineada ainda demandará um longo caminho a ser percorrido – em pesquisas, publicações, debates e esforços de convencimento, que precisam envolver os mais diversos campos sociais, do acadêmico ao político, sem olvidar do jurídico e do econômico –, mas, a partir de tudo o que aqui se expôs, também parece certo que esse caminho não pode ser outro senão aquele que é direcionado à descolonização da produção do conhecimento jurídico, como quer Zaffaroni.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, partiu-se da obra de Eugenio Raúl Zaffaroni para desenvolver uma crítica ao discurso formalista e dissociado da concretude do sistema penal que permeia a literatura e a prática processual penal.

Destacou-se duas frentes de discussão. Em um primeiro momento, discutiu-se as ausências narrativas que permeiam as discussões sobre o processo penal, amparadas em uma pretensão moderna de criar conceitos universais e atemporais. Neste contexto, o direito deveria ocupar-se apenas do dever ser e se distanciar da dimensão do ser.

Pretendeu-se demonstrar que os debates processuais penais, na América Latina, devem se desprender de um padrão hegemônico de conhecimento produzido no Norte Global e ser pensado desde nossa margem. Como exposto, a busca por um conhecimento original e a tradição crítica não são novidades na América Latina, que, no entanto, ainda segue marcada por uma trajetória de colonialidade.

Por fim, atenta-se para a dimensão do colonialismo e da violência fundante de nossa região. O colonialismo é o fio condutor de uma história ampla dos direitos humanos com reflexos ainda atuais e, por isso, deve ser considerado ao se pensar o processo penal latino-americano. Ressalta-se, também, a urgência de se romper a redoma que distancia o processo penal da realidade operativa do sistema penal, moldando-o a partir de diretrizes político-criminais aptas a contribuir para a redução das violências constitutivas do sistema penal em nossa margem.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva. In: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto (Comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. In: *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 11, p. 89-117, maio-ago. 2013.
- BARRIOS, Roberto Adrian. Salidas alternativas como forma de resolución de conflicto. ¿Una nueva función del derecho penal? In: CEJA/JSCA. Instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral. VI Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal, 2009. Disponível em: [https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3382/8\_salidasalternativas\_Barrios\_argentina.pdf?sequence=1&isAllowed=y].
- BINDER, Alberto. *Análisis político criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Bogotá: Astrea, 2012.
- BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BINDER, Alberto. Tensiones político-criminales en el proceso penal. In: BINDER, Alberto. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014.
- BINDER, Alberto; OBANDO, Jorge. *De las “repúblicas aéreas” al Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- BONILLA MALDONADO, Daniel Eduardo (Comp.). *Geopolítica del conocimiento jurídico* (Spanish Edition). Universidad de los Andes. Edição do Kindle.
- BONILLA MALDONADO, Daniel Eduardo. O formalismo jurídico, a educação jurídica e a prática profissional do direito na América Latina. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 36, n. 02, p. 101-134, jul.-dez. 2012.
- BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: del Puerto, 2005.
- BUSATO, Paulo. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CARRINGTON, Kerry; HOGG, Russell; SOZZO, Máximo. Criminologia del Sur. *Revista Delito y Sociedad*, año 27, p. 9-33, 1º sem. 2018.
- CARVALHO, Rayann Kettuly Massahud de. *Colonialidade, decolonialidade e transmodernidade: para um direito situado na periferia*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- CRESPO, Jorge. *Reforma procesal penal: los rionegrinos, en el centro de una nueva Justicia*. Disponível em: [https://rionegro.com.ar/reforma-procesal-penal-los-rionegrinos-en-el-centro-de-una-nueva-justicia-1074064/].

- DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada pelo sistema penal*. Rio de Janeiro, Revan, 2006.
- DEL OLMO, Rosa. *América Latina y su criminología*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 1981.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.
- DUSSEL, Enrique. *Método para uma filosofia da libertação*. Trad. Jandir João Zanolli. São Paulo: Loyola, 1986.
- FAIR TRIALS. *Condena sin juicio: procedimiento abreviado e impactos de género en el sistema penal federal mexicano*, 2022. Disponível em: [<https://fairtrials.org/articles/publications/condena-sin-juicio/>]. Acesso em: 05.06.2023.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- GARBATAVIČIŪTĖ, Simona. *Reshaping Plea Bargaining in European Criminal Justice*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Liubliana, 2020.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- GRACIA, Jaime Cárdenas. Las características jurídicas del neoliberalismo. In: Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 32, ene.-jun. 2015. Disponível em: [<http://scielo.org.mx/pdf/cconst/n32/n32a1.pdf>].
- GUTIERREZ, Mariano H. Acusatorio y punitivismo: la triste historia de nuestras victorias garantistas (parte 2). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, n. 09, p. 75/88, out. 2014.
- HULSMAN, Louk; DE CÉLIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.
- ITURRALDE, Manuel. The weight of empire: crime, violence, and social control in Latin America and the promise of southern criminology. In: ALIVERTI, Ana et al. (Ed.). *Decolonizing the criminal question: colonial legacies, contemporary problems*. Oxford: University Press, 2023.
- LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org). *Sistemas processuais penais*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, v. 2, n. 3, p. 19-115, jul.-dez. 2017.
- LOSURDO, Domenico. *Contra-história do liberalismo*. Trad. Giovanni Semeraro. Aparecida/SP: Editora Ideias e Letras, 2006.
- MAIER, Julio B. J. Prólogo. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto. *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- MARTINS, Rui Cunha. Estado de Direito, evidência e processo: incompatibilidades electivas. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 83-90, jan.-jun. 2010.

- MIGNOLO, Walter. Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade. In: *RBCS*, v. 32, n. 94, p. 1-18, jun. 2017.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 186, p. 103-116, 2009.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Os sistemas processuais agonizam? In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *Boletim do IBCCRIM*, v. 317, abr. 2019. Disponível em: [[https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/6311-Plea-bargaining-no-projeto-anticrime-cronica-de-um-desastre-anunciado](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6311-Plea-bargaining-no-projeto-anticrime-cronica-de-um-desastre-anunciado)].
- PINTO, Simone Rodrigues. O pensamento social e político latino-americano: etapas de seu desenvolvimento. *Revista Sociedade e Estado*, v. 27, n. 2, p. 337-359, maio/agosto de 2012.
- PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – A transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- RUA, Gonzalo; GONZÁLEZ, Leonel. Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio. In: *Sistemas Judiciales*, Santiago, año 16, n. 20, 2017.
- SABADELL, Ana Lúcia; MUNIZ, Paloma Engelke. Uma análise da violência institucional contra meninas e mulheres vítimas de estupro pelo sistema de justiça criminal. *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 20, p. 25-44, jun.-jul. 2020.
- SOZZO, Máximo. Justicia abreviada. Reforma de la justicia penal, promesa de eficiencia y eficacia y modo dominante de imposición de condenas. *Cuestiones Criminales*, n. 03, p. 450-576, 2020.
- STOLLEIS, Michael. *O olho da lei – História de uma metáfora*. Trad. Thiago Saddi Tannous. Belo Horizonte: Doyen, 2014.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WACQUANT, Lôic. *Punir os pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Renan, 2013.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonialismo y derechos humanos – Apuntes para una historia criminal del mundo*. (Spanish Edition). Penguin Random House Grupo Editorial Argentina. Edição do Kindle.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro – A criminologia do ser-aqui*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminologia* – Aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas* – A perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CARRANZA, Elias. *Derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*. México: Porrúa, 2007.

ZEA, Leopold. *La filosofía americana como filosofía sin más*. México: Editorial Siglo 21, 1989.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Internacional

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Criminologia cultural e estudos culturais em educação: uma aliança político-epistemológica contra o populismo autoritário, de Moysés da Fontoura Pinto Neto – *RBCCrim* 195/321-335;
- Denúncia criminológica do discurso de justificação do genocídio negro e indígena difundido pela historiografia brasileira do século XIX, de Salah Hassan Khaled Junior e Luciano Góes – *RBCCrim* 198/323-348;
- Retos del derecho penal global, de Fernando Navarro Cardoso – *RDPeC* 9/83-116; e
- Uma leitura anticolonial do positivismo criminológico: entre a crítica criminológica e a resistência na diáspora negra, de Vinícius de Assis Romão – *RBCCrim* 196/297-333.



# 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”.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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”.<sup>4</sup> 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”;<sup>5</sup> o sujeito de conhecimento tem sua própria história e a própria verdade tem uma história,<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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”.<sup>9</sup>

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”.<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup> Não bastassem essas afirmações para afastar o primado da neutralidade do juiz, urge reconhecer que o direito, de modo inegável, é ideológico.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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”.<sup>16</sup> 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”.<sup>17</sup> 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,<sup>18</sup> que se satisfaz com opiniões consistentes, nem sempre determinantes da verdade.<sup>19</sup>

### 3. VERDADE E AMBÍÇÃO DE VERDADE

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

---

15. PRADO, Lúcia 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”<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

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.”<sup>23</sup>

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”<sup>24</sup> 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”<sup>25</sup>

---

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.<sup>26</sup>

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.”<sup>27</sup>

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*,<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

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.<sup>30</sup>

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”.<sup>31</sup> Isso porque a verdade é apenas uma; “verdade formal” ou “processual” não é verdade e não pode ser alcançada pelo homem.<sup>32</sup> 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”.<sup>33</sup>

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.<sup>34</sup>

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.”<sup>35</sup>

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.<sup>36</sup>

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*,<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> 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”.<sup>39</sup>

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”<sup>40</sup> 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.”<sup>41</sup>

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”<sup>42</sup> 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.,<sup>43</sup> 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”<sup>44</sup> 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,<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup>

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.<sup>48</sup>

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.<sup>49</sup>

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?<sup>50</sup> 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).<sup>51</sup>

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”.<sup>52</sup> 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”.<sup>53</sup>

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.<sup>54</sup> 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,<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup> De qualquer maneira, no aspecto que mais importa na presente pesquisa: a prova destina-se ao julgador.<sup>58</sup>

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.<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup>

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.”<sup>61</sup>

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.

“jugador 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 legais<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup>

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,<sup>64</sup> 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,<sup>65</sup> uma vez que somente a partir da fundamentação (ou motivação) se poderá exercer um controle racional sobre a decisão,<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup> 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”.<sup>68</sup>

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.<sup>69</sup> 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.”<sup>70</sup>

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.”<sup>71</sup>

Nesse ponto, Taruffo despreza, também, a influência (inegável e inevitável) de aspectos psicológicos na decisão do juiz, operando na velha lógica cartesiana,<sup>72</sup> 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.<sup>73</sup>

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.<sup>74</sup>

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.<sup>75</sup>

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”.<sup>76</sup> 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”.<sup>77</sup>

Entretanto, tudo isso resultaria na velha inquisitorialidade, já trazida por Franco Cordeiro,<sup>78</sup> 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”.<sup>79</sup>

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.<sup>80</sup>

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*.<sup>81</sup> 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-América; 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*<sup>82</sup> e da *presunção de inocência*<sup>83</sup> 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”<sup>84</sup>.

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.<sup>85</sup> 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”<sup>86</sup> 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”.<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup> 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”.<sup>89</sup>

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.”<sup>90</sup>

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”.<sup>91</sup>

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”.<sup>92</sup>

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*.<sup>93</sup>

Isso se percebe, claramente, na análise a partir da licitude das provas, matéria que, também, acaba sendo constantemente relativizada em nome de um pretenso 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*,<sup>94</sup> pois essa representaria, inclusive, uma garantia<sup>95</sup> 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.<sup>96</sup>

Certamente, esses autores não compactuam com uma desenfreada e utópica busca pela verdade real, tampouco compactuam com o *vale-tudo probatório*,<sup>97</sup> 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.<sup>98</sup>

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.<sup>99</sup>

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.<sup>100</sup>

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.<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup> 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*,<sup>103</sup> 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?”<sup>104</sup>

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”.<sup>105</sup> 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”.<sup>106</sup>

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

103. BADARÓ, Gustavo Genrique. 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.<sup>107</sup> 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.<sup>108</sup> 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 acertada<sup>109</sup>) 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*<sup>110</sup> 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.<sup>111</sup>

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 confesar 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 practicamente 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.”<sup>112</sup>

Percebe-se, nas linhas do autor, a crença na bondade do julgador, marca de uma perspectiva inquisitória,<sup>113</sup> 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.”<sup>114</sup>

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.”<sup>115</sup>

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*.”<sup>116</sup>

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).<sup>117</sup> 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.<sup>118</sup>

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,<sup>119</sup> 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”.<sup>120</sup> 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.<sup>121</sup> 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*.<sup>122</sup>

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.<sup>123</sup>

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,<sup>124</sup> 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.”<sup>125</sup>

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.<sup>126</sup>

## 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: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, 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 juízes: 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].

# O *LAWFARE* BRASILEIRO: DOS CONTRIBUTOS À ASCENSÃO FASCISTA AO RECRUDESCIMENTO DO AUTORITARISMO PROCESSUAL PENAL

---

*BRAZILIAN LAWFARE: FROM THE CONTRIBUTIONS OF THE FASCIST RISE TO THE STRENGTHENING OF AUTHORITARIANISM IN THE CRIMINAL PROCEDURE*

FELIPE LAZZARI DA SILVEIRA

Pós-Doutor em Filosofia Política pela PUC/RS. Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos da UCPel.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5830643220329971>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-2738-6914>].

[felipe\\_lsilveira@hotmail.com](mailto:felipe_lsilveira@hotmail.com)

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8381286>].

Recebido em: 30.01.2023

Aprovado em: 30.05.2023

Última versão do autor: 30.05.2023

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo problematizar o *lawfare* brasileiro, sua relação com a ascensão fascista no contexto neoliberal e seus reflexos no processo penal. A hipótese sustentada é a de que a Operação Lava Jato, que ostentou todas as características do *lawfare*, contribuiu para a intensificação do fascismo que se consubstanciou no bolsonarismo e fortaleceu o ideário autoritário no campo processual penal. Os resultados da pesquisa, realizada por meio de revisão bibliográfica interdisciplinar e do exame da legislação, de projetos de lei e de outros documentos pertinentes ao tema, estão organizados em quatro capítulos que apresentam, respectivamente, análises sobre a atemporalidade do fascismo e a possibilidade de sua intensificação nas democracias neoliberais; o processo penal

**ABSTRACT:** This article problematizes the Brazilian *lawfare*, its relationship with the fascist rise in the neoliberal context and its reflexes in the criminal procedure. The sustained hypothesis is that Operation Lava Jato, which presented all the characteristics of *lawfare*, contributed to the intensification of bolsonarist fascism and strengthened the authoritarian ideology in the area of criminal procedure. The results of the research, carried out through a bibliographic review and examination of legislation, bills and other documents relevant to the subject, are organized into four chapters that present, respectively, analyzes on the timelessness of fascism and the possibility of its intensification in neoliberal democracies; the Brazilian criminal procedure and the factors that make it susceptible

brasileiro e os fatores que o tornam suscetível às práticas autoritárias; a estratégia *lawfare* e sua relação com a ascensão do fascismo; e o *lawfare* brasileiro, nomeado de Operação Lava Jato, e seus impactos na esfera processual penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Lawfare* – Processo penal – Fascismo – Democracia – Neoliberalismo.

to authoritarian practices; the *lawfare* strategy and its relation to the rise of fascism; and the Brazilian *lawfare*, named Operation Lava Jato, and its impacts on the criminal procedure area.

**KEYWORDS:** *Lawfare* – Criminal procedure – Fascism – Democracy – Neoliberalism.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O fascismo para além dos marcos históricos. 3. O processo penal brasileiro – Uma via aberta para as práticas autoritárias. 4. O *lawfare* e a ascensão do fascismo no Brasil. 5. O *lawfare* brasileiro e seus impactos no campo processual penal. 6. Considerações finais. 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O termo “fascismo” é demasiado contundente. Sua insultuosidade remete a uma quadra histórica bem delimitada, marcada por um tipo de autoritarismo radical e pela violência praticada de forma cruel e metódica. Quase um século depois, as imagens dos assassinatos em massa e da destruição ainda causam repulsa e vergonha. Lamenta-se que a maioria das pessoas não consiga relacionar os meandros da matança empreendida pelos fascistas no início do século XX com a política de morte que alicerça o projeto neoliberal no contexto atual e impulsiona o extermínio de determinados indivíduos.

Muito em decorrência do modo como é contada a história dos vencedores, o massacre fascista muitas vezes é atribuído à loucura e/ou ao sadismo dos líderes dos velhos Estados totalitários e autoritários europeus, regimes que se mostraram ideológica e esteticamente bem definidos. Não por acaso, até pouco tempo, antes de a extrema direita promover ataques explícitos à democracia, qualquer analista que utilizasse o termo “fascismo” corria o risco de ser acusado de radical, exagerado, imaturo, anacrônico etc. No Brasil, por exemplo, tanto no *mainstream* acadêmico quanto nos veículos de comunicação tradicionais, o termo passou a ser utilizado com mais frequência, sendo associado às posturas antidemocráticas, somente quando se tornou impossível ignorar a radicalidade do bolsonarismo.

É curial antecipar – e alertar – que esse tipo de radicalidade que se intensifica por aqui e em outros países ocidentais (adquirindo consistência em agressões e assassinatos de militantes progressistas e, em outros episódios igualmente aterrorizantes, como as invasões dos prédios dos três Poderes da República brasileira e do Capitólio dos Estados Unidos) não é consequência de uma simples polarização política, mas da intensificação de pulsões antidemocráticas de essência fascista. Desde a metade da década de 2010, as variáveis ou características do fascismo, para lançar mão dos diagnósticos de Theodor W. Adorno (2020) e Umberto Eco (2017), tornaram-se profusas. Logo, não é prudente duvidar do fascismo do presente. Conforme demonstraremos no decorrer do trabalho, o fascismo escapa dos

limites históricos e sua ascensão é plenamente possível nas democracias contemporâneas, especialmente nas fugitivas pelo neoliberalismo.

Como neste trabalho trataremos do *lawfare* brasileiro, das suas relações com a ascensão do fascismo e com o recrudescimento do autoritarismo processual, é relevante ressaltar, de início, que o processo penal brasileiro é influenciado tanto pelos microfascismos, que lhe são exógenos (que são medulares no punitivismo), quanto pelos arquétipos jurídico-penais do fascismo histórico arraigados em seu âmago. Inquestionavelmente, sua estrutura e a cultura jurídica que lhe serve de sustentáculo têm origem na inteligência do fascismo de Benito Mussolini. Não se deve esquecer de que a nossa legislação processual penal, apesar das reformas operadas posteriormente à redemocratização, mantém o modelo processual de 1941, inspirado no processo fascista gestado por Vincenzo Manzini, e que a racionalidade de tecnicista disseminada desde então ainda predomina no campo (GLOECKNER, 2018; SILVEIRA, 2021).

Comenta-se muito sobre as heranças inquisitoriais no processo penal brasileiro, mas sua submissão à racionalidade tecnicista-fascista é pouco investigada. Reconhecer a influência do texto legal do *Codice Rocco* no Código de Processo Penal brasileiro é insuficiente para se compreender a dinâmica do autoritarismo no campo. Obviamente, o processo penal brasileiro congrega caracteres de matriz inquisitória, todavia, exatamente nos moldes como foram rearranjados por Manzini e outros tecnicistas alinhados ao fascismo (SILVEIRA, 2021). Tal característica denota a incompatibilidade do processo penal brasileiro com o prisma constitucional democrático e, paradoxalmente, faculta visões opostas, que defendem a constitucionalidade do modelo processual misto ou que ele é passível de ser adequado mediante reformas pontuais. Os sintomas mais claros da predominância e da profundidade da racionalidade tecnicista-fascista são as frequentes supressões e relativizações das garantias processuais e a naturalidade com que tais práticas são admitidas.

Manzini foi habilidoso em dissimular a inquisitorialidade do processo mediante o reconhecimento superficial de alguns paradigmas da tradição jurídico-penal liberal. Por ser inspirado no *Codice Rocco* e na sua principiologia, o processo penal brasileiro, do mesmo modo que o processo do regime fascista (SBRICCOLI, 1999; GARLATI, 2010; LACCHÈ, 2015), sempre viabilizou *performances* judiciais autoritárias maquiadas por uma fachada democrática (PASTANA, 2009; CARVALHO, 2014). Diante disso, não deve causar espanto o fato de que, no contexto neoliberal, em tempos de ascensão do fascismo, o processo siga sendo facilmente instrumentalizado para finalidades que contrariam os princípios catalogados na Constituição da República. O processo segue sendo a engrenagem mais potente da estratégia de administrar a miséria mediante o encarceramento e a neutralização das populações em situação de vulnerabilidade social, mormente dos jovens negros, mas também tem sido instrumentalizado em nome de grandes interesses político-econômicos, tendo em vista, especialmente, assegurar a estabilidade do projeto neoliberal (GLOECKNER; SILVEIRA, 2020). Em ambas as frentes, o processo tupiniquim segue produzindo violações massivas de direitos e garantias fundamentais.

Exposta a problemática, partindo do pressuposto de que a Operação Lava Jato reproduziu perfeitamente a estratégia definida como *lawfare*, que sempre afeta os campos político

e jurídico (ZAFFARONI, CAAMAÑO, WEIS, 2021; SANTORO; TAVARES, 2022), considerando, também, as naturezas de seus objetivos e a conjuntura política em que esteve inserida, o presente artigo tem como objetivo analisar o *lawfare* brasileiro e problematizar sua relação como a ascensão fascista e seus reflexos no campo processual penal, que sempre ostentou características autoritárias.

Para cumprir tais propósitos, o artigo, elaborado por meio de revisão bibliográfica interdisciplinar e do exame da legislação, de projetos de lei e de outros documentos pertinentes ao tema, foi organizado em quatro capítulos que analisarão, respectivamente, a atemporalidade do fascismo e a possibilidade de sua intensificação nas democracias neoliberais; o processo penal brasileiro e os motivos de sua suscetibilidade às práticas autoritárias; a estratégia *lawfare* e sua relação com a ascensão do fascismo no Brasil; e o *lawfare* brasileiro, nomeado de Operação Lava Jato, e seus impactos no campo processual penal, os quais serão apresentados a seguir.

## 2. O FASCISMO PARA ALÉM DOS MARCOS HISTÓRICOS

Para compreender a ascensão do fascismo em nosso tempo, é fundamental perceber que o fenômeno não se restringe à dimensão histórica, ou seja, aos totalitarismos e autoritarismos europeus do passado. Por mais que suas ideias-força tenham se consubstanciado de modo mais transparente na forma de movimentos de massas organizados, como o fascismo italiano, que acabou se tornando partido político e depois um regime ditatorial militarizado, marcado por liturgias e simbologias próprias, em uma determinada região e em um período histórico bem-definido (DE FELICE, 2012; MARIÁTEGUI, 2016; MILZA; BERS-TEIN, 2009), o fenômeno transcende os marcos temporais.

O fascismo histórico foi e ainda é interpretado de diversas formas. As divergências interpretativas devem ser enfrentadas com naturalidade, uma vez que, além das singularidades ideológicas que marcam a visão de cada pesquisador, em sua aparição inicial, o fenômeno se apresentou de modo anfigúrico e heterogêneo, impossível de ser examinado em sua totalidade ou de forma monodisciplinar (PAXTON, 2007, p. 44; TARQUINI, 2016, p. 13-14). Uma das mais pertinentes interpretações do fascismo foi a traçada por Wilhelm Reich, publicada em 1933, na obra *Psicologia de massas do fascismo* (1974).

O psicanalista pormenorizou o fascismo como um fenômeno psicológico bastante complexo, produto do mal-estar causado pelas agruras típicas da sociedade capitalista industrializada. Na visão de Reich (1974), as massas não teriam sido enganadas, mas desejado o fascismo por diversos motivos, principalmente, pela habilidade de seus líderes em manipular os afetos. Nessa esteira, asseverou que os fascistas chegaram ao poder porque conseguiram estimular e canalizar as angústias e os temores da população, ação que foi procedida mediante a difusão de uma grande quantidade de propaganda (REICH, 1974, p. 37 e 65 e ss.).

O pensamento de Reich é relevante porque permitiu vislumbrar o fascismo para além dos regimes totalitários do século XX. Foi a partir dessa observação de que as massas teriam

desejado o fascismo em certo momento e em determinada situação que Deleuze e Guattari (2011) desenvolveram suas análises sobre o fenômeno, fornecendo valiosas chaves para o entendimento da sua continuidade depois do fim da Segunda Guerra Mundial. Os pensadores franceses superaram as interpretações que reduziam o fascismo à condição de uma ideologia política autoritária imposta verticalmente em uma determinada época. Entretanto, diversamente de Reich (1974), que compreendia o desejo pelo fascismo como sendo fruto de uma operação intrapsíquica negativa vinculada ao sadismo ou às inibições sexuais, eles afirmaram o caráter positivo desse desejo, indicando, ainda, que ele é socialmente produzido (DELEUZE; GUATTARI, 2011).

Nessa ótica, o fascismo não é meramente o desenlace de uma ideologia, da alienação ou das repressões intermediadas pela família nos termos da tríade edipiana de Freud, mas originado no plano psíquico por meio do agenciamento dos afetos negativos gerados pelo modo de vida que caracteriza as democracias liberais capitalistas. Ao mesmo tempo que gesta as subjetividades necessárias à produção, à circulação dos bens e ao lucro, o capitalismo liberalizado, em virtude dos problemas e conflitos que lhe são imanentes, aguça inseguranças, medos, ressentimentos e outros tipos de sofrimentos suscetíveis de serem agenciados e transformados em desejo pelo fascismo (DELEUZE; GUATTARI, 2011, p. 46-47 e 141-142).

Pela perspectiva deleuze-guattariana, todas as sociedades e indivíduos são atravessados simultaneamente por duas segmentaridades interligadas: uma molar, por característica binária, homogeneizante e marcada por referências mais rígidas, na qual figuram os objetos e os discursos que representam a realidade, e outra molecular, caracterizada pela flexibilidade e pela fluidez, que se refere ao plano dos sentimentos, do invisível, das intensidades, da produção dos desejos. E como “tudo é político”, essas segmentaridades são lastreadas pelo político em dois níveis que são inseparáveis, o macropolítico e o micropolítico. No primeiro, operam as políticas do aparelho de Estado, enquanto, no segundo, dão-se as micropolíticas dos afetos. De acordo com Deleuze e Guattari (2012, p. 99-101), é no nível micropolítico que serão moldados as percepções e os comportamentos (atitudes, posturas etc.) dos sujeitos, e nele é que será produzido o desejo pelo fascismo. É por essa potência micropolítica-molecular que, conforme alertaram os pensadores, “é muito fácil ser antifascista no nível molar, sem ver o fascista que nós mesmos somos, que entretemos e nutrimos, que estimamos com moléculas pessoais e coletivas”, e que o fascismo é tão perigoso. É também por força dela que o fascismo sempre romperá os limites dos marcos históricos (DELEUZE; GUATTARI, 2012, p. 102).

Oportuno aclarar, mesmo resumidamente, que, o plano macropolítico, que corresponde ao nível molar, refere-se à “política instituída e estratificada, ao Estado, partidos políticos e conjuntos sociais instituídos [...] à concepção tradicional de política com suas categorias estabelecidas”, enquanto o plano micropolítico, que corresponde ao nível molecular, diz respeito ao plano que abriga as relações de força que produzem as subjetividades, as concepções de mundo, incluindo os agenciamentos e investimentos que produzem desejos, entre eles o pelo fascismo, que poderá se refletir (de modo menos ou mais intenso) no nível molar, mas também nas ações cotidianas, consumando-se, por exemplo, no racismo, na xenofobia, no machismo, no ódio aos pobres, no punitivismo etc. (HUR, 2019, p. 41-42 e 143-144).

A visão deleuze-guattariana sobre o fascismo foi primorosamente sintetizada por Michel Foucault no prefácio da edição estadunidense de *O anti-Édipo*, publicada em 1977. Tornando ainda mais claro o diagnóstico de que o fascismo é um traço constitutivo do modo de vida que caracteriza as democracias capitalistas, o pensador destacou que o fenômeno supera a configuração dos regimes autoritários do início do século XX, pois está no nível das condutas, dos espíritos, ou seja, da própria vida cotidiana, agindo como uma força “que nos faz gostar do poder, desejar essa coisa mesma que nos domina e explora” (FOUCAULT, 1977, p. xi-xiv).

O caso brasileiro é paradigmático em demonstrar a intensificação do fascismo na perspectiva desenvolvida por Deleuze e Guattari (2011; 2012). Nesse sentido, é preciso nomear corretamente as coisas. Para além das leituras que se limitam a indicar simplesmente um momento de polarização política, é urgente perceber que o cenário atual é mais grave, que estamos lidando com o fascismo, mesmo que em moldes adequados às peculiaridades do contexto contemporâneo.

Sinais como o nacionalismo exacerbado, a xenofobia, o racismo, o ódio à política democrática e a consagração de um tipo de política divisionista e bélica baseada na ideia do “nós” e (contra) “eles” (STANLEY, 2018, p. 15 e 178), escancaram o fascismo tropical e suas singularidades (ROSA, 2020). Se a *performance* fascista obteve espaço no plano político-governamental, é porque grande parcela da sociedade brasileira passou a desejá-la fortemente. Utilizando como exemplo o bolsonarismo, movimento que, seguramente, possui essência fascista, a afirmação da jornalista Eliane Brum (2019, p. 262) de que: “Jair Bolsonaro é a encarnação de um fenômeno muito maior do que ele, do qual ele sabe tirar o máximo de proveito”, é de grande valia para esta análise, pois ilustra precisamente a intensificação do fascismo micropolítico e sua reverberação no plano macropolítico.

Considerando que o presente artigo tem como objetivo problematizar o *lawfare* brasileiro, particularmente, sua relação com a escalada fascista e seus reflexos no processo penal, é apropriado memorar que esse campo, que tem o autoritarismo em seu âmago<sup>1</sup>, sempre foi facilmente parasitado por regimes fascistas e outros tipos de regimes autoritários. O fascismo italiano, por exemplo, foi pródigo em demonstrar o quão conveniente (e covarde) é a instrumentalização política do processo penal, tanto no plano macropolítico quanto no micropolítico, já que o processo arquitetado por Manzini foi útil não apenas para legitimar a perseguição de opositores políticos do regime e dos indesejáveis, mas também para mobilizar o fascismo das massas ensandecidas, sedentas pela neutralização de seus “inimigos” (SILVEIRA, 2021). O panorama brasileiro recente ostentou características não muito diferentes, pois, por trás da fachada democrática, a manipulação das regras processuais e do sistema de Justiça, ao mesmo tempo que encontrou amparo nos discursos antidemocráticos de essência fascista, também, os fomentou, fortalecendo uma espiral autoritária que

---

1. Nesse sentido, Carlo Enrico Paliero sustenta que o autoritarismo é um elemento coexistencial do direito penal e do processo penal, que consiste em uma espécie de característica “genética” impossível de ser modificada, sobretudo, por força da natureza coercitiva dos dispositivos do direito público (PALIERO, 2011, p. 161-163).

legitimou os abusos de poder verificados na Operação Lava Jato e possibilitou a concretização dos interesses políticos que a motivaram (ARAÚJO, 2020, p. 224).

Hoje, não restam dúvidas de que, ao mesmo tempo que auxiliou a legitimar o golpe contra a presidente Dilma Rousseff, o *lawfare* lavajatista reforçou o ambiente de insatisfação política gerado na ocasião (muito calcado em visões autoritárias da política e da democracia) e contribuiu para a solidificação das narrativas fascistoides e para o agenciamento dos afetos negativos da população, propiciando, inclusive, a vivência dessa ideologia na prática. Como é de conhecimento comum, desde seu início, a Lava Jato acirrou o ódio ao Partido dos Trabalhadores e aos demais partidos de esquerda (inclusive divulgando elementos informativos pérfidos que serviram como combustível para as narrativas e agressões fascistas), sentimento que acabou se ampliando ao longo do tempo, passando a ter como alvo qualquer pessoa ou agremiação que tivesse apreço pela democracia.

Congruentemente, a Lava Jato se harmonizou com o bolsonarismo que, conforme já salientamos, independentemente de suas particularidades, é embebido do espírito fascista, visto que embasado numa visão mítica e autoritária de nação, na ideia de guerra permanente contra o “inimigo comunista” (rótulo que é atribuído a qualquer pessoa que se posicione contra os valores antidemocráticos) e outros inimigos eleitos de acordo com os interesses do momento, assim como no racismo, na xenofobia e no culto da ação pela ação (ARAÚJO, 2020, p. 234-235-236). Dito isso, tendo em conta a importância da manipulação da justiça criminal na escalada fascista, é interessante problematizar os motivos pelos quais o processo penal brasileiro mostra-se suscetível às práticas autoritárias como o *lawfare*.

### 3. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO – UMA VIA ABERTA PARA AS PRÁTICAS AUTORITÁRIAS

Não são raras as afirmações no sentido de que o autoritarismo no campo processual é resultado da influência do *Codice Rocco* no Código de Processo Penal brasileiro de 1941. É verdade que o diploma processual brasileiro, conforme asseverou Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, é uma “cópia malfeita” do Código de Processo Penal italiano de 1931, escrito por Vincenzo Manzini (MIRANDA COUTINHO, 2018, p. 124-125), jurista que reorganizou o processo penal italiano sobre a estrutura inquisitória preexistente (inspirada no Código Napoleônico – matriz do sistema misto), manejando os preceitos do tecnicismo jurídico, obviamente, em nome dos interesses do fascismo, do qual era partidário (GLOECKER, 2018; SILVEIRA, 2021). Porém, é preciso considerar que o impacto da racionalidade processual penal tecnicista-fascista, orientação que nada mais fez do que reatualizar e mesclar velhos paradigmas inquisitórios e preceitos do positivismo criminológico, escamoteando-os sob a fachada da tradição jurídico-penal liberal (essa foi a “grande obra” do tecnicismo jurídico), sobrepujou a morfologia da legislação processual. Tal racionalidade também permeou a cultura processual penal brasileira, definindo o modo como nossos doutrinadores, legisladores, magistrados, promotores e advogados compreenderiam o processo e sua instrumentalidade, auxiliando a consolidar a ideia de que o dispositivo é um

instrumento repressivo destinado a promover a defesa da sociedade contra o crime (FARACO, 2016, p. 163).

A leitura comparativa das exposições de motivos do *Codice Rocco* e do CPPB de 1941 evidencia a profundidade da influência da processualística fascista no Brasil. Na Exposição de Motivos do CPPB, firmada pelo Ministro Francisco Campos, é possível reparar não apenas referências aos juristas italianos que atuaram diretamente no processo de recodificação operado pelo regime fascista, mas também uma estreita aproximação discursiva e argumentativa com suas orientações. Em razão disso, é excessivamente simplista atribuir o autoritarismo processual brasileiro às heranças textuais do Código de Processo Penal italiano de 1931. Apesar de significativas e importantes (p. ex., regime de ação penal pública, sistemas de competência, de cautelares e de nulidades), notoriamente, mesmo sendo reforçada e operada por elas, a influência da razão processual penal fascista está para além das categorias e dos institutos elencados no texto codificado (GLOECKNER, 2017, p. 232-238), pois se tornou uma mentalidade, um modo de pensar o processo caracterizado por valores e axiomas securitários (defesa social) que, logicamente, se reflete na legislação e nas práticas dos operadores do campo. Se processo penal brasileiro tem uma estrutura autoritária e as reformas que introduziram dispositivos acusatórios não surtiram os efeitos que os mais otimistas esperavam, é porque ele é compreendido à sombra das premissas inquisitoriais readequadas pelos juristas do fascismo.

Vale esclarecer que, quando mencionamos a presença da razão fascista no processo penal brasileiro, estamos nos reportando à concepção de processo idealizada pelos juristas alinhados ao tecnicismo jurídico e adeptos do regime de Mussolini, que correspondeu à ideologia do fascismo. Em síntese, articulando discursos hipoteticamente técnicos e neutros para subtrair a substancialidade de algumas garantias da tradição jurídico-penal liberal que foram preservadas, a racionalidade processual fascista surgiu (e aqui se mantém) como uma espécie de técnica de fragilização dos limites do poder punitivo estatal com o objetivo de tornar o processo penal mais pragmático na realização da defesa social contra os “inimigos”, fossem eles opositores políticos ou suspeitos de terem praticado crimes comuns (NEPPI MODONA, 1977; VASSALI, 2010).

Em que pese o contexto radicalmente autoritário, o processo penal idealizado por Manzini necessitava ser não somente eficiente em destruir seus opositores políticos e os sujeitos estereotipados como delinquentes (desde sempre a clientela preferencial do sistema de justiça penal), mas também ser percebido pela sociedade italiana como um instrumento legítimo. Foi por isso que o trabalho dos tecnicistas na reestruturação epistemológica do processo penal, cuja eficiência residia na sobreposição dos interesses estatais aos individuais, teve de ser acompanhado pela disseminação de discursos políticos e acadêmicos que justificassem e reforçassem sua condição de instrumento de defesa social (NEPPI MODONA, 1977; VASSALI, 2010).

É cristalino que a doutrina que serviu de lastro para o CPPB de 1941 e que predomina no campo há quase um século tem suas raízes no tecnicismo-fascista. Em que pesem as diversas reformas processuais parciais empreendidas posteriormente à redemocratização, tanto na teoria quanto na prática, na melhor das hipóteses, evoluiu para a perspectiva que

Ricardo Jacobsen Gloeckner (2017, p. 242) definiu como “garantismo compromissário”, um tipo de garantismo que, mesmo reconhecendo as garantias do réu, não se afastou realmente da ideia de que o processo tem finalidade repressiva (puramente apurar a materialidade e a autoria e possibilitar a aplicação do direito penal) e, por isso, foi incapaz de romper com o legado autoritário do passado. Dessa forma, muitos paradigmas tipicamente inquisitoriais nos moldes como foram reacomodados pelos juristas do fascismo, como os de que o processo penal é um instrumento repressivo; que o processamento do réu deve ser célere; que o juiz precisa ser ativo na busca da verdade; que um mesmo juiz pode atuar nas duas fases do procedimento; que a defesa deve ser limitada em alguns momentos processuais; que o rígido respeito às garantias, aos recursos e às impugnações para retardar a realização da justiça e gerar impunidade, seguiram norteando o campo.

Dito isso, pode-se afirmar que o processo penal brasileiro é incompatível com a exigência constitucional de um sistema acusatório, efetivamente garantista. Relevante gizar que o idealizador do CPPBB de 1941 sempre foi um ferrenho crítico do processo penal liberal e suas garantias. Segundo Campos (2001, p. 121), por ter como principal característica o demasiado formalismo, o modelo processual liberal teria se tornado obsoleto diante dos problemas que afetavam a esfera criminal naquela quadra histórica. Por esse motivo, defendeu que o indivíduo acusado de ter praticado um crime não deveria contar com nenhum tipo de imunidade ou presunção que obstaculizasse o exercício do poder punitivo. Sendo assim, a única garantia a ser concedida aos acusados seria a de não ser condenado sem provas. Não por acaso, revelando a influência da razão presente na doutrina processual fascista, o ministro comemorou que, ao impedir qualquer tipo de movimento protelatório ou chicana (que, para ele, seriam as verdadeiras finalidades dos atos processuais destinados à efetivação das garantias), o novo CPPB fortaleceria a atividade repressiva estatal (CAMPOS, 2001, p. 121 e ss.).

Destaca-se que, ao contrário do que ocorreu na Itália fascista, a redação do CPPB de 1941 não ficou a cargo de apenas um jurista. Para elaborar o diploma, “Chico Ciência” designou uma comissão composta por juristas de grande envergadura, como Nélson Hungria, Antônio Vieira Braga, Narcílio de Queiroz e Cândido Mendes de Almeida. Conforme frisou Campos (p. 141), o objetivo da comissão era elaborar um modelo de processo que não tornasse o direito de defesa da sociedade contra o crime uma ilusão, que oferecesse os meios necessários para a apuração da verdade real e a condenação dos delinquentes. Para tanto, foi concedido um largo espaço à iniciativa probatória por parte do juiz, medida justificada com o argumento de que, por meio de uma postura ativa, o juiz teria melhores condições de formar seu convencimento. Tais ideias denotam claramente a absorção da doutrina tecnicista-fascista, que projetou o juiz como garantidor dos interesses policiaiscos do Poder Executivo, melhor dizendo, do *Duce* (LACCHÈ, 2015).

Importante recordar que, pela visão de processo penal sistematizada por Manzini, o fato de ser julgado por um juiz técnico, por si só, já seria a maior garantia do acusado contra as injustiças que porventura pudessem ocorrer. Foi com fulcro neste prisma reducionista, alienado em relação aos riscos inerentes ao modelo processual misto (que, na realidade, é inquisitório), sobretudo no que tange à imparcialidade (MIRANDA COUTINHO, 2018),

que ganhou força a ideia de que o juiz deveria abandonar a posição de espectador inerte defendida pelos artífices da Escola Clássica, para adotar uma postura ativa na busca das provas, tendo em vista conhecer a verdade e, de posse dela, realizar a justiça de modo substancial. Nessa senda, o benefício da dúvida deveria ser concedido somente quando o juiz esgotasse suas buscas pelas provas e não encontrasse nenhum elemento capaz de justificar a condenação (MANZINI, 1933; 1941).

O desprezo pelo *in dubio pro reo* é conectado ao mesmo sentimento em relação à presunção de inocência e pode ser interpretado como um ínsito sintoma da razão fascista que guiou Manzini e os demais tecnicistas que se debruçaram sobre o processo penal. Da mesma maneira que o regime político, o processo penal fascista também foi idealizado sob um prisma pragmático pelo qual todas as garantias que pudessem obstaculizar o poder punitivo – tanto no âmbito da principiologia quanto no das formas e das práticas – deveriam ser suprimidas. Não há incoerência no fato de que Campos (2001, p. 123) tenha defendido o modelo inquisitorial, assinalando que o interesse da administração da Justiça não poderia seguir sendo prejudicado por “obsoletos escrúpulos formalísticos” que beneficiavam apenas os delinquentes, inclusive os presos em flagrante.

É interessante observar que essa concepção restou gravada na já mencionada Exposição de Motivos do CPPB de 1941, no ponto em que o novo processo penal foi classificado por seu idealizador como um instrumento contrário ao excessivo rigorismo formal que servia apenas como um fator gerador de nulidades processuais e de obstruções ao exercício do poder punitivo. Como de costume, Campos (1941), mais uma vez, elogiou os juristas do fascismo e argumentou que um bom direito processual penal deveria limitar as sanções de nulidade a um número mínimo e que estas deveriam ser reconhecidas somente quando não prejudicassem os interesses estatais. Eis a matriz do discurso da “impunidade”, que seguidamente é articulado no contexto atual.

A análise traçada neste capítulo problematizou elementos que conformam a estrutura autoritária do processo penal brasileiro e a cultura processual que lhe dá sustentação, demonstrando que ambas as esferas se interpenetram e se retroalimentam. Em face do exposto, é possível deduzir que a cultura processual predominante, de matriz tecnicista-fascista, obsta a substituição da espinha dorsal do processo penal brasileiro, que tem a mesma natureza, e adquire concretude prática por meio dela. Destarte, o nosso processo segue sendo uma via aberta para o autoritarismo. Infere-se, ademais, que é a aparência ilusória de democraticidade providenciada pelo legado tecnicista-fascista que mascara e facilita a normalização do desrespeito às garantias, fazendo com que a realidade pervertida pelo autoritarismo processual não gere constrangimentos. Por suas características e pelo modo como é pensado, pode-se afirmar que o processo penal brasileiro é um campo fecundo para as práticas e empreitadas antidemocráticas como o *lawfare*.

#### 4. O *LAWFARE* E A ASCENSÃO DO FASCISMO NO BRASIL

Muitos estudos sobre o *lawfare* indicam que o primeiro autor a utilizar o termo para definir o emprego de manobras jurídico-legais, tendo em vista o cumprimento de objetivos

que anteriormente eram alcançados mediante intervenções militares, foi Charles Dunlap Jr. A pesquisa que serviu de base para elaboração deste trabalho apontou que, a partir de 2001, o general aposentado da Força Aérea dos Estados Unidos e professor da *Duke University School of Law* escreveu diversos artigos nos quais discorreu sobre a “guerra jurídica” (2001, 2008, 2009, 2010, 2017). Porém, é preciso registrar que a abordagem proposta por Dunlap (2001, 2008) diverge consideravelmente da realidade da América Latina, pois, apesar de reconhecer que o *lawfare* vem sendo utilizado em diversos países para o cumprimento de desígnios políticos, econômicos, entre outros, em alguns momentos, ele coloca os EUA na posição de vítima, sob a alegação de que o país teve muitas de suas leis modificadas por meio dessa estratégia.

Na América Latina, as manipulações jurídicas têm sido estimuladas principalmente pelos EUA para destituir governantes ou impedir candidaturas de políticos que, em maior ou menor medida, se opõem ao projeto neoliberal, sempre com o objetivo de interferir nos âmbitos político e econômico dos países (SANTORO; TAVARES, 2022, p. 33; GALINDO, 2020, p. 199). Vale lembrar que os EUA, em nome de seus interesses econômicos, sempre operaram sobre a soberania de diversos Estados. A novidade, agora, é que as intervenções não são mais realizadas como no passado, quando eram alicerçadas na força militar, inclusive com o auxílio das forças armadas dos próprios países alvos, a exemplo do que ocorreu nas ditaduras no Cone Sul (PEREIRA, 2010), mas pelo uso ilícito de seus sistemas de justiça.

As limitações de espaço impostas pelo formato do trabalho não nos permitem traçar uma genealogia do *lawfare* ou analisar com grande profundidade o desenvolvimento dessa tática e todos os seus desdobramentos. Entretanto, parece-nos conveniente descrever o conceito mais completo encontrado no material consultado, cunhado por Emerson Barros de Aguiar (2020, p. 57), o qual fornece importantes aportes teóricos sobre o *lawfare* ao defini-lo como sendo:

“[...] a utilização parcial ou partidária do Poder Judiciário, da lei, dos seus dispositivos e procedimentos jurídicos, e, também de todo aparato do Estado a sua disposição, por agentes públicos com condutas desviantes, para perseguir, combater e impedir os seus opositores políticos ou sabotar políticas públicas, o que, por fim, produz desequilíbrio e instabilidade jurídica e política, e solapa as condições de possibilidade necessárias a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito, baseado na estabilidade emanada das garantias constitucionais e do seu cumprimento.”

Nota-se, na prática, que o *lawfare* enseja o que há de mais indigno no campo jurídico, algo que foi comum nos regimes fascistas e autoritários do passado, ou seja, a utilização do Direito para negar direitos. É preciso reconhecer que a supressão e a relativização das garantias pelo sistema de justiça criminal brasileiro sempre foram uma constante (PASTANA, 2009). Há muito tempo, convivemos com o hiperencarceramento dos pobres, essencialmente dos jovens negros, como método de administração da miséria (WACQUANT, 2001; ANDRADE, 2012), método que é chancelado na esfera processual, tendo em vista que todas as prisões são decretadas por ordens judiciais proferidas em feitos criminais. É importante observar que o *lawfare* precipita uma dinâmica diferente no autoritarismo processual,

a qual, necessariamente, é bem mais requintada, pois tem como alvo pessoas que ocupam posições nos espaços de poder e não a clientela preferencial do sistema penal, que normalmente é eliminada sem grandes artimanhas jurídico-legais (CITTADINO, 2020, p. 50-51).

A aniquilação de governantes e políticos e outros agentes que não se alinham aos interesses neoliberais por meio do *lawfare* é extremamente vantajosa. As manipulações jurídicas conferem uma robusta aparência de legalidade e legitimidade ao arbítrio e, por isso, a perseguição dos “inimigos” acaba não sofrendo contestações contundentes como ocorre com as intervenções operadas pela violência (ZAFFARONI; CAAMAÑO; WEIS; 2021, p. 69).

Não se deve olvidar que existe um neocolonialismo em curso na América Latina. No atual estágio do neoliberalismo, vivemos a iminência de uma plutocracia, realidade marcada pelo governo do sistema econômico financeirizado sobre todos os níveis da vida. Como acertadamente diagnosticaram Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos (2020, p. 45-46-47), trata-se de um novo “marco de poder planetário” que maximizou os controles com o auxílio das novas tecnologias e que vem viabilizando a transferência do poder político para as grandes corporações, fragilizando sobremaneira a democracia. Nesse contexto, caracterizado pelo totalitarismo financeiro, os países em desenvolvimento (que são os alvos preferenciais do *lawfare*) perdem riquezas e autonomia.

A grande eficiência do *lawfare* decorre do ajuste entre monopólios midiáticos e juízes obedientes, artilharia que permite o cumprimento de duas funções de uma única vez, ou seja, a criminalização de políticos que podem obstaculizar ou frear o neocolonialismo neoliberal, e a substituição do capital nacional pelo estrangeiro, cuja maior parte dos possuidores está nos Estados Unidos e em outros países ricos (ZAFFARONI; SANTOS, 2020). Por seu potencial em incentivar a alteração das legislações, o *lawfare* ainda apresenta um *plus* que é o fortalecimento da cultura do *compliance*, que demanda a implementação de refinadas estruturas empresariais destinadas à prevenção de práticas de crimes financeiros. Diante dos elevados custos, a exigência do *compliance* acaba prejudicando ou inviabilizando as pequenas e médias empresas, e tornando o campo propício para que as grandes corporações internacionais monopolizem os mercados (ZAFFARONI; SANTOS, 2020, p. 76-77-79).

Na América Latina, o *lawfare* normalmente se inicia com a disseminação de um discurso de combate à corrupção falacioso, que tem matriz na Escola de Chicago, mais precisamente nas ideias de Gary Becker, que atribuiu ao Estado a culpa pela corrupção, sugerindo como solução, conforme trataremos no último capítulo, a sua redução nos termos neoliberais (GLOECKNER; SILVEIRA, 2020). Depois disso, a estereotipização e o processamento dos alvos escolhidos se tornam tarefas bem mais fáceis. Observa-se que a guerra contra a corrupção é apresentada como uma nova emergência global, como uma obrigação perante os “inimigos corruptos”, em um panorama bastante parecido com o constatado nas guerras contra o terrorismo, contra as drogas etc. Com efeito, todas essas emergências têm como características a fragilização dos limites do poder punitivo e a prática de abusos, isto é, fatores que vergastam a democracia em sua essência (ZAFFARONI; SANTOS, 2020, p. 125).

Do mencionado conluio necessário para o êxito do *lawfare*, o elemento mais importante, incontestavelmente, é o juiz disposto a colaborar. É curial ponderar que essa colaboração pode ocorrer por força de promessas de cargos, promoções e/ou por questões políticas,

ideológicas ou financeiras, uma vez que, nem sempre, esses interesses estão vinculados à relação desses magistrados com o Poder Judiciário. Definido o “juiz vendido”, como a acusação é sempre pela prática de um tipo penal, comumente crimes contra administração pública e/ou financeiros, basta o processar o inimigo já estigmatizado, obviamente, cerceando suas garantias, e distribuir informações para os *mass media* sensacionalizar o caso. Grande parte da população apoia o *lawfare* justamente porque passa a perceber o acusado como um corrupto que surrupiou o dinheiro de seus impostos, como um dos responsáveis pelos infortúnios enfrentados pela sociedade. Manifestamente, para algumas pessoas, pouco importa a imparcialidade do juiz e as demais garantias, já que apoiam o *lawfare* influenciadas por suas preferências ideológicas e/ou seus interesses político-partidários (ZAFFARONI; CAAMAÑO; WEIS, 2021, p. 70-71). Destaca-se que, no contexto atual, caracterizado pelo predomínio das tecnologias *on-line*, especialmente, pela difusão da informação em alta velocidade nas redes sociais, da fase da demonização de seus alvos até a condenação injusta dos mesmos, o *lawfare* conta ainda com o auxílio de ecossistemas de mentiras sustentados por *fake news* que ostentam grande potencial para destruir reputações (DONOVAN; LEWIS; FRIEDBERG, 2019; FIELITZ; MARCKS, 2019; SANTINI et al., 2019; BARBOSA, 2019).

Para a concretização do *lawfare*, além dos juízes, outros agentes públicos que atuam junto à Justiça, como promotores, agentes de segurança, também precisam estar inclinados a praticar desvios no exercício de suas atribuições, a violar leis e o devido processo legal e a fingir estar atuando dentro das regras do jogo democrático. Não é demais lembrar que as alianças entre esses funcionários, juízes e os meios de comunicação, independentemente dos interesses políticos e/ou econômicos envolvidos, podem se realizar de forma tácita ou, simplesmente, pela adesão complacente (AGUIAR, 2020, p. 59-60). Alguns funcionários, sobretudo os que não atuam em posição de comando, também podem participar da farsa jurídica por se sentirem pressionados. É por isso que, apesar de muitas vezes evidente, é difícil comprovar a parcialidade ou o comprometimento dos agentes com os interesses espúrios que motivam a farsa jurídica.

