

Luíza Guimarães Campos Batista Gomes

BARD
DE CRITÉRIO TÉCNICO A
RECURSO HONORÍFICO

2023

CONCEITOS ESSENCIAIS

3.1. VERDADE E PROVA

Partindo do pressuposto da relação teleológica existente entre prova e verdade, toda a minha análise assume como premissa básica que ‘verdade’ refere-se à verificação de uma hipótese fática diante da realidade (do mundo). Ou seja, é a reconstrução (ou retrospectiva) narrativa de determinada hipótese fática e a verificação de sua ocorrência no passado, onde se deram os fatos. Não se trata, assim, da existência de uma proposição hipotética sobre fatos de caráter absoluto, mas sim provável em sentido probabilístico¹.

Ainda que este não seja o escopo do presente trabalho, em razão da relação simbiótica existente entre prova e verdade para a corrente racionalista, adotada no curso desta pesquisa, torna-se necessária a afirmação do conceito jurídico de ‘verdade’ que também pretendemos adotar.

Em princípio, faz-se necessária a distinção entre verdade e certeza. A verdade, em seu sentido jurídico, é objetiva e condicionada pelas regras processuais que determinam o caminho que deverá ser percorrido para a *obtenção dos meios de prova*, assim como pela valoração que é feita pelo juiz em relação aos *meios de prova* apresentados no processo, no momento decisório. Por outro lado, a certeza é o *status subjetivo* relacionado ao comprometimento cognitivo de alguém, que demonstra o seu convencimento em relação à ocorrência ou não de determinado fato².

1. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 7ª ed. rev., atua. e amplia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 386. Neste mesmo sentido: SILVA, Luciano André da Silveira e. **O agente infiltrado: um estudo comparado da Legislação da Alemanha, Brasil e Portugal**. Dissertação (Mestrado). Universidade de Coimbra – UC. Coimbra. 118 p., 2015, p. 13; LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 352-354.
2. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Macial Pons, 2012, p. 108. Aqui, convém relembrar a lição de Ovídio A. Baptista da Silva, que, em notável crítica à concepção de processo como “ciência”, insiste que o critério da certeza é um critério subjetivo, afeto ao que os autoritários concebem a resposta dada pelo Estado para os conflitos sociais como justiça. Sendo que “certezas” não se verificam *sequer* nas ciências

A segunda distinção necessária diz respeito ao conceito de ‘verdade’ e de ‘verossimilhança’. Entende-se por *verossímil* aquilo que corresponde à normalidade de certos tipos de comportamentos e acontecimentos. O conceito de verossimilhança exige, assim, a noção preliminar do que seriam comportamentos e acontecimentos naturais ou aceitáveis (a depender da hipótese fática) para o aceite de que determinados eventos narrados por uma parte, no curso do processo, *podem* ter ocorrido³.

Não há, pois, uma relação entre verdade e verossimilhança, já que o conceito de ‘verdade’ encarna a admissão ou não da *probabilidade* da ocorrência de um evento, a partir das informações e do *resultado probatório* obtido no processo, que servem de sustentação para a afirmação de determinada hipótese. A verossimilhança, por outro lado, lida com a *possibilidade* de tal evento ter ocorrido conforme descrito⁴.

Esse ponto é de extrema importância para a condução desta pesquisa, tendo em vista que a categoria central, emergida pela TFD e descrita linhas acima no subitem 2.2, lida exatamente com o *juízo de probabilidade* da ocorrência de determinada hipótese, evento, proposição ou de sua inoocorrência em relação às hipóteses, eventos e proposições contrárias, no momento da tomada de decisão pelo juiz.

O sentido probabilístico da verdade construída pelas hipóteses confirmadas em determinado raciocínio inferencial não representa um abandono do cientificismo; pelo contrário, representa, justamente, a certeza científica, no sentido de que a conclusão jurídica amparada numa determinada verdade absoluta é simplesmente impossível, e, no melhor cenário, a produção humana pode chegar apenas a uma verdade construída, a partir de um viés hipotético e juridicamente condicionado que satisfaça – do ponto de vista argumentativo – a eleição de uma hipótese fática *mais provável de ser verdade* em relação às demais.

O conceito de prova em sua concepção racionalista, e a partir da teoria geral das provas exige a compreensão de quatro prolegômenos: *o primeiro*, no sentido de que existe uma relação teleológica entre prova e verdade⁵, de

naturais; de maneira que tal concepção nunca foi e nem poderia ser um critério objetivo do Direito, cuja missão política não vai além da busca de uma *solução razoável* para os conflitos humanos em coparticipação. Ver mais em: Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e JOBIM, Eduardo (coord.). **O processo na Constituição**. – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 454-456.

3. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**, *op. cit.*, p. 108.

4. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**, *op. cit.*, p. 112-113.

5. A explicação etimológica da palavra “prova” (*probam*) indica o seguinte significado: “demonstrar a veracidade de uma afirmação ou de um fato”. Portanto, os signos “prova” e “verdade” se encontram etimologicamente interligados desde a sua gênese, sendo que o significado de um (prova) depende do prévio entendimento relacionado ao significado do outro (verdade).

modo que a verdade se configura como o objetivo institucional da prova no processo judicial; *o segundo*, no sentido de que o conceito de verdade se relaciona ao elevadíssimo grau de ocorrência de determinado evento, que se considera como provado; *o terceiro*, no sentido de que é impossível o alcance de uma decisão puramente racional, de modo que a enunciação fática (falsa ou verdadeira) se situa no contexto das incertezas (decide-se por uma hipótese fática em detrimento da outra); *o quarto*, no sentido de que o raciocínio probatório será sempre probabilístico⁶.

