

Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”

Editorial dossier “Criminal evidence: epistemological and juridical foundations”

Gustavo Badaró¹

Professor associado na Universidade de São Paulo – São Paulo/SP

gustavobadaro@usp.br

 lattes.cnpq.br/9774291666409837

 orcid.org/0000-0002-4526-9316

RESUMO: Introduzindo a exposição sobre a temática do dossiê “Prova Penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”, este editorial expõe algumas premissas sobre o juízo fático e seu caráter epistemológico no processo penal, abordando questões como a busca pela verdade, os critérios de valoração, a admissibilidade de provas científicas e as teorias sobre juízos de probabilidade na valoração probatória.

PALAVRAS-CHAVE: Editorial; teoria da prova; epistemologia; valoração; decisão penal.

ABSTRACT: *Introducing the exposition on the subject of the dossier “Criminal Evidence: epistemological and juridical foundations”, this editorial exposes some premises on the judgment of evidences and its epistemological character in the criminal procedure, addressing questions such as the search for the truth, the criteria of valuation, the admissibility of scientific evidence and theories about probability judgments in statistical valuation.*

KEYWORDS: *Editorial; evidence theory; epistemology; judgment; penal decision.*

¹ Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado Criminalista. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Conselho Científico do Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano, do Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Göttingen – Alemanha.

1. Os Juízes Não Jogam Dados com os Processos!

Os juízes, podem jogar dados para decidir os processos? A resposta negativa parece óbvia.

O Juiz Bidoyer assim agiu, julgando de acordo com resultado dos dados, por mais de quarenta anos, sem jamais ter qualquer julgamento considerado equivocado. Então, ao se tornar ele próprio a parte a ser julgada, velho magistrado confessa, perante a Corte Suprema, que sempre decidia os processos lançando dados, sem nunca cometer erros, a não ser naquela última sentença que, por isso mesmo, foi objeto de apelação. Mesmo assim, o magistrado mantinha inabalável a convicção no seu método aleatório. Atribuiu, portanto, o erro do julgamento não aos dados ou à sorte, mas ao fato de que já não enxergava bem, e podia ter se equivocado ao tentar distinguir os números dos dados, tendo tomado um quatro por um cinco e, por isso, ter sentenciado errado.²

Se a sarcástica descrição dos julgamentos medievais não pode ser aceita no Poder Judiciário nos dias atuais, como deve ser estabelecida a disciplina da prova penal? O presente dossiê pretende analisar como a epistemologia pode ser o caminho para estabelecer o relacionamento entre prova e verdade no processo penal. Embora a prova judiciária seja um tema fundamental do direito, isso não significa que sua disciplina deva depender exclusivamente das escolhas do legislador. Como diz Susan Haack, “o direito está até o pescoço mergulhado na epistemologia”.³

No campo do direito, a doutrina nacional, salvo pouquíssimas exceções, tem analisado a teoria da prova exclusivamente sob o enfoque das normas.⁴ Estudam-se as regras sobre a prova, mas os métodos probatórios e os princípios que independem do direito são ignorados. Esse

² RABELAIS, François. *O Terceiro Livro dos Fatos e Ditos Heróicos do Bom Pantagruel*, trad. Élide Valarin Oliver, Cotia: Ateliê Editorial; Campinas, Editora da Unicamp, 2006, cap. 39, p. 231-234.

³ HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology*. New: Prometheus Books, 2009, p. 362; HAACK, Susan. *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge Un. Press, 2014, p. 28.

⁴ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti* (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción). Mexico D.F.: Fontamara, 2013. p. 11.

pouco interesse pela epistemologia pode ser explicado, em parte, por uma equivocada concepção de que a valoração da prova seria algo quase que intuitivo, que, por meio das habilidades comumente desenvolvidas por todos nós, acabamos naturalmente sabendo como fazê-lo.

O que se verá nos artigos que seguem é uma tentativa de aproximar esses campos – jurídico e epistemológico – que não podem mais continuar separados para quem pretende um estudo sério sobre a prova no processo judicial. Antes, porém, de analisar as influências que a epistemologia pode ter no campo processual, com vistas à construção de um sistema racional de admissão, produção e valoração da prova, é preciso definir qual modelo processual que se está a considerar.

2. PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE LEGITIMIDADE DA PUNIÇÃO ESTATAL

O processo penal, enquanto instrumento legal para a verificação de uma imputação em que atribui a alguém a prática de um fato definido como crime e, em caso de conclusão positiva, de imposição de uma sanção, é um fator de legitimação do sistema punitivo e, de forma mais ampla, do próprio exercício do poder.

A disciplina concreta dos institutos processuais, mais do que decorrência de simples escolhas técnicas, é fruto de uma opção politicamente orientada. As disciplinas dos elementos e requisitos de um ato processual, dos sujeitos legitimados a requerê-lo, da forma como deve ser praticado são, também, escolhas de valor.

O mecanismo processual é colocado em funcionamento para a verificação de uma imputação penal, isto é, uma atribuição de um fato concreto que seja subsumível a um tipo penal e configure crime a quem o tenha praticado ou para ele tenha concorrido. Se houve a comprovação dos fatos imputados, haverá a aplicação de uma regra de direito penal impositiva de sanção, punindo o autor do fato criminoso. Em caso negativo, ou na hipótese de dúvida sobre a imputação penal, o resultado será absolutório, com a manutenção do estado inicial de inocência do acusado.

É preciso que a decisão seja justa. E o resultado do processo penal somente será justo e legítimo, caso sejam respeitados três fatores concorrentes: um correto juízo fático, com vistas à reconstrução histórica

dos fatos imputados;⁵ um correto juízo de direito, com uma acertada interpretação da lei e aplicação da norma aos fatos; e, por fim, o funcionamento do instrumento processual, respeitando direitos e garantias das partes, com estrita observância do rito legal. Em suma, uma decisão justa necessita do bom exercício de atividades epistêmica e hermenêutica, desenvolvidas sob o devido processo legal.⁶

Nesse sentido, vale remeter ao artigo “A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro”, publicado *neste dossiê* por Isabela Menezes, Luiz Borri e Rafael Soares. Em tal estudo, os autores analisam a questão da cadeia de custódia da prova, elemento fundamental para a produção probatória em respeito às regras do devido processo legal, para garantir sua confiabilidade e o exercício do contraditório pelas partes.

No ponto que interessa ao tema deste dossiê, o processo penal necessita de uma reconstrução histórica do fato. Se a verdade fosse indiferente para a justiça, a atividade probatória seria uma grande inutilidade,⁷ e se poderia continuar a decidir os processos por meio de ordálias, duelos, juramentos judiciais, lançando dados como fazia o juiz descrito por Rabelais, ou qualquer outro meio irracional. Tais métodos, embora irracionais, propiciam um resultado de modo mais rápido e menos custoso.

3. UMA PREMISA: A VERDADE NO PROCESSO PENAL

O tema da verdade e a própria possibilidade epistêmica de atingi-la são demasiado amplos. Seria pretencioso, após milênios de discussões filosóficas, querer dizer qual a solução correta para tais problemas.

⁵ No sentido de que a verdade é condição necessária, mas não suficiente para a justiça das decisões, cf.: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23.

⁶ Segundo Michele Taruffo, a justiça de uma decisão está condicionada a um correto juízo de fato, à correta escolha e interpretação das regras jurídicas, bem como ao emprego de um procedimento válido (TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 51, n. 2, p. 315-328, 1997, p. 319-320).

⁷ DAMAŠKA, Mirjan. *Il diritto delle prove alla deriva*. Trad. Francesca Cuoma Ulloa e Valentina Riva, Bologna: Il Mulino, 2003, p. 138.

Portanto, o que se pretende é, tão-somente, estabelecer alguns conceitos, ou melhor, concepções, com as quais se pretende trabalhar.

Em análise de diversos pontos relacionados ao processo judicial e à valoração probatória, Michele Taruffo publica neste dossiê o artigo “Ermeneutica, prova e decisão”. Ao explorar questões sobre a construção de enunciados fáticos e a apresentação das provas, o autor debate sobre a importância da verdade no processo judicial.

Trabalhar com os fundamentos epistemológicos da prova penal é partir de uma premissa sobre a possibilidade de se atingir um conceito verdadeiro. Não cabe tal cogitação para um “perfeccionista desiludido”⁸ ou aqueles que se deixam seduzir por o que Goldman denominou “verifobia”.⁹ Mais do que isso, uma perspectiva epistêmica da prova penal reclama uma concepção racionalista que, segundo Anderson, Schum e Twining, se assenta nos seguintes pontos: a epistemologia é cognitivista ao invés de cética; a teoria da verdade como correspondência é preferível que a teoria da verdade como coerência; o modelo de tomada de decisão deve ser racional; o modelo de raciocínio para tanto é o indutivo; a busca da verdade é um meio para a decisão justa, tendo um valor elevado, ainda que não insuperável.¹⁰

Todavia, reconhecer a importância de se buscar a verdade, entendida em um sentido correspondentista, não significa que uma verdade absoluta ou com v maiúsculo seja atingível ou, muito menos, que o acerto da verdade é o fim último do processo, em especial, do penal.

Contudo, é preciso esclarecer de que “verdade” se está falando. Sem ignorar os avanços do giro linguístico, principalmente o papel de intermediação entre a linguagem e a realidade, isso não autoriza que se rompa toda e qualquer conexão entre o conhecimento e a realidade. A realidade externa existe e constitui o padrão de medida, o critério

⁸ A expressão é de: TWINING, Willian. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 98.

⁹ GOLDMAN, Alvin. *Knowledge in a Social World*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 7.

¹⁰ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. trad. Flávia Carbonell e Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 117.

de referência que determina a verdade ou a falsidade dos enunciados fáticos,¹¹ no caso, da imputação penal.

