

ALGUNS PROBLEMAS DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

EMERSON SILVA BARBOSA¹

Resumo

O presente artigo discute um tema muito caro ao processo penal, que é a construção ou produção de verdades. Pretende-se discutir nesse artigo as dificuldades e limites que estão submetidos a um modelo essencialmente cognoscitivo de processo, sustentado na busca da verdade por meio da produção competitiva e, por vezes, pretensamente cooperativa de provas.

Palavras-chave: Verdade. Prova. Processo penal. Limites.

Abstract

This paper discusses a very important topic in the criminal process, which is the construction or production of truths. It is intended to discuss in this paper the difficulties and limits that are submitted to an essentially cognitive model of process, sustained in the search for truth through competitive and sometimes allegedly cooperative production of evidence.

Palavras-chave: Truth. Proof. Penal Process. Limits.

1 Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

1. INTRODUÇÃO

A proposta modernista do contrato social para o sistema de justiça criminal se sustenta, por um lado, na promessa de proteção a bens jurídicos gerais e de combater a criminalidade (o “mau”) em defesa da sociedade (o “bem”) por meio da prevenção geral e especial, isto é, como uma promessa de segurança (ANDRADE, 2003) — proteção das vítimas dos delitos; e, por outro, na resolução equânime dos conflitos e prevenção de juízos errôneos sobre a culpa — proteção de inocentes (LAUDAN, 2011).

Ocorre que, como alerta Rawls (2000), o processo criminal é um exemplo de justiça procedimental imperfeita. Mesmo que se obedeça ao procedimento e critérios de prova adequados estabelecidos para se chegar à verdade sobre a culpa ou não culpa de alguém, um culpado pode ser considerado inocente e um inocente pode ser condenado indevidamente. Assim, não há forma de definir um procedimento formal que assegure sempre uma decisão correta².

Sem cair na tentação de se emprestar uma confiança excessiva e ingênua no procedimento, é possível se sustentar formas de minimizar decisões equivocadas. Uma delas é atribuir uma função epistêmica ao processo — não obstante as posições céticas ou desinteressadas³ a respeito, consoante veremos aqui

2 De forma semelhante, Luhmann (1980) sustenta que a busca da verdade diferenciada no processo, submetida a métodos e valores próprios e que estabelece possibilidades de comunicação livre, embora concorrentes ou contraditórias, não está em condições de assegurar que se sempre que se encontrar a verdade, se encontrarão decisões certas. A necessidade de uma decisão sempre e em todo caso, não pode garantir, em todas as ocasiões, a justiça da decisão. Em sentido contrário, sobre a possibilidade (necessidade) de se encontrar sempre uma decisão correta, ou, no mínimo, o melhor julgamento para o caso, ver Dworkin (2010).

3 Contra a atribuição de uma função epistêmica ao processo sustentam-se posições céticas ou desinteressadas quanto à possibilidade/necessidade de obtenção da verdade no processo: a) seja pela desconfiança quanto à possibilidade de se provar com certeza qualquer evento passado; b) seja pela maior preocupação com resolução da controvérsia do que propriamente com a revelação dos fatos que, aliás, poderia

—, de modo que o procedimento esteja estruturado para realizar atividades que visem produzir conhecimentos verdadeiros sobre fatos relevantes para obtenção de decisões justas sobre controvérsias (TARUFFO, 2010)⁴. Essa aceitabilidade em torno da possibilidade de obtenção da verdade por meio de processo, sob o ponto de vista do Estado de Direito, coincide, portanto, com a necessidade de estabelecer um vínculo entre os fundamentos da decisão que imputa o fato criminoso a alguém e o que realmente ocorreu (BOVINO, 2009; FERRAJOLI, 2002).

Contudo, mesmo aqueles que sustentam que é possível determinar a verdade a respeito dos fatos por meio de um procedimento orientado por regras, entendem que para minimizar as chances de decisões errôneas e injustiças, a função epistêmica do processo (produção de verdades por meio de provas) precisa estar submetida a outros valores que estão além da simples obtenção da verdade (produzir decisões justas, assegurar liberdades e minimizar a violência institucional etc.). Por isso, o processo está sujeito a restrições que sujeitam os métodos de obtenção da verdade a *standards* ou padrões de prova — a comprovabilidade precisa superar a presunção de não culpabilidade —, bem como às limitações ou garantias probatórias (TARUFFO, 2011; BELTRAN, 2007, ABELLÁN, 2010; FERRAJOLI, 2002; HAACK, 2004), úteis e necessárias à proteção de direitos fundamentais.

A imputação de um delito, nessa linha, exige um grau mais elevado de certeza, que mesmo que não se identifique com uma verdade objetiva ou real inatingível, demanda um padrão rígido de

atrapalhar a composição do litígio (TARUFFO, 2011).

4 Isso não significa que a verdade como condição de justiça da decisão seja o único interesse perseguido. O processo é um lugar em que se aplicam normas, realizam valores, asseguram garantias, tutelam interesses e direitos, se decide o destino das pessoas ou a solução de disputas de modo pretensamente justo, em que se lida com a liberdade de indivíduos e onde se manifesta a autoridade do Estado (TARUFFO, 2010).

veracidade “*mais além da dúvida razoável*”⁵, capaz de superar presunções e garantias contra (quase) epistemológicas em favor do acusado, entre elas: a vedação ao uso de provas ilícitas, a presunção de inocência, a incumbência probatória a cargo do acusador e o direito a não autoincriminação e ao silêncio, o direito a recurso, limites temporais entre outros como moduladoras da verdade atingível no processo penal (LAUDAN, 2011; BELTRAN, 2007).

O problema da verdade é, sem dúvida, o tema central das discussões modernas sobre a teoria do processo penal, ao mesmo tempo em que é também o mais difícil de ser equacionado (FERRAJOLI, 2011). Mais ainda quando visto sob o ponto de vista de um devido processo legal,⁶ como garantia indispensável à salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais contra o arbítrio do poder.

Num Estado democrático de direito devemos ter em vista não qualquer processo, mas um fundado em preceitos garantistas de racionalidade e justiça. Ou seja, a intervenção estatal deve orientar suas ações por meio de um procedimento regularmente definido em lei, em que a verdade seja construída e justificada de forma coerente e satisfatória⁷. Um processo que possibilite o equilíbrio entre o poder do Estado e do investigado por meio da previsão de limites, consubstanciado, sobretudo, em vedações no tocante à produção de prova — meios de obtenção da verdade — e, bem assim, no estabelecimento de um método que possibilite a ampla confirmação empírica e refutação das imputações dirigidas ao investigado (FERRAJOLI, 2002).

5 Embora nosso sistema não adote padrões de prova ou gradações de verdade, uma condenação criminal seja deve estar pautada em uma certeza para além da dúvida que, se presente, deve ensejar a absolvição. Para uma crítica sobre os *standards* de prova nos sistemas de common law, vide Laudan (2005; 2011) e Garapon e Papapoulos (2008).

6 A ideia de devido processo é tomada aqui como uma garantia institucional de aplicação do direito por meio de institucionais formalmente determinados e controláveis, que objetivem uma decisão justa.

7 A coerência das narrativas é fundamental para compreensão e o convencimento (MACCORMICK, 2008).

Em termos pragmáticos, porém, ao confrontar a lógica da investigação da verdade, que objetiva a reconstrução histórica do fato delituoso a fim de que sobre ele possa incidir um juízo de culpa ou inocência, com as regras e garantias de verdade de um processo penal, a persecução penal se vê diante de sérios problemas práticos ou instrumentais.

O primeiro deles que iremos tratar envolve o caráter dialógico e argumentativo do processo. Cuida-se da abordagem de como os sujeitos envolvidos no processo, diante do encargo de provar ou refutar as hipóteses sobre fatos suscitadas, ou seja, com necessidade de estabelecer conjecturas e refutações sobre o objeto do litígio, atuam como forma de alcançar a verdade possível. A questão, portanto, coloca-se sob o ponto de vista do *método de construção da verdade* e da justificação da verdade por meio da elaboração de argumentos em torno deles.