Além do juiz parcial, outro traço emblemático do *lawfare*, pois mostra cabalmente que se trata de uma manipulação jurídica, é a ausência de provas. Em regra, pela ótica da epistemologia judiciária democrática da prova penal (BADARÓ, 2019), o conjunto probatório é sempre insuficiente para justificar medidas cautelares restritivas e/ou a condenação. É por isso que as decisões proferidas nesses processos são sempre fulcradas em ilações ou em elementos informativos produzidos de modo irregular ou ilícito. Esse detalhe reforça a importância dos *mass media*, pois, além do papel desempenhado em favor da destruição da imagem do inimigo, a espetacularização forçada por eles gera no grande público a impressão de que existem provas. Nessa senda, um detalhe importante é o fato de que a dinâmica sensacionalista que maximiza a sensação sobre a corrupção (que é propalada também por *think tanks* e organizações não governamentais financiadas por empresas privadas que seguidamente publicam relatórios e informações elaborados mediante metodologias duvidosas) tende, ainda, a influenciar os tribunais que examinarão os recursos dos acusados (ZAFFARONI; CAAMAÑO; WEIS, 2021, p. 72-73).

A manipulação das informações pelos *mass media* auxilia na legitimação do *lawfare* também porque permite a associação da imagem do juiz ao estereótipo de um profissional exemplar acima de qualquer suspeita e imparcial, que até mesmo permite ao inimigo exercer seu direito constitucional à ampla defesa. Neste ponto, é válido destacar que a substancialidade dessa defesa, condição que poderia ser aferida somente por um exame mais aprofundado e baseado no conhecimento jurídico, nunca é questionada. O senso comum influenciado pelo espetáculo sensacionalista percebe qualquer processo criminal que conte com um acusador, um juiz e um defensor, e que respeite a cronologia dos atos processuais previstos na lei, como um procedimento que garante o direito à ampla defesa e às demais garantias (ZAFFARONI; CAAMAÑO; WEIS, 2021, p. 73-74). Tal percepção não é muito diferente da visão processual tecnicista-fascista. No Brasil, onde foi disseminada por quase um século, é ela que persiste e sustenta a aparência de legalidade por trás da qual os direitos e as garantias dos alvos do *lawfare* são suprimidos ou relativizados.

Outro expediente normalmente utilizado no *lawfare* é a flexibilização dos critérios de fixação competência, de modo com que os processos dos “inimigos” sejam sempre julgados pelos juízes corrompidos. Nessa perspectiva, ganham força os institutos negociais como o da colaboração premiada, que beneficia quem acusa seus supostos comparsas (ZAFFARONI; CAAMAÑO; WEIS, 2021, p. 108-109-110). Interessante sublinhar, também, que os processos que concretizam o *lawfare* tramitam com uma celeridade descomunal, em um prazo muito mais exíguo do que a média de tramitação dos processos (ZAFFARONI; CAAMAÑO; WEIS, 2021, p. 148).

Exemplo de *lawfare* no Brasil foi a Operação Lava Jato, que se desenrolou imbricada ao ambiente de insatisfação política que ganhou força a partir de 2013, sendo constantemente potencializado por denúncias espetacularizadas de corrupção e pela disseminação do discurso de combate à corrupção tipicamente neoliberal que se materializou no projeto populista antidemocrático – e cheio de inconstitucionalidades – denominado de Dez Medidas contra a Corrupção, apresentado pelo Ministério Público Federal (SANTORO; TAVARES, 2022, p. 33). Oportuno consignar que, com o final da Operação, o procurador Deltan Dallagnol, que foi o “garoto-propaganda” do projeto, exonerou-se do MPF e se lançou como político, opção que foi bem-sucedida, já que, utilizando como plataforma o combate à corrupção e a oposição ao Partido dos Trabalhadores, aproveitando também a onda bolsonarista, conseguiu se eleger deputado federal nas eleições de 2022. Essa trajetória demonstra com clareza os verdadeiros interesses do ex-Procurador da Lava Jato.

O “Caso Lula”, mais precisamente, explicitou o funcionamento do *lawfare*, tendo em vista que, além dos interesses financeiros estrangeiros sobre a Petrobras e dos interesses políticos em destruir a imagem do (na época) ex-presidente e impedir sua candidatura nas eleições de 2018, estiveram presentes elementos como a disseminação do discurso contra a corrupção, o apoio midiático na criação da figura do inimigo e na sua destruição, os agentes públicos dispostos a colaborar com a farsa, bem como um processo conduzido ao arripio das garantias do réu, *performance* que ficou comprovada com o reconhecimento da parcialidade de Moro e a anulação de todos os atos praticados por ele no processo pelo Supremo Tribunal Federal em 2021 (*Habeas Corpus* 164.493 e 193.726). Não pairam dúvidas

de que a Lava Jato deu azo a uma verdadeira e covarde guerra política travada sobre a estrutura jurídica, estratégia que se caracterizou pelo uso perverso do direito mediante práticas arbitrárias, e, pelo menos nessa magnitude, nunca havia sido operada no país (SANTORO; TAVARES, 2022, p. 42-43).

Evidentemente, o *lawfare* brasileiro apresentou algumas particularidades, como mesclar os interesses neoliberais aos interesses econômicos e ideológicos da elite tradicionalmente reacionária, que não hesitou em se aliar à extrema direita fascista. Sem dúvidas, a Lava Jato foi um recurso que objetivou não apenas inviabilizar a candidatura de Lula para beneficiar a direita, mas, também, afastar as classes populares das decisões políticas e minar a própria democracia (FEITOSA, 2020, p. 110-111). Com efeito, a guerra jurídica legitimada pelo discurso anticorrupção que foi muito útil para o agenciamento dos afetos negativos que se consubstanciaram no fascismo tupiniquim, auxiliando no fortalecimento da criminalização da política democrática, também foi contra a ideia da justiça social. Não por acaso, tivemos Bolsonaro, comandando a aventura neoliberal (SANTORO; TAVARES, 2022, p. 93 e ss.), desde sempre compatível com o autoritarismo (CHAMAYOU, 2020) e a miséria (LAZZARATO, 2011).

Entre os elementos que evidenciam o uso político do direito penal e do processo penal pela Lava-Jato, está a própria sentença proferida por Moro no Caso Lula. Na análise de Afrânio Silva Jardim (2017), apesar da aparência jurídica, a decisão que condenou o ex-presidente se mostrou tecnicamente defeituosa e puramente político-eleitoreira, e, por isso, injusta. Em resumo, o diagnóstico do jurista apontou que, já no relatório, a farsa promovida no processo restou desvelada, visto que o juiz utilizou inúmeras páginas desse trecho para se defender das ilegalidades (conduções coercitivas, buscas e apreensões domiciliares, interceptações telefônicas, vazamento de informações), forçando uma aparência de motivação. Expôs também que, em outro ponto da sentença, o magistrado manejou fundamentos inadequados para justificar a pretensa competência por conexão da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba para o julgamento do caso. Segundo Silva Jardim (2017, p. 17-18-19), o trecho do *decisum* que coteja os supostos elementos probatórios se mostrou igualmente inidôneo, pois Lula foi acusado de ter praticado os crimes de corrupção (supostamente, praticados para privilegiar a OAS em contratos com a Petrobras, em troca de um apartamento triplex parcialmente reformado) e de lavagem de dinheiro (porque o ex-presidente não realizou qualquer negócio jurídico hábil a transferir o referido imóvel ao seu patrimônio), entretanto, não existiram provas no processo que comprovassem a materialidade e/ou a autoria em relação a essas condutas, mas apenas ilações na direção de que Lula teria responsabilidade por ter recomendado a nomeação de diretores e gerentes da Petrobras. A parcialidade de Moro, escancarada quando se aliou ao bolsonarismo e reconhecida posteriormente pelo STF, comprova que a condenação de Lula foi um grande embuste.

Hoje, é de conhecimento comum que a sentença de Moro se estribou em argumentos e insinuações que, de acordo com o prisma jurídico-democrático, não podem servir como prova da prática de um delito. Mais do que a doutrina jurídico-penal, a peça visivelmente afrontou a ordem constitucional democrática e os princípios civilizatórios, materializando a lógica inquisitória do direito penal do inimigo. O autoritarismo típico do *lawfare* restou

cristalino. Ante o exposto, é possível constatar que o *lawfare* se opõe completamente à visão garantista amparada nos valores democráticos e na tradição jurídico-penal liberal, que mira a tutela das liberdades individuais (SANTORO; TAVARES, 2022, p. 53), bem como que, no caso brasileiro, essa prática, executada na Operação Lava Jato, apresentou-se conectada à escalada fascista que culminou na eleição de Bolsonaro e na normalização dos ataques à democracia.

## 5. O *LAWFARE* BRASILEIRO E SEUS IMPACTOS NO CAMPO PROCESSUAL PENAL

Resta claro que as intervenções políticas e econômicas lastreadas pelo *lawfare* são bem mais promissoras do que as empreendidas pela violência armada. Conforme problematizado no capítulo anterior, a vantagem decorre do fato de que o formalismo jurídico dessa estratégia confere uma aparência de legalidade e legitimidade que permite ocultar o estado de exceção permanente que lhe caracteriza (ARAÚJO, 2020, p. 223). Todavia, segundo Wécio Pinheiro Araújo (2020, p. 224), independentemente do seu refinamento, a instrumentalização do Estado de Direito pelo *lawfare* conduz a um panorama sombrio caracterizado pelo que denominou de “autoritarismo do formalismo democrático”, que corrói o núcleo da própria Democracia.

O fenômeno processual penal brasileiro denominado de Lava Jato confirma tal hipótese. A manipulação criminosa do sistema de justiça tendo em vista alçar a extrema direita ao poder e assegurar a continuidade do projeto neoliberal maculou elementos vitais da frágil democracia brasileira. Notoriamente, os principais resultados da Operação foram a eleição de Bolsonaro, que implementou um governo com traços fascistas, o afastamento das classes populares e minorias das decisões políticas, bem como o fortalecimento e a normalização de demandas punitivistas que fustigam direitos e garantias fundamentais preconizados na Constituição da República.

A esta altura do escrito, é válido repetir que não existe incompatibilidade entre neoliberalismo e autoritarismo. Pela forma de vida que impõe, o neoliberalismo necessita recorrer ao autoritarismo para se estabilizar. Em síntese: ao mesmo tempo que instiga uma frenética concorrência no livre mercado, engendrando tragédias de diversas ordens, esse regime-racionalidade exige que o Estado lance mão de seu braço repressivo para neutralizar qualquer tipo de contestação e as dissonâncias sociais que lhe são iminentes (DARDOT; LAVAL, 2016; HINKELAMMERT, 2018). O uso do sistema de justiça criminal contra os supostos “inimigos” sempre acompanhou as realidades neoliberais (WACQUANT, 2007). No Brasil, que aderiu ao projeto neoliberal com mais força a partir da década de 1990 (SAAD FILHO; MORAIS, 2018), por óbvio, não tem sido diferente.

Conforme relatado no capítulo anterior, o *lawfare* é uma estratégia que vem sendo utilizada em toda a América Latina em prol do projeto capitalista neoliberal (ZAFFARONI; SANTOS, 2020; ZAFFARONI, CAAMAÑO, WEIS, 2021). Não é à toa que, no Brasil, o *lawfare* se apresentou lastreado por um discurso anticorrupção tipicamente neoliberal, nos termos estabelecidos pela Escola de Chicago, mais precisamente pelo trabalho de Gary Becker (1995),

que sustentou que o Estado intervencionista, que distribui riqueza mediante o assistencialismo, seria a principal fonte da corrupção. Por esse ângulo, a forma mais eficiente de combater a corrupção seria por meio da redução do tamanho do Estado, pelo estabelecimento de governos baseados nas lógicas empresariais.

As campanhas anticorrupção disseminadas para favorecer a neoliberalização dos governos se apresentam em diversas frentes, todas elas inter-relacionadas. As mais importantes são a advertência de que a corrupção é o principal entrave para o desenvolvimento dos países (apesar de não existirem provas empíricas destas afirmações), a recomendação da redução do Estado mediante privatizações e instauração de controles orçamentários como meio mais adequado para resolver o problema (BLYTH, 2013) e a determinação da adoção de dispositivos legais antilavagem de dinheiro e contra o crime organizado que, no final das contas, acaba viabilizando o *lawfare* (ZAFFARONI; CAAMAÑO; WEIS; 2021). Nessa direção, a racionalidade neoliberal é vendida como a mais eficaz para erradicar a corrupção, sem nenhum tipo de preocupação com os princípios democráticos (GLOECKNER; SILVEIRA, 2020).

Como estamos tratando da relação entre o *lawfare* e a ascensão fascista no Brasil, é indispensável grifar que, ao gerar desigualdades, pobreza e precariedade, o neoliberalismo paralelamente produz conflitos, violências e, por conseguinte, estimula os afetos negativos no seio social. Os ressentimentos e o ódio ao outro, ao “inimigo corrupto”, indispensáveis para a produção do desejo pelo fascismo e para o êxito do *lawfare*, são reflexos inatos à forma de vida neoliberal. Não se deve estranhar que a consolidação do neoliberalismo, tanto no plano político-econômico quanto na condição de racionalidade, tenha pavimentado o caminho para o fortalecimento do fascismo. O cenário atual demonstra que o economista Franz Hinkelammert (2018, p. 158) está coberto de razão quando afirma que o neoliberalismo é “descendente legítimo do pensamento fascista”, já que, mesmo que não contemple alguns preceitos dessa ideologia, “compartilha a mesma espiritualidade”.

O nacionalismo exacerbado, o racismo, a xenofobia, a aversão à política democrática, o punitivismo radical, assim como a defesa do fechamento de instituições democráticas e da instauração de uma ditadura, preconceitos e demandas que se apresentam em larga escala no contexto atual, indicam que vivemos um momento de intensificação do fascismo. Sinal que corrobora essa hipótese é o fato de que, pouco antes do segundo turno das eleições de 2022, todo o campo democrático, incluindo personagens políticos identificados com a centro-direita liberal (que antes polarizavam com a esquerda), uniu-se ao candidato do Partido dos Trabalhadores para derrotar o projeto antidemocrático de Bolsonaro. O *lawfare* brasileiro foi empreendido em prol desse fascismo. Não se deve descurar que depois da eleição do “Mito” em 2018, o na época juiz Sergio Moro, o ator mais decisivo da artimanha judicial contra Lula, tornou-se seu Ministro da Justiça e da Segurança Pública, e que, mais recentemente, depois de ter sido eleito senador, segue alinhado ao bolsonarismo. Apesar da derrota de Bolsonaro nas urnas, é cristalino que a o *lawfare* brasileiro cumpriu seus objetivos, como o fortalecimento do projeto neoliberal (que resultou no aumento da violência e na volta da fome) e a projeção de seus principais agentes e defensores aos círculos do poder político (muitos deles em cargos eletivos), todos eles identificados com a extrema direita que segue ameaçando gravemente a democracia brasileira.

As justificativas em tom salvacionista aviadas por Moro (2019, p. 185 e ss.) com o intuito de demonstrar que atuou com imparcialidade e que a Lava Jato teve como escopo combater a corrupção sistêmica instaurada por políticos da esquerda não procedem. Sabidamente, Moro tem ojeriza à esquerda e até mesmo aos progressistas que se aproximam mais do centro. Muitas de suas posturas e manifestações durante o processo eleitoral de 2022 evidenciaram essa aversão. Para os que relutam em reconhecer a parcialidade em sua atuação como juiz, recomenda-se a análise do material publicado pela “Vaza Jato” (título da série de reportagens publicadas pelo portal *The Intercept* que divulgou inúmeras mensagens trocadas entre policiais federais, procuradores e o próprio Moro). O material divulgado revelou as motivações políticas e as relações e práticas espúrias completamente incompatíveis com o prisma processual penal democrático que caracterizam o *lawfare* brasileiro.

O *lawfare* brasileiro também impactou o campo processual penal, robustecendo a racionalidade tecnicista-fascista predominante desde a década de 1940. Tal afirmação é comprovada pelo conteúdo dos discursos que legitimaram (pelo menos por um período de tempo) a farsa jurídica procedida na Lava Jato, os quais repercutiram inclusive nas instâncias superiores (nessa senda, o *Habeas Corpus* 126.292 – STF, que autorizou a execução provisória da pena em segunda instância, é bastante simbólico), e que restaram contemplados no Pacote Anticrime esboçado por Moro, cujos alguns dispositivos autoritários acabaram contemplados na Lei 13.964/2019 (um dos melhores exemplos é a determinação da execução provisória da pena como decorrência automática da condenação pelo Tribunal do Júri, agora preconizada no artigo 492, I, e, do CPPB).

Visivelmente, nos termos em que foi inicialmente apresentado pelo Ministro Sergio Moro, o Pacote Anticrime (Projeto de Lei 882/2019) se mostrou radicalmente contrário à ideia de implementar um processo penal acusatório que vinha ganhando força entre os juristas e acadêmicos do campo progressista. Muito próxima das “Dez Medidas contra a Corrupção” apresentadas pelo Ministério Público Federal ao Congresso Nacional em 2016, a proposta de Moro retomou e reforçou diversos elementos nucleares do tecnicismo-fascista, sempre muito útil para reatualizar e relegitimar os velhos e pragmáticos paradigmas inquisitórios, sempre contrários aos formalismos que materializam as garantias.

O Projeto de Lei 882/2019 não contou com uma exposição de motivos, peça que normalmente acompanha as propostas e que permitiria a análise mais acurada de seus objetivos e de sua principiologia. Contudo, considerando que em seu discurso de posse Moro asseverou que a finalidade da proposta seria “[...] enfrentar os pontos de estrangulamento da legislação penal e processual penal e que impactam a eficácia do Sistema de Justiça Criminal”, justificando-a especialmente no mito da impunidade e na sensação de insegurança da população ante o nível “epidêmico” de criminalidade (MORO, 2019), o substrato teórico-principiológico restou bastante evidente.

Constata-se que o discurso securitário de Moro se diferenciou muito pouco dos preceitos presentes nas obras e na exposição de motivos do *Codice Rocco* escritas por Manzini (MANZINI, 1900; 1911; 1920; 1931; 1933; MANGINI; GABRIELI; CONSENTINO, 1930). O ideário processual penal lavajatista se mostrou nitidamente inspirado no velho tecnicismo fascista, de matriz inquisitória, especialmente, nos já referenciados mantras de que o

processo deve ser mais célere; que as formalidades, os recursos e algumas garantias processuais obstaculizam o exercício do poder punitivo (que Moro pretendia “destravar”); que o juiz deve ter uma postura ativa na busca da prova; que o processo é um instrumento repressivo – de defesa social que compôs a base da sua manifestação de posse (MORO, 2019). Portanto, é natural que argumentos destinados a relativizar, por exemplo, a presunção de inocência e as nulidades, em favor de uma pretensa justiça substancial (ideias típicas dos juristas do fascismo), independentemente, das maquiagens discursivas que receberam, tenham reaparecido no Pacote Anticrime.

Outro ponto da defesa do Projeto de Lei 882/2019 presente no discurso de posse do ministro Moro que interessa ao presente escrito, mormente, porque confirma a compatibilidade das racionalidades tecnicista-fascista e neoliberal, que tem no *lawfare* uma estratégia de legitimação das intervenções pró livre mercado, é o que infere:

“Essas elevadas taxas de criminalidade, seja do crime de corrupção, seja do crime organizado, seja do crime violento, prejudicam o ambiente de negócios e o desenvolvimento. Pior do que isso, geram desconfiança e medo, afetando a credibilidade das instituições e, em certo nível, a própria qualidade da democracia e da vida cotidiana.” (MORO, 2019.)

Menos de um ano depois de sua apresentação por Moro, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei Anticrime, entretanto, com importantes alterações procedidas pelos congressistas. Com isso, a Lei 13.964, sancionada pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro em 24 de dezembro de 2019, acabou inovando ao introduzir no CPPB a figura do juiz de garantias (artigos 3º-A e ss.), o dever de preservação da cadeia de custódia da prova (artigos 158-A e ss.), a audiência de custódia (artigos 287 e 310), a vedação da decretação da prisão preventiva de ofício (artigo 311), entre outros dispositivos de essência acusatória. Ainda assim, muitos pontos do esboço original destinados a recrudescer o sistema penal e a “destravar” o processo restaram mantidos na lei. Entre eles, merecem destaque o acordo de não persecução criminal (artigo 28-A); a vedação da liberdade provisória aos presos em flagrante que ostentam antecedentes ou presumidamente integrem organização criminosa armada, milícia, ou que portem arma de fogo de uso restrito – determinação que, visivelmente, fere o princípio da presunção de inocência (artigo 310, III, § 2º); a já referida prisão automática dos réus condenados pelo Tribunal do Júri quando a pena for fixada em um patamar igual ou superior a 15 anos de reclusão – o que configura uma antecipação da pena e fere o princípio da presunção de inocência (artigo 492, I, e); a relativização do efeito suspensivo do recurso de apelação no procedimento do júri quando a pena for fixada em um patamar igual ou superior a 15 anos (artigo 492, §§ 4º e 5º, I e II); e as modificações operadas no Código Penal e na Lei de Execuções Penais com a finalidade de aumentar o tempo de permanência dos condenados na prisão.

Apesar do propósito declarado de aperfeiçoar a legislação processual penal, a Lei 13.964/2019 não alterou a estrutura do processo penal brasileiro. Os legisladores optaram por manter a espinha dorsal preconizada no CPPBB de 1941, gestada durante a Ditadura Vargas e inspirada no *Codice Rocco*. Dessa forma, a legislação processual segue autorizando a produção probatória de ofício pelo juiz na fase de instrução – o que configura

uma das técnicas medulares do processo inquisitorial (artigos 156 e 209); que o juiz atribua definição jurídica diversa ao delito narrado na denúncia, mesmo que, como consequência, tenha de aplicar pena mais grave (artigo 383); que o juiz condene o réu mesmo que o Ministério Público – o órgão titular da ação penal – postule pela absolvição (artigo 385); e, ainda contando com o velho sistema de nulidades, que é demasiado “funcional” para cancelar a supressão ou a relativização de garantias, cuja efetivação depende do respeito às formas processuais (artigo 563 e ss.).

Os dados apresentados neste capítulo permitem concluir que o *lawfare* brasileiro não produziu efeitos apenas nos domínios da política e da economia. Para além das contribuições à escalada fascista e à estabilidade do projeto neoliberal, a Operação Lava Jato impactou o campo jurídico processual penal, auxiliando na manutenção e no fortalecimento do autoritarismo norteado pela racionalidade tecnicista-fascista que se corporifica nas demandas securitárias e punitivistas que tornam cada vez mais distante a democratização do processo penal. Para encerrar, é imperioso alertar que o legado do *lawfare* não restará confinado no âmbito dos crimes do colarinho branco, mas permeará o campo processual como um todo, incrementando, sobretudo, as violações de direitos e garantias dos cidadãos mais vulneráveis, vítimas preferenciais do genocídio operado pelo sistema penal.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente artigo problematizou o *lawfare* brasileiro, executado sob o nome de Operação Lava Jato, tendo por objetivo demonstrar sua relação com a ascensão do fascismo e seu impacto no campo processual penal.

No capítulo inicial, utilizando como base a perspectiva deleuze-guattariana sobre o fascismo, demonstrou-se que o fenômeno é um traço constitutivo das democracias liberais capitalistas, mais precisamente um desejo produzido mediante o agenciamento dos afetos negativos ensejados pelas dissonâncias imanentes ao modo de vida que as caracterizam. Foi evidenciado que o fascismo extrapola os limites impostos pelos marcos históricos, isto é, dos regimes totalitários e autoritários instaurados na Europa no início do século XX, e, com isso, que o fascismo do presente é plenamente possível. Nessa direção, utilizando como pano de fundo o caso brasileiro, as referências apresentadas permitiram depreender que o bolsonarismo, que foi viabilizado também pelo *lawfare* brasileiro, é um movimento de essência fascista.

Na etapa seguinte, foram examinados os aspectos estruturais e culturais do processo penal brasileiro, tarefa que permitiu indicar que a racionalidade processual tecnicista-fascista, de matriz inquisitorial, importada da Itália na década de 1940, ainda predomina e potencializa a suscetibilidade do campo às práticas autoritárias, como o *lawfare*.

No terceiro capítulo, analisou-se o *lawfare*, em especial, seus aspectos conceituais e os elementos que motivam e caracterizam essa estratégia nos moldes como vem sendo empreendida na América Latina. Nesse trecho do escrito, demonstrou-se que a Operação Lava Jato foi um caso exemplar de *lawfare*, de negação das garantias processuais e, portanto,

da própria democracia. Apontou-se, ainda, que, ao impedir a candidatura de Lula em 2018 e divulgar elementos informativos pífidos que criminalizavam a política democrática, o *lawfare* lavajatista foi um acontecimento fundamental para o êxito da insurreição fascista no contexto neoliberal tupiniquim.

No capítulo final, insistiu-se na problematização do *lawfare* brasileiro e suas relações com o neoliberalismo, que torna as democracias liberais capitalistas um campo fértil para o autoritarismo, e com a escalada fascista. Além disso, revelou-se que a Lava Jato impactou o processo penal de modo a reforçar o ideário securitário e punitivista em detrimento dos princípios e garantias democráticos.

Diante dos dados cotejados no trabalho, concluiu-se que a intensificação do fascismo no contexto atual é plenamente possível; que a manipulação do direito e do sistema de justiça que configura o *lawfare* é uma estratégia extremamente autoritária, visto que executada mediante a completa supressão de direitos e garantias fundamentais dos seus alvos, bem como que esse tipo de farsa jurídica, por ostentar uma aparência de legalidade, assegura o êxito de intevenções políticas e econômicas espúrias; que o *lawfare* brasileiro contribuiu para intensificar o fascismo e alçá-lo ao poder; e, por derradeiro, que tal estratégia reforçou o autoritarismo no campo procesual penal, tornando ainda mais dificultosa a sua democratização.

## 7. REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodoro W. *Estudos sobre a personalidade autoritária*. São Paulo: UNESP, 2020.
- AGUIAR, Emerson Barros de. O Tribunal dos Sicofantas: Uma genealogia (i)moral do *lawfare*. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar; Mayer CITTADINO, Gisele; LIZIERO, Leonam (Orgs.). *Lawfare: O calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki, 2020.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas mãos da criminologia – O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2012.
- ARAÚJO, Wécio Pinheiro. *Lawfare e a relação entre neoliberalismo e neofascismo no Brasil contemporâneo*. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; CITTADINO, Gisele; LIZIERO, Leonam (Orgs.). *Lawfare: O calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki, 2020.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- BARBOSA, Mariana. *Pós-verdade e fake news. Reflexões sobre a guerra de narrativas*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.
- BECKER, Gary. If you want to cut corruption, cut government. *Businessweek*, 11 dec. 1995.
- BLYTH, Mark. *Austerity – The history of a dangerous idea*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

- BRUM, Eliane. *Brasil: Construtor de ruínas. Um olhar sobre o país, de Lula a Bolsonaro*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.
- CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941. *Revista Forense*, v. 38, n. 88, p. 627-636, out.-dez. 1941.
- CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.
- CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento*. O controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- CHAMAYOU, Grégoire. *A sociedade ingovernável – Uma genealogia do liberalismo autoritário*. Trad. Letícia Mei. São Paulo: Ubu Editora, 2020.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DE FELICE, Renzo. *Le interpretazioni del fascismo*. 10. Ed. Bari: Laterza, 2012.
- DONOVAN, Joan; LEWIS, Becca; FRIEDBERG, Brian. Parallel ports: sociotechnical change from the Alt-Right to Alt-Tech. In: FIELITZ, Maik; THURSTON, Nick (Hg.): *Post-digital cultures of the far right: online actions and offline consequences in Europe and the US*. Bielefeld: transcript 2019, S. 49-65. DOI: [https://doi.org/10.25969/mediarep/12374].
- DUNLAP JR., Charles J. Does lawfare need an apologia? *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 43, issue 1-2, 2020.
- DUNLAP JR., Charles J. Law and military interventions: preserving humanitarian values in 21<sup>st</sup> century conflicts. *Working Paper*, Cambridge (Massachusetts), 2001.
- DUNLAP JR., Charles J. *Lawfare 101: A Primer*, 97 *Military Review*, p. 8-17, may-jun. 2017.
- DUNLAP JR., Charles J. Lawfare today – A perspective. *Yale Journal of International Affairs*, p. 146-154, 2008.
- DUNLAP JR., Charles J. Lawfare. In: MOORE, John Norton et al. *National Security Law & Policy*. Durham: Carolina Academic Press, 2015.
- DUNLAP JR., Charles J. Lawfare: a decisive element of 21<sup>st</sup> century conflicts? 54 *Joint Force Quarterly*, p. 34-39, 2009.
- ECO, Umberto. *Il fascismo eterno*. Milano: La nave di Teseo, 2017.
- FARACO, Anna Carolina Pereira Cesarino. O processo penal brasileiro e a consciência inquisitória. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Anais do Congresso Internacional “Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. v. 1.
- FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Relações entre *lawfare* e política econômica. *Do impeachment sem causa de Dilma à prisão sem provas de Lula. Os fins não podem justificar os meios*. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar; Mayer CITTA-DINO, Gisele; LIZIERO, Leonam (Orgs.). *Lawfare – O calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki, 2020.

- FIELITZ, Maik; MARCKS, Holger. Digital fascism: challenges for the open society in times of social media. *Berkeley Center for Right-Wing Studies Working Paper Series*, 1.6. 2019.
- FOUCAULT, Michel. Introduction to the nonfascist life. Preface. In: DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Anti-Oedipus: capitalism and schizophrenia*. New York: Viking Press, 1977.
- GALINDO, Bruno. Espetacularização do processo penal, perversões da Justiça, *lawfare* e populismo jurídico: “ainda somos os mesmos”. In: FEITOSA, Maria Luíza Alencar Mayer; CITTADINO, Gisele; LIZIERO, Leonam (Orgs.). *Lawfare – O calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki, 2020.
- GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffrè, 2010.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro – Continuidades do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A transnacionalização da corrupção e a instrumentalização política do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 6(3), p. 1135-1174. 2020. Disponível em: [<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.421>].
- HINKELAMMERT, Franz. *Totalitarismo del mercado*. El mercado capitalista como ser supremo. Ciudad de México: Akal Inter Pares, 2018.
- LACCHÈ, Luigi (Org.). *Il diritto del Duce: giustizia e repressione nell'Italia fascista*. Roma: Donzelli Editore, 2015.
- LAZZARATO, Maurizio. *O governo das desigualdades – Crítica da insegurança neoliberal*. Trad. Renato Abramowicz Santos. São Carlos: EDUFSCar, 2011.
- MANGINI, R.; GABRIELI, F. P.; COSENTINO, U. *Codice di procedura penale*. Ilustrato con i lavori preparatori. Roma: Tipografia della Camera dei Deputati, 1930.
- MANZINI, Vincenzo. *La crisi presente del diritto penale*. Discorso inaugurale pronunciato per l'apertura dello ano acadêmico 1899-900 nell'Università Di Ferrara. Ferrara: Tip. Taddei, 1900.
- MANZINI, Vincenzo. La política criminal e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita. In: *Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Torino, v. LXXIII, 1911.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato de Procedura Penle e di Ordenamento Giudiziario*. Vol. I. Torini: Fratelli Bocca Editori, 1920.

- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano secondo il Nuovo Codice. Volume Primo*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1931.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano secondo Il Codice del 1930*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1933. v. 1º.
- MANZINI, Vincenzo. Un decennio di applicazione del Codice di Procedura Penale Rocco. In: *Analli di diritto e procedura penale*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1941. v. II.
- MARIÁTEGUI, José Carlos. *As origens do fascismo*. Trad. Luiz Bernardo Pericás. São Paulo: Alameda, 2010.
- MILZA, Pierre; BERSTEIN, Serge. *Storia del fascismo*. Da Piazza San Sepolcro a Piazzale Loreto. 2. ed. Milano: BUR, 2009.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema acusatório – Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Orgs.). *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, MIRANDA COUTINHO, 2018.
- MORO, Sergio Fernando. Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em: [https://gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica]. Último acesso em: 12.06.2019.
- MORO, Sergio Fernando. Sobre a operação Lava Jato. In: PINOTTI, Maria Cristina. *Corrupção: Lava Jato e mãos limpas*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019.
- NEPPI MODONA, Guido. Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del Codice Penale. In: *Rivista Democrazia e Diritto*, Roma, anno XVII. Roma, 1977.
- PALIERO, Carlo Enrico. Legittimazione democratica versus fundamento autoritário: due paradigmi di diritto penale. In: STILE, Alfonso Maria (Org.). *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.
- PASTANA, Debora Regina. *Justiça penal no Brasil contemporâneo*. Discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009.
- PAXTON, Robert O. A anatomia do fascismo. Trad. Patrícia Zimbres e Paula Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão*. O autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- ROSA, Pablo Ornelas. *Fascismo tropical – Uma cibercartografia das novíssimas direitas brasileiras*. Vitória: Milfontes, 2019.
- SAAD FILHO, Alfredo; MORAIS, Lecio. *Brasil. Neoliberalismo versus Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- SANTINI, Rose Marie et al. O “Tipping Point” dos protestos de junho de 2013 no Brasil: uma análise do papel das velhas e das novas mídias na política hoje. In: VI Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política (VI COMPOLÍTICA). 2015. Pontifícia Universidade Católica do Rio de

- Janeiro (PUC-Rio). Disponível em: [<http://compolitica.org/home/wp-content/uploads/2015/04/GT5-Santini-et-al.pdf>]. Acesso em: 15.08.2019.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucena Frias. *Lawfare brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.
- SBRICCOLI, Mario. Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalística italiana negli anni del fascismo. In: *Quaderni fiorentini*. Per la historia del pensiero giuridico moderno. Milano: Giuffrè, 1999. v. 28.
- SILVA JARDIM, Afrânio. Breve análise da sentença que condenou o ex-presidente Lula e outros. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (Orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada – O processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017.
- SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.
- STANLEY, Jason. *Como funciona o fascismo – A política do “nós” e “eles”*. São Paulo: L&PM, 2018.
- TARQUINI, Alessandra. *Storia della cultura fascista*. 2. ed. Bologna: Mulino, 2016.
- VASSALI, G. Introduzione. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio*. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFARONI, Eugenio Raúl; Ilíson Dias dos Santos. *A nova crítica criminológica*. Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAAMAÑO, Cristina; WEIS, Valeria Vegh. *Bem-vindos ao Lawfare*. Manual de passos básicos para demolir o Direito Penal. Trad. Rodrigo Barcellos e Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.



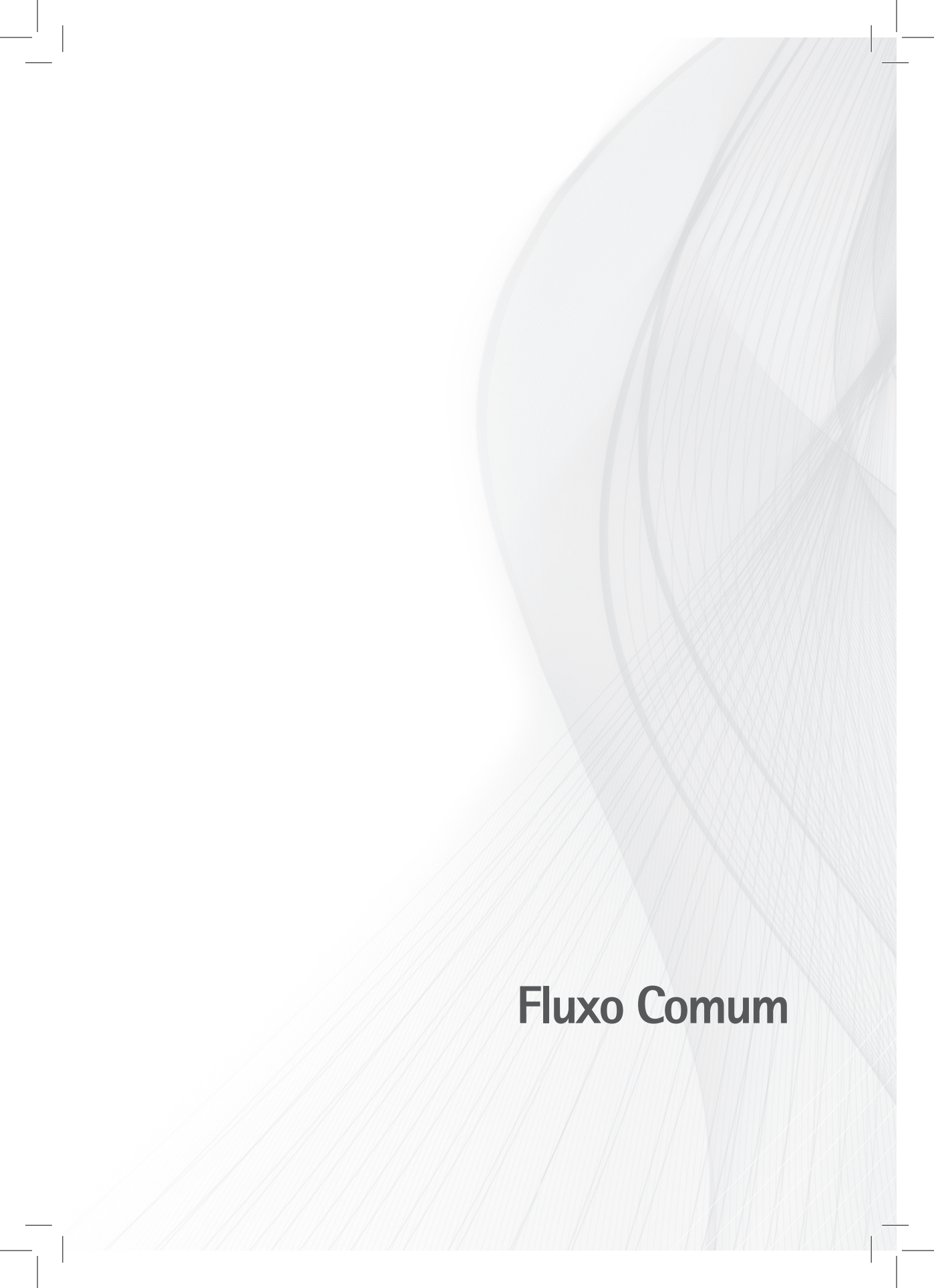
## PESQUISAS DO EDITORIAL



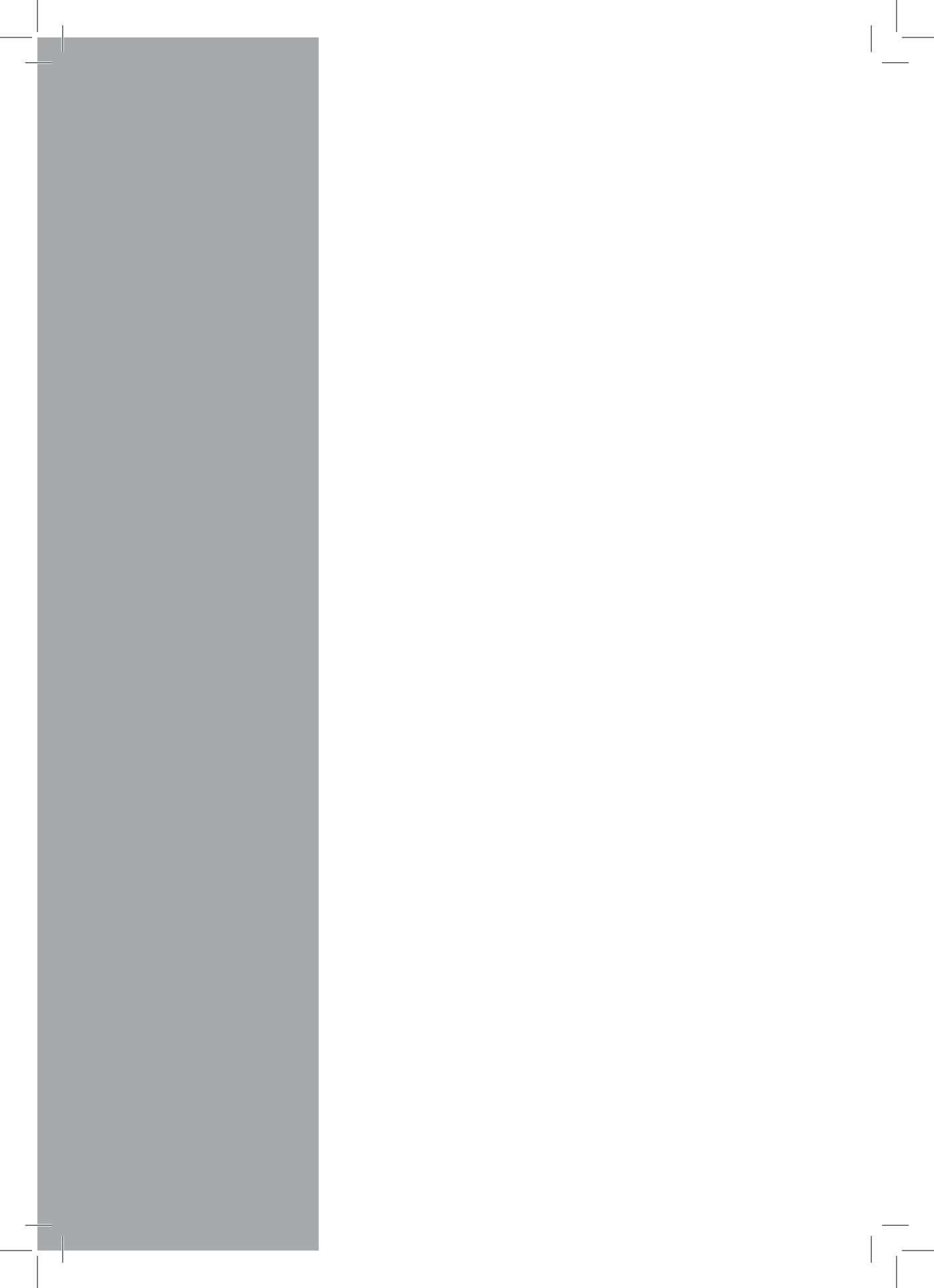
ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A aplicação do direito penal do inimigo aos crimes de corrupção: uma análise da operação lava jato, de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Marco Antônio Conceição da Silva – *RT* 1002/193-222;
- O autoritarismo como traço marcante na história brasileira e os riscos à democracia moderna, de Daury Cesar Fabríz e Adriano Corrêa de Mello – *RDCI* 125/197-211;
- *Lawfare*: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira, de Erica do Amaral Matos – *RBCCrim* 161/227-248;
- El *lawfare* en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico, de Pablo Octavio Cabral – *RDAl* 9/231-258;
- O legado tecnicista no pacote anticrime, de Felipe Lazzari da Silveira e Rodrigo Oliveira de Camargo – *RBCCrim* 168/19-36; e
- O manifesto autoritarismo inquisitorial do artigo 385 do código de processo penal, de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Juliano de Oliveira Leonel – *RBCCrim* 175/251-281.

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The colors are muted, consisting of various shades of gray and light blue.

**Fluxo Comum**



# EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: INFLEXÕES ARGUMENTATIVAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

---

## *PROVISIONAL ENFORCEMENT OF THE CUSTODIAL SENTENCE: ARGUMENTATIVE INFLECTIONS OF FEDERAL SUPREME COURT'S CASE LAW*

**NEY DE BARROS BELLO FILHO**

Pós-doutor em Direito Constitucional pela PUC-RS (2010). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com pesquisa elaborada na Universidade de Coimbra, Portugal e na *Università Degli Studi di Lecce*, Itália (2006). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2000). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (1990). Professor adjunto da Universidade Federal do Maranhão na graduação e pós-graduação. Professor em Regime de Colaboração Técnica na Universidade de Brasília. Professor do Mestrado do IDP. Professor do Mestrado e Doutorado da UNINOVE. Membro do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades – GPRAJ. Desembargador Federal junto ao TRF da 1ª Região.  
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/9181447007798771].  
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4578-3331].  
ney.bello@gmail.com

**CLAUDIA ROSANE ROESLER**

Pós-doutora em Direito pela *Universidad de Alicante* (2006). Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (2002). Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1994). Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Bolsista de produtividade científica do CNPQ. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades – GPRAJ.  
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/8239120259275298].  
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-1749-057].  
claudiaroesler@hotmail.com

**GUILHERME GOMES VIEIRA**

Doutorando em Administração pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (2020). Especialização em Direito Penal e Criminologia (2021). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (2016). Membro do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades – GPRAJ. Defensor Público do Distrito Federal.  
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3583443516965651].  
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-8430-3671].  
vieiraguilherme.g@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381421].

Recebido em: 30.01.2023

Aprovado em: 07.08.2023

Última versão dos autores: 15.08.2023

**ÁREAS DO DIREITO:** Penal; Processual

**RESUMO:** A possibilidade de executar a sanção criminal antes do trânsito em julgado da decisão condenatória enseja discussões teóricas e pragmáticas sobre a extensão da presunção de inocência. O objetivo da presente pesquisa consiste na investigação das argumentações contidas nas decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a temática após a promulgação da Constituição Federal de 1988, notadamente em relação à verificação da existência de diálogo entre os diferentes votos componentes dos acórdãos examinados. Para tanto, realiza-se pesquisa empírica por meio do repositório jurisprudencial da Corte Constitucional, de modo a analisar os acórdãos sob a perspectiva das Teorias da Argumentação Jurídica, em especial no que concerne ao modelo de análise de argumentos de Manuel Atienza. Os resultados obtidos reforçam a ausência de interlocução entre os ministros que participaram do mesmo julgamento, bem como entre os acórdãos investigados, constatando-se a primazia pelo acréscimo de novos argumentos. A pesquisa contribui com a construção do estado da arte e oferece uma agenda de pesquisa para estudos futuros sobre o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Presunção de inocência – Execução antecipada da pena – Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência – Teorias da argumentação jurídica.

**ABSTRACT:** The possibility of serving sentence before the final and unappealable decision gives rise to theoretical and pragmatic discussions on the extent of the presumption of innocence. The objective of this research is to investigate the arguments contained in the plenary decisions of the Brazilian Federal Supreme Court after the promulgation of the Federal Constitution of 1988, notably in relation to the verification of the existence of dialogue between the different votes that compose the examined judgments. Empirical research is carried out through the jurisprudential repository of the Constitutional Court, in order to analyze the judgments from the perspective of Theories of Legal Argumentation, in particular with regard to Manuel Atienza's argument analysis model. The results obtained reinforce the lack of interlocution between the judges who participated in the same judgment, as well as between the investigated judgments, verifying the primacy for the addition of new arguments. The research contributes to the construction of the state of the art and offers a research agenda for future studies.

**KEYWORDS:** Presumption of innocence – Provisional enforcement of the custodial sentence – Federal Supreme Court – Case law – Theories of Legal Argumentation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Presunção de inocência e execução antecipada da pena. 2.1. Estado da arte. 2.2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. A fundamentação das decisões judiciais e as teorias da argumentação. 4. A perspectiva da argumentação jurídica de Atienza. 5. Resultados e discussões. 6. Considerações finais. 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Entre as diversas previsões normativas no âmbito do direito penal e do direito processual penal, destaca-se a presunção de inocência. O conceito, entre outras perspectivas, viabiliza a concepção do réu como inocente até que haja decisão judicial condenatória baseada em prova produzida em juízo.

Nessa perspectiva, contemplam-se diversas consequências teóricas e pragmáticas vinculadas a esse contexto. Uma importante implicação acerca dessa garantia constitucional corresponde ao momento em que é possível a concretização da pena imposta em determinada decisão judicial, o que equivale à execução da pena.

As pesquisas acadêmicas e a jurisprudência pátria apreciam o diálogo entre presunção de inocência e execução da pena, no sentido de verificar a possibilidade de o Estado impor a sanção criminal antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, situação denominada execução antecipada da pena. No contexto brasileiro, a possibilidade de sua aplicação gerou diversas controvérsias jurisprudenciais, notadamente no que concerne ao entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF).

Considerando a oscilação jurisprudencial do STF sobre a temática e a existência de variados fundamentos contrários e favoráveis à possibilidade da execução antecipada da pena, o objetivo da presente pesquisa corresponde à identificação dos argumentos utilizados em cada voto componente dos acórdãos paradigmáticos, a fim de verificar se há similitude argumentativa entre os ministros da Corte Constitucional. A pergunta de pesquisa, portanto, corresponde à indagação sobre a existência de argumentos compartilhados – e, consequentemente, de debates – entre os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Em atenção à literatura analisada, a hipótese da presente pesquisa consiste na deficiência argumentativa entre os julgadores, notadamente em razão da autonomia atinente aos membros da Suprema Corte quando da elaboração de seus votos.

A fim de determinar as decisões judiciais que serão analisadas, é importante identificar a população – consistente no agrupamento de unidades que são objeto da pesquisa – e delimitá-la, a fim de selecionar a população amostral, a qual é definida por meio de um parâmetro de representatividade (VERGARA, 1997). O universo de pesquisa corresponde às decisões proferidas pelo STF sobre execução antecipada de uma condenação criminal sob a perspectiva da presunção de inocência, objeto da presente investigação.

Para tanto, foram elaborados os critérios expostos a seguir, os quais serão utilizados na ferramenta disponível no sítio eletrônico do STF ([<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>]).

Nos termos do disposto no art. 3º do regimento interno do STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019), essa Corte é composta pelo Plenário, pelas Turmas e pelo presidente, sem prejuízo das decisões monocráticas dos relatores.

Nesse contexto, consideradas as competências do Plenário previstas nos arts. 5º a 7º e 22 do regimento interno do STF – incluindo a pacificação de divergência entre turmas em caso de questão jurídica relevante –, bem como a participação, em tese, de todos os

ministros, conforme dispõe o art. 143 desse diploma normativo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019), é interessante delimitar a investigação de decisões provenientes desse órgão julgador.

Desse modo, possibilita-se afastar eventuais decisões pontuais discrepantes, sobretudo as monocráticas, e apreciar a maior quantidade de posicionamentos, consubstanciados nos votos. Apesar de o acórdão possuir natureza colegiada, esse nem sempre corresponde ao produto do debate realizado, podendo configurar uma superposição de concepções, que podem ou não apresentar concordância em relação aos fundamentos (ROESLER, 2015).

Justamente em razão desse cenário, a análise das decisões judiciais selecionadas será realizada em relação aos votos, de forma separada, de modo a propiciar uma investigação mais detalhada e precisa. A ferramenta de busca utilizada na presente pesquisa indica as seguintes modalidades de resultados: acórdãos, súmulas, súmulas vinculantes, decisões monocráticas, decisões da presidência, questões de ordem, repercussão geral e informativo. Em atenção à delimitação do Plenário como o local de investigação, descartam-se as decisões monocráticas e as da presidência, tendo em vista a natureza colegiada desse órgão julgador.

A pesquisa igualmente excluirá súmulas, súmulas vinculantes e informativos, uma vez que não são decisões judiciais propriamente ditas. Trata-se, respectivamente, da cristalização do entendimento jurisprudencial acerca de certa temática, da elaboração de enunciados sobre matéria constitucional com efeito vinculante e da compilação de julgados importantes. Dessa forma, a amostra será composta por acórdãos, questões de ordem e repercussão geral, dispensando-se, naturalmente, os resultados repetidos que forem identificados.

Em paralelo, no que diz respeito ao recorte temporal, a data de início corresponde a 5 de outubro de 1988, data na qual houve a promulgação da atual Constituição Federal. Isso porque a discussão central da pesquisa envolve a interpretação da presunção de inocência, consubstanciada no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna, vigente desde então.

Por sua vez, o termo final equivale a 01 de janeiro de 2023, momento em que foi realizada, pela última vez, a pesquisa jurisprudencial, a fim de coletar os resultados. Desse modo, propõe-se uma pesquisa longitudinal de decisões judiciais, tendo como parâmetro temporal o lapso de 34 anos e 2 meses (MARCONI; LAKATOS, 2003).

Desse modo, ao considerar o objeto da presente pesquisa e os termos identificados na revisão bibliográfica, foram escolhidas as expressões “presunção de inocência”, “presunção de não culpabilidade”, “execução antecipada” e “execução provisória” para se realizar a busca no tesouro disponibilizado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal ([[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarVocabularioJuridico.asp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarVocabularioJuridico.asp)]).

O tesouro do STF utiliza alguns termos que estabelecem relações entre os conceitos disponibilizados. Assim, os vocábulos “UP” e “USE” indicam termos equivalentes (“USE” corresponde ao termo principal e “UP”, equivalente a “uso proibido”, ao termo secundário); o termo “TG” assinala uma palavra geral relacionada à busca realizada; a expressão “TR” evidencia relação associativa entre os resultados (locuções relacionadas ao que foi pesquisado); e “CAT” registra a categoria ou área do direito em que se insere a busca.

Verificando-se os elementos de relação atinentes à categoria e aos termos equivalentes (“UP” e “USE”), conclui-se que as expressões ideais a serem utilizadas na pesquisa jurisprudencial são: “princípio da presunção de inocência”, “execução provisória da pena” e “guia de execução provisória” (esse último, apesar de não corresponder precisamente a termo identificado na revisão bibliográfica, consiste em “Termo Relacionado – TR”, razão pela qual sua exclusão pode comprometer resultados proveitosos). É importante considerar, ainda, que todas as expressões correspondem à categoria “Direito Processual Penal”.

Apresentada a contextualização do tema e exposto o método de busca de dados, evidenciam-se, no segundo capítulo do artigo, discussões teóricas e jurisprudenciais sobre a presunção de inocência e a execução antecipada da pena, investigando-se o respectivo estado da arte. No terceiro capítulo, aborda-se o marco teórico, consistente na teoria da argumentação jurídica, vinculando-a à fundamentação das decisões judiciais.