Embora se adote um conceito de *verdade como correspondência*, isso não significa que a relação entre prova e verdade adotada seja uma *relação conceitual ou de identidade absoluta*. Valemo-nos, nesse ponto, da explicação de Ferrer Beltrán, sobre como deve ser entendido o enunciado “p está provado”. Não significa nem que “p é verdadeiro”, o que seria uma relação conceitual, nem que “p foi estabelecido pelo juiz”. Neste último caso, sem dúvida o convencimento psicológico do juiz é uma condição necessária, mas não suficiente, à qual deve se acrescentar a aplicação, na formação do convencimento do juiz, de critérios de racionalidade e regras da lógica.¹²

Assim sendo, o enunciado “p está provado” deve ser entendido como sinônimo de “há elementos de prova suficientes a favor de p”. Isso não quer dizer que a proposição, porque está provada, seja verdadeira. Uma hipótese fática pode resultar provada ainda que seja falsa.¹³ Assim sendo, afirmar que “p está provado” denota que este enunciado será verdadeiro quando se dispuser de elementos de prova *suficientes* a favor de p, e falso quando não se dispuser de elementos de prova a favor de p ou quando eles forem *insuficientes*.¹⁴ Todavia, isso não exclui que o enunciado possa ser considerado verdadeiro, porque confirmado por suficientes elementos de prova, embora não corresponda, efetivamente, à realidade dos fatos.

Mesmo adotando uma premissa epistemológica que aceita um conceito de verdade como correspondência, é preciso ter a plena consciência de que uma identidade absoluta é inatingível. Como diz Ferrajoli “uma verdade objetivamente ou absolutamente certa é uma ‘ingenuidade epistemológica’”.¹⁵ Isso, contudo, não retira a importância de uma teoria

¹¹ TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Editori Laterza, 2009, p. 78.

¹² FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prova e verità nel diritto*. trad. de Valentina Carnevale. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 69.

¹³ *Ibidem*, p. 39.

¹⁴ *Ibidem*, p. 40.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Bari: Laterza, 1998, p. 23. Aliás, segundo Comoglio a impossibilidade de se atingir uma verdade “absoluta” é um assunto óbvio e banal (COMOGLIO, Luigi P. *Le prove civili*. Torino: UTET, 1998, p. 13).

do conhecimento aplicada ao processo penal, com fundamento para que a decisão sobre a hipótese fática a ser adotada como verdadeira possa ser ignorada.

Mas, ainda que não possamos saber, com absoluta certeza, quando um enunciado fático é verdadeiro, podemos saber quando, com base em uma probabilidade lógica prevalecente, um enunciado é preferível ao outro.¹⁶ E, nesse sentido, como destaca Taruffo, é possível estabelecer “um conceito bastante claro de verdade judicial, como grau adequado de confirmação racional das afirmações sobre a verdade dos fatos”, sendo estranho a tal conceito “qualquer conotação absolutizante, mas também qualquer implicação cética sobre a possibilidade de obter um grau adequado de certeza sobre os fatos da causa”.¹⁷

Assim, se uma justiça penal “inteiramente ‘como verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal inteiramente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbítrio”.¹⁸ Justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder.¹⁹

Por outro lado, essa verdade, com as limitações expostas acima, não é o escopo maior do processo, mas apenas um meio necessário para se poder adequadamente decidir qual é a hipótese legal aplicável ao caso concreto.²⁰ Ou seja, se a descoberta da verdade é uma condição necessária para a justiça da decisão, certamente não é o único fim do processo.²¹

¹⁶ GAROFOLI, Vincenzo. Verità Storica e Verità Processuale: L'imponibile en-diadi in un processo virtualmente accusatorio. In: GAROFOLI, Vincenzo; INCAMPO, Antonio (orgs.). *Verità e processo penale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 50.

¹⁷ TARUFFO, Michele. Note per una riforma del diritto delle prove. *Rivista di diritto processuale*, Padova, a. 41, n. 2-3, p. 237-292, 1986. p. 250.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Bari: Laterza, 1998, p. 18.

¹⁹ GÖSSEL, Kark Heinz. La verdad en el proceso penal ¿Es encontrada o construida? In: DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Obras completas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 23.

²⁰ UBERTIS, Giulio. *La prova penale*. Profili giuridici ed epistemologici. Torino: UTET, 1999, p. 7.

²¹ Nesse sentido: DAMAŠKA, Mirjan. *Il diritto delle prove alla deriva*. Trad. Francesca Cuomo Ulloa e Valentina Riva, Bologna: Il Mulino, 2003. p. 175; HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda da verdade en el proceso penal*. La medida de la Constitución. Trad. Tania Ixchel Atialno Camacho. Mexico D.F.: IBIJUS, 2009. p. 11.

A verdade é apenas um pressuposto para poder adequadamente decidir qual é a hipótese legal aplicável ao caso concreto.²²

Sendo o processo um mecanismo cognitivo, é preciso que as atividades processuais voltadas a investigação, admissão, produção, valoração da prova e a própria decisão final sejam, na máxima medida possível, voltadas para a descoberta da verdade. Em outras palavras, o processo terá que ser moldado a partir de elementos estruturais que lhe permitam funcionar como um instrumento epistêmico. Somente quando outros valores de maior relevância justificarem restrições legítimas à reconstrução dos fatos, como por exemplo, a vedação de obtenção de provas mediante tortura, é que se poderá aceitar que a busca da verdade fique em segundo plano.

Em suma, a verdade é muito importante para o processo. Mas não é tudo. É preciso *retirar a verdade do trono em que reinava absoluta no processo penal o que não significa desterrá-la*. Se a verdade não é o centro do processo penal, não há como negar, por outro lado, que a verdade exerce um papel importante no processo. Não se trata de eliminá-la, mas de deslocá-la do lugar de centralidade, até então ocupado, para um ponto diverso, secundário.

4. O MITO DA OBJETIVIDADE CIENTÍFICA

A razão moderna, superando a concepção medieval, em que a verdade deveria ser encontrada na divindade, passa a compreender o mundo como um mecanismo em que tudo tem o seu lugar e pode ser compreendido e explicado a partir de leis da física e da matemática. Tem-se, assim, o período da objetividade científica.²³

²² UBERTIS, Giulio. *La prova penale*. Profili giuridici ed epistemologici. Torino: UTET, 1999, p. 7.

²³ Uma manifestação desse modo de pensar, nas ciências jurídicas, pode ser encontrado em Pacoale Saraceno, ao afirmar que somente no campo da matemática e, mais genericamente, da lógica, se pode excluir a existência da dúvida, pois que dois mais dois são quatro e que a soma dos quadrados dos catetos é igual ao quadrado da hipotenusa são afirmações que não se pode negar (SARACENO, Pacoale. *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*. Padova: CEDAM, 1940. p. 268).

Todavia, mesmo no campo das ciências naturais, no início do século passado, descobertas científicas, no campo da física e da matemática, colocaram por terra o ideal de um modelo de conhecimento científico objetivo, fundado na causalidade.

A possibilidade de se atingir as verdades absolutas e imutáveis já havia sido contestada. Na dinâmica clássica e na física quântica “as leis fundamentais exprimem agora possibilidades e não mais certezas. Temos não só leis, mas também eventos que não são dedutíveis das leis, mas atualizam as suas possibilidades”.²⁴ A mecânica quântica, como a teoria dualística ondulatória-corpúscular da luz, sepultou a objetividade.²⁵ Também podem ser citados o princípio da indeterminação, formulado por Heisenberg²⁶ e, no âmbito matemático, a prova de Gödel.²⁷ Por fim, a própria noção de espaço e tempo são postas em xeque, diante da teoria da relatividade de Einstein. Assim, o paradigma da certeza científica, que vigorou por séculos, entrou em crise, sendo assumido pela epistemologia contemporânea que a ciência também está privada da certeza.²⁸

Logo, não seria exagero afirmar que, na investigação científica, tudo é apenas meramente provável. Porém, mesmo que trabalhemos com uma teoria probabilística, fundada numa representação do mundo que contemple processos físicos intrinsecamente aleatórios e sem uma

²⁴ PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996. p. 13.

²⁵ Como explica Mario Bunge, “la representación habitual de la teoría de los quanta, tal como la han propuesto Bohr e Heisenberg, elimina a causalidad e lo que se refiere a los resultados de la observación, en el sentido de que una ‘misma’ situación física puede ser sucedida en forma impredecible por un gran número (usualmente infinito) de estados diferentes” (BUNGE, Mario. *Causalidad: el principio de causalidad en la ciencia moderna*. 3 ed. Buenos Aires: EUDEBA, 1972, p. 26). Nesse sentido, na doutrina jurídica: IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 34.

²⁶ Segundo o princípio da indeterminação, não é possível determinar, ao mesmo tempo e com precisão, a posição e a velocidade de uma partícula atômica.

²⁷ UBERTIS, Giulio. *La prova penale*. Profili giuridici ed epistemologici. Torino: UTET, 1999, p. 5.

²⁸ NEUBURGER, Luisella de Cataldo. Gli sviluppi della psicologia giuridica: la valutazione della qualità del contributo dell’esperto. In: NEUBURGER, Luisella de Cataldo (Org.) *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007, p. 503.

certeza cientificamente objetiva, o operador do direito pode continuar trabalhando com os conceitos tradicionais de certeza e causalidade. Isso porque, na vida cotidiana, podemos confiar em leis que, se não são absolutas, são quase-universais, e permite resolver os problemas práticos “com certeza praticamente absoluta”.²⁹

A vigência de leis apenas probabilísticas, no campo subatômico, de um lado; e a teoria da relatividade, que torna inaplicável as tradicionais noções causais em dimensões cósmicas, de outro, não impedem que os fenômenos do dia-a-dia sejam compreendidos pelo homem, a partir dos conceitos tradicionais, baseados numa concepção newtoniana do universo, com leis aptas a explicá-lo segundo padrões que se repetem de forma praticamente imutável.³⁰ A fragilização da objetividade somente será relevante ao se trabalhar com padrões atômicos ou cósmicos, mas não na dimensão da vida cotidiana, onde ocorrem os fatos disciplinados pelo Direito.

