

- ¹⁴ São Paulo, 2019, p. 193.
BENEDITO, Deise. 130 anos de abolição: tortura e maus tratos, o código jurídico da dor tem cor!! In: GÓES, Luciano. *130 Anos de (des)ilusão: a farsa abolicionista em perspectiva desde olhares marginalizados*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 44.
- ¹⁵ CHIES, Luiz Antonio Bogo; ALMEIDA, Bruno Rotta. Mortes sob custódia prisional no Brasil. Prisões que matam; mortes que pouco importam. *Revista de Ciências Sociais*, DS-FCS, v. 32, n. 45, p. 67-90, jul./dez. 2019.
- ¹⁶ Cf. LIEBLING, Alison. The meaning of ending life in prison. *Journal of Correctional Health Care*, v. 23, 2017.
- ¹⁷ NEUMAN, Elías. *El estado penal y la prisión-muerte*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.
- ¹⁸ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.
- ¹⁹ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Boletim Semanal Covid-19 no Sistema Prisional e no Sistema Socioeducativo* (atualizado até 31/08/2020). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos/>.
- ²⁰ Acesso em: 04 set. 2020.
- ²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Painel de Ações Covid-19*. Disponível em:

- https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Acesso em: 6 set. 2020. Em levantamento do início de agosto de 2020, verificou-se que o STF nega 81% dos *habeas corpus* impetrados com base na Resolução 62 do CNJ. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-nega-81-dos-hcs-baseados-na-recomendacao-62-do-cnj-sobre-a-covid-19-07082020>. Acesso em: 6 set. 2020.
- ²² Sobre gestantes e lactantes, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 186185, Relator: Min, LUIZ FUX, Decisão Monocrática, julgado em 29/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 30-06-2020 PUBLIC 01-07-2020; sobre idosos, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal HC 188997, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Decisão Monocrática, julgado em 24/07/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 28-07-2020 PUBLIC 29-07-2020.
- ²³ RUOTOLO, Marco. *Derechos de los detenidos y constitución*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 222.
- Nesse sentido, cf. ANITUA, Gabriel Ignacio. Emergencia penitenciaria y emergencia sanitaria. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *Pandemia: derechos humanos, sistema penal y control social* (em tempos de pandemia). Valencia: Tirant lo Blach, 2020, p. 213 et seq.

Autores Convidados

A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A BUSCA DA VERDADE E A LIMITAÇÃO DO PODER

INCOMPATIBILITY BETWEEN THE SEARCH FOR TRUTH AND THE LIMITATION OF POWER

Thiago Miranda Minagé

Pós Doutorando em Direito na UFRJ/FND. Doutor e mestre em Direito pela UNESA/RJ, Professor de Professo Penal da ABDConst, UNESA/RJ. Presidente da ABRACRIM-RJ. Advogado.

ORCID: 0000-0003-0829-9441

thiago@thiagominage.com.br

Resumo: O presente trabalho propõe uma análise sóbria sobre a teoria da prova, o lugar da verdade e a real finalidade do processo penal. No decorrer da pesquisa, a união do campo epistemológico com o jurídico e a coesão entre finalidade da prova e do processo penal são desafios que surgem para serem enfrentados, frente à equivocada concepção de que a valoração da prova seria algo intuitivo, utilizada por meio de habilidades comuns de nosso cotidiano, somada à contraditória finalidade probatória enquanto busca da verdade e finalidade do processo como limitador do poder e garantidor de direitos.

Palavras-chave: verdade, teoria da prova, processo penal, poder, garantias.

Abstract: The present dissertation proposes a pragmatic analysis on the theory of evidence, the place of truth and the real purpose of the criminal process. In the course of the research, the union of the epistemological field with the legal field and the cohesion between the purpose of the proof and the criminal process are challenges that arise to be faced, in the face of the mistaken conception that the valuation of the evidence would be something intuitive, used through common skills of our daily life, added to the contradictory probative purpose while searching for the truth and purpose of the process as a limiter of power and guarantor of rights.

Keywords: evidence theory, criminal proceedings, power, guarantees.

Introdução

A doutrina predominante de abrangência nacional, ressalvadas exceções pontuais, tem abordado a teoria da prova exclusivamente sob dois enfoques: *normativo* de análise das regras¹ e *finalístico* de compreensão do objetivo a ser alcançado.² Mediante o prisma meramente normativo sobre a prova, os métodos probatórios e os princípios que independem do direito são ignorados.³ E, quanto ao âmbito finalístico, deixa-se de lado a concepção de qual seria a finalidade do processo penal.