A prova, em seu sentido lógico, entende-se como: a) a construção racional da investigação empreendida pelo juiz em sua atividade decisória; b) a possibilidade, assim como a necessidade de se distinguir questão de fato de questão de direito; c) a possibilidade e a necessidade da indicação de um modelo racional que permita a reconstrução dos fatos; d) a articulada qualificação jurídica dos fatos; e) a possibilidade de controle da racionalidade das escolhas do juiz, em sua atividade decisória, pelos jurisdicionados, Tribunais de revisão e demais cidadãos⁷.

Em sua concepção processual, a prova é a soma dos fatos produtores da convicção do juiz, apurados no curso do processo, cuja contraposição importa em determinada conclusão, possível de ser reconstruída. Nesse sentido, não se pode deixar de pontuar que a prova não se relaciona apenas aos fatos jurídicos-processuais, pois, em sua concepção meta-jurídica, entende-se como prova tudo aquilo que pode ser objeto de demonstração (ciências naturais) ou argumentação (ciências reconstrutivas)⁸.

Rejeita-se, contudo, a ideia de que a prova como objeto de argumentação estaria inserta na retórica, pois a construção argumentativa que é devida pela decisão do Estado (que é, para além de jurídica, uma decisão política), deve ser controlável e sustentável do ponto de vista da lógica: a) em sua manifestação formal (admissibilidade dos meios de prova); b) em seu conteúdo essencial, que demonstram as razões de decidir do juiz em relação à existência ou não de determinados fatos; c) e em relação ao seu resultado subjetivo, que é o convencimento do julgador⁹ – sendo que este último elemento lógico é, também, o elemento funcional da prova¹⁰.

6. BADARÓ, Henrique. **Processo Penal**. 7ª ed. rev., atua. e amplia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 385 e FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea**. Disponível em: <www.catedrajuridica.com>. Acessado em 16/08/2020.

7. GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p. 221.

8. GRECO, Leonardo, *op. cit.*, p. 224-226.

9. GRECO, Leonardo, *op. cit.*, p. 228.

10. GRECO, Leonardo, *op. cit.*, p. 228-229.

Em sentido amplo, prova é um fato supostamente verdadeiro, que se presume que deva servir como motivo de credibilidade para a existência ou inexistência de determinado fato; em sentido estrito, prova é o instrumento que apoia a construção do raciocínio do julgador, em relação aos fatos produtores da convicção do juiz e que abrange os fatos probandos e os fatos probantes¹¹.

A análise de verificação da prova possuiria, assim, três acepções principais: a) a atividade probatória em si mesma; b) os meios de prova utilizados para o seu desenvolvimento e a licitude dos meios empregados em sua obtenção; c) e o resultado lícito probatório obtido ao final da elucidação das correspondências fáticas¹².

Disso decorre a necessidade de exposição do caminho de decidir adotado pelo juiz, com a exposição da *ordem*¹³ das induções realizadas em princípio, cujas inferências dos fatos analisados no curso do processo conduzem ou não para admissão da ocorrência de um evento factível que, por sua vez, conduz de forma argumentativa à conclusão mais próxima da verdade¹⁴.

Em resumo, o conceito de “prova” é plurissignificativo e, em sentido jurídico, trabalha com três conteúdos primordiais: a) a prova seria o ato de provar, ou seja, a atividade probatória em relação às afirmações que se destina a demonstrar, comprovar ou convencer¹⁵; b) a prova seria utilizada como designação aos *meios de prova* apresentados e desenvolvidos no curso do processo; c) e por fim, a prova seria também a manifestação de seu produto final, isto é, do resultado probatório obtido¹⁶.

11. GRECO, Leonardo, *op. cit.*, p. 243-244. Neste mesmo sentido, afirma-se que “*la prova, latamente intensa, è un’operazione volta a verificare, quindi ad accertare come fare o falsa una qualsiasi proposizione.*” FERRUA, Paolo. **La prova nel Processo Penale. Struttura e procedimento**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, v. I, 2017, p. 01.

12. BADARÓ, Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 391.

13. Nesse sentido, afirma-se que: “Senza ordine, non è possibile una forma corretta di conoscenza, come è rivelato dalle forme prelogiche della mente umana, legate ai meccanismi psicologici della memoria e del ricordo.”; que em nossa tradução: “Sem a exposição da ordem, não é possível extrair a interpretação correta do consciente, que é revelado pela mente humana através dos mecanismos psicológicos da memória e da lembrança.” GIULIANI, Alessandro. **Prova in Generale**. A) Filosofia del diritto, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988, p. 519.

14. GRECO, Leonardo, *op. cit.*, p. 244.

15. Aqui pela superação do “cientificismo” do conceito moderno de prova, diante da complexidade das relações jurídicas postas diante do Direito; e o resgate do conceito de “prova como argumento” tal como fora concebido pela cultura clássica (o sentido dos fatos), como objeto judicial sobre o qual a controvérsia judicial é construída, como argumento para o convencimento judicial e dialeticamente construída através do debate processual. Ver mais em: SILVA, Ovídio A. Baptista. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e JOBIM, Eduardo (coord.). **O processo na Constituição**, *op. cit.*, p. 460.

16. DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª ed.- Salvador: Ed. Juspodivim, 2015, p. 38-39.

Ou seja, as provas são o conjunto dos *meios de prova* produzidos dentro e fora do processo (pré-processualmente), os quais: a) se destinam à verificação e elucidação de hipóteses fáticas; b) cuja validade se encontra adstrita à idoneidade das suas fontes, legalidade dos meios e formas utilizados para a sua obtenção, no momento de sua produção; c) a fim de conduzir à confirmação (ou não) de seu viés hipotético-fático no momento de análise do *resultado probatório* em sede de decisão¹⁷.

3.2. ATIVIDADE PROBATÓRIA E ADMISSIBILIDADE DA PROVA

De modo geral, o desempenho da atividade probatória se constitui em quatro fases: a) no âmbito da propositura das provas; b) no momento de admissibilidade das provas; c) quando da produção das provas; d) e durante a valoração das provas¹⁸.

Todavia, o conceito de prova por si só não é suficiente para a satisfação da racionalidade que se pretende obter com a adoção da teoria geral das provas. Há que se dizer também o que não pode ser considerado como prova, já que, se por um lado a teoria geral das provas é gênero da temática probatória; por outro, a teoria da proibição das provas é uma espécie deste gênero.

Assim, para além da fixação do conceito jurídico de prova, precisamos investigar a licitude dos *meios de prova* para determinar aquilo que não pode ser admitido como prova¹⁹.

Em primeiro plano, faz-se necessário distinguir o que uma *fonte de prova* e um *meio de prova*; as fontes de prova se relacionam com os elementos externos ao processo e que antecedem a etapa da atividade probatória em si, devem ser idôneas²⁰, tanto em sua forma de obtenção quanto em seu conteúdo (por exemplo, uma testemunha não pode ser ouvida por pessoa desprovida da investidura da função pública para reduzir a termo o seu depoimento,

17. BADARÓ, Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 391; também neste mesmo sentido: SILVA, Franklyn Roger Alves. **Produção probatória defensiva: a possibilidade de exercício da investigação criminal defensiva e a sua repercussão no campo da avaliação de standards no Processo Penal**. Tese (Doutorado). Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 586p. 2019, p. 45-48.
18. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 391; nessa mesma tônica: PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios do direito processual brasileiro**. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro. 302p. 2020, p. 43.
19. WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal**. Org., Intro. e Trad., Luís Greco. Trad. Alaor Leite e Eduardo Viana. – 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 112-131.
20. DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**, *op. cit.*, p. 39.

do mesmo modo que não pode mentir em relação às declarações prestadas que se relacionam com o fato probando)²¹.

Os *meios de prova* são os instrumentos que se revelam úteis à sustentabilidade de determinada afirmação sobre os fatos²², ou seja, se a fonte de prova é, por exemplo, uma testemunha, o *meio de prova* é o seu depoimento reduzido a termo.

À exceção das provas pré-constituídas, em especial as documentais, os demais *meios de prova* devem ser produzidos em sede de contraditório judicial²³.

Importa distinguir ainda, nesse particular, *meios de prova* dos *meios de obtenção de prova* (ou meios de investigação ou pesquisa de provas), na medida em que o primeiro se relaciona com a garantia do argumento que sustenta determinada hipótese fática e o segundo diz respeito à eleição do método que será desempenhado para a obtenção desta prova (exemplo, interceptação telefônica, telemática, agente infiltrado e quebra de sigilos fiscal ou bancário)²⁴.

Há, no caso dos *meios de obtenção de prova* ou ainda da verificação das *fontes de prova*, o comprometimento cognitivo – inconsciente, no mínimo – do juiz que participa da eleição do método pelo qual a prova será obtida, pois no momento desta escolha, uma hipótese fática é presumida como verdadeira, ainda que de maneira superficial²⁵.

Tal comprometimento é, além disso, agravado em razão do fato de que – no nosso atual sistema processual – o juiz não apenas elege o método de obtenção dos meios de prova, mas também acompanha a sua desenvoltura, de modo a observar as garantias do sujeito acusado²⁶ e, ao mesmo tempo, fincar a licitude deste *meio de obtenção*²⁷.

21. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 391.

22. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 392.

23. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 391-392.

24. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 394-395.

25. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 392.

26. De maneira a garantir a plenitude da imparcialidade do juiz da ação penal, em relação ao curso investigativo e a eleição dos meios para obtenção de prova, o PL 156/2009 (reforma do CPP), previa em sua exposição de motivos a criação da figura do juiz de garantias, mais tarde incorporada pelo art. 3º-B do CPP, introduzido pela Lei nº 13.964/2019 (pacote anticrime), cuja implementação se encontra – atualmente – suspensa por força da cautelar deferida nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 630, de relatoria do Ministro Luiz Fux, do STF. Ver mais em: GARCIA, Alessandra Dias. **O Juiz de Garantias e a investigação criminal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), 208p. 2014, p. 164-165.