Em suma, e procurando uma interseção operacionalmente útil para o mundo jurídico, mesmo no campo das ciências não há mais um conceito absoluto ou uma certeza universal, mas apenas leis probabilísticas ainda que quase-universais, que continuam a permitir explicações dos fatos racionalmente aceitáveis e a permitir um juízo de certeza “além de qualquer dúvida razoável”.

5. O PROCESSO E A EPISTEMOLOGIA: RUMO A UMA EPISTEMOLOGIA JUDICIÁRIA

A busca de provas no processo penal é governada por noções e esquemas próprios do “mundo jurídico”. A existência de regras

²⁹ Nesse sentido: MAIWALD, Manfred. *Causalità e diritto penale: studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*. Trad. de Francesca Brunetta d’Usseaux. Milano: Giuffrè, 1999, p. 93 e segs.

³⁰ Nesse sentido, Susana Aires de Sousa afirma que “no que diz respeito à teoria da relatividade, a vida quotidiana pauta-se pela concepção de tempo e espaço da mecânica de Newton, cujas imprecisões postas a nu pelo avanço científico do século XX, são de parca relevância nos resultados de interesse cotidiano” (SOUSA, Susana A. *A responsabilidade criminal pelo produto e o topus causal em Direito Penal*. Contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor. Coimbra: Coimbra Ed., 2014, p. 316).

jurídicas sobre a prova a ser produzida no âmbito processual não é suficiente para excluir, *a priori*, que também no processo se busque estabelecer uma verdade controlável segundo os critérios lógicos e epistemológicos.³¹

O processo não pode prescindir de métodos utilizados pela teoria do conhecimento.³² Evidente que a epistemologia ingressa no processo, não como epistemologia pura, entendida como estudo crítico dos métodos e da validade do conhecimento, mas como epistemologia aplicada, no caso, uma epistemologia judiciária.³³

A epistemologia judiciária compreende, nas palavras de Ubertis, os critérios e os instrumentos usados pelo julgador para obter o material fático sobre o qual recai a escolha decisória.³⁴ Não se trata, porém, como explica Susan Haack de um gênero peculiar e especializado da epistemologia, enquanto teoria filosófica do conhecimento, mas simplesmente à aplicação de conceitos desta no contexto judicial.³⁵ E tal contribuição é especialmente importante no que atine à prova, uma vez que a preocupação central da epistemologia é, segundo seu magistério, compreender o que é prova, como ela é estruturada e o que a faz melhor ou pior, mais forte ou mais fraca.

Há, contudo, propostas mais ousadas no relacionamento entre processo e epistemologia, que vão além de se limitar a enriquecer o processo com aportes epistêmicos. Reconhecendo o processo penal como um instrumento epistêmico, Larry Laudan vai mais longe, pois considera que a epistemologia jurídica envolve tanto um projeto descritivo, para observar quais regras promovem ou frustram a busca do conhecimento verdadeiro, quanto um projeto normativo, consistente na proposição de

³¹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 51.

³² UBERTIS, Giulio. *Prove (in generale)*. In: *Digesto delle Discipline Penali*, v. X. Torino: UTET, 1995, p. 297.

³³ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23.

³⁴ UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano: Giuffrè, 2015. p. 28-29.

³⁵ HAACK, Susan. *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge Un. Press, 2014. p. 6.

possíveis mudanças nas regras existentes que obstaculizam o atingimento de tal conhecimento.³⁶

Uma epistemologia garantista, como explica Ferrajoli, tem como uma das suas condições de efetividade um cognitivismo processual na determinação do fato criminoso, sendo assegurado um princípio de estrita jurisdicionalidade que requer duas condições: verificabilidade ou falsificabilidade das hipóteses acusatórias, em razão do seu caráter assertivo, e a sua prova empírica, mediante um procedimento que permita seja sua verificação, seja sua refutação.³⁷

A inter-relação entre o direito probatório, de um lado, e a epistemologia, de outro, ocorrerá tanto num plano estático, isto é, em relação a um determinado meio de prova, quanto do ponto de vista dinâmico, como influência ao longo de toda a atividade de investigação e comprovação dos fatos ao longo da persecução penal.

6. A ATIVIDADE PROBATÓRIA E A DECISÃO JUSTA: ENTRE A LEGALIDADE E A EPISTEMOLOGIA

No âmbito das ciências, é comum a distinção entre *context of discovery* e *context of justification*. O contexto da descoberta normalmente está relacionado com os problemas de como se chega à formulação de uma hipótese e o contexto da justificação aos problemas de como tal hipótese será convalidada.³⁸ Essa dupla dimensão comumente empregada no âmbito epistemológico-científico é insatisfatória para a análise da busca do conhecimento verdadeiro no âmbito processual.

Entre ambos momentos, isto é, descobrir e justificar, é fundamental a análise do contexto da decisão.³⁹ Para decidir, é preciso um método

³⁶ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 25.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Bari: Laterza, 1998. p. 8.

³⁸ UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano: Giuffrè, 2015. p. 29.

³⁹ Nesse sentido: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 420; UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano:

para se chegar à decisão e, no caso processual, isso significa como valorar a prova. Mas além do método de valoração, é necessário um critério decisório que defina, ao final do processo de valoração racional, o nível ou o *quantum* de suporte probatório que uma afirmação sobre os fatos precisa obter para que seja considerada verdadeira. Trata-se do problema dos *standards* de prova ou níveis de convencimento.

Em cada um desses contextos ou momentos há inter-relacionamento de regras jurídicas e regras epistêmicas a governar a reconstrução histórica sobre os fatos.

O contexto da descoberta é apontado como o momento de obtenção do máximo de dados disponíveis para a formulação de uma hipótese. Todavia, no processo penal, em que a persecução se divide, claramente, em uma fase de investigação prévia, que não se dá perante o julgador, e outra fase de produção de provas, que ocorre perante o juiz que irá decidir, é importante que tais momentos sejam tratados de modos distintos. Essa distinção se justifica não só do ponto de vista jurídico, por uma diversa matriz principiológica de cada uma delas, mas também por se desenvolverem com estruturas epistemológicas distintas.

A atividade de investigação pressupõe a formulação de uma hipótese inicial por quem investiga. Essa formulação inicial de uma hipótese a ser investigada se dá por mecanismos variados, não apenas racionais, mas também governados por processos intuitivos. Epistemologicamente, trata-se de momento em que atuam uma metodologia abdutiva.⁴⁰ Pierce

Giuffrè, 2015. p. 26; PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés. “Carpintaria” da sentença penal (em matéria de “fatos”). In: PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 135.

⁴⁰ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 417-418. A abdução, como explica Silvia Battaglio, consiste em um modo de inferência no qual, conhecendo o resultado e a regra se busca o fenômeno que produziu o resultado. Assim, do efeito se busca a causa, por meio de um esquema segundo o qual se é reputada causa de um fenômeno o antecedente mais provável entre todos os possíveis antecedentes. Assim como a indução, trata-se de raciocínio do tipo meramente probabilístico e, mesmo que se faça a aplicação de critérios científicos, as conclusões serão somente em termos probabilísticos e nunca em termos de certeza (BATAGLIO, Silvia. “Indizio” e “prova indiziaria” nel processo penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 1995. p. 401). Sobre o tema, cf., ainda: MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazione sulla struttura del giudizio*

chama abdução a inferência que tem como premissa um fenômeno conhecido e como conclusão um elemento constitutivo de uma explicação causal ou não causal dele, sendo tal procedimento mental baseado em um instinto ancestral que possibilita ao homem “adivinhar” a explicação de um evento ou de uma regularidade encontrada.⁴¹ O raciocínio abdutivo é o único que permite, a partir dos elementos conhecidos e utilizados como elementos da abdução, que se obtenha uma nova ideia, ampliando o nosso conhecimento sobre os fatos, passando de um fato particular a outro fato particular.⁴²

A partir da formulação de uma hipótese fática inicial – um “momento eureka”! –, buscam-se elementos de prova que o confirmem. Porém, o cientista honesto, embora comprometido com a sua hipótese inicial, poderá ter que abandoná-la, se seus experimentos falsearem a hipótese originária. Como facilmente se percebe, ao transportar tais conceitos para o campo da persecução penal, o contexto da descoberta não é descritivo das atividades realizadas pelo juiz, durante a instrução, mas sim da atividade de quem conduz a investigação.

Concluída a investigação, desde que haja elementos necessários para caracterização de justa causa, haverá o oferecimento da denúncia. E aquela hipótese provisória – seja a hipótese originária que deu início à investigação, seja uma hipótese subsequente, mas ainda formulada no contexto da descoberta, decorrente de nova reformulação dos fatos no correr da investigação – se converterá na imputação definitiva, objeto da denúncia ou queixa.

Normalmente, os fatos afirmados na hipótese acusatória serão simplesmente negados na resposta do acusado (p. ex.: nega ser o autor dos disparos mataram a vítima) ou, a eles se dará uma explicação, com uma narrativa distinta (p. ex.: alega que atirou em legítima defesa). Postas as narrativas fáticas da acusação e da defesa, é necessário verificar, qual delas deve ser considerada verdadeira – no sentido já exposto no item 3. Segue-se,

di fato. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, p. 1137 e segs.; NIINILUOTO, Ilkka. Defending abduction. *Philosophy of Science*, v. 66 (Proceedings), 1999, p. 436 e seg.

⁴¹ PIZZI, Claudio. *Diritto, Abduzione e prov.* Milano: Giuffrè, 2009. p. 56.