No quarto capítulo, apresenta-se o método de pesquisa utilizado, correspondente à análise de conteúdo mediante o modelo argumentativo de Manuel Atienza. No quinto capítulo, são apresentados os resultados obtidos e realizadas as correspondentes discussões. Por fim, sinalizam-se as considerações finais e a agenda de pesquisa para futuras investigações.

## 2. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

A possibilidade de se executar uma condenação criminal determinada pelo Judiciário, antes do trânsito em julgado, configura temática amplamente debatida na doutrina e na jurisprudência brasileiras, o que evidencia a existência de posicionamentos opostos.

O cerne desse assunto tangencia a extensão e o significado da presunção de inocência, direito constitucionalmente assegurado, que, a depender da interpretação, determina se é ou não necessário aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória para fins de execução.

Nesse sentido, é relevante identificar as discussões teóricas acerca das categorias “presunção de inocência” e “execução antecipada da pena”, bem como a aplicação desses institutos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

### 2.1. Estado da arte

A presunção de inocência corresponde a um direito fundamental, com conteúdo processual, que garante que qualquer pessoa deva ser considerada inocente até que sua culpabilidade seja declarada por meio de decisão judicial condenatória, no âmbito de procedimento que assegure a ampla defesa e o contraditório (MORAES, 2007).

Trata-se, portanto, do reconhecimento do acusado na qualidade de inocente até que haja prova contrária consubstanciada em decisão judicial que conclua pela condenação do acusado (FERRAJOLI, 2002).

O mencionado instituto apresenta algumas finalidades notórias, a exemplo da contenção da atividade legiferante, da orientação das interpretações das normas, do alicerce do tratamento do acusado como inocente e do ônus da prova da prática do delito a cargo da acusação (MORAES, 2007).

Referido panorama é observado porque o direito penal e a seara processual penal, na qualidade de controles sociais do Estado, não podem apresentar viés arbitrário ou serem isentos de qualquer espécie de controle ou freio – especialmente ao se estabelecer um diálogo desses âmbitos jurídicos com a garantia de direitos fundamentais (LOPES, 1999).

Por sua vez, o instituto da execução antecipada da pena, independentemente de a pena ser privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, dialoga de forma intrínseca com a presunção de inocência, dado que permite a concretização definitiva da sanção imposta em decisão judicial condenatória sem que haja a presença de critérios de natureza cautelar.

Conforme esse raciocínio, a execução antecipada da decisão penal condenatória somente poderia ser implementada no momento em que a presunção de inocência fosse afastada ou mitigada – a depender da corrente teórica adotada –, especialmente em razão de não se conceber, como premissa no processo judicial, a culpa do acusado.

De outro lado, também é possível verificar a presença de argumentos distintos que admitem o afastamento da presunção da inocência apenas após o trânsito em julgado de decisão condenatória, mas admitem a execução da pena quando essa presunção ainda é vigente, por questões de política criminal. E ainda é possível verificar a existência de argumentos que insistem na presunção da inocência apenas até o julgamento dos recursos ordinários.

Dessa maneira, os argumentos não parecem ser os mesmos quando se está diante dessas duas concepções distintas.

Em um primeiro plano, não obstante haver consenso quanto aos aspectos conceituais da presunção de inocência, na qualidade de garantia que assegura a não culpabilidade do acusado no processo criminal, existe divergência atinente ao momento final em que esse direito é plenamente assegurado, o que influencia, consequentemente, a aceitação da execução antecipada da pena.

Há teóricos que entendem que a presunção de inocência permanece intacta até o trânsito em julgado da decisão condenatória, inviabilizando a antecipação de prisões baseadas na culpa do acusado, que nesse viés argumentativo seriam chamadas de prisões definitivas.

De acordo com essa perspectiva, a presunção de inocência apresentaria uma incidência máxima temporal equivalente ao trânsito em julgado da decisão penal condenatória, o que implicaria, somente a partir de então, o abandono do benefício da dúvida (TUCCI, 1993) e, consequentemente, a possibilidade de execução penal.

Dessa forma, qualquer decreto prisional expedido antes da condenação configuraria medida odiosa, pois somente a sentença, a qual encerra o processo, poderia legitimar a restrição da liberdade na qualidade de pena (TOURINHO FILHO, 1994).

O art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, ao prever a presunção de inocência, teria impossibilitado a execução antecipada da pena, pois essa não corresponderia às hipóteses excepcionais de prisões aceitas pela Carta Magna (MARQUES, 1993).

Isso porque, de acordo com o mencionado dispositivo constitucional, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o que evidenciaria, de forma literal, a impossibilidade de se conceber o acusado como culpado – e, consequentemente sob essa linha de argumentação, de determinar prisão definitiva – antes do trânsito em julgado da decisão.

Ainda de acordo com essa vertente, o ordenamento jurídico brasileiro admitiria a decretação da prisão cautelar antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (MORAES, 2007; GOMES; MAZZUOLI, 2009). Assim, diferentemente das prisões definitivas, aquelas de natureza cautelar não possuem relação necessária com a condenação, pois inexistente culpa formada e, portanto, não há punição decorrente de imputação criminal.

Por outro lado, parcela da literatura indica que a presunção de inocência se limita ao âmbito jurisdicional ordinário, não mais sendo integralmente aplicável se houver a interposição de recursos excepcionais, equivalentes aos recursos especial e extraordinário no nosso modelo positivo.

Desse modo, a execução da pena, na pendência de recursos excepcionais, seria compatível com a presunção de inocência, inexistindo violação a direitos fundamentais, tendo em vista que não se discutiria a culpa ou a inocência do acusado condenado nas instâncias extraordinárias, mas, sim, a violação a preceitos legais ou constitucionais (FISCHER, 2015).

Assim, os Tribunais Superiores “não poderiam mais negar a ocorrência da conduta criminosa e sua autoria, caso o Tribunal de segunda instância as tenha reconhecido”, encerrando-se, portanto, a formação da culpa do acusado (PAIVA, 2019, p. 43). Desse modo, a presunção de inocência abordaria a inversão do ônus da prova, mas não excluiria a suspeita sobre a culpabilidade (PINHEIRO; MAURÍCIO, 2007).

Assim, a presunção de inocência evoluiria conforme a etapa do procedimento, de modo que, ao preservar o núcleo essencial dessa garantia, aceitar-se-ia o “tratamento progressivamente mais gravoso” (MENDES, 2015, p. 33-48).

Por fim, ainda se argumenta no sentido do reconhecimento da presunção da inocência, mas desconectando-a da sua posição dogmática de pressuposto da execução da pena.

Todas essas hipóteses argumentativas acerca da possibilidade de se proceder à execução antecipada da pena foram consagradas no âmbito da jurisprudência do STF quando da formulação dos votos componentes de acórdãos paradigmáticos vinculados à temática.

## 2.2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

É possível categorizar os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, em quatro momentos, os quais são definidos por decisões prolatadas pelo Plenário desse órgão jurisdicional.<sup>1</sup>

Em um primeiro cenário, conforme evidenciado no julgamento do *Habeas Corpus* 68.726, apreciado em 1991, o Plenário do Supremo Tribunal Federal consignou a possibilidade de se executar antecipadamente a condenação, não obstante a inserção da previsão constitucional do art. 5º, inciso LVII, evidenciando a manutenção de entendimento que já

1. Destaca-se que existem decisões anteriores aos julgados paradigmáticos as quais adotaram o mesmo posicionamento desses (a exemplo de deliberações provenientes de turmas do STF). A menção aos quatro momentos se refere aos primeiros acórdãos confeccionados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, correspondentes a cada um dos momentos, que foram identificados nas pesquisas exploratória e jurisprudencial.

vigorava antes mesmo da atual Carta Magna (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2015), conforme demonstra, a título exemplificativo, o *Habeas Corpus* 59.757.

Em um segundo momento, o Plenário do STF alterou seu entendimento jurisprudencial, conforme assinala o acórdão do *Habeas Corpus* 84.078, julgado em 2009, no sentido de vedar a execução da decisão penal condenatória antes de ocorrer seu trânsito em julgado, de modo a considerar as premissas vinculadas à presunção de inocência (CALEFFI, 2017).

Em um terceiro estágio, inaugurado a partir do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, em 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal retomou o primeiro entendimento e determinou que a execução antecipada da pena não viola a presunção de inocência, o que foi consolidado, posteriormente, em sede de repercussão geral, conforme foi estabelecido no acórdão do Recurso Extraordinário 964.246 (HARTMANN et al., 2018).

Ratificando esse último entendimento jurisprudencial, o Plenário do STF julgou as medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, nas quais se entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) não obsta a execução antecipada da pena (PAULINO, 2018). Além disso, em 2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o *Habeas Corpus* nº 152.752, confirmou a possibilidade de se proceder à execução da pena antes do trânsito em julgado (RIBEIRO, 2019).

Por fim, no quarto momento, observou-se o julgamento do mérito das ADCs 43, 44 e 54, em que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedentes as ações para fixar a constitucionalidade da redação dada ao art. 283 do CPP e, conseqüentemente, estabelecer a impossibilidade da execução antecipada da pena.

Contextualizado, de forma geral, o panorama das discussões acerca da presunção de inocência e da execução antecipada da pena no âmbito do Supremo Tribunal Federal, apresentam-se os aspectos metodológicos que serão utilizados na presente pesquisa.

### 3. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E AS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO

O Poder Judiciário realiza suas atividades por intermédio de seus membros, os quais, em nome do Estado, concretizam o exercício jurisdicional. Nesse sentido, levando em consideração que a investidura dos magistrados, em regra, não ocorre mediante eleições – como acontece com os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo –, a legitimação de sua atuação é efetivada pela fundamentação das decisões proferidas (TARUFFO, 2015).

Essa fundamentação é ainda mais relevante ao se considerar que o direito é uma área do conhecimento argumentativa (MACCORMICK, 2008) e que é possível decidir sem fundamentar, isto é, existe a possibilidade de haver determinada decisão judicial válida desprovida de argumentações consistentes.

A finalidade precípua da obrigação de fundamentar as decisões judiciais se relaciona com a impossibilidade de conceber manifestações subjetivas, sigilosas e autoritárias por parte do juiz (ATIENZA, 2004), notadamente ao se considerar que o magistrado não é neutro em relação a pressupostas compreensões de mundo (BELLO FILHO; VIEIRA, 2020).

Assim, partindo-se do pressuposto de que, no Estado Democrático de Direito, todos os Poderes são adstritos às normas do ordenamento jurídico, “qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se” (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 89), demonstrando-se que o posicionamento judicial é fundamentado “à luz dos fatos confirmados e das normas jurídicas pertinentes” (MACCORMICK, 2009, p. 18).

No âmbito dos regimes democráticos, notadamente no que diz respeito ao Poder Judiciário, a legitimação do poder é concretizada pela força do argumento – e não pelo argumento da força (MANZI, 2009). Assim, na seara dos sistemas jurídicos contemporâneos, a aplicação do direito ultrapassa a mera resolução de litígios, demandando, portanto, que o magistrado demonstre, de modo argumentativo, a correção de sua decisão e a preferência dessa em relação a outros desfechos possíveis (ROESLER; SANTOS, 2019).

Nessa perspectiva, uma das formas de se realizar a investigação das decisões judiciais, notadamente no que concerne aos padrões argumentativos, corresponde às teorias da argumentação jurídica. Ao propiciar uma discussão qualificada sobre as decisões judiciais, em especial em relação àquelas que apresentam maior relevância para o ordenamento jurídico, as referidas teorias permitem verificar como estão dispostas as condições de fundamentação vinculadas à atuação do Judiciário nos sistemas jurídicos contemporâneos.

Permite-se, desse modo, construir pesquisas dotadas de metodologias compreensíveis e estruturadas que possam contribuir com o aprimoramento da práxis jurídica, seja identificando boas práticas, seja detectando questões passíveis de aperfeiçoamento.

Em razão de os casos difíceis não serem resolvidos por intermédio de interpretações algorítmicas, a investigação da fundamentação da decisão não pode ser feita mediante critérios objetivos, mas por meio do cumprimento de critérios de racionalidade (PULIDO, 2013). Nesse sentido, destaca-se que o conceito de racionalidade é complexo e abstrato, o qual, no âmbito da teoria jurídica, corresponderia ao sucedâneo da objetividade.

A literatura que investiga o raciocínio jurídico assinala diversas espécies e sentidos do conceito de racionalidade, a exemplo da vertente instrumental – equivalente à adequação dos meios às finalidades – e da perspectiva axiológica – fundamento dos propósitos ou dos princípios basilares de um sistema –, havendo, ainda, categorizações atinentes à racionalidade interna, equivalente à compatibilidade entre as proposições do discurso, e à racionalidade externa, correspondente à observância de parâmetros justificados na escolha entre alternativas que façam sentido em relação ao ordenamento jurídico (GOMES FILHO, 2001).

Na presente pesquisa, a concepção de racionalidade das decisões judiciais corresponde à exteriorização de argumentos construídos de forma compartilhada, consistente no diálogo entre os indivíduos que participam da construção da decisão, considerando-se os argumentos contrários e favoráveis, bem como as normas e diretrizes pertinentes do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, destaca-se que a argumentação “não é uma questão de tudo ou nada; é necessário distinguir formas e graus de argumentatividade em função da combinatória específica dos componentes fundamentais”, a exemplo dos conjuntos discursivos contraditórios, das conclusões expostas, dos argumentos que embasam o desfecho, entre outras questões (PLANTIN, 2008, p. 75).

O desenvolvimento pleno das teorias da argumentação jurídica demanda a construção de um método apto a representar a argumentação desenvolvida e os critérios “para julgar a correção – ou a maior ou menor correção – dessas argumentações e de seus resultados, as decisões jurídicas” (ATIENZA, 2016, p. 258-259). Assim, as mencionadas teorias apresentam preocupações relativas à estipulação de “parâmetros de racionalidade suficientes para definir uma decisão como justificada” (ROESLER, 2018, p. 30).

No atual paradigma, “os critérios de avaliação que permitem dizer que uma decisão é mais ou menos racional são, portanto, contextualmente compartilhados, construídos em referência direta ao paradigma histórico e político” do Estado Democrático de Direito (ROESLER; REIS, 2018, p. 70-71).

Dessa forma, a categorização de argumentos bons e ruins, mais ou menos sólidos, pertinentes ou impertinentes e aceitáveis ou inaceitáveis decorre da harmonia ou do desacordo em relação a critérios vinculados no contexto vigente (MACCORMICK, 2009).

Diversas teorias da argumentação jurídica sistematizaram um amplo catálogo de critérios de correção, a fim de possibilitar a investigação de determinada manifestação. No âmbito judicial, apesar de os critérios não garantirem, por si, a objetividade esperada do exercício jurisdicional, esses contribuem para a clareza da argumentação (PULIDO, 2013).

A fim de proceder a discussões vinculadas às argumentações de uma decisão judicial sob a perspectiva das teorias da argumentação jurídica, uma das alternativas corresponde à adoção de algum modelo anteriormente confeccionado (ROESLER, 2018). Nesse sentido, existem diferentes matrizes que permitem investigar decisões judiciais sob a perspectiva das teorias da argumentação jurídica. Com a finalidade de optar por um ou outro modelo de discussão de decisões judiciais, é necessário, sem prejuízo de outros aspectos, averiguar os objetivos específicos da investigação e a correspondência com os possíveis resultados que podem ser demonstrados pela metodologia escolhida.

Na presente pesquisa, tendo em vista o intuito de entender a utilização de premissas na qualidade de argumentos de decisões judiciais, é importante que o modelo a ser utilizado contemple concepções atinentes à teoria *standard* da argumentação jurídica (ROESLER, 2018). Desse modo, a proposta de investigação de decisões judiciais formulada por Manuel Atienza (2017) é útil para que os objetivos sejam atingidos, visto que permite a verificação da consistência e da harmonia entre os argumentos utilizados.

Ademais, tendo em conta que a presente pesquisa se baseia na indagação acerca da construção das argumentações dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de execução antecipada da pena no contexto da presunção de inocência, o modelo consiste em uma ferramenta adequada para o exame dos votos dos ministros.

Além disso, o modelo de Atienza incorpora concepções de outros anteriormente esboçados e visa a propiciar um instrumental mais completo, o qual objetiva superar as limitações encontradas. Assim, a proposta pode ser classificada como uma “teoria-mosaico”, elaborada por meio de “pedaços tomados [d]as obras de outros autores (não apenas teóricos da argumentação jurídica) que se articulavam entre si para compor um conjunto mais ou menos unitário” (ATIENZA, 2017, p. 9).

Por fim, é importante destacar que não há qualquer pretensão de esgotamento da investigação das argumentações a ser realizada, haja vista que as limitações da pesquisa, vinculadas à metodologia escolhida, impedem que haja uma explicação integral dos objetos examinados, notadamente por haver um jogo de sombras e luzes no contexto das teorias da argumentação jurídica (ROESLER, 2018).

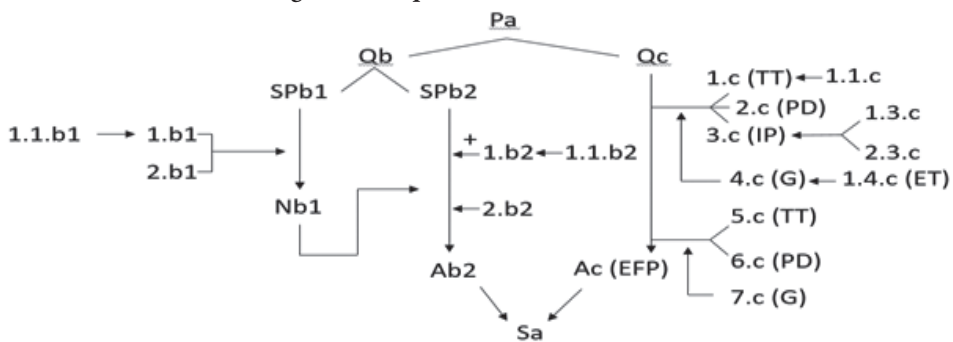
#### 4. A PERSPECTIVA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ATIENZA

Em sua obra “Curso de Argumentação Jurídica”, Atienza (2017) estabelece um modelo de investigação baseado em duas perspectivas principais, categorizadas de forma didática: a análise e a avaliação. Referidos prismas incidem em momentos diversos, de forma independente, porém complementar. Isso porque cada uma das propostas de investigação possui uma finalidade específica.

Em uma primeira oportunidade, realiza-se a análise dos argumentos da decisão judicial, que tangencia a representação dos argumentos utilizados, considerando-se a conformação da argumentação, os argumentos empregados e os seus fundamentos pragmáticos. Em um segundo momento, procede-se à avaliação da argumentação desenvolvida na decisão judicial, o que equivale à realização de um juízo de valor, de acordo com critérios desenvolvidos (ATIENZA, 2017).

Adotando-se a premissa de que a argumentação consiste em um fluxo de informações, Atienza (2017) cria um método de representação dos argumentos mediante um diagrama de setas, o qual viabiliza a análise da decisão, conforme demonstra a Figura 1.

Figura 1 – Esquema de setas de Atienza



Fonte: Atienza (2017).

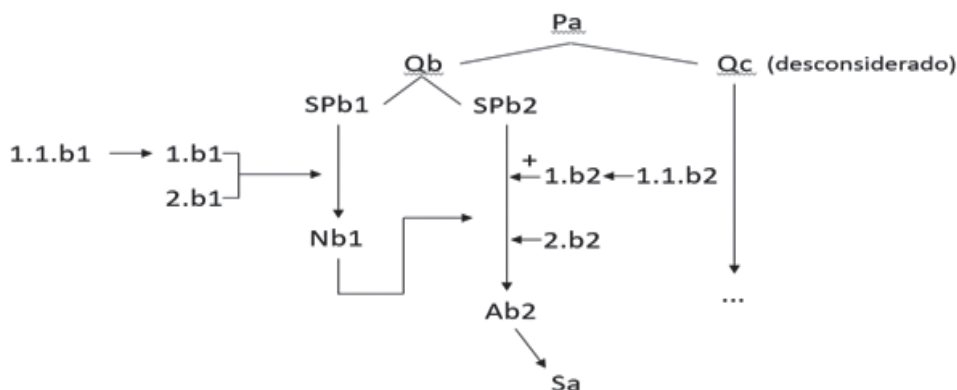
Na proposta original, o problema (Pa) enfrentado é analisado por intermédio de duas vertentes principais: a questão interpretativa (Qb, que apresenta foco nos enunciados normativos) e a questão probatória (Qc, a qual assinala destaque para fatos).

Não obstante a complementariedade entre ambas as perspectivas, na presente pesquisa, as decisões a serem investigadas foram proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o qual,

salvo algumas exceções – a exemplo de ações penais originárias –, não verifica os fatos e as provas correspondentes aos casos julgados, uma vez que possui função de intérprete da Constituição Federal, e não de quarta instância jurisdicional.

Em razão do cenário indicado, não há motivo para que a perspectiva das questões probatórias seja mantida no diagrama de setas. Desse modo, o esquema deve ser confeccionado apenas pelas questões do tipo interpretativo, consoante evidencia a Figura 2.

Figura 2 – Esquema de setas de Atienza adaptado à pesquisa



Fonte: Adaptado de Atienza (2017).

A questão de interpretação (Qb) apresenta duas suposições (SPb1 e SPb2). A suposição 1 (SPb1) possui dois argumentos que a sustentam (1.b1 e 2.b1), em que um deles possui outro argumento exclusivamente a seu favor (1.1.b1). Desse modo, a negação da suposição 1 (Nb1) viabiliza a criação de um argumento para sustentar a suposição 2.

Por sua vez, a suposição 2 (SPb2) possui dois argumentos que a amparam (1.b2 – peso considerável – e 2.b2 – motivo simples), em que um deles é sustentado por outro argumento (1.1.b2), de modo que o símbolo “+” assinala o argumento com maior peso.

Desse modo, conjugando-se a negação da suposição 1 e a suposição 2, obtém-se a interpretação resultante da análise em certo sentido (Ab2), a qual implica a solução (Sa), que equivale à resposta para o problema.

Ressalta-se que, nos casos concretos, é possível identificar mais ou menos elementos, bem como inserir ou excluir classificações. Nada obstante, referidas adaptações devem ser feitas na medida da necessidade, de modo que não há relação proporcional entre a maior quantidade de elementos e a maior profundidade da análise da decisão (ATIENZA, 2017).

Na presente pesquisa, o exame das decisões judiciais será restrito à perspectiva de análise, haja vista que o foco do estudo recai sobre a apresentação e a organização dos argumentos em cada voto proferido. De forma mais específica, tendo em vista o objetivo de pesquisa vinculado à identificação de diálogos argumentativos entre os diferentes votos, a investigação será centralizada no exame dos argumentos que amparam as suposições, os quais configuram os fundamentos utilizados pelos julgadores.

Isso porque o problema (Pa) é comum aos casos, o qual envolve a concessão de liberdade para o paciente – no caso de *Habeas Corpus* – ou a constitucionalidade do art. 283 do CPP – no caso das Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Da mesma forma, há identidade da questão de interpretação – possibilidade de executar a pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (Qb) – e, conseqüentemente, às duas suposições – é possível ou é impossível (SPb1 e SPb2). Assim, os elementos diferenciadores das decisões correspondem justamente aos argumentos (1.b1 e 1.b2).<sup>2</sup>

Na presente pesquisa, a categoria “argumento” corresponde ao fundamento central utilizado para sustentar determinado posicionamento (justificativa completa), enquanto as razões são concebidas como premissas que validam a correção do argumento e atribuem apoio a esse (ATIENZA, 2017). Dessa forma, no diagrama de setas, os argumentos equivalem a 1.b1, 2.b1 etc., enquanto as razões são representadas por 1.1.b1, 1.1.b2 etc., havendo enfoque em relação àqueles, os quais balizam e fundamentam as escolhas dos julgadores.

Considerando o método de pesquisa empírica indicado na introdução e a proposta teórica da Atienza, apresentam-se os resultados identificados e as respectivas discussões dos achados de pesquisa.

## 5. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Delimitados os critérios de busca, ao se efetuar a pesquisa, os resultados obtidos evidenciaram a existência de 172 acórdãos proferidos pelo Plenário. Considerando os acórdãos identificados e excluindo-se os resultados duplicados (com o auxílio de *software*), verificaram-se 150 decisões, conforme indica a Tabela 1.

**Tabela 1 – Acórdãos proferidos pelo Plenário do STF (1988 a 2022)**

| Número de decisões | Acórdãos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|--------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 150                | ARE 1395448 AgR; AP 1032; AP 940; RE 1368160 RG; ADI 6581; ARE 843989 RG; ARE 1355072 AgR; ADI 4109; ARE 770589 AgR-ED-EDv-AgR; ARE 1342981 AgR; ARE 1327326 AgR-segundo; RE 1307053 RG; AP 508; AI 794971 AgR; RE 776823; SL 1375 AgR; ADI 4911; ADI 4888; ARE 999425 ED; ACO 3455; ADI 4296; ADI 5534; ARE 1284414 AgRAD 42; ADPF 444; Pet-AgR 3240; HC 143333; HC 152752; AP-ED-ED 565; AP-ED-segundos-ED 565; AP-ED-terceiros-ED 565; AS-AgR 89; Pet-QO 7074; RE-RG-QO 966177; ADPF-MC-Ref 402; ADC-MC 43; HC-ED 126292; EP-AgR-terceiro 16; SL-AgR 927; Inq 3983; HC 126292; HC 127483; HC 94620; HC 94680; RE 795567; HC 84548; RE 591054; RE-QO 839163; |

2. Apesar de o diagrama evidenciar, de forma didática, apenas dois argumentos que sustentam uma suposição (por exemplo, 1.b2 e 2.b2), na presente investigação, foram identificados outros argumentos (3.b2, 4.b2 e 5.b2).

| Número de decisões | Acórdãos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                    | MS 23262; AP-ED 516; AP-QO-décima primeira 470; RE 583523; RE 567985; AP 470; HC 104339; ADI 2937; ADC 29; ADC 30; ADI 4578; RE 633703; RE 631102; RE 630147; Inq 2027; AP 503; HC 102732; Pet 3898; HC 91676; RHC 93172; HC 84078; Inq 2424; HC 91952; ADPF 144; RE 482006; ADI 3112; AC-MC 509; Inq 2033; RHC 79460; MS 21865; RE 602527 QO-RG; RE-AgR-EDv-AgR 1200873; ARE-AgR 1194002; ADI 5526; RE 580252; RE 704292; ADI 5468; RE 641320; Rcl 8668; ADPF-MC 347; ADI 1923; Rcl-AgR 7778; RE 453000; HC 92932; ADI-MC-Ref 4638; Ext 1196; Ext 1216; Ext 1178; HC 98145; HC 95433; HC 83868; HC 91352; Ext 932; HC-AgR 85340; SEC 5526; Rcl-MC 2391; ADI-MC 2213; HC 80717; Pet 1079 AgR; HC 72565; Pet 1002 QO; ADI 1127 MC; Inq 510; ADI 127 MC-QO; ARE 964246; AI 762146; HC 68726; HC 77945; HC 69964; ADI 5493; RE 560900; ADI 4221; ARE 1267774 AgR; ADC 54; ADC 43; ADC 44; ARE 1283658 AgR; SL 1371 AgR; RE 593818; ARE 1067392 EDv-AgR; ACO 3238 TP-ED-AgR; ACO 3238 TP-Ref; ADI 4887; ADI 4888; ADI 4889; Pet 7841 AgR; ADI 4089; ADC 35; AP 929 ED-2ºJULG-EI; ADI 3446; ADI 5825 MC; ADI 5824 MC; ADI 5823 MC; ADPF 635 MC; ARE 1135514 AgR-ED-segundos-EDv-AgR; ARE 1033206 AgR-AgR-EDv-AgR; RvC 5474 MC; RE 1214102 AgR-EDv; HC 176473; e RE 1113964 AgR-EDv-AgR. |

Fonte: elaboração própria (2023).

Mediante a análise qualitativa dos acórdãos localizados, constatou-se que apenas 14 versam sobre a relação entre presunção de inocência e possibilidade de execução antecipada da pena na perspectiva abordada na presente pesquisa, de modo que os demais processos abordam assuntos diversos, ainda que correlatos. Nada obstante, verifica-se que os acórdãos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 apresentam o mesmo teor, pois esses três julgados estão em conjunto, razão pela qual há, em verdade, 12 diferentes decisões vinculadas ao assunto investigado.

Desse modo, os 12 acórdãos se referem aos seguintes feitos, dispostos em ordem cronológica de julgamento, iniciada pelo processo mais antigo: HC 68.726; HC 69.964; AgR na Pet 1.079; HC 84.078; RHC 93.172; HC 91.676; HC 126.292; ED no HC 126.292; MC na ADC 43; ARE 964.246; HC 152.752; e ADC 43/44/54.

Em relação aos posicionamentos adotados em cada um dos 12 julgamentos, é possível segregar os acórdãos em dois grupos. Por um lado, as decisões que conceberam a possibilidade de executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado. Por outro lado, as deliberações que contemplaram a impossibilidade de execução antecipada da pena privativa de liberdade. A Tabela 2 evidencia esse cenário, considerando-se a conclusão firmada e o ano do julgamento.

**Tabela 2 – Panorama dos acórdãos do Plenário do STF acerca da possibilidade de se executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado**

| Processo                             | Conclusão do acórdão                                                             | Ano do julgamento |
|--------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
| HC 68.726                            | É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.  | 1991              |
| HC 69.964                            | É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.  | 1992              |
| Agravo regimental na Pet 1.079       | É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.  | 1996              |
| HC 84.078                            | É incabível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado. | 2009              |
| RHC 93.172                           | É incabível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado. | 2009              |
| HC 91.676                            | É incabível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado. | 2009              |
| HC 126.292                           | É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.  | 2016              |
| Embargos de declaração no HC 126.292 | É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.  | 2016              |
| MC nas ADCs 43/44/54                 | É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.  | 2016              |
| ARE 964.246                          | É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.  | 2016              |
| HC 152.752                           | É possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.  | 2018              |
| ADC 43/44/54                         | É incabível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado. | 2019              |

Fonte: elaboração própria (2023).

Tendo em vista que, entre as decisões identificadas, quatro foram paradigmáticas no sentido de fixar ou modificar a jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da execução antecipada da pena privativa de liberdade (*Habeas Corpus* 68.726, 84.078 e 126.292 e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43/44/54), a análise ficará restrita a esses acórdãos, considerando a sua relevância para a discussão acerca do objeto de pesquisa.

Destaca-se que alguns acórdãos abordam, além da temática objeto da presente pesquisa, outros assuntos. Nesses casos, o exame limitar-se-á apenas aos argumentos atinentes à possibilidade de execução antecipada da pena sob a óptica da presunção de inocência. Para a análise, foram considerados apenas os argumentos que se adequam à proposta do modelo de investigação de Atienza.

Em relação ao *Habeas Corpus* 68.726, cuja extensão totaliza sete páginas, verificou-se que o acórdão é composto unicamente pelo voto do relator, Ministro Néri da Silveira, de modo que os demais julgadores apenas acompanharam o posicionamento, salvo os ministros Sydney Sanches, Celso de Mello e Marco Aurélio, que estavam ausentes. Os argumentos são sintetizados conforme a Tabela 3.

**Tabela 3 – Novos argumentos do HC 68.726**

| Argumento                                                                                                                                                                                | Classificação |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| A Constituição Federal veda a execução da pena antes do trânsito em julgado em atenção à presunção de inocência.                                                                         | 1             |
| A ordem judicial possui natureza processual, observa a aplicação da lei penal após o reconhecimento da responsabilidade criminal do acusado e assegura o contraditório e a ampla defesa. | 2             |
| Os recursos excepcionais não vedam a execução da pena.                                                                                                                                   | 3             |
| É possível executar a sentença antes do trânsito em julgado em razão de decisão condenatória.                                                                                            | 4             |
| Há diferenças entre caso julgado e coisa julgada no que tange a eventuais recursos pendentes.                                                                                            | 5             |
| É possível haver ordem de prisão decorrente do acórdão que confirmou a condenação.                                                                                                       | 6             |
| A necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para executar a pena inviabiliza as prisões cautelares.                                                                               | 7             |

Fonte: elaboração própria (2023).

Por sua vez, o acórdão atinente ao *Habeas Corpus* 84.078, o qual contém 166 páginas, apresenta 11 votos,<sup>3</sup> sendo relatado pelo ministro Eros Grau e havendo divergência instaurada pelo ministro Menezes Direito. Os novos fundamentos utilizados são categorizados nos termos da Tabela 4.

**Tabela 4 – Novos argumentos do HC 84.078**

| Argumento                                                                    | Classificação |
|------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| O condicionamento da pena definitiva ao trânsito em julgado gera impunidade. | 8             |

3. Nada obstante, as razões de decidir dos ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia não foram consignadas no acórdão.

| Argumento                                                                                                                                                                                                                                                 | Classificação |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| Os arts. 105, 147 e 164 da Lei de Execuções Penais (LEP) se sobrepõem ao art. 637 do CPP; comodidades do STJ e do STF não podem se sobrepor às garantias constitucionais; argumentos não normativos ou legais não podem subverter a Constituição Federal. | 9             |
| É desproporcional demandar o trânsito em julgado para penas restritivas de direitos e dispensá-lo para penas privativas de liberdade.                                                                                                                     | 10            |
| Há diferenças entre prisão definitiva e prisão cautelar, de forma que apenas esta pode ser decretada antes do trânsito em julgado.                                                                                                                        | 11            |
| A ampla defesa deve ser observada em todas as fases processuais, incluindo o âmbito dos recursos excepcionais.                                                                                                                                            | 12            |
| A presunção de inocência deve ser aplicada no âmbito criminal, uma vez que o STF a aplica na seara administrativa.                                                                                                                                        | 13            |
| Os criminosos não podem ser considerados objetos processuais.                                                                                                                                                                                             | 14            |
| Apenas desafetos da Constituição admitem a execução antecipada da pena.                                                                                                                                                                                   | 15            |
| Algumas leis penais e processuais que visam ao punitivismo excessivo são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro; o punitivismo exacerbado equipara o indivíduo que o apoia ao réu.                                                           | 16            |
| Os recursos excepcionais, por discutirem teses jurídicas – e não fatos –, não obstam a prisão antes do trânsito em julgado; o julgamento é concluído nas instâncias ordinárias, de forma a limitar a atuação do STJ e do STF.                             | 17            |
| A Convenção Americana de Direitos Humanos não veda a prisão antes do trânsito em julgado.                                                                                                                                                                 | 18            |
| O sistema processual oferece instrumentos para se obter a suspensão da execução penal.                                                                                                                                                                    | 19            |
| O princípio da presunção de inocência deve ser ponderado com outros direitos fundamentais e pode ser mitigado.                                                                                                                                            | 20            |
| A execução antecipada é autorizada em razão do viés preventivo da sanção criminal.                                                                                                                                                                        | 21            |
| A execução antecipada da pena não apresenta natureza autoritária.                                                                                                                                                                                         | 22            |
| A execução antecipada da pena é um instrumento de proteção à vítima e a seus familiares, notadamente em relação a crimes que envolvem crianças e adolescentes.                                                                                            | 23            |
| Condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado implica transformar o STF em instância regular.                                                                                                                                                     | 24            |

| Argumento                                                                                                                                                                                                                                   | Classificação |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| A revogação do art. 594 do CPP não altera a possibilidade de execução antecipada da pena.                                                                                                                                                   | 25            |
| Todos são sujeitos de direitos fundamentais, inclusive o acusado criminal.                                                                                                                                                                  | 26            |
| Deve-se observar o devido processo legal para proteger os direitos de pessoas que respondem ações penais.                                                                                                                                   | 27            |
| Constituições democráticas e instrumentos internacionais de direitos humanos incorporam a presunção de inocência na qualidade de direito.                                                                                                   | 28            |
| O paradigma autoritário que demandava que o réu comprovasse sua inocência foi superado.                                                                                                                                                     | 29            |
| A presunção de inocência não se esvazia progressivamente à medida que se sucedem os graus de jurisdição.                                                                                                                                    | 30            |
| A Constituição Federal reforça a presunção de inocência ao condicionar a suspensão dos direitos políticos ao trânsito em julgado da sentença criminal.                                                                                      | 31            |
| A LEP exige, de forma expressa, o trânsito em julgado.                                                                                                                                                                                      | 32            |
| O art. 105 da LEP deve ser interpretado no sentido de apenas abordar a guia de recolhimento definitiva – e não a provisória.                                                                                                                | 33            |
| Aguardar o trânsito em julgado viola a efetividade do processo penal.                                                                                                                                                                       | 34            |
| A execução da pena não demanda a culpa incontestada do réu, bastando a existência de decisões judiciais condenatórias das instâncias ordinárias.                                                                                            | 35            |
| A Convenção Americana de Direitos Humanos garante apenas o duplo grau de jurisdição.                                                                                                                                                        | 36            |
| A necessidade de comprovação de repercussão geral reforça a possibilidade da execução antecipada da pena.                                                                                                                                   | 37            |
| O percentual de provimento de recursos extraordinários é ínfimo, o que evidencia a limitação desse recurso na modificação da pena imposta.                                                                                                  | 38            |
| Devem-se respeitar as decisões de juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição.                                                                                                                                                         | 39            |
| As prevenções geral e especial da pena não atingem suas finalidades.                                                                                                                                                                        | 40            |
| Não há previsão constitucional de que os recursos excepcionais flexibilizariam a presunção de não culpabilidade; deve-se conciliar a liberdade individual e a eficácia da justiça criminal sem haver o sacrifício do devido processo legal. | 41            |

| Argumento                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Classificação |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| A presunção de não culpabilidade, garantida na Constituição Federal, exige condenação judicial transitada em julgado.                                                                                                                                                                                           | 42            |
| A liberdade é a regra no ordenamento jurídico brasileiro.                                                                                                                                                                                                                                                       | 43            |
| A não aplicação da presunção de não culpabilidade no âmbito eleitoral não afasta a incidência desse direito na seara criminal.                                                                                                                                                                                  | 44            |
| A presunção de inocência é um valor político e ideológico que assegura a dignidade da pessoa humana.                                                                                                                                                                                                            | 45            |
| Há desproporcionalidade entre as formas de execução cível e criminal, o que implica aguardar o trânsito em julgado para executar a pena.                                                                                                                                                                        | 46            |
| A presunção de inocência não é inovação da Constituição Federal, pois já figurava em textos constitucionais anteriores; o art. 5º, LVII, da Constituição Federal apenas assegura a presunção de inocência durante a instrução criminal; os bens jurídicos tutelados pelas esferas cível e penal são diferentes. | 47            |
| Condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado implica dizer que os ministros antecedentes se equivocaram durante 20 anos.                                                                                                                                                                               | 48            |
| A Convenção Americana de Direitos Humanos apenas garante a imediata comunicação da prisão ao juiz competente, conforme dispõe o art. 5º, LXII, da Constituição Federal.                                                                                                                                         | 49            |
| A presunção de inocência é substituída pelo juízo de culpabilidade, ainda que provisório.                                                                                                                                                                                                                       | 50            |
| Não é razoável conceber que o acórdão do Tribunal de segunda instância que confirma a sentença condenatória sempre seja desacertado.                                                                                                                                                                            | 51            |
| O réu não ingressa no regime prisional até a manutenção da condenação pelo STJ ou pelo STF em casos de interposição de recursos excepcionais.                                                                                                                                                                   | 52            |
| A Súmula 267 do STJ é incompatível com a Constituição Federal.                                                                                                                                                                                                                                                  | 53            |
| A prisão preventiva é instrumento mais adequado para dar efetividade ao processo penal; dados do CNJ comprovam alto índice de presos (com ênfase aos provisórios).                                                                                                                                              | 54            |
| Mais de 1/3 dos HCs impetrados no STF foi concedido.                                                                                                                                                                                                                                                            | 55            |
| Composições anteriores do STF não vinculam os atuais ministros, que podem dar continuidade a um processo permanente de transição no entendimento jurisprudencial.                                                                                                                                               | 56            |
| A execução antecipada da pena viola o princípio da proporcionalidade.                                                                                                                                                                                                                                           | 57            |

Fonte: elaboração própria (2023).

Complementarmente, o acórdão atinente ao *Habeas Corpus* 126.292 totaliza 103 páginas e é composto por 11 votos,<sup>4</sup> sendo relatado pelo ministro Teori Zavascki e havendo divergência instaurada pela ministra Rosa Weber. Os argumentos inéditos são indicados na Tabela 5.

**Tabela 5 – Novos argumentos do HC 126.292**

| Argumento                                                                                                                                                                                                        | Classificação |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| A preclusão do debate sobre provas possibilita a relativização ou a inversão da presunção de inocência.                                                                                                          | 58            |
| A Lei Complementar 135/2010 evidencia a possibilidade de produção de efeitos da condenação criminal antes do trânsito em julgado.                                                                                | 59            |
| Em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução penal fica suspensa para aguardar o referendo da Corte Suprema.                                                              | 60            |
| Os recursos excepcionais não acarretam a interrupção do prazo prescricional.                                                                                                                                     | 61            |
| É possível certificar o trânsito em julgado com baixa definitiva dos autos quando os segundos Embargos de Declaração forem desprovidos em razão do caráter protelatório.                                         | 62            |
| A certificação do trânsito em julgado após o desprovidimento dos segundos embargos protelatórios significa a limitação da literalidade do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal realizada pelo STF. | 63            |
| Deve-se assegurar a razoável duração do processo, evitando-se que a eficácia da condenação definitiva nas instâncias ordinárias demande apreciação do STJ ou do STF.                                             | 64            |
| A execução de condenação por crime doloso contra a vida não demanda a chancela do STF.                                                                                                                           | 65            |
| O arcabouço de recursos excepcionais criado pelos arts. 102 e 105 da Constituição Federal não visa à revisão de injustiças em casos concretos.                                                                   | 66            |
| O acesso recursal ao STJ e ao STF é excepcional.                                                                                                                                                                 | 67            |
| Os arts. 147 e 164 da LEP não exigem o trânsito em julgado para a execução da pena.                                                                                                                              | 68            |
| Conceber caráter absoluto ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal implica condicionar a execução da pena à concordância do acusado.                                                                            | 69            |

4. Ressalta-se, todavia, que os argumentos do ministro Dias Toffoli não foram registrados na decisão.

| Argumento                                                                                                                                                                      | Classificação |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| Condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado implica afirmar que a Constituição edificou a presunção absoluta de desconfiança das decisões das instâncias ordinárias. | 70            |
| Condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado reforça a seletividade do sistema penal.                                                                                 | 71            |
| Condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado agrava o descrédito do sistema da justiça criminal junto à sociedade.                                                    | 72            |
| O pressuposto para a decretação da prisão corresponde à ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente – e não ao trânsito em julgado.                       | 73            |
| O art. 283 do CPP não impede a execução antecipada da pena.                                                                                                                    | 74            |
| À medida que o processo avança, há redução gradativa do peso da presunção de inocência.                                                                                        | 75            |
| Condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado enseja violação ao princípio da proporcionalidade.                                                                       | 76            |
| A execução antecipada da pena é autorizada em razão da exigência de ordem pública decorrente da condenação pelo Tribunal de segunda instância.                                 | 77            |
| A execução antecipada da pena pode contribuir para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal.                                                        | 78            |
| A revisão da jurisprudência pelo STF não é o meio mais adequado para solucionar questões pragmáticas.                                                                          | 79            |
| Na execução penal, coisa julgada se refere à imutabilidade da discussão sobre fatos.                                                                                           | 80            |
| Houve deformação eloquente da presunção de não culpabilidade.                                                                                                                  | 81            |
| Afastar a presunção de inocência não demanda decisão condenatória transitada em julgado.                                                                                       | 82            |
| A interpretação referente à impossibilidade da execução antecipada da pena não encontra mais respaldo no meio social.                                                          | 83            |
| O art. 5º, LVII, da Constituição Federal não indica que o indivíduo não será condenado.                                                                                        | 84            |
| A definição de culpa depende de intermediação do legislador.                                                                                                                   | 85            |
| Instrumentos internacionais não vinculam a comprovação de culpa ao trânsito em julgado.                                                                                        | 86            |

| Argumento                                                                                                                                                                                                                                                                   | Classificação |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| Os problemas relativos à execução da pena devem ser solucionados por meio de Emenda à Constituição, sem prejuízo da discussão acerca da impossibilidade de modificar cláusulas pétreas; há casos de provimento de Recursos Especial e Extraordinário para beneficiar o réu. | 87            |
| Admitir a execução antecipada da pena implica esvaziar o modelo garantista da Constituição Federal.                                                                                                                                                                         | 88            |
| Não é possível interpretar o disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de forma diversa da literal, sob pena de se reescrever a norma jurídica.                                                                                                             | 89            |
| É inadequado utilizar argumentos referentes às experiências de outros países, pois há diferenciações nos textos constitucionais internacionais e na Constituição do Brasil.                                                                                                 | 90            |
| A presunção de inocência garante o tratamento do réu como inocente até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória e o ônus da acusação de provar a culpa do acusado.                                                                                               | 91            |
| Quase 1/3 dos recursos extraordinários criminais é provido.                                                                                                                                                                                                                 | 92            |
| Não é possível subordinar os preceitos constitucionais à potestade do Estado.                                                                                                                                                                                               | 93            |
| O efeito suspensivo dos recursos deve ser interpretado com base na Constituição Federal.                                                                                                                                                                                    | 94            |
| A possibilidade de execução antecipada da pena não considera o estado de coisas inconstitucional presente no sistema carcerário brasileiro.                                                                                                                                 | 95            |
| Aceitar a execução antecipada da pena implica aumentar o número de presos.                                                                                                                                                                                                  | 96            |

Fonte: elaboração própria (2023).

Por fim, o acórdão atinente às Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que contém 489 páginas, é formado por 11 votos, sendo relatado pelo ministro Marco Aurélio e havendo divergência instaurada pelo ministro Alexandre de Moraes. Os novos argumentos indicados pelos julgadores são indicados na Tabela 6.

**Tabela 6 – Novos argumentos das ADCs 43, 44 e 54**

| Argumento                                                                               | Classificação |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| A Lei 12.403/2011, que alterou o art. 283 do CPP, concretizou a presunção de inocência. | 97            |
| O STF se afasta da Constituição Federal ao permitir a execução antecipada da pena.      | 98            |

| Argumento                                                                                                                                                                            | Classificação |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| O STF deve agir como última trincheira da cidadania.                                                                                                                                 | 99            |
| Não há diferença semântica entre situações de inocência e de não culpa.                                                                                                              | 100           |
| A presunção de inocência não pode ser restringida pelo constituinte derivado.                                                                                                        | 101           |
| O trânsito em julgado é o marco mais seguro para a limitação da liberdade, pois é possível reverter ou atenuar a condenação nas instâncias superiores.                               | 102           |
| Não há fundamento para autorizar a execução da pena após o fim da jurisdição do STJ.                                                                                                 | 103           |
| Discursos agressivos, populistas e falsos não podem influenciar a decisão do STF.                                                                                                    | 104           |
| Não há óbice de mudança da jurisprudência recente do STF sobre a execução antecipada da pena em razão da natureza de controle concentrado de constitucionalidade.                    | 105           |
| A impossibilidade da execução antecipada da pena somente prevaleceu na jurisprudência do STF durante 7 de 31 anos de democracia pós-Constituição de 1988.                            | 106           |
| Dos 34 ministros que atuaram no STF, só nove discordaram da execução antecipada da pena.                                                                                             | 107           |
| As Súmulas 716 e 717 do STF autorizam a execução antecipada da pena.                                                                                                                 | 108           |
| As alterações da jurisprudência do STF não produziram impacto significativo no sistema penitenciário nacional, mas gerou grande evolução no combate à corrupção.                     | 109           |
| Os abusos dos tribunais de segunda instância podem ser revistos por meio de HC ou ROC.                                                                                               | 110           |
| A execução antecipada da pena não retira a eficácia da previsão constitucional e impõe que os efeitos criminais secundários e extrapenais aguardem o trânsito em julgado da decisão. | 111           |
| O direito penal também deve ser concebido como instrumento de tutela de direitos humanos.                                                                                            | 112           |
| A interpretação do princípio da presunção de inocência pelo STF deve ser uniforme a todos os cidadãos, independentemente do crime cometido ou da acusação apresentada.               | 113           |
| O CPP deve ser interpretado à luz da Constituição, e não o contrário.                                                                                                                | 114           |

| Argumento                                                                                                                                                                            | Classificação |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| A presunção de inocência é direito constitucional plurívoco e depende de interpretação.                                                                                              | 115           |
| Há diferenças entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade.                                                                                                         | 116           |
| O efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário é excepcional.                                                                                                            | 117           |
| A irretroatividade da lei penal mais gravosa não se aplica a entendimento jurisprudencial.                                                                                           | 118           |
| O reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário não pode ser o fundamento da interpretação das regras penais e processuais penais.                    | 119           |
| O bem comum e os fins sociais devem ser atendidos pelo juiz na aplicação da lei.                                                                                                     | 120           |
| A possibilidade de execução antecipada da pena diminuiu o índice de encarceramento.                                                                                                  | 121           |
| A possibilidade de execução antecipada da pena não impacta os pobres, mas, sim, os ricos.                                                                                            | 122           |
| Compete ao juiz constitucional participar do esforço coletivo para enfrentar violência, corrupção, impunidade e desigualdade.                                                        | 123           |
| A jurisprudência e os precedentes devem ser respeitados.                                                                                                                             | 124           |
| A execução antecipada da pena impulsionou a solução de crimes de colarinho branco.                                                                                                   | 125           |
| A Assembleia Nacional Constituinte realizou amplos debates e optou por vincular, expressamente, a presunção de inocência ao trânsito em julgado.                                     | 126           |
| Os espaços de discricionariedade judicial em matéria penal e processual penal apenas ocorrem quando há expressões indeterminadas ou de antinomias semânticas.                        | 127           |
| Problemas da estrutura normativa penal e processual penal devem ser resolvidos não pela supressão de garantias, mas, sim, mediante o aperfeiçoamento da legislação processual penal. | 128           |
| É insignificativa a quantidade de beneficiários da impossibilidade de execução antecipada.                                                                                           | 129           |
| A necessidade de que a sociedade civil se identifique com a Constituição deve orientar as decisões do STF.                                                                           | 130           |
| O STF deve atuar de forma contramajoritária.                                                                                                                                         | 131           |

| Argumento                                                                                                                                                                  | Classificação |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| A execução antecipada da pena gerou prisões automáticas sem fundamentação idônea.                                                                                          | 132           |
| Não se pode fazer política criminal contra a Constituição, mas, sim, com amparo nela.                                                                                      | 133           |
| A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra a proibição do retrocesso.                                                                                           | 134           |
| A execução antecipada da pena é harmônica ao princípio da proporcionalidade, pois concretiza a proibição da insuficiência.                                                 | 135           |
| A evolução normativa sobre execução antecipada da pena evidencia a impossibilidade da execução antecipada da pena.                                                         | 136           |
| Há considerável taxa de provimento recursal no STF/STJ em razão de os tribunais de segunda instância não observarem a jurisprudência dos tribunais superiores.             | 137           |
| As decisões do STF não são os únicos fatores que explicam o aumento ou a diminuição do número de presos.                                                                   | 138           |
| Aproximadamente 1/3 dos recursos especiais criminais são providos.                                                                                                         | 139           |
| Nenhuma entidade multilateral pode defender a estruturação de um aparato criminal em desrespeito aos valores constitucionais.                                              | 140           |
| O transcorrer do processo penal e a confirmação da condenação são relevantes para a imposição da prisão preventiva, mas não do início da execução da pena.                 | 141           |
| A execução antecipada da pena é possível se a matéria recursal tiver sido analisada por meio de HC anteriormente.                                                          | 142           |
| Ordenamentos jurídicos de outros países permitem a execução da pena após pronunciamento em nível de cassação, por tribunal equiparado ao STJ.                              | 143           |
| O caráter mais benéfico aos réus da previsão da Constituição Federal em relação às normas internacionais implica a adoção do critério da norma mais favorável.             | 144           |
| A interpretação do art. 1º, I, “n”, da Lei Complementar 05/1970 e a inconstitucionalidade parcial do art. 48 do Decreto-Lei 314/1967 concretizam a presunção de inocência. | 145           |
| A legislação exige o trânsito em julgado para a execução de pena de multa penal.                                                                                           | 146           |
| O art. 592 do Código de Processo Penal Militar exige o trânsito em julgado para a execução da pena.                                                                        | 147           |

| Argumento                                                                                                                                                                        | Classificação |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| A soberania dos veredictos não autoriza a execução antecipada da pena.                                                                                                           | 148           |
| O instituto da execução antecipada não engloba a concessão dos direitos da execução penal antes do trânsito em julgado (execução provisória), configurando diferentes situações. | 149           |
| O tempo de tramitação de recursos no STF é, em geral, reduzido.                                                                                                                  | 150           |
| Nos casos de júri, é possível a prisão após a condenação pelo conselho de sentença, pois se trata de decisão em única instância, não havendo execução antecipada da pena.        | 151           |
| Apesar de a Constituição não impossibilitar a prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, o art. 283 do CPP o faz.                                              | 152           |

Fonte: elaboração própria (2023).