Dessa forma, dois desafios surgem e devem ser enfrentados: a união do campo epistemológico com o jurídico e a coesão entre finalidade

da prova e do processo penal, eis que encontramos uma equivocada concepção de que a valoração da prova seria algo praticamente intuitivo, utilizada por meio de habilidades comuns de nosso cotidiano, somada à contraditória finalidade probatória (busca da verdade⁴) e conflitando diretamente com a finalidade do processo penal (garantia de direitos e controle do poder).

A premissa adotada para desenvolvimento do presente artigo é a de compatibilização do aparentemente incompatível.⁵ A natureza jurídica do processo penal parece estar dissociada do sistema orientado pela compreensão da própria Constituição de 1988. Necessário, então, estabelecer referenciais semânticos (no mínimo)

para: legitimidade do Estado Democrático de Direito; natureza jurídica do processo penal; sistema processual e legitimidade do poder estatal (estado juiz).

1. Natureza Jurídica do Processo e sua Finalidade Incompatibilidades conceituais

A visão tradicional sobre o processo penal não apresenta a menor coerência sobre o seu funcionamento frente aos preceitos democráticos oriundos da Constituição, que refundou o Estado Democrático de Direito em 1988. Tal afirmativa pode ser constada de duas formas: *falta de referenciais semânticos*: aplicação da lei penal, defesa da sociedade, *in dubio pro societate* e outros; *desrespeito a direitos garantidos na constituição*: sigilo, burocracia escrita, prisão preventiva como regra e outros elementos que formam uma distorção do efetivo papel do processo penal constitucional.⁶

Os autores clássicos que antecederam o contexto constitucional de 1988 entendiam e explicavam o processo penal de forma distinta da perspectiva de hoje. Por exemplo: **José Frederico Marques**⁷ afirmava que *da prática de um fato delituoso nasce para o Estado o Direito de punir*. Observem a nítida compreensão de processo penal como *Direito subjetivo de punir*. Para o saudoso autor, a ideia de *jurisdição* é de função estatal de aplicação do direito, ou seja, processo é (era) instrumento de aplicação da lei penal.

Em momento mais recente, temos o posicionamento do Prof. **Fernando da Costa Tourinho Filho**,⁸ que embora tenha escrito já na vigência da atual Constituição, deixa clara suas matrizes teóricas em tempos passados, por exemplo: *quando ocorre uma infração penal, cabe ao próprio Estado (...) garantir a observância da lei (...) o direito de punir os infratores corresponde ao Estado*. E mais à frente arremata: *no instante em que alguém realizada a conduta proibida (...) o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida*.

Os autores citados possuem ponto em comum: foram influenciados pela doutrina capitaneada por **Vincenzo Manzini**,⁹ que promove a ideia de que a finalidade do processo penal é realizar a pretensão punitiva estatal.

Frente a essa realidade conflitante, deparamo-nos cotidianamente com práticas separatistas entre o "constitucional" do "processual" – como se isso fosse possível –, admitindo e aplicando-se um processo penal completamente alheio aos ditames estipulados na Constituição. Pois bem, aqui cabe uma pergunta a ser respondida no decorrer do texto: Entre a Constituição e o Código de Processo Penal, qual deveríamos seguir?

Essa – não adequação – do processo penal à Constituição inviabilizou que o juiz (jurisdição) compreendesse o seu lugar e consequente função no processo que, de certa forma, além de lhe conferir poderes quase que incontroláveis, acarretou um acentuado enfraquecimento da importância das partes (em especial da defesa).¹⁰ Fruto da manutenção compreensiva do processo (fora da Constituição) como *mera relação jurídica* para que o juiz satisfaça os *escopos metajurídicos* de pacificação da sociedade.¹¹

É através do procedimento que o Estado exerce seu poder e, por questões óbvias, a via procedimental incorreta acarreta a ilegitimidade estatal.¹² Significa dizer que o processo penal somente se legitima na medida em que se democratizar e for devidamente construído a partir da Constituição.¹³ O devido processo legal (atuação jurisdicional) – *dentro da Constituição* – é verdadeiro direito fundamental do cidadão, identificando, assim, sua respectiva natureza jurídica, muito bem-posta por **Jose Emilio Medauar Ommati**.¹⁴

Explicando melhor, é de extrema importância entender o fenômeno processual, conjugado com o direito material, pois é dessa perspectiva que se identifica a finalidade do processo penal. Isso não significa vincular um ao outro, muito menos transportar teorias de um para o outro, mesmo porque, apenas com essa consideração, será alcançada uma correta adequação procedimental, intimamente relacionada aos direitos fundamentais e garantias de cada indivíduo envolvido no

processo, de forma a legitimar o exercício do poder. O processo é limitador do poder e garantidor de direitos.