27. TAVARES, Juarez e PRADO, Geraldo. **O direito penal e o processo penal no Estado de Direito: análise de casos**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 72-74.

A lisura do método de obtenção do meio de prova, eleito pela investigação e confirmado pelo juiz, proíbe, por exemplo, a admissibilidade dos elementos probatórios obtidos por métodos ocultos e dissimulatórios de investigação.

É o que acontece no caso da inadmissibilidade do flagrante preparado ou do elemento de prova decorrente da dissimulação (ocultação) do agente público em relação ao monitoramento (remoto ou pessoal) do investigado, que “dita” – inconsciente deste processo – a direção da atividade probatória, por meio de “confissões” (ou falas) não esclarecidas. A interceptação de comunicação (telefônica ou telemática) é o meio de obtenção de prova dissimulatória mais comum para os crimes enquadrados na Lei de organizações criminosas²⁸ e que foi amplamente utilizada no âmbito da OP. LJ.

Ainda que uma maior digressão quanto as *provas em espécie* não faça parte do recorte desta abordagem, tem-se por necessário estabelecer que elas podem ser: a) *típicas*, que são dotadas de procedimento de produção específico, previsto em Lei, como por exemplo o exame de corpo de delito (ritual descrito pelo art. 158 e seguintes do CPP); b) *atípicas*, que são as provas que não possuem procedimento de produção rígido ou previsto, por exemplo, a reconstituição simulada dos fatos (art. 7º do CPP); c) *anômalas*, que são as provas típicas que são utilizadas para fins diversos aos que eram inicialmente previstos, como ocorre, por exemplo, com a substituição de uma oitiva testemunhal por uma juntada de declaração (prova típica, documento particular, em substituição à outra prova típica)²⁹; d) *emprestadas*, que são as provas originárias de outro processo e que possam ser aproveitadas em outra ação penal, desde produzidas diante do Juiz Natural, em observância do contraditório, com mesmo objeto de prova e comprometimento de cognição, em relação aos dois processos³⁰.

No caso das provas típicas e anômalas, que possuem determinado procedimento para sua apuração, a infringência de tais regras fulminará a capacidade demonstrativa de tal *meio de prova*, assim como a sua genuinidade³¹ – de maneira que ela terá que ser descartada, repetida ou ter o seu aproveitamento atenuado no momento de valoração das provas, conforme os critérios lógicos de admissibilidade empregados previamente pelo juiz em relação a tais provas³².

28. SILVA, Luciano André da Silveira e. **O agente infiltrado: um estudo comparado da Legislação da Alemanha, Brasil e Portugal**. Dissertação (Mestrado). Universidade de Coimbra – UC. Coimbra. 118 p., 2015, p. 12-20; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 393-395.

29. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 396-397.

30. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 401.

31. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 397.

32. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 407-411.

Conforme dito anteriormente, de maneira superficial, o primeiro critério ao qual uma prova deve atender para ser admitida em juízo é o da legalidade. O elemento probatório obtido pela atividade de investigação, assim como pela atividade de instrução, deve ser lícito e legítimo ao fim a que se destina ou aproveita. Neste último caso, como ocorre nos casos de prova anômala ou emprestada.

Entende-se por prova ilícita aquela que é adquirida de maneira ilegal, caracterizando violação de normas legais e princípios gerais do ordenamento, seja de natureza de direito material, seja processual. Sendo que a prova ilícita porque constituída por meio de violações de leis e princípios gerais de direito pode ser ilícita e ao mesmo tempo ilegítima, se ao tempo de sua produção, a lei processual impedia a produção do meio em Juízo³³.

Nessa definição devemos acrescentar ainda: com a CRFB/88, foi estabelecida uma “ponte” entre a violação de direito material e o direito processual brasileiro, sendo que, como consequência jurídica, a prova ilícita – por ser contrária ao ordenamento jurídico –, será invalidada e maculará todos os atos dela subsequentes. Há, assim, além de uma eventual sanção de direito material (a exemplo do tipo penal descrito pelo art. 151 do CP, no caso de violação de correspondência), uma *sanção processual* que determinará a exclusão da prova ilícita e demais atos, no caso de sua verificação³⁴.

Por outro lado, compreende-se como prova ilegítima, aquela que é obtida ou produzida em infringência às normas de direito processual, como ocorre, por exemplo, no caso da oitiva testemunhal que não oportuniza perguntas às partes³⁵.

Essa distinção é importante, na medida em que estipula para o juiz em seu exercício de admissibilidade e valoração a impossibilidade de aceite das provas consideradas ilegais (ilícitas e ilegítimas), como base de sustentação de determinada ocorrência sobre os fatos.

A questão é que as provas obtidas por meios ilícitos possuem como reprimenda jurídica, prevista pelo legislador, sanções de direito material (tipificação penal, por exemplo, com relação à violação ao domicílio) e de direito processual (desentranhamento dos autos)³⁶; enquanto as provas

33. Ver mais sobre essa definição em: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2ª ed. atua. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 98-99.

34. Ver mais em: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 411.

35. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 411.

36. Em específico, é importante destacar mais uma vez que a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é uma garantia fundamental, prevista no art. 5º, LVI da CRFB/88.

illegítimas possuirão sanções processuais (deverão ser novamente realizadas ou inutilizadas pelo juiz no momento de valoração probatória)³⁷.