⁴² FASSONE, Evio. Qualche altre riflessione in tema di prova. *Questione Giustizia*, III, 2009. p. 725.

então, a instrução, mediante a produção de provas em contraditório, na presença do juiz, se destinada a realização dos experimentos probatórios que servirão de suporte para uma ou outra narrativa. Logo, haverá a confirmação ou a negação da veracidade da afirmação contida na denúncia ou queixa.

Embora se trate de uma generalização rápida e simples das atividades de investigação e de instrução, é fácil perceber que, no contexto da investigação, quem formula a hipótese a ser investigada é o mesmo sujeito que realiza os atos de investigação e, ao final, conclui tal atividade, com um relatório de tudo o que foi investigado; já no contexto da instrução, quem formula a hipótese é o acusador, fazendo-a potencialmente de modo definitivo e não passível de alteração, restando-lhe apenas produzir os meios de prova que lhe deem suporte. Por outro lado, o acusado e seu defensor, normalmente, formularão uma hipótese contrária. E, finalmente, a decisão sobre qual hipótese é correta, isto é, no caso, verdadeira, caberá a outro sujeito: o juiz.

Em outras palavras, no contexto da investigação quem formula a hipótese inicial, busca provas de sua confirmação, e eventualmente reformula a hipótese é o mesmo sujeito que, ao final, encerrará a investigação, com sua conclusão sobre os fatos. Já no contexto processual, quem formula a hipótese é um sujeito parcial, a quem cabe produzir provas que lhe dê suporte, mas quem decide qual a hipótese verdadeira é outro sujeito, imparcial.

Por todas essas diferenças, aconselhável distinguir, no âmbito da atividade de reconstrução dos fatos realizada na persecução penal, entre o contexto da investigação, realizado inicialmente sob a condução da autoridade policial, e o posterior contexto da instrução, em que a produção das provas recai sobre as partes.

Ainda no contexto da instrução, uma vez delimitados os fatos objeto do processo, com a formulação da imputação e o recebimento da denúncia, passa-se a um momento em que há a atuação de regras probatórias, tanto de natureza jurídica, quanto de matriz epistêmica, tendo por objeto a admissibilidade das provas ou, o que seria o reverso da moeda, a disciplina legal das regras de exclusão probatórias. Também a produção da prova é objeto de um regramento próprio.

Voltando um pouco à dinâmica do contexto da instrução, a atividade de instrução se inicia com o juízo de admissibilidade de provas.

Trata-se de etapa em que há abundantes regras jurídicas governando a aceitação ou não de um meio de prova ou meio de obtenção de prova requeridos pelas partes. Assim é que cabe à lei disciplinar quem tem legitimidade para requer o experimento probatório, qual o prazo para o fazer, quais situações em que é vedado um meio de prova, etc. Embora a regra seja aceitar a produção das provas requeridas pelas partes, é inegável que há uma série de barreiras legais à atividade probatória, em níveis variados, de um modelo para o outro, ou mesmo de um ordenamento jurídico para outro, ainda que pertencente ao mesmo modelo ou família jurídica.

Já bastaria isso para se ver quanto a perspectiva epistemológica difere das regras jurídicas sobre admissibilidade de provas. Um princípio epistêmico, um tanto quanto óbvio, é que quando se busca acertar a veracidade de um enunciado fático, deve se poder utilizar todas as informações úteis para tal finalidade, como uma aplicação do *total evidence principle*.⁴³ Jeremy Bentham já advertia que a prova é a base da justiça, e “excluir a prova é excluir a justiça”!⁴⁴

Todavia, no mundo processual, a atividade de admissão da prova é regida por outros fatores que justificam que a lei estabeleça limites de admissão ou casos de inadmissibilidade probatórias. O “direito à prova” não implica o “direito à admissão de todas as provas” requeridas pelas partes⁴⁵.

Nos países de *common law* é comum a distinção entre *exclusionary rules* fundadas, de um lado, em *extrinsic policies* e, de outro, fundadas em *intrinsic policies*.⁴⁶ As *exclusionary rules of extrinsic policy* são regras que afastam elementos dotados de valor probatório, para salvaguardar outros valores não conexos com a busca da verdade; as *exclusionary rules*

⁴³ TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Editori Laterza, 2009. p. 140.

⁴⁴ BENTHAM, Jermías. *Tratado de las pruebas judiciales*, t. II. Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971. p. 87.

⁴⁵ UBERTIS, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea de Diritto del Uomo. Rivista de Diritto processuale, v. 49, n. 2, 1994. p. 491.

⁴⁶ Nesse sentido: WIGMORE, J. H. *Evidence in Trials at Common Law*, por P. Tillers, Boston, 1983, I, II, p. 689. *Apud* DAMAŠKA, Mirjan. *Il diritto delle prove alla deriva*. Trad. Francesca Cuoma Ulloa e Valentina Riva, Bologna: Il Mulino, 2003. p. 24.

of intrinsic policy são entendidas como “as regras de exclusão de provas ditadas pelo interesse de uma correta apuração da verdade”. De forma semelhante, na doutrina nacional, Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que os limites a admissibilidade da prova podem ter fundamentos extra-processuais (*políticos*) ou processuais (*lógicos e epistemológicos*).⁴⁷

É fácil compreender o predomínio de regras legais de exclusão da prova por finalidades políticas ou extra-processuais. O direito à prova admite restrições legítimas à busca da verdade nos casos em que outros valores tutelados constitucionalmente devem prevalecer, como a dignidade humana, a inviolabilidade do domicílio ou a intimidade.⁴⁸

Muito mais complexas são as restrições probatórias fundadas em finalidades epistêmicas e, mesmo, lógicas: como é o caso das provas que sejam manifestamente impertinentes, irrelevantes ou protelatórias.⁴⁹

O grande problema de toda e qualquer regra de exclusão probatória é, como aponta Taruffo, resolver o paradoxo de serem normas que parecem endereçadas a realizar uma finalidade epistêmica, mas, em realidade, serem contraproducentes para a busca da verdade, pois impedem a possibilidade de utilização de informações úteis.⁵⁰ Isso porque, para muitos autores, trata-se, ao contrário, de limites *anti-epistêmicos*, ao impedir o ingresso e valoração de elementos relevantes para o convencimento judicial!

⁴⁷ GOMES FILHO, Antonio M. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 93. No mesmo sentido, na doutrina italiana, cf.: UBERTIS, Giulio. *La prova penale*. Profili giuridici ed epistemologici. Torino: UTET, 1999. p. 55.

⁴⁸ Como bem destaca Hassemer, “a busca da verdade não é o único objetivo do processo penal, além de se situar em conflito estático como os direitos do acusado e estes direitos inibem, por sua vez, a busca da verdade” (HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda da verdade en el proceso penal*. La medida de la Constitución. Trad. Tania Ixchel Atialno Camacho. Mexico D.F.: IBIJUS, 2009. p. 30).

⁴⁹ Sobre os limites lógicos de admissão da prova, em especial os conceitos de pertinência e relevância, cf.: BADARÓ, Gustavo. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. In: BEDAQUE, José R. S.; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 219-260.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Editori Laterza, 2009. p. 150.

Um campo em que tem se sentido uma ampla e direta influência da epistemologia no juízo de admissibilidade probatória é na admissão da chamada “nova prova científica”, relativamente a introdução, no processo, de novos métodos científicos.⁵¹ Sobre esse importante tema, Juan Manuel Alcoceba Gil publica artigo *neste dossiê*, intitulado “Los estándares de cientificidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica”, em que analisa os “standards jurisprudenciais de cientificidad” para traçar o papel do Direito na conformação do conceito de ciência e o impacto de tal visão na admissibilidade de provas científicas.

A questão ganhou grande destaque a partir do direito norte-americano, por influência do julgamento pela Suprema Corte Norte Americana, do *Caso Daubert vs. Merrel-Dow Pharmaceutical, Inc.*,⁵² no ano de 1993 – que reviu os critérios de admissão da prova científica⁵³ que vigoravam há 70 anos, desde o julgamento do *Caso Frye*, em 1923 – que gerou intenso debate doutrinário que levou à modificação da *rule 702 da Federal Rules of Evidence*. A questão seguiu com os casos *General Electric Co. vs. Jonier*⁵⁴ e *Kumho Tire Co. vs. Carmichael*.⁵⁵

Nos ordenamentos de *civil law* a questão também em sido muito debatida, como na Itália, cujo art. 189 do *Codice di procedura penale*, para

⁵¹ Na doutrina nacional: MANZANO, Luís F. *Prova pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 187.

⁵² 509 U.S. 579 (1993).

⁵³ As condições mínimas para um conhecimento ser considerado científico e admitido no processo foram definidas de acordo com o que ficou conhecido como *Daubert standard*: (1) a *validade do conhecimento científico*, isto é, que o princípio científico empregado seja suscetível de verificação ou falsificação; (2) sua aceitação por parte da comunidade científica – *peer review*; (3) que o resultado das pesquisas tenham sido *objeto de publicação* em revistas especializadas; (4) sejam conhecidos os *riscos de erro*: controle da taxa de erro calculado ou potencial; (5) que existam e sejam respeitados *standards* de correta execução da operação aplicativa; (6) haja a aceitação geral na comunidade científica.

⁵⁴ 522 U.S. 136 (1997).

⁵⁵ 526 U.S. 137 (1999). No caso *Kumho Tire*, a Suprema Corte considerou que os fatores presentes na lista de Daubert eram flexíveis, e poderiam ou não ser pertinentes num caso, a depender do tipo de perícia envolvida, de modo que os tribunais poderiam utilizar todos, alguns ou nenhum desses fatores.

a admissão de provas atípicas, exige que o experimento probatório seja “idôneo para assegurar o accertamento dos fatos”,⁵⁶ sendo o tema objeto de intenso debate doutrinário.⁵⁷

Superado o juízo de admissibilidade probatória, é necessário que sejam produzidos os meios de provas requeridos pelas partes e deferidos pelo juiz. Novamente, haverá inegável predomínio das regras legais sobre as regras epistemológicas. Por exemplo, definir na produção da prova testemunhal, quem perguntará primeiro, se o juiz ou as partes,⁵⁸ ou estabelecer se no reconhecimento pessoal, é necessário ou não que a pessoa a ser reconhecida fique ao lado de outras semelhantes,⁵⁹ ou ainda, se será possível convocar os peritos para prestarem esclarecimentos orais em audiência, são questões resolvidas por escolhas legislativas.⁶⁰ O legislador, por razões técnicas, por influência da legislação anterior de seu país, por verificação do direito estrangeiro sobre a matéria, e também por buscar

⁵⁶ O *Codice di procedura penale* italiano, o art. 189 ao disciplinar a admissibilidade das provas atípicas, mas que a doutrina destaca, com especial destinação nas provas científicas, assim dispõe “1. Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova”.