Assim, não se apresenta prematuro afirmar que a natureza jurídica do processo é direito fundamental e sua finalidade é a limitação do poder, bem como a garantia de direitos individuais do envolvido.

2. Produção probatória no processo penal e o estudo de sua finalidade

Indispensável iniciar essa parte da análise reconhecendo a importante contribuição de **Jordi Ferrer Beltrán** ao trabalhar a ideia de provas, em especial, no processo penal, onde afirma a necessidade de se levar em consideração a multiplicidade de particularidades existentes na seara criminal. Logo, a perspectiva compreensiva não deve partir de uma noção geral típica das ciências naturais,¹⁵ e sim, estruturada e aplicada a uma noção específica de prova e produção probatória de cunho jurídico-processual-penal.¹⁶

Como em toda perspectiva científica, a discussão dos objetivos e finalidades da produção probatória são desenhados mediante a fixação de métodos que os determinem e, a partir desta análise, observamos a primeira *zona* de aparente incompatibilidade da finalidade da prova (multiplicidade de particularidades) para com a finalidade do processo penal (direito fundamental de limitação do poder e garantia de direitos).

No livro *Verdad, error y proceso penal (un ensayo sobre epistemología jurídica)*¹⁷, de Larry Laudan, identifica-se 03 (três) objetivos/finalidades que o processo penal pode perseguir: 1) averiguar a verdade sobre a imputação;¹⁸ 2) distribuição do erro;¹⁹ e 3) valores de políticas públicas não epistêmicos.²⁰ Talvez o grande desafio a ser superado pelo estudo do processo penal – seja no campo das estruturas ou mesmo no âmbito dogmático – seja a tensão existente entre *condenação de inocente* e *absolvição de culpado*. Fato é: um sistema de justiça criminal que erra frequentemente, seja na condenação ou na absolvição, tende a não se legitimar quanto à obediência e respeito dos jurisdicionados a ele submetidos.²¹

Considerar o processo penal como um instrumento para descoberta da verdade é dizer que este processo se adequa à ideia de que se trata de sistema de justiça penal *epistêmico*.²² Em termos gerais, falar sobre epistemologia jurídica é determinar se os diversos sistemas de investigação de busca da verdade se adequam, ou não, aos procedimentos e regras estruturais, de forma a permitir a identificação de crenças verdadeiras acerca do mundo, ou seja, se há como, no processo, cumprir com seu propósito que é encontrar a verdade.²³

De certa forma, **Laudan** trabalha a ideia de que o propósito básico do processo penal consiste na busca e identificação da verdade,²⁴ pois entende que uma decisão judicial, para que seja considerada justa, depende essencialmente da identificação de *quem fez o quê*.²⁵ Ou seja, ainda que a verdade não seja, por si só, sinônima de justiça, para considerar com precisão de acerto as decisões tomadas, deve-se considerá-la como requisito essencial para obtenção dessa justiça.

Para **Michele Taruffo**, a ideia de processo é identificada como um instrumento de busca da verdade²⁶ no qual o juiz assume uma posição de historiador que busca indícios para a reconstrução histórica de um fato,²⁷ e que regras limitativas da produção probatória devem ser consideradas como institutos anti-epistemológicos.²⁸ Ou seja, a sequência de atos processuais é uma atividade epistêmica cognitiva,²⁹ pois a prova não deve guardar uma finalidade retórica ou persuasiva e sim exercer uma função heurística epistêmica de descoberta da verdade.³⁰ As premissas postas por **Taruffo** tomam por base os estudos capitaneados por **Ilama Laudan**, que pauta sua análise em critérios gerais/genéricos de conhecimento, que devem ser aplicados para se estabelecer a verdade acerca de um fato determinado.³¹

Para **Ferrer Beltrán**, o método ideal a ser adotado é o de *relação teleológica entre prova e verdade*.³² Mediante esta perspectiva, a verdade é colocada na posição de objetivo/finalidade a ser alcançada pela produção probatória. De certa forma, vincula aos enraizados

nesta concepção a ideia de que a verdade é condição para o correto exercício da jurisdição,³³ sendo alcançada apenas por meio de um processo justo³⁴ e assim, como consequência, atinge-se a almejada *decisão justa*.