Entre os 152 argumentos identificados, nota-se que 83 se vinculam à possibilidade da execução antecipada da pena,<sup>5</sup> enquanto 69 sustentam o posicionamento atinente à necessidade de existência do trânsito em julgado para proceder à execução da pena.<sup>6</sup>

Considerando que os acórdãos analisados abordam a temática acerca da possibilidade de execução antecipada da pena e que há uma linha cronológica entre essas decisões – inclusive havendo julgadores em comum nos quatro momentos<sup>7</sup> –, é importante verificar se os argumentos abordados foram retomados em deliberações futuras.

O voto do ministro-relator, no âmbito do *Habeas Corpus* 68.726, não pôde ser comparado com julgados anteriores, tendo em vista que foi o primeiro pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Esse cenário é evidenciado pela Tabela 7:

5. Argumentos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 104, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 130, 131, 135 e 143.

6. Argumentos 1, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 53, 55, 56, 57, 63, 79, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 126, 127, 128, 129, 132, 133, 134, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151 e 152.

7. Verifica-se que, entre os julgadores que participaram de mais de um dos julgamentos analisados, apenas o ministro Gilmar Mendes mudou seu posicionamento final acerca da possibilidade de execução antecipada da pena, votando pela inviabilidade em um primeiro momento (HC 84.078); pelo cabimento na deliberação seguinte (HC 126.292); e retomando a impossibilidade no último cenário (ADC 43, 44 e 54). Nada obstante, verifica-se que os argumentos apresentados pelos magistrados, incluindo aqueles que não modificaram seu posicionamento, não são os mesmos em todas as deliberações.

**Tabela 7 – Argumentos acrescentados e retomados (HC 68.726)**

| Ministro/<br>Ministra | Classifica-<br>ção dos<br>argumentos<br>utilizados | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos<br>novos    | Quantidade<br>de argu-<br>mentos do<br>HC 68.726 | Quantidade<br>de argu-<br>mentos do<br>HC 84.078 | Quantidade<br>de argu-<br>mentos do<br>HC 126.292 | Quantidade<br>de argu-<br>mentos da<br>ADC 43 |
|-----------------------|----------------------------------------------------|------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------------------------------------------------|---------------------------------------------------|-----------------------------------------------|
| Néri da<br>Silveira   | 1, 2, 3, 4, 5,<br>6 e 7                            | 7 (argu-<br>mentos 1,<br>2, 3, 4,<br>5, 6 e 7) | Não se<br>aplica                                 | Não se<br>aplica                                 | Não se<br>aplica                                  | Não se<br>aplica                              |

Fonte: elaboração própria (2023).

Vê-se, portanto, que o acórdão do HC 68.726 acrescentou sete argumentos à deliberação do Supremo Tribunal Federal (argumentos 1 a 7), não havendo que falar em argumentos retomados.

Em relação ao *Habeas Corpus* 84.078, é necessário especificar os diferentes votos componentes do acórdão, de modo a propiciar uma apuração detalhada dos argumentos abordados, situação evidenciada na Tabela 8.

**Tabela 8 – Argumentos acrescentados e retomados (HC 84.078)**

| Ministro/<br>Ministra | Classifica-<br>ção dos<br>argumentos<br>utilizados                   | Quantidade<br>de argu-<br>mentos<br>novos                        | Quantidade<br>de argu-<br>mentos do<br>HC 68.726 | Quantidade<br>de argu-<br>mentos do<br>HC 84.078 | Quantidade<br>de argu-<br>mentos do<br>HC 126.292 | Quantidade<br>de argu-<br>mentos da<br>ADC 43 |
|-----------------------|----------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------------------------------------------------|---------------------------------------------------|-----------------------------------------------|
| Eros Grau             | 1, 3, 8, 9,<br>10, 11, 12,<br>13, 14, 15 e<br>16                     | 9 (argumen-<br>tos 8, 9, 10,<br>11, 12, 13,<br>14, 15 e 16)      | 2 (argumen-<br>tos 1 e 3)                        | Não se<br>aplica                                 | Não se<br>aplica                                  | Não se<br>aplica                              |
| Menezes<br>Direito    | 1, 3, 7, 8,<br>17, 18, 19,<br>20, 21, 22,<br>23, 24 e 25             | 9 (argumen-<br>tos 17, 18,<br>19, 20, 21,<br>22, 23, 24 e<br>25) | 2 (argumen-<br>tos 1 e 3)                        | 1 (argumen-<br>to 8)                             | Não se<br>aplica                                  | Não se<br>aplica                              |
| Celso de<br>Mello     | 1, 11, 26,<br>27, 28, 29,<br>30 e 31                                 | 6 (argumen-<br>tos 26,<br>27, 28, 29,<br>30 e 31)                | 1 (argumen-<br>to 1)                             | 1 (argumen-<br>to 11)                            | Não se<br>aplica                                  | Não se<br>aplica                              |
| Joaquim<br>Barbosa    | 1, 3, 8, 17,<br>19, 20, 32,<br>33, 34, 35,<br>36, 37, 38,<br>39 e 40 | 9 (argumen-<br>tos 32,<br>33, 34, 35,<br>36, 37, 38,<br>39 e 40) | 2 (argumen-<br>tos 1 e 3)                        | 4 (argumen-<br>tos 8, 17, 19<br>e 20)            | Não se<br>aplica                                  | Não se<br>aplica                              |

| Ministro/<br>Ministra | Classifica-<br>ção dos<br>argumentos<br>utilizados      | Quantidade<br>de argu-<br>mentos<br>novos       | Quantidade<br>de argu-<br>mentos do<br>HC 68.726 | Quantidade<br>de argu-<br>mentos do<br>HC 84.078 | Quantidade<br>de argu-<br>mentos do<br>HC 126.292 | Quantidade<br>de argu-<br>mentos da<br>ADC 43 |
|-----------------------|---------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------------------------------------------------|---------------------------------------------------|-----------------------------------------------|
| Carlos Britto         | 1, 3, 11, 20, 27, 41, 42, 43 e 44                       | 4 (argumen-<br>tos 41, 42, 43 e 44)             | 2 (argumen-<br>tos 1 e 3)                        | 3 (argumen-<br>tos 11, 20 e 27)                  | Não se aplica                                     | Não se aplica                                 |
| Cezar Peluso          | 1, 3, 9, 13, 27 e 45                                    | 1 (argumen-<br>to 45)                           | 2 (argumen-<br>tos 1 e 3)                        | 3 (argumen-<br>tos 9, 13 e 27)                   | Não se aplica                                     | Não se aplica                                 |
| Ellen Gracie          | 1, 3, 7, 8, 17, 18, 20, 22, 46, 47, 48, 49, 50, 51 e 52 | 7 (argumen-<br>tos 46, 47, 48, 49, 50, 51 e 52) | 3 (argumen-<br>tos 1, 3, e 7)                    | 5 (argumen-<br>tos 8, 17, 18, 20 e 22)           | Não se aplica                                     | Não se aplica                                 |
| Marco Aurélio         | 1, 3, 9, 11, 46 e 53                                    | 1 (argumen-<br>to 53)                           | 2 (argumen-<br>tos 1 e 3)                        | 3 (argumen-<br>tos 9, 11 e 46)                   | Não se aplica                                     | Não se aplica                                 |
| Gilmar Mendes         | 1, 3, 9, 11, 34, 45, 54, 55, 56 e 57                    | 4 (argumen-<br>tos 54, 55, 56 e 57)             | 2 (argumen-<br>tos 1 e 3)                        | 4 (argumen-<br>tos 9, 11, 34 e 45)               | Não se aplica                                     | Não se aplica                                 |

Fonte: elaboração própria (2023).

Inicialmente, destaca-se que a coluna referente ao *Habeas Corpus* 126.292 não foi preenchida, visto que se trata de um julgamento posterior à apreciação jurisdicional do *Habeas Corpus* 84.078. Em relação ao voto do ministro Eros Grau, a coluna atinente à quantidade de argumentos retomados do HC 84.078 igualmente não foi preenchida, pois esse foi o primeiro pronunciamento do acórdão. No que diz respeito aos demais votos, foram considerados os argumentos dos julgadores que se manifestaram anteriormente.

Conforme demonstra a investigação, todos os ministros acrescentaram pelo menos um argumento ao debate, de modo a expandi-lo, possibilitando novas perspectivas sobre a temática. Nota-se que, em relação aos sete argumentos evidenciados no *Habeas Corpus* 68.726, menos da metade foram retomados pelos julgadores, e, em média, os ministros evidenciaram dois argumentos anteriores. Ressalta-se, também, que o argumento 1 foi abordado por todos os votos, o que é condizente com a natureza constitucional da temática.

No que concerne aos argumentos acrescentados no próprio *Habeas Corpus* 84.078, verificam-se deficiências no diálogo entre os ministros, considerando-se baixa expressividade do resgate de argumentos, com média inferior a três argumentos por julgador. Entre os 50 argumentos acrescidos (8 a 57), desconsiderando-se a repetição, apenas foram retomados 13 argumentos (8, 9, 11, 13, 17, 18, 19, 20, 22, 27, 34, 45 e 46).

Ainda que alguns ministros tenham apresentado mais argumentos retomados do que novos fundamentos, considerando-se o número de argumentos evidenciados no debate – até então 57 –, nota-se a ausência de diálogo entre diferentes argumentos já expostos.

No que concerne ao *Habeas Corpus* 126.292, é possível realizar uma comparação com os argumentos relativos aos dois acórdãos anteriores, consoante demonstra a Tabela 9.

**Tabela 9 – Argumentos acrescentados e retomados (HC 126.292)**

| Ministro/<br>Ministra   | Classifica-<br>ção dos<br>argumentos<br>utilizados                                             | Quantidade<br>de argu-<br>mentos<br>novos                        | Quantidade<br>de argu-<br>mentos do<br>HC 68.726 | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos do<br>HC 84.078              | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos do<br>HC 126.292 | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos da<br>ADC 43 |
|-------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|-------------------------------------------------|
| Teori<br>Zavascki       | 1, 3, 8, 17,<br>19, 20, 22,<br>34, 37, 38,<br>47, 58, 59,<br>60 e 61                           | 4 (argu-<br>mentos 58,<br>59, 60 e 61)                           | 2 (argumen-<br>tos 1 e 3)                        | 9 (argu-<br>mentos 8,<br>17, 19, 20,<br>22, 34, 37,<br>38 e 47) | Não se<br>aplica                                    | Não se<br>aplica                                |
| Edson<br>Fachin         | 1, 3, 17, 19,<br>20, 34, 37,<br>62, 63, 64,<br>65, 66, 67,<br>68, 69 e 70                      | 9 (argu-<br>mentos 62,<br>63, 64, 65,<br>66, 67, 68,<br>69 e 70) | 2 (argumen-<br>tos 1 e 3)                        | 5 (argu-<br>mentos 17,<br>19, 20, 34<br>e 37)                   | 0 (não<br>retomou argumen-<br>tos)                  | Não se<br>aplica                                |
| Luís Roberto<br>Barroso | 1, 3, 7, 17,<br>19, 20, 21,<br>34, 38, 56,<br>60, 64, 71,<br>72, 73, 74,<br>75, 76, 77<br>e 78 | 8 (argu-<br>mentos 71,<br>72, 73, 74,<br>75, 76, 77<br>e 78)     | 2 (argumen-<br>tos 1 e 3)                        | 5 (argu-<br>mentos 17,<br>19, 20, 34<br>e 38)                   | 2 (argu-<br>mentos 60<br>e 64)                      | Não se<br>aplica                                |
| Rosa Weber              | 1, 11, 78<br>e 79                                                                              | 1 (argu-<br>mento 79)                                            | 1 (argu-<br>mento 1)                             | 1 (argu-<br>mento 11)                                           | 1 (argu-<br>mento 78)                               | Não se<br>aplica                                |
| Luiz Fux                | 1, 17, 80,<br>81, 82 e 83                                                                      | 4 (argu-<br>mentos 80,<br>81, 82 e 83)                           | 1 (argu-<br>mento 1)                             | 1 (argu-<br>mento 17)                                           | 0 (não<br>retomou argumen-<br>tos)                  | Não se<br>aplica                                |
| Cármen<br>Lúcia         | 1, 17 e 84                                                                                     | 1 (argu-<br>mento 84)                                            | 1 (argu-<br>mento 1)                             | 1 (argu-<br>mento 17)                                           | 0 (não<br>retomou argumen-<br>tos)                  | Não se<br>aplica                                |
| Gilmar<br>Mendes        | 1, 17, 19,<br>59, 75, 85<br>e 86                                                               | 2 (argu-<br>mentos 85<br>e 86)                                   | 1 (argu-<br>mento 1)                             | 2 (argu-<br>mentos 17<br>e 19)                                  | 2 (argu-<br>mentos 59<br>e 75)                      | Não se<br>aplica                                |

| Ministro/<br>Ministra  | Classifica-<br>ção dos<br>argumentos<br>utilizados                     | Quantidade<br>de argu-<br>mentos<br>novos | Quantidade<br>de argu-<br>mentos do<br>HC 68.726 | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos do<br>HC 84.078           | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos do<br>HC 126.292 | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos da<br>ADC 43 |
|------------------------|------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|-------------------------------------------------|
| Marco<br>Aurélio       | 1, 38, 46,<br>78, 79, 87,<br>88 e 89                                   | 3 (argu-<br>mentos 87,<br>88 e 89)        | 1 (argu-<br>mento 1)                             | 2 (argu-<br>mentos 38<br>e 46)                               | 2 (argu-<br>mentos 78<br>e 79)                      | Não se<br>aplica                                |
| Celso de<br>Mello      | 1, 11, 14,<br>26, 27, 28,<br>29, 30, 32,<br>60, 89, 90,<br>91, 92 e 93 | 4 (argu-<br>mentos 90,<br>91, 92 e 93)    | 1 (argu-<br>mento 1)                             | 8 (argu-<br>mentos 11,<br>14, 26, 27,<br>28, 29, 30<br>e 32) | 2 (argu-<br>mentos 60<br>e 89)                      | Não se<br>aplica                                |
| Ricardo<br>Lewandowski | 1, 3, 11, 46,<br>79, 89, 94,<br>95 e 96                                | 3 (argu-<br>mentos 94,<br>95 e 96)        | 2 (argu-<br>mentos 1<br>e 3)                     | 2 (argu-<br>mentos 11<br>e 46)                               | 2 (argu-<br>mentos 79<br>e 89)                      | Não se<br>aplica                                |

Fonte: elaboração própria (2023).

De acordo com a investigação realizada, nota-se que, conforme já mencionado, todos os magistrados adicionaram ao menos um argumento no debate realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Em relação ao *Habeas Corpus* 68.726, foram retomados, no máximo, dois argumentos (ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski), havendo, em todos os votos, o resgate do argumento 1.

No que tange aos argumentos apresentados no *Habeas Corpus* 84.078, constatou-se o resgate médio de menos de quatro argumentos por julgador, com destaque para os ministros Teori Zavascki (nove argumentos), Celso de Mello (oito argumentos), bem como Edson Fachin e Luís Roberto Barroso (cinco argumentos). Nesse cenário, entre os 50 argumentos indicados, ignorando-se a repetição entre diferentes ministros, 18 argumentos foram retomados (argumentos 8, 11, 14, 17, 19, 20, 22, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 34, 37, 38, 46 e 47).

Relativamente ao *Habeas Corpus* 126.292, notou-se uma baixa expressividade de abordagem sobre os 39 novos argumentos (58 a 96). Excetuando-se o ministro-relator, verificou-se que os ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Cármen Lúcia não retomaram quaisquer dos argumentos adicionados; que a ministra Rosa Weber mencionou um argumento já utilizado; e que cada um dos demais julgadores resgatou dois argumentos. Desprezando-se a repetição, foram resgatados sete argumentos (59, 60, 64, 75, 78, 79 e 89).

Novamente, percebe-se o déficit no que diz respeito ao debate de argumentos suscitados pelos magistrados na respectiva deliberação. A investigação identificou que houve o aumento quantitativo do debate dos argumentos indicados no *Habeas Corpus* 84.078, mas que, em relação aos argumentos adicionados nos votos integrantes do acórdão do *Habeas Corpus* 126.292, verificou-se a prioridade para o acréscimo de novos argumentos – à exceção da ministra Rosa Weber, que apresentou um argumento novo e retomou um argumento adicionado pelos julgadores na deliberação referente ao HC 126.292.

Em relação às Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, é possível realizar uma investigação relativa aos fundamentos apresentados em todos os acórdãos anteriormente examinados, consoante demonstra a Tabela 10.

**Tabela 10 – Argumentos acrescentados e retomados (ADCs 43, 44 e 54)**

| Ministro/<br>Ministra   | Classificação<br>dos argu-<br>mentos<br>utilizados                                                                                | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos<br>novos          | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos do<br>HC 68.726 | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos do<br>HC 84.078 | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos do<br>HC 126.292   | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos da<br>ADC 43 |
|-------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------|----------------------------------------------------|----------------------------------------------------|-------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|
| Marco<br>Aurélio        | 1, 11, 30, 89,<br>95, 97, 98, 99,<br>100, 101, 102<br>e 103                                                                       | 7 (97, 98,<br>99, 100,<br>101, 102<br>e 103)         | 1 (argu-<br>mento 1)                               | 2 (argu-<br>mentos 11<br>e 30)                     | 2 (argu-<br>mentos 89<br>e 95)                        | Não se<br>aplica                                |
| Alexandre<br>de Moraes  | 1, 17, 18, 20,<br>34, 36, 51, 60,<br>64, 70, 86, 97,<br>104, 105, 106,<br>107, 108, 109,<br>110 e 111                             | 8 (104, 105,<br>106, 107,<br>108, 109,<br>110 e 111) | 1 (argu-<br>mento 1)                               | 6 (argu-<br>mentos 17,<br>18, 20, 34,<br>36 e 51)  | 4 (argu-<br>mentos 60,<br>64, 70 e 86)                | 1 (argu-<br>mento 97)                           |
| Edson<br>Fachin         | 1, 2, 17, 18,<br>20, 58, 66, 67,<br>86, 94, 95, 97,<br>111, 112, 113,<br>114, 115, 116,<br>117, 118<br>e 119                      | 8 (112, 113,<br>114, 115,<br>116, 117,<br>118 e 119) | 2 (argu-<br>mentos<br>1 e 2)                       | 3 (argu-<br>mentos 17,<br>18 e 20)                 | 6 (argu-<br>mentos 58,<br>66, 67, 86,<br>94 e 95)     | 3 (argu-<br>mentos 97,<br>106 e 111)            |
| Luís Roberto<br>Barroso | 1, 3, 7, 8, 17,<br>20, 23, 38, 56,<br>60, 64, 71, 72,<br>73, 74, 86, 97,<br>106, 115, 117,<br>120, 121, 122,<br>123, 124<br>e 125 | 6 (120, 121,<br>122, 123,<br>124 e 125)              | 3 (argu-<br>mentos 1, 3<br>e 7)                    | 6 (argu-<br>mentos 8,<br>17, 20, 23,<br>38 e 56)   | 7 (argu-<br>mentos 60,<br>64, 71, 72,<br>73, 74 e 86) | 4 (argu-<br>mentos 97,<br>106, 115<br>e 117)    |
| Rosa Weber              | 1, 11, 27, 28,<br>30, 42, 87, 89,<br>97, 105, 124,<br>126, 127, 128<br>e 129                                                      | 4 (argu-<br>mentos<br>126, 127,<br>128 e 129)        | 1 (argu-<br>mento 1)                               | 5 (argu-<br>mentos 11,<br>27, 28, 30<br>e 42)      | 2 (argu-<br>mentos 87<br>e 89)                        | 3 (argu-<br>mentos 97,<br>105 e 124)            |

| Ministro/<br>Ministra  | Classificação<br>dos argu-<br>mentos<br>utilizados                                                               | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos<br>novos                             | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos do<br>HC 68.726 | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos do<br>HC 84.078              | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos do<br>HC 126.292 | Quantida-<br>de de argu-<br>mentos da<br>ADC 43           |
|------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------|
| Luiz Fux               | 1, 3, 7, 8, 17,<br>19, 20, 22, 34,<br>37, 38, 47, 58,<br>59, 60, 61, 72,<br>99, 115, 117,<br>122, 130<br>e 131   | 2 (argu-<br>mentos 130<br>e 131)                                        | 3 (argu-<br>mentos 1, 3<br>e 7)                    | 9 (argu-<br>mentos 8,<br>17, 19, 20,<br>22, 34, 37,<br>38 e 47) | 5 (argu-<br>mentos 58,<br>59, 60, 61<br>e 72)       | 6 (argu-<br>mentos 99,<br>115, 117,<br>122, 130<br>e 131) |
| Ricardo<br>Lewandowski | 1, 87, 89, 90,<br>132, 133<br>e 134                                                                              | 3 (argu-<br>mentos<br>132, 133<br>e 134)                                | 1 (argu-<br>mento 1)                               | 0 (não<br>retomou<br>argumen-<br>tos)                           | 3 (argu-<br>mentos 87,<br>89 e 90)                  | 0 (não<br>retomou<br>argumen-<br>tos)                     |
| Cármen<br>Lúcia        | 1, 17, 20, 37,<br>60, 72, 97,<br>119, 122<br>e 135                                                               | 1 (argu-<br>mento 135)                                                  | 1 (argu-<br>mento 1)                               | 3 (argu-<br>mentos 17,<br>20 e 37)                              | 2 (argu-<br>mentos 60<br>e 72)                      | 3 (argu-<br>mentos 97,<br>119 e 122)                      |
| Gilmar<br>Mendes       | 1, 7, 11, 28,<br>30, 41, 52, 62,<br>87, 89, 91, 95,<br>97, 129, 136,<br>137, 138, 139,<br>140, 141, 142<br>e 143 | 8 (argu-<br>mentos<br>136, 137,<br>138, 139,<br>140, 141,<br>142 e 143) | 2 (argu-<br>mentos 1<br>e 7)                       | 5 (argu-<br>mentos 11,<br>28, 30, 41<br>e 52)                   | 5 (argu-<br>mentos 62,<br>87, 89, 91<br>e 95)       | 2 (argu-<br>mentos 97<br>e 129)                           |
| Celso de<br>Mello      | 1, 9, 11, 27,<br>28, 29, 30, 79,<br>89, 90, 91, 97,<br>113, 126, 131,<br>144, 145, 146,<br>147 e 148             | 5 (argu-<br>mentos<br>144, 145,<br>146, 147<br>e 148)                   | 1 (argu-<br>mento 1)                               | 6 (argu-<br>mentos 9,<br>11, 27, 28,<br>29 e 30)                | 4 (argu-<br>mentos 79,<br>89, 90 e 91)              | 4 (argu-<br>mentos 97,<br>113, 126<br>e 131)              |
| Dias Toffoli           | 1, 44, 62, 79,<br>86, 89, 97,<br>105, 149, 150,<br>151 e 152                                                     | 4 (argu-<br>mentos<br>149, 150,<br>151 e 152)                           | 1 (argu-<br>mento 1)                               | 1 (argu-<br>mento 44)                                           | 4 (argu-<br>mentos 62,<br>79, 86 e 89)              | 2 (argu-<br>mentos 97<br>e 105)                           |

Fonte: elaboração própria (2023).

Novamente, vê-se que todos os magistrados acrescentaram ao menos um argumento. Em relação ao *Habeas Corpus* 68.726, foram retomados, no máximo, três argumentos (ministro Luís Roberto Barroso), havendo, em todos os votos, o resgate do argumento 1.

No que tange aos argumentos apresentados no *Habeas Corpus* 84.078, houve um resgate médio de aproximadamente quatro argumentos por julgador, de modo que o ministro Lewandowski não retomou qualquer fundamento. Entre os 50 argumentos indicados, ignorando-se a repetição entre diferentes julgadores, 24 argumentos foram resgatados (8, 9, 11, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 27, 28, 29, 30, 34, 36, 37, 38, 41, 42, 44, 47, 51, 52, 56).

No que tange ao *Habeas Corpus* 126.292, manteve-se média de resgate de argumentos de forma aproximada àquela vinculada ao *Habeas Corpus* 84.078. Desprezando-se a repetição, foram resgatados 21 argumentos de um total de 39 (58, 59, 60, 61, 62, 64, 66, 67, 70, 71, 72, 73, 74, 79, 86, 87, 89, 90, 91, 94 e 95).

Em relação aos argumentos apresentados nas ADCs 43, 44 e 54, observou-se uma baixa expressividade do diálogo entre os julgadores, de modo que, dos 56 novos fundamentos, apenas 15 foram resgatados (argumentos 97, 99, 105, 106, 111, 113, 115, 117, 119, 122, 124, 126, 129, 130, 131). O ministro Lewandowski, por sinal, não abordou qualquer razão apresentada na deliberação.

Mais uma vez, verifica-se a deficiência no que tange ao debate de argumentos indicados pelos magistrados na respectiva deliberação. Apesar de haver o aumento quantitativo do debate dos argumentos indicados nos *Habeas Corpus* 84.078 e 126.292, não se procedeu ao debate atinente aos argumentos acrescentados no julgamento.

Destaca-se, ainda, que houve uma abordagem expressiva do argumento 97, uma vez que o acórdão visou à declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, objeto central da mencionada razão.

Percebe-se, portanto, que houve diferentes argumentos apresentados pelos julgadores – seja na perspectiva favorável à execução antecipada da pena, seja na contrária. Entre as diferentes propostas argumentativas, destaca-se o ônus probatório da acusação (inversão do encargo na comprovação de autoria e de materialidade, consubstanciadas na própria “culpa” e responsabilidade do acusado), a discricionariedade na interpretação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (visões diametralmente opostas sobre a extensão e o significado da própria presunção de inocência como construto constitucional) e a diferenciação entre as naturezas das prisões definitiva e provisória (de modo a diferenciar os requisitos para decretação das reclusões).

Os resultados obtidos confirmam a concepção teórica da literatura, concernente ao Supremo Tribunal Federal na qualidade de 11 ilhas (MENDES, 2010; SILVA, 2011) ou de 11 Estados autônomos e independentes (RECONDO; WEBER, 2019), uma vez que não há efetivos debates entre os ministros, de modo que cada julgador apresenta seu posicionamento de forma isolada e sem dialogar com os demais votos.

O referido cenário tem relação direta com o modelo *seriatim*, em que a decisão “se caracteriza pela produção de um agregado das posições individuais de cada membro do colegiado”, de modo que o texto que contém apenas uma *ratio decidendi* atinente à posição institucional da Corte é substituído por “uma proclamação sucessiva das decisões

individuais dos membros do tribunal”, com suas respectivas argumentações particulares (VALE, 2015, p. 115).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate sobre a presunção de inocência tangencia importantes aspectos relativos à garantia de direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito. Essa temática contempla questões pragmáticas, a exemplo do momento em que se possibilita concretizar a prisão de um indivíduo – sem prejuízo das denominadas prisões cautelares.

Justamente em razão da pluralidade de perspectivas atinentes ao diálogo entre presunção de inocência e execução antecipada da pena, observaram-se oscilações jurisprudenciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Por meio das investigações empíricas, verificou-se que, de uma forma geral, os votos apresentam fundamentação condizente com a respectiva conclusão adotada, mesmo que não haja, necessariamente, a abordagem dos mesmos argumentos por diferentes ministros que participaram das deliberações.

Observou-se, também, que existem votos que não foram consignados na redação final do acórdão, o que representa uma falha estrutural na confecção da decisão judicial, principalmente em relação à ausência de manifestação dos julgadores que integraram a corrente vencedora em deliberações decididas por maioria de votos.

No âmbito dos quatro acórdãos analisados, houve a apresentação de 152 diferentes argumentos, sendo sete no primeiro julgamento, 50 no segundo, 39 no terceiro e 56 no último, o que evidencia a preocupação atinente ao acréscimo de novas argumentações.

Em relação à interlocução entre os acórdãos (e, mais precisamente, entre os argumentos utilizados nos votos), além da ênfase relativa ao acréscimo de argumentos novos, verificou-se que, em geral, apesar de haver a intensificação da retomada de argumentos em termos quantitativos, não se procedeu à apreciação da diversidade de argumentos assinalados.

Isso porque a deliberação foi centralizada nos mesmos argumentos anteriores, os quais se repetiram ao longo dos diversos votos. Nada obstante, verificou-se que, no âmbito do acórdão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, os magistrados retomaram mais argumentos do que nos julgamentos anteriores (aproximadamente metade dos fundamentos), exceto no que tange aos próprios argumentos acrescentados na própria sessão deliberativa (debate sobre 15 de 56 argumentos).

A análise empírica do tema confirmou a hipótese de pesquisa e evidenciou, portanto, a preponderância do fenômeno das 11 ilhas em relação ao julgamento acerca da possibilidade de execução antecipada da pena. Mais do que a ausência de diálogo entre os votos integrantes da decisão, verificou-se que há, em relação à temática investigada, a falta de interlocução entre os diferentes acórdãos, de modo que esses também constituem ilhas entre si. Trata-se de um arquipélago argumentativo no âmbito do Supremo Tribunal Federal ao se debater a execução antecipada da pena.

Nesse contexto, não se concebe o acréscimo de novas razões como uma postura errada, especialmente em razão de se propiciar a pluralidade de percepções acerca do assunto debatido. Nada obstante, a adição de argumentos não afasta a necessidade de os julgadores

dialogarem entre si – no âmbito da própria deliberação e de julgamentos anteriores sobre o mesmo tema –, precisamente pela natureza da deliberação conjunta.

A intenção de viabilizar julgamentos em órgãos jurisdicionais colegiados se vincula à possibilidade de se implementar o diálogo entre os julgadores, propiciando-se a discussão por meio de diferentes pontos de vista, o que resulta na produtiva interação dos magistrados.

Assim, independentemente do acréscimo de novos argumentos, é importante que o julgador se manifeste sobre aqueles já assinalados e, eventualmente, retome a discussão em relação a argumentos posteriormente consignados. Em um cenário ideal – e talvez utópico –, todos os juízes deveriam apreciar a totalidade de argumentos postos ao debate, ou, ao menos, aqueles opostos ao seu posicionamento.

Compreende-se que os ministros que aderem ao mesmo posicionamento não necessariamente precisam reiterar os argumentos favoráveis já expostos, sobretudo para se evitarem repetições argumentativas desnecessárias, sem prejuízo da complementação das linhas argumentativas assinaladas. Todavia, é importante que os argumentos divergentes sejam apreciados pelos julgadores, de forma a possibilitar a melhor construção argumentativa da decisão.

Desse modo, é relevante questionar o conceito de decisão judicial fundamentada no âmbito de órgãos colegiados. Diferentemente do que ocorre com pronunciamentos monocráticos, não aparenta ser suficiente a indicação de fundamentos jurídicos isolados – ainda que condizentes com a conclusão adotada pelo magistrado.

Os magistrados que integram órgãos colegiados possuem, portanto, responsabilidade adicional no que diz respeito à construção e à fundamentação dos seus pronunciamentos judiciais, visto que se deve proceder ao real debate com os argumentos apresentados por seus pares.

Essa responsabilidade é intensificada no âmbito dos Tribunais Superiores e da Corte Constitucional, notadamente em razão das suas atribuições de intérpretes de normas. Ademais, o mencionado cenário deve ser observado de forma mais enfática em relação a julgados que fixam orientações jurisprudenciais vinculantes, especialmente quando há deliberações sobre direitos fundamentais, tendo em vista o impacto no ordenamento jurídico.

O julgamento acerca da possibilidade da execução antecipada da pena é, por si, relevante. Nada obstante, a discussão transcende a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a extensão da presunção de inocência, uma vez que abrange a concepção da Corte Constitucional acerca da garantia de direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Em decorrência desse contexto, deve haver o comprometimento dos julgadores no que tange à argumentação apresentada e à fundamentação das decisões judiciais.

Por fim, considerando-se as limitações do presente artigo, propõe-se uma agenda de pesquisa. Assim, trajetórias complementares para futuras investigações poderiam analisar outros julgados da seara criminal e processual penal apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente no que tange à existência de diálogo entre os diferentes ministros acerca da proteção de direitos fundamentais. Ademais, seria interessante que pesquisas posteriores investigassem o consenso decisório de julgadores em relação aos argumentos utilizados em deliberações criminais não unânimes, considerando, por exemplo, a presunção de inocência e a diretriz da *non reformatio in pejus*.

## 7. REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. Argumentación jurídica y estado constitucional. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí-Santa Catarina, v. 9, n. 1, p. 9-20, jan.-abr. 2004.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Trad. Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: BARBOSA MOREIRA, J. C. *Temas de Direito Processual*. 2. ser. Rio de Janeiro: Saraiva, 1988.
- BELLO FILHO, Ney de Barros; VIEIRA, Guilherme Gomes. Argumentações probatórias no processo penal. *Revista Thesis Juris – RTJ*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 380-396, jul.-dez. 2020.
- CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELLA, E. (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 84.078. In: CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELLA, E. (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- HARTMANN, Ivar A.; KELLER, Clara Iglesias; CHADA, Daniel; VASCONCELOS, Guilherme; NUNES, José Luiz; CARNEIRO, Letícia; CHAVES, Luciano; BARRETO, Matheus; CORREIA, Fernando; ARAÚJO, Felipe. O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP: um estudo empírico quantitativo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 399-426, jan.-abr. 2018.

- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. O Ministério Público e o Processo Penal: a defesa da Constituição pelo órgão da acusação. In: PENTEADO, J. de C. (Coord.). *Justiça penal 6: críticas e sugestões – 10 anos da Constituição e a justiça penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MANZI, José Ernesto. *Da fundamentação das decisões judiciais civis e trabalhistas: funções, conteúdo, limites e vícios*. São Paulo: LTr, 2009.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MARQUES, José Frederico. *Pareceres*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1993.
- MENDES, Conrado Hübner. Onzeilhas. *Os constitucionalistas*, 18.09.2010. Disponível em: [www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas]. Acesso em: 01.02.2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A presunção de não culpabilidade. *Ciência e Consciência*, São Paulo, v. 1, p. 33-48, 2015.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- PAIVA, Wanderley Salgado de. Prisão em segunda instância. *Revista Justiça & Cidadania*, [s.l.], n. 224, p. 42-43, abr. 2019.
- PAULINO, Galtienio da Cruz. *Execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência: uma análise à luz da efetividade dos Direitos Penal e Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. *A Constituição e o processo penal*. Lisboa: Coimbra, 2007.
- PLANTIN, Christian. *A argumentação*. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2008.
- PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Trad. Thomas da Rosa de Bustamante e Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- RIBEIRO, Paulo Carvalho. *O princípio da presunção de inocência e sua conformidade constitucional*. Natal: Motres, 2019.
- ROESLER, Claudia Rosane. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? In: ROESLER, C. R.; HARTMANN, F.; REIS, I. *Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise*. Curitiba: Alteridade, 2018. v. 2.

- ROESLER, Claudia Rosane. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, número especial, p. 2517-2531, 2015.
- ROESLER, Claudia Rosane; REIS, Isaac. Argumentação judicial e democracia. In: REIS, I. (Org.). *Diálogos sobre retórica e argumentação*. Curitiba: Alteridade, 2018.
- ROESLER, Claudia Rosane; SANTOS, Paulo Alves. Argumentação, fatos e verdade no processo penal em estados constitucionais. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [s.l.], a. 13, v. 20, n. 1, p. 407-441, jan.-abr. 2019.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *ICON*, [s.l.], v. 11, n. 3, p. 557-584, 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. 2019. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839]. Acesso em: 21.01.2021.
- TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da prisão e da liberdade provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 73-90, jul.-set. 1994.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.
- VERGARA, Sylvia Constant. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. São Paulo: Atlas, 1997.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência, de Tarsis Barreto Oliveira, Vinicius Pinheiro Marques e Alessandro Hofmann Teixeira Mendes – *RBCCrim* 198/241-261;
- O trânsito em julgado de sentença condenatória na execução penal como marco interruptivo para novos benefícios: uma questão ainda a ser discutida, de José Flávio Ferrari Roehrig – *RBCCrim* 154/55-75;
- Presunção de inocência e execução da pena no supremo tribunal federal: o dito pelo não dito, de Adriano Antunes Damasceno – *RBCCrim* 152/261-276; e
- Princípio de presunção de inocência e princípio de vitimização: uma convivência impossível, de Perfecto Andrés Ibáñez, Janaina Matida e Aury Lopes Jr. – *RBCCrim* 185/85-100.

# DEEPPAKES PORNOGRÁFICAS NÃO CONSENSUAIS: A BUSCA POR UM MODELO DE CRIMINALIZAÇÃO

## NON-CONSENSUAL DEEPPAKE PORN: SEARCHING FOR A MODEL OF CRIMINALIZATION

PAULO GUSTAVO LIMA E SILVA RODRIGUES

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais (Universidade de Lisboa). Mestre em Direito Público (Universidade Federal de Alagoas – 2018). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4136000039136925>].

ORCID: [<https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0001-6670-6557>].  
rodrigues.paulogustavo@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8380977>].

Recebido em: 29.06.2022

Aprovado em: 08.08.2023

Última versão do autor: 23.08.2023

### ÁREAS DO DIREITO: Penal; Digital

**RESUMO:** O fenômeno das *deepfakes* é relativamente recente e potencialmente devastador. A possibilidade de manipulação de imagens e vídeos para inserção do rosto e voz de pessoa alheia traz consigo diversas perspectivas lícitas e ilícitas de utilização. Apesar da possibilidade de uso da tecnologia em estruturas comerciais e contratualmente legítimas, é sabido que a diluição das fronteiras da realidade em materiais audiovisuais de massa pode ser utilizada para violência de gênero consistente na humilhação pública da sexualidade feminina. O presente trabalho buscará compreender o fenômeno nesta perspectiva, sob uma ótica criminológica, de modo a contribuir para a identificação de elementos essenciais para um processo de criminalização. Neste contexto, identificar-se-ão quais contribuições podem ser extraídas das construções

**ABSTRACT:** The phenomenon of deepfakes is relatively recent and potentially devastating. The possibility of images and videos manipulation to insert the face and voice of another person brings with itself several legal and illegal perspectives of use. Despite the possibility of using the technology in commercial and contractually legitimate ways, it is known that the dilution of the boundaries of reality in mass audiovisual materials can be used for public humiliation of female sexuality. The present work will seek to understand the phenomenon in such perspective, from a criminological perspective, in order to contribute to the identification of essential elements for a criminalization process. In this context, it will seek to identify which contributions can be extracted from the existing normative constructions. Deepfakes are studied as an evolution in the image-based sexual abuse,

RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. *Deepfakes* pornográficas não consensuais: a busca por um modelo de criminalização.

*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 277-311. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8380977>].

normativas já existentes. Estuda-se as *deepfakes* como uma evolução no abuso sexual da imagem, em que o ofensor não depende da voluntariedade da vítima na produção do material pornográfico, mas está livre para desenvolver artificialmente o comportamento sexual que julga mais ofensivo à sua dignidade sexual. Serão apresentados e estudados os modelos trazidos por legislações estrangeiras em busca da construção de um tipo ideal que contemple a esfera punitiva mas igualmente atenda às necessidades de controle das redes para mitigar o compartilhamento desenfreado deste tipo de material.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Deepfake* – Pornografia não consensual – Abuso sexual da imagem – Liberdade sexual – Controle da internet.

in which the offender does not depend on the willingness of the victim in participating in the sex scene, but is free to artificially develop the sexual behavior that he deems most offensive to her sexual dignity. The criminal models brought by foreign legislation will be presented and studied in search of the construction of an ideal type that contemplates the punitive sphere but also meets the needs of control of networks to mitigate the unbridled sharing of this type of material.

**KEYWORDS:** *Deepfake* – Non consensual pornography – Image-based sexual abuse – Sexual freedom – Internet control.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Compreendendo o fenômeno das *deepfakes* e suas implicações modernas. 2.1. As perspectivas atuais de utilização legítima da tecnologia. 2.2. Os principais problemas decorrentes das *deepfakes*. 3. As *deepfakes* pornográficas não consensuais: a tecnologia a serviço da misoginia. 3.1. As *deepfakes* como instrumentos de *slut shaming* e a criação artificial de comportamentos. 3.2. As dificuldades de controle e reparação da pornografia virtual. 4. É legítima a criminalização das *deepfakes* pornográficas não consensuais?. 4.1. Qual o bem jurídico a ser protegido?. 4.2. Há relevância penal na produção e posse, ou apenas no compartilhamento?. 4.3. A qualidade da montagem como elemento típico necessário. 5. Os modelos existentes de criminalização e a busca pelo modelo ideal. 5.1. Código Penal brasileiro e a necessidade pragmática de clareza na escolha dos elementos normativos. 5.2. Austrália e as obrigações acessórias. 5.3. Estados Unidos da América e a preocupação centralizada no uso político. 5.4. A necessidade de mecanismos de responsabilidade de *sites* hospedeiros. 6. Conclusão. 7. Referências. 8. Legislação.

## 1. INTRODUÇÃO

Noelle Martin era uma estudante de direito australiana de 18 anos de idade que, certo dia, em 2012, resolveu fazer uma busca reversa de uma de suas fotos no *Google*, apenas por curiosidade, para buscar menções ou postagens em sua referência nas redes sociais de amigos. O que lhe apareceu, contudo, foram centenas de imagens explícitas em que estava nua ou performando atos sexuais gráficos. Isso a deixou completamente desorientada, já que nunca tinha tido sequer um namorado ou tirado aquelas fotos<sup>1</sup>. À época, a busca por

1. SCOTT, 2020.

soluções restou inevitavelmente frustrada ante a ausência de regulamentação para montagens de imagens sexuais.

Seis anos depois, contudo, esse pesadelo pessoal atingiu níveis absurdos. Noelle Martin descobriu então que haviam feito uma *deepfake* com suas fotos, compartilhando mais de um vídeo em que aparece em cenas de sexo explícito, todos marcados com *hashtags* #NoelleMartin, #Feminist, #Amateur, para não restar dúvidas quanto à identidade da vítima representada, além de a descrição do vídeo identificá-lo como uma cena real de sexo praticado por ela<sup>2</sup>. “Eu assisti enquanto meus olhos encaravam a câmera, enquanto minha própria boca se mexia. Era convincente, até para mim”, disse ela em entrevista<sup>3</sup>.

Noelle não foi a única. Nos últimos anos, casos similares ganharam cada vez mais popularidade e relevância na internet. Chama-se de *deepfake* a montagem ultrarrealista em que o rosto de uma pessoa é sobreposto ao corpo de outra em um vídeo, podendo ainda ser conjugada com manipulação de voz, por intermédio de sistemas de inteligência artificial, de modo a induzir uma falsa percepção quanto ao participante daquele vídeo<sup>4</sup>. Como o algoritmo foi treinado com os diferentes ângulos e microexpressões do rosto humano, e como ele se movimenta em diferentes expressões<sup>5</sup>, é capaz de replicar com perfeição e transformar o rosto daquela pessoa no de qualquer outra pessoa que se pretenda.

Esse tipo de manipulação não é novidade na indústria do entretenimento, sendo usada com abundância pelos estúdios de Hollywood em suas películas há vários anos. Todavia, com a popularização da tecnologia, o domínio sobre os corpos e as imagens das pessoas saiu das mãos de um pequeno grupo de técnicos especializados em efeitos especiais e alcançou qualquer pessoa com um computador portátil e um conhecimento básico de programação.

Como acontece com toda tecnologia que se populariza, ela rapidamente foi apropriada por agressores sexuais como um instrumento de vitimização feminina. Inicialmente direcionada à materialização de fantasias em face de celebridades – as primeiras *deepfakes* assim denominadas eram com as atrizes Gal Gadot e Scarlett Johansson –, logo os ofensores perceberam que poderiam fazer vídeos realistas de suas vizinhas, professoras, alunas, ex-namoradas etc.

Enquanto as montagens não detinham qualidade ou credibilidade suficiente para passar como reais, o problema inspirava pouca preocupação do Direito Penal, já que, embora causassem danos à intimidade e à honra das pessoas envolvidas, se resolveriam no âmbito da responsabilidade civil ou dos crimes contra a honra já porventura regulamentados pelos ordenamentos.

Todavia, a evolução da tecnologia está borrando essas fronteiras, tornando cada vez mais difícil perceber quais vídeos são reais e quais não o são, a transmutar as *deepfakes* pornográficas em verdadeiras armas a serviço de agressores que desejam desencadear um

2. Idem.

3. Idem. No original: “I watched as my eyes connected with the camera, as my own mouth moved. It was convincing, even to me”.

4. HARRIS, 2019.

5. ÖHMAN, 2020.

processo de vitimização sexual de enorme lesividade. Nessa nova perspectiva, essa investigação pretende compreender, sob uma perspectiva criminológica, como o fenômeno atualmente se articula de modo a buscar um modelo ideal de regulamentação na esfera do Direito Penal.

Essa preocupação é relevante especialmente se observado o contexto de anomia que impera na grande parte dos sistemas de justiça penal, cuja desproteção específica acaba por inspirar insegurança às vítimas e revitimização por carência de proteção estatal adequada.

Antes que se chegue ao objetivo final propositivo, contudo, é imperioso debruçar-se analítica e criminologicamente sobre o fenômeno como um todo, sendo esse o objetivo da primeira seção: apresentar as modalidades inofensivas de utilização da tecnologia, de modo a evitar que as regulamentações venham a tolhê-las ou que impliquem a suspensão no desenvolvimento tecnológico.

A partir daí, imperioso que se compreenda como as *deepfakes* se encaixam em face dos estudos que já se possui sobre a resignificação da violência de gênero nas relações virtuais, o que será feito na seção 3, a fim de perceber se há algum ponto de partida, nas condutas misóginas violentas já conhecidas e tipificadas, que possa servir de parâmetro.

Com essas premissas criminológicas estabelecidas, passar-se-á na seção 4 à análise da legitimidade da criminalização e dos elementos dogmáticos necessários à proteção efetiva dos bens jurídicos envolvidos nesse tipo de conduta, conduzindo a uma proposta de regulamentação criminal que melhor enfrente o fenômeno, não apenas no sentido repressivo, mas preventivo e cautelar, dos interesses das mulheres afetadas. Ao final, da seção 5, analisar-se-á a legislação já existente em alguns países, para se verificar seus méritos e fragilidades.

## 2. COMPREENDENDO O FENÔMENO DAS *DEEPFAKES* E SUAS IMPLICAÇÕES MODERNAS

Para que seja possível discutir propostas de regulação criminal de uma determinada conduta, em especial aquelas que envolvem moderna tecnologia ainda em processo de pleno desenvolvimento, é imprescindível que elas sejam compreendidas em sua totalidade, vislumbrando não apenas as utilizações potencialmente lesivas a bens jurídicos relevantes, bem como as que venham a ser úteis aos processos legítimos de interação social, e que devam ser mantidas ao largo da incidência normativa.

Em relação ao *deepfake*, necessário que se remeta a 2015, quando a Google liberou ao público acesso a uma ferramenta interna da companhia chamada TensorFlow, por eles utilizada para o desenvolvimento de algoritmos de inteligência artificial. Desde então, a capacidade técnica para a utilização e o aprimoramento de uma das tecnologias mais revolucionárias dos novos tempos, comparada pelo CEO da Google à descoberta da eletricidade e do fogo<sup>6</sup>, passou a ser acessível e gratuita a qualquer um com um *laptop* e conhecimento básico de programação.

6. SCHLEIFER, 2018.

RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. *Deepfakes* pornográficas não consensuais: a busca por um modelo de criminalização.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 277-311. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.  
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8380977].

A abertura do código do TensorFlow inegavelmente contribuiu para um grande salto no desenvolvimento de tecnologias, valendo destacar sua utilização na medicina para a idealização de programas que envolvem detecção precoce de câncer, identificação de retinopatia diabética<sup>7</sup>, até mesmo recentes tentativas de usar esses programas para detectar Covid-19 por análise de imagens de radiografias.

Apesar disso, também levou a um fenômeno distinto, muito mais moralmente questionável e juridicamente obscuro, hoje chamado de *deepfake*<sup>8</sup>. A ideia-base dessa tecnologia já existia antes, destacando-se em pesquisas nesse sentido a Universidade de Montreal<sup>9</sup> e a de Stanford, o Max Planck Institute Universidade de Erlangen-Nuremberg<sup>10</sup>. A disponibilização gratuita dessa ferramenta ao grande público levou a uma expansão desenfreada e facilitada, permitindo sua utilização para fins diversos do originalmente pretendido. Trouxe consigo, também, uma preocupação imensa pelo seu inegável potencial de diluição das fronteiras do que é percebido como verdadeiro e o que é percebido como falso.

A expressão *deepfake* surgiu em novembro de 2017, quando, na plataforma Reddit, um usuário com o apelido de “/Deepfakes” utilizou o TensorFlow para desenvolver um programa e transportar o rosto de celebridades como Gal Gadot e Scarlett Johansson para o corpo de atrizes pornôs em vídeos dessa natureza<sup>11</sup>. O Faceset (conjunto de imagens base alimentadas no *software*) consistia em fotos de redes sociais, vídeos de Youtube, material publicitário e google imagens, todas de acesso público e sem restrições específicas de privacidade.

Percebeu-se, então, quão acessível e eficaz havia se tornado a tecnologia para a manipulação de vídeos e a inserção artificial de rostos e vozes, outrora restrita a equipes de efeitos especiais de estúdios hollywoodianos. Essa acessibilidade, aliada à velocidade com que as informações e tecnologias se popularizam na internet, fez com que virasse um fenômeno dos mais relevantes e preocupantes.

### 2.1. As perspectivas atuais de utilização legítima da tecnologia

As *deepfakes* hoje já possuem quatro perspectivas identificadas de utilização<sup>12</sup>, apesar de que outras sempre possam surgir. Como lembra Claudia Cesari, qualquer pretensão de limitar o campo de aplicação de novas tecnologias sempre peca pela incompletude, ou, ao menos, pela rápida obsolescência<sup>13</sup>.

Não haverá nesta investigação um aprofundamento teórico em todas as implicações – legais e sociais – dessas modalidades, já que não é essa sua proposta. Limitar-se-á a

7. “Inteligência Artificial na Telemedicina: como o TensorFlow é usado”, *Portal Telemedicina*, 12 dez. 2017. Disponível em: [https://portaltelemedicina.com.br/blog/inteligencia-artificial-na-medicina-tensorflow].

8. GERSHGORN, 2018.

9. GIESEKE, 2020, p. 1487.

10. SCOTT, 2020.

11. HARRIS, 2019.

12. MESKYS et al., 2020.

13. CESARI, 2019, p. 1169.

apontá-las apenas como forma de evitar uma demonização da tecnologia e fugir de propostas que conduzam ao seu banimento ou restrição excessiva, à revelia de benefícios que porventura dela possam surgir.

Dessas quatro perspectivas, entendem-se duas como legítimas, em uma perspectiva de processos de interação social que devem permanecer ao largo de uma intervenção penal democraticamente orientada.

Uma delas é a do uso comercial licenciado, notadamente com intenção de redução de custos ou gestão de imagem pessoal. Atores e atrizes podem estabelecer cláusulas em contratos com estúdios em que determinadas cenas de sexo ou nudez possam ser feitas com uso dessa tecnologia, para que delas não precisem participar fisicamente. A família de atores falecidos pode autorizar a reconstrução de sua imagem para determinadas cenas. Pode-se acordar a utilização do rosto e da voz de determinada celebridade em dezenas de campanhas publicitárias simultâneas, sem que ela precise gravar presencialmente qualquer uma delas. As possibilidades são ilimitadas, e certamente o mercado publicitário e de entretenimento poderá fazer um uso prolífico dessa ferramenta de maneira contratualmente legítima.

Um exemplo recente é o do jogador David Beckham, que gravou um vídeo – em inglês – para uma campanha de prevenção à malária, e que teve seu rosto e voz editados por tecnologia *deepfake* para permitir uma reprodução do vídeo em outras nove línguas diferentes, sob as quais não possui domínio, mas como se nelas ele houvesse feito o discurso<sup>14</sup>.

Igualmente, a tecnologia tem sido usada como um instrumento lúdico de exploração da criatividade dos usuários da internet. Aplicativos permitem que se criem *memes* ou que o usuário se coloque em cenas de filmes no lugar do protagonista. Outros permitem que se imagine um eventual *recasting* de personagens famosas, como vídeos em que o rosto e a voz do ator Tom Holland são sobrepostos à personagem Marty Mcfly na película “De Volta para o Futuro”, originalmente interpretado por Michael J. Fox<sup>15</sup>.

Embora essas situações finais possam gerar alguma discussão no campo dos direitos autorais, da gestão de dados pessoais e da responsabilidade civil e contratual, usualmente não são contempladas em propostas de criminalização pelas cláusulas de exceção protetoras de sátiras e paródias como manifestações da liberdade de expressão e *fair use* de direitos de imagem<sup>16</sup>.

Nesse contexto, qualquer proposta de criminalização das *deepfakes* deve trazer consigo uma normatização do conteúdo a ser proibido ou da finalidade da produção daquela montagem, sob pena de atingir manifestações legítimas de liberdade de expressão e criatividade artística.

14. O vídeo pode ser acessado pelo link: [www.youtube.com/watch?v=QiiSAvKJIHo]. David Beckham speaks nine languages to launch Malaria Must Die Voice Petition.

15. O vídeo pode ser acessado pelo link: [www.youtube.com/watch?v=8OJnkJqkyio]. Robert Downey Jr. and Tom Holland in Back to the future.