Uma das perspectivas atuais mais interessantes de se estudar o modelo de processo penal de um Estado é a partir de sua consideração como um método de construção da verdade, ou seja, de como os sujeitos que atuam no processo se orientam para averiguação da verdade sobre os fatos ocorridos (BOVINO, 2009; GUZMAN, 2011; TARUFFO, 2011). Sob a ótica de um sistema de justiça criminal democrático, o processo precisaria alcançar um equilíbrio entre competição e cooperação⁸. Assim, de um lado deveria estabelecer regras para competição entre os atores institucionais e a parte acusada na confirmação das hipóteses de

8 A questão da competição e cooperação está colocada de maneira simplista nesse trabalho. Um olhar mais detido sobre o funcionamento real do sistema de justiça criminal revela que competição e cooperação ora se fundem e ora se confundem. De um modo geral, o sistema criminal de um ponto de vista externo, opõe o Estado e o indivíduo e, desse modo, o que se tem é um verdadeiro jogo competitivo de “perde-ganha”, centralizado no contraditório ou no dissenso. De um ponto de vista interno, verifica-se que a divisão de funções processuais (investigação, acusação e defesa), como corolário de um processo democrático, como um pretenso modelo cooperativo, revela-se, na prática, disjuntivo e frequentemente fragmentado. Contudo, não há espaço para discussão dessa questão de forma mais detida nesse trabalho.

acusação e defesa, mediada pelo funcionamento de garantias de liberdade que limitam a produção de provas; de outro, deveria incentivar a cooperação entre as instituições de justiça na obtenção de elementos de convicção capazes de serem intersubjetivamente compartilhados.

O segundo problema diz respeito aos *limites da busca da verdade*, que tem na licitude da prova e nas garantias contra epistemológicas da verdade seu pressuposto e fundamento. Um processo justo pressupõe o uso de provas válidas apresentadas pelas partes ou obtidas mediante a atividade inquisitiva do poder público, na medida em que as regras que regulam e limitam a obtenção, produção e a valoração das provas são direcionadas, em regra, ao Estado, no intuito de proteger os direitos fundamentais do indivíduo atingido pela persecução penal. Além disso, em um Estado de Direito, à busca da verdade se sobrepõe a outros valores que condicionam a averiguação dos fatos.

Em resumo, o presente estudo tem por objetivo discutir o problema da verdade a partir de duas perspectivas no processo penal brasileiro: (1) tanto sobre a perspectiva do método ou garantias de verdade; (2) como também dos limites ou garantias contra epistemológicas de proteção dos inocentes e excepcionalidades em torno da verdade como forma de proteger outros valores.

2. VERDADE COMO ARGUMENTAÇÃO: DAS FUNÇÕES DA PROVA NO PROCESSO

Um dos problemas mais importantes — e mais negligenciados — em torno da argumentação jurídica, que afeta todos aqueles responsáveis por aplicar o direito para resolução dos casos, está em conhecer e decidir questões pertinentes a fatos (ATIENZA, 2005). Na teoria do processo é comum se afirmar que a busca ou demonstração (confirmação) do

fato está diretamente relacionada à função da prova, já que uma noção trivial de prova é a de que ela se destina a estabelecer a verdade sobre fatos relevantes para a decisão — resolução de controvérsias jurídicas acerca da existência de direitos. Assim, o fato é o objeto e a finalidade principal da prova no processo (TARUFFO, 2011)⁹.

Contudo, entre as muitas disputas em torno do tema verdade no processo, uma das mais importantes está relacionada justamente à função da prova no processo, fruto de ideologias contrapostas. Duas concepções competem a esse respeito: a função cognoscitiva da prova e a função retórico-argumentativa (GUSMÁN, 2011; TARUFFO, 2011).

Embora prevaleça a crença de que a prova dispõe de uma função cognoscitiva¹⁰ no processo de averiguação da verdade, a partir de critérios de verificação (hipótese acusatória) e refutação ou crítica das conjecturas ou hipóteses aventadas, há certo ceticismo ou desinteresse¹¹ tanto em termos teóricos, como em termos ideológicos e práticos sobre a possibilidade de se estabelecer descrições verdadeiras ou ao menos aceitáveis de eventos passados (TARUFFO, 2011; MAcCORMICK, 2008).

9 Sobre o conceito de evidência — que para os limites deste trabalho tomaremos como semelhante ao de prova na aproximação entre os contextos americano e brasileiro — Twining (1984) diz que: *In the orthodox view, evidence is the means of proving or disproving facts, or of testing the truth of allegations of fact, in situations in which the triers of fact have no first-hand knowledge of the events or situations about which they have to decide what happened. Typically, decisions on disputed questions of fact are decisions to be taken in situations of uncertainty. In a broader view, that I shall develop later, "evidence" is information from which further information is derived or inferred in a variety of contexts for a variety of purposes.*

10 O modelo cognoscitivista pressupõe duas coisas: a) que os enunciados fáticos sejam concebidos como descrições de fatos que tem existência independentemente dos referidos enunciados; b) que dizer que um enunciado fático é verdadeiro significa que os fatos que ele descreve aconteceram (ABELLAN, 2010).

11 Destacam-se as posições realistas a respeito da obtenção de conhecimento sobre fatos no processo que acabam por resultar em concepções subjetivistas ou decisionistas na apreciação do fato (TARUFFO, 2011; ABELLAN, 2010).

Essa posição que critica a necessidade ou a possibilidade de se buscar a verdade no processo se sustenta na impossibilidade de chegar a verdades absolutas derivadas de eventos passados, que é uma questão fundamental em relação à aplicação do Direito em casos particulares¹². Referida concepção, tida como irracionalista e próxima a uma concepção autoritária do poder, atribui à prova uma função puramente retórico-argumentativa¹³, uma vez que se destina tão somente a convencer ou persuadir um audiência específico. Assim, de um lado, as partes buscam convencer o responsável por julgar da existência do fato ou de quem tem razão. De outro, o julgador, ao motivar sua decisão, tenta convencer (advogados, partes e a opinião pública) sobre correção de sua sentença. Sob essa perspectiva, a verdade não é um valor com a qual o processo deva se preocupar ou perseguir, resumindo-se o processo à versão dos fatos que restou mais persuasiva, ou seja, que foi capaz convencer (TARUFFO, 2011; GUSMAN, 2011).

12 As posições céticas, de um modo geral, argumentam que a objetividade ontológica (de que existe um independente dos seus observadores, ou seja, as coisas são o que são, com independência do que sabemos sobre elas e de como as vemos) e a objetividade epistemológica (por meio dos sentidos normalmente temos acesso fiel a realidade) constituem uma falácia objetivista, uma vez que não há fatos brutos ou puros, mas apenas fatos interpretados a partir de teorias e valorações. Sob essa perspectiva, o mundo não é independente das percepções e interpretações que são carregadas de subjetividade. O conhecimento objetivo é impossível porque os fatos que percebemos e como percebemos estão carregados de teoria, concepções e valores. No processo judicial, a missão de esclarecimento de fatos passados, mediados pela linguagem (prova sobre enunciados ou afirmações sobre fatos), sustentam os questionamentos sobre a possibilidade ou relevância de se buscar a verdade objetiva no procedimento (TARUFFO, 2011; LAGIER, 2012). As posições racionalistas ou objetivistas, contudo, sustentam que é possível se alcançar a realidade objetiva no processo, ainda que permeada pela subjetividade e sujeita a problemas de percepção e interpretação (ABELLÁN, 2010; TARUFFO, 2011). Tanto McCormick (2008) como Lagier (2012), contudo, embora acreditem na possibilidade de obtenção de uma realidade objetiva, defendem, respectivamente, a necessidade de um ceticismo moderado, a partir de uma atitude crítica relacionada aos esquemas explicativos (explicações motivacional e causal do evento); ou de um objetivismo crítico, por meio da análise crítica dos fatos, por meio da distinção entre fatos externos, percebidos ou interpretados para se saber quando se trata de uma realidade independente ou uma construção do observador.

13 De acordo com Gusmán (2011), a primeira concepção é defendida, entre outros, por Chaim Perelman.

Ao se emprestar à prova uma função meramente retórico-argumentativa, essa concepção nega que a prova tenha uma função racionalista de servir de conhecimento dos fatos, uma vez que faz coincidir a demonstração ou confirmação das premissas fáticas com uma racionalidade matemática ou cartesiana incompatível com processo penal (GUSMAN, 2011)¹⁴.