Atualmente, navegamos em concepções que passam pela ideia de processo como instrumento legal para a verificação de uma imputação em que se atribui a alguém a prática de um fato definido como crime. Logo, processo seria uma opção política orientada, ou seja, todo o procedimento seria uma escolha de valor. A legitimação do exercício do poder jurisdicional se basearia na ideia de justiça em que há: um correto juízo fático, com vistas à reconstrução histórica dos fatos imputados;³⁵ um correto juízo de direito, com uma acertada interpretação da lei e aplicação da norma aos fatos; e estrita observância do rito legal.³⁶ Nesse sentido, o processo teria como finalidade a legitimação do exercício do poder.

Pela perspectiva exposta acima, temos a concepção de que justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder.³⁷ Essa verdade, com as limitações expostas acima, não seria a única finalidade do processo, mas também um meio necessário para poder, adequadamente, decidir qual seria a hipótese legal aplicável ao caso concreto. Ou seja, se a descoberta da verdade é uma condição necessária para a justiça da decisão, certamente não é o único fim do processo.³⁸ A verdade é apenas um pressuposto para poder adequadamente decidir qual é a hipótese legal aplicável ao caso concreto.³⁹ Tal afirmação/constatação seria compatível com a finalidade do processo?

Ocorre que, para o alcance do objetivo/finalidade da prova (verdade), são estabelecidas regras jurídicas que possam regular a produção probatória. Pois, diferente de uma produção probatória genérica ou comum, no âmbito jurídico, não estamos diante de uma atividade livre e desregulada. Ou seja, para **Ferrer Beltrán**, o objetivo/finalidade da prova é a verificação da verdade,⁴⁰ mediante a comprovação de fatos passados,⁴¹ respeitando as regras jurídicas estabelecidas,⁴² por meio das quais as partes,⁴³ limitadas temporalmente (reconstrução histórica dos fatos),⁴⁴ apresentam ao julgador⁴⁵ elementos que possam justificar uma decisão dotada de autoridade.⁴⁶

3. A tensão entre a finalidade da produção probatória e o objetivo (e natureza) do processo penal

Entender que o processo penal deve reger-se pelo disposto na Constituição é conceber sua natureza jurídica como direito fundamental, que desencadeia uma finalidade de limitação do poder e garantia de direitos. No entanto, trabalhar com os fundamentos epistemológicos da prova penal é partir de uma premissa sobre a possibilidade de se atingir um conceito verdadeiro. Para tanto, o processo terá que ser moldado a partir de elementos estruturais que lhe permitam funcionar como um instrumento epistêmico,⁽⁴⁷⁾ ou seja, o processo deve ser entendido como um mecanismo cognitivo, que viabilize as atividades processuais voltadas à investigação, admissão, produção, valoração da prova e a própria decisão final, sempre voltadas para a descoberta da verdade. Eis o ponto.

Várias questões surgem com essa incompatibilidade. E se a verdade sempre for instrumental? E, por isso, não há nenhuma essência nem na realidade nem na verdade. Apenas ponto de vista e conveniência contextual. Processo é narrativa - acusatória e defensiva - e a busca da verdade seria/exercício do poder. A defesa está totalmente fora dessa perspectiva de exercício do poder. Por isso, explica-se o processo ser limitador do poder e garantidor de direitos. Bom, como manter a busca da verdade como legitimador punitivo?

Mesmo porque, pela perspectiva de sistema processual, quem faz a gestão do conhecimento - logo, da prova -, dizendo sobre o que foi "encontrado" o resultado seria/será a verdade. O processo é como uma máquina que depende da sintonia de suas peças para funcionar corretamente.

De fato, nessa perspectiva trabalhada pelos autores citados, a forma pela qual se compreende a atividade probatória investe o juiz

(julgador) de uma suposta aptidão para buscar e encontrar a almejada e perseguida verdade. Ou seja, se o processo é um instrumento que permite, alimenta e favorece a busca e descoberta da verdade, toda e qualquer limitação de produção probatória deve ser considerada como um óbice, um obstáculo antiepistêmico.⁴⁸

Caso observem o próprio **Ferrer Beltrán** ao enfatizar a especificidade da prova jurídica em relação à prova produzida em qualquer outro âmbito de experiência, afirmando que a atividade probatória não é livre e está submetida a um grande número de regras limitativas⁴⁹ acaba por permitir questões antiepistêmicas que, de certa forma, serão contrárias, limitativas e até mesmo impeditivas de descoberta da verdade.⁵⁰