16. MESKYS et al., 2020, p. 29.

## 2.2. Os principais problemas decorrentes das deepfakes

A grande preocupação com o fenômeno, nas discussões como atualmente se apresentam, advém dos estudiosos de violência de gênero e da ciência política.

As *deepfakes* têm sido utilizadas com relevância para fins políticos, visando criar discursos ou vídeos de autoridades governamentais para danos à reputação, distorção de discursos ou construção de tensões diplomáticas. É devastadora a perspectiva de se poder criar montagens críveis de adversários políticos e introduzi-las como verdadeiras no contexto de uma campanha eleitoral, especialmente em uma época de proliferação de *fake news*<sup>17</sup>.

Em um caso recente, elas desempenharam papel significativo em uma crise política instaurada no Gabão. Desde outubro de 2018, o Presidente Ali Bongo estava fora do país, em tratamento médico, sem ser visto em público, o que gerou suspeitas na população e nas instituições acerca de sua saúde. Houve relatos de que teria falecido. Na passagem de ano, Bongo divulgou um vídeo com seu tradicional discurso de ano novo, vídeo esse que, por sua estranheza quanto à aparência e postura do Presidente, teria levado diversos políticos de oposição a alegar tratar-se de uma *deepfake*. Por não estarem os militares convencidos acerca do bem-estar do Presidente, promoveram uma tentativa malsucedida de golpe de estado<sup>18</sup>.

Embora análises técnicas posteriores do vídeo tenham sido inconclusivas, é de se observar que a simples existência dessa tecnologia e a desconfiança quanto à sua utilização já foram suficientes para desencadear uma tentativa de *coup d'État*. Imagine-se a criação de vídeos de políticos a aceitar propinas, de soldados a cometer crimes, Presidentes a declarar guerras, terroristas que anunciam ataques<sup>19</sup>, entre outros. Todos eles possuem potenciais inimagináveis de danos políticos e humanitários.

De outra banda, imagine-se vídeos reais de atos dessa natureza, em que a pessoa envolvida inicie uma contraargumentação política de descrédito ao argumento de se tratar de *deepfake*. Esse tipo de tecnologia tem o potencial de gerar dúvidas acerca de todo e qualquer vídeo lançado<sup>20</sup>, transformando um dos mais importantes instrumentos de convencimento público e instigação de massas (audiovisual) em mais uma ferramenta ratificadora de vieses. A pessoa acreditará no que lhe convir, e nem um vídeo em sentido contrário lhe convencerá.

No campo político, contudo, é costume se lidar com pessoas de estratos muito elevados de poder, que possuem à sua disposição recursos e equipes de inimagináveis capacidades para atuar em uma disputa de espaços, narrativas e dinâmicas virtuais. Podem agir para minimizar rapidamente os danos desse tipo de desconfiança ou fraude. A regulação dos efeitos políticos e morais e a eventual necessidade de criminalização partem de premissas completamente distintas daquelas relacionadas à sua utilização como instrumento de violência de gênero.

17. HALL, 2018.

18. CAHLAN, 2020.

19. DELFINO, 2019, p. 895.

20. HALL, 2018, p. 59.

Por opção temática e metodológica, este trabalho se dedicará apenas às *deepfakes* pornográficas não consensuais, embora se perceba que muitas das discussões podem contemplar as problemáticas éticas e jurídicas que envolvem as demais utilizações da tecnologia.

Nesses casos, a vítima se encontra em situação de hipossuficiência em um contexto de relações de poder instituídas pela violência de gênero e a idealização de um regulamento criminal e civil deve partir desses pressupostos de poder, sob pena de incidir em inocuidade.

### 3. AS DEEPFAKES PORNOGRÁFICAS NÃO CONSENSUAIS: A TECNOLOGIA A SERVIÇO DA MISOGINIA

Como já exposto, esta investigação se concentra na utilização da tecnologia *deepfake* a serviço da pornografia não consensual feminina, vale dizer, de que forma o aparato social de misoginia se apropriou de uma inovação tecnológica para ramificar as possibilidades de vitimização das mulheres em sua dignidade sexual.

A plataforma Reddit eventualmente baniu o usuário “/Deepfake”, mas as possibilidades fetichistas dessa tecnologia já haviam sido expostas aos olhos do público consumidor desse conteúdo e, dali em diante, ela se popularizou imensamente. Além de celebridades, usuários vislumbraram a perspectiva de transformar suas amigas em atrizes pornôs, suas professoras, as mães de seus amigos, suas ex-namoradas ou mulheres com as quais tenham desavenças. Rapidamente surgiram aplicativos e *softwares* como FakeApp ou DeepNude, fóruns hospedados em plataformas como 4chan, 8chan e Voat, além de comunidades específicas, como “Mr. DeepFake”, nas quais há compartilhamento e encomendas de vídeos dessa natureza.

Embora haja variação de preços baseada na qualidade e duração do vídeo, uma *deepfake* pode ser encomendada por um valor tão baixo quanto três dólares, com prazo de entrega de dois dias, exigindo-se normalmente um Faceset de aproximadamente 250 fotos da vítima, retiradas de mídias sociais<sup>21</sup>. A dificuldade inicial, relativa a localizar um vídeo pornô em que a atriz apresente o mesmo padrão corporal da vítima para conferir maior verosimilhança à montagem (Bodyset), foi rapidamente superada. Hoje existem *softwares* que fazem a busca por meio de sistemas de reconhecimento para localizar o vídeo ideal para a montagem<sup>22</sup>.

Alguns autores sustentam que essa tecnologia representou o próximo passo do fenômeno conhecido como pornografia de vingança<sup>23</sup>. Entretanto, filiamo-nos àqueles que compreendem a problemática da exploração de pornografia não consensual como algo muito mais amplo do que essa opção de nomenclatura parece transparecer, já que há diversas situações não movidas necessariamente por vingança, mas por extorsão, voyeurismo ou

21. ADJER et al., 2019, p. 5.

22. COLE, 2018.

23. DELFINO, 2019.

mesmo exploração comercial<sup>24</sup>. Assim, ao revés de chamarmos de uma evolução da pornografia de vingança, preferimos analisá-la como uma nova faceta do fenômeno da pornografia não consensual ou, como chamam Powel e Henry, abuso sexual baseado na imagem (*Image-Based Sexual Abuse*)<sup>25</sup>.

Uma nova expressão ainda mais devastadora destaca-se, já que não se depende mais da disposição ou do consentimento da mulher na criação desse conteúdo. Ao invés de disponibilizar *online* imagens privadas que lhe foram confiadas em um relacionamento, explorar habilidades técnicas para *hackear* os dispositivos informáticos da mulher ou mesmo para capturar furtivamente imagens indesejadas, o ofensor pode simplesmente criar essas imagens e vídeos a partir das fotografias de mídias sociais e compartilhá-las como verdadeiros atos sexuais da pessoa representada.

Confere-se, àquilo que já foi chamado de voyeurismo agressivo<sup>26</sup>, uma perigosa proatividade. O prazer do olhar, não mais movido unicamente pelo erótico, senão também por um processo de intencional e simbólica violência, agora permite uma expansão dessa violência a partir da materialização das fantasias do agressor sobre a imagem sexual da vítima.

Há registros esparsos de *deepfakes* pornográficas a envolver homens, mas elas se destinam majoritariamente a finalidades políticas e eleitorais. No Brasil, um caso ganhou repercussão quando, nas eleições para o Governo do Estado de São Paulo em 2018, vazou nas mídias sociais uma filmagem do então candidato João Dória, casado, em um ato sexual com várias mulheres. Análises periciais do vídeo revelaram que se tratava de uma montagem com a sobreposição de seu rosto<sup>27</sup>.

Não se pode ignorar, contudo, que o direcionamento das estruturas de produção desses vídeos e dos *softwares* é predominantemente imaginado em detrimento de mulheres. Segundo o relatório de 2019 da Deepttrace, entidade de monitoramento dessa tecnologia, nos cinco maiores *sites* de hospedagem de *deepfakes* pornográficas, 100% dos vídeos disponibilizados são de mulheres<sup>28</sup>, enquanto essa proporção caía para 39% quando se dirigia a pesquisa para *sites* não pornográficos, como o Youtube. Um dos *softwares* mais populares, o DeepNude, não funciona adequadamente quando lhe é apresentada uma imagem fenotipicamente masculina, simplesmente lhe sobrepondo uma genitália feminina<sup>29</sup>.

Embora as conclusões deste trabalho não possam ser de tal sorte restritivas que excluam de sua consideração as *deepfakes* que envolvem vítimas homens, o estudo criminológico desse fenômeno deve se orientar necessariamente sob uma perspectiva de compreensão do posicionamento da mulher nessa equação. Não há como se estudar esse fenômeno moderno e todas as suas implicações sob a ótica da vítima homem, sob o risco de se eliminar

24. POWEL; HENRY, 2017.

25. POWEL; HENRY, 2017, p. 119.

26. FARIA; ARAÚJO; JORGE, 2015, p. 668.

27. QUINTELA, 2018.

28. ADJER et al., 2019, p. 2.

29. GIESEKE, 2020, p. 1482.

completamente o fato de que ele se fundamenta numa lógica de controle e apossamento da sexualidade feminina e do corpo da mulher.

Entende-se, como Elaine Pimentel<sup>30</sup>, que a negação das peculiaridades das diferenças de gênero no estudo criminológico consiste em grave ameaça à compreensão da dinâmica da própria criminalidade, de modo que o estudo de determinados delitos, como o presente, exige esse corte epistemológico, sob pena de se ignorar os aspectos ideológicos mais amplos que o orientam. Cuida-se de uma investigação que pretende perceber a condição feminina e a experiência das mulheres como parâmetro para a definição das condições teóricas de desenvolvimento de alternativas penais a um fenômeno que lhes afeta mais direta e severamente, como é defendido pela Criminologia Feminista<sup>31</sup>.

### 3.1. As deepfakes como instrumentos de slut shaming e a criação artificial de comportamentos

Embora a produção das *deepfakes* possa ser movida simplesmente por um desejo de satisfação pessoal de fantasias sexuais do agente, é inegável que o seu compartilhamento em mídias sociais é orientado por uma lógica de *slut shaming*, assim chamado o processo social de menosprezo e degradação à mulher que viole as expectativas culturais de conduta sexual esperada de seu gênero.

Daí se compreende por que o fenômeno é direcionado às vítimas mulheres e sob essa ótica deve ser estudado. É sobre o corpo feminino que majoritariamente se constroem as expectativas de comportamento e a disciplina de controle da sociedade. É sobre elas que paira uma expectativa de castidade ou pureza, permitindo-se apenas aos homens um comportamento sexual livre de padrões preestabelecidos, salvo em regra o da heterossexualidade.

Há de se observar que, seja qual for a sua motivação, o compartilhamento não consensual de pornografia possui impacto negativo muito maior nas mulheres justamente por isso<sup>32</sup>. A divulgação de cenas pornográficas masculinas em geral reforça os estereótipos do garanhão, sedutor e viril, a atuar como instrumento de reforço de autoestima e aclamação em seus círculos de convivência. Em relação à mulher, dado o choque com os estereótipos de comportamento sexual do gênero feminino, os efeitos são contrários e significativamente mais deletérios.

As *deepfakes* ainda trazem consigo uma agravante. Outrora era comum o conselho “melhor não fazer”, quando se lidava com a discussão sobre a divulgação não consentida de material pornográfico, conselho esse que, embora problemático por “traz(er) implícitas convenções de gênero e sexualidade que associam o desejo e comportamento sexual masculino à predação, ao passo que às mulheres caberiam freios, precaução e controle”<sup>33</sup>, ainda assim apresentava uma vertente pragmática em face de possíveis violências.

30. PIMENTEL, 2008.

31. MENDES, 2014.

32. SYDOW; CASTRO, 2017, p. 76.

33. LINS, 2017, p. 260.

Diante desse novo fenômeno, esse conselho hoje não mais se sustenta, já que o ofensor pode criar artificialmente uma cena de sexo com a vítima sem que ela tenha tido participação alguma naquele ato, a desenvolver artificialmente o comportamento sexual “desviado” com o qual pretende agredi-la e humilhá-la.

Parecia ser condição *sine qua non* para o *slut shaming* que a vítima fosse uma *slut*, ou seja, que de alguma forma ela violasse os padrões socioculturais de performance sexual que eram esperados ou considerados adequados ao seu gênero, ao menos sob a visão do agressor. Não mais. Mesmo que a mulher hoje se comporte dentro de todos os limites que o patriarcado e a estrutura social da misoginia lhe ditem, ainda assim estará sujeita à humilhação pública de sua sexualidade caso assim deseje um ofensor (ou ofensora) em posse dessa tecnologia.

A partir do momento em que a sexualidade é construída socialmente como um aparato de poder e controle, as instâncias sociais de agregação desenvolvem padrões distintos de sexualidades aceitas e sexualidades reprovadas. Instâncias religiosas veem com bons olhos apenas relações matrimoniais tradicionais e destinadas à procriação. Instâncias familiares não religiosamente orientadas costumam ter mais aceitabilidade para a sexualidade pré-matrimonial, mas reprovam relações grupais, não monogâmicas ou extraconjugais. Práticas limítrofes como a pornografia, o sadomasoquismo e o fetichismo, contudo, sempre trazem especial tensão para esses dispositivos de controle<sup>34</sup>.

Nesse contexto é que a *deepfake* traz o seu potencial mais assustador, já que o ofensor poderá escolher qual aparato de controle irá movimentar e qual estigma específico irá afetar. Pode ele criar artificialmente o comportamento que idealiza ser o mais lesivo possível à dignidade sexual daquela mulher. No estado da Pensilvânia, nos Estados Unidos da América, por exemplo, a mãe de uma adolescente colegial teria criado um vídeo *deepfake* de um grupo de animadoras de torcidas (*cheerleaders*) nuas, apenas a beber e fumar, com o intuito de vê-las expulsas da equipe, a fim de abrir espaço para sua filha<sup>35</sup>, já que julgou ser essa situação suficiente para a finalidade pretendida.

Caso uma cena tradicional de sexo não venha a causar o dano esperado, por ser a vítima pessoa de quem já se espera determinado comportamento e do qual não se envergonhe, a pessoa ofensora poderá montar um vídeo que envolva uma cena coletiva de sexo, relações homossexuais ou até mesmo cenas com devastador potencial de destruição da imagem pública sexual, como zoofilia ou pedofilia.

É impossível dissociar o *slut shaming* decorrente da divulgação não consentida de material pornográfico (real ou virtual) com uma lógica de objetificação sexual da mulher, assim compreendido o processo de isolamento do corpo da mulher e sua identificação primária como objeto de desejo sexual masculino<sup>36</sup>, especialmente se considerado que na criação das *deepfakes*, o corpo e a imagem são o objeto primário de manipulação do agente.

34. LINS, 2017, p. 255.

35. Mother ‘used deepfake to frame cheerleading rivals’, *BBC News*, 15 mar. 2021. Disponível em: [www.bbc.com/news/technology-56404038].

36. SZYMANSKI; MOFFITT; CARR, 2011.

Os danos decorrentes desses processos de objetificação e humilhação corporal e comportamental já são bastante estudados e conhecidos. Sob uma perspectiva individual, afetam a ansiedade generalizada, diminuem percepções corporais (como fome ou desejo sexual), geram paranoia (notadamente o medo de ser estuprada), desordens alimentares, depressão e disfunção sexual<sup>37</sup>. Nos processos de interação social, afetam-se simultaneamente as relações amorosas, familiares, religiosas, acadêmicas e profissionais, já que todas são movimentadas e orientadas pelos aparatos de controle dos estereótipos e estigmas.

Na percepção de uma vaga de emprego, por exemplo, é sabido que cerca de 80% de empregadores conduzem pesquisas virtuais em candidatos, e em cerca de 70% desses casos, os resultados levam a uma decisão negativa, notadamente em casos de fotos inadequadas ou risco à reputação da empresa por comportamentos tidos como desviados<sup>38</sup>.

Casos conhecidos de vítimas de *deepfakes* pornográficas não consensuais demonstram concretamente como esse fenômeno reproduz e agrava os conhecidos danos produzidos pelo processo de *slut shaming*.

Rana Ayyub é uma jornalista investigativa da Índia que, ao longo dos anos, escreveu diversas reportagens acerca de atos de violência e execuções sumárias promovidas por autoridades governamentais. Em um determinado dia, começou a circular no aplicativo *WhatsApp* um vídeo de 2min20s em que ela aparece em atos sexuais. Cuidava-se de uma *deepfake* promovida por seus desafetos políticos para afetar-lhe a credibilidade<sup>39</sup>. Passou a sofrer assédios intermináveis em todas as suas redes sociais, nas quais houve compartilhamento de seu nome, telefone e endereço. Recebeu centenas de mensagens com ameaças de estupro e comentários depreciativos sobre seu corpo, associando-o à prostituição.

Esses danos são potencializados pela ausência de mecanismos legais para a responsabilização das pessoas envolvidas e para a eliminação do vídeo das instâncias virtuais<sup>40</sup>, a gerar frustrações e repetições cíclicas do processo de vitimização.

### 3.2. As dificuldades de controle e reparação da pornografia virtual

Uma das expressões utilizadas no vernáculo português para designar a disponibilização de material pornográfico pessoal na internet é “vazou”. Como destaca Lins<sup>41</sup>, “vazar” nesse contexto assume a posição de verbo intransitivo, repleto de significados ocultos facilmente perceptíveis a partir de um único vernáculo. Significa que algo agora está à disposição simultânea de virtualmente todas as pessoas do mundo, sem possibilidades concretas de um controle imediato de acesso. Quando se diz que um vídeo ou uma imagem “vazou” na internet, essa expressão “expõe e esconde, simultaneamente, características de um mundo cada vez mais marcado pela rápida circulação e produção de informações colocadas na rede”<sup>42</sup>.

37. SZYMANSKI; MOFFITT; CARR, 2011, p. 8.

38. CITRON, 2019, p. 1927.

39. AYYUB, 2018.

40. COOK, 2019.

41. LINS, 2017.

42. LINS, 2017, p. 247.

Para que se possa estudar mecanismos de regulação criminal desse tipo de comportamento, importante analisar como se comportam os agentes envolvidos na equação lesiva em face da internet, e de que modo o ambiente virtual assume um papel relevante de criação do ambiente ideal para a ofensa atingir o máximo de sua potencialidade.

É sabido que a internet, outrora, apresentava-se como um espaço de libertação. Na ideia de se poder criar uma *persona* virtual, aliada a uma prometida dissociação de seu mundo real, as pessoas que efetivamente não se enquadravam em um perfil culturalmente aceito viam na internet a possibilidade de criar uma nova vida que lhes permitisse a sociabilidade que a vida real lhes negava. Em um dos aspectos relevantes dessa prometida revolução, entende-se que as mulheres adentraram o espaço cibernético com a expectativa de se libertar das amarras do próprio corpo e da percepção cultural sobre ele<sup>43</sup>. Havia a pretensão de uma identidade fluida não constricta pelo corpo físico<sup>44</sup>. Buscava-se criar aquilo que se chamou de igualdade informática: “um estado ideal em que todos somos usuários, independentemente de sexo, idade, cor, raça, religião e deficiência física ou mental”<sup>45</sup>.

Hoje já é possível perceber a ilusão ou inocência dessa percepção inicial, diante da constatação notória de que não foi assim que a internet evoluiu. Em sendo ela um espaço de sociabilidade e interação simbólicas, não logrou dissociar-se daquilo que acontece fora da rede, construindo-se, entre o *on-line* e o *off-line*, uma relação de continuidade<sup>46</sup> – uma continuidade com novas e mais danosas dimensões de violência. Com a percepção das interações virtuais como “não reais”, houve uma flexibilização de padrões éticos, que aliada a uma abstração e ao distanciamento do dano, propiciou a aparição e a expansão de manifestações muito mais agressivas e abusivas<sup>47</sup>.

Lidar com a divulgação não consentida de material pornográfico implica enfrentar três problemáticas específicas da internet: o anonimato, a rapidez e a persistência.

Em um primeiro ponto, ao passo em que o anonimato típico das relações virtuais dilui o superego desenvolvido pelas pessoas em seus espaços reais de interação, conferindo-lhes a coragem e ousadia para condutas que porventura não adotariam, dificulta sobremaneira a identificação dos culpados de crimes virtuais.

Quando se lidava com a responsabilização legal de situações habituais de pornografia de vingança, ou com a divulgação não consentida de material íntimo, tal questão apresentava uma dificuldade, mas ainda assim havia a esperança de um fio de continuidade que permitia uma linha investigativa. Isso porque, à exceção de situações que envolvem *hackers* e invasão de dispositivo informático, a vítima teria ciência do possuidor original daquelas imagens. Vale dizer, se ela enviou aquelas imagens vazadas a um ex-companheiro, a um flerte momentâneo ou a uma pessoa qualquer de seu relacionamento, uma investigação destinada a apurar a responsabilidade criminal já contaria com alguém a partir de quem se

43. SYDOW; CASTRO, 2017, p. 79.

44. POWEL; HENRY, 2017, p. 49.

45. SYDOW; CASTRO, 2017, p. 93.

46. LINS, 2017, p. 262.

47. SYDOW; CASTRO, 2017, p. 71.

poderia proceder às apurações. De outra banda, em tendo sido atuação de *hackers*, é possível em tese uma investigação pericial no aparelho invadido, como tentativa de rastreamento da origem da invasão.

No caso das *deepfakes*, o problema é mais grave. Qualquer pessoa pode extrair as fotos e vídeos voluntariamente disponibilizados pela vítima em suas redes sociais e, a partir deles, construir uma montagem de inteligência artificial, disponibilizar em *sites* hospedeiros ou compartilhar por aplicativos de mensagens como *WhatsApp* e *Telegram*. A identificação do produtor original do material beira o impossível, o que justifica uma preocupação maior na regulamentação criminal dessas condutas, sob uma perspectiva de prevenção geral.

Por outro lado, essa dificuldade se alia à rapidez com que as informações são transmitidas dentro da *internet*. Todos os processos de interação humana hoje transitam por instrumentos virtuais e são eles hoje o mecanismo primordial de compartilhamento de dados. Todos possuem grupos em aplicativos de mensagens para sua família, para seu grupo de amigos, colegas de trabalho ou escola. Quando uma mídia é transmitida em um deles, há facilidade plena dos aplicativos para que sejam repassadas simultaneamente a todos os contatos, a partir dos quais seguirão para dezenas de outros sucessivamente em questão de alguns minutos.

Mesmo que se identifiquem os autores e se promova uma contenção no processo de compartilhamento do material lesivo, a própria natureza da internet conduz a uma persistência do dano. Por mais que se atue para excluir essas imagens ou vídeos de *sites* hospedeiros, é virtualmente impossível removê-los dos dispositivos individuais (aparelhos celulares e computadores) daqueles que já fizeram seu *download*. Sempre há a possibilidade de aquele vídeo ressurgir em momentos de calma na vida da vítima e reavivar todo o processo de comprometimento psíquico e social outrora adormecido.

Por essa razão, defende-se também a necessidade de criminalização da mera posse desse tipo de material, sob uma perspectiva de perigo abstrato mais bem esmiuçado adiante neste trabalho. A forma de lidar com o fenômeno da persistência da pornografia não consensual e da reiteração cíclica do processo de vitimização, por intermédio do Direito Penal, é por meio de um processo constante de controle e fiscalização da existência desse material.

A combinação do anonimato, a cultura de supervisualização e um conjunto de valores socialmente construídos de gênero e sexualidade tornaram a internet a ferramenta ideal para a opressão e humilhação feminina<sup>48</sup>. Qualquer proposta que pretenda enfrentar efetivamente o problema sob uma perspectiva redutora de danos deve aliar medidas punitivas com proposições de regulamentação do acesso e uso da internet, além da responsabilidade dos provedores de disponibilização dos vídeos.

#### 4. É LEGÍTIMA A CRIMINALIZAÇÃO DAS *DEEPFAKES* PORNOGRÁFICAS NÃO CONSENSUAIS?

Pelas discussões já realizadas, pôde-se concluir que a conduta de se produzir e compartilhar *deepfakes* pornográficas não consensuais é extremamente lesiva à dignidade sexual e

48. POWEL; HENRY, 2017, p. 135.

aos processos psíquicos e socializadores da vítima, mostrando-se um fenômeno moderno que deve inspirar preocupação ao Estado. A partir da lógica de *ultima ratio* que baseia um direito penal democraticamente orientado, há de se perquirir, contudo, se essa preocupação deve se transmutar em uma regulação criminal ou deve ser relegada à esfera do direito privado, sob a ótica da proteção de dados pessoais.

No que diz respeito aos demais casos de abuso sexual de imagem (*Image-Based Sexual Abuse*), houve avanço recente a nível mundial, embora as legislações e a atuação estatal específica sejam deveras tímidas. Em Portugal, por exemplo, o compartilhamento de material íntimo só passou a ter previsão típica específica em maio de 2023, com a edição da Lei 26/2023, antes disso a conduta era abordada sob a ótica da devassa da vida privada (art. 192, Código Penal) ou Gravações e Fotografias Ilícitas (art. 199, Código Penal), sem qualquer especificidade de gênero. É de rigor, portanto, a apuração desse e de outros modelos de regulação criminal de modo a verificar a necessidade, legitimidade e adequação da proposta incriminadora, visando contribuir com os sistemas ainda omissos no trato do abuso de imagem sexual.

A investigação não irá abordar o caso das *deepfakes* pornográficas infantis, por compreender que já há um debate avançado nesta matéria no que diz respeito à regulamentação criminal, nos chamados crimes de pseudopornografia infantil. Ao realizar uma montagem de uma criança ou adolescente em uma cena de sexo explícito ou representativa de nudez, resta claro haver uma representação realista de pornografia infantil, cuja criminalização já foi objeto de discussão e decisão política pela grande parte dos ordenamentos jurídicos, independentemente da conclusão a que chegaram.

A Convenção sobre o Cibercrime de Budapeste, inclusive, já contemplava como pornografia infantil, para fins penais, imagens realísticas que representam um menor envolvido em um comportamento sexualmente explícito. No Brasil, o art. 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) criminaliza a conduta daquele que “simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual”. Em Portugal, a previsão da pseudopedopornografia está no artigo 176 do Código Penal, que criminaliza quem produz material pornográfico “com representação realista de menor”.

Cuida-se de matéria já usualmente contemplada pelas normas criminais, embora com críticas que serão adiante analisadas. Dessa forma, abordar-se-ão as montagens que envolvem pessoas maiores de idade, em que se julga haver um déficit de debates criminológicos e dogmáticos, e um espaço de anomia regulatória potencialmente violador de direitos fundamentais.

Nesse sentido, decerto que o processo de criminalização de condutas, para além de se orientar por uma lógica residual protetiva de uma noção geral de liberdade, deve guardar uma fundamentação de oportunidade ou estratégia político-criminal relacionada com a ética da democracia e com a proteção das minorias<sup>49</sup>. Há aqueles que entendem, sob uma

49. PALMA, 2017, p. 75.

perspectiva moral ou ética de análise, que as *deepfakes* seriam comparáveis às meras fantasias sexuais.

Questiona Carl Öhman se tanto as fantasias quanto as *deepfakes* não seriam mais do que imagens virtuais geradas por informações publicamente disponíveis, pelo que seria difícil perceber uma qualidade que tornasse uma mais reprovável ou permissível que outra<sup>50</sup>. O autor observa, entretanto, que há uma justificativa para uma maior reprovação moral das *deepfakes*, decorrente do baixo nível de abstração dessas condutas quando em comparação com as fantasias. Ademais, defende que o consumo de *deepfakes* desempenha um papel inegável no processo de degradação social da imagem feminina, algo que meras fantasias não são capazes de fazer<sup>51</sup>.

Para além do papel simbólico de reforço de estigmas degradantes à dignidade sexual das mulheres, não há como se ignorar que as *deepfakes* causam danos individuais severos às pessoas representadas. Tais conclusões, já adiantadas nesta investigação, permitem refutar qualquer argumento de que se trataria de uma criminalização apenas moralmente orientada.

Os interesses envolvidos e diretamente prejudicados inegavelmente inspiram uma preocupação jurídico-penal, pelo que serão delineados dogmaticamente os instrumentos devidos para esta regulação.

#### 4.1. Qual o bem jurídico a ser protegido?

Entende-se que, para se concluir pela necessidade de regulamentação e proibição criminal das *deepfakes* pornográficas não consensuais, é de se perquirir a existência de um bem jurídico relevante que estaria sendo por elas lesado, vale dizer, algum valor ou direito individual que se relacione às condições necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo e à realização de seus direitos fundamentais<sup>52</sup>.

Decerto que a discussão atual sobre a teoria do bem jurídico usualmente lhe retira um caráter de imprescindibilidade para a legitimação constitucional de uma incriminação. É ele abordado sob uma perspectiva político-criminal ou como um conceito exploratório de critérios limitadores do processo de seleção penal de condutas humanas<sup>53</sup>. Já se discute a possibilidade de incriminações legítimas e relevantes que guardem apenas vagas referências a bens jurídicos tradicionalmente considerados, ou, ainda, uma ampliação do conceito

50. ÖHMAN, 2020. Tradução livre do autor. No original: “Both fantasies and Deepfakes are arguably no more than a virtual image generated by informational input that is publicly available, and thus it is hard to identify a quality that makes the former more permissible than the latter”.

51. ÖHMAN, 2020. Tradução livre do autor. No original: “However, when the dilemma is considered on a low LoA— i.e., when we consider the truly morally relevant information—the Deepfake phenomenon can be considered morally impermissible on the basis of its role in gender inequality. The consumption of Deepfakes is undeniably a highly gendered phenomenon, and arguably plays a role in the social degradation of women in society. Sexual fantasies are not”.

52. ROXIN, 1997; ROXIN, 2013.

53. PALMA, 2017, p. 79.

de bem jurídico que contemple interesses menos individuais, mas igualmente relevantes para a convivência comunitária, como os chamados interesses difusos<sup>54</sup>.

Traz-se brevemente essa perspectiva apenas para subsidiar o enfrentamento de possíveis críticas relativas a uma ausência de bem jurídico pela abstração do dano individual em decorrência da ausência de efetiva participação da vítima no ato representado. Por ora, o caso em discussão não parece fugir da hipótese tradicional de um bem jurídico individual relevante e carecedor de proteção penal, já que ele lida com aspectos essenciais da vida humana, da integridade psíquica das pessoas e afeta severamente seus processos de socialização.

Ao se discutir a liberdade e a justificação do Direito Penal em matérias de comportamentos sexuais, há sempre uma necessidade de redefinições constantes dos *standards* mínimos de regulação criminal, o que não deve ser confundido com uma visão paternalista e moralista. Justifica-se essa constante evolução por uma visão de democracia relacionada com a dignidade sexual das pessoas e com o reconhecimento axiológico de que cada pessoa deve poder exercer livremente a sua sexualidade<sup>55</sup>.

Nesse contexto, há uma necessidade de expansão ou ressignificação do conceito de dignidade sexual a partir das discussões das *deepfakes*, necessidade essa surgida em decorrência da reformulação social e tecnológica nos mecanismos de ofensa. A expansão da proteção penal a esses novos horizontes então se assume como decorrência lógica da dimensão protetiva da liberdade sexual imposta pelo Estado de Direito democrático

Como Inês Ferreira Leite, compreende-se que qualquer trabalho sobre criminalidade sexual deve ter o seu cerne na liberdade sexual e nas diversas dimensões deste bem jurídico que podem ser colocadas em causa<sup>56</sup>. Trata-se, efetivamente, de uma conduta sexualmente ofensiva. Manipula-se a percepção pública da imagem sexual de uma pessoa, de modo a lhe atribuir artificialmente comportamentos inexistentes e atos sexuais dos quais não participou, visando desencadear um processo de depreciação coletiva de sua intimidade.

Pode-se compreender esta feição da liberdade sexual como uma liberdade de dispor da sua imagem sexual, já referenciada em discussões sobre pornografia. Poder-se-ia argumentar que o caso não diz respeito à imagem sexual da mulher, já que não é efetivamente ela a performar o ato representado no vídeo.

Para contraposição desse argumento, trazem-se as discussões que envolvem pseudo-pornografia infantil, a fim de demonstrar a possibilidade e a relevância da criminalização de atos indutores de uma percepção lesiva.

---

54. MIR PUIG, 2006. No original: “Las modificaciones que entretanto ha ido experimentando el capitalismo y el modelo de Estado en nuestro ámbito cultural van determinando o exigiendo ciertos cambios en los bienes jurídicos del Derecho penal. En la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material – lo que se llaman los ‘intereses difusos’”.

55. PALMA, 2019, p. 15.

56. LEITE, 2011, p. 40.

Por certo essa questão ainda enfrenta muita divergência, havendo parcela relevante da academia em defesa da proteção da pseudopornografia infantil, sob a ótica da liberdade artística ou por ausência de efetiva ofensa a bem jurídico<sup>57</sup>. No julgamento do caso *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América julgou inconstitucional uma lei federal que proibia qualquer demonstração visual, por mídias tradicionais ou geradas inteiramente por computador, que fosse, ou aparentasse ser, de menores a performarem atos sexuais. Entendeu haver violação da liberdade de expressão, dada a potencialidade artística dessas representações. A despeito disso, há discussões na doutrina norte-americana de que essa decisão teria deixado aberta a possibilidade de criminalização em face de situações concretas de danos promovidos por tal representação<sup>58</sup>.

Em contexto similar, ao buscar legitimar a incriminação da pseudopedopornografia no Direito Português, Inês Ferreira Leite a justifica a partir de uma lógica de perigo abstrato, decorrente da perigosidade latente e aptidão que tal material tem para convencer outros menores a aceitarem ou a não oporem resistência à prática abusiva de atos sexuais, no contexto da prática nominada *grooming*<sup>59</sup>.

Parece claro que, em havendo danos reais e graves causados pela percepção induzida por aquela mídia, há legitimidade para a sua equiparação normativa com a realidade que pretendia representar. Neste contexto é que deve ser estudada a *deepfake*. Em sendo ela crível e com potencialidade de convencimento de ser a vítima a pessoa no vídeo, deve-se tratar normativamente como se efetivamente ela fosse, já que há um paralelismo igualmente perceptível nas consequências danosas que lhe são causadas.

Assim, no caso das *deepfakes*, compreende-se que a liberdade de dispor de sua imagem foge da noção genérica de direitos da personalidade e ingressa efetivamente na esfera normativa da liberdade sexual, já que os elementos caracterizadores de sua identidade (voz, rosto, tatuagens etc.) são utilizados como poderosos instrumentos de manipulação da percepção comunitária de seu comportamento sexual e de suas escolhas de relacionamento. Tolhe-se, assim, o poder de decisão da mulher quanto a como apresentar ou retratar sua ética geral de sexualidade às pessoas de sua convivência e à sociedade em geral.

Ao fazê-lo, o agressor invoca para si o poder de ditar a imagem sexual pública daquela mulher, retirando-a provisoriamente de sua esfera de controle, em uma evidente e grave violação do referido bem jurídico que justifica a incriminação da norma penal.

#### 4.2. Há relevância penal na produção e posse, ou apenas no compartilhamento?

Não parece haver dúvidas, a este momento da exposição dos argumentos, de que a conduta de compartilhamento pelas redes sociais e sites pornográficos é efetivamente a mais lesiva entre aquelas envolvidas no fenômeno do *deepfake*, já que desencadeia todo o processo de *slut shaming* em face da vítima. Trata-se de regra de legítima conduta danosa, cuja

57. ALBERGARIA; LIMA, 2010.

58. HARRIS, 2019.

59. LEITE, 2011, p. 59.

criminalização é plenamente justificada sob a perspectiva protetiva da dignidade sexual da pessoa representada.

Há de se perquirir, contudo, se essa legitimidade criminalizadora se estende àquele que produz a *deepfake*, ou ainda àquele que, sem tê-la produzido ou compartilhado, apenas detém sua posse no seu aparelho celular ou computador portátil.

Há os que defendem uma menor reprovabilidade à conduta da produção, sob o argumento de que a maioria dos produtores de *deepfakes* não tem a consciência de um dano emocional iminente, pois não esperam que a vítima vá assistir ao vídeo ou saber da sua existência<sup>60</sup>. Não se compartilha dessa conclusão preliminar, por compreender que ela ignora ao mesmo tempo as dinâmicas das relações de gênero e como elas se refletem no meio virtual, questões essas abordadas no início desta investigação.

Em discussão realizada pela *Law Commission of England and Wales* acerca do tema, houve quem hesitasse em aceitar a criminalização da mera produção, sob o argumento de que a criminalização da produção infringia valores importantes de expressão artística e que a produção de *deepfakes* apenas para gratificação sexual própria não apresentaria dano causado a terceiro que justificasse intervenção penal<sup>61</sup>.

Entretanto, sabe-se que a vinculação do Direito Penal à proteção de bens jurídicos não implica uma punibilidade exclusiva às condutas diretamente lesivas, porquanto há casos justificadores de uma punição pela simples colocação em perigo daquele bem jurídico. Essa legitimidade adviria do fato de essas condutas terem a potencialidade real de virem a causar um dano tão significativo àquele bem jurídico, que caberia ao Direito Penal antecipar o momento da punição para evitá-lo.

Nesse contexto, considera-se justificada a criminalização da produção e da posse de *deepfakes* pornográficas não consensuais como crimes de perigo abstrato.

Ao se trabalhar a distinção entre os crimes de perigo concreto e abstrato a partir da proximidade com a lesão concreta, entendem-se os primeiros como aqueles em que a ação estaria a ponto de causar um dano específico ao bem jurídico, enquanto nos últimos não se exige a proximidade, bastando a periculosidade da conduta<sup>62</sup>.

A criminalização da pornografia não consensual nos ordenamentos penais costuma sempre trazer consigo modalidades de perigo abstrato, como adiante será apresentado e discutido. Os estudos de gênero já são bastante avançados para demonstrar a extensão e gravidade dos danos decorrentes destas condutas, a ponto de se justificar uma antecipação da culpa ao primeiro ato de promoção de tal risco.

No Direito Penal brasileiro, por exemplo, a conduta de produzir registro não autorizado de atos de intimidade sexual é criminalizado independentemente do compartilhamento com terceiros (art. 216-B, CP). No Estatuto da Criança e do Adolescente, são previstos ainda

60. HARRIS, 2019. No original: “The majority of the Producers who share a video online with friends or the general public will likely not know that any emotional distress is imminent because they do not expect that the Victim will watch the video or that the Victim will even learn of its existence”.

61. LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES, 2021, p. 202.

62. MIR PUIG, 2006, p. 231.

tanto a produção de pseudopornografia infantil como a posse ou o armazenamento de pornografia infantil propriamente dita (art. 241-B, ECA).

Assim, considera-se legítima a criminalização da produção e da posse de *deepfakes* pornográficas não consensuais, embora deva haver um escalonamento na fixação das sanções penais, a justificar menor resposta ao mero armazenamento, média resposta à produção e maior resposta ao compartilhamento, dada a proximidade proporcional de tais condutas ao dano efetivo.

A necessidade pragmática das três modalidades objetivas de conduta se relacionaria ainda com as dificuldades de controle do material no ambiente virtual, já analisadas anteriormente. Criminalizando a produção, estar-se-ia buscando contraestimar a parcela anônima do processo; criminalizando o compartilhamento, busca-se afetar a rapidez da transmissão de informações; criminalizando a posse, ataca-se a persistência do conteúdo.

Por fim, em uma lógica de crimes de perigo, recordam-se as lições de Mir Puig quando questiona se persiste a tipicidade nos casos extremos em que se prove que se excluiu em absoluto o risco de dano<sup>63</sup>, vale dizer: se a relevância da pena advém da periculosidade da conduta, e ela foi efetivamente controlada pelo agente, não subsiste legitimidade para uma responsabilização.

Acerca da discussão das *deepfakes*, é possível conceber em abstrato uma situação extrema em que o produtor ou armazenador dos vídeos tenha adotado providências concretas para evitar sua disseminação, de modo a mantê-lo apenas como objeto de gratificação sexual própria, como guardá-lo com chaves de segurança, proteções específicas contra invasões de *hackers* etc.

Essas questões, todavia, são analisadas concretamente em face das circunstâncias apresentadas pelo caso específico, mas não são elementos que retirem a legitimidade em abstrato de uma opção político-criminal de tipificação da posse ou armazenamento, uma vez que são condutas em si perigosas o suficiente para justificar a intervenção penal.

#### 4.3. A qualidade da montagem como elemento típico necessário

Edição de vídeos e fotos de pessoas em cenas sexuais não é um fenômeno novo. A indústria pornográfica se alimenta da reprodução de fantasias com celebridades há anos. Caso se considere uma perspectiva dissociada de tecnologia, qualquer pessoa pode recortar fotografias de outra e colá-las grosseiramente em revistas pornográficas como forma de auxílio ou materialização de uma fantasia sexual. O que a *deepfake* oferece, e isso justifica o olhar cuidadoso do Direito Penal, é a credibilidade da montagem, ou seja, sua potencialidade em induzir a percepção alheia no sentido da autenticidade da cena fabricada.

63. MIR PUIG, 2006, p. 231. No original: “Sin embargo, hoy se discute que persista la tipicidad en los delitos de peligro abstracto en el caso extremo de que se pruebe que se había excluido de antemano todo peligro. En favor de negar su subsistencia cabe alegar que deja de tener sentido castigar una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que se supone en ella, cuando tal peligrosidad aparece como inexistente desde el primer momento”.

Ao dispor sobre a criminalização de condutas que envolvem a representação sexual realista de menores de idade, Inês Ferreira Leite defende que “para que a incriminação não elimine em absoluto o direito à livre criação artística e livre expressão da personalidade sexual, é necessário que se interprete cuidadosamente a expressão ‘realista’”<sup>64</sup>. Vale dizer, deve-se ser capaz de se convencer um observador médio quanto àquela representação, para que se possa compreender que aquela conduta detém o mínimo potencial de gerar os danos que a criminalização visa obstar.

As mesmas considerações são válidas no tocante às *deepfakes*. Qualquer proposta de criminalização, na modalidade de crime contra a liberdade ou dignidade sexual, deve incluir como elemento típico a credibilidade ou o realismo da montagem realizada com as imagens da vítima, seu potencial de convencimento e indução de percepções. Caso o vídeo não possua o potencial de se passar como representação real de uma cena sexual daquela pessoa, não se pode cogitar de uma conduta que tenha o potencial de lhe afetar severamente a liberdade sexual como antes esmiuçado, ao menos não em um nível que legitime uma criminalização de alta resposta.

Não que uma montagem grosseira de uma mulher em cenas sexuais possa estar livre de responsabilização, mas se não há a capacidade de induzir em uma pessoa de média cognição uma percepção falsa da realidade, tais casos devem ser contemplados em esferas distintas.

Em uma modalidade de fraude completamente diversa, na esfera patrimonial, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro tem entendimento consolidado que a falsificação grosseira, perceptível a olho nu, não é suficiente para tipificar os crimes de falso, restando apenas a possibilidade de incriminação por estelionato caso tenha havido efetivamente prejuízo financeiro a outrem.

## 5. OS MODELOS EXISTENTES DE CRIMINALIZAÇÃO E A BUSCA PELO MODELO IDEAL

O crescimento acelerado do fenômeno e os processos cíclicos de vitimização decorrentes da anomia têm conduzido os países à discussão de propostas concretas de regulamentação civil e criminal, de modo a frear este tipo de prática, tanto na perspectiva de pornografia não consensual quanto pela potencial utilização política.

A União Europeia, assim como individualmente seus países, ainda não tem caminhado no sentido de disciplinar esse tema. Há a possibilidade de enquadrar aquelas de natureza política em algumas legislações esparsas controladoras de *fake news*, como nos casos de Alemanha, Espanha e França<sup>65</sup>.

No Direito Penal português, notadamente, não há regulamentação específica para condutas de produção e compartilhamento de *deepfakes*, tampouco há tipos que possam ser interpretados de modo a incluir em seu campo de eficácia normativa uma punição para

64. LEITE, 2011, p. 59.

65. PRADHAN, 2020.

condutas dessa natureza. Como em outros países de similar anomia, resta à vítima a busca por mecanismos de responsabilidade civil decorrentes do uso indevido de sua imagem.

A depender do contexto específico da utilização das *deepfakes*, pode-se enquadrar em crimes existentes, como extorsão ou assédio. A Corte de Westminster, no Reino Unido, por exemplo, condenou em 2018 um homem que criou montagens sexuais de uma colega a 16 semanas de aprisionamento pelo crime de *harassment*<sup>66</sup>. O compartilhamento não especificamente motivado, apenas por gratificação sexual, ou voyeurismo, contudo, permanece à margem da lei.

A *Law Commission of England and Wales* publicou em fevereiro de 2021 um *Consultation Paper* sobre abuso relacionado a imagens íntimas, buscando abrir o diálogo entre a sociedade civil e estudiosos da área, com o intento de elaborar um relatório com propostas de modificação legislativa<sup>67</sup>. Nesse documento, mencionam especificamente a preocupação com *deepfakes* pornográficas como modalidade de abuso de imagem, preocupação essa potencializada pelo fato de que elas não estariam cobertas pelas provisões legais atuais apesar de causarem o mesmo dano das imagens inalteradas, especialmente para mulheres<sup>68</sup>. Embora façam consignar a proposição preliminar de criminalização da montagem sexual, questionam aos consultivos se seria adequada a regulamentação da produção ou apenas do compartilhamento<sup>69</sup>.

No relatório final, publicado em 06 de julho de 2022, a Comissão concluiu pela necessidade de regulamentação criminal do compartilhamento de *deepfakes* pornográficas, embora tenha compreendido que a criminalização da produção da imagem por si só seria desproporcional e violadora da liberdade de expressão, conclusão esta que discordamos, como já exaustivamente exposto neste trabalho<sup>70</sup>.

66. City of London Police. "City worker jailed for creating fake porn profiles of colleague who rejected him". Disponível em: [http://news.cityoflondon.police.uk/r/1028/city\_worker\_jailed\_for\_creating\_fake\_porn\_profile].

67. LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES, 2021.

68. LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES, 2021, p. 10.

69. LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES, 2021, p. 205. "Consultation Question 19. We invite consultees' views on the following three questions: (1) How prevalent is making intimate images without consent, without subsequently sharing or threatening to share the image? (2) What motivates individuals to make intimate images without consent, without sharing or threatening to share them? (3) How, and to what extent, does making intimate images without consent (without sharing or threatening to share them) harm the individuals in the images?"

70. LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES, 2022, p. 155. No original: "Though some of this behaviour is highly problematic, we are not persuaded that the creation of an offence of simply making such an image – without further sharing or threatening to share – is a proportionate response to the wrongdoing. We agree with the arguments that a made intimate image is more tangible than imagination or fantasy but conclude that the tangibility in itself is insufficiently harmful to warrant criminalisation. There is also an argument that criminalising "making" interferes with the right to freedom of expression. Any such interference would need to be proportionate to the harm caused by making without further sharing or threatening to share".

### 5.1. Código Penal brasileiro e a necessidade pragmática de clareza na escolha dos elementos normativos

No Brasil, há uma legislação que, mesmo de forma transversal, contempla condutas como as estudadas nesta investigação. A Lei 13.772/2018 incluiu no Código Penal o artigo 216-B, que penaliza, com detenção de seis meses a um ano e multa, a conduta daquele que produz, fotografa, filma ou registra conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso sem a autorização dos participantes.

O elemento normativo relevante, contudo, está no parágrafo único deste artigo, que afirma incorrer na mesma pena “quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo”.

A produção de *deepfakes* pornográficas não consensuais é contemplada como crime de perigo abstrato pela legislação brasileira. Pode incorrer nesta conduta tanto a pessoa que efetivamente domina a tecnologia de manipulação de imagens (autor imediato) quanto aquele que eventualmente a encomenda e fornece as imagens referenciais (autor mediato), por força da adoção pelo Direito brasileiro de uma visão monista da autoria delitiva.

Julga-se inadequada a equiparação procedida pelo legislador brasileiro com o crime de captação indevida de imagem íntima, já que as condutas tratadas no mesmo tipo são de reprovabilidades claramente distintas. Como já abordado, embora a conduta de produzir o material (perigo abstrato) seja efetivamente menos grave que o seu compartilhamento (perigo concreto ou dano), ela ainda assim é de maior gravidade que a simples captura não consensual de uma cena de sexo alheia.

Compreende-se o fato em dois elementos distintos (ato sexual e registro do ato em meio audiovisual). É de se observar que nas *deepfakes* ambos são definidos pelo produtor, que tem assim o poder de determinar a extensão do dano que será causado à vítima. Ele escolhe em que vídeo a colocará, qual comportamento irá criar, que estigma sexual irá atingir e quão danosa será a montagem para a vítima. Doutra banda, em um caso de captura não consensual de ato sexual alheio, ao menos um dos elementos do fato (o comportamento sexual em si) – em regra – foi objeto de decisão consciente e voluntária da vítima, o que se mostra suficiente para que os casos sejam tratados por penalidades diferenciadas.

A credibilidade/qualidade/verossimilhança da montagem não consta como elemento típico, mas consiste num elemento imprescindível de tipicidade material, como já visto anteriormente nesta investigação. Embora calhe a construção de um tipo que contemple este aspecto, por razões pragmáticas, ele pode ser legitimamente construído pelo processo hermenêutico do julgador.

Adiante no Código Penal brasileiro, há outro tipo penal que regula o compartilhamento de imagens pornográficas, no chamado crime de pornografia de vingança. Dispõe o art. 218-C ser crime

“oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que

contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia”.

Cumpre analisar os referidos tipos, sob as premissas epistemológicas já estabelecidas nesta investigação, para averiguar se eles refletem um modelo ideal de regulação criminal ou se são insuficientes para a tratativa adequada do fenômeno.

Poder-se-ia apontar, desde já, uma aparente contradição do Código Penal brasileiro ao punir a conduta abstratamente perigosa (produção de montagens) sem contemplar expressamente a conduta danosa (compartilhamento), já que o art. 218-C não faz menção expressa à divulgação de montagens sexuais, enquanto o art. 216-B o faz. A contradição, contudo, é aparente e não subsiste a um esforço interpretativo.

Quando o art. 218-C dispõe ser crime compartilhar, *sem o consentimento da vítima*, cena de sexo, nudez ou pornografia, ele não traz elemento normativo qualificador da vítima, a identificar e individualizar qual papel ela possui nessa cena de sexo, nudez ou pornografia. Conclui-se, então, que a vítima é a pessoa que sofreria os danos diretos decorrentes do compartilhamento daquela “cena de sexo, nudez ou pornografia”, a quem se deveria exigir o consentimento para a sua liberação.

Ao lidar com vídeos pornográficos tradicionais, as vítimas seriam as pessoas representadas nas imagens, estejam elas praticando diretamente os atos sexuais ou não (imagina-se como vítima, igualmente, uma pessoa que apareça nua no vídeo, às margens de um ato sexual performed por terceiros).

No caso das *deepfakes*, os vídeos usualmente utilizados como base são protagonizados por atores profissionais, portanto com o consentimento para o uso pornográfico de suas imagens, ressalvadas questões relativas a direitos autorais e regras de exploração. Ainda que não o fosse, a essência da tecnologia *deepfake* é a sobreposição de identidades, de modo que não será possível a identificação da mulher ou do homem originalmente responsável pelas cenas de sexo.

Não que elas não sejam vitimizadas, já que há percepção de violação na visualização de seu corpo sendo utilizado como instrumento de abuso<sup>71</sup>, mas essa violação é indireta e, quiçá provisória, ao menos enquanto a tecnologia não evoluir ao ponto de criar o vídeo completamente do zero, inclusive quanto ao corpo da vítima.

Todavia, no contexto em que há uma *deepfake* pornográfica realisticamente construída, dificilmente se poderia alçar à condição de vítima (para fins penais) a pessoa originalmente constante das imagens, já que sua identidade estaria dissimulada e não haveria danos, efetivos ou potenciais, à sua liberdade sexual, desde que obviamente tenha havido consenso na produção do vídeo. Situação contrária poderia se imaginar se o corpo não editado da participante original possuísse alguma marca identificadora clara, ou algum aspecto físico inconfundível, que ainda com a dissimulação do rosto pudesse permitir a sua identificação.

Considera-se que ao se compartilhar um vídeo pornográfico, as pessoas que devem dar o seu consentimento são aquelas que dele constam. Se a *deepfake* se baseia na modificação

71. ALPTRAUM, 2020.

artificial do participante do vídeo de modo a induzir convincentemente uma percepção de participação no ato sexual, o compartilhamento da *deepfake* dependeria do consentimento daquela pessoa que teve sua imagem inserida. Não tendo havido o seu consentimento, resta clara a sua condição de vítima.

O fato de a vítima não estar fisicamente a performar aquele ato sexual não é óbice à incidência do art. 218-C, já que o tipo fala de cena de “sexo, nudez ou pornografia”, e abre espaços para pornografias que não contemplem atos propriamente sexuais, caso contrário não faria sentido o conectivo de alternância. Vale dizer, mesmo que aquela não seja uma cena de sexo da vítima representada, não deixa de ser uma cena pornográfica com sua imagem.

Já existe, no Código Penal brasileiro, um juízo normativo de reprovabilidade criminal das montagens sexuais no art. 216-B, como conduta equiparada à de produzir vídeos pornográficos não consensuais, o que permite interpretar sistematicamente o art. 218-C de modo a incluir em seu campo de eficácia normativa o compartilhamento de *deepfakes*.