A concepção cognoscitiva da prova, por sua vez, estaria vinculada a uma concepção democrática do poder, que atribui à prova uma função confirmatória ou de conhecimento racional dos fatos¹⁵, eis que por meio da prova seria possível se chegar ao conhecimento da verdade sobre uma hipótese. A prova, sob este ponto de vista, funcionaria como um fator de conhecimento de eventos passados, mesmo que em termos probabilísticos. Além disso, teria uma função de justificar a decisão mediante o fornecimento de uma explicação racional das conclusões sobre o caso (GUSMAN, 2011; TARUFFO, 2011; FERRAJOLI, 2002; ABELLAN, 2010), na medida em que qualquer decisão justificável sobre alegações e acusações deve incluir um modo satisfatório de confirmar ou rejeitar as alegações e descobertas de fatos ocorridos que as acompanham (MACCORMICK, 2008).

A prova, desse ponto de vista, é único meio por meio do qual o julgador poderá construir as inferências a respeito dos fatos e entre estes e o direito ou a relação jurídica de fundo. O raciocínio a partir de provas ou da motivação fundamentada em provas é um meio essencial de certificação da verdade ou de correção das conclusões.

Contudo, a verdade que se almeja no processo não é uma verdade absoluta, mas limitada pela construção de inferências a

14 Não se nega a existência de um caráter retórico no processo, sobretudo na exposição das provas e no apelo à coerência das evidências com as explicações sobre os fatos.

15 A segunda concepção, tida como majoritária, é sustentada, entre outros, por Ferrajoli, Taruffo e Guscman já devidamente citados neste trabalho

partir de provas, cuja produção ou descoberta estão condicionadas a processos seletivos de apresentação — relevância e interesse — e limites ou garantias contra epistemológicas (BELTRAN, 2007; ABELLAN, 2010). A racionalidade que a concepção cognoscitiva propõe, portanto, é uma racionalidade mais modesta ou limitada, que ainda assim segue diretrizes de coerência e validade lógica, que permite formas controláveis de raciocínio¹⁶, não reduzíveis a mera argumentação persuasiva (GUSMÁN, 2011; TARUFFO, 2011).

A racionalidade da decisão depende de sua justificação construída por meio de provas a partir das quais são realizadas as inferências sobre a veracidade ou não das hipóteses. Por isso, não parece correto admitir que a justificação jurídica da decisão esteja fundada apenas no recurso retórico ou persuasivo e não na capacidade explicativa do conjunto probatório em relação aos fatos (GUSMAN, 2011).

Conferir um caráter cognoscitivo à prova possibilita submeter as motivações da decisão a um procedimento de certificação da verdade (MAcCORMICK, 2008), por meio da reconstrução e teste da coerência das narrativas processuais. Por isso, a justificação e aceitabilidade da decisão devem estar acompanhadas de uma argumentação jurídica sólida tanto em termos de direito atribuído as litigantes quanto em termos empíricos de confirmação dos fatos.

Um argumento puramente persuasivo, ao contrário, pode estar baseado em uma prova falsa ou em um discurso falacioso tão somente coerente em termos linguísticos (TARUFFO, 2011). Por esta razão, consoante assevera Quine (1977, *apud* Abellan, 2010, p. 60), *“la verdad ha de depender de la realidad, porque así es. No hay oración que sea verdadera sino porque la realidad la hace verdadera.”*

16 Que implica não apenas uma coerência ou consistência a respeito das provas, mas sobre o raciocínio judicial sobre elas (IBANEZ, 1992). Sobre o raciocínio probatório, ver Beltran (2007).

A prova, portanto, tem como objetivo epistemológico a redução dos erros na declaração dos fatos provados, isto é, o dissenso entre aquilo que se tem provado no processo e aquilo que realmente ocorreu. Contudo, deve-se levar em conta que mesmo que a justificação de uma decisão sobre fatos almeje que, materialmente, tenha-se por justificada apenas a decisão em que a hipótese tida como provada é verdadeira, há que se levar em conta que, em termos de justiça procedimental, uma decisão por ser considerada justificada quando a hipótese se encontra apoiada em elementos de conhecimento ou convicção disponíveis (BELTRAN, 2007).

Uma questão que se coloca, porém, diz respeito à falta de interesse ou a convicção ideológica ou política da desnecessidade da verdade no processo. Para alguns teóricos, o processo deveria estar destinado, precipuamente, à solução de conflitos¹⁷ e não à obtenção de verdade. Antes de impor um dever de fundamentação no processo argumentativo, no sentido de que quem fala deve ser capaz de apresentar justificativas para aquilo que diz (dever de prova) (FERRAZ JR., 2015), o processo deveria assegurar o diálogo e o entendimento entre as partes. Nesse caso, a busca da prova torna-se um desvalor ou algo contraproducente para solução da controvérsia¹⁸.

Embora o sistema de justiça possa ser descrito como um conjunto de regras e instituições incumbidas de resolver disputas e tornar possível a convivência entre as pessoas, a investigação da verdade deve ser tida por relevante na medida em que se quer chegar a decisões justas ou corretas. Mesmo naquelas concepções em que, ideologicamente, o processo serve antes à resolução de conflitos e à pacificação social ou controle social, a identifica-

17 Nesse sentido, para os modelos de *common law* ver Damaska (1986).

18 É certo que há uma distinção clara entre processo civil e penal, sendo este último marcado pela publicização do conflito. Às partes envolvidas no conflito não é dado dispor do objeto material do litígio e nem mesmo quanto ao procedimento. Por isso, é possível dizer que, no processo penal, diferentemente do processo civil, a vítima deixou de ter o protagonismo do conflito para ser tornar mera coadjuvante.

ção da justiça ou correção da decisão passa pelo reconhecimento da importância da determinação da verdade (TARUFFO, 2011; GUSMAN, 2011; HAACK, 2004).

A produção de decisões justas depende, como sustentado aqui, da capacidade dos operadores do sistema de justiça em justificá-las a partir de reconstruções verdadeiras de fatos passados. Ou, em outros termos, decisões não arbitrárias devem se basear, em alguma medida, em certo grau de verdade, isto é, em decisões sujeitas à verificação empírica, uma vez que não se pode admitir a desvinculação entre os fundamentos da decisão que imputa o fato criminoso a alguém e o que realmente ocorreu (BOVINO, 2009; FERRAJOLI, 2002; GUSMAN, 2011).

Ressalta-se que o interesse pela verdade, como objetivo do processo está diretamente vinculado a critérios de oficialidade e obrigatoriedade da persecução penal¹⁹. Ambos os critérios são incompatíveis com valores como autonomia privada das partes e na busca da pacificação social por meio da composição de interesses de forma mais satisfatória para as partes. O interesse primário na solução da controvérsia ou na eliminação do conflito dá lugar ao interesse cognoscitivo sobre os fatos como forma de encontrar a melhor solução para o conflito que está na determinação precisa dos fatos. O que nos levaria ao problema do método.

3. DOS LIMITES À VERDADE NO PROCESSO PENAL

A produção de verdade no processo é limitada. Há limites tanto relacionados à estrutura do procedimento argumentativo como no que diz respeito às regras de produção de provas.

¹⁹ No sistema anglo-americano a forma de justiça negociada em sede penal é responsável pela maior parte das soluções das controvérsias (GARAPON e PAPAPOULOS, 2008; FERRAJOLI, 2002).

Nesse sentido, pensar em verdade no processo penal é, ao mesmo tempo, algo complicado e desafiador.

O reconhecimento da importância da verdade para o processo passa, — necessariamente —, por um lado, pela superação do mito do autoritarismo do método inquisitivo, construído sobre uma versão inquisidora extremada, que busca a verdade absoluta de modo unilateral e sem parâmetros de controle e legalidade; e, por outro, pela dissociação entre um modelo acusatório — principalmente formal — com uma concepção democrática de processo.

Não obstante a origem do sistema acusatório se vincule a uma concepção democrática de Estado, já que foi adotado e reproduzido em antigos regimes com características democráticas e republicanas, o conhecido sistema acusatório teórico, material ou ideal — que nunca existiu de fato —, não se identifica com o sistema acusatório de hoje (BOVINO, 2009; FERRAJOLI, 2002; MAIER, 2004).