Assim, como posto, ao considerar que o processo se adequa a um sistema penal de caráter jurídico epistêmico, teremos a seguinte questão a ser superada: aceitando a premissa posta de que a produção probatória tem por objetivo/finalidade a busca da verdade,⁵¹ cria-se uma considerável e irreduzível confusão/contraposição quanto aos objetivos e finalidades do processo e suas regras processuais garantidoras de direitos e limitadora do poder, questões indissociáveis, que são consideradas como epistêmicas (busca de verdade) e não epistêmicos (limitadora do poder).⁵²

A afirmativa posta de que *limitação probatória é antiepistêmico* reflete em várias questões processuais que devem ser desmistificadas para compreensão da ideia proposta, tais como: 1) contraditório; 2) imparcialidade do julgador; 3) vedação da prova ilícita. Questões estas que, de certa forma, são essenciais para um processo penal democrático.

A falta de precisão compreensiva do processo penal acaba por ser uma ferramenta que sempre favorece a discricionariedade judicante e, desta forma, o arbítrio estatal, trazendo sérios prejuízos a toda sociedade, envolvidos e, principalmente, ao acusado.⁵³ Fruto de conceitos indeterminados, como tantos outros, dos quais está repleta nossa legislação processual penal, encontramos referencial semântico naquilo que entende o julgador. Quando não há forma precisa, não existe garantia e segurança ao indivíduo e sua defesa. Por consequência, não existe devido processo legal garantidor de direitos e limitador do poder.⁵⁴

Na medida em que se sustenta uma relação mútua de complementariedade funcional entre a compreensão da *natureza jurídica* e da *finalidade do processo* com a *finalidade da prova*, incorporando-os em uma unidade estrutural sistêmica, tudo fica mais fácil para os detentores do exercício do poder, pois, tendo ou não regras, dá-se um jeito, sempre na via da hermenêutica, em face da permeabilidade do sistema. É um verdadeiro direito alternativo às avessas, que viola significativamente direitos e garantias individuais, ou seja, aplica-se um direito que contorna as regras através das fissuras sistêmicas para se poder dizer e fazer prosperar as próprias verdades, quando não os próprios interesses.⁵⁵

Alguns passos são necessários para identificar as tensões demonstradas e retornar a caminhada de forma coerente. Caso contrário, em tempos solipsistas nos quais quem tem poder faz ou diz quase tudo que quiser, negando, na mais larga extensão, direitos e garantias fundamentais aos que mais têm e aos que menos têm.

Vejam: impondo uma metodologia limitativa da produção probatória, na qual cada parte do processo (acusação e defesa) deve ter a possibilidade de se opor ao proposto e produzido pelo outro (*examinación cruzada*), além de antiepistêmico, não permite que o processo funcione como um instrumento de descobrimento da verdade, pois, conforme afirmado por **Michelle Taruffo**, estamos frente a um processo de competição entre as partes, cada uma buscando alcançar seus objetivos, utilizando de estratégias processuais que levem à vitória,⁵⁶ ou seja, um *absurdo pensar que a partir de la batalla o del encuentro entre dos sujetos que representan posiciones diferentes surja la verdad*.⁵⁷

A imparcialidade do julgador como essência da jurisdição é também responsável pela delimitação do agir dos julgadores (juizes) para que nenhuma parte seja beneficiada em detrimento da outra, permitindo,

assim, que o juiz somente atue de forma imparcial se conduzir o processo como sujeito desinteressado no que se refere às partes, comprometendo-se, contudo, em apreciar na totalidade ambas as versões apresentadas sobre que lhe foi exposto, com igualdade de tratamento e oportunidade de manifestação dos envolvidos (partes),⁵⁸ pois, desde sua gênese, a jurisdição depende da autonomia de quem julga (para garantir a liberdade dos cidadãos ao impor limites aos demais poderes) e espera-se de sua atuação (por meio dos magistrados) um agir limitado pelo texto da lei (que advém de outro Poder – Legislativo).⁵⁹

Partir da ideia de regularidade procedimental como (uma das) condições necessárias para o exercício da jurisdição não significa uma suficiência teórica para o alcance de uma decisão que legitime o exercício do poder jurisdicional.⁶⁰ Em uma análise constitucional deste tema, devemos levar em consideração que a ideia de procedimento justo passa pelo respeito e efetivação dos direitos e garantias constitucionais inerentes ao *due process of law* – regras do jogo/processo.