A conclusão a que atualmente se chega é pela suficiência do tipo que ora subsiste no ordenamento brasileiro para a regulação da matéria sob uma ótica unicamente repressiva. Todavia, as perspectivas de divergências doutrinárias em sua interpretação induzem a uma necessidade de regulação criminal com termos e expressões mais claros, notadamente sob uma ótica pragmática.

Essas modificações sofreram críticas, notadamente por ainda manterem um vazio típico para a conduta daqueles que, sem produzir ou compartilhar, apenas armazenam o material pornográfico não consensual, bem como por não contemplarem mecanismos de responsabilização ou obrigações acessórias implicáveis aos provedores pela disponibilização e distribuição dessas mídias<sup>72</sup>. Todavia, o Direito brasileiro possui a Lei do Marco Civil da Internet, adiante analisada nesta investigação, que traz a previsão de mecanismos adequados para tanto.

## 5.2. Austrália e as obrigações acessórias

A Austrália sofreu duas modificações legislativas locais contemplativas de *deepfakes*. Em 2017, New South Wales editou o *Crimes Amendment (Intimate Images) Act 2017*, destinado a emendar o Código Penal para criar ofensas relacionadas à gravação e distribuição não consensual de imagens íntimas.

Nesse ato, definiu-se “imagem íntima” como a imagem das partes privadas do corpo, assim compreendidas as áreas genital ou anal de uma pessoa, nua ou coberta por roupa íntima, os seios de uma pessoa do sexo feminino, ou de uma pessoa transgênero ou intersexual que se identifique com o gênero feminino. No dispositivo seguinte, equiparou ao conceito de imagem íntima uma imagem que haja sido alterada para parecer mostrar uma imagem íntima<sup>73</sup>.

72. FRANÇA et al., 2019.

73. Parliament of New South Wales. Crimes Amendment (Intimate Images) Bill 2017. No original: “intimate image means: (a) an image of a person’s private parts, or of a person engaged in a private

Essa legislação criminaliza e pune a produção (*Record intimate image without consent*), o compartilhamento (*Distribute intimate image without consent*) e a ameaça de produção ou compartilhamento (*Threaten to record or distribute intimate image*), todas com a mesma penalidade de três anos de aprisionamento.

A pessoa condenada pode ser ordenada a tomar medidas destinadas a remoção, retratação, recuperação, apagamento ou destruição do material íntimo produzido, sob pena de, se não o fizer por razões injustificadas, incidir em novo crime de desobediência, punido com dois anos de aprisionamento<sup>74</sup>.

O Parlamento de Western Australia, por sua vez, editou o *Criminal Law Amendment (Intimate Images) Act 2019*, que traz dispositivo de similar redação, ao equiparar imagem íntima àquela que inclui uma imagem que foi, de qualquer forma, criada ou alterada para parecer mostrar as partes íntimas ou atos sexuais da vítima<sup>75</sup>. Optou por criminalizar apenas a distribuição destas imagens.

Este diploma traz similar provisão retificadora, com fixação de prazo para a adoção de medidas destinadas à eliminação do material íntimo. Destaca-se sua possível aplicação mesmo em face de pessoas não condenadas (*"The court may make an order under subsection (2) whether or not the person is convicted of the offence"*). Traz, igualmente, previsão típica para o caso de o agente injustificadamente não agir para a eliminação do material.

Observa-se, então, haver um elemento a mais nas legislações locais australianas que agrega positivamente a uma noção de regulamentação criminal suficiente, a saber, o estabelecimento de uma obrigação acessória do ofensor de atuar, em seus esforços objetiva e concretamente apurados, para a eliminação daquele material íntimo ou da *deepfake*, sob pena de incidência em nova conduta típica.

A despeito desse elemento positivo, é de se observar que ambas as legislações previram pena idêntica para as três modalidades objetivas de conduta, o que não se entende adequado sob uma perspectiva de proporcionalidade comparada à gravidade das condutas, como já exposto neste trabalho.

---

act, in circumstances in which a reasonable person would reasonably expect to be afforded privacy, or (b) an image that has been altered to appear to show a person's private parts, or a person engaged in a private act, in circumstances in which a reasonable person would reasonably expect to be afforded privacy. Private parts means: (a) a person's genital area or anal area, whether bare or covered by underwear, or (b) the breasts of a female person, or transgender or intersex person identifying as female".

74. No original: "A court that finds a person guilty of an offence against section 91P or 91Q may order the person to take reasonable actions to remove, retract, recover, delete or destroy any intimate image recorded or distributed by the person in contravention of the section within a period specified by the court. (2) A person who, without reasonable excuse, contravenes an order made under this section is guilty of an offence. Maximum penalty: 50 penalty units or imprisonment for 2 years, or both".

75. Parliament of Western Australia. Criminal Law Amendment (Intimate Images) Act 2019. No original: "includes an image, in any form, that has been created or altered to appear to show any of the things mentioned in paragraph".

### 5.3. Estados Unidos da América e a preocupação centralizada no uso político

Os Estados Unidos não possuem legislação federal que contemple a problemática abordada nesta investigação, embora haja um projeto em tramitação, chamado de *DEEP-FAKES Accountability Act (HR 3230)*<sup>76</sup>. A expressão, no nome do projeto, é um acrônimo para *Defending Each Person from False Appearances by Keeping Exploitation Subject to Accountability*.

Se aprovado, esse projeto tornaria crime a criação de *deepfakes* sem a inclusão de marca d'água digital ou descrição textual a indicar a natureza falsa daquelas imagens, de modo a contemplar responsabilidade civil e criminal, além da criação de mecanismos de proteção às vítimas e obrigações estatais de monitoramento do avanço da tecnologia. Embora haja críticas a alguns elementos deste projeto de lei, notadamente em face de potenciais divergências interpretativas e das baixas exigências técnicas do projeto, é inegável que sua eventual aprovação representaria um avanço no delineamento de uma base fundadora protetiva das vítimas<sup>77</sup>.

O projeto, contudo, ainda não avançou no Congresso Americano, restando apenas as legislações locais para estudo imediato. No âmbito dos Estados, há diversas legislações que lidam com a situação da pornografia de vingança e abuso baseado na imagem sexual, mas nenhum deles tem eficácia normativa para lidar com o fenômeno das *deepfakes*.

Há autores que estudam possibilidades de enquadrá-las nas legislações que lidam com a divulgação não consentida a partir da utilização da expressão “depiction”, ou representação. Vale dizer, se o fato de a lei falar de imagens ou vídeos que representam as partes íntimas das pessoas poderia ser juridicamente invocado para uma interpretação extensiva. Segundo Douglas Harris, Estados usam o termo “depicted person’s intimate parts”, mas ainda não há uma tendência jurisprudencial de adotá-la para as *deepfakes*<sup>78</sup>.

Por ora, há apenas três Estados com leis regulatórias específicas para *deepfakes*, Califórnia, Texas e Virgínia, mas apenas o último lida criminalmente com elas no contexto da pornografia não consensual, havendo uma preocupação maior e concentração de esforços na esfera política ou civil.

Na Califórnia, a *Assembly Bill* n. 602, de 10 de abril de 2019, promove modificações no Código Civil para conferir *cause of action* contra aquele que cria e intencionalmente distribui material sexualmente explícito sem consentimento da pessoa retratada<sup>79</sup>. Contempla

76. H.R.3230 – Defending Each and Every Person from False Appearances by Keeping Exploitation Subject to Accountability Act of 2019. Disponível em: [www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/3230/text].

77. COLDEWEY, 2019.

78. HARRIS, 2019.

79. California, Assembly Bill n. 602 – Depiction of individual using digital or electronic technology: sexually explicit material: cause of action. Disponível em: [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\_id=201920200AB602].

“This bill would provide that a depicted individual, as defined, has a cause of action against a person who either (1) creates and intentionally discloses sexually explicit material if the person knows or

tanto a captura clandestina de cenas reais quanto a criação por tecnologia de *deepfakes* de cenas fictícias. No mesmo dia, foi também promulgada a Assembly Bill n. 730, que lida com as *deepfakes* sob uma perspectiva essencialmente eleitoral.

Embora não lide com a esfera criminal e tampouco traga previsões específicas destinadas ao controle do conteúdo na internet, é um avanço no que diz respeito à mínima proteção da vítima e já fornece um parâmetro normativo para futuras expansões da tratativa legal.

No Texas, promulgou-se, em 22 de maio de 2019, a *Senate Bill* n. 751, que criminaliza a conduta daquele que cria um vídeo *deepfake* e o distribui nos 30 dias anteriores a um pleito eleitoral com o intuito específico de prejudicar candidato ou influenciar o resultado da votação<sup>80</sup>.

Já o Estado da Virgínia foi o primeiro a abordar a problemática da *deepfake* pornográfica sob uma perspectiva criminal. Em 18 de março de 2019, aprovou-se o *Chapter 515*, para modificar a redação do crime de “Unlawful dissemination or sale of images of another”, previsto no § 18.2-386.2, do Código da Virgínia, originalmente concernente à disseminação não consensual de material íntimo para fins de coerção, intimidação ou assédio.

Pela nova redação, a outra pessoa, a que se refere o tipo, contempla igualmente alguém cuja imagem é a utilizada para criar, adaptar ou modificar vídeo ou imagem com o intento de representar uma pessoa real e reconhecível por seu rosto, aparência ou característica distinguível<sup>81</sup>. Não há previsão quanto ao mero armazenamento, tampouco quanto à produção, gerando um vácuo normativo que pode minar o efeito dissuasivo pretendido.

---

reasonably should have known the depicted individual did not consent to its creation or disclosure or (2) who intentionally discloses sexually explicit material that the person did not create if the person knows the depicted individual did not consent to its creation. The bill would specify exceptions to those provisions, including if the material is a matter of legitimate public concern or a work of political or newsworthy value. The bill would authorize a prevailing plaintiff who suffers harm to seek injunctive relief and recover reasonable attorney’s fees and costs as well as specified monetary damages, including statutory and punitive damages”.

80. Texas, Senate Bill n. 751 – An Act relating to the creation of a criminal offense for fabricating a deceptive video with intent to influence the outcome of an election.

“(d) A person commits an offense if the person, with intent to injure a candidate or influence the result of an election: (1) creates a deep fake video; and (2) causes the deep fake video to be published or distributed within 30 days of an election. (e) In this section, ‘deep fake video’ means a video, created with the intent to deceive, that appears to depict a real person performing an action that did not occur in reality”.

81. Code of Virgínia – § 18.2-386.2. Unlawful dissemination or sale of images of another; penalty.

“A. Any person who, with the intent to coerce, harass, or intimidate, maliciously disseminates or sells any videographic or still image created by any means whatsoever that depicts another person who is totally nude, or in a state of undress so as to expose the genitals, pubic area, buttocks, or female breast, where such person knows or has reason to know that he is not licensed or authorized to disseminate or sell such videographic or still image is guilty of a Class 1 misdemeanor. *For purposes of this subsection, “another person” includes a person whose image was used in creating, adapting, or modifying a videographic or still image with the intent to depict an actual person and who is recognizable as an actual person by the person’s face, likeness, or other distinguishing characteristic*”. (Grifos nossos)

#### 5.4. A necessidade de mecanismos de responsabilidade de sites hospedeiros

Controle da internet e responsabilidade de provedores por conteúdo disponibilizado por terceiros são temas dos mais espinhosos.

No caso das *deepfakes*, como já dito, a identificação do responsável pela produção ou divulgação do vídeo por vezes é dificultosa, já que a maioria dos sites hospedeiros permite postagens anônimas e os usuários costumam usar *softwares* que mascaram o *IP adress*, de modo a se tornarem indetectáveis<sup>82</sup>. Buscar auxílio diretamente com os sites hospedeiros costuma ser a melhor saída para as vítimas.

Não há mais como se lidar suficientemente com fenômenos relacionados à privacidade e imagem sexual nos meios virtuais apenas com mecanismos de responsabilidade individual e olvidando inserir os provedores na esfera de eficácia normativa<sup>83</sup>. Portais de amplo espectro e com interesses comerciais e financeiros, como *Google*, *Facebook* e *Twitter*, costumam ser mais receptivos a demandas de exclusão deste tipo de conteúdo<sup>84</sup>. O problema reside em sítios específicos de pornografia, muitas vezes hospedados em domínio estrangeiro, sem mecanismos fáceis de contato ou controle.

Em Portugal, a recente Lei 26/2023, em seu art. 3º, trouxe dispositivos criadores de obrigações de comunicação por parte dos serviços de rede e sítios de armazenamento de conteúdos, estabelecendo ainda que “havendo pedido do ofendido ou de terceiros que contribua para a indicição da conduta ilícita, devassa da intimidade sexual ou corporal ou material conexo”, possa haver o bloqueio dos sítios, naquilo que seja necessário e proporcional.

Em sentido similar, o Brasil já havia editado em 2014 a Lei 12.965, chamada de Marco Civil da Internet, cujo art. 21 se aplica a situações como a descrita nesta investigação. A referida norma exime os provedores hospedeiros de responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, como é a regra geral nas legislações reguladoras da internet pelo mundo. Apenas permite uma responsabilidade civil na hipótese de descumprimento injustificado de ordem judicial de exclusão de conteúdo<sup>85</sup>.

Nos casos de conteúdo íntimo que envolvem nudez ou atos sexuais, contudo, a legislação foi além e determinou que a exclusão se desse a pedido da própria pessoa representada,

82. DELFINO, 2019, p. 899.

83. CITRON, 2019, p. 1952. No original: “Enhanced legal liability of perpetrators is insufficient. Content platforms are essential to protecting sexual privacy in the digital age”.

84. LINS, 2017, p. 258.

85. Lei 12.965/2014 – “Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.”

independentemente de ordem judicial ou processo instaurado, sob pena de responsabilidade do provedor<sup>86</sup>.

Essa cláusula é de extrema relevância e merece ser replicada e aprimorada por aqueles que pretendam a regulamentação das condutas concernentes à pornografia virtual não consentida. Passa-se a demonstrar por quê.

O primeiro aspecto relevante é o fato de ele conferir autonomia à vítima para iniciar as tratativas relativas à exclusão do material independentemente de prévia provocação às instâncias oficiais de controle. Em muitos casos, notadamente os que envolvem pessoas do círculo de relacionamento da vítima, há uma indisposição inicial de sua parte em provocar o sistema penal, por inúmeras razões. Os processos de vitimização secundária e terciária em crimes sexuais, já fartamente estudados pela criminologia, são parte relevante desta hesitação.

Permitir que ela aja autônoma e diretamente para promover a exclusão do material junto aos provedores enquanto pondera sua conveniência de comunicar às autoridades a ocorrência do crime é mecanismo que respeita e potencializa seus direitos fundamentais.

Em outro ponto, essa cláusula confere agilidade ao processo. Na perspectiva já abordada de rapidez na transmissão das informações na internet, a eliminação de um intermediário (Poder Judiciário) é medida salutar, notadamente por não haver – em regra – razões jurídicas que justifiquem a publicização e a manutenção de conteúdo sexual não consentido na internet. Caso haja em algum caso concreto, então poderá o provedor recusar o pedido ou instar os órgãos judiciais para a litigação da matéria.

## 6. CONCLUSÃO

Historicamente o Direito Penal não é preparado para lidar com a evolução tecnológica. O processo de decisão política que resulta na criação de um tipo penal incriminador resulta da identificação de uma conduta violadora de interesses relevantes da sociedade, o amadurecimento da discussão em relação a ela e a identificação de uma reprovabilidade grave o suficiente para provocar a instância estatal mais severa. Quando se atinge o grau de maturidade suficiente, a tecnologia já avançou a passos largos no caminho de novos problemas e violações.

No caso das *deepfakes*, embora o fenômeno seja recente e todas as suas potencialidades lesivas ainda não tenham sido exploradas em massa, os riscos da existência e do

---

86. Lei 12.965/2014 – “Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.”

desenvolvimento da tecnologia são suficientemente graves para inspirar, desde já, a necessidade de regulação criminal.

Além de tudo relacionado à legitimidade do tipo na proteção da dignidade sexual das vítimas envolvidas, a opção política pela criminalização traz consigo um efeito pedagógico de direcionamento da atenção do público para o problema e o fomento de discussões em todas as esferas da sociedade civil. No caso específico, a atenção para o problema pode até servir para minar a credibilidade de eventuais *deepfakes* compartilhadas, diante da ciência da população quanto à natureza da tecnologia.

As discussões empreendidas nesta investigação, portanto, levaram à necessidade de criação de um tipo penal incriminador para aqueles que criam montagens para inserção da imagem de pessoas em vídeos pornográficos, porquanto esta conduta mine a liberdade sexual das vítimas em dispor de sua própria imagem. Percebeu-se que ao idealizar a conduta sexual da vítima, escolhendo o vídeo e o ato em que iria inseri-la, o ofensor se alvara na condição de ditador da imagem pública sexual daquela pessoa e de quais danos específicos lhe causará.

Concluiu-se, nesse sentido, que o enfrentamento penal adequado das *deepfakes* pornográficas não consensuais deve contemplar as condutas de armazenamento, produção e compartilhamento, em graus proporcionais de sanção penal, já que todas de alguma maneira viabilizam um processo cíclico de vitimização sexual de alta gravidade. Como observado na investigação, a exclusão de alguma delas do campo de eficácia normativo-penal gera um espaço de estímulo a condutas que, em si, possuem o potencial de desencadear danos irreparáveis à dignidade sexual das vítimas.

Da mesma forma, a credibilidade da montagem deve ser um elemento necessário de tipicidade, pois a legitimidade na criminalização das *deepfakes* advém principalmente de seu potencial como diluidora das percepções de realidade a induzir uma falsa representação de situações idealizadas pelo ofensor.

Ao lidar com abusos de imagens íntimas na internet, é imprescindível que a responsabilidade criminal se ache conjugada com a previsão de obrigações aos provedores de hospedagem, no sentido de criação de canais abertos para contato das vítimas e fixação de prazos para exclusão do material, tanto por pedido direto da pessoa representada nas imagens quanto por ordem judicial no curso de processo específico.

Apenas com a conjugação da responsabilidade criminal (para efeitos punitivos e dissuasivos) e o estabelecimento de um regulamento de controle de conteúdos pornográficos não consensuais na internet, por meio de obrigações e mecanismos de responsabilidade dos provedores de hospedagem, é que o fenômeno será adequadamente controlado pelo Estado.

## 7. REFERÊNCIAS

- ADJER, Henry *et al.* *The State of Deepfakes: Landscape, Threats and Impact*, 2019.  
Disponível em: [www.deeptracelabs.com].  
ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. O crime de detenção de pseudopornografia infantil – Evolução ou Involução? *Julgar*, n. 12, 2010.

- ALPTRAUM, Lux. Deepfake Porn Harms Adult Performers, Too. *Wired*, 15 jan. 2020. Disponível em: [www.wired.com/story/deepfake-porn-harms-adult-performers-too].
- AYYUB, Rana. In India, Journalists Face Slut-Shaming and Rape Threats. *The New York Times*, 22 maio 2018. Disponível em: [www.nytimes.com/2018/05/22/opinion/india-journalists-slut-shaming-rape.html].
- BBC NEWS. Mother 'used deepfake to frame cheerleading rivals', 15 mar. 2021. Disponível em: [www.bbc.com/news/technology-56404038].
- CAHLAN, Sarah. How misinformation helped spark an attempted coup in Gabon. *The Washington Post*, 13 fev. 2020. Disponível em: [www.washingtonpost.com/politics/2020/02/13/how-sick-president-suspect-video-helped-sparked-an-attempted-coup-gabon].
- CESARI, Claudia. Editoriale: L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 3, 2019.
- CITRON, Danielle Keats. Sexual Privacy. *The Yale Law Journal*, 128, 2019.
- CITY OF LONDON POLICE. City worker jailed for creating fake porn profiles of colleague who rejected him. Disponível em: [http://news.cityoflondon.police.uk/r/1028/city\_worker\_jailed\_for\_creating\_fake\_porn\_profile].
- COLDEWEY, Devin. Deepfakes Accountability Act would impose unenforceable rules – but it's a start. *Tech Crunch*, 13 jun. 2019. Disponível em: [https://techcrunch.com/2019/06/13/deepfakes-accountability-act-would-impose-unenforceable-rules-but-its-a-start].
- COLE, Samantha. People Are Using AI to Create Fake Porn of Their Friends and Classmates. *Vice*, 26 jan. 2018. Disponível em: [www.vice.com/en/article/ev5eba/ai-fake-porn-of-friends-deepfakes].
- COOK, Jesselyn. Here's What It's Like To See Yourself In A Deepfake Porn Video. *HuffPost*, 23 jun. 2019. Disponível em: [www.huffpost.com/entry/deepfake-porn-heres-what-its-like-to-see-yourself\_n\_5d0d0faee4b0a3941861fced].
- DELFINO, Rebecca A. Pornographic Deepfakes: The Case for Federal Criminalization of Revenge Porn's Next Tragic Act. *Fordham Law Review*, v. 88, 2019.
- FARIA, Fernanda Cupolillo Miana de; ARAÚJO, Júlia Silveira; JORGE, Marianna Ferreira. Caiu na rede é porn: pornografia de vingança, violência de gênero e exposição da "intimidade". *Contemporânea-Revista de Comunicação e Cultura*, v. 13, n. 3, 2015.
- FRANÇA, Leandro Ayres et al. A criminalização da *revenge porn*: análise do art. 218-C (Código Penal). *Boletim IBCCRIM*, ano 26, n. 315, 2019.
- GERSHGORN, Dave. Google gave the world powerful AI tools, and the world made porn with them. *Quartz*, 7 fev. 2018. Disponível em: [https://qz.com/1199850/google-gave-the-world-powerful-open-source-ai-tools-and-the-world-made-porn-with-them].

- GIESEKE, Anne Pechenik. "The New Weapon of Choice": Law's Current Inability to Properly Address Deepfake Pornography. *Vanderbilt Law Review*, v. 73, n. 5, 2020.
- HALL, Holly Kathleen. Deepfake Videos: When Seeing Isn't Believing. *Catholic University Journal of Law and Technology*, v. 27, n. 1, 2018.
- HARRIS, Douglas. Deepfakes: false pornography is here and the law cannot protect you. *Duke Law & Technology Review*, v. 17, n. 1, 2019.
- LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES. *Intimate Image Abuse: A Consultation Paper*. 2021. Disponível em: [www.lawcom.gov.uk/project/taking-making-and-sharing-intimate-images-without-consen].
- LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES. *Intimate Image Abuse: A Final Report*. 2022. Disponível em: [www.lawcom.gov.uk/project/taking-making-and-sharing-intimate-images-without-consent].
- LEITE, Inês Ferreira. A tutela penal da liberdade Sexual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n. 1, 2011.
- LINS, Beatriz Aciolly. "Ih, vazou!": pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre "pornografia de vingança". *Cadernos de Campo*, v. 25, 2017.
- MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MESKYS, Edvinas et al. Regulating deep fakes: legal and ethical considerations. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, v. 15, n. 1, 2020.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Repperetor, 2006.
- ÖHMAN, Carl. Introducing the pervert's dilemma: a contribution to the critique of Deepfake Pornography. *Ethics and Information Technology*, v. 22, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1007/s10676-019-09522-1].
- PALMA, Maria Fernanda. *Direito penal: conceito material de crime, princípios e fundamentos*. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas. Lisboa: AAFL, 2017.
- PALMA, Maria Fernanda. Os temas e os problemas das propostas legislativas de 2019 sobre violência doméstica e crimes sexuais – O Direito Penal da intimidade sexual e familiar. *Anatomia do Crime*, n. 9, 2019.
- PIMENTEL, Elaine. Criminologia e feminismo: um casamento necessário. *VI Congresso Português de Sociologia*. 2008. Disponível em: [www.susepe.rs.gov.br/upload/1367011744\_Criminologia%20e%20feminismo%20um%20casamento%20necess%C3%A1rio.pdf].
- POWEL, Anastacia; HENRY, Nicola. *Sexual Violence in a Digital Age*. Londres: Macmillan Publishers, 2017.
- PRADHAN, Prajakta. AI Deepfakes: The goose is cooked? *University of Illinois Law Review*, 2020. Disponível em: [www.illinoislawreview.org/blog/ai-deepfakes].
- QUINTELA, Sérgio. Perícia revela laudo sobre vídeo íntimo atribuído a João Doria. *Veja*, 24 out. 2018. Disponível em: [https://vejasp.abril.com.br/blog/poder-sp/pericia-aponta-montagem-em-video-intimo-atribuido-a-joao-doria].

- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos. la estructura de la teoria del delito*. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.
- ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posta à prova. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n. 1, 2013.
- SCHLEIFER, Theodore. Google CEO Sundar Pichai says AI is more profound than electricity and fire. *Vox*, 19 jan. 2018. Disponível em: [www.vox.com/2018/1/19/16911180/sundar-pichai-google-fire-electricity-ai].
- SCOTT, Daniella. Deepfake Porn Nearly Ruined My Life. *Elle*, 06 fev. 2020. Disponível em: [www.elle.com/uk/life-and-culture/a30748079/deepfake-porn].
- SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Exposição Pornográfica não consentida na internet: da pornografia de vingança ao lucro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- SZYMANSKI, Dawn M.; MOFFITT Toffitt, Lauren B.; Carr, Erika R. Sexual Objectification of Women: Advances to Theory and Research. *The Counseling Psychologist*, v. 39 (1), 2011.

## 8. LEGISLAÇÃO

- AUSTRÁLIA. Parliament of New South Wales. *Crimes Amendment (Intimate Images) Bill 2017*. Disponível em [https://legislation.nsw.gov.au/view/html/bill/f2a-d48a2-6a84-456c-81b9-d2a64587ad1a].
- AUSTRÁLIA. Parliament of Western Australia. *Criminal Law Amendment (Intimate Images) Act 2019*. Disponível em [www.legislation.wa.gov.au/legislation/statutes.nsf/law\_a147218.html].
- BRASIL. *Decreto-Lei 2.848/1940*. Código Penal. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm].
- BRASIL. *Lei 8.069/90*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/l8069.htm].
- BRASIL. *Lei 12.965/2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm].
- CONSELHO DA EUROPA. *Convenção sobre o Cibercrime*. Budapeste, 23 de novembro de 2001.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *H.R.3230 - Defending Each and Every Person from False Appearances by Keeping Exploitation Subject to Accountability Act of 2019*. Disponível em: [www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/3230/text].
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. California. *Assembly Bill nº 602 - Depiction of individual using digital or electronic technology: sexually explicit material: cause of action*. Disponível em: [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\_id=201920200AB602].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Texas. *Senate Bill nº 751 – An Act relating to the creation of a criminal offense for fabricating a deceptive video with intent to influence the outcome of an election*. Disponível em: [<https://capitol.texas.gov/tlodocs/86R/billtext/html/SB00751F.htm>].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Code of Virginia – § 18.2-386.2. Unlawful dissemination or sale of images of another*. Disponível em: [<https://law.lis.virginia.gov/vacode/18.2-386.2>].

PORTUGAL. *Decreto-Lei 48/95 – Código Penal*. Disponível em [[www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis)].

PORTUGAL. *Lei 26/2023. Reforça a proteção das vítimas de crimes de disseminação não consensual de conteúdos íntimos*. Disponível em: [<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/26-2023-213706993>].



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Digital

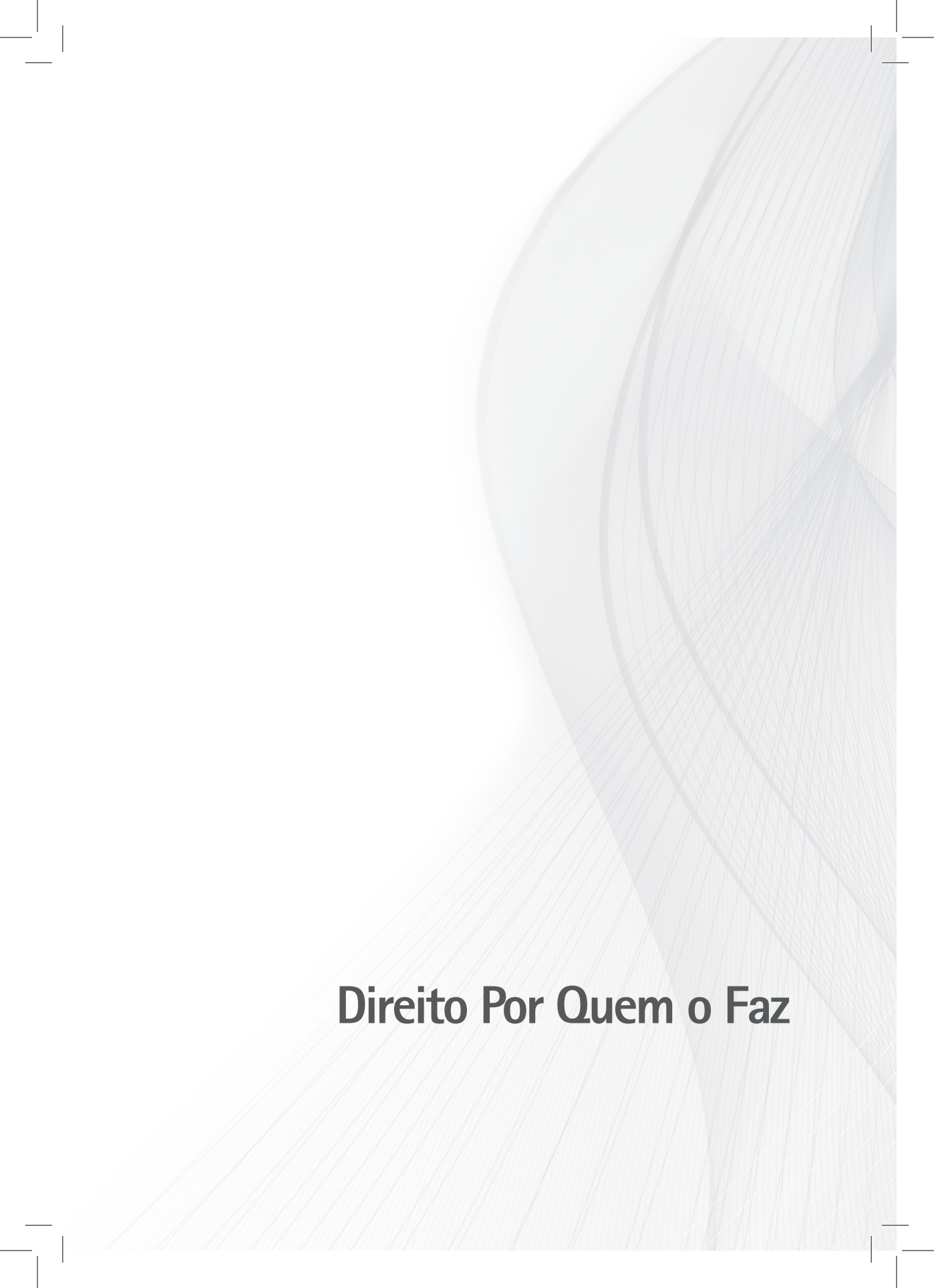
### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A importância dos metadados para a análise probatória do processo, de Fernando De Lima Luiz – *RD Tec* 18/2023;
- A violação da imagem na perspectiva do direito penal alemão, de Leonardo Estevam de Assis Zanini – *RBCCrim* 170/51-72;
- Direitos humanos das mulheres nos sistemas regionais interamericano e europeu: o caso da pornografia, de Ana Lucia Sabadell e Raísa D. Ribeiro – *RBCCrim* 179/263-308;
- Divulgação não autorizada de imagens íntimas e pornografia de vingança: reflexões na esfera social e jurídica, de Bruno Possamai Sergipe – *RD Tec* 16/2022;
- O crime de posse de pornografia infantil: considerações a partir da pornografia juvenil produzida em contexto consentido e da pedopornografia simulada, de Gabriel Brezinski Rodrigues – *RBCCrim* 197/61-95;
- O impacto das novas tecnologias no direito probatório: um olhar sobre os documentos eletrônicos digitais, de Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima e Milena Gomes Francisco Teixeira – *RePro* 339/353-380;
- Pornografia de vingança: a necessidade de criação de novos mecanismos repressivos e preventivos, de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, Jordana Sabino Mafra Ribeiro e Wagner Felipe Macedo Vilaça – *RT* 1029/103-122; e
- Projeto vazou: pesquisa sobre o vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil, de Leandro Ayres França, Jéssica Veleza Quevedo, Jean de Andrade Fontes, Anderson José da Silva Segatto, Carlos Adalberto Ferreira de Abreu, Diego da Rosa dos Santos, Luana Ramos Vieira e Gabriel José Chittó Gauer – *RBCCrim* 169/231-270.

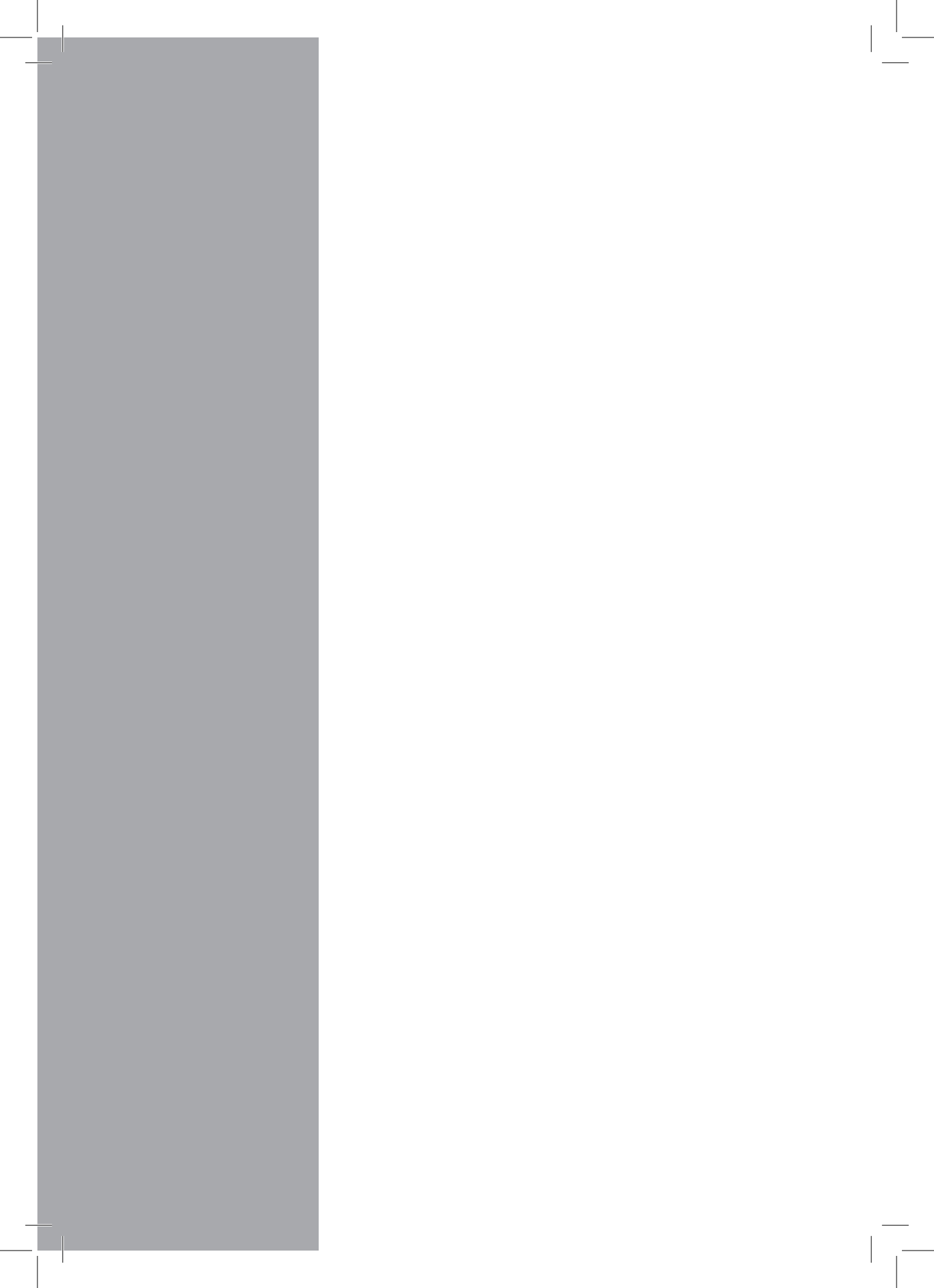
RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. *Deepfakes pornográficas não consensuais: a busca por um modelo de criminalização*.

*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199. ano 31. p. 277-311. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023. DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8380977>].



The background features a series of overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of fine, intersecting lines that create a sense of depth and movement. The colors are muted, consisting of various shades of gray and light blue.

**Direito Por Quem o Faz**



## PARECER: INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIGITAL E PROCESSO PENAL

---

### *LEGAL OPINION: DIGITAL CRIMINAL INVESTIGATION AND CRIMINAL PROCESS*

**GERALDO PRADO**

Doutor em Direito. Concluiu estudos de Pós-doutoramento em História das Ideias e Cultura Jurídicas pela Universidade de Coimbra. Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e do Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas, da Universidade Autónoma de Lisboa, e Professor visitante da Universidade Autónoma de Lisboa. Consultor Sênior Associado do JusticiaLatinoAmerica – JusLat. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0340918656718376>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-4738-780X>]. [geraldoprado@terra.com.br](mailto:geraldoprado@terra.com.br)

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8381070>].

Autor convidado

**ÁREAS DO DIREITO:** Penal; Processual; Digital

**RESUMO:** Creio que o interesse na publicação do parecer reside no fato de o estudo diferenciar as duas etapas da persecução penal sob o ângulo do processo digital: a investigação criminal digital e o processo penal digital em sentido estrito. A abordagem reforça o que se tem investigado relativamente ao tema da prova digital, no entanto deslocando a ênfase da prova digital para o procedimento em si. Uma investigação criminal digital tem nuances que a autonomizam e que exigem tratamento jurídico adequado a ela. A correta compreensão do fenômeno pode auxiliar o intérprete no que toca à definição dos efeitos jurídicos da violação das regras do devido processo legal digital, examinando hipótese de contaminação dos atos do processo pelos da investigação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Investigação criminal digital – Prova digital – Cadeia de custódia das provas digitais.

**ABSTRACT:** I believe that the interest in publishing this legal opinion lies in the fact that the study differentiates the two stages of criminal prosecution from the angle of the digital process: the digital criminal investigation and the digital criminal process in the strict sense. The approach reinforces what has been investigated regarding the issue of digital evidence, however shifting the emphasis from digital evidence to the process itself. A digital criminal investigation has nuances that make it autonomous and that require adequate legal treatment. The correct understanding of the phenomenon can help the interpreter in terms of defining the legal effects of violating the rules of digital due process, examining the hypothesis of contamination of the acts of the process by those of the investigation.

**KEYWORDS:** Digital criminal investigation – Digital evidence – Chain of custody of digital evidence.

SUMÁRIO: 1. Consulta. 2. Breve descrição dos fatos pertinentes ao parecer. 3. A prova digital: segurança e autenticidade. A tutela constitucional da privacidade e a proteção de dados. Considerações iniciais. 3.1. Introdução. 3.2. A investigação digital e a prova digital: segurança e autenticidade sob controle na primeira etapa da persecução penal. 4. Quesitos.

*"Na prática do juízo processual, a estrutura peculiar do dado digital engendra a ilusão de que o que é digitalmente representado é indiscutível, assim como o sentido atribuível a tal representação. Isso nos conduz a acreditar de maneira acrítica que uma exibição digital é adequada para apoiar o raciocínio lógico-probatório do juiz"*

(Raffaella Brighi e Michele Ferrazzano).<sup>1</sup>

## 1. CONSULTA

Os cultos advogados F. E. N. C. e R. M apresentam consulta sobre questões atinentes ao regime jurídico-constitucional brasileiro da admissibilidade da prova, com especial ênfase à problemática da prova digital concernente à instauração e preservação da cadeia de custódia de material que, de acordo com o que alegam, ingressou indevidamente em processo, em trâmite na 1ª Vara Federal Cível e Criminal da Subseção Judiciária da Comarca de "X".

Assim é que o estudo solicitado pelos Consulentes é pertinente à instauração e preservação ou não da cadeia de custódia de conteúdo consistente em dispositivos e arquivos digitais relativos à apreensão ordenada em 30 de abril de 2018 no âmbito da Vara Especializada em Crimes contra a Criança e o Adolescente da Comarca de "Y" (Justiça Estadual).

O processo criminal corre hoje perante a 1ª Vara Federal Cível e Criminal da Subseção Judiciária da Comarca de "X", imputando-se ao interessado N. C., denunciado em 03 de novembro de 2020, a prática dos crimes previstos nos arts. 241-A<sup>2</sup> e 241-B da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), c/c art. 71 do CP.

A indagação dos Consulentes centra-se nas consequências jurídicas da violação dos cuidados próprios à espécie de diligência técnica.

O tema, pois, está circunscrito à "integridade", "autenticidade" e "auditabilidade" de provas digitais em um determinado contexto de apreensão, preservação, exame e

1. Tradução livre. BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: Cedam, 2021. p. 14. Raffaella Brighi é Professora associada de *Informatica giuridica* e *Informatica forense* na *Università di Bologna*. Michele Ferrazzano é Professor de *Informatica* na *Università di Modena e Reggio Emilia*.

2. Art. 241-A, Lei 8.069/1990. "Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei 11.829, de 2008)."

emprego probatório desses elementos, não cabendo juízo de valor sobre quaisquer outros aspectos do caso.

## 2. BREVE DESCRIÇÃO DOS FATOS PERTINENTES AO PARECER

Ao que interessa penso que a questão controvertida, submetida a análise, está definida no acórdão emitido no processo de *habeas corpus* e nos laudos periciais elaborados pelo assistente técnico P. P. em 22 de março de 2022 e 25 de novembro de 2021.

Com efeito, é incontroverso que os laudos periciais oficiais, confeccionados quer na esfera estadual, quer na federal, incluem informações hipoteticamente armazenadas em dispositivos digitais não apreendidos na execução da medida cautelar (um *notebook* Dell e um HD Samsung).

Saliente-se que os citados laudos oficiais apoiam a denúncia no que diz respeito a N. C.

O conteúdo digital desses equipamentos foi considerado prova obtida por meios ilícitos no julgamento do *habeas corpus*, em 06 de junho de 2022.

O tribunal federal, no entanto, não determinou a exclusão dos demais elementos digitais atribuídos na acusação a N. C., enquanto os laudos de autoria do assistente técnico sublinham “violação da cadeia de custódia” também em relação a esses elementos.

Assim, além da prova já considerada obtida de forma ilícita pelo tribunal, questiona-se a remanescente, e a impugnação dos Consulentes centra-se em problemas referidos à cadeia de custódia dessas provas.

As indagações dos Consulentes são:

1) Conforme a documentação do processo apresentada e os laudos emitidos, é possível afirmar que no tocante à internação processual, por ordem judicial, das informações digitais adquiridas, o procedimento de instauração e preservação de sua cadeia de custódia foi observado?

2) Na hipótese de constatação da quebra da cadeia de custódia das provas, que consequências jurídicas advêm disso?

O tema não é inédito, mas apenas nos últimos nove anos a doutrina nacional passou a lhe dedicar mais significativa atenção apesar de sua inegável filiação ao processo penal constitucional.

Merece, pois, o enfrentamento teórico destacado que terá lugar em seguida, em perspectiva analítica.

Desde logo, no entanto, um resumo fiel do tema central do estudo jurídico pode ser este: o crescente papel que os elementos probatórios digitais exercem nos processos criminais implica compreender que investigação digital e processo penal digital configuram duas fases da persecução penal, ambas com imensa relevância epistêmica e jurídica, mas com funções próprias.

O sucesso do processo penal digital, no sentido de adjudicar a melhor solução jurídica à causa penal, depende de garantias de integridade e autenticidade dos elementos informativos digitais em geral obtidos durante a investigação criminal.

No processo penal digital o “contraditório digital” é constituído pela possibilidade concreta de que os elementos probatórios digitais sejam “auditáveis”. Essa “auditabilidade”, que marca o contraditório processual digital, é dependente da integridade e autenticidade dos elementos probatórios que são adquiridos na fase de investigação. Se não é possível assegurar que esses elementos são íntegros e autênticos, a parte contrária àquela que os produziu na etapa da investigação não estará em condições de, no curso do processo criminal, percorrer retrospectivamente a trilha probatória, pois essa não mais existe.

Por isso, os mecanismos de controle da integridade e autenticidade desses elementos probatórios digitais formam parte dos dispositivos jurídico-epistêmicos que definem *se e quando* há justa causa para a ação penal baseada em meios probatórios digitais.

A natureza *manipulável e volátil* do elemento digital – da sequência de *bits*, como acen-tuam Raffaella Brighi e Michele Ferrazzano – requisita sejam incorporadas práticas técnico-científicas de investigação criminal digital que de modo algum podem ser escanteadas.

As “boas práticas” de aquisição da prova digital são inerentes à própria prova. Será vis-to que o “corpo de delito informático” é complexo porque dependente do próprio método de sua verificação.

Quando surgem indícios de manipulação de dados contidos em arquivos digitais, ma-nipulação acidental ou intencional, todo o esquema jurídico-epistemológico sobre o qual se funda a prova digital é abalado.

Uma diferença de *milhares* de arquivos de imagem entre uma perícia oficial e outra ou a *comprovação* de que o dispositivo digital apreendido por ordem judicial posteriormente foi alvo de uma manipulação que alterou seu conteúdo digital são informações relevantes no processo penal digital para excluir do seu âmbito a prova impugnada.

E se a constatação da manipulação vem acrescida da notícia de que dispositivos digitais *não apreendidos* foram empregados processualmente, o que se tem é um caso paradigmáti-co de violação do devido processo legal digital.

O objetivo de busca da verdade no processo penal digital está condicionado pelo respei-to escrupuloso às chamadas “boas práticas técnico-científicas”.

Isso não é novidade no direito brasileiro, tampouco remonta à reforma processual pe-nal de 2019.

Em tema de investigação de crimes relacionados à pornografia infantil pela Internet, a *indispensabilidade* da instauração da cadeia de custódia das provas digitais é muito bem tra-tada pela tese portuguesa de mestrado de 2015, do Delegado de Polícia Federal Stenio Sousa Santos (Universidade Autónoma de Lisboa).<sup>3</sup>

No caso concreto, antes mesmo de se falar em “violação da cadeia de custódia” é inevitá-vel reconhecer que a cadeia de custódia das provas digitais sequer foi instaurada quando era devido e pertinente, no momento da apreensão dos dispositivos digitais.

Isso já diz tudo.

Bem... vamos à teoria e sua aplicação ao caso examinado.

3. SOUSA, Stenio Santos. *Investigação criminal cibernética: por uma política criminal de proteção à criança e ao adolescente na Internet*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

### 3. A PROVA DIGITAL: SEGURANÇA E AUTENTICIDADE. A TUTELA CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

#### 3.1. Introdução

Em obra de referência sobre o tema Jonathan A. Polansky, professor da Universidade de Buenos Aires, indaga: “Como em um mundo virtual é possível assegurar que os agentes estatais não introduzam informação em um disco rígido apreendido?”<sup>4</sup>

É possível parafrasear Polansky e indagar: como em um mundo virtual é possível assegurar que os agentes estatais não introduzam ou suprimam informação em um contexto de apreensão de dados digitais provenientes de qualquer fonte?

O objetivo deste estudo consiste em responder a essa indagação, que hoje é comum aos vários ordenamentos jurídicos.

O caso submetido à análise é paradigmático sob vários ângulos.

Com efeito, transversalmente à questão da preservação de elementos probatórios obtidos em sequência de investigações tendo como alvo várias pessoas, com a apreensão de dispositivos digitais, suscitam-se também problemas relacionados a tutelas constitucionais clássicas – privacidade, proteção das comunicações, devido processo legal – e a outras que configuram direitos fundamentais da nova era biodigital, como é o caso da proteção constitucional especial dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação.<sup>5</sup>

Antecipam-se aqui, como chave de leitura, alguns dos argumentos que serão desenvolvidos ao longo do estudo e que justificam que a aplicação das regras ao caso concreto esteja pavimentada pelo domínio de conceitos de base que, dada a expansão da prova digital, praticamente convertem o direito probatório em direito probatório digital.

A inevitabilidade dessa transformação decorre do fenômeno incontestado da convergência de tecnologias de informação e comunicação que toma corpo em dispositivos informáticos cuja função não é mais redutível à de mero instrumento de comunicação entre duas ou mais pessoas. Além dos telefones móveis, é incontroverso que os computadores pessoais há muito transcenderam a função de dispositivos de comunicação.

Em realidade, o conjunto dos dispositivos digitais modernos – incluindo, naturalmente, aqueles que operacionalizam a chamada “Internet das Coisas” – armazena informações pessoais que em grande medida são informações situadas no campo juridicamente protegido da privacidade e da intimidade e são também informações suscetíveis de serem alteradas à revelia do titular do “banco de dados digital”, haja vista sua característica de volatilidade.

O acelerado desenvolvimento das tecnologias de comunicação e informação a partir da expansão do conhecimento no campo da inteligência artificial e da descoberta e emprego de materiais que transformaram os dispositivos digitais, com as sucessivas revoluções

4. POLANSKY, Jonathan A. *Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital*. Buenos Aires, Hammurabi, 2020. p. 170.

5. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital*. Transformação digital. Desafios para o direito. Trad. de Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 49.

tecnológicas 2.0, 3.0, 4.0, chegando nos dias em que essas linhas são escritas à concretização da 6.0 (o 5G já é uma realidade *ultrapassável*), *apostentaram* a antiga fórmula da intromissão nas comunicações alheias e a substituíram por um conjunto integrado “humano-máquina”, altamente complexo e perigosamente manipulável.

Nos últimos 15 anos há pouca diferença – irrelevante mesmo para os fins da análise – entre a interceptação de conversas telefônicas ou de dados, pois que os sistemas digitais de comunicação telefônica substituíram os analógicos e a “aquisição e preservação” de conversas telefônicas interceptadas corresponde tecnicamente à interceptação de dados, esfumando a distinção constitucional estabelecida pelo inciso XII do art. 5º da CRFB.<sup>6</sup>

Mais até, é necessário que se diga, essa convergência tecnológica produziu um fenômeno com o qual certamente sonharam os governantes autocráticos europeus dos tempos posteriores à Paz de Vestfália (1648), com a *nova diplomacia* associada à espionagem de inimigos *internos* e *externos*: a capacidade de intromissão e controle massivo das populações por meio do domínio das informações.

O mundo descrito pelo escritor russo Ievguêni Ivánovitch Zamiátin em seu romance de 1924, intitulado “Nós”,<sup>7</sup> que, segundo George Orwell, o inspirou em “1984” e a Aldous Huxley, em “Admirável Mundo Novo”,<sup>8</sup> profecia a vida devassada, de janelas físicas e mentais eternamente abertas e acessíveis aos governantes.

A intromissão nas comunicações hoje é conceitualmente uma interceptação de dados que são convertidos em formato de áudio e que funciona à semelhança das ficcionais janelas físicas e mentais permanentemente abertas.

O exemplo das comunicações telefônicas digitais é muito importante mesmo no contexto da aquisição de arquivos de imagens, que é do que trata o caso examinado, porque sons, imagens, palavras no universal digital não são outra coisa senão dados.

O poder imagético que impregna o arquivo digital é exercido visual ou sonoramente sem que o público-alvo – juiz, partes, autoridade policial e as pessoas em geral – se dê conta de que está diante de *bits* organizados de uma determinada maneira a formar aquilo que *aparece* e que, em verdade, é o resultado algorítmico de um determinado arranjo desses *bits*.

Por esse ângulo releva considerar o conceito de “dado”, que é o ponto de partida de tudo mais que está envolvido no universo digital. De acordo com Brighi e Ferrazzano:

---

6. Art. 5º, CRFB. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

7. ZAMIÁTIN, Ievguêni Ivánovitch. *Nós*. Trad. de Gabriela Soares e Ana Resende. São Paulo: Editora Aleph, 2017 (publicado originalmente em 1924 com o título em russo “Mbl”). p. 20-314.

8. ORWELL, George. Resenha de *Nós*, de Ievguêni Ivánovitch Zamiátin (publicada originalmente em 04 de janeiro de 1946 na Revista Tribune, Londres). In: ZAMIÁTIN, Ievguêni Ivánovitch. *Nós*. Trad. de Gabriela Soares e Ana Resende. São Paulo: Editora Aleph, 2017. p. 317-323.

“*Dado digital* é uma representação que usa uma sequência binária de bits que não são compreensíveis por humanos. Portanto, requer uma série de operações pelas quais se realiza uma transformação que pode levar a diferentes resultados (exibidos como texto na tela ou como vídeo, ou ainda como imagem impressa no papel). Sem interpretação, os dados não podem ter nenhum significado.”<sup>9</sup>

Acentuam esses autores que o “dado digital” consiste em representação de sequências binárias de *bits* incompreensíveis para os humanos, a demandar uma série de operações técnicas carregadas de variáveis que os transformam em diferentes resultados possíveis, de voz, imagem, texto etc., conforme sejam processadas essas sequências de *bits*.<sup>10</sup>

“Sem interpretação, dados não podem ter nenhum significado”, lecionam corretamente Brighi e Ferrazzano.<sup>11</sup>

É nesse sentido que se afirma que o “corpo de delito informático” é complexo porque dependente do próprio método de sua verificação, em uma espécie de movimento circular que caracteriza a chamada “prova digital”.