Um processo penal democrático prescinde da atribuição de rótulos ou de modelos sempre frequentes nas discussões que envolvem o sistema processual. Um processo democrático não está, portanto, na adoção de um sistema acusatório ou inquisitivo, — consoante definição consubstanciada em modelos ideais, reafirma-se, nunca de fato existentes —, mas na persecução de um sistema racionalmente garantista duplamente comprometido com a minimização de erros e injustiças e, portanto, com algum grau de verdade entre ocorrido e o provado e de respeito a valores para contenção da violência na aplicação da lei.

O sistema de justiça criminal “real” orienta-se, assim, ora por meio de formas ou métodos com características acusatórias, mesmo que tão somente formais, de competição entre partes sobre a verdade dos fatos, ora por meio de formas inquisitivas de produção de informações ocultas e de uma certa dose de cooperação entre os atores institucionais na construção de uma hipótese sobre o fato.

Desse modo, o ponto chave para construção de um modelo processual mais adequado, na perspectiva de uma atividade cognoscitiva de confirmação/refutação de hipóteses sobre fatos e justificação a partir de provas, pressupõe a articulação entre as diferentes intervenções dos sujeitos processuais, ao longo de todo processo, se possível, de modo a se propiciar um equilíbrio entre inquisitorialidade e contraditoriedade.

Essa compreensão e nova forma de proceder, porém, demanda a ruptura das fórmulas ou categorias tradicionais de análise do sistema de justiça criminal, por meio da desconstrução das características tradicionalmente inquisitórias e/ou acusatórias formais. Uma demanda imposta pelas dificuldades, limites ou impossibilidades a que está sujeito o processo, como veremos a seguir.

3.1. A LÓGICA INQUISITIVA E A LÓGICA CONTRADITÓRIA

A lógica inquisitiva de revelação dos fatos, que surgiu com inquérito²⁰, tinha na persecução da verdade absoluta a preocupação central do procedimento criminal²¹. Essa pretensão da verdade real caracterizava-se pela intolerância a pontos de vista contrastantes e para com a interposição de obstáculos a obtenção (revelação) do conhecimento²².

20 Ver por todos Foucault (2009).

21 Até então, a lógica acusatória vigente característica do Direito Germânico, não tinha interesse em estabelecer a verdade, mas de provar a força, o peso ou importância do acusado no processo. O sistema de prova próprio desse período não pretendia demonstrar a verdade de um fato ocorrido, mas o de estabelecer um jogo de estrutura binária, em que o indivíduo pode aceitar ou renunciar à prova e, por conseguinte, sujeitar-se ao êxito ou fracasso no processo. Por isso, o processo germânico é visto como continuação do ritual de guerra privada e o terceiro que é chamado a intervir — o mais poderoso ou detentor da soberania — não atua para resolver o conflito substituindo às partes, mas apenas para assegurar a regularidade do procedimento (FOUCAULT, 2009).

22 Que hoje, vez por outra, é reavivada pela lógica eficientista da persecução penal: punir mais e melhor. Sobre o tema, ver Ripollés (2007); Ferrajoli (2002).

A lógica processual inquisitiva se inclinava a considerar como falsas ou inadmissíveis todas as fontes de prova que contradigam a hipótese acusatória, uma vez que esta se preordena para busca tão somente de elementos que se mostrem concordantes com aquela hipótese historiográfica. Há uma infaseabilidade preordenada das questões a serem respondidas, na medida em que não se admite a verificação e refutação empírica (FERRAJOLI, 2002; GUSMÁN, 2011). Em face da verdade absoluta, não se pode consentir com a dúvida. Qualquer experiência ou dado que conflita com as verdades reveladas deve ser compreendida como um equívoco ou um erro (BOFF, 1993).

O modelo inquisitivo funda toda estrutura preventiva e punitiva sobre a suspeita, cuja verdade é perquirida de ofício pelo inquisidor e que tem a confissão como chave para uma persecução penal eficiente e eficaz. Por isso, a colaboração do perseguido é, certamente, essencial para o êxito do processo penal (MEREU, 2003). Em outros termos, o inquisidor elege sua hipótese acusatória a partir da presunção de culpabilidade do investigado e determina sua responsabilização não pelo fato provado, mas pela suspeita, ou seja, por aquilo que estes fatos ocultam (MEREU, 2003).

Esse procedimento inquisitório se funda, assim, em uma suspeita inicial ou sobre um embrião de julgamento (GARAPON e PAPAPOULOS, 2008). E para desmascarar essa verdade oculta todos os instrumentos e métodos de investigação são válidos. A necessidade ou apetite pela verdade legitimava, assim, toda forma de violência para com o objeto do conhecimento, fundado somente na presunção antecipada de culpa (suspeita) (ZAFFARONI, 2007). O inquisidor, como portador da verdade, deve ser intolerante com a dúvida, caso contrário a verdade sustentada na suspeita deixa de ser absoluta (BOFF, 1993). O magistrado tem a firme convicção de que enfrenta um inimigo e, por isso esta-

ria sujeito a dissimulações e mentiras, que precisam ser vencidas com persistência e artimanhas (MANDROU, 1979).

Essa lógica de perseguição da verdade, contudo, começou a ser mitigada no século XIX e desde então vive em constante confronto com a lógica do contraditório, em que a natureza dialógica e limitada do poder é, inequivocamente, indispensável à formação da verdade justa.

De um lado, a fim de cumprir os objetivos epistemológicos de construção da verdade oficial, o juiz e os demais atores públicos da perseguição criminal dedicam muitos de seus esforços na gestão da prova, com ou sem o emprego de meios coercitivos. Contudo, quanto maior o emprego de coerção, menor é o espaço para apresentação de objeções ou refutações.

Assim, mesmo diante de fatos ocultos e da pouca vontade de colaborar da parte investigada/acusada, a verdade precisa se curvar ou submeter a outros valores.

A presunção de não culpabilidade reivindica uma série de prerrogativas em favor do investigado/acusado, como o direito à informação e à refutação. Por isso, para além da atividade inquisitória, o processo democrático demanda a concessão de possibilidades de ouvir e ser ouvido, de conhecer o que se tem contra si e de contestar as informações apresentadas. Em resumo, um processo democrático não pode ser apenas inquisitório, ele também deve abrir espaço para a apresentação de pontos de vista contrários.

De um lado, a fim de cumprir os objetivos epistemológicos de construção da verdade oficial, o juiz e os demais atores públicos da perseguição criminal dedicam muitos de seus esforços na gestão da prova, com ou sem o emprego de meios coercitivos. Quanto maior o emprego de coerção, menor é o espaço para apresentação de objeções ou refutações.

Uma gestão eficiente da prova por parte dos atores públicos não pode significar a diminuta ou quase nula participação do acusado no processo, seja pela posse de informação insuficiente ou pela limitação de recursos argumentativos contestatórios. A lógica dialética ou do contraditório do processo se sustenta na observância de três condições que a justificam: a) a necessidade da prova; b) a possibilidade de contraprova ou refutação; e c) a convicção justificada ou motivação.

A primeira condição diz respeito à inadmissibilidade de sujeição do juízo criminal a um sistema de provas legais ou tarifadas, exigindo-se, assim, que a hipótese acusatória seja confirmada a partir de uma pluralidade de provas ou dados probatórios. É que, ao contrário do que ocorre no sistema das provas legais, esse sistema *“exige como condição necessária do convencimento justificado, idônea para superar a presunção de inocência, a produção de mais provas compatíveis, conforme o critério da coerência, com a hipótese provada”* (FERRAJOLI, 2002, p. 121). Em outros termos, a necessidade probatória submete o acusador ao ônus de provar por meio de dados e fatos a hipótese acusatória, bem como o poder de invalidar as contra hipóteses levantadas pela defesa.

Embora no sistema brasileiro não vigore um sistema de *standards* de prova ou de gradação de verdade, típicos do modelo de *common law* (LAUDAN, 2011; GARAPON e PAPAPOULOS, 2008), em que se estabelece a necessidade de uma altura de convicção para mais além de uma dúvida razoável, fazem parte na nossa tradição os mesmos preceitos políticos de distribuição de erros vigente nos sistemas anglo-saxões: princípio da inocência, princípio da não auto incriminação, o *in dubio pro reo* e a necessidade de prova ou carga de prova.