Considerações finais

Diversamente da premissa majoritariamente aceita em momentos passados, a análise judicial das provas não pode ser concebida como uma simples percepção sobre fatos evidentes, em que inexistente espaço para qualquer tipo de valoração ou influência do julgador, sem que

antes, a parte contrária, também se manifeste quanto ao alegado. O processo é pautado por incertezas e, por óbvio, a valoração probatória não foge a essa lógica.

A partir de uma série de fatos básicos se formula uma hipótese que o transcende, sendo que diferentes análises de raciocínio indutivo refletem diretamente sobre a decisão a ser tomada. Parte majoritária da doutrina afirma que a função da “atividade jurisdicional criminal” é a descoberta da verdade, o que determina essencialmente a sua visão em relação às provas. Por certo, atualmente mostra-se insustentável qualquer posição extremada. A busca da verdade pautada por limitações epistemológicas e intrinsecamente relacionadas ao mecanismo processual é uma premissa adotada por aqueles que defendem a função cognitiva ou racionalista da prova.

Portanto, a análise sobre a produção probatória deve partir de uma compreensão dos objetivos do processo penal (garantia de direitos e limitador do poder). A verdade não é elemento de legitimação que autorize eventual postura ativa do julgador em sua busca ou se coloque como justificação para atos arbitrários e violadores de direitos. Em realidade, ela não é determinante da função do processo ou do julgador, mas intrinsecamente relacionada à prova, como caracterizadora de uma relação instrumental com a realidade, de modo a autorizar um controle sobre a decisão judicial em relação aos fatos julgados e à valoração realizada.

NOTAS

- 1 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti* (Ensayos sobre prueba, causalidade y acción). Mexico D.F.: Fontamara, 2013, p. 11.
- 2 TARUFFO, Michele. *Proceso y Decisión*. Lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 55.
- 3 BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>.
- 4 TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, p. 51.
- 5 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 139.
- 6 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *Op. cit.*, p. 34.
- 7 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2009, p. 1-10.
- 8 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13. edição. São Paulo-SP: Saraiva, 2010, p. 46-56.
- 9 “Finalidad específica del proceso penal, es la de conseguir la realizabilidad de la pretensión punitiva derivada de un delito através de la utilización de la garantía jurisdiccional, o sea, la de obtener, mediante la intervención del juez, la declaración de certeza, positiva o negativa, del fundamento de la pretensión punitiva derivada de un delito, que hace valer por el Estado el ministerio público”. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal Tomo I*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América Chile 1970, 1951, p. 247-249.
- 10 NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*, Belo Horizonte, v.1, jan./jun. 2004, p. 39-55.
- 11 STRECK, Lenio. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 mar. 2020.
- 12 sobre esse assunto ver: LUHMANN, Niklas. *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília. UNB, 1980.
- 13 LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. Introdução Crítica. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30.
- 14 “Já no âmbito do judiciário, a equidade é a exigência no sentido de que a estrutura do Poder Judiciário seja construída de tal forma que garanta a todos os envolvidos em um processo os mesmos direitos e obrigações, e mais à frente complementa “direitos fundamentais são princípios ou argumentos de princípio, devendo os juízes sempre decidir os casos a eles submetidos com base em princípios, de modo a afirmar os direitos dos cidadãos.” OMMATI, José Emílio Madauer. *Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 57/58.
- 15 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 23. “Sobre la prueba jurídica, especialmente la doctrina de los países civil law, es que la prueba jurídica no puede ser estudiada desde la perspectiva de la noción general de prueba, propia de la epistemología general y, por ejemplo, de las ciencias naturales.”
- 16 “La prueba en el derecho tendría tantas e importantes particularidades que harían necesario elaborar una noción específicamente jurídica de prueba.” BELTRÁN, Jordi Ferrer, *Op. cit.*, 2007, p. 24.
- 17 LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 23.