⁵⁷ Há ampla bibliografia sobre o tema, podendo ser citados, exemplificativamente: TONINI, Paolo (Org.) Dossier La prova scientifica nel processo penale, in *Diritto Penale e Processo*, n. 6, 2008; TARUFFO, Michele. Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali. In: *Decisione Giudiziaria e verità scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 3-23; NEUBURGER, Luisella de Cataldo (Org.). *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2007; DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica: Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata esplicazione*. Milano: Giuffrè, 2005; TONINI, Paolo. Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza. In: CONTI, Carlotta (org.). *Scienza e processo penale*. Nuove frontiere e vecchi pregi dizi, Giuffrè, Milano, 2011. p. 3 s.; BARGIS, Marta. Note in tema di prova scientifica nel processo penale. *Rivista di diritto processuale*, 2011, p. 49 s.; CAPRIOLI, Francesco. La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale, *Cassazione Penale*, 2008. p. 3520 s.; UBERTIS, Giulio. Prova scientifica e giustizia penale. *Rivista italiana di diritto e processo penale*, 2016. p. 1198 s.

⁵⁸ CPP, art. 212.

⁵⁹ CPP, art. 226.

⁶⁰ CPP, art. 159, § 5º.

disciplinar um meio epistemologicamente eficiente, faz escolhas legais que se tornam regras a serem observadas.

Uma vez concluída a produção da prova, é preciso analisar todo material produzido. A doutrina jurídica tem analisado esse momento como sendo um contexto intermediário: o contexto da decisão. Todavia, é útil distinguir entre a atividade de valoração e a decisão em si. A valoração, no caso, tomada como método de apreciação da prova e a decisão, ou mais especificamente, o grau de suporte probatório a ser exigido para que se possa considerar uma narrativa fática como provada, isto é, como verdadeira.

No contexto da valoração a prova irá desempenhar um papel essencial, sendo o fundamento para a escolha racional das afirmações dos fatos que constituirão o conteúdo da decisão final sobre esses fatos. Esse é, seguramente, o ponto em que o tratamento da prova mais poderá evoluir e se enriquecer com os aportes epistemológicos.

Superado o sistema da chamada prova legal, em que a atividade de valoração do julgador era preestabelecida por critérios prefixados pelo legislador, o livre convencimento apenas eliminou as amarras do julgador, desligando-o de qualquer valoração pré-constituída. Constitui uma inegável garantia epistemológica não estar o juiz obrigado a seguir esquemas de valoração taxada, tendo que dar por provados enunciados fáticos que considere insuficientemente provados.⁶¹

Todavia, se a liberdade de valoração da prova, de um lado, afastou um modelo de “valoração formal” da prova, de outro, colocou nada em seu lugar. O livre convencimento nada diz sobre como valorar, como determinar o grau de aceitabilidade dos resultados probatórios.

Diante da constatação que uma verdade absoluta é inatingível, e que mesmo no campo das ciências naturais se trabalha apenas com conhecimentos probabilísticos, obtidos mediante indução, as atenções voltaram-se para as teorias das probabilidades, como método a ocupar o vazio deixado pelo livre convencimento. Sobre a utilização de lógica de probabilidades e estatísticas na valoração judicial, *este dossiê* apresenta o artigo “Los peligros de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatoria” de Ana Sánchez-Rubio. Nesse

⁶¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 158.

trabalho, a autora expõe os riscos e limitações de tal cenário, concluindo que é necessário resguardar os critérios da “sana crítica” e das “máximas de experiência”, de modo a ter cautela com os dados estatísticos.

Evidente que, numa modelo racionalista, a epistemologia judiciária não pode se contentar com um processo de valoração em que o julgador é sujeito privilegiado, que se convence da verdade intimamente, quase que em um ato de auto-revelação, o que caracteriza, segundo Carrara, uma “convicção autocrática”.⁶² A certeza judicial não é um “estado de ânimo”, formado a partir da impressão que cada meio de prova produz no espírito do juiz, mas uma escolha fruto da razão, que permite escolher, entre enunciados fáticos diversos, qual é preferível a outro, com base no conjunto de provas que dá suporte a cada um deles.

A partir dessas premissas, há várias tentativas de, por meios de diversas teorias probabilísticas, conferir racionalidade à atividade de valoração da prova. O tema é explorado em profundidade por Ferrer Beltrán, que distingue três modelos de raciocínio probatório: a probabilidade estatística, a probabilidade subjetiva e a probabilidade lógica ou indutiva, na qual dá preferência para o modelo baconiano desenvolvido por Cohen.⁶³

A teoria da probabilidade quantitativa tem sido utilizada em larga escala pela doutrina norte-americana na valoração da prova,⁶⁴ principalmente através de aplicações do teorema de Bayes.⁶⁵ Todavia, não é fácil o transporte de tal teoria para o campo probatório, sendo objeto de muitas críticas, principalmente porque a probabilidade estatística despreza os elementos concretos do caso e, em especial, as provas produzidas. O emprego da probabilidade frequentista recebeu vigorosa crítica de Tribe,⁶⁶ a

⁶² CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Trad. de J.J. Ortega Torres e J. Guerrero Leconte, Bogotá: Temis, 1957, v. II, p. 233.

⁶³ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 96-138.

⁶⁴ FILKENSTEIN, Michael; FAIRLEY, William. A Bayesian Approach to Identification Evidence. *Harvard Law Review*, vol. 83, 1970, p. 289.

⁶⁵ O teorema de Bayes é uma regra relativamente simples, descoberta pelo reverendo Bayes, em 1763, segundo a qual a probabilidade P , do produto de dois eventos E e H é dada pela $P(H) \times P(E/H)$ ou, simetricamente, de $P(E) \times P(H/E)$.

⁶⁶ TRIBE, Laurence. Trial by Mathematis: Precision and Ritual in the Legal Process. *Harvard Law Review*, v. 84, 1971, p. 1359. Também merece destaque a

partir da decisão dos *Caso Collins*.⁶⁷ Objetou-se que o emprego da probabilidade quantitativa não tem por preocupação verificar a possibilidade da ocorrência de um determinado fato concreto (no caso referido, que o casal preso tenha efetivamente roubado a senhora), mas a probabilidade abstrata da repetição de uma hipótese (um casal formado por jovem loira com “rabo de cavalo” e um negro de barba e bigode que dirige um carro amarelo), em um determinado conjunto (os casais da região de Los Angeles que possuem carros). Através da probabilidade quantitativa, determina-se a frequência com que um tipo de fenômeno se verifica no total de uma classe mais geral, mas não se estabelece a probabilidade de ocorrência de uma hipótese concreta que se pretende verificar.⁶⁸

crítica de: STELLA, Federico. *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 288-292; FROSINI, Benito. *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano: Giuffrè, 2002. p. 82-86.

⁶⁷ *People v. Collins*, 238 P2d 33 (1968). O caso pode ser assim resumido: Uma senhora idosa caminhava para casa em uma estrada de Los Angeles e foi roubada e derrubada. A vítima declarou que somente conseguiu ver uma mulher loira fugindo e uma testemunha afirmou ter visto uma jovem branca, com cabelos loiros e “rabo de cavalo” correr e ir embora em um automóvel amarelo guiado por um jovem negro com barba e bigode. Poucos dias depois, um policial que investigava o caso prendeu um casal com estas características. Durante o processo, a acusação valeu-se de um perito em estatística na tentativa de demonstrar que, partindo das premissas de que o roubo foi cometido por uma mulher branca com cabelos loiros e “rabo de cavalo” que tinha deixado o local em um veículo amarelo guiado por um negro com barba e bigode, havia uma probabilidade altíssima que os acusados fossem culpados, por possuírem aquelas características incomuns. Individuadas as características relevantes e multiplicando-se o valor de cada uma das possibilidades, obteve-se o resultado de uma possibilidade em doze milhões, de que uma dupla tivesse tais características. Com base em tais argumentos, o casal foi condenado. A Corte da Califórnia reformou a decisão porque, além de questionar aspectos técnicos dos cálculos probabilísticos empregados, quanto ao mérito da questão, considerou que a utilização da estatística tinha “desviado” o júri de sua verdadeira função, que é valorar a prova. Assim, não se analisou se a dupla culpada possuía efetivamente as características expostas pelas testemunhas, ou ainda se havia possibilidade de existir na região de Los Angeles outra dupla com as mesmas características.

⁶⁸ MARCHEIS, Chiara B. *Probabilità e prova: considerazione sulla struttura del giudizio di fatto*. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, a. 45, n. 4, p. 1119-1163, dic. 1991. p. 1123.