A segunda condição²³ é a possibilidade de refutação ou contraprova, isto é, o contraditório, apontado como uma garantia epistemológica do processo penal. A institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado é assegurada, entre outras coisas: a) pela possibilidade de conhecer e controlar provas produzidas; b) por permitir a parte contestar adequadamente a hipótese acusatória e as provas produzidas; e c) participar ativamente da formação de novas provas (GUSMAN, 2011; FERRAJOLI, 2002)²⁴.

O contraditório é, portanto, considerado como um método que facilita a obtenção do conhecimento, ou seja, uma garantia de verdade no processo penal. Antes de ter um valor meramente jurídico, o contraditório é um valor lógico para o conhecimento da verdade. Ao possibilitar a participação ativa das partes na produção e influência na valoração da prova – mesmo que o julgador mantenha a gestão da prova –, o contraditório se opõe à unilateralidade da instrução, que tende a produzir provas em única direção e sem controles. Diante disso, o direito de defesa ou refutação está diretamente atrelado ao poder de apresentar contraprovas por parte do acusado, que sejam aptas a contradizer as hipóteses acusatórias ou de oferecer explicações alternativas (FERRAJOLI, 2002; GUSMAN, 2011).

O modelo contraditório, assim, substitui a lógica meramente verificacionista da verdade inquisitorial, destinada a confirmar as hipóteses suscitadas unilateralmente, por uma lógica falsificacionista (popperiana), em que, sem abrir mão da verificação, adiciona-se a refutação como crítica necessária ao ponto de vista da acusação (GUSMAN, 2011; FERRAJOLI, 2002).

23 As garantias epistemológicas, de acordo com Laudan (2005; 2011), buscam reduzir os erros ou falsos juízos referentes a fatos no processo penal.

24 Como assevera Ferrajoli (2002, p. 124): O princípio da possibilidade de refutação, ao não estar garantido por poderes de defesa comparáveis aos poderes da acusação e ao não estar estabelecido normativamente o valor dirimente das contraprovas e das contra hipóteses não refutadas, converteu-se igualmente em um princípio genérico de presença das razões do acusado.

A terceira condição apresentada se refere à imparcialidade do juiz na apreciação das hipóteses explicativas em conflito que, por sua vez, para vencer o obstáculo da presunção de não culpabilidade, deve apoiar sua convicção na pluralidade de provas da hipótese acusatória não contraditadas por contraprovas, bem como desmentir com refutações adequadas as contra-hipóteses suscitadas. Dito de outro modo, para formar sua convicção sobre a verdade fática, a hipótese acusatória deve estar em consonância com todas as provas coletadas e não ser impugnada por nenhuma contraprova (FERRAJOLI, 2002). A validade ou legitimidade da decisão depende das possibilidades de crítica e controle da racionalidade da decisão e da sensibilização de erros existentes na instrução.

A imparcialidade, também é apontada por Gusmán (2011) como uma garantia epistemológica do processo penal, haja vista que assegura um julgamento do processo por uma parte desinteressada, tanto formal como materialmente, do resultado da demanda. Sendo assim, duas características são essenciais à imparcialidade: separação funcional e institucional entre acusador e julgador, além da passividade deste em relação à instrução probatória²⁵. Assim, um juiz inteiramente comprometido e responsável pela produção de uma decisão, sem intervenção das partes, não é um juiz imparcial (LUHMMAN, 1980).

Contudo, tanto contraditório quanto imparcialidade não são suficientes para assegurar um juízo desprovido, na medida do possível, de erros ou falsidades. Entre as razões para isso estão: a) a ausência de paridade entre as partes; b) a seletividade das narrativas e a insuficiência da coerência²⁶; c) a garantias contra-epistemológicas.

25 Hoffe (2003, p.55) aponta que é característica da justiça procedimental a imparcialidade, seja pela necessidade de ouvir a ambos os envolvidos antes da decisão (“audiatur et altera pars: ouça também a outra parte”), seja pelo desinteresse na causa (“nemo est iudex in causa sui: ninguém é juiz em causa própria”).

26 Embora a imparcialidade possa ser considerada como critério de legitimação do procedimento ou da soberania da decisão, na medida em que, por um lado, mantém

3.2. DA AUSÊNCIA DE PARIDADE ENTRE AS PARTES

A ausência de paridade entre partes é, sem dúvida, um dos problemas mais graves do processo penal. É que embora simetricamente se possa creditar à parte acusada a prerrogativa de recolher provas no sentido da inocência ou da não culpabilidade, como interesse que se sobrepõe à mera presunção legal, a realidade demonstra que dificilmente esta alcançará o mesmo êxito do acusador, em face da desproporção e deficiência estrutural dos meios disponíveis.

As condições ideais de discurso voltadas para uma busca cooperativa da verdade estão muito distantes da situação real do processo penal. Em outras palavras, a liberdade e igualdade no manejo de recursos e argumentos não existem²⁷ no processo penal real. Além da não publicidade dos atos (sobretudo na fase da investigação criminal) ainda ser uma regra²⁸ e do contraditório diferido, os órgãos estatais ainda dispõem de inúmeros instrumentos coercitivos (prisões, conduções coercitivas, delações etc.) para obtenção de informações.

Cabe tanto à Polícia²⁹ como ao Ministério Público confirmar as hipóteses acusatórias, sem a necessária participação e controle da parte investigada, sobretudo na fase preliminar de investigação³⁰. Isso implica no emprego de recursos de eficiência investiga-

a incerteza quanto ao resultado processo e, de outro, sustenta a confiança em uma decisão não previamente comprometida, o que leva ao engajamento nas partes no processo judicial para intervir sobre a decisão (LUHMANN, 1980).

27 Sobre as condições ideais de discurso, ver Habermas (2004; 2010) e Alexy (2013; 2014).

28 A despeito do que preconiza a súmula 14 do STF: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

29 Não obstante, com as prerrogativas institucionais e funcionais adequadas, possa-se sustentar uma Polícia imparcial e independente, igualmente desinteressada material e formalmente do processo.

30 O já debilitado equilíbrio processual se desnivela ainda mais quando a parte acusadora

tiva, em que: (a) o segredo se contrapõe à publicidade; (b) há uma revelada desproporção entre os recursos de buscas de evidências (perícias, requisições etc.); além do fato de que (c) os usos de meios coercitivos trabalham em favor da confirmação da versão oficial (prisões provisórias, busca e apreensão, intervenções corporais etc.). Em outras palavras, não apenas o Estado dispõe, em regra, de mais recursos para buscar construir hipóteses e buscar sua confirmação, uma vez que o sistema está pautado pelo princípio da persecução oficial e obrigatória, como não há o procedimento está estruturado em torno do dissenso e competição.

Ademais, mesmo em situações de relativa paridade ou equivalência, há que se levar em conta que a eleição de hipóteses e de provas é sempre algo fruto de um processo de seleção, que nem sempre obedece a preceitos de probidade, como veremos a seguir, o que implica, bem assim, em uma dificuldade epistemológica a ser superada.

3.3. DA SELETIVIDADE DAS NARRATIVAS E DA INSUFICIÊNCIA DA COERÊNCIA

A narrativa jurídica de um caso ou acontecimento tem como principais funções a de determinar questões jurídicas disputadas, que envolve o processo de prova do alegado ou a decisão de como as narrativas serão construídas (por qual crime, quais alegações serão feitas, quais provas serão apresentadas etc.), bem como de reconstruir os argumentos submetidos à apreciação (autonarração) por meio da reflexão sobre quais testemunhas foram chamadas, as diligências investigativas realizadas, as interpretações conflitantes, as provas produzidas como forma de aceitar ou rejeitar a coerência da história apresentada ao juiz ou tribunal e da

pretende investigar autonomamente, figurando, assim, quase que exclusivamente como gestor da prova, sem supervisão adequada e sem qualquer possibilidade de refutação.

decisão tomada a respeito do caso (MACCORMICK, 2008).