- 18 “El primero de esos objetivos centrales consiste en averiguar la verdad sobre el delito en cuestión y, por tanto, en evitar el pronunciamiento de veredictos falsos; que es a lo que llamo el objetivo de la reducción del error.” LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 22.
- 19 “El segundo parte del reconocimiento de que, sin importar cuánto quieren evitarse, de ve en cuando, ocurrirán erros. LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 22.
- 20 “El tercer conjunto de valores a cuya materialización se encaminan los sistemas de justicia penal (no sólo el de Estados Unidos) con las clases de error a las que hemos aludido, sino que se enfocan en otros asuntos también considerados importantes en el desempeño del sistema de justicia penal. (...) Me referiré a esta variedad de intereses como valores de política pública, no-epistémicos. Tales cuestiones son consideradas aquí debido a que, pese a que no forman parte del proyecto de la búsqueda de la verdad, su implementación frecuentemente genera obstáculos para aquél.” LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 22.
- 21 LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 37.
- 22 “Por tanto, parece adecuado decir que, con independencia de otras características, un sistema de justicia penal es primordialmente un motor epistémico, es decir, un dispositivo o herramienta para descubrir la verdad a partir de lo que a menudo comienza con una mezcla confusa de pistas e indicios.” LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 23.
- 23 LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 23.
- 24 “(...) el propósito básico del proceso penal onside en la determinación de la verdad.” LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 22.
- 25 “Ello debido a que una resolución jurisdiccional justa depende crucialmente de establecer correctamente quién hizo qué cosa a quién.” LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 23.
- 26 “(...) la verdad constituye uno de los objetivos principales sobre el cual se debe de orientar el proceso.” TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, p. 51.
- 27 TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, p. 52.
- 28 TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, p. 51.
- 29 “(...) pensar o interpretar la secuencia de las acciones de lo que sucede durante un proceso como si se tratara de una actividad de tipo epistémico cognitivista.” TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, p. 51.
- 30 “Como y alo mencionaba, las funciones de la prueba, por lo menos, desde el punto de vista del juez, no son las retóricas o persuasivas, sino que se trata de funciones heurísticas y epistémicas, es decir, la prueba sirve para descubrir la verdad.” TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, p. 53.
- 31 “(...) los criterios generales que deberían de aplicarse en cada ocasión en la cual una persona tiene la pretensión de establecer la verdad acerca de un hecho determinado.” TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, p. 52.
- 32 BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 62.
- 33 LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, 2006.
- 34 “(...) procedimientos y reglas que estructuran y regulan un proceso penal conducen genuinamente a la averiguación de la verdad.” LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, 2006, p. 23.
- 35 No sentido de que a verdade é condição necessária, mas não suficiente para a justiça das decisões, cf.: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 23.
- 36 Segundo Michele Taruffo, a justiça de uma decisão está condicionada a um correto juízo de fato, à correta escolha e interpretação das regras jurídicas, bem como ao emprego de um procedimento válido, ou seja, a relação da verdade como objeto da atividade probatória se perfaz através da reconstrução histórica dos fatos.
- 37 GÖSSEL, Kark Heinz. *La verdad en el proceso penal ¿Es encontrada o construida?*