A operação técnica e a interpretação humana são vetores essenciais no processo hoje rotineiro de digitalização da vida.

E o binômio “humano-máquina” é inevitável, mesmo em ambientes dominados por intensa aplicação prática de recursos de inteligência artificial (p. e., com a *programação* de seleção de trechos captados correspondentes a “palavras-chave” para pesquisas), porque diferentemente do que fazem as chamadas *Big Techs*, com seu *arrastão tecnológico de informações pessoais via Inteligência Artificial (IA)*, o uso que os agentes estatais pretendem dar às informações colhidas esbarra em uma série de garantias constitucionais tradicionais e novas que interditam as devassas.

O “controle informacional” da vida das pessoas, para fins de investigação e processo criminal, é, por razões óbvias, escrupulosamente regulado em lei. Seus aspectos objetivo (método, técnica, *alvo* etc.) e subjetivo (as comunicações a que excepcionalmente o acesso de terceiros está autorizado) são incompatíveis com uma espécie de “delegação automática às máquinas”, requisitando permanente intervenção e supervisão do elemento «humano».

A garantia constitucional do contraditório é a *essência* do devido processo legal. No mundo híbrido digital-analógico essa garantia toma forma complexa de: i) possibilidade

9. Tradução livre. BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: Cedam, 2021. p. 14.

10. BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: Cedam, 2021. p. 14.

11. Tradução livre. BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: Cedam, 2021. p. 14.

concreta de identificação, verificação e conferência das técnicas empregadas para adquirir e preservar as informações, com suas nuances de conversibilidade tanto de suportes como de programas (criptografia, decodificação, conversão áudio-imagem e imagem-áudio etc.); ii) rastreabilidade concreta de todos os procedimentos técnicos empregados, com a identificação das pessoas envolvidas em cada etapa, seu nível de autorização para intervenção e descrição das atividades praticadas por cada uma delas; iii) e a “repetibilidade” da diligência, que deve ser compreendida em conformidade com cada *espécie de aplicação tecnológica*, mas que deve assegurar às partes e ao juiz ou juíza que a informação originalmente obtida é aquela examinada por todos os envolvidos durante a persecução penal.

Como sublinhado no preâmbulo deste estudo, autenticidade e integridade da prova garantidas por sua auditabilidade.

A *fé* na palavra do investigador que ouvia as conversas no alto do poste da companhia telefônica não pode ser substituída pela *fé ilusória da irrefutabilidade do resultado da diligência tecnológica*, como adverte Marcello Daniele.<sup>12</sup>

O conhecimento dos métodos de aquisição de elementos probatórios digitais e a rastreabilidade da aplicação das técnicas são imperativos da eleição da ingerência em dispositivos informáticos que não apenas na chamada *Cloud Forensic*, mas em todas as formas de perícia digital (*Digital Forensic*) para fins processuais, conduzem à consideração da tripla dimensão referida em 2013 por Keyun Ruan, Joe Carthy, Tahar Kechadi e Ibrahim Baggili: a) dimensão técnica; b) dimensão organizacional; c) e dimensão jurídica.<sup>13</sup>

Para fins de processo penal, no âmbito da validade jurídica dos atos probatórios, as três dimensões são indissociáveis, pois, salientam Brighi e Ferrazzano, todo dado digital é útil para apoiar ou rejeitar teses acerca do cometimento do crime ou da existência de um *álibi*.<sup>14</sup>

Nesse contexto é possível destacar o *primeiro aspecto* a ser enfrentado na prática, nas hipóteses em que, ainda que demandando a investigação criminal informações contidas *nos* ou obtidas a partir *de* dispositivos digitais, o acesso às referidas informações pela Polícia não haja sido realizado adequadamente.

Será visto que esse primeiro aspecto, relacionado à forma de acesso às plataformas de processamento das informações cobra a escrupulosa observância de certos protocolos técnicos porque, como salientaram no caso concreto tanto o perito T. S., da Unidade Técnico-Científica da Delegacia de Polícia Federal de Uberlândia, em 02 de abril de 2020, quanto o

12. DANIELE, Marcello. Prova científica e regole di esclusione. In: CANZIO, Giovanni; DONATI, Luca Lupária (Ed.). *Prova scientifica e processo penale*. 2. ed. Milão: Wolters Kluwer, 2022. p. 447.

13. RUAN, Keyun; CARTHY, Joe; KECHADI, Tahar; BAGGILI, Ibrahim. Cloud forensics definitions and critical criteria for cloud forensic capability: an overview of survey results. *Digital investigation*, v. 10, 2013. p. 37. Os três primeiros membros do *Center for Cyber Security and Cyber Crime Investigation*, *University College Dublin*, e Baggili membro do *Tagliatela College of Engineering*, *Department of Computer Science*, *University of New Haven*.

14. BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (Ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: Cedam, 2021. p. 14-15.

assistente técnico, nos dois laudos já referidos, a pluralidade de operações técnicas envolvidas em cada etapa, do *input* ao *output*, estabelece um “processo de apreensão do dado digital” irredutível a um só *ato*.

Vale observar o cuidado adotado pelo perito federal, em abril de 2020, orientado a “possibilitar a posterior verificação da integridade do material examinado”. Com o propósito de viabilizar a rastreabilidade e auditabilidade do próprio trabalho pericial, T. S. gerou o arquivo *hash* relativamente a todos os arquivos que examinou.

Em palavras mais simples, o perito federal “lacrou” o material digital que examinou, atento às características próprias às perícias digitais.

E que características são essas? Brighi e Ferrazzano respondem que a perícia digital deve seguir o caminho: *a)* de preservação da integridade do dado digital; *b)* de verificação de sua autenticidade quanto à originalidade e aquisição; *c)* completude do material digital examinado, de sorte a permitir que as partes tenham acesso ao *contexto* em que os dados digitais estão inseridos; *d)* a confiabilidade quanto a não terem sido esses dados alterados, modificados, suprimidos ou aditados; *e)* pertinência probatória para o caso; *f)* adequação em termos de contribuição informacional; e, finalmente, *g)* a documentação de todo o processo acima referido, que se faz por meio da instauração e preservação da cadeia de custódia.<sup>15</sup>

Quando percebido o processo como um todo, sem a ilusão de que se trata de uma intervenção direta, imediata e instantânea, sem quaisquer desdobramentos, compreende-se o imenso cuidado que há pelo menos duas décadas origina protocolos técnicos nacionais e internacionais que, à semelhança da Norma ABNT ISO/IEC 27037:2013 (NRP ISSO/IEC 27037), espelha metodologias internacionalmente consagradas dirigidas à preservação da prova eletrônica.<sup>16</sup>

O órgão antifraude da União Europeia justamente adota esses cuidados quando cuida da investigação digital de graves crimes econômico-financeiros, conforme proposta de seu manual de boas práticas (*Guidelines on Investigation Procedures for OLAF Staff*).<sup>17</sup>

15. BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (Ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: Cedam, 2021. p. 17-18.

16. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ISO/IEC 27037. Tecnologia da informação – Técnicas de segurança – Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. Primeira edição: 09 dez. 2013. Válida a partir de 09 jan. 2014. Disponível para aquisição em: [www.normas.com.br/visualizar/abnt-nbr-nm/33821/nbriso-iec27037-tecnologia-da-informacao-tecnicas-de-seguranca-diretrizes-para-identificacao-coleta-aquisicao-e-preservacao-de-evidencia-digital]. Acesso em: 15.06.2023. A norma ISO/IEC 27037 é mencionada por Brighi e Ferrazzano: BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (Ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: Cedam, 2021. p. 20, 28 e 37).

17. EUROPEAN ANTI-FRAUD OFFICE. *Guidelines on investigations for OLAF staff*. Data: 11 out. 2021. Disponível em: [https://anti-fraud.ec.europa.eu/guidelines-investigations-olaf-staff\_en]. Consultado em 10 de junho de 2023.

O *segundo aspecto* é instrumental ao primeiro, como em abril de 2016 o Tribunal Federal Constitucional alemão reconheceu, ao tratar do direito fundamental especial à integridade dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação.<sup>18</sup>

Como mencionado, a volatilidade e a característica manipulabilidade dos dados digitais, capazes de serem alterados sem deixar rastros,<sup>19</sup> fomentam rigorosos protocolos internacionais de tratamento de fontes de prova digital.<sup>20</sup>

Polansky, após apresentar extenso rol de normativas para o resguardo da prova em dispositivos de armazenamento digital, alerta para a orientação predominante acerca da intervenção *ex ante*, visando à adoção de protocolos e critérios que sejam aptos a validar a prova digital no momento de sua *obtenção*, cercada de cuidados para que a informação que as caracteriza não seja colocada em dúvida.<sup>21</sup>

As provas digitais, realçam Brighi e Ferrazzano, são intangíveis, alteráveis anonimamente porque compostas de sequências binárias, modificáveis pelo seu *manuseio* incorreto, voláteis e com potencial ilimitado de reprodutibilidade.<sup>22</sup>

É certo que ao condicionar a validade jurídica dos elementos probatórios à constatação de que as melhores práticas foram adotadas, o modelo da “prova digital” articula as três dimensões referidas por Ruan, Carthy, Kechadi e Baggili: a dimensão técnica, a organizacional e a dimensão jurídica, conferindo à perícia forense papel primordial na determinação da admissibilidade da prova.

Diane Barret, professora da Bloomsburg University of Pennsylvania, adverte, a respeito da perícia forense digital, que sua definição existe há muitos anos. Assevera Barrett:

18. ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha). BVerfGE 141, 220. 1 BvR 966/09; 1 BvR 1140/09. Decisão. Data: 20 abr. 2016. Versão em inglês disponível em: [www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160420\_1bvr096609en.html]. Acesso em: 19.01.2021.
19. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Carlos. Especialidades de la prueba cuando, esta, es tecnológica. In: ORTEGA BURGOS, Enrique (Ed.). *Actualidad: Nuevas Tecnologías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 333.
20. International Organization for Standardization. ISO/IEC 27037:2012. Information technology – Security techniques – Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence. Norma técnica. Publicada em outubro de 2012. Revisada e confirmada em 2018. Versão vigente. Disponível para aquisição em: [www.iso.org/standard/44381.html]. Acesso em: 20.01.2021; Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013. Tecnologia da informação – Técnicas de segurança – Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. Identifica a: ISO/IEC 27037:2012. Norma técnica. Publicada em 09 dez. 2013. Confirmada em 26 nov. 2018. Versão vigente. Disponível para aquisição em: [www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=307273]. Consultado em: 20.01.2021.
21. POLANSKY, Jonathan A. *Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital*. Buenos Aires: Hammurabi, 2020. p. 173-174.
22. BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (Ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: Cedam, 2021. p. 16.

“O processo de perícia digital consiste na coleta, preservação, análise e apresentação de resultados dos elementos probatórios colhidos na cena do crime”<sup>23</sup>

Importante ressaltar o que salienta, em seguida, a professora da Universidade da Pensilvânia: “O processo tradicional de aquisição da prova digital inclui a manutenção do controle da cadeia de custódia dos dados probatórios forenses”.<sup>24</sup> E acrescenta a mesma autora, em ponto crucial para a conclusão acerca do caso examinado no presente estudo: “A ciência por detrás da perícia digital requer processos repetíveis produzindo resultados consistentes.”<sup>25</sup>

Essa é conclusão unânime na doutrina, que domina o cenário da prova digital em todo o mundo, cabendo acrescentar, com Brighi e Ferrazzano, que o paradigma da cadeia de custódia segue *todo o ciclo vital* da prova digital, com o registro de cada etapa do manuseio da prova, da aquisição formal à verificação final, de sorte a tornar apta a repetibilidade da trilha processual da prova.<sup>26</sup>

Não existe uma cadeia de custódia da prova digital pela metade.

A auditabilidade da prova digital que viabilize a sua rastreabilidade, reconstituindo-se as etapas com a confirmação da integridade e autenticidade da informação colhida, revela-se condição *sine qua non* de validade jurídica do ato probatório.

A dimensão técnica e a dimensão jurídica da prática probatória digital encontram-se nessa *esquina* da validade jurídica e, em atividades complexas, como sucede ser a da aquisição e preservação dos arquivos de imagens, a dimensão organizacional deverá oferecer “respostas consistentes”, perdoadas a redundância, às eventuais *inconsistências* verificadas.

Hoje a literatura a respeito da garantia da integridade e autenticidade da prova digital é rica, em especial no direito norte-americano, mas também no Brasil, conforme será visto. Este é o *terceiro aspecto* a ser considerado no caso concreto. A Polícia adotou os protocolos vigentes de garantia da integridade, autenticidade e auditabilidade da prova consistente na aquisição dos dispositivos informáticos e arquivos digitais?

Vimos que a Norma ABNT ISO/IEC 27037:2013 é de 2013.

Como é irresponsável no laudo derradeiro do assistente técnico, da apreensão de dispositivos eletrônicos, em 17 de maio de 2018, com realização de perícia na mesma data, passando pelas perícias de junho de 2018, no Instituto de Criminalística de Belo Horizonte, pelas de julho daquele ano, no mesmo Instituto, até chegar à perícia na esfera federal, em abril de 2020, algo de fato ocorreu e é impossível determinar o que tenha sido, porque a cadeia de custódia dos dispositivos eletrônicos (supostamente 9) e a dos arquivos digitais (a critério do perito variando de 41.650 a 2.000 arquivos de imagem) *não foi instaurada*.

23. BARRETT, Diane. Cloud Based Evidence Acquisitions in Digital Forensic Education. *Information Systems Education Journal*, v. 18, n. 6, p. 46-56, 2020. p. 46.

24. BARRETT, Diane. Cloud Based Evidence Acquisitions in Digital Forensic Education. *Information Systems Education Journal*, v. 18, n. 6, p. 46-56, 2020. p. 46.

25. BARRETT, Diane. Cloud Based Evidence Acquisitions in Digital Forensic Education. *Information Systems Education Journal*, v. 18, n. 6, p. 46-56, 2020. p. 46.

26. BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (Ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: Cedam, 2021. p. 18.

A cadeia de custódia das provas digitais deve seguir *todo o ciclo vital da prova digital*. Isso é consensual até porque é intuitivo à luz das características já referidas dos elementos digitais e o seu processo técnico de conversão em *prova digital*.

O que o perito federal T. S. examinou foi o que entregaram em 02 de abril de 2020. Ninguém pode afirmar que o que T. S. periciou corresponda ao que foi apreendido na residência de N. C.

Ao revés, é possível afirmar categoricamente o contrário.

Como destacou o eminente Desembargador relator do *habeas corpus*, ao determinar a exclusão de parte da prova digital, “restou incontroverso nos autos que, dentre os materiais encaminhados pela PCMG para elaboração da perícia pela Polícia Federal, foram incluídos itens não apreendidos com o paciente [N. C]”.

Além disso também é possível fazer duas afirmações factualmente incontestáveis: não há documentação que registre, esclareça ou historie a instauração da cadeia de custódia dos dispositivos eletrônicos apreendidos em tese com N. C.; e a brutal diferença da quantidade de arquivos de imagens, cuja origem, autenticidade e integridade não são demonstráveis, reforça a conclusão pericial do assistente técnico de que um computador “foi utilizado e modificado após a sua apreensão no dia 17/05/2018”.

Difícilmente no direito brasileiro, na investigação de crimes do gênero, se encontrará um caso parecido de não instauração de cadeia de custódia de prova digital.

Releva notar que em relação às *tradicionais* provas digitais, Polansky alerta para o fato de que a apreensão deste tipo de elemento probatório – a execução da medida, propriamente dita – envolve duas etapas: a primeira, de apreensão do dispositivo eletrônico físico; a segunda etapa consiste na extração e análise da informação digital contida no dispositivo.<sup>27</sup>

Como tive a ocasião de mencionar,<sup>28</sup> o rápido desenvolvimento tecnológico impacta o mundo da vida e o transforma, pois que a cada dia nos deparamos com novos dispositivos materiais e digitais que acumulam e processam milhares de informações pessoais de cada um de nós.

Seria frustrante buscar definir uma taxinomia desses dispositivos quando se sabe que mesmo o e-mail hoje é considerado um “quase dinossauro”, em termos de comunicação, após ter condenado as antigas cartas de papel ao sótão de nossas mais românticas memórias...

Visto por aí, em termos de obsolescência o *e-mail* se assemelha ao “investigador dependurado no poste ouvindo conversas telefônicas”...

Ainda assim, convém levar em conta a advertência de Fernández Martínez: de que o primeiro passo para que se possa dispor processualmente de uma prova digital é assegurar que não se questione sua integridade e autenticidade, “ya que todos sabemos de la facilidad de su manipulación, así como de su volatilidad”.<sup>29</sup>

27. POLANSKY, Jonathan A. *Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital*. Buenos Aires: Hammurabi, 2020. p. 168.

28. PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021. p. 194 e ss.

29. FÉRNANDEZ MARTÍNEZ, Juan Carlos. Especialidades de la prueba cuando, esta, es tecnológica. In: ORTEGA BURGOS, Enrique (Dir.). *Actualidad: nuevas tecnologías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 333.

Afirmar no livro sobre a cadeia de custódia das provas que as fontes da prova digital denotam, pela própria estrutura, o grau de dificuldade da tarefa de preservar a integridade do elemento probatório digital e de verificar sua autenticidade, além de determinar o cuidado extremo que se deve ter, haja vista os riscos concretos de manipulação e alteração dos dados.<sup>30</sup>

Na oportunidade lembrei a lição de Joaquín Delgado Martín, de que a informação digital está disponível: a) nas redes sociais e páginas da Web; b) em dispositivos eletrônicos; c) armazenados em provedores de serviços.<sup>31</sup>

Os dados podem ainda estar *nas nuvens* (*in the cloud*) em sistemas privados, públicos, híbridos, móveis e comunitários,<sup>32</sup> alimentados em redes abertas ou fechadas que cada dia com maior frequência se caracterizam pela ubiquidade.

As “nuvens digitais” não são *nuvens* em sentido literal, mas, como referido, espaços de armazenamento de dados digitais cujo acesso é ou deve ser controlado em primeiro lugar pelo titular dos dados.

O acesso do próprio titular ou de terceiros aos dados digitais é, pois, um processo técnico que *sempre* lida com as delicadas características de volatilidade e possibilidade de manipulação. Isso demanda do processo técnico que seja realizado cercado de cuidados.

Que os cuidados necessários tenham sido adotados pelo responsável pela manutenção dos sistemas privados, públicos, híbridos, móveis e comunitários, não é algo dado. Ao revés, deve ser demonstrado e isso é especialmente mais necessário quando se trata de dados criptografados que deverão servir de prova em processos judiciais e que, para tanto, ao final, deverão estar reconvertidos em condições de serem objeto de interpretação.

Desnecessário frisar que o ônus de realizar corretamente a diligência probatória digital é da Polícia ou de quem executa a ordem judicial de apreensão dos dispositivos eletrônicos ou das informações digitais.

É assim em sistema processual penal acusatório regido pela presunção de inocência, mas o fato é que na prática também é intuitivo que seja dessa forma porque somente quem

30. Para ilustrar, mais uma vez, Ahmed e Roussev destacam as dificuldades inerentes à perícia em face de novas tecnologias: “A perícia forense digital é fundamentalmente reativa por natureza – não podemos investigar sistemas e artefatos que não existem; não podemos ter *melhores práticas* antes de um período experimental durante o qual diferentes abordagens técnicas são experimentadas, testadas (perante os tribunais) e validadas. Isso significa que sempre há um atraso entre a introdução de um objeto de tecnologia da informação e o tempo em que uma capacidade forense correspondente adequada é implementada. A evolução da infraestrutura das tecnologias da informação é impulsionada pela economia e pela tecnologia; a perícia forense apenas identifica e segue as migalhas digitais deixadas para trás.” Tradução livre. AHMED, Irfan; ROUSSEV, Vassil. *Analysis of Cloud Digital Evidence*. In: CHEN, Lei; TAKABI, Hassan; LE-KHAC, Nhien-An (Ed.). *Security, Privacy, and Digital Forensics in the Cloud*. Hoboken, Singapura: John Wiley & Sons, 2019. p. 302.

31. DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia*: Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia. Madrid: Wolters Kluwer, 2020. p. 55-56.

32. DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia*: obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia. Madrid: Wolters Kluwer, 2020. p. 55.

se apropria do dispositivo judicial e domina o acesso formal aos dados, com o dever de os apresentar em juízo, detém o poder de fato de *cuidar da coisa custodiada*, mais uma vez com o perdão pela redundância.

No “percurso técnico” que caracteriza o processo de acesso aos dados digitais, o cuidado haverá de se estender às atividades de terceiros, ou seja, a de todos os agentes que foram os destinatários progressivos do conjunto de elementos digitais disponibilizado pelo guardião do sistema ou de alguma maneira terão que participar do processo.

O caminho digital percorrido pela informação deve estar protegido contra manipulações acidentais ou intencionais, supressões ou acréscimos gerados pelas citadas características e nisso não é relevante a diferença entre o acesso a dispositivos físicos – telefones celulares, notebooks ou computadores de grande porte – comunicações telefônicas ou sistemas operacionais *in the cloud*.

A integridade, autenticidade e auditabilidade dos dados convoca o cuidado com os dois aspectos referidos e o verbo “dever”, empregado linhas atrás, não é mera figura de linguagem.

Trata-se, portanto, de se comprovar a instauração e preservação de duas distintas cadeias de custódia, imbricadas porque ao serem violadas, ou mesmo não instauradas, podem demonstrar: a) supressão indevida de arquivos; b) indícios de sua manipulação; c) comprometimento da autenticidade dos elementos de informação; d) inviabilidade do material de ser auditado. É o que se observa no caso concreto.

No Anexo II consta esquema da proposta de 2013, dos professores Ilyoung Hong, Hyeon Yu, Sangjin Lee e Kyungho Lee, orientado às diligências de busca e apreensão de elementos probatórios digitais que ilustram bem o caráter tridimensional mencionado nas linhas antecedentes.<sup>33</sup>

Os autores, membros *Center for Information Security Technologies (CIST)* e da *University Korea*, sugerem um modelo de triagem das informações digitais que se revela dinâmico, dado o caráter flexível inerente às diligências, permanentemente supervisionado que compatibilize os interesses da investigação e descoberta da verdade com a garantia do contraditório própria ao ambiente digital.

O citado modelo triádico e as inúmeras outras boas práticas existentes há mais de uma década e conhecidas internacionalmente em geral são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

O que realmente é incompatível com a nossa Constituição é a agregação de uma “fé processual irrestrita” aos executores das medidas cautelares de intromissão. A atividade probatória digital, pelo seu caráter de devassa, é e deve ser objeto de controle de forma contínua.

Releva notar o julgado de 17 de abril de 2013, do Tribunal Supremo da Espanha (STS 342/2013 – RJ 2013, 3296), mencionado por Federico Bueno da Mata, que fixou que a “presença de notário judicial no ato de transferência de dados não atua como pressuposto de validade de sua prática.”<sup>34</sup>

33. HONG, Ilyoung; YU, Hyeon; LEE, Sangjin; LEE, Kyungho. A new triage model conforming to the needs of selective search and seizure of electronic evidence. *Digital investigation*, v. 10, p. 175-192, 2013.

34. BUENO DE MATA, Federico. *Las Diligencias de Investigación Penal en la Cuarta Revolución Industrial: principios teóricos y problemas prácticos*. Navarra: Aranzadi, 2019. p. 176.

Assevera o tribunal espanhol: “O decisivo é que, seja por meio da intervenção do notário durante a diligência de busca e apreensão dos computadores, ou mediante qualquer outro meio de prova, fiquem descartadas as dúvidas sobre a integridade dos dados e sobre a correlação entre a informação apreendida no ato de intervenção e a que se obtém mediante a transferência.”<sup>35</sup>

Exatamente é o mesmo processo de garantia constitucional da autenticidade, integridade e auditabilidade inerente à aquisição das provas digitais, processo impositivo da cadeia de custódia.

A cadeia de custódia da prova consiste em método por meio do qual se pretende preservar a integridade do elemento probatório e assegurar sua autenticidade em contexto de investigação e processo. Realizada em conformidade com as boas práticas de cada área específica, a cadeia de custódia das provas permite que os elementos probatórios sejam auditáveis, concretizando o que se convencionou chamar de “contraditório da prova digital”.

A violação da cadeia de custódia implica a impossibilidade de valoração da prova, configurando seu exame – de verificação da cadeia de custódia – um dos objetos do juízo de admissibilidade do meio de prova ou do meio de obtenção de prova, conforme o caso. A consequência jurídica da quebra da cadeia de custódia das provas consiste em não se submeter a juízo de *peso probatório*, sequer de *relevância* da prova, os vestígios que não tenham sido adequadamente preservados.

Não é diferente quando a análise envolve as chamadas provas digitais.<sup>36</sup> Esse é o *quarto aspecto* a considerar.<sup>37</sup>

Com efeito, Federico Lucio Godino e Christian Andrés Pérez Sasso identificam na violação da cadeia de custódia das provas lesão ao devido processo legal, no tocante à obtenção e/ou preservação do elemento probatório, a interditar sua valoração pelo juiz.<sup>38</sup>

35. BUENO DE MATA, Federico. *Las Diligencias de Investigación Penal en la Cuarta Revolución Industrial: principios teóricos y problemas prácticos*. Navarra: Aranzadi, 2019. p. 176.

36. Sem embargo da afirmação, o trabalho pericial também poderá contribuir para a identificação de provas relevantes contidas em dispositivos informáticos, como salientam Irfan Ahmed e Vassil Roussev: “A noção de *relevância* é inerentemente específica a cada caso e uma grande parte da competência de um analista forense é a capacidade de identificar provas relevantes a um caso. Frequentemente, um componente crítico da análise forense é a *atribuição* causal de uma sequência de eventos a atores humanos específicos do sistema (tais como usuários e administradores). Quando utilizados em processos judiciais, a *proveniência*, a *confiabilidade* e a *integridade* dos dados utilizados como prova são de suma importância. Em outras palavras, consideramos todos os esforços para realizar análises de sistema ou de artefatos após o fato como uma forma de perícia forense. Isso inclui atividades comuns tais como a resposta a incidentes e investigações internas, que quase nunca resultam em quaisquer processos judiciais. Em geral, somente uma pequena fração das análises forenses chega às salas de audiência como provas formais.” Tradução livre. AHMED, Irfan; ROUSSEV, Vassil. *Analysis of Cloud Digital Evidence*. In: CHEN, Lei; TAKABI, Hassan; LE-KHAC, Nhien-An (ed.). *Security, Privacy, and Digital Forensics in the Cloud*. Hoboken, Singapura: John Wiley & Sons, 2019. p. 301-302.

37. Nesse sentido a recente decisão veiculada no Informativo 763 do Superior Tribunal de Justiça, de 14 de fev. de 2023. Agravo Regimental no Habeas Corpus 143.169/RJ. 5ª Turma. Rel.: Min. Messod Azulay Neto. Rel. para acórdão: Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em: 07 fev. 2023.

38. GODINO, Federico Lucio; PÉREZ SASSO, Christian Andrés. *Cadena de Custodia: procedimientos para resguardar los elementos probatorios*. Buenos Aires: Hammurabi, 2020. p. 41.

O fato de serem constitutivas do denominado *corpo de delito* as submete ao regime legal previsto de longa data no direito brasileiro, de acordo com o disposto no art. 158 do Código de Processo Penal (CPP), leito onde o estatuto da cadeia de custódia veio a repousar pela via da Lei 13.964/2019.

Com efeito, o direito brasileiro contempla a determinação do corpo de delito por meio de perícia, nos casos em que a conduta deixa vestígios. Era assim à luz das regras originais do CPP de 1941 e isso se tornou incontroverso após a minirreforma do processo penal, em 2008, por meio da edição da Lei 11.690.

Entre as alternativas possíveis – sistema de perícia de partes e sistema oficial de perícias – o processo penal brasileiro optou pelo segundo e o aperfeiçoou, facultando aos interessados (durante a investigação criminal) e às partes (ao longo do processo) a constituição de assistentes técnicos.

O modelo de perícia oficial cumpre função de garantia fundamental no contexto da prova digital, mas é imprescindível rematar aqui que a cadeia de custódia dos elementos probatórios é uma consequência inevitável e obrigatória do paradigma escolhido, porque a etapa prévia de accertamento do fato é dependente da segurança na preservação dos vestígios.

Violada a cadeia de custódia do elemento probatório, não é mais possível assegurar a autenticidade da prova e sua integridade, sendo a prova inadmissível e, pois, insuscetível de exame de peso ou força probatória.

Isso é assim na hipótese de violação da cadeia de custódia de armas, drogas ou quaisquer outros vestígios, incluindo os elementos digitais, elementos probatórios insuscetíveis de valoração ainda que a título de corroboração por outras provas. Trata-se de atividades probatórias funcionalmente distintas e inconfundíveis.

Favorecerá o entendimento do tema relembrar as lições de João Mendes de Almeida Junior sobre a amplitude do objeto que caracteriza o *corpo de delito* por certo.<sup>39</sup>

*Não há dúvida de que a cadeia de custódia é condição de procedibilidade do exame de corpo de delito. Por isso, como mencionado, no Brasil o instituto mereceu ser regulado pela Lei 13.964/2019 no art. 158-A-F do CPP.*

Devem ser extraídas consequências jurídicas incontornáveis, próprias e adequadas às hipóteses de proibição probatória, pois que o elemento probatório afetado pela violação da cadeia de custódia é insuscetível de valoração.

Assim é que as provas diretamente derivadas destes elementos em tese manipuláveis, inseguros quanto à autenticidade e integridade, são contaminadas pela ilicitude que deriva das que resultaram da violação da cadeia de custódia.

Este é o *quinto aspecto* a ser levado em conta no presente estudo. As provas que hajam derivado das informações em tese obtidas sem que tenham sido instauradas ou adequadamente preservadas as cadeias de custódia respectivas também não podem ser valoradas porque contaminadas pela mesma ilicitude da fonte.

39. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920. v. II, p. 9-11 e 16, com menção, para a ação penal, à imprescindibilidade do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios.

### 3.2. A investigação digital e a prova digital: segurança e autenticidade sob controle na primeira etapa da persecução penal

Ao lecionar sobre a “prova tangível”, no clássico livro sobre análise da prova, Terence Anderson, David Schum e William Twining indicam que estas «provas tangíveis» nem sempre são o que parecem ser. Por isso, acrescentam os autores, coloca-se a questão da credibilidade da prova tangível, a ser considerada, entre outros aspectos, pelo viés da autenticidade.<sup>40</sup>

Com base na experiência jurídica norte-americana Anderson, Schum e Twining, pelo que compreendo, sustentam duas formas cumulativas de determinação da autenticidade da prova: a aplicação da regra 901 das *Federal Rules of Evidence* (FRE),<sup>41</sup> que estabelece para a parte que propõe introduzir a prova que ofereça respaldos para que seja assumida a autenticidade do elemento probatório; e a cadeia de custódia da prova, que previne manipulações intencionais ou imprudentes do referido elemento que alterem a informação que ele veicula.<sup>42</sup>

40. ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Trad. coord. por Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 99.

41. “Regra 901. Autenticação ou identificação de provas (a) Em geral. Para satisfazer a exigência de autenticação ou identificação de um item de prova, o proponente deve produzir prova suficiente para sustentar a conclusão de que o item é o que o proponente alega ser. (b) Exemplos. A seguir são apresentados apenas exemplos – não uma lista completa – de provas que satisfaçam a exigência: (1) *Depoimento de uma Testemunha com Conhecimento*. Depoimento de que um item é o que se afirma ser. (2) *Opinião de um “não-especialista” sobre a caligrafia*. A opinião de um não-especialista de que a caligrafia é genuína, baseada em uma familiaridade com ela que não foi adquirida para o litígio atual. (3) *Comparação por uma Testemunha Perita ou pelo Juiz [trier of fact]*. Uma comparação com um espécime autenticado por uma testemunha perita ou pelo juiz [trier of fact]. (4) *Características distintivas e semelhantes*. A aparência, conteúdo, substância, padrões internos ou outras características distintivas do item, consideradas em conjunto com todas as circunstâncias. (5) *Opinião sobre uma Voz*. Uma opinião que identifica a voz de uma pessoa – seja ouvida em primeira mão ou através de transmissão ou gravação mecânica ou eletrônica – com base na audição da voz a qualquer momento, em circunstâncias que a liguem ao suposto orador. (6) *Prova sobre uma conversação telefônica*. Para uma conversa telefônica, prova de que foi feita uma chamada para o número atribuído no momento para: (A) uma determinada pessoa, se as circunstâncias, incluindo autoidentificação, mostrarem que a pessoa que atende foi a chamada; ou (B) um determinado negócio, se a chamada foi feita para um negócio e a chamada era relativa a negócio razoavelmente transacionado pelo telefone. (7) *Provas sobre os registros públicos*. Prova de que: (A) um documento foi registrado ou arquivado em um escritório público como autorizado por lei; ou (B) um suposto registro ou declaração pública é do escritório onde itens deste tipo são mantidos. (8) *Prova sobre documentos antigos ou compilações de dados*. Para um documento ou compilação de dados, prova de que o mesmo: (A) está em uma condição que não cria nenhuma suspeita sobre sua autenticidade; (B) estava em um lugar onde, se autêntico, provavelmente estaria; e (C) tem pelo menos 20 anos de idade quando apresentado. (9) *Prova sobre um processo ou sistema*. Prova descrevendo um processo ou sistema e mostrando que ele produz um resultado preciso. (10) *Métodos Fornecidos por um Estatuto ou Regra*. Qualquer método de autenticação ou identificação permitido por um estatuto federal ou por uma regra prescrita pela Suprema Corte.” Tradução livre. ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Evidence. Rule 901. Authenticating or Identifying Evidence. Data da última alteração até o momento: 1º de dezembro de 2020. Disponível em: [www.law.cornell.edu/rules/fre/rule\_901]. Acesso em: 30.06.2021.

42. ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Trad. coord. por Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 99.

Salientam os citados autores que a opinião expressada por *experts*, convocados a examinar determinado elemento probatório, dependerá dos atributos de credibilidade do próprio elemento.

Não há aqui uma cisão jurídico-prática entre a perícia, que é o exame de corpo de delito, e a condição de possibilidade da perícia em si, que depende da autenticidade e integridade do elemento probatório que será examinado.

Assim, quando o art. 158 do CPP assinala que “[quando] a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”, o pressuposto é de que o exame será realizado sobre os *vestígios*, garantida a sua autenticidade e integridade.

Para os antigos, que lidavam com poucas infrações penais – homicídio, lesões, roubo, furto, falsificação de moeda, lesa-majestade etc. – conforme a complexidade da sua época, esta garantia de autenticidade e integridade do elemento probatório vinha associada à inspeção ocular do inquisidor e, aí sim, posteriormente, pelas conclusões do *expert* (médico, engenheiro etc.).

Na atualidade vivenciamos um salto quântico, quer na quantidade de delitos, quer no que toca às distintas e complexas formas de sua execução, quer ainda pelo potencial imenso de manipulação dos vestígios em circunstâncias que tornam impraticável o rastreamento da alteração deliberada do elemento probatório, como adverte Gustavo Badaró em sua análise das chamadas provas digitais.<sup>43</sup>

Nesse sentido a Lei 13.964/2019, que introduziu os arts. 158-A a 158-F do CPP, não inova na matéria.

A integridade e autenticidade do elemento probatório é um pressuposto para o conhecimento do exame do corpo de delito e sua interpretação crítica pelas partes e pelo juiz, independentemente de o CPP recentemente ter passado a exigir a documentação da “história cronológica do vestígio”, conforme está claro da leitura do art. 158-A do Código.

Esta história cronológica documentada será variável, consoante são distintas as espécies de vestígios. Isso é assim basicamente porque o processo de coleta deve levar em conta o tipo de vestígio coletado e o método de coleta, armazenamento e transporte e as possibilidades concretas de alteração do elemento probatório em virtude da técnica de coleta, do método de armazenamento e de transporte (terceirizado? etc.) e da proteção do elemento probatório contra a interferência de terceiros enquanto estiver depositado sob a responsabilidade do Estado.

A documentação da história cronológica da custódia do elemento probatório, a demonstrar que muito provavelmente foi cumprido o mandado jurídico de garantia de integridade e autenticidade da prova, não configura um simples relato temporal, mas em atenção à complexidade do elemento probatório cumpre funções relevantes, uma vez que deve descrever:

---

43. BADARÓ, Gustavo. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 343, p. 7-9, jun. 2021. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/747/8544]. Acesso em: 29.06.2021.

a) os protocolos de coleta/extração do dado, de sorte a comprovar que não houve supressão, inclusão ou alteração de elementos que afete a qualidade de “prova autêntica e íntegra”, em atenção ao princípio da “mesmidade”; b) os cuidados que foram adotados, voltados à transparência do processo anterior, que igualmente demonstrem que houve controle por terceiros da coleta/extração, acondicionamento, transporte e preservação do elemento probatório, isso em reverência ao princípio da “desconfiança”; c) a cadeia de pessoas que tiveram contato com o elemento probatório e os respectivos títulos e motivos, se funcionário público ou terceiro à administração, se para transporte ou exame do vestígio etc.

Nesse sentido, no caso concreto, os esclarecimentos adicionais prestados pelo *expert* constituído pela parte informam acerca da não adoção dos protocolos de correta e adequada aquisição de elementos digitais no momento da realização da busca e apreensão e mesmo posteriormente, quando realizadas as perícias.

Como sublinhei desde o prólogo do parecer, a cadeia de custódia das provas digitais sequer foi instaurada oportunamente no caso concreto.

E a cadeia de custódia da prova como método é a um tempo garantia e condição de possibilidade do exame de corpo de delito à luz do conjunto de direitos que caracterizam o devido processo legal.

Pelo ângulo da defesa, no processo criminal, não há dúvida que sendo o conjunto probatório essencial para a superação do estado de incerteza imposto pela presunção de inocência, é correta a conclusão de Álvarez Buján e Gustavo Badaró, para as provas digitais, de que em um sistema que respeite a presunção de inocência esta ficará afetada, “devendo a prova [digital] ser destituída de valor probatório”.<sup>44</sup>

Caio Badaró Massena também ressalta a ilogicidade de se trabalhar em um nível de insegurança jurídico-epistêmica provocado pela violação da cadeia de custódia da prova.

Vale observar o que salienta o autor:

“fato é que nenhuma delas permite a conclusão, não raro adotada pelos juízes e tribunais, de deixar a análise da observância da cadeia de custódia integralmente para a sentença: quem defende a inadmissibilidade entende que a análise da demonstração da integridade da prova deve ser feita logo ao momento da conformação do conjunto probatório; por sua vez, quem defende a admissibilidade entende que a apreciação do grau de contaminação da prova deve ser resolvida no momento posterior da valoração. Mas fato é que nem mesmo a partir dessa segunda construção se pode anuir com a insegurança de se descobrir apenas ao fim do processo se a prova foi considerada íntegra ou com sua cadeia de custódia não demonstrada pela acusação. Até porque, embora a sentença seja a decisão que dá sentido à unidade do procedimento, não custa lembrar que esta não é a única decisão judicial sobre os fatos tomada durante todo o procedimento/processo penal.”<sup>45</sup>

44. BADARÓ, Gustavo. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 343, jun. 2021. p. 9. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/747/8544]. Acesso em: 29.06.2021.

45. BADARÓ MASSENA, Caio; MATIDA, Janaina. Exame da cadeia de custódia é prejudicial a todas as decisões sobre fatos. *Revista Consultor Jurídico*. 13 ago. 2021. Disponível em: [www.conjur.com.

Se há consensos nessa matéria, dois sobrepõem os demais: os vestígios digitais são voláteis; e sua apreensão e análise demandam a aplicação das melhores práticas (*best practices*) por profissionais altamente capacitados.

Ana Di Iorio, em alentado estudo sobre os protocolos de preservação da prova digital, assevera que os cuidados específicos reclamados em âmbito internacional para este tipo de prova consideram o propósito de “evitar a contaminação da prova”, em geral resultante de atuação indevidas de identificação, aquisição e preservação da prova digital, cumprindo “minimizar a manipulação da prova digital”, “documentar qualquer ação que implique mudança irreversível” na mencionada prova, separar rigidamente a função pericial de quaisquer outras associadas à investigação digital (“Não atuar além de suas competências e não tomar decisões sem a autorização correspondente”) e, vale salientar, “aderir às regulações e leis locais”.<sup>46</sup>

O “controle da cadeia de custódia”, sublinha Di Iorio, configura uma “série de cuidados destinados a traçar a origem, identidade e integridade da prova para que esta não se perca, seja destruída ou alterada”.<sup>47</sup>

Daí, conclui a Diretora do InfoLab do Ministério Público da Província de Buenos Aires que para a intervenção sobre a prova é imprescindível a adoção de protocolo específico, formado pelo “conjunto de regras estabelecidas por norma ou costume que detalhem o processo de *atuação científica*, técnica, médica etc.” (grifo nosso).<sup>48</sup>

E entre os princípios gerais de manejo da prova digital Di Iorio aponta a necessidade de atuação do “informático forense”, distinguindo-se na investigação digital os papéis de assessoramento, investigação e perícia.<sup>49</sup>

Com efeito, na linha do mencionado consenso acerca das boas práticas relativas à prova digital, o jurista italiano Silvio Marco Guarriello define algumas premissas que socorrem o entendimento do caráter cogente das regras brasileiras sobre a cadeia de custódia das provas.

Em primeiro lugar, Guarriello situa as provas produzidas no contexto das investigações digitais no gênero das “provas científicas”. Como já mencionado, as características das atividades periciais em questão, das *computer forensics* e *digital forensics*, sublinha Guarriello,

---

br/2021-ago-13/limite-penal-exame-cadeia-custodia-prejudicial-todas-decisiones-fatos]. Acesso em: 17.06.2023.

46. DI IORIO, Ana. Protocolos de preservación de evidencia digital y cuestiones forenses. In: DUPUY, Daniela (Dir.); KIEFER, Mariana (Coord.). *Cibercrimen II*. Buenos Aires-Montevideo: Editorial B de F, 2018. p. 341-343.

47. Tradução livre. DI IORIO, Ana. Protocolos de preservación de evidencia digital y cuestiones forenses. In: DUPUY, Daniela (Dir.); KIEFER, Mariana (Coord.). *Cibercrimen II*. Buenos Aires-Montevideo: Editorial B de F, 2018. p. 344.

48. Tradução livre. DI IORIO, Ana. Protocolos de preservación de evidencia digital y cuestiones forenses. In: DUPUY, Daniela (Dir.); KIEFER, Mariana (Coord.). *Cibercrimen II*. Buenos Aires-Montevideo: Editorial B de F, 2018. p. 345.

49. DI IORIO, Ana. Protocolos de preservación de evidencia digital y cuestiones forenses. In: DUPUY, Daniela (Dir.); KIEFER, Mariana (Coord.). *Cibercrimen II*. Buenos Aires-Montevideo: Editorial B de F, 2018. p. 348.

as localizam na sede da prova científica informático-digital que emprega técnicas “da melhor ciência e experiência”.<sup>50</sup>

O autor – como os e as demais – ressalta a natureza volátil dos elementos probatórios digitais a impor rigoroso estatuto que considere a natureza dessa prova e a necessidade de assegurar a sua integridade e autenticidade (não alteração).

Na lição compartilhada pelo magistrado italiano, professor da Universidade de Campania L. Vanvitelli, trata-se de uma “atividade investigativa técnico-científica” que tem por objeto prova digital “constituída em um ‘ambiente’ particular cujos elementos são imateriais e sujeitos a modificação”.<sup>51</sup>

Acrescenta Guarriello que a complexidade da prova digital é agravada pelo estado de permanente transformação tecnológica e pelas características do “ambiente digital”. A volatilidade do elemento probatório digital, acentua, resulta da pouca *estabilidade* e definitividade dos dados digitais.<sup>52</sup>

Por essa razão é imprescindível que o *expert* responsável pela produção da prova digital seja um perito forense “com especialização técnico-científica elevada e confiável, constantemente atualizado em relação aos métodos de análise das provas digitais”.<sup>53</sup>

O consenso sobre a natureza complexa da “investigação digital” e o caráter técnico da respectiva intervenção probatória, em uma era claramente digital, reforçam a compreensão de que a tutela jurídica incidente na hipótese não está apenas orientada à privacidade, intimidade e direitos gerais de personalidade.

Mais ainda, e neste ponto convergem o direito processual penal e a epistemologia, o avanço da digitalização da vida repercute na persecução penal de sorte a convertê-la em uma persecução penal digital.

O efeito prático dessa conversão, ditada pelas tantas vezes já acentuadas características dos elementos probatórios digitais, consiste em atribuir à primeira fase da persecução penal digital uma função bastante específica: a de ser a etapa procedimental responsável pelo recolhimento – recolha, diriam os portugueses – dos vestígios digitais, sua organização, preservação e análise de modo a apoiar o exercício futuro da ação penal na hipótese de se comprovar a justa causa.

Esta função específica – de aquisição, preservação e análise dos vestígios digitais – transforma a primeira etapa da persecução penal digital em uma fase sujeita a controles de legalidade que condicionam o exercício futuro da acusação e sua admissibilidade no momento em que a denúncia é apresentada em juízo.

50. GUARRIELLO, Silvio Marco. Le best practices in materia di computer forensics. In: LASELLI, Michele (a cura di). *Investigazioni digitali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2020. p. 77.

51. GUARRIELLO, Silvio Marco. Le best practices in materia di computer forensics. In: LASELLI, Michele (a cura di). *Investigazioni digitali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2020. p. 79.

52. GUARRIELLO, Silvio Marco. Le best practices in materia di computer forensics. In: LASELLI, Michele (a cura di). *Investigazioni digitali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2020. p. 80.

53. GUARRIELLO, Silvio Marco. Le best practices in materia di computer forensics. In: LASELLI, Michele (a cura di). *Investigazioni digitali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2020. p. 80.

A investigação criminal digital assenhora-se de um espaço jurídico-epistemológico próprio, inconfundível com o que é pertinente ao processo de conhecimento condenatório.

Entendo que nestes termos é válida a conceituação de investigação digital proposta por Brighi e Ferrazzano:

“Investigações digitais são definidas como o ‘uso de métodos cientificamente derivados e comprovados para a identificação, coleta, transporte, armazenamento, análise, interpretação, apresentação, distribuição, devolução e/ou destruição de prova digital derivada de fontes digitais, preservando a prova digital e mantendo a cadeia de custódia’ (ISO/IEC 27043). Compõe-se de várias etapas e duas fases principais.”<sup>54</sup>

Os autores italianos desdobram a própria investigação digital em duas etapas: a do processo de aquisição dos vestígios digitais e a posterior, que envolve a análise técnico-científica desses vestígios.<sup>55</sup>

Conforme defendem corretamente, a primeira etapa da investigação digital consiste na identificação, coleta, aquisição e preservação do “potencial vestígio digital”, enquanto a segunda etapa concerne à análise do elemento probatório digital, a interpretação dos resultados da mencionada análise, a emissão do laudo e a apresentação desses resultados em juízo, com a indicação precisa das ferramentas e métodos empregados.<sup>56</sup>

Cada fase da investigação digital, lecionam Brighi e Ferrazzano, deve observar criteriosamente as próprias etapas sequenciais requisitadas pela natureza dos vestígios que formam o objeto da pesquisa criminalística.<sup>57</sup>

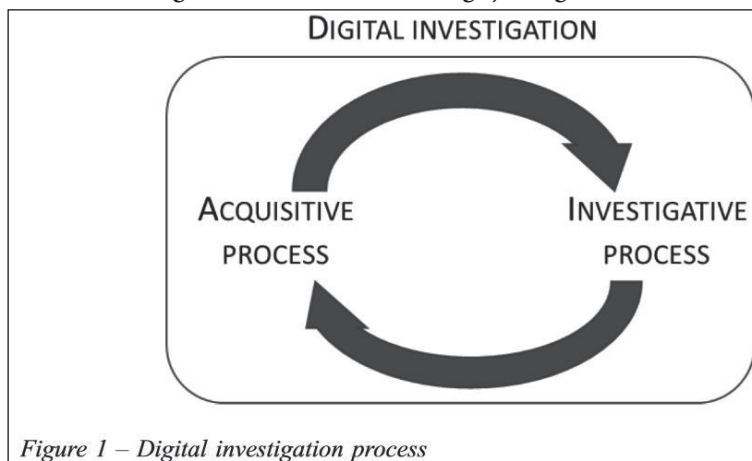
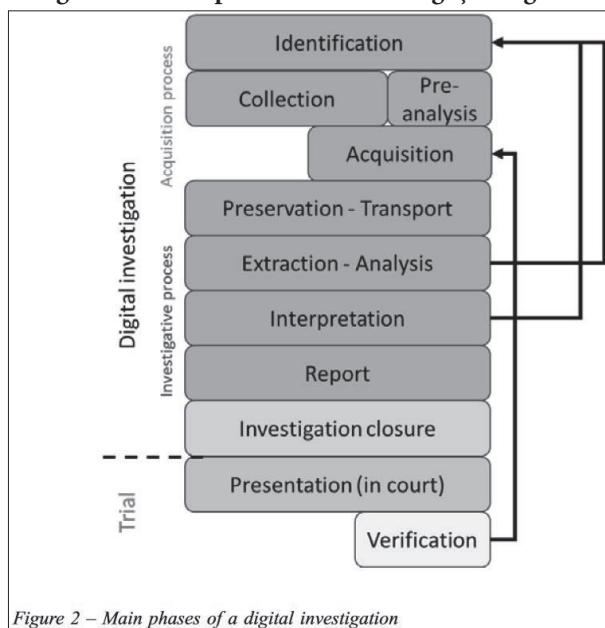
---

54. Tradução livre. BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (Ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: CEDAM, 2021. p. 33.

55. BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (Ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: CEDAM, 2021. p. 34.

56. BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: Cedam, 2021. p. 34.

57. BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (Ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: Cedam, 2021. p. 34.

**Figura I: Processo de investigação digital<sup>58</sup>***Figure 1 – Digital investigation process***Figura II: Principais fases da investigação digital<sup>59</sup>***Figure 2 – Main phases of a digital investigation*

58. BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (Ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: Cedam, 2021. p. 34.

59. BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (Ed.). *Digital forensic evidence: towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*. Milano: Cedam, 2021. p. 35.

Assim compreendida a função da investigação digital, lógica e juridicamente não há como se sustentar que os controles exercidos sobre o pressuposto da prova digital – a segurança sobre seus elementos formativos – possam ser *fundidos* com a *análise de resultado*.

Não custa recordar que do ponto de vista pericial o *resultado* é uma conclusão matemática acerca da sequência binária de *bits* que constitui o arquivo digital e não a imagem que nós, como leigos, enxergamos como a aplicação prática dessa sequência.

Nós vemos uma *imagem* que pode ou não ter sido manipulada e interpretamos *essa imagem*. Se a imagem foi manipulada de sorte a nos levar a uma *representação* distinta da que corresponderia à imagem originalmente capturada pelo dispositivo digital, nossa percepção leiga é incapaz de discernir a manipulação. E nossa conclusão – interpretação da *representação* da imagem, som, texto etc. – terá sido artificialmente conduzida em outra direção.

Proliferam os programas de edição de arquivos de imagens, sons ou textos usados recriativamente por milhões de pessoas no mundo a cada minuto.

Hoje não é mais possível ignorar que um arquivo digital é algo *manipulável*. Daí que não é possível confundir a *imagem* que vemos com a *realidade supostamente retratada*. Ou mesmo a *voz* ou o *texto*...

A possibilidade de manipulação de elementos probatórios digitais concerne ao “entorno digital” dos envolvidos e pode afetar mesmo terceiros, indevidamente inseridos na dinâmica de uma investigação criminal não pautada por critérios éticos ou ainda em virtude de uma contaminação involuntária e acidental dos referidos elementos probatórios digitais.

O episódio suspeito retratado no processo e mencionado pelo culto desembargador relator do *habeas corpus* é significativo, reforçando-se a conclusão pela afirmação incontesteável do assistente técnico de que mesmos os arquivos digitais que o magistrado presumiu aptos a demonstrar a justa causa e os preservou da declaração de ilicitude não foram devidamente resguardados por meio da instauração da sua cadeia de custódia.

O que o magistrado do tribunal regional identificou como *equivoco*, *engano* reconhecido pelo Ministério Público Federal (MPF) consistente em atribuir a N. C. dispositivos digitais não apreendidos, é, na verdade, a constatação da “não adoção dos protocolos de constituição da prova digital” relativamente a *todo o material* hipoteticamente apreendido na diligência ordenada pela juíza estadual.

Nenhuma afirmação de validade jurídica da prova digital pode ser formulada no presente caso porque a *formação da prova digital* é dependente da instauração de sua cadeia de custódia, o que não ocorreu.

A alegação de que N. C. admitiu que eram seus os dispositivos digitais apreendidos e hipoteticamente examinados pelos peritos estaduais e pelo perito federal não supre a necessidade legal e epistêmica de instauração da cadeia de custódia tanto dos equipamentos como dos arquivos.

N. C. perdeu o domínio sobre dispositivos eletrônicos e arquivos digitais no momento em que foi executada a diligência de busca e apreensão. A partir desse instante a responsabilidade pela tutela da integridade do sistema digital foi transferida aos agentes estatais, que deveriam ter instaurado as respectivas cadeias de custódia conforme os sobejamente conhecidos protocolos da prova digital.