A prova poderá ainda ser considerada *ilícita por derivação*, desde que não possa ser obtida por fontes independentes da prova ilícita originária, ocasião que resultará não só na sua inadmissibilidade, mas também no comprometimento de toda a cadeia probatória sucessória realizada a partir dela, em razão da adoção no ordenamento jurídico brasileiro da teoria da árvore dos frutos envenenados³⁸.

No curso do desempenho inicial da atividade probatória (especialmente nos momentos de investigação e propositura da prova), assim como para a admissibilidade de tais provas no processo, deve o juiz prezar pelo respeito ao procedimento previsto para a obtenção de tais meios de prova, assim como ao elemento probatório produzido, cuja validade se encontra adstrita à legalidade dos meios de obtenção de prova e dos meios de prova.

Importa ressaltar que o direito à prova é um direito fundamental, garantido em sua dimensão substancial pelo contraditório pleno³⁹; seu conteúdo é complexo e se exprime em diversas situações jurídicas, quais sejam: a) o direito à adequada oportunidade de requerer as provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito a participar da produção de provas; d) o direito de se manifestar e, eventualmente, impugnar a prova produzida; e) o direito ao exame da prova produzida, por parte do juiz no momento decisório⁴⁰.

Para ser considerada como válida, uma prova deve ter sua legalidade reafirmada em distintos momentos processuais essenciais à sua verificação e passar pelo crivo do julgador em todos eles, até que possa fazer parte do momento final (valoração da atividade probatória). Tais momentos são divididos da seguinte forma: i) atos probatórios de investigação; ii) provas

37. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 414-415.

38. Recentemente adotada pela segunda turma do STF no julgamento do HC 164.493/PR, ao determinar o reconhecimento da infringência aos limites constitucionais impostos para a obtenção dos meios de prova, por parte do Juiz que deveria funcionar como garante, ainda na fase de investigação. Decretando-se, por consequência, a nulidade de todos os atos subsequentes praticados, em razão da ocorrência da ilicitude dos meios de prova por derivação. Nesse sentido, remete-se o leitor para o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, assim como pelo voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC164493VotoGM.pdf>>. Acesso em 06/04/2021 e em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC164493VotoRL.pdf>>. Acesso em 06/04/2021.

39. Previsto no art. 5º, LV da CRFB/88.

40. DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**, *op. cit.*, p. 41. Neste mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, intercepções e escutas**. – 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 37-38.

propostas; iii) a admissibilidade das provas propostas; iv) a produção de tais provas e, por fim, v) a valoração de tais provas⁴¹.

A título comparativo, em termos de vigia da legalidade do procedimento probatório, convém ressaltar que no processo penal italiano apenas importam os momentos de *assunzione* – ou no italiano: “aquisição” –, e de *ammissione* da prova⁴²; sendo compreendido por *assunzione* as provas pré-constituídas ao tempo do processo, cuja análise de legitimidade, caso realizada de maneira errônea ou equivocada (a exemplo da admissão preambular de uma prova ilícita), determinará a invalidação de todo o procedimento subsequente/dependente de tal prova⁴³.

Na realidade jurídica brasileira, cumprida a etapa inicial de admissibilidade das provas e, na sequência, da produção de tais provas, o juiz passa para a etapa subsequente, chamada de *valoração da prova*⁴⁴. Este momento antecede a tomada de decisão e externaliza para o leitor quais foram as escolhas intersubjetivas racionais do julgador, realizadas em relação aos meios de prova admitidos, que determinam a veracidade ou não de uma determinada afirmação sobre os fatos⁴⁵. Este raciocínio de inferências é também chamado de *atitudes proposicionais*⁴⁶.

Isso quer dizer que uma vez trilhado o caminho da descoberta da prova (obtenção dos meios de prova) e da instrução (meios de prova), tem-se por devida a exposição de motivos que deve ser feita pelo julgador em relação à admissibilidade de tais provas como instrumento base para a verificação/aceite de determinada hipótese (e, em via contrária, dos motivos que conduzem ao rechaçamento desta mesma hipótese em relação à outra)⁴⁷.

Feita a justificativa quanto à admissibilidade probatória e tomada a decisão em relação à verificação desta prova, em contraposição à proposição

41. Nesse sentido, ver mais em: TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. Os momentos probatórios no direito processual penal. **Rev. Faculdade Direito da USP**. v. 106/107, p. 779 – 807, jan./dez. 2011/2012.

42. FERRUA, Paolo. **La prova nel Processo Penale. Struttura e procedimento**, *op. cit.*, p. 122.

43. CORDERO, Franco. **Tre studi sulle Prove Penali**. Milão: Giuffrè, 1963, p. 53.

44. É no momento de valoração da prova que o Juiz desenvolve seu raciocínio no sentido de verificar qual hipótese fática encontra maior respaldo nas provas produzidas, qual a hipótese fática que ganha maior corroboração diante das provas produzidas e qual é aquela que deixa de fazer sentido, ou seja, que não resiste, às provas produzidas em Juízo. Ver mais em: BADARÓ, Gustavo. A inferência probatória e a justificação do juízo de fato no processo penal. In: MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; SAAD, Marta; MORAES, Mauricio Zanoide de (Orgs.) **Processo penal humanista. Escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.

45. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 434.

46. BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85.

47. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 433.

ou hipótese fática que ela visa sustentar, extrai-se da decisão os *resultados probatórios*⁴⁸ obtidos e que foram utilizados pelo juiz como critérios de decisão.

É aqui que nosso objeto central de pesquisa se encontra inserido como *espécie*.

3.3. VALORAÇÃO DA PROVA E CRITÉRIOS DE DECISÃO

Na tentativa de imprimir a almejada racionalidade decisória, a doutrina propõe a adoção da técnica dos *standards* probatórios, no sentido de orientar a própria atividade jurisdicional, em relação ao *resultado probatório obtido* ao final da etapa de valoração das provas, decorrente do exame inferencial. Enquanto que, por outro lado, o ônus da prova orientaria o desempenho da atividade probatória para a defesa e para a acusação, em relação às hipóteses fáticas (tese e antítese) sustentadas por cada uma das partes e as eventuais consequências jurídicas atinentes ao peso de uma hipótese não comprovada⁴⁹.

É importante observar que, dentro da atividade probatória e, em específico, no momento de valoração das provas, tais institutos são complementares e não se confundem. O ônus da prova afirma a quem compete a carga probatória de determinada hipótese fática que, caso não seja atingida, culminará em uma determinada decisão (em termos processuais penais na absolvição do acusado, por ocasião de obediência ao princípio do *in dubio pro reo*)⁵⁰; ao passo que os *standards* probatórios, visam estabelecer os critérios objetivos que deverão ser atingidos para que determinada hipótese fática seja considerada verdadeira⁵¹.

A etapa de valoração das provas constitui, então, o momento em que o juiz externaliza sua avaliação em relação às provas apresentadas e a probabilidade de ocorrência das hipóteses e eventos ligados a cada uma delas

48. PEIXOTO, Ravi, *op. cit.*, p. 47-48; neste mesmo sentido: SILVA, Franklyn Roger Alves, *op. cit.*, p. 45 e p. 86.

49. MELIM, Mafalda. *Standards* de prova e grau de convicção do julgador. **Revista de concorrência e regulação**. - Coimbra: Almedina. - ISSN 1647-5801. - A. 4, n.º 16 (out.-dez. 2013), p. 148.

50. O art. 373 do CPC, por sua vez, traz a concepção dinâmica de distribuição do ônus probatório.

51. Conforme posicionamento defendido por PEIXOTO, Ravi, *op. cit.*, p. 44. Posicionamento contrário interessante é adotado por Franklyn Roger Alves Silva, no sentido de que a dúvida hipotética lançada pela defesa em relação à hipótese fática narrada pela acusação – que represente um desvio na apuração do fato delituoso conforme narrado pela inicial acusatória – representa um abalo à construção probatória da acusação, de modo a depender de uma atividade probatória mínima da defesa para se materializar no campo da dúvida razoável. Seria o caso da previsão dada pelo enunciado do art. 189 do CPP, de modo a estabelecer a necessidade de oferecimento de atividade probatória mínima para os casos em que a defesa nega a acusação, trazendo fato diverso ao que lhe fora imputado e para então prestar os devidos e coerentes esclarecimentos, indicando as provas que pretende produzir e que corroboram com a hipótese fática distinta da hipótese acusatória. Há, para o mencionado autor, uma desimcumbência do ônus probatório (para a defesa) nesse caso. SILVA, Franklyn Roger Alve, *op. cit.*, p. 87-88.

– ou seja, este é o momento processual em que há a avaliação da atividade probatória integralmente desenvolvida no processo.

O momento desta avaliação deve ser dividido em duas fases, sendo a primeira ligada à análise de licitude das provas produzidas (em relação à sua fonte, meio de obtenção, elemento essencial e resultado); e a segunda referente à investigação do apoio empírico das hipóteses fáticas, construídas pelas partes ao longo do processo e que encontram correspondência na atividade probatória resultante da instrução, isto é, o grau de corroboração existente entre determinada hipótese fática (em relação às demais) e a prova a ela relacionada⁵².

Finalizada a etapa de avaliação, tem-se por exposta a premissa considerada como resultante do raciocínio empreendido pelo julgador, que diante do conjunto apresentado, deverá servir para valorar a prova em relação às demais premissas encontradas.

É nesse ponto que se revela a importância dos *standards* probatórios (também chamados de critérios de decisão), uma vez que a adoção desta técnica de decisão se revela útil no âmbito do controle decisório⁵³, pois denota o compromisso assumido (pelo julgador) no sentido de expor o seu raciocínio lógico inferencial – em sua acepção epistêmica, normativa e interpretativa –, de modo a submeter à conclusão de sua premissa fática a essa tríplice análise de viés confirmatório⁵⁴.

Não se ignora as críticas segundo as quais a exposição da lógica indutiva, dedutiva ou de abdução, por si só, não resolve o problema de interpretação da prova, uma vez que cada uma das narrativas lógicas poderá ser adaptada/modificada para atender à finalidade que pretende ao julgador, de modo a imprimir uma “falsa” racionalidade à decisão⁵⁵.

