

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

THIAGO TURBAY FREIRIA

**CONTROLE EPISTÊMICO DE PROVAS E OS LIMITES Á ACUSAÇÃO:
VEDAÇÃO À INSERÇÃO DE PROVAS INDEPENDENTES NO CURSO DA
INSTRUÇÃO PENAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 231
E 569 DO CPP**

**BRASÍLIA
2017**

THIAGO TURBAY FREIRIA

**CONTROLE EPISTÊMICO DE PROVAS E OS LIMITES Á ACUSAÇÃO:
VEDAÇÃO À INSERÇÃO DE PROVAS INDEPENDENTES NO CURSO DA
INSTRUÇÃO PENAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 231
E 569 DO CPP**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília (EDB) como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.
Professor Dr. Ademar Borges.

**BRASÍLIA
2017**

THIAGO TURBAY FREIRIA

**CONTROLE EPISTÊMICO DE PROVAS E OS LIMITES Á ACUSAÇÃO:
VEDAÇÃO À INSERÇÃO DE PROVAS INDEPENDENTES NO CURSO DA
INSTRUÇÃO PENAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 231
E 569 DO CPP**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília (EDB) como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor Dr. Ademar Borges.

Brasília/DF, ____ de _____ de 2017.

Professor Dr. Ademar Borges.
Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinador

AGRADECIMENTOS

Dedico este estudo aos meus pais, Roberto e Judith, e agradeço imensamente a torcida e os valores ensinados, que balizam minha trajetória. Agradeço minha irmã Renata e minha sobrinha Liz pelo amor e companheirismo. Meu irmão Marcelo pela crença, pela dedicação incansável, pelo exemplo e por me carregar e energizar meus sonhos e projetos. Você nos enche de orgulho. Agradeço e igualmente dedico esse trabalho à Danila, minha companheira de vida, que tem sido tão paciente e amável, nestes anos todos.

Agradeço meu orientador, Ademar Borges, pela cordialidade e confiança e, sobretudo, pela liberdade concedida e a direção dada na elaboração deste estudo científico e as lições preciosas lecionadas em sala de aula. Da mesma forma, agradeço o professor Geraldo Prado pela iniciação nos estudos de epistemologia jurídica e o tempo dedicado a mim e meu aperfeiçoamento técnico.

Agradeço ao João Paulo pela compreensão, parceria, pelo apoio e aprendizagem que propicia, diariamente. Igualmente, agradeço os professores, especialmente, o Daniel Falcão, Danilo Porfírio, Norberto Mazai, Janete, Dulce, Paulo Gonet, e os funcionários do IDP, Maria Luiza e João Maurício, que não me deixaram desistir e foram tão solidários, ao longo dos anos e de toda a academia.

Por fim, agradeço aos meus avôs José Freiria e Ferdinando Turbay pela humanidade que imprimiram na minha existência e pela lição de eternidade que me fizeram aprender. Também, dedico esse trabalho a minha avó, Maria Ismênia, pelo porto seguro e por me dar a chance de realizar mais um sonho.

**CONTROLE EPISTÊMICO DE PROVAS E OS LIMITES À ACUSAÇÃO:
VEDAÇÃO À INSERÇÃO DE PROVAS INDEPENDENTES NO CURSO DA
INSTRUÇÃO PENAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 231
E 569 DO CPP**