As *stories* ou narrativas, que do ponto de vista argumentativo, tem por objetivo persuadir o juiz a partir da coerência, clareza, completude e concordância com as regras de sentido comum (TARUFFO, 2011); do ponto de vista cognoscitivo, busca emprestar coerência entre o material probatório e a capacidade explicativa das hipóteses suscitadas (GUSMAN, 2011). Sendo assim, as narrativas processuais devem estar, de algum modo, ancoradas na realidade ou nas provas (MACCORMICK, 2008; BANKOWSKI, 1990 apud ABELLAN, 2010; TWINING, 1999)³¹, sendo insuficientes a mera concordância formal de enunciados verdadeiros entre si³², eis que uma narrativa tem como característica apenas oferecer possibilidades a partir da reunião e ordenação de dados, sem necessariamente estar comprometida com a realidade (TARUFFO, 2010)³³.

A plausibilidade, ou a provável verdade sobre um evento narrado, sustenta-se, portanto, sob essa perspectiva, na concatenação da explicação causal do fato — do como e porquê as coisas aconteceram — com a motivação racional ou explicação motivacional — propósitos e planos perseguidos pelas pessoas em termos de princípios e valores ou as razões do porquê as coisas aconteceram —, além de teorias científicas e generalizações

31 Desse modo, sustenta-se que os processos judiciais contenciosos fornecem um instrumento altamente efetivo para um teste crítico e sistemático da prova. O simples cinismo e ceticismo absoluto sobre a possibilidade de procedimentos razoáveis para encontrar conclusões bem fundadas sobre eventos passados devem ser rejeitados. Não se pode abandonar a tentativa de estabelecer a verdade sobre o passado, mas deve-se regulá-la, ordinariamente, por meio da adoção, ao menos formal, de um ceticismo moderado. Tudo o que for afirmado sobre o passado deve ser desacreditado a menos que seja admitido por aqueles em relação aos quais se alega algo ou apoiado por evidências coerentes dentro de certo padrão estipulado de prova (MACCORMICK, 2008).

32 O que é próprio de uma teoria da coerência sobre a verdade (ABELLAN, 2010).

33 Cita-se, por exemplo, as narrativas ficcionais.

do senso comum sobre probabilidade³⁴ (MAcCORMICK, 2008). Contudo, uma descrição de um evento ou complexo de eventos passados somente é digna de crédito se é plausível e fundada em evidências particulares. Uma vez que uma história só pode ser considerada verdadeira se apoiada em provas (TWINING, 1999).

Assim, enquanto a plausibilidade é testada por generalizações de fundo, a verdade sobre uma conclusão factual específica é testada por um raciocínio a partir de uma prova em particular (TWINING, 1999).

Por esta razão, embora se possa sustentar que a coerência narrativa é essencial ao processo de comprovação do ato praticado ou evento ocorrido, uma vez que ela permite a justificação de descobertas de fato e a elaboração de inferências razoáveis a partir de provas, trata-se apenas de uma condição necessária, mas não suficiente para credibilidade do mundo real (MAcCORMICK, 2008).

O método de construção da verdade no processo tem impacto significativo na forma como a coerência narrativa pode ser estabelecida, razão pela qual é possível afirmar que a mera coerência é insuficiente para resolver questões probatórias, ou melhor, de justificação ou argumentação em torno do conflito.

Tanto sob a perspectiva inquisitiva ou unilateral de busca da verdade como na esteira do método dialético³⁵ ou contraditório, os juízos ou tribunais só tem acesso aos eventos a partir das narrativas dos fatos elaborados pelos órgãos de investigação ou pelas partes, ressalvadas as possibilidades de compensação das deficiências pela iniciativa probatória do próprio magistrado. Isso significa que a seleção dos fatos

34 Para uma crítica da relação entre narrativas e generalizações, ver Twining (1999).

35 Não propriamente no sentido aristotélico de um método encaminhado a verdade, formado por opiniões múltiplas e divergentes e fundamentado num diálogo ordenado e sincero (ATIENZA, 2010). O antagonismo entre os interesses das partes fulmina toda possibilidade de um diálogo sincero.

e das provas depende dos interesses das partes. Cada parte seleciona aquilo que sustenta suas alegações, observados critérios de relevância e admissibilidade da prova para fato e o direito (MACCORMICK, 2008).

A obscuridade dos fatos delituosos e os interesses antagônicos em torno do litígio — do acusador em descobrir e justificar sua hipótese e do acusado em manter oculto o fato — leva a que a reconstrução dos fatos esteja submetida a imprecisões, erros, variabilidade e manipulações no contexto do processo. As construções interpretativas dos fatos podem, assim, resultar em histórias contadas de diferentes maneiras, todas possivelmente coerentes em termos formais (TARUFFO, 2010).

Mesmo a incerteza quanto ao resultado do processo (LUHMANN, 1980) e a existência um espaço discursivo controlado por um sujeito imparcial, com todas as limitações típicas de um sistema real de administração de conflitos penais (ALEXY, 2014), não são suficientes como fator motivador para colaboração das partes na produção de verdade³⁶, ou seja, na reconstrução de uma realidade balizada pelas interações entre os envolvidos.

Por isso, o caráter meramente competitivo ou contraditório do processo é incompatível com a determinação da verdade (Frank *apud* Bankonwski, 1981; Haack, 2004), mesmo que se admita que a coerência sirva como um teste para versões dos fatos levadas a julgamento pelas partes contrapostas, conforme sustenta MacCormick (2008)³⁷.

36 A verdade, aqui, tida não como uma verdade evidente, reconhecível necessariamente e por ação unilateral, mas como mecanismo de redução da complexidade, como limitador do universo de hipóteses e possibilidades imprevisíveis a um contexto valorativo de relevância e de agrupamento de sentidos construído intersubjetivamente (LUHMANN, 1980).

37 Abellán (2010) admite que teorias de verdade como coerência, como a proposta por MacCormick, oferecem um teste ou critério de verificação da verdade, embora não as admita como conceito de verdade.

Uma investigação da verdade, desse modo, deve buscar a conciliação entre cooperação³⁸ e a competição, uma vez que a primeira permite uma divisão de tarefas ou de papéis e a partilha de recursos probatórios; e, a segunda, fornece um forte incentivo ao esforço de se estabelecer e refutar evidências, além de colaborar para uma maior honestidade no resultado da investigação (HAACK, 2004).

Sendo assim, uma forma de assegurar maior precisão aos fatos está em se reconhecer a insuficiência de um método, digamos, puro de construção da verdade. Nem a competição entre partes antagônicas, nem a busca isolada pelo investigador são capazes de corrigir os rumos de narrativas equivocadas provocadas pelos interesses opostos dos envolvidos. Tanto uma como a outra são limitadas no cumprimento da função epistêmica do processo.

O modelo inquisitorial, por um lado, fornece uma versão única sobre o fato e, por isso, está sujeita a erros, preconceitos e pontos cegos, além de ser menos aceitável em termos de democráticos. Já o modelo adversarial, sobretudo em face do desnível entre as partes, também peca pela ineficiência em equilibrar e proporcionar o controle e o contraste empírico das evidências produzidas³⁹. De igual forma, suscita que a parte com maior poder, desenganadamente interessada, priorize a seleção (dissimulação) dos fatos e de provas em seu favor⁴⁰.

38 A cooperação aqui se aproxima a ideia de busca coletiva da verdade a qual faz alusão Luhmann (1980). Contudo, está longe ser uma situação ideal do discurso racional de “busca cooperativa da verdade” como propõe, por exemplo, Alexy (2001). Sobre a estrutura competitiva e não cooperativa do processo, ver também Habermas (2010, p. 293).

39 Sob ponto de vista otimista, o método contraditório pode ser ato buscar as evidências de forma completa e a possibilitar a crítica e refutação das teses contrárias, desde que de fato os recursos disponíveis para cada parte sejam adequados e comparáveis (HAACK, 2004).

40 Para uma crítica sobre as dificuldades epistemológicas impostas pelo método adversarial, bem como a possibilidade de existência de um “investigador desinteressado” (desinterested inquirer), ver Haack (2004).

Assim, há que se tentar harmonizar o método de busca da verdade com os demais princípios políticos do processo como forma de se promover uma decisão justa, já que nem toda imparcialidade ou contraditoriedade se presta a garantir a verdade na minimização de possibilidades de erros. De modo que para compensar as deficiências das partes, verifica-se como imprescindível uma atividade supletiva probatória por meio dos juízes e das autoridades de polícia judiciária⁴¹.