Outra vertente da probabilidade quantitativa é a denominada *Evidentiary value model*, proposta por Per Olof Ekelöf,⁶⁹ e desenvolvida por Sören Halldén⁷⁰ e Martin Edman.⁷¹ A *Evidentiary Value Model* compartilha das premissas fundamentais da teoria bayesiana: 1) o objeto de nossas crenças são proposições que exprimem *hipóteses* e *informações* sobre a verdade das hipóteses; 2) a nossa fé na verdade das proposições e quantificável por meio de cálculos de probabilidade; 3) o cálculo de probabilidade é um sistema de lógica no qual podemos demonstrar de-dutivamente que o crer com um certo grau de probabilidade na verdade de certas preposições implica que possamos crer com um certo grau em certas outras proposições; 4) o teorema de Bayes é a regra para calcular a probabilidade de que uma certa proposição *A* seja verdadeira, dado que se conhece que é verdadeira uma outra proposição *B*, que contem informações relevantes para a verdade de *A*.⁷²

A diferença da *EVM* em relação à teoria clássica bayesiana consiste na observação de que, sendo a preposição *A* um *factum probandum* e *B* um *factum probans*, o que é relevante e interessa ao juiz não é tanto estabelecer a verdade da preposição *A*, mas sim estabelecer que existe uma *apropriada relação probatória* entre *A* e *B*.⁷³

O raciocínio probatório, segundo a *EVM*, é composto de três elementos. O primeiro é o *tema de prova* que deve ser demonstrado. O segundo elemento são os fatos probatórios. E o terceiro e último

⁶⁹ EKELÖF, Per Olof. La libera valutazione delle prove. In: *Studi in onore di Antonio Segni*. Milano: Giuffrè, 1967, v. II, p. 93 e ss.

⁷⁰ HALLDÉN, Sören. I meccanismi probatori. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio*. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997. p. 141 e s

⁷¹ EDMAN, Martin. La combinazione di prove indipendenti. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio*. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997. p. 141 e ss.

⁷² GARBOLINO, Paolo. Introduzione. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio*. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997, p. IX e X.

⁷³ *Ibidem*, p. X.

elemento é um *mecanismo probatório*, que diz que um fato probatório é *causado* pelo tema de prova.⁷⁴

Enquanto que para a teoria de bayesiana o que importa é estabelecer o grau de probabilidade da preposição *A* segundo a *frequência de bases* (por exemplo, 80% dos ônibus são azuis), a *EVM* tem por finalidade é estabelecer o grau de probabilidade segundo o qual os elementos de prova disponíveis confirmam a preposição *A*.

Outro modelo de emprego da probabilidade para o raciocínio judicial é a probabilidade subjetiva, que se utiliza dos esquemas da denominada probabilidade inversa, valendo-se igualmente do teorema de Bayes.⁷⁵ A probabilidade subjetiva mede o grau ou a força de crença racional que é possível ter em uma hipótese, dado um certo elemento de julgamento, se antes de conhecer esse elementos tínhamos um grau de crença *x* em tal hipótese dadas as probabilidade inversas de que esteja presente esse elemento de julgamento se a hipótese for verdadeira e se não for.⁷⁶

A crítica geralmente formulada a tal método, como apto a ser utilizado para o raciocínio probatório nos processos, é que o resultado que se pode atingir com a probabilidade subjetiva é somente determinar a racionalidade da mudança de crença. Porém, se as crenças iniciais, isto é, a probabilidade inicial, forem diversas, então a probabilidade

⁷⁴ GÄRDENFORS, Peter. Racionamento probabilístico e valore probatorio. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997. p. 47; HANSSON, Bengt. Epistemologia e prova. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997. p. 82.

⁷⁵ A probabilidade inversa é representada pela seguinte fórmula $P(H/E) = P(E/H) \times P(H) / P(E/-H)$. Lê-se: a probabilidade condicional de que seja verdadeira a hipótese *H*, dado o elemento de julgamento *E* é igual à probabilidade de que se dê *E*, se for verdadeira *H*, multiplicado pela probabilidade de *H* (sem levar em conta *E*), dividido pela probabilidade de que se dê *E*, se não for verdadeira *H*.

⁷⁶ FERRER BELTRÁN, Jordí. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 110. No mesmo sentido: GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*. Madrid, n. 28, 2005, p. 132, nota 5.

final também o será, afetando o juízo de racionalidade ou não sobre a mudança das crenças.⁷⁷

O método mais aceito na epistemologia judiciária para a valoração da prova, tem sido o emprego da probabilidade lógica, de tipo baconiano, nos moldes expostos por Jonathan Cohen.⁷⁸ Sua teoria parte de premissas gerais da noção de probabilidade: 1) a probabilidade é constituída de números que vão de 0 (impossibilidade) a 1 (certeza); 2) se há dois eventos que não podem acontecer no mesmo momento, a soma das probabilidades separadas de cada um deles será igual a 1; 3) se dois eventos podem ocorrer no mesmo momento, a probabilidade de seus acontecimentos contemporâneos é dada pela multiplicação da probabilidade dos dois eventos separados.⁷⁹

Porém, ao invés de aplicar uma probabilidade quantitativa, que Cohen denomina “pascalina”, seu método emprega a probabilidade lógica ou “baconiana” baseada em *inductive probability*, determinada através da aplicação do *method of eliminative reasoning*.⁸⁰ A probabilidade lógica não tem por fundamento a frequência de ocorrência de um evento de uma classe mais geral, mas sim os elementos de provas que dão sustentação às diversas inferências. É a prova que constitui a base do raciocínio judicial e que determina o tipo de conclusão que se pode validamente extrair.⁸¹ A probabilidade indutiva varia conforme varia o contexto probatório.⁸²

⁷⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 111.

⁷⁸ COHEN, L. J., *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 58 ss., 87 ss, 93 ss, 166 ss. Aderindo ao modelo de probabilidade indutiva proposto por Cohen: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 203-204; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 97, nota 65; GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*. Madrid, n. 28, 2005, p. 133.

⁷⁹ MARCHEIS, Chiara B. Probabilità e prova: considerazione sulla struttura del giudizio di fatto. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, a. 45, n. 4, p. 1119-1163, dic. 1991. p. 1125.

⁸⁰ CATALANO, Elena Maria. *La prova d'alibi*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 42, nota 13.

⁸¹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 201.

⁸² IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 121.

A probabilidade para Cohen coincide com o grau de solidez de uma inferência, consistente na passagem do fato *A* ao fato *B* que, por sua vez, depende da solidez da regra geral que fundamenta tal inferência.⁸³ Para se determinar o grau de suporte indutivo de regra geral é necessário realizar uma série de induções eliminativas, por meio das quais se verifica a capacidade de resistência daquela regra geral a interferência de outros fatores que poderia conduzir a resultados diversos.

A probabilidade indutiva de uma hipótese depende do apoio ou suporte que lhe prestam as provas às quais está ligada por uma regra causal, sendo medida não em termos frequentistas, mas em “graus de confirmação” ou de apoio indutivo de uma hipótese relativamente a uma informação (no, caso, de um elemento de prova).⁸⁴ A hipótese será aceita como verdadeira, se for confirmada por uma prova com a qual tenha um nexos causal ou lógico,⁸⁵ fazendo com que a existência de tal prova constitua uma razão para aceitar tal hipótese. Por outro lado, a hipótese será refutada pelas provas disponíveis, se estas estiverem em contradição com aquela.

Não há, em dispositivos legais, a indicação de qual o melhor método de valoração da prova. A busca por um método racional se dá a partir de discussões epistemológicas. O que se poderá encontrar em dispositivos legais são situações pontuais em que o legislador, ciente da maior fragilidade ou potencia de erro de um determinado meio de prova, mesmo em abstrato, estabelece a sua insuficiência para, isoladamente,

⁸³ MARCHEIS, Chiara B. Probabilità e prova: considerazione sulla struttura del giudizio di fatto. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, a. 45, n. 4, p. 1119-1163, dic. 1991. p. 1125-1126.

⁸⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La prueba judicial: valoración racional y motivación*. Disponível em: <<http://cmappublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2018. p. 11.

⁸⁵ Como explica Taruffo, “quanto mais seguro e preciso for o tipo de conexão entre a hipótese e as provas, maior será o grau de confirmação (ou de probabilidade) da hipótese que, ao contrário, somente obterá confirmações ‘débeis’, quando as conexões forem genéricas, vagas e tenham um fundamento cognitivo incerto” (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 247). No mesmo sentido: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La prueba judicial: valoración racional y motivación*. Disponível em: <<http://cmappublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2018. p. 12.

fundamentar uma condenação. O legislador interfere, então, na liberdade de valoração do julgador – e conseqüentemente, no emprego de métodos puramente racionais –, para estabelecer o que é insuficiente para considerar um fato provado.⁸⁶ É o que prevê, por exemplo, o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Não se trata, por óbvio, de um retorno ao sistema da prova legal, em seus moldes medievais, “com uma minuciosa predeterminação das características e do valor de toda a prova (e de todo o indício) e na sua classificação num sistema preciso de prevalências e hierarquias”.⁸⁷ O que a lei estabelece, em tal dispositivo, não é determinar qual meio de prova ou quantos meios de prova são necessários para que um fato seja considerado verdade. Ao contrário, um regime de *prova legal negativa* determina que somente a delação é insuficiente para a condenação do delatado. O legislador não estabelece abstratamente o que é necessário para condenar, mas apenas, em reforço à presunção de inocência, o que é insuficiente para a superar a dúvida razoável.⁸⁸ Será necessário, portanto, que o conteúdo da colaboração processual venha corroborado por outras provas.⁸⁹

Outro exemplo que pode ser lembrado é a exigência de um determinado meio de prova para demonstrar um específico *thema probandum*,

⁸⁶ Outro exemplo que poderia ser lembrado, é a regra sobre a valoração de indícios, do artigo 192, 2º comma, do CPP italiano, “l’esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti”. De modo muito semelhante, o PLS 156/09 estabelece, no artigo 168, § 1º, do Projeto de Código de Processo Penal brasileiro que “A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes”.

⁸⁷ NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 105.

⁸⁸ AMODIO, Ennio. Libertà e legalità nella disciplina della testimonianza. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. XVI, 1973. p. 232.