- In: DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Obras completas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 23.
- ³⁸ HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda da verdade en el proceso penal*. La medida de la Constitución. Mexico D.F.: IBIJUS, 2009, p. 11.
- ³⁹ BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>
- ⁴⁰ "(...) y el éxito de la institución probatoria se produce cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas son verdaderas. Ahora bien, si parece claro ya que la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial...". BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 31.
- ⁴¹ "(...) la prueba como actividad tendría la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas...". BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 30.
- ⁴² "(...) a) reglas sobre la actividad probatoria; b) reglas sobre los medios de prueba; c) reglas sobre el resultado probatorio." BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 35.
- ⁴³ "Em todo proceso judicial hay una intervención decisiva de las partes en lo que se refiere a la prueba." BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 38.
- ⁴⁴ "Así, resulta claro que también en otros contextos, como la investigación científica en cualquiera de sus ámbitos, pueden darse y de hecho se dan esas limitaciones. Ello puede producir, por ejemplo, que los resultados de la investigación se prolongue durante un tiempo adicional considerable." BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 38.
- ⁴⁵ "(...) la decisión del juez o tribunal estará basado en un conjunto de elementos o pruebas..." BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 40.
- ⁴⁶ "(...) la decisión que se adopte en el proceso judicial acerca de los hechos probados está dotada de autoridad..." BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 41.
- ⁴⁷ BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>.
- ⁴⁸ "De est suerte, parto de la idea de que las reglas de admisibilidad y de indmisibilidad de los medios de prueba son, en términos generales, anti epistêmicos." TARUFFO, Michele., *Op. cit.*, p. 60.
- ⁴⁹ KHALED JR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 166-184, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>.
- ⁵⁰ BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 67.
- ⁵¹ BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, 2005; LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, 2006; TARUFFO, Michele., *Op. cit.*, 2012.
- ⁵² "La consolidación de la epistemología jurídica se vuelve mucho más difícil en vista de que, como dijimos antes, a la par de los objetivos, intereses o valores epistêmicos, también están en juego valores no-epistêmicos." LAUDAN, Larry. *Verdad, error y...*, p. 24.
- ⁵³ STRECK, Lenio. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de principio. Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 mar. 2017, p. 18. Sob qualquer tese, perspectiva ou bandeira teórica que se adotem, persiste um problema fulcral na metodologia (ou teoria) do Direito: o problema das condições da interpretação e da aplicação do Direito. Há fortes indicativos de que parcela significativa dos juristas não se apercebeu do problema paradigmático envolvendo o giro ontológico-linguístico. Um dos pontos centrais está no "problema do esquema sujeito-objeto", para o qual a comunidade jurídica não presta a devida atenção. É ali, no sujeito solipsista (Selbstsüchtiger), que reside o ponto de estofo que impede a superação da cisão entre interpretar e aplicar, assim como os diversos dualismos que, desde Platão, tornam os juristas reféns da dicotomia razão teórica – razão prática.
- ⁵⁴ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1158.
- ⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda., *Op. cit.*, p. 144-145.
- ⁵⁶ "Podríamos hablar mucho de esto, pero en el corazón auténtico del proceso acusatorio en el modelo norteamericano puro se encuentra la examinación cruzada de la que estábamos hablando, por lo que sí esse es el corazón del proceso acusatorio, pues entonces acabamos de ver que no funciona para el descubrimiento de la verdad, y en todo caso funciona para lo decía Pierce, esto es, para la competición entre dos sujetos, cada uno de los cuales finalmente tiene su propio interés estratégico durante el proceso y que obviamente es ganar, pero no es el portador de la verdad." TARUFFO, Michele., *Op. cit.*, p. 68.
- ⁵⁷ TARUFFO, Michele., *Op. cit.*, p. 65.
- ⁵⁸ RITTER, Ruiz Daniel Herlim. Imparcialidade no processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. Dissertação (Mestrado) – Programa de Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2016.
- ⁵⁹ RITTER, Ruiz Daniel Herlim. *Op. cit.*, 2016.
- ⁶⁰ "Partiendo de la idea de que también ésta es una condición necesaria, pero que no es suficiente para la justicia de la decisión, quien leyó el artículo podrá recordar que yo dije que las condiciones de la justicia de las son tres." TARUFFO, Michele., *Op. cit.*, p. 201.

Autor Convidado

ALGORITMOS E RACIONALIDADE NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL

ALGORITHMS AND RATIONALITY IN CRIMINAL INVESTIGATION: A POSSIBLE RELATION

Marcella Mascarenhas Nardelli

Doutora em Direito Processual pela UERJ e mestre em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos. Professora de Direito Processual Penal da UFJF.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8197471261339030>

ORCID: 0000-0002-2786-7339

marcellamascarenhas@hotmail.com

Fabiana Alves Mascarenhas

Doutora e mestre em Sociologia e Direito pela UFF. Professora de Direito Processual pela UNIVERTIX

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3671661590097981>

ORCID: 0000-0001-9120-3054

famascarenhas@live.com

Resumo: O presente artigo parte da premissa de que a investigação criminal precisa se desenvolver sob parâmetros epistêmicos, com apoio em métodos válidos de raciocínio capazes de orientar a atividade de determinação de hipóteses e formação do conjunto informativo. A fim de minorar os efeitos distorcivos dos vieses cognitivos que comumente afetam o investigador e para proporcionar melhores condições para o alcance do ideal delineado, sugere-se que a inteligência artificial pode oferecer ferramentas interessantes para auxiliar e tornar a atividade mais racional e menos sujeita a erros, de modo a contribuir com acusações mais responsáveis e melhores condições defensivas.

Palavras-chave: Investigação criminal, Inteligência Artificial, Prova Penal.

Abstract: This article starts from the premise that criminal investigation needs to be developed under epistemic parameters, with support in valid reasoning methods capable of guiding the fact-finding activity. In order to reduce the distorting effects of cognitive biases that commonly affect the trier of fact and to provide better conditions for achieving the outlined ideal, it is suggested that artificial intelligence can offer interesting tools to assist and make the activity more rational and less subject to errors, in order to contribute with more responsible accusations and better conditions to criminal defense.

Keywords: Criminal investigation, Artificial Intelligence, Criminal Evidence.