3.4. DAS GARANTIAS CONTRA EPISTEMOLÓGICAS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A ideia de Estado de Direito como moldura dentro do qual o Estado exerce seus poderes sujeitados as regras do direito, alcançou um status importante nas sociedades civilizadas, sobretudo por assegurar, ao menos em tese, condições institucionais previsíveis para o gozo das liberdades individuais e razoável proteção contra intervenções arbitrárias tanto dos agentes públicos como dos cidadãos privados (MACCORMICK, 2008). A submissão do poder soberano do Estado aos limites do direito assegura, portanto, credibilidade e legitimidade à soberania, que é uma condição necessária à sua aceitabilidade social — aquele que impõe as leis também se submete a elas (ELSTER, 2009).

Os direitos fundamentais são, assim, promessas feitas pelo poder soberano que restringem o mesmo poder e, com isso, sustentam a confiabilidade ou credibilidade das instituições estatais concretas: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Entre os direitos fundamentais mais caros ao indivíduo está justamente sua liberdade. Liberdade esta que constrange o Estado a conter sua autoridade e reservar parcela significativa de independência ao indivíduo e de empreender esforços para minimizar equí-

41 Quando não sujeitas a servir aos interesses da acusação.

vocos na aplicação do direito. A preservação de valores para além da verdade, assim, resulta no estabelecimento de limites e em uma distribuição de encargos no processo como forma de atenuar erros e se reconhecer que há equívocos mais ou menos aceitáveis que outros. Nesses termos, a condenação de um inocente é menos aceitável que a impunidade de um culpado (LAUDAN, 2011).

Um dos melhores termômetros para avaliar o grau de constrição da autoridade estatal diante da liberdade individual é a persecução penal por meio de um processo, já que a determinação de fatos envolve um procedimento de aplicação do Direito por alguém dotado de autoridade⁴². O sistema jurídico comumente investe alguns indivíduos ou instituições específicas com autoridade para determinação dos fatos de forma conclusiva, mesmo que limitadas temporalmente ou sujeitas à revisão (MACCORMICK, 2008). A esse processo Bankowski (1981) chamou de procedimento de certificação da verdade. Aquilo que a autoridade com poderes reconhecidos para determinar fatos reconhece como verdadeiro deve ser aceito como verdade para questão problematizada. Os processos de determinação da verdade transformam fatos brutos em fatos institucionais a partir de critérios de atribuição da verdade estabelecidos (BANKOWSKI, 1981; MACCORMICK, 2008). Nesse sentido, conforme argumenta MacCormick⁴³:

Determinações de fato exigem a capacidade de avaliar meio de prova, e a determinação de que certos fatos brutos contam como exemplos concretos dos fatos operativos estabelecidos

42 E justamente porque meios de obtenção desta prova, sobretudo durante a investigação criminal, esbarram não raras vezes com direitos e liberdades fundamentais que somente podem ser afastados, mesmo que provisoriamente, quando estritamente necessários e sob certas formalidades.

43 Cumpre ressaltar que o procedimento de certificação da verdade também assume um papel importante de justificação da decisão ou correção do processo de construção da verdade. A reconstrução narrativa (auto narração) dos argumentos submetidos à apreciação por meio da reflexão sobre quais testemunhas foram chamadas, as diligências investigativas realizadas, as interpretações conflitantes, as provas produzidas fornecem condições se aceitar ou rejeitar a coerência da história apresentada ao órgão julgador (MACCORMICK, 2008).

em uma regra exige a capacidade de interpretar as formulações de regras à luz de valores humanos (2008, p. 96).

Ocorre que a capacidade de dizer o que seja verdade não diz respeito apenas ao seu aspecto técnico ou epistemológico, mas, também, seu aspecto jurídico. A busca da prova não é ilimitada, seja pela impossibilidade física de convencer sobre a existência do fato histórico que se alega tenha ocorrido⁴⁴, seja como consequência das limitações ou garantias previstas nas leis e na Constituição que, em última análise, objetivam proteger direitos e liberdades essenciais do cidadão.

O processo penal moderno é marcado, portanto, pela presença de garantias institucionais contra epistemológicas de obtenção da verdade — presunção de inocência, favor rei, direito a não autoincriminação, restrições probatórias, presunções, coisa julgada entre outras — que, embora sejam garantias de liberdade que visam assegurar valores relevantes, limitam a atividade cognoscitiva do Estado de averiguação da verdade (ABELAN, 2010; GUSMAN, 2011; TARUFFO, 2011; LAUDAN, 2005; 2011).

A concorrência entre valores distintos no processo, que impõe restrições à atividade instrutória e, com isso, tem influência significativa na busca de elementos que apoiem ou refutem as hipóteses sobre os fatos confrontadas nesse mesmo processo conferem especificidade à prova jurídica (BELTRAN, 2007).

Entre essas especificidades estão a permissibilidade de valoração pelo magistrado apenas das provas aportadas e admissíveis no processo, não podendo ele se valer de informações obtidas privadamente ou frutos de pré-concepções (BELTRAN, 2007; DAMASKA, 1986) ou, ainda, de caráter ilícito (ABELLÁN, 2010; BELTRAN, 2007). Desse modo, os filtros de natureza jurí-

44 E que, hipoteticamente, suscita-se como delituoso.

dica somam-se as ao filtro de relevância⁴⁵ para limitar a atividade cognoscitiva no processo.

Entre os filtros jurídicos impostos estão: a) os que não admitem provas ilícitas; b) os que vedam a participação de certas pessoas como testemunhas (art. 207 do CPP); c) os prazos processuais; d) as presunções legais entre outras.

Cumpra ressaltar, porém, que sustentar a legalidade da disciplina da prova não significa ressuscitar o velho sistema de prova legal, mas assegurar a defesa das formas e restrições processuais em nome da proteção dos direitos do investigado ou acusado. Se por um lado as velhas regras da prova legal se mostravam como um conjunto de regras capazes de abarcar todos os aspectos da prova dos fatos a serem produzidos para a melhor pesquisa da verdade, apoiando-se, portanto, em um *valor de verdade*; atualmente, de outra sorte, as regras probatórias devem ser vistas como normas de proteção da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um *valor de garantia* (GRINOVER, s/d *apud* CORREA, 2006).

O erro ou a infração de qualquer norma atinente às mencionadas questões importa não só no comprometimento da investigação criminal ou do processo penal (possível sentença condenatória), mas, em definitivo, no fracasso do Estado de Direito que, a todo momento, vê-se ameaçado pelo Estado de Polícia⁴⁶ (COLOMER, 2004).

O direito a um processo justo é, atualmente, um dos mais abrangentes e relevantes direitos fundamentais contrapostos à arbitrariedade do Estado. E, uma das formas de assegurar essa justiça procedimental é o estabelecimento de limitações probató-

45 Entende-se por filtro de relevância o critério segundo o qual deve admitir toda prova que traga alguma informação relevante sobre os fatos que se julgam (BELTRAN, 2007; TARUFFO, 2011).

46 Entende-se por Estado de Polícia aquele Estado autoritário que impõe discricionariamente sua vontade (e a sua verdade) sobre os cidadãos.

rias e a possibilidade de arguir exceções diante da produção ou utilização de prova vedada⁴⁷.

No que diz respeito às diferentes dimensões limitadoras da prova no processo penal e, conseqüentemente, do acesso à verdade na persecução penal, Binder (1999) sustenta a existência de três níveis de limitação à atividade probatória. O primeiro nível é o das *proibições probatórias*, que abrange um conjunto de campos, temas e métodos absolutamente proibidos, como tortura, ameaça e coação para obter confissão. No segundo nível, encontramos os requisitos de formalização e limitação de possibilidades para obtenção da informação, como aqueles casos submetidos à prévia autorização judicial expressa e específica, por exemplo, a busca e apreensão de documentos ocultos em domicílios, interceptação de comunicações telefônicas ou telemáticas, dados sigilosos etc. E, por fim, no terceiro nível, temos a *legalidade da prova* que condiciona o ingresso de informações no processo à observância de certas e determinadas formas previamente estabelecidas, o que resulta na proibição do ingresso de informações advindas de rumores, testemunhas anônimas, conhecimento privado de alguma autoridade investigatória ou do juiz etc.