⁸⁹ Sobre a valoração da colaboração premiada, cf.: BADARÓ, Gustavo. O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. *Consulex*, n. 443, p. 26-29, fev. 2015; MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel R.; QUEIROZ, Ronaldo P. (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 231-277.

como a necessidade do exame de corpo de delitos, para a prova da materialidade delitiva nos crimes que deixam vestígios, não podendo supri-lo a confissão do acusado.⁹⁰

Enfim, caberá à epistemológica indicar os melhores modelos de valoração racional de provas. Porém, não se pode esquecer que o transporte de esquemas puramente epistêmicos ao conjunto de atividades probatórias desenvolvidas no processo penal terá que considerar outros fatores além da busca da verdade. A verdade é uma condição necessária para uma decisão justa, mas isso não significa que se deve buscar um modelo que seja um ótimo epistêmico, apenas com vistas a alcançar ao máximo o acerto e diminuir a chance de erros, sendo lhe indiferentes se esse consistirá em absolvições equivocadas ou condenações injustas. No processo penal a preocupação com o erro mostra ser muito mais grave condenar um inocente do que absolver um culpado.

Para isso, é importante a distinção das atividades de valoração da prova e do ato de decisão, ou melhor, de quando considerar que o processo de valoração atingiu o ponto necessário para que possa ser concluído em um sentido positivo ou negativo, na medida em que ambas atividades devem ser governadas por parâmetros distintos. Embora ambas atividades costumem ser tratadas no chamado contexto da decisão, tem razão Ferrer Beltrán ao distinguir o momento da valoração, de um lado, do momento da decisão, em si, de outro.⁹¹

Enquanto que a atividade de valoração da prova é regida por critérios epistemológicos, a definição do modelo de constatação ou do standard probatório para considerar que um enunciado fático está provado, é fruto de uma escolha axiológica. Depois de definido o método de valoração e sendo possível chegar à conclusão de qual é a hipótese fática que racionalmente deve ser considerada a que maior suporte encontrou na prova dos autos, é preciso definir qual o nível que esse suporte probatório deve atingir, para que tal hipótese seja, racionalmente, considerada verdadeira.

É preciso definir, pois, qual o *standard* probatório a ser atingido. Os *standards* probatórios são critérios que estabelecem o grau de confirmação

⁹⁰ CPP, art. 158.

⁹¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 47.

probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado.⁹² Ou seja, os critérios que indicam quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que o descreve.⁹³ No processo penal, há relação direta entre o standard probatório adotado e a presunção de inocência, base de sua estruturação. Sobre isso, Jordi Ferrer Beltrán publica *neste dossiê* o artigo “Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência”, onde sustenta que se deve pensar a presunção de inocência a partir de uma concepção minimalista, a qual possibilitará sua efetivação como regra de garantia, especialmente nos contextos de incerteza sobre a satisfação do standard de prova.

Embora a epistemologia possa explicar como interpretar os significados dos standards de prova, não cabe a ela fixá-lo. Mais do que uma questão heurística, a definição de um *standard* de prova é uma questão axiológica, cuja definição não precisa levar em conta, necessariamente, a busca pelo critério melhor para maximizar os acertos do juízo de fato ou, o que seria o reverso da medalha, reduzir o erro.⁹⁴

Ao contrário, no processo penal, a adoção de um elevado *standard* de prova,⁹⁵ normalmente identificado com a expressão “além de qualquer

⁹² TARUFFO, Michele. Evidence, Truth and the Rule of Law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 238, dez. 2014. p. 96.

⁹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*. Madrid, n. 28, 2005. p. 129.

⁹⁴ Como bem destaca Haack, “minha epistemologia, ao menos, tem muito a dizer sobre o que torna uma prova melhor ou pior e uma afirmação mais ou menos justificada, mas relativamente muito pouco sobre os graus de prova que interessam particularmente ao direito” (HAACK, Susan. *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge Un. Press, 2014. p. 32) (tradução livre). No mesmo sentido Jordi Ferrer Beltrán afirma que “a decisão sobre o nível de exigência do standard é nitidamente política, mas uma vez tomada, a epistemológica jurídica deve proporcionar os instrumentos para que possamos formulá-lo de modo preciso” (FERRER BELTRÁN, Jordi. Prefácio a la edición em castellano. In: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 20).

⁹⁵ Numa escala crescente, fundado em padrões norte-americanos, é possível constar três distintos “standards probatórios”: (I) simples “preponderância de provas” (*preponderance evidence*), que significa simplesmente a probabilidade de um fato ter ocorrido; (II) “prova clara e convincente” (*clear and convincing evidence*), que pode ser identificado como uma probabilidade elevada; (III)

dúvida razoável”, é claramente uma escolha política.⁹⁶ Isso porque, quer-se deliberadamente privilegiar a manutenção do estado de inocência e, em última análise, a liberdade. Se, de um lado, todo o ônus da prova pesa sobre o acusador, e de outro, se estabelece um *standard* probatório bastante elevado para que um fato seja considerado verdadeiro, é de se concluir que haverá, na distribuição de erros, muito mais culpados absolvidos do que inocentes condenados. Esta é a posição, aliás, já era encontrada na obra de Bentham, que defendia o princípio “the more atrocious the offence, the greater the force of evidence requisite to prove it”.⁹⁷

Por um lado, em relação ao ônus da prova, Rafael Fecury Nogueira analisa a temática no artigo “Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista” publicado *neste dossiê*. Conforme o autor, deve-se estabelecer categorias próprias ao processo penal no que diz respeito ao ônus da prova, distintas da esfera processual civil, o que acarreta consequências para questões relacionadas à ilicitude e à culpabilidade do fato punível.

Por outro, para o processo penal assume grande importância a ideia de que o grau de prova necessário para a condenação deve seguir o critério “além de qualquer dúvida razoável”.⁹⁸ Além de analisar os outros componentes da operação probatória, Paolo Ferrua expõe diversos

e “prova além da dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt*), como uma probabilidade elevadíssima, que muito se aproxima da certeza.

⁹⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*. Madrid, n. 28, 2005. p 130.

⁹⁷ BENTHAM, Jermías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJE, 1959. v. II, p. 361.

⁹⁸ Embora passível de muitas críticas, tal expressão vem se consolidando. Além de seu largo uso nos processos penais estadunidenses, também foi incorporada a textos legislativos, como no Código de Processo Penal italiano, de 1988, por meio da Lei nº 46, de 20 de fevereiro de 2006, que inseriu tal expressão no art. 533, comma 1º, prevendo que o juiz só pode proferir uma “sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio”. A doutrina espanhola também utiliza a expressão equivalente: “más allá de toda duda razonable”, como se verifica, por exemplo, em: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La prueba judicial: valoración racional y motivación*. Disponível em: <<http://cmapspublic2.ihmc.us/rid=1MYBL-04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2018. p. 15. Por outro lado, a Corte Europeia de Direitos Humanos também aplica o *standard* de prova “beyond reasonable doubt”: CoEDH, Caso Irlanda vs. Reino

aspectos do cenário italiano sobre a regra de “além de qualquer dúvida razoável” no artigo “La prova nel processo penale”, publicado *neste dossiê*. O autor explora o conceito do instituto e expõe sua dupla função: se, por um lado, protege o acusado de uma condenação injusta, por outro, ressalta que se a culpa está demonstrada a partir de um lastro probatório sólido e coerente, o honesto reconhecimento da invariável falibilidade abstrata do juízo não deve impedir a condenação.

A confirmação que um meio de prova ou um conjunto de provas confere a uma determinada afirmação fática deve ser compreendida como algo gradual, ou seja, a prova pode gerar mais ou menos suporte para uma hipótese.⁹⁹ Além disso, tendo em vista que não é possível trabalhar com um conceito absoluto de verdade, mas sim com graus de probabilidade de que um enunciado fático seja verdadeiro, é comum a tendência em procurar definir o *standard* probatório em termos quantitativos ou percentuais.

Não é tarefa fácil interpretar o conceito de “além de qualquer dúvida razoável”, pois tal *standard* probatório não estabelece um critério preciso de decisão, sendo, como explica Taruffo, baseada em um conceito essencialmente *soft* de como a *reasonableness* da dúvida pode impedir a condenação, mesmo havendo provas da culpabilidade do acusado.¹⁰⁰ Na jurisprudência norte-americana, é bastante comum a ideia de que tal grau pode ser quantificável em termos percentuais, costumando ser identificado com um grau superior a 95% de probabilidade de que a afirmação fática seja verdadeira, de acordo como a prova do processo.¹⁰¹

Todavia, não parece possível expressar o *standard* probatório para a condenação mediante a atribuição de valores numéricos, em decimais ou percentuais, ao grau de confirmação que as provas

Unido, sentença de 18.01.1978, Series A nº. 25, pp. 64-65, § 161; Caso Salman vs. Turquia, sentença de 27.06.2000, § 100.

⁹⁹ HAACK, Susan. *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge Un. Press, 2014. p. 17

¹⁰⁰ TARUFFO, Michele. Fatto, prova e verità. *Criminalia*, 2009, p. 307.

¹⁰¹ Para uma análise das expressões numéricas dos *standards* de prova “beyond any reasonable doubt”, nos Estados Unidos, cf.: KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 32, nota 33.

atribuem aos enunciados fáticos.¹⁰² Além da dificuldade em si de definir objetivamente qual percentual seria esse que separa o razoável do não razoável, o que levaria a escolhas arbitrária e subjetiva, há ainda uma inadequação metodológica.

Isso porque, em se adotando um método de valoração da prova a partir da noção de probabilidade lógica, de tipo baconiano, como proposto por Cohen, não há como o seu resultado ser expresso em termos numéricos ou percentuais.¹⁰³ Apenas se concluirá que uma afirmação fática, que encontra correspondência com a prova dos autos, resistiu a sua verificação e confronto ante outras possíveis hipóteses que forneciam explicações diversas. Todavia, como lembra Ferrer Beltrán, o fato de a probabilidade indutiva de tipo baconiano não admitir cálculo matemático não implica que não se possa graduar e comparar o nível de suporte indutivo de cada hipótese, estabelecendo uma ordenação entre elas.¹⁰⁴ Resta, pois, dentro desse modelo gradual não quantificável, definir qual grau de suporte deve ser atingido pela hipótese de maior nível, para que possa ser considerada verdadeira.