52. PEIXOTO, Ravi, *op. cit.*, p. 43.

53. Aqui compreendido como garantia, uma vez que a adoção da técnica em questão (*standards* probatórios) exige do julgador a exposição inferencial do seu raciocínio, assim como do método decisório por ele adotado, de maneira a especificar determinado procedimento que é inerente à utilização da técnica decisória. A compreensão do procedimento como garantia objetiva (como garantia ao correto exercício do poder) e, por outro lado, como garantia subjetiva (como garantia à obediência dos direitos individuais do réu) é explorada por Antônio Magalhães Gomes Filho e Ada Pellegrini Grinover, ambos referenciados na obra de: FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 41; nesse mesmo sentido: PEIXOTO, Ravi, *op. cit.*, p. 68.

54. MATIDA, Janaina e HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (org.). **Epistemologias críticas do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 213-215 e 232-233.

55. Ver mais em: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Raciocínio probatório por inferências: critérios para o uso e controle das presunções judiciais**. Tese (Doutorado). PUC São Paulo – São Paulo, 2018, 324f., p. 92-95.

Todavia, partindo-se do pressuposto da boa-fé, o que pretendemos é justamente testar a subversão (ou não) de determinada técnica de decisão, expressa por uma determinada lógica de inferência probatória, que, a despeito de não resolver todos os problemas interpretativos (e não é isto o que pretendem os *standards* probatórios), visa conferir no plano da linguagem, uma maior exposição do subjetivismo do julgador e, como consequência disso, uma maior possibilidade de controle externo das razões de decidir⁵⁶.

Nesse sentido, se por um lado temos a certeza de que todo e qualquer signo jurídico pode ser modificado em seu sentido para atender a determinado fim (por parte dos intelectuais desonestos), por outro, admite-se que a adoção de determinado “caminho” pelo julgador culminará em uma maior exposição das ideias que orientam aquela conclusão e, por via de consequência natural, maiores possibilidades para a análise dos critérios que foram utilizados ou não utilizados⁵⁷.

Diga-se com todas as letras: a adoção de *standards* probatórios como critério decisional não pode servir ao magistrado como autorização para o julgamento conforme sua íntima convicção⁵⁸, pois o que pretende tal técnica de decisão é justamente o inverso disso⁵⁹.

No modelo racional de valoração da prova, o método de verificação de uma hipótese será dado pela epistemologia (e não pelo legislador por meio de conceitos jurídico-positivos); especificamente, no modelo de *epistemologia garantista*, as condições de efetividade da sentença se baseiam em determinado cognitivismo processual acerca da determinação do fato criminoso, sendo que o atendimento ao axioma da estrita jurisdicionalidade⁶⁰ é indispensável para tal atividade cognoscível decisória (expressa pela

56. BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018, p. 74-75.

57. Já que a atividade decisional sucede um efetivo juízo, historicamente formulado no processo, em termos de existência e inexistência de confirmação das hipóteses fáticas aduzidas; e desse modo, fornece o limite cognoscível sob o qual um juízo afirmativo ou negativo se sustenta em relação à probabilidade da hipótese contrária. Neste mesmo sentido: CORDERO, Franco, *op. cit.*, 42-43.

58. GONZÁLEZ-LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba, **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, nº 23, 2020, pp. 79-97, p. 91.

59. Nesse ponto, valiosa é a observação de Antônio Scarance Fernandes no sentido de que o processo penal moderno, imbuído do critério da eficiência como valor fundamental, não pode servir ao magistrado como uma lógica puramente economicista de “produtividade pela produtividade”; pois, ao lado do critério de eficiência como valor fundamental está assegurado ao acusado o sistema de procedimentos como garantia. Remete-se para a leitura da nota de rodapé 55, da obra: FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**, *op. cit.*, p. 40.

60. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**, 6ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 32.

verificabilidade/falseabilidade de determinada hipótese fática em relação às demais, permitindo sua refutação/verificação através da prova empírica)⁶¹.

Ou seja, para a *epistemologia garantista*, levando em consideração que toda decisão judicial é um *ato* político do Estado, para ser considerada como devidamente fundamentada, há que existir o comprometimento do agente estatal que a prolata. O juiz precisa se comprometer – argumentativamente – diante das diversas versões hipotéticas apresentadas pelas partes e corroboradas ou não pela não verificação das hipóteses contrárias, assim como das provas apresentadas e produzidas⁶².

Este fato, garante não só uma maior racionalidade decisória, mas também (e, talvez, primordialmente) a observância das garantias processuais que orientam a atividade probatória em matéria processual penal e que apenas quando observadas conferem legitimidade⁶³ ao poder de punir Estatal (imparcialidade, contraditório, presunção inocência, motivação da decisão, duplo grau de jurisdição e razoável duração do processo)⁶⁴.

Importa destacar também que, para o contexto de valoração da prova, é possível admitir que o conjunto probatório conduza para a verificação de uma determinada hipótese fática, mesmo que, individualmente, a análise probatória não conduza para o resultado afirmativo⁶⁵; a questão que se coloca é que isto não pode culminar no aceite de um conjunto probatório volumoso que, apesar do seu tamanho, quando submetido à determinada metodologia argumentativa de verificação de hipóteses não se sustenta.

61. FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 30.

62. Mais adiante, neste trabalho, faremos nossas considerações relacionadas a teoria de Toulmin e ao uso dos argumentos como base de apoio para a sustentação da aceitabilidade da ocorrência de uma hipótese em relação às outras, para que, então, o *ato* decisório seja considerado como justificado do ponto de vista linguístico. Ver mais em: KOCHER, Ronaldo. **Fundamentando decisões: uma doutrina lógico-argumentativa**. – Londrina: Thoth, 2021, p. 119-121.