A vedação ou limitação do uso de determinados meios de prova são, certamente, condicionantes do resultado que se poderá atingir com a investigação ou a instrução judicial⁴⁸. Referida limitação, decerto, não se restringe a delinear apenas formalidades que deverão ser cumpridas (p.ex.: exibição do mandado de

47 Cumpre ressaltar que as regras que regulam e limitam a obtenção, produção e a valoração das provas são direcionadas, em regra, ao Estado, no intuito de proteger os direitos fundamentais do indivíduo atingido pela persecução penal. Contudo, em um sistema processual democrático, em que há uma ativa participação da defesa no processo, particularmente no que diz respeito à atividade probatória, as vedações à utilização de prova ilicitamente obtida devem também ser a ela aplicadas.

48 Nas palavras de Badaró (2003, p. 37): “(...) o grau de verdade, isto é, a maior ou menor aproximação da verdade é determinado diretamente pela disciplina legal do procedimento probatório que se adote para a verificação dos fatos objetos do processo”.

busca e apreensão), mas o sujeitar as provas produzidas à arguição de exceções quanto a sua validade. Por isso, é possível dizer que a correção probatória tem o condão de impregnar a busca pela comprovação ou refutação da hipótese de um conteúdo axiológico que devem permear, entre outras coisas: a opção estratégica pelo método, a legitimidade do procedimento e a decisão pela admissibilidade ou não da prova.

E, por essa razão, sustenta-se que a prova não seja excepcionada tão somente porque, em certos casos, houve violação frontal da lei (violação de domicílio, interceptação de comunicação telefônica sem autorização judicial, constrangimento ilegal), mas também por violar os condicionamentos axiológicos ou princípios e valores de fundo condensados em preceitos fundamentais, uma vez que estes podem oferecer de exceções de tipo incomum às comumente previstas expressamente pelo direito (MAcCORMICK, 2008)⁴⁹.

Ao Estado, por meio dos seus órgãos de persecução penal compete provar, lícitamente, a existência do crime e quem seja o seu autor. Desse modo, verificado, por exemplo, que no âmbito da investigação criminal as evidências materiais do crime (p.ex.: o material entorpecente, um documento), foram obtidas mediante técnica ilícita — interceptação telefônica clandestina, tortura, invasão de domicílio etc. —, cabe ao prejudicado arguir a exceção que invalide o arranjo jurídico probatório destinado a confirmar a versão dos fatos.

Os rígidos padrões de prova no processo penal exigem que o fato institucional construído para produzir efeitos jurídicos esteja, assim, imune a intervenções que o invalidem. As regras jurídicas que condicionam o procedimento ou que estabelecem

49 A violação dessas regras ou princípios e valores de fundo sujeitam o fato institucional arguição de exceções que podem ser suscitadas pragmaticamente no processo de dialético de prova e contraprova do processo penal.

critérios formais e materiais de execução da atividade probatória fornecem apenas condições “*ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes*” para validade e solidez de arranjos jurídicos probatórios e que, por isso, essas mesmas regras, arranjos ou de pleitos em relação a estes estão sujeitos à exceção. A noção de *defeasibility* (excepcionável), portanto, sustenta que não basta que as condições legais necessárias sejam atendidas para afirmação de um direito a quem o pleiteia. Não que ser atendidas também as condições suficientes — não excepcionadas — num dado caso. Mesmo que determinado fato institucional tenha aparência de validade ou que tenha sido construído para produzir efeitos jurídicos, ele pode estar sujeito a alguma intervenção que o exceção (MACCORMICK, 2008).

Em síntese, a proibição de utilização de determinados meios de obtenção prova tem como objetivo, além de proteger os direitos fundamentais do cidadão, assegurar a validade do material probatório a ser admitido e valorado no processo (OLIVEIRA, 2007).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que nós podemos inferir a partir do texto é que o processo penal compartilha valores e objetivos distintos e contraditórios, que devem ser harmonizados dentro de um Estado de Direito. Ao lado do interesse epistemológico em se produzir provas que confirmem hipóteses sobre fatos, o processo se propõe a guardar interesses outros (liberdade, proteção de inocentes) que dificultam ou ao menos não contribuem para a busca da verdade.

A opção por um modelo de sistema processual condicionado a valores de verdade e de minimização de violência ou liberdade, portanto, impõe às instituições responsáveis pela persecução penal critérios estritos de investigação e prova. Assim, apesar da atuação de toda instituição pública ou do particular

na busca da prova dever estar fundada na eficácia, uma vez que o interesse pela verdade exige isso, num Estado de Direito não basta se alcançar a eficácia técnica⁵⁰. É preciso, principalmente, assegurar a eficácia jurídica na atuação das instituições e das partes no processo penal. Em outros termos, as provas, a par da validade técnica, devem também conter validade jurídica e não serem excepcionadas durante o processo⁵¹.

O mito da verdade real, de cunho nitidamente autoritário, esmoreceu diante dos postulados garantistas do Estado de direito. As limitações decorrentes do devido processo legal e das garantias de liberdade demonstram que a verdade processual é somente e tão-somente aquela possível nos estreitos daquilo que se tem como aceitável em termos de possíveis erros e impunidade ou desejável em termos de justiça.

Ressalta-se, por outro lado, que um modelo de justiça retributiva, centrado na verdade, reforça o dissenso e apresenta uma série de dificuldades internas e externas que precisam ser avaliadas e superadas.

Nesse trabalho, deu-se ênfase ao aspecto competitivo do processo. Contudo, pouca atenção foi dada aos déficits comunicativos e/ou cooperativos no processo penal. A suposta busca cooperativa da verdade encontra dificuldades não apenas entre oponentes (acusador e acusado), mas também internamente entre os atores institucionais.

50 A ideia de eficácia aqui também abrange a noção de eficiência.

51 Nesse sentido, a proteção penal é consequência secundária no âmbito dessa relação Estado versus liberdade individual (LAUDAN, 2011). Para uma visão crítica sobre a predileção pela proteção de inocentes em detrimento da prevenção de ilícitos, ver Laudan (2011).

REFERÊNCIAS

- ABELLAN, MARINA GASCON. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2013.
- _____. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. UNAM: México, 2005.
- _____. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.
- BANKOWSKI, Zenon. *The value of truth: fact scepticism revisited*. 1 *Legal Studies*, 257, 1981.
- BELTRAN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BOFF, Leonardo. Prefácio. In *Manual dos inquisidores*. Nicolau Eymerich e Francisco de la Peña. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993.
- BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.
- CORREA, Silvia Leme. *A prova processual penal ilícita e a teoria da proporcionalidade*. 2006. 150f. Dissertação (Mestrado em direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

- DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: A comparative approach to the legal process*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª edição. Rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2009.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade y método II*. Tradução: Manuel Olasagasti. Salamanca: Ediciones Sigueme, 1998.
- GARAPON, Antoine e PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura jurídica francesa e Common Law em perspectiva comparada*. Tradução: Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GRINOVER, Ada Pelegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999. Disponível em http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html. Acessado em 04/04/2010.
- GUSMAN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal: Una contribución a la epistemología jurídica*. 2ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol. 1. 2ª. Ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2010.
- _____. *Verdade e justificação: Ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- HAACK, Susan. *Epistemology legalized: Or, Truth, Justice, and the American way*. 49 Am. J. Juris, 43, 2004.
- HOFFE, Otfried. *O que é a justiça?* Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. Coleção Filosofía nº 155.
- LAGIER, Daniel. *Hechos y argumentos: racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal*.
- LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa: Cuadernos de Filosofía de Derecho*, 28, 2005, p. 95-113.
- _____. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Presentación y aporte Edgar R. Aguilera García. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria Conceição Corte-Real. Brasília: Editora UnB, 1980.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo II: parte geral – sujetos procesales. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.
- MAcCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MANDROU, Robert. *Magistrados e feiticeiros na França do século XVII: Uma análise de psicologia histórica*. Tradução Nicolau Sevcenko e J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1979.

- MENDES, Gilmar Ferreira et. al. *Curso de direito constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MEREU, Ítalo. *Historia de la intolerancia en Europa*. Barcelona: Paidós, 2003.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- _____. *La prueba de los hechos*. 4ª ed. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Ed. Trotta, 2011.
- TWINING, Willian. *Narrative and generalizations in argumentation about questions of fact*. 40 S. Tex. L. Rev., 351, 1999.
- _____. Evidence and theory legal. *The Modern Law Review*, 1984, v. 47, n. 3.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. 2ª ed. Tradução: Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