Por fim, o contexto da justificação é diverso no campo do direito e das ciências. Neste, o contexto da justificação corresponde à fase final de uma pesquisa, em que as provas obtidas são utilizadas para comparar com a hipótese inicial gerada no contexto da descoberta. É o momento de defesa da hipótese, mediante testes ou métodos de verificação que a comprove. Diverso, porém, é o significado do contexto da justificação, no plano da epistemologia jurídica.

O juiz irá, por meio da fundamentação da sua decisão, utilizar os meios de prova quando a decisão já está tomada, com a escolha da hipótese sobre os fatos que parece mais atendível. A prova assume a função de um elemento de justificação da decisão sobre os fatos, fornecendo

¹⁰² TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Editori Laterza, 2009. p. 220.

¹⁰³ Com razão, Gascón Abellán enfatiza que a formulação de um *standard* de prova está muito vinculada aos esquemas de valoração que o utilizarão (GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*. Madrid, n. 28, 2005. p 131).

¹⁰⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 122.

elementos de confirmação ou de suporte racional da hipótese escolhida como afirmação verdadeira sobre tal fato.¹⁰⁵

Em sua finalidade endoprocessual, a motivação é uma justificação das circunstâncias fáticas e jurídicas que determinaram as razões de decidir.¹⁰⁶ É o “discurso justificativo da decisão”,¹⁰⁷ uma “justificação racional das escolhas do juiz”.¹⁰⁸

Evidente que o fato de o contexto da justificação estar situado na etapa final da dinâmica da reconstrução histórica dos fatos no processo penal não significa que as etapas anteriores lhe sejam indiferentes. Se valorar consistir, diante dos elementos de prova disponíveis, em verificar se há razões para considerar como verdadeira certas afirmações em confronto com outras diversas, então a motivação é não apenas possível, como necessária para possibilitar um controle de tais processos de convencimento. Mais do que isso, sendo realizada em bases racionais e, portanto, acessível a outros indivíduos, é possível um controle intersubjetivo, por via recursal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMODIO, Ennio. Libertà e legalità nella disciplina della testimonianza. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. XVI, 1973.

AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. In: *Enciclopedia del diritto*, v. XXVII, Milano: Giuffrè, 1977.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. trad. Flávia Carbonell e Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons, 2015.

BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José R. S.; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 219-260.

¹⁰⁵ Sobre isso, ver: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

¹⁰⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 15-16.

¹⁰⁷ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. In: *Enciclopedia del diritto*, v. XXVII, Milano: Giuffrè, 1977, p. 184 (tradução livre).

¹⁰⁸ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 421 (tradução livre).

BADARÓ, Gustavo. O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. *Consulex*, n. 443, p. 26-29, fev. 2015.

BARGIS, Marta. Note in tema di prova scientifica nel processo penale. *Rivista di diritto processuale*, 2011.

BATAGLIO, Silvia. “Indizio” e “prova indiziaria” nel processo penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 1995.

BENTHAM, Jermías. *Tratado de las pruebas judiciales*, t. II. Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971.

BUNGE, Mario. *Causalidad: el principio de causalidad en la ciencia moderna*. 3 ed. Buenos Aires: EUDEBA, 1972.

CAPRIOLI, Francesco. La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale. *Cassazione Penale*, 2008, p. 3520 s.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. v. II. Trad. de J.J. Ortega Torres e J. Guerrero Leconte, Bogotá: Temis, 1957.

CATALANO, Elena Maria. *La prova d'alibi*. Milano: Giuffrè, 1998.

COHEN, L. J., *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198244127.001.0001>

COMOGLIO, Luigi P. *Le prove civili*. Torino: UTET, 1998.

DAMAŠKA, Mirjan. *Il diritto delle prove alla deriva*. Trad. Francesca Cuoma Ulloa e Valentina Riva, Bologna: Il Mulino, 2003.

DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica: Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata esplicazione*. Milano: Giuffrè, 2005.

EDMAN, Martin. La combinazione di prove indipendenti. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio*. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997, p. 141 e ss.

EKELÖF, Per Olof. La libera valutazione delle prove. In: *Studi in onore di Antonio Segni*. Milano: Giuffrè, 1967, v. II, p. 93.

FASSONE, Evio. Qualche altre riflessione in tema di prova. *Questione Giustizia*, III, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Bari: Laterza, 1998.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verità nel diritto*. trad. de Valentina Carnevale. Bologna: Il Mulino, 2004.

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

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prefácio a la edición em castellano. In: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.

FILKENSTEIN, Michael; FAIRLEY, William. A Bayesian Approach to Identification Evidence. *Harvard Law Review*, vol. 83, n. 3, 1970. <https://doi.org/10.2307/1339656>

FROSINI, Benito. *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2002.

GÄRDENFORS, Peter. Racionamento probabilístico e valore probatorio. In: GÄRDENFORS, Peter; HASSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatório. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997.

GARBOLINO, Paolo. Introdução. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997.

GAROFOLI, Vincenzo. Verità Storica e Verità Processuale: L'imponibile endiadi in un processo virtualmente accusatorio. In: GAROFOLI, Vincenzo; INCAMPO, Antonio (orgs.). *Verità e processo penale*. Milano: Giuffrè, 2012.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho*, Madrid, n. 28, p. 127-139, 2005. <https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.10>

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La prueba judicial: valoración racional y motivación*. Disponível em: <<http://cmappublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

GOLDMAN, Alvin. *Knowledge in a Social World*. New York: Oxford University Press, 1999. <https://doi.org/10.1093/0198238207.001.0001>

GOMES FILHO, Antonio M. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti* (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción). Mexico D.F.: Fontamara, 2013.

GÖSSEL, Kark Heinz. La verdad en el proceso penal ¿Es encontrada o construida? In: DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Obras completas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology*. New York: Prometheus Books, 2009.

HAACK, Susan. *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge Un. Press, 2014. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139626866>

HALLDÉN, Sören. I meccanismi probatori. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio*. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997, p. 141 e ss.

HANSSON, Bengt. Epistemologia e prova. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (Orgs.). *La teoria del valore probatorio*. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda da verdade en el proceso penal*. La medida de la Constitución. Trad. Tania Ixchel Atialno Camacho. Mexico D.F.: IBIJUS, 2009.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MAIWALD, Manfred. *Causalità e diritto penale: studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*. Trad. de Francesca Brunetta d'Usseaux. Milano: Giuffrè, 1999.

MANZANO, Luís F. *Prova pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARCHEIS, Chiara B. Probabilità e prova: considerazione sulla struttura del giudizio di fatto. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, a. 45, n. 4, p. 1119-1163, dic. 1991.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatória. In: SALGADO, Daniel R.; QUEIROZ, Ronaldo P. (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 231-277.

NEUBURGER, Luisella de Cataldo. Gli sviluppi della psicologia giuridica: la valutazione della qualità del contributo dell'esperto. In: NEUBURGER, Luisella de Cataldo (Org.) *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007.

NIINILUOTO, Ilkka. Defending abduction. *Philosophy of Science*, v. 66 (Proceedings), p. S436-S451, 1999. <https://doi.org/10.1086/392744>

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés. "Carpintaria" da sentença penal (em matéria de "fatos"). In: PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PIZZI, Claudio. *Diritto, Abduzione e prov*. Milano: Giuffrè, 2009.

- PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.
- RABELAIS, François. *O Terceiro Livro dos Fatos e Ditos Heróicos do Bom Pantagrue*, trad. Élida Valarin Oliver, Cotia: Ateliê Editorial; Campinas, Editora da Unicamp, 2006.
- SARACENO, Pacoale. *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*. Padova: CEDAM, 1940.
- SOUSA, Susana A. *A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal*. Contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.
- STELLA, Federico. *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2001.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.
- TARUFFO, Michele. Note per una riforma del diritto delle prove. *Rivista di diritto processuale*, Padova, a. 41, n. 2-3, p. 237-292, 1986.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.
- TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 51, n. 2, p. 315-328, 1997.
- TARUFFO, Michele. Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali. In: *Decisione Giudiziaria e verità scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 3-23.
- TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Editori Laterza, 2009.
- TARUFFO, Michele. Fatto, prova e verità. *Criminalia*, 2009.
- TARUFFO, Michele. Evidence, Truth and the Rule of Law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 238, dez. 2014.
- TONINI, Paolo (Org.) Dossier La prova scientifica nel processo penale. *Diritto Penale e Processo*, n. 6, 2008.
- TONINI, Paolo. Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza. In: CONTI, Carlotta (org.). *Scienza e processo penale*. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi, Giuffrè, Milano, 2011.
- TRIBE, Laurence. Trial by Mathematis: Precision and Ritual in the Legal Process. *Harvard Law Review*, v. 84, n. 6, 1971. <https://doi.org/10.2307/1339610>
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TWINING, Willian. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. New York: Cambridge University Press, 2006. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511617249>

UBERTIS, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea de Diritto del Uomo. *Rivista de Diritto processuale*, v. 49, n. 2, 1994.

UBERTIS, Giulio. *Prove (in generale)*. In: *Digesto delle Discipline Penalistiche*, v. X. Torino: UTET, 1995.

UBERTIS, Giulio. *La prova penale*. Profili giuridici ed epistemologici. Torino: UTET, 1999.

UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano: Giuffrè, 2015.

UBERTIS, Giulio. Prova scientifica e giustizia penale. *Rivista italiana di diritto e processo penale*, 2016, p. 1198 s.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste editorial.

Declaração de autoria (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste editorial estão listadas como autores.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.