63. Nesse sentido, afirma-se que no momento de decidir, o juiz deve fazer uma verdadeira “prestação de contas” que antecede o próprio ato decisório, remetendo suas razões de decidir aos fatos verificados no curso do processo. Isso se deve à uma função de autocontrole, que é constitucionalmente exigida do juiz, e que implicará em determinada conformação o processo e da decisão; bem como, para garantir que os destinatários (diretos e indiretos) da decisão possam realizar o *controle externo* de convergência e coesão dos argumentos lançados no ato decisório. Ver mais em: KOCHER, Ronaldo... *op. cit.*, p. 112-113. Neste mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Eficácia e autoridade da sentença penal**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 12-13.

64. BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2019, p. 20-62.

65. Destaca-se, nesse sentido, que a discussão referente à admissão do conjunto probatório como o meio hábil para considerar como provada determinada hipótese fática é recorrente na realidade do sistema norte-americano, especialmente no que diz respeito aos processos que visam a reparação/compensação indenizatória civil decorrente de intoxicação com substâncias medicamentosas e a utilização de provas/testemunhas científicas (a exemplo dos *cases Oxendine vs. Merrell Dow Pharm Inc.*; *Daubert vs. Merrell Dow Pharm Inc.*; e *Joiner vs. Gen. Elec. Co.*). Ver mais em: HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. BRITTO, Adriano N. de e BARRETO, Vicente (orgs.); VIERIA, André Godoy e SCHNEIDER, Nélío (trads.). – São Leopoldo: Unisinos, 2015, p. 283-289.

Isto, será devidamente ilustrado e demonstrado no curso de nossa análise qualitativa das sentenças elegidas (capítulo 04).

Nesse ponto, convém distinguir o contexto de valoração da prova do contexto da tomada de decisão (quando o *standard* probatório será considerado ou não atingido); uma vez que a despeito do método de valoração da prova se valer de ferramentas da epistemologia para fins de construção da linha de raciocínio inferencial das hipóteses fáticas consideradas garantidas do ponto de vista argumentativo e – portanto, mais próximas do conteúdo da verdade –, a escolha pela utilização de determinado *standard* é fundada em razões axiológicas⁶⁶, e não simplesmente lógicas.

Por uma questão de atenção ao recorte teórico e ao que efetivamente faz parte da categoria central deste trabalho, focamos nossa atenção apenas no *beyond a reasonable doubt* (BARD)⁶⁷ – enquanto *standard* probatório⁶⁸.

3.4. BEYOND A REASONABLE DOUBT (BARD): COMPROMISSO POLÍTICO, JURÍDICO-PROCESSUAL E EPISTÊMICO

3.4.1. Histórico e tentativa de conceituação da expressão

Conforme tratado anteriormente, a adoção de uma técnica de justificação racional nasce para conferir legitimidade⁶⁹ à decisão produzida pelo

66. Políticas e ligadas à epistemologia garantista.

67. Por uma questão de ética científica, assim como pela importância do tema, remetemos o leitor à tese de doutoramento apresentada à Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), produzida por Ravi Medeiros Peixoto, intitulada “**Standards probatórios do direito processual brasileiro**” que serviu de base conceitual (geral) para esta pesquisa. No referido trabalho, poderão ser encontradas maiores digressões acerca dos demais standards probatórios trabalhados pela doutrina nacional e internacional.

68. A doutrina (nacional e internacional) oferece distintas releituras e conceituações para a exposição dos standards probatórios. Todavia, conforme exposto no mencionado estudo de doutoramento, eles são – fundamentalmente – três: *preponderance of evidence*, *clear and convincing evidence* e *beyond a reasonable doubt*; sendo que os dois primeiros são afetos às matérias do direito civil e possuem menor grau de suficiência probatória em relação ao BARD, que se refere à matéria criminal e, justamente por isso, possui o mais alto grau de suficiência probatória dentre os standards já apresentados. Nesse mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**, *op. cit.*, p. 433-436.

69. Já que o objeto da declaração penal não é um fato jurídico, mas sim um *efeito jurídico*. O que se estabelece com o processo penal é se a declaração de ocorrência do fato constitui pressuposto necessário para a produção do efeito jurídico, sendo que tal declaração não exaure em si mesma o conteúdo da sentença ou ainda o objeto do processo; mas se manifesta no *iter lógico* da decisão (ligado à motivação). Apenas quando estabelecido tal liame lógico, é que se poderia permitir o alcance da coisa julgada em relação à declaração sobre a ocorrência de um fato. Ver mais em: GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Eficácia e autoridade da sentença penal**, *op. cit.*, p. 21; nesse mesmo sentido, convém ainda ressaltar que a necessidade de justificativa da decisão sancionatória para fins de legitimidade remonta aos processos eclesiais medievais, com a decretal *Sicut nobis*, de Inocêncio III (1199), tendo evoluído para uma *responsabilidade profissional* dos juizes em relação à justificativa racional das decisões tomadas, a partir do Concílio de Latrão (1215). Essa responsabilização profissional não se confunde com a responsabilidade disciplinar imposta aos juizes com o