As inconsistências verificadas pelo tribunal federal e mais amplamente pelo assistente técnico, sem embargo de o perito federal ter constatado que não havia cadeia de custódia instaurada quanto ao material que lhe foi enviado, demonstram a falta de tutela da integridade do sistema digital.

E a tutela da integridade do sistema digital aparece como premissa de qualquer juízo fáctico da espécie que esteja na base de um modelo de justiça criminal que fundamente a persecução penal na busca da verdade.

Ademais, hoje se reconhece o caráter fundamental do direito à proteção de dados, consoante preconiza o inc. LXXIX, do art. 5º da Constituição da República (CRFB), assim como o inciso XXVI do art. 21 e o XXX do art. 22, incorporados pela EC 115, de 2022.

Vale reproduzir os dispositivos citados:

“Art. 5º, CRFB: [...] LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.”

“Art. 21, CRFB. Compete à União: [...] XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.”

“Art. 22, CRFB. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXX – proteção e tratamento de dados pessoais.”

Dada a multiplicidade de elementos probatórios que produzem vestígios materiais ou digitais, alguns dos quais resultantes da limitação concreta de bens jurídicos de terceiros individualizáveis e até de coletividades ou grupos difusos de pessoas, e a variedade de empregos de um mesmo elemento probatório em contextos díspares, alguns dos quais não necessariamente apenas processuais, não me parece possível, portanto, limitar à presunção de inocência o fundamento da cadeia de custódia.

Creio que a cadeia de custódia das provas está mais bem abrigada na ampla cláusula do devido processo legal, quer por sua dimensão procedimental, dimensão que convive com a presunção de inocência, o contraditório e o direito de defesa, quer à vista de sua vertente material, que por sua vez configura obstáculo à incriminação generalizada e ilegal.

De toda maneira, é a raiz constitucional mesma da limitação do poder punitivo que tem na cadeia de custódia das provas uma concretização independente e anterior ao regramento da sua documentação, instituído pela lei de 2019.

É possível que a cadeia de custódia das provas tenha sido rompida ou não preservada – vale lembrar, trata-se de um conceito epistêmico e jurídico, e não de uma *coisa real* – em casos anteriores à entrada em vigor da Lei 13.964/19, resultando na inadmissibilidade do elemento probatório que não goza da chancela da “mesmidade” e daquela que resulta da aferição e controle do emprego dos métodos atinentes a este singular elemento.

Ao disciplinar “a cadeia de custódia das provas” no CPP, o legislador tão somente incorporou à lei processual protocolos gerais que historiam todo o processo de ingresso e ampla preservação da prova no âmbito da persecução penal, sem, todavia, interferir nas técnicas que de fato a caracterizam.

Isso é perfeitamente compreensível. Na segunda edição do livro sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal mencionei o universo de protocolos do gênero existentes

no Brasil, que reclamam tratamento harmônico. Sem embargo, quando se trata de prova digital, como é o caso do presente estudo, as indicações dos arts. 158-A a 158-F do CPP são necessárias, mas não suficientes.

Relembre-se que, em se tratando de provas digitais, com frequência a prática cobra a definição de duas distintas cadeias de custódia: a do dispositivo digital (hardware – sistemas de armazenamento) e a de seu conteúdo (arquivos, programas etc.).

A verificação do estado dos dispositivos digitais e o processo de extração dos dados e de sua transferência para algum dispositivo hoje claramente não são consideradas ações que para fins probatórios possam ser levadas a cabo sem controle e sem a descrição da técnica fiável de migração do dado eletrônico, seja ele som ou imagem, ou ambos, com a correta datação e constatação de que o equipamento de origem está aferido e é igualmente fiável também no tocante aos metadados.

A volatilidade da prova digital é de quase impossível detecção e à semelhança da prova de DNA manipulada, a inversão do ônus da prova para exigir dos acusados que demonstrem o dano causado por eventual modificação intencional dos dados consistiria na temível “prova diabólica”, isto é, naquela inatendível.

Como salienta Álvarez Buján, sobre a prova do DNA, que compartilha com a prova digital esta condição de quase não rastreabilidade, se a prova defensiva pudesse ser realizada o seria,<sup>60</sup> mas na enorme maioria dos casos – e este não é diferente – isso é impossível, tomando a aparência o lugar da verdade.

Aqui sequer é necessário argumentar que a inversão do ônus da prova viola a presunção de inocência.

As providências previstas nos arts. 158-A a 158-F do CPP não são regras processuais penais em sentido estrito, mas apenas explicitam protocolos historiadores da cadeia de custódia da prova, esta sim um instituto processual penal.

Reitere-se que esta, como método de garantia da autenticidade e integridade do elemento probatório, é parte fundamental da “doutrina do corpo de delito”, que considera essencial determinar o corpo de delito revelado por vestígios materiais ou digitais pelo emprego de práticas e técnicas que lhe confirmem certeza jurídica e epistêmica.

O que vai significar este “corpo de delito” no contexto do debate processual em contraditório é assunto para a valoração da prova (se houve crime, se o fato estava justificado etc.). O “corpo de delito” como ponto de partida, porém, deve passar no teste da fiabilidade probatória para ser admitido como prova no processo.

Seguramente o caso concreto permite que se vá mais além no que se refere à segurança epistêmica exigida quanto às provas digitais.

O fato de o acesso às informações decorrer da incorporação de elementos probatórios digitais em tese obtidos por meio de busca e apreensão requisita um refinamento daquela distinção entre as duas distintas cadeias de custódia – a do dispositivo digital (hardware – sistemas de armazenamento) e a de seu conteúdo (arquivos, programas etc.) – que a mera referência a “sistemas de armazenamento” não dá conta sem maiores explicações.

60. ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria. *La prueba de ADN como prueba científica*. Su Virtualidad Jurídico-Procesal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 448.

Por este ângulo Federico Bueno de Mata ressalta que uma distinção baseada em “suportes” já não atende à realidade das tecnologias ordinariamente em uso. Não se trata de falar apenas em “suporte físico” e “suporte imaterial”, e sim em “canais ou vias pelas quais estas provas podem transitar para incorporar-se ao processo.”<sup>61</sup>

E Bueno da Mata ilustra o fato com o exemplo dos elementos digitais armazenados nas nuvens, *in the cloud*, salientando que a já clássica distinção baseada em suportes foi elaborada “sem ter em conta todo o sistema de *cloud computing* e que, portanto, faz com que muita informação fique localizada na nuvem sem necessidade de passar a formato físico.”<sup>62</sup>

Apesar de que imagens em tese são *canalizadas* para um formato digital, a identidade com as informações digitais *in the cloud* decorre da impossível rastreabilidade daquelas à origem, porque esta é a transmissão da imagem em seu tempo presente, e a quase não rastreabilidade da prova digital *in the cloud*, criptografada e difusa e pelos dispositivos de armazenamento do provedor.

O autor da Universidade de Salamanca recorre à definição de “prova digital” adotada pelo Instituto Nacional de Tecnologias de Comunicação da Espanha (INTECO), posto nestes termos, realçando o binômio *software-hardware* que é peculiar a certos elementos probatórios digitais:

“datos que de manera digital se encuentran almacenados o fueran transmitidos mediante equipos informáticos y que son recolectados mediante herramientas técnicas especializadas empleadas por un perito en una investigación informática. Tienen la función de servir como prueba física, por encontrarse dentro de un soporte, de carácter intangible (no modificables) en las investigaciones informáticas.”<sup>63</sup>

Não há dúvida, e neste ponto coincido com Bueno da Mata, que a especialidade da “prova digital” resulta de que necessariamente é composta por um “*elemento técnico* que fará referência bem a um *hardware* em sede judicial ou bem a um canal eletrônico quando se apresente por meio de um sistema de gestão informatizado” e por um “*elemento lógico* ou *software* que terá natureza intangível”<sup>64</sup> (grifos nossos).

Com efeito, é indispensável entender que a *e-evidence*, prova eletrônica ou prova digital se caracteriza por ser “qualquer classe de informação (dados) que tenha sido produzida, armazenada ou transmitida por meios eletrônicos”.<sup>65</sup>

61. BUENO DE MATA, Federico. *Las Diligencias de Investigación Penal en la Cuarta Revolución Industrial: principios teóricos y problemas prácticos*. Navarra: Aranzadi, 2019. p. 132-133.

62. BUENO DE MATA, Federico. *Las Diligencias de Investigación Penal en la Cuarta Revolución Industrial: principios teóricos y problemas prácticos*. Navarra: Aranzadi, 2019. p. 133.

63. BUENO DE MATA, Federico. *Las Diligencias de Investigación Penal en la Cuarta Revolución Industrial: principios teóricos y problemas prácticos*. Navarra: Aranzadi, 2019. p. 133.

64. BUENO DE MATA, Federico. *Las Diligencias de Investigación Penal en la Cuarta Revolución Industrial: principios teóricos y problemas prácticos*. Navarra: Aranzadi, 2019. p. 133.

65. DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia: Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020. p. 55.

A variedade de «provas digitais» e sua constante transformação e complexidade reforçam a ideia do caráter indispensável da adoção dos procedimentos corretos para a sua aquisição, preservação, emprego processual e auditabilidade (contraditório efetivo) conforme a espécie de prova digital de que se trata.

Volto a insistir em um ponto que considero crucial: as boas práticas técnicas consolidadas nos protocolos nacionais e internacionais de tratamento das provas digitais *não configuram filigranas jurídicas*, não são meras etapas que possam ser levadas a cabo sem a delimitação de que prática cabe para cada espécie de prova digital.

Não se trata de mera formalidade. Tampouco, na maioria das vezes as técnicas previstas para um modelo de prova podem ser livremente intercambiadas para modelo distinto. Ou ainda, não atende à imperiosidade de instauração da cadeia de custódia a menção ao fato de que o código *hash* foi calculado em relação a determinado «dispositivo», quando não se comprova que este dispositivo é a fonte original da informação digital e não simples cópia.

Na hipótese examinada neste estudo, não há acordo sequer quanto ao número de dispositivos eletrônicos apreendidos. 9, 13, 14?!!!

Anteriormente me referi a “dispositivo” sem distinção de suporte ou canal, *hardware* ou *software*. O fundamento do raciocínio vale para informações de interceptações telefônicas, *in the cloud*, captadas por *drones*, contidos em eletrodomésticos *inteligentes* ou registradas por aparelhos biotecnológicos incorporados ao organismo humano para substituir órgãos humanos disfuncionais, amputados ou definitivamente afetados.

Nada obstante as dificuldades que possam surgir, dada a digitalização da vida, que afeta todas as suas dimensões, é possível buscar alguma sistematização a partir das fontes da prova digital, revelando-se, pela mera exposição, o grau de dificuldade da tarefa de preservar a integridade do elemento probatório digital e verificar sua autenticidade, além de determinar o cuidado extremado que se deve ter, haja vista os riscos concretos de manipulação e alteração dos dados.

O tema da “prova digital” é inconfundível com o da liberdade individual e as possibilidades de manipulação e alteração da prova digital, intencionalmente ou por acidente, requerem extremado cuidado no âmbito da jurisdição penal.

Luigi Cuomo, Procurador Substituto Geral na Corte de Cassação italiana, adverte que dadas as características da prova digital, o “baricentro de um processo fundado sobre prova científica se coloca sempre mais na investigação preliminar, no âmbito da qual o dado digital em regra vem adquirido pela polícia judiciária e é sucessivamente analisado pelo pessoal técnico.”<sup>66</sup>

Em livro específico sobre a cadeia de custódia de dados digitais, Jacob Heilik destaca a necessidade de autenticação e da demonstração da proveniência desses dados. Pela clareza e importância das observações, reproduz-se o trecho da obra do autor canadense:

“A proveniência é importante porque fornece uma ligação clara entre a informação apresentada e a fonte legalmente adquirida da qual provém. A autenticação é importante para

66. CUOMO, Luigi. La prova digitale. In: CANZIO, Giovanni; DONATI, Luca Lupária (Ed.). *Prova Scientifica e Processo Penale*. 2. ed. Milão: Wolters Kluwer, 2022. p. 629.

estabelecer que a informação apresentada não foi alterada desde o momento em que foi coletada – ou seja, não é nem mais nem menos do que os dados da fonte original.”<sup>67</sup>

Os cuidados de coleta não se confundem com a hipotética autorização espontânea de acesso ao conteúdo digital da mesma maneira que a permissão de acesso a um domicílio é inconfundível com o que fazem os agentes *no* domicílio enquanto lá se encontram.

O rigor no procedimento de coleta da prova digital é condição de validade do elemento probatório desta natureza porque a característica principal deste elemento é sua *volatilidade*, isto é, a sua condição de “elemento manipulável” sem que fiquem rastros dessa manipulação.

Assim é que a exigência de documentação detalhada, precisa e rigorosa de toda a fase de coleta da prova eletrônica é exigida por outros órgãos internacionais, como a *Association of Chief Police Officers* (ACPO), o *National Institute of Standards and Technology* (NIST) e o *Internet Engineering Task Force* (IETF).<sup>68</sup>

Neste sentido, compreende-se a imensa preocupação de legislação e doutrina, em nível internacional, com a preservação da cadeia de custódia da prova digital, inadmitindo-se a prova à vista da demonstração de sua violação.

Vale lançar mão das palavras da Procuradora da República Fernanda Teixeira Souza Domingos:

“A completude ou a integridade da prova digital é o terceiro requisito de validade das evidências digitais. [...] Técnicas especiais periciais são aptas a identificar a assinatura digital do arquivo ou *hash* de forma a verificar a integralidade da prova. Caso algum bit tenha sido alterado, é como o DNA do arquivo, sua integralidade terá sido violada ou corrompida, não se prestando a ser avaliada em juízo.

A fim de não se comprometer a integralidade da prova digital, seu conteúdo original juntamente com seus *hashes* (assinatura digital) devem ser preservados e efetuada a análise na cópia”<sup>69</sup>

No caso concreto as boas práticas não foram observadas. E as inconsistências não são irrelevantes.

67. Tradução livre. HEILIK, Jacob. *Chain of Custody for Digital Data: A Practitioner's Guide*. Canada: Independently published, 2019. p. 16-17.

68. ACPO. *Good Practice Guide for Digital Evidence*. Association of Chief Police Officers of England, Wales & Northern Ireland. Mar. 2012. p. 6-7. Disponível em: [http://library.college.police.uk/docs/acpo/digital-evidence-2012.pdf]. Acesso em: 20.08.2020. NIST. *Guide to Integrating Forensic Techniques into Incident Response*. Karen Kent, Suzanne Chevalier, Tim Grance e Hung Dang. Special Publication 900-86. Ago. 2006. p. 3-4/3-5. Disponível em: [https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-86.pdf]. Acesso em: 20.08.2020; IETF. *Guidelines for Evidence Collection and Archiving* (RFC 3227). Fev. 2002. p. 5. Disponível em: [https://tools.ietf.org/html/rfc3227]. Acesso em: 20.08.2020.

69. DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza. As provas digitais nos delitos de pornografia infantil na internet. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 197.

Não há sequer como saber com segurança se o perito federal examinou dispositivos e arquivos originais porque estes não estavam custodiados. Em outras palavras, a autoridade policial, por razões desconhecidas, não instaurou a cadeia de custódia, apesar da normativa vigente desde 2013.

O que parece evidente, no caso concreto, é que a formação da prova digital se apartou por completo da fórmula citada pelas autoras e autores referidos ao longo do presente estudo, que defendem que a constituição dessa prova é da ordem da perícia, e não da *polícia*.

Não se trata de preservar um cadáver, o mantendo intocado até a chegada da perícia ao local e o disponibilizando da mesma maneira aos *experts* do Instituto Médico Legal.

No exemplo do cadáver a teórica separação entre “suporte” e “elementos ou informações de natureza probatória que estão no corpo” é visível e mais facilmente identificável. O desdobramento cronológico entre aquisição e formação da prova em geral permite constatar se foi respeitada a intangibilidade do cadáver e detectar eventual não instauração ou preservação da sua cadeia de custódia.

No caso das informações digitais, a não aplicação dos protocolos de 2013 obstou a constituição da cadeia de custódia das provas, porque em realidade os peritos oficiais terminam trabalhando sem a segurança imprescindível de que o material examinado pudesse corresponder *integralmente* e de *forma autêntica* aos elementos probatórios originais.

Para a validade jurídica da prova não basta calcular o código *hash* da cópia entregue ao perito federal.

Com base na análise ofertada pelo *expert* contratado pela Defesa, o que se constata é que a instauração da cadeia de custódia das provas digitais não se configurou e por isso não é possível certificar a fiabilidade probatória do material empregado na denúncia.

O laudo do assistente técnico indicia mesmo uma manipulação de dispositivos eletrônicos após a apreensão judicial que não permite que se descarte a interpretação de que arquivos não originais passaram a fazer parte do material examinado.

É incompreensível e inexplicável a enorme discrepância entre a quantidade de arquivos de imagem identificados por um e outro peritos estaduais.

Observe-se que em paralelo com as “normas penais em branco”, aquelas tratadas pelos preceitos dispositivos dos arts. 158-A e 158-F do CPP funcionam como “normas processuais penais em branco”, como compreendeu o Superior Tribunal de Justiça no paradigmático julgamento da sua 5ª Turma.<sup>70</sup>

E a consequência jurídica a ser pronunciada é a mesma: a inadmissibilidade da referida prova.

Não faria sentido o legislador cogitar uma determinada tipicidade probatória (art. 158-A e ss. do CPP), orientada por critérios de segurança epistemológica e jurídica, e assumir de bom grado que o ato probatório valerá e será valorado ao final do processo, apesar de praticado em desconformidade com o modelo legal.

70. Informativo 763 do Superior Tribunal de Justiça, de 14 de fev. de 2023. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 143.169/RJ. 5ª Turma. Rel.: Min. Messod Azulay Neto. Rel. para acórdão: Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em: 07 fev. 2023.

A inadmissibilidade de uma prova implica em algo mais que a proibição de emprego de meio de prova ou do meio de obtenção de prova. O juízo de inadmissibilidade pretende de forma especial que o destinatário da prova para o fim de decidir não tenha efetivo contato com o elemento probatório inidôneo.

O “não conhecimento” é da essência da “*admissibility*” e da “*exclusion*”, sendo imprescindível a exclusão para prevenir o efeito de contaminação psicológica que mesmo provas com baixo grau de sustentação empírica podem produzir.<sup>71</sup>

Em trabalho clássico sobre a prova no direito processo penal brasileiro, Antonio Magalhães Gomes Filho destaca que “ao *direito à prova* corresponde, como verso da mesma moeda, um *direito à exclusão* das provas que contrariem o ordenamento”<sup>72</sup>.

Na mesma obra, o professor titular da Universidade de São Paulo adverte para o fato de que a manifestação primeira do direito à participação contraditória nas atividades probatórias consiste na faculdade que deve ser assegurada às partes de dialogar a respeito da admissão das provas.<sup>73</sup>

Por óbvio, seria inútil conferir à defesa este direito se porventura fosse permitido ao magistrado simplesmente evitar decidir sobre a questão da admissibilidade, tratando toda matéria como questão de valoração.

Valorar prova a que faltam os requisitos da integridade e autenticidade leva à emissão de sentença e acórdão que, tomando por certo o conhecido, mas ignorando se este conhecido está completo ou foi modificado, pode levar a que preferira a versão à verdade. Não se deve esquecer que a versão de um fato é a visão parcial desse fato.

A qualidade da decisão penal é a meta a ser perseguida, pois dela dependerá a justiça da solução que o Estado oferece ao caso.

A medida desta qualidade, cumpre acentuar, é aferida: a) pela compatibilidade dos procedimentos, entre eles o probatório, ao estado de direito; b) pela definição do Ministério Público como sujeito processual protagonista da ação penal – e não mais o juiz –; c) pela afirmação categórica da principal função judicial como sendo de custódia do complexo dispositivo de construção da decisão penal; d) e, por fim, pela identificação e delimitação dos métodos de demonstração empírica do fundamento das alegações das partes.

Por este ângulo, e seguindo tendência de aproximação dos modelos jurídicos, cabe extrair dos novos princípios do direito probatório, no âmbito do processo penal brasileiro, regra semelhante àquela que, nas *Federal Rules of Evidence (FRE)*, nos Estados Unidos da América, está prevista na Seção IV: a da melhor prova para determinar o fato, como exigência para a acusação ultrapassar a presunção de inocência.<sup>74</sup>

71. JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. *The Internationalisation of Criminal Evidence: beyond the common law and civil law traditions*. Nova Iorque, Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 72.

72. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 93.

73. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 173.

74. Vide: COLOMER, Juan-Luis (Coord.). *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 356-357.

Como sublinhou Alberto Binder, a tarefa de construção da verdade no processo penal, sob o estado de direito, está ordenada por meio de requisitos de verificação dos fatos da causa, conforme standards probatórios (“regras orientadoras fortes”) que tenham a capacidade de limitar a discricionariedade, em um procedimento complexo que precede a tomada de decisão, de acordo com diferentes etapas e dimensões, a saber: a análise da legalidade da prova, a determinação de sua pertinência e utilidade, o “peso” das distintas proposições e a construção do relato judicial de justificação da escolha procedida.<sup>75</sup>

Por este ângulo, nos dias atuais processo civil e processo penal se aproximam.

Alerta Michele Taruffo que, ao ser adotada uma concepção racional-legal de justiça, o processo judicial está orientado à investigação da verdade possível, pois que “uma reconstrução verídica dos fatos da causa é uma condição necessária da justiça e da legalidade da decisão”.<sup>76</sup>

Sublinha o professor italiano que a exigência de busca da verdade dos fatos desponta como condição de veracidade, validade e aceitação da decisão judicial. Segundo este autor, isso recomenda que o conhecimento de circunstâncias relevantes para a decisão recorra quando possível ao emprego de meios científicos, de modo a “reduzir a área na qual o juízo sobre os fatos pode ser formulado somente sobre bases cognoscitivas não científicas”.<sup>77</sup>

E arremata: “a influência das provas científicas se apresenta mais amiúde no processo penal”.<sup>78</sup>

A indiscutível centralidade da questão de mérito do processo – o fato definido como infração penal atribuído ao acusado – adquire relevância concreta porque no lugar da alegação do crime e da condição de criminoso justificar a condenação de alguém (“direito penal do autor”), será a prova deste fato, produzida em respeito aos mencionados *standards* probatórios (“regras orientadoras fortes”), que legitimará a punição conforme o caso (“direito penal do fato”).

A defesa, por sua vez, tem o direito de conhecer a totalidade dos citados elementos informativos para rastrear a legalidade da atividade persecutória e contestar a procedência da pretensão acusatória.

A possibilidade de refutação pela defesa constitui elemento indispensável à validade jurídica de um processo penal estribado na verificação do fato como condição para a punição do acusado.

75. BINDER, Alberto. Prólogo. In: SCHIAVO, Nicolás. *Valoración racional de la prueba en materia penal: un necesario estándar mínimo para La habilitación del juicio de verdad*. Buenos Aires: Del Puerto, 2013. p. 9-10. A noção de “regras orientadoras fortes”, que são os *standards probatórios*, não é totalmente desconhecida do direito brasileiro. A título de exemplo convém fazer referência ao art. 158 do CPP e a exigência de exame de corpo de delito relativamente aos crimes que deixam vestígios.

76. TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial. In: ORTEGA GOMERO, Santiago (Dir.). *Proceso, prueba y estándar*. Lima: ARA, 2009. p. 33.

77. TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial. In: ORTEGA GOMERO, Santiago (Dir.). *Proceso, prueba y estándar*. Lima: ARA, 2009. p. 34-35.

78. TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial. In: ORTEGA GOMERO, Santiago (Dir.). *Proceso, prueba y estándar*. Lima: ARA, 2009. p. 34-35.

O arco de informações submetidas ao contraditório no processo penal à luz do estado de direito é amplo, portanto, e não está limitado ao conjunto de informações que a acusação disponibiliza ao juízo e à defesa.

Há significativa diferença de ordem conceitual e prática entre aquilo que a acusação pode empregar no processo, que delimita a temática que estabelece e condiciona a decisão, por meio da imputação, por um lado, e, por outro, a totalidade dos elementos informativos recolhidos na investigação criminal e até no processo penal, pelas agências públicas de repressão.

Estes elementos são aptos a indicar à defesa a correção ou incorreção da trajetória da própria persecução penal e se não assiste razão à acusação.

Quando avaliada em perspectiva a não integridade da prova digital colhida, conforme juízo do assistente técnico, a conclusão corrobora a suspeição da defesa acerca da ineficácia probatória resultante da não instauração – no extremo – ou da quebra da cadeia de custódia, porque inviabiliza o exercício do direito de defesa.

Verificada a quebra da cadeia de custódia relativamente às provas digitais referidas, todos os elementos probatórios que se conectam aos arquivos digitais estão contaminados e igualmente não são válidos.

A contaminação gerada pela quebra da cadeia de custódia das provas tem tratamento no art. 157 do CPP, que estabelece a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando houver rompimento do nexo de causalidade entre umas e outras, o que não é o caso.

É o que se observa no caso concreto.

A causalidade naturalística própria da cadeia das provas ilícitas impede a avaliação das provas posteriores à declarada ilícita e impõe sua exclusão do processo (art. 157, § 1º, do CPP).

A causalidade normativa, que tem ainda maior peso relativamente à proteção que incumbe à proibição de prova ilícita, produz o mesmo efeito ao interditar o emprego dos conhecimentos obtidos pela prova ilícita para “interpretar” provas aparentemente produzidas sem uma filiação direta e imediata com a prova declarada ilícita.

O tratamento da prova obtida mediante violação da cadeia de custódia é simétrico ao oferecido às provas ilícitas como ressaltado ao longo do estudo.

Vale sublinhar, por fim, que a tradição de controle da ilicitude probatória tem o mérito de incorporar um “efeito dissuasório” – *deterrent effect* – que serve de desestímulo às agências repressivas quanto à tentativa de recorrerem a práticas ilegais para obter a punição.

Esta posição de rigor contra as ilicitudes probatórias tem pautado a atuação de nossos tribunais superiores.

No julgamento do HC 160.662-RJ,<sup>79</sup> a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade acolheu a tese da cadeia de custódia e declarou a ilicitude da prova.

---

79. STJ. Habeas Corpus 160.662/RJ. 6ª Turma. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Impetrante: Fernando Augusto Fernandes e outros. Pacientes: Luis Carlos Bedin e Rebeca Daylac. Data do julgamento: 18 fev. 2014.

Por sua vez, ao julgar caso em que a infiltração da ilicitude probatória contaminou o processo em alto grau, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou primoroso precedente.<sup>80</sup>

#### 4. QUESITOS

À vista do exposto é possível passar a responder aos quesitos formulados no sentido de que:

1) Conforme a documentação do processo apresentada e os laudos emitidos é possível afirmar que no tocante à internação processual, por ordem judicial, das informações digitais adquiridas, o procedimento de instauração e preservação de sua cadeia de custódia foi observado?

Respondido no corpo do parecer. O assistente técnico identificou: *i*) a não instauração da cadeia de custódia das informações digitais, desatendendo-se às boas práticas periciais pertinentes; *ii*) e apontou indícios de não integridade dos elementos digitais empregados na acusação.

A inconfiabilidade técnica desses elementos e a impossibilidade de sua adequada audibilidade afetam a autenticidade dessa prova e prejudicam o contraditório.

2) Na hipótese de constatação da quebra da cadeia de custódia das provas, que consequências jurídicas advêm disso?

Respondido no corpo do parecer.

Em virtude da constatação da não instauração correta da cadeia de custódia das provas digitais e dos indícios que o assistente técnico também apontou, de quebra da cadeia de custódia das provas digitais, os elementos probatórios dessa natureza empregados no processo inequivocamente constituem prova ilícita.

Eventual prova derivada destes elementos está contaminada porque fundada em dado probatório inválido e inadmissível.

Ressalvado melhor entendimento, este é o parecer.

Rio de Janeiro, 18 de junho de 2023.

---

80. Ementa e trechos do voto condutor no: STJ, HC 149.250 SP, 5ª Turma (STJ). Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu. Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e outros. Julgamento em: 07 de jun. 2011. *DJe* 05.09.2011.

### Anexo Modelo de Triagem<sup>81</sup>

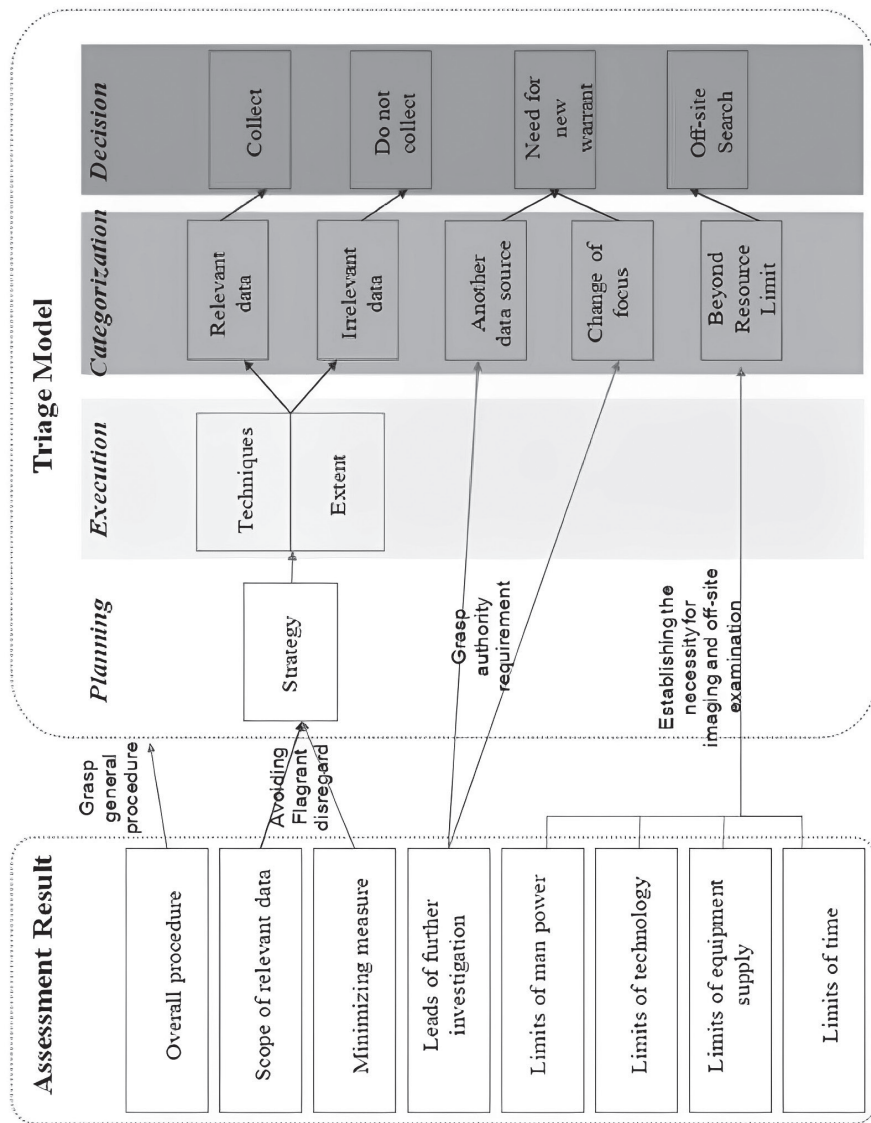


Fig. 3. Graphical representation of relationship between assessment results and triage model.

81. Original retirado de: HONG, Ilyoung; YU, Hyeon; LEE, Sangjin; LEE, Kyungho. A new triage model conforming to the needs of selective search and seizure of electronic evidence. *Digital investigation*, v. 10, p. 175-192, 2013. p. 180.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Digital

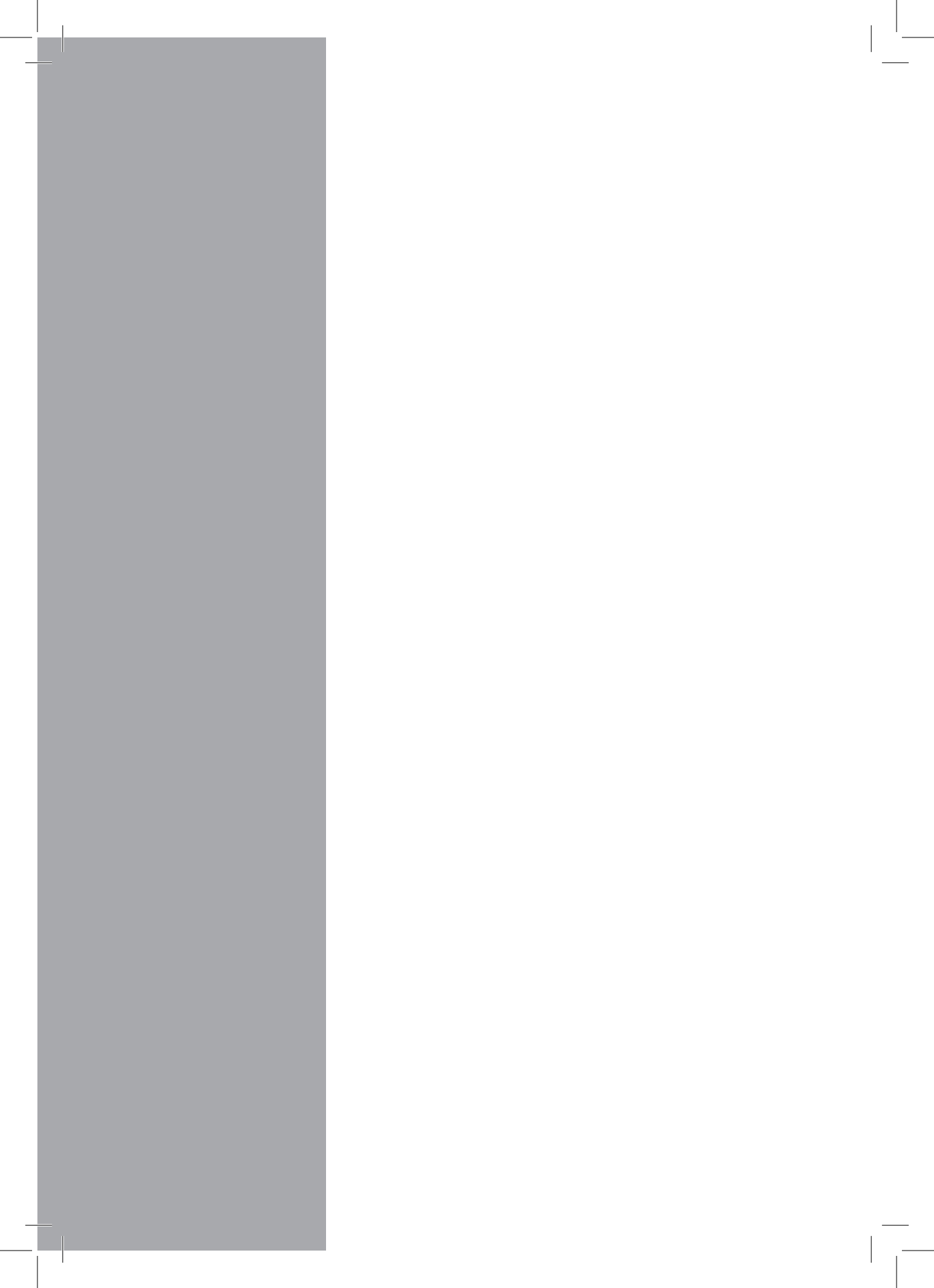
### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A cadeia de custódia como elemento fundamental da validade e utilidade das provas digitais, de Maurício Tamer – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 36/2023;
- Admissibilidade das provas digitais: o que se faz na nuvem; fica na nuvem, de Fernanda Antunes Marques Junqueira e Flávio da Costa Higa – *RDT* 229/75-95;
- A investigação criminal no Brasil: uma proposta de avaliação de desempenho com base na experiência internacional, de Nefi Cordeiro e Elton Luiz Bueno Candido – *RBCCrim* 189/269-288;
- Existem limites probatórios na era digital? – a validade processual penal e constitucional das provas digitais, de Guilherme Machado de Castilhos e Aline Pires de Souza Machado de Castilhos – *RT* 1010/275-294; e
- Promotores e provas digitais: tecnologias na nuvem oferecem uma solução, de Gina Jurva – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 27/2022.



# **Índice**

## **Alfabético-remissivo**



## AUTORES

### B

BARROS, Vinicius Diniz Monteiro de

- Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos standards de prova no processo penal brasileiro; p. 119

BELLO FILHO, Ney de Barros

- Execução antecipada da pena: inflexões argumentativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; p. 239

### C

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda

- Verdade e *Fake News*; p. 29

### D

DIVAN, Gabriel

- Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas; p. 73

### F

FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de

- Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político criminal; p. 153

### G

GIOSTRA, Glauco

- Justiça e verdade; p. 109

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen

- Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas; p. 73

### K

KHALED JR, Salah H.

- Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas; p. 73

## N

NETO, José de Assis Santiago

- Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos standards de prova no processo penal brasileiro; p. 119

## O

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; p. 177

## P

PAULA, Leonardo Costa de

- Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos standards de prova no processo penal brasileiro; p. 119

PRADO, Geraldo

- Parecer: investigação criminal digital e processo penal; p. 315

## R

RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva

- *Deepfakes* pornográficas não-consensuais: a busca por um modelo de criminalização; p. 277

## S

ROESLER, Claudia Rosane

- Execução antecipada da pena: inflexões argumentativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; p. 239

SILVEIRA, Felipe Lazzari da

- O *lawfare* brasileiro: dos contributos à ascensão fascista ao recrudescimento do autoritarismo processual penal; p. 211

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da

- Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político criminal; p. 153

SOUZA, Bruno Cunha (TRADUTOR)

- Justiça e verdade; p. 109

STRECK, Lênio Luiz

- Um manifesto antirrelativista: só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados; p. 53

## V

VIEIRA, Guilherme Gomes

- Execução antecipada da pena: inflexões argumentativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; p. 239

## TEMAS

### A

**Abuso sexual da imagem** – *Deepfakes* pornográficas não consensuais: a busca por um modelo de criminalização, p. 277

**América Latina** – Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político criminal, p. 153

**Analítica e retórica** – Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos standards de prova no processo penal brasileiro, p. 119

**Atuação do julgador** – Quem é o dono da verdade no processo penal? a busca da verdade, as expectativas sobre humanas e a verdade como confirmação, p. 177

### C

**Cadeia de custódia das provas digitais** – Parecer: investigação criminal digital e processo penal, p. 315

**Colonialismo** – Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político criminal, p. 153

**Controle da internet** – *Deepfakes* pornográficas não-consensuais: a busca por um modelo de criminalização, p. 277

**Crítica hermenêutica do direito** – Um manifesto antirrelativista: só há interpretações

porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados, p. 53

### D

**Deepfake** – *Deepfakes* pornográficas não-consensuais: a busca por um modelo de criminalização, p. 277

#### Democracia

- Justiça e verdade, p. 109
- O *lawfare* brasileiro: dos contributos à ascensão fascista ao recrudescimento do autoritarismo processual penal, p. 211
- Verdade e *Fake News*; p. 29

**Direito processual penal** – Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político criminal, p. 153

**Dúvida** – Justiça e verdade, p. 109

### E

#### Epistemologia

- Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos standards de prova no processo penal brasileiro, p. 119
- Um manifesto antirrelativista: só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados, p. 53
- Verdade e *Fake News*, p. 29

- Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas, p. 73

**Execução antecipada da pena** – Execução antecipada da pena: inflexões argumentativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 239

## F

**Fascismo** – O *lawfare* brasileiro: dos contributos à ascensão fascista ao recrudescimento do autoritarismo processual penal, p. 211

**Fake News** – Verdade e *Fake News*, p. 29

## H

**Hermenêutica jurídica** – Um manifesto antirrelativista: só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados, p. 53

## I

**Investigação criminal digital** – Parecer: investigação criminal digital e processo penal, p. 315

## J

**Jurisprudência** – Execução antecipada da pena: inflexões argumentativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 239

**Justiça** – Justiça e verdade, p. 109

## L

**Lawfare** – O *lawfare* brasileiro: dos contributos à ascensão fascista ao recrudescimento do autoritarismo processual penal, p. 211

**Liberdade sexual** – *Deepfakes* pornográficas não-consensuais: a busca por um modelo de criminalização, p. 277

## N

**Neoliberalismo** – O *lawfare* brasileiro: dos contributos à ascensão fascista ao recrudescimento do autoritarismo processual penal, p. 211

## P

**Pornografia não consensual** – *Deepfakes* pornográficas não-consensuais: a busca por um modelo de criminalização, p. 277

**Presunção de inocência** – Execução antecipada da pena: inflexões argumentativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 239

**Princípio unificador** – Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos standards de prova no processo penal brasileiro, p. 119

### Processo penal

- O *lawfare* brasileiro: dos contributos à ascensão fascista ao recrudescimento do autoritarismo processual penal, p. 211
- Quem é o dono da verdade no processo penal? a busca da verdade, as expectativas sobre humanas e a verdade como confirmação, p. 177

- Um manifesto antirrelativista: só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados, p. 53

- Verdade e *Fake News*, p. 29

- Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas, p. 73

**Processo penal brasileiro** – Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos standards de prova no processo penal brasileiro, p. 119

**Prova** – Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas, p. 73

**Prova digital** – Parecer: investigação criminal digital e processo penal, p. 315

**Prova penal** – Quem é o dono da verdade no processo penal? A busca da verdade, as expectativas sobre-humanas e a verdade como confirmação, p. 177

## R

**Racionalismo** – Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas, p. 73

**Reformas processuais penais** – Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político criminal, p. 153

**Revelação da verdade** – Quem é o dono da verdade no processo penal? A busca da verdade, as expectativas sobre-humanas e a verdade como confirmação, p. 177

## S

**Sistema acusatório e sistema inquisitório** – Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos standards de prova no processo penal brasileiro, p. 119

**Standard probatórios** – Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos standards de prova no processo penal brasileiro, p. 119

**Supremo Tribunal Federal** – Execução antecipada da pena: inflexões argumentativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 239

## T

**Teoria da decisão judicial** – Um manifesto antirrelativista: só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados, p. 53

**Teorias da argumentação jurídica** – Execução antecipada da pena: inflexões argumentativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 239

## V

**Valores** – Justiça e verdade, p. 109

### Verdade

- Justiça e verdade, p. 109
- Verdade e *Fake News*, p. 29
- Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas, p. 73



# MELHORES AVALIADORES REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



**(2º Semestre – 2023)**

Andre de Abreu Costa (Universidade Federal de Ouro Preto - Ouro Preto/MG)

Marcelo Semer (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)

---



# NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



*Política editorial determinada  
pela equipe editorial  
em conformidade com o conselho  
editorial da RBCCRIM,  
sujeita à revisão periódica.*

## 1. DADOS GERAIS DO PERIÓDICO

- **Nome:** Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- **Responsável:** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- **Formato:** impresso (Editora Thomson Reuters)
- **Ano de criação:** 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade:** bimestral
- **Recebimento de manuscritos:** fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN:** 1415-5400
- **Qualis:** A1

## 2. LINHA EDITORIAL:

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes seções:

- a) *Direito Penal:* abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;
- b) *Processo Penal;*
- c) *Crime e Sociedade;*

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação – Comentário*

Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

## 1. REGRAS PARA SUBMISSÃO

O envio dos trabalhos deverá ser feito por meio de cadastramento direto no sistema (OJS): <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index>. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

### 1.1. Condições para submissão

- a) É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.
- b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações;
- c) Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na *internet*; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.
- d) Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano.**

- e) Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.
- f) Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano;
- g) Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

## 2. ELEMENTOS FORMAIS OBRIGATÓRIOS

- a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo Lattes e número do ORCID.
- b) Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.
- c) Como fonte, **usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm.** A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
- d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
- e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, **deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.**
- f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).
- g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

- h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.
- i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.
- j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.
- k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:  

Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.
- l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.
- m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). As referências bibliográficas completas deverão constar apenas da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. Em notas de rodapé não se inclui referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses. Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.
- n) Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *itálico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.
- o) Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:
  - Citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35) descreve: “O estudo

da morfologia dos terrenos [...] ativos[...].” OU: “Não se mova, faça de conta que está morta.” (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

- Citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas do texto, com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor (corpo 10) que a utilizada no texto corrido, espaçamento simples entre as linhas e sem aspas.

A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone e computador. Através de audioconferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

- p) As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link*, introduzido pela expressão “Disponível em:” e a data de acesso, precedida da expressão “Acesso em:”. As datas devem seguir o padrão de abreviação universal ABNT. Exemplo: 20 ago. 2012; 15 set. 2018; 22 mar. 2019 etc.
- q) Sugere-se que esquemas, organogramas, tabelas e gráficos sejam inseridos no texto por meio de imagens, de modo a evitar distorções na posterior diagramação.

### 3. CIENTIFICIDADE

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, sumarizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

#### 3.1 Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

- a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos;

- b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua crítica intelectual importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.<sup>1</sup>
- b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.
- c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.
- d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.
- e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expreso e preciso.
- f) Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.
- g) Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.
- h) Responsabilidade com Dados
- Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
  - Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
  - Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

---

1. MONTENEGRO, Mario R. ALVES, Venâncio A. Ferreira. Critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. *Acta boT. bras.* 11 (2): 1997. Acesso em: 25 abr. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/abb/v11n2/v11n2a14.pdf>

### 3.2. *Reponsabilidade editorial*

- a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.
- b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.
- c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.
- d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

### 3.3. *Política de Privacidade*

- a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.
- b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.
- c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicação do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.
- d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.
- e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

#### 4. RESENHAS CRÍTICAS, PARECERES, COMENTÁRIOS JURISPRUDENCIAIS E ENTREVISTAS

- a) Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).
- b) Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.
- c) Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.
- d) As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:
  - Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
  - Contribui para a popularização do conhecimento científico?
  - Apresenta inovações significativas?
  - Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
  - Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
  - Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço;
  - Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol;
  - Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista;
  - Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros;
  - Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: “O quê” e/ou “Quem?”, “Quando?”, “Onde?”, “Como?”, e “Por quê?”.

- e) A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

## 5. PROCESSO DE AVALIAÇÃO E PUBLICAÇÃO

- a) Controle preliminar formal (*desk review*): Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:
  - 1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
  - 2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
  - 3. O trabalho apresenta linguagem adequada e científica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
  - 4. O trabalho é inédito?
  - 5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
  - 6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.
- c) No curso da avaliação por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.
- d) Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico, que poderá condicionar a sua publicação à realização de mais de uma rodada de correções, caso as justificativas apresentadas para a não adoção das recomendações não pareçam consistentes e satisfatórias.
- e) Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

## 6. DIREITOS AUTORAIS

- a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

## 7. REVISÃO, DIAGRAMAÇÃO, IMPRESSÃO E PUBLICAÇÃO

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser “meras correções ortográficas”. Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

## 8. CRITÉRIOS DE ESPERA E PREFERÊNCIA PARA PUBLICAÇÃO

- a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/

CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.

- b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância;
- c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação;
- d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada;
- e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras;
- f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro;
- g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).
- h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.
- i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

### 8.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares (*double blind peer review*) e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

### 8.2. *Volumes e dossiês especiais*

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares (*double blind peer review*).

---

# DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



*Diretrizes determinadas pela equipe editorial  
em conformidade com o conselho editorial da  
RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.*

## 1. COMPOSIÇÃO DO CORPO DE AVALIADORES

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. **Os artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação.**

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastrar por meio do seguinte link: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index>

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer*, sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição).

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador terá direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM**, conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

**Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.**

Para fins de **determinação do volume (mês)** em que houve a **colaboração do parecerista**, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

- a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;
- b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

## 2. REQUISITOS PARA INGRESSO NO CORPO DE AVALIADORES

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

- a) possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);
- b) Possui número de registro ORCID
- c) possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;
- d) possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;
- e) atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

## 3. DIRETRIZES PARA REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar que existem **limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista**, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que atente-se à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e justificação do parecer.

Para a realização da avaliação, impõe-se o conhecimento prévio das regras contidas no documento referente à Política Editorial da RBCCRIM, que pode ser acessado no link: [https://www.ibccrim.org.br/rbccrim\\_normas\\_publicacao](https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)

Considerando tais diretrizes e os critérios elencados no modelo de parecer, deve-se iniciar a avaliação pelos “critérios de exclusão” (parte 1), que determinam aspectos formais indispensáveis ao artigo científico, sob pena de rejeição preliminar, o que, de qualquer modo, precisa ser motivado no campo de justificação (parte 3). Se considerado apto em tal análise, deve-se realizar a avaliação qualitativa conforme os “critérios de avaliação” (parte 2), determinando-se uma nota ao artigo, e, ao final, motivando-se tal decisão. Por fim, deve-se apontar o parecer final e os demais aspectos acessórios.

**A ausência de justificativa ou sua inconsistência acarreta a invalidade do parecer! A mera marcação dos critérios e definição de nota é insuficiente, sendo necessária a motivação específica, onde deve-se descrever brevemente o conteúdo fundamental do trabalho analisado e sua adequação aos critérios determinados.**

#### 4. REGRAS SOBRE DISPONIBILIDADE E PRAZOS DE RESPOSTA

Cada integrante do corpo permanente de avaliadores da RBCCRIM deverá estar disponível para emitir **até dois pareceres por bimestre no prazo de 15 dias a partir do recebimento da solicitação**.

Em caso de não realização do parecer em razão da temática específica do artigo enviado necessitar **avaliador *ad hoc***, tal situação deverá ser motivada especificamente no formulário de avaliação.

A cada período de atividade de 12 meses, o avaliador poderá solicitar a **suspensão temporária** de encaminhamento de novos artigos para avaliação pelo prazo de até 3 meses, sem afastamento do corpo de avaliadores permanentes.

Em caso de inatividade por 2 meses (não resposta às solicitações) ou duas negativas injustificadas consecutivas, descumprimento das regras e desrespeito reiterado dos prazos, o avaliador será **imediatamente afastado** do corpo permanente de pareceristas da RBCCRIM, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

#### 5. PRESSUPOSTOS DE INTEGRIDADE ÉTICA AOS AVALIADORES

**(Versão inspirada nas diretrizes adotadas e sugeridas pela Revista Teoria Jurídica Contemporânea, periódico do PPG em Direito da UFRJ. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/about/editorialPolicies>>. Acesso em: 16 mar. 2016).**

O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. A avaliação deve ser realizada com o objetivo de aprimorar a produção científica do Direito.

O parecerista não deve utilizar critérios distintos daqueles determinados no modelo de parecer da RBCCRIM. Um trabalho não deve ser rejeitado por discordâncias pessoais do avaliador (salvo se o trabalho sustentar posições avessas e incompatíveis às diretrizes regimentais e políticas do IBCCRIM) ou formalidades distintas das requeridas pelo periódico, mas **devem ser considerados somente critérios científicos para o aprimoramento das ciências criminais**.

O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial **conflito de interesse**, quando manter colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. “Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade”

## 6. PRINCÍPIOS PARA UMA BOA AVALIAÇÃO<sup>1</sup>

**Confidencialidade:** é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

**Imparcialidade:** a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma “autovigilância” constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

**Fundamentação:** a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma

---

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVLaw, disponível online.

fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

**Respeito aos prazos:** o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(as) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

### **Feedback Construtivo**

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

- (I) **Comece ressaltando os pontos positivos:** iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.
- (II) **Seja específico e ofereça alternativas:** é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como “muito bom”, “muito ruim”, “terrível” etc, costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(a) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.
- (III) **Seja mais descritivo e gentil:** assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela “avaliação cega” não pode nos fazer esquecer de que, “do outro lado” do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.
- (IV) **Evite adjetivos:** Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado

argumento é “ruim” ou “frágil” é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.

- (V) **Ofereça uma contribuição:** cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.
-

## CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

(ou “como evitar uma rejeição preliminar”)

- \* requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCCRIM ([https://www.ibccrim.org.br/rbccrim\\_normas\\_publicacao](https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao))
  - ✓ **O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista?** Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
  - ✓ O cadastro do artigo no sistema de submissões (OJS) foi preenchido em sua integridade? (<https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCCRIM/index>). OBS: o arquivo precisa estar no formato .doc (word)
  - ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCCRIM?
  - ✓ O texto é precedido de **título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?**
  - ✓ O artigo é dividido em tópicos e apresenta **itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências?**
  - ✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?
  - ✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?
  - ✓ **Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?**
  - ✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?
  - ✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?
  - ✓ O artigo utiliza **referências** atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
  - ✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCCRIM?
-



# A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL ÀS SENTENÇAS DO TRIBUNAL DO JÚRI

*REASONED DECISIONS AND THE ARTICLE 935 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE:  
UNCONSTITUTIONALITY OF THE BINDING EFFECTS FROM  
THE JURY'S DECISIONS TO THE CIVIL JUSTICE*

**DANIEL DE OLIVEIRA PONTES**

Mestrando em Direito Processual na Universidade  
do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.  
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017

Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Civil; Penal

**RESUMO:** No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

**ABSTRACT:** The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

**KEYWORDS:** Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.<sup>1</sup>

Seja como for, é indubitado que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

## 7. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, abr.-jun. 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Procedure and democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.
- TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu*, n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

---

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

*Diagramação eletrônica:*  
Linotec Fotocomposição e Fotolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80

*Impressão e encadernação:*  
DEK Comércio e Serviços Ltda., CNPJ 01.036.332/0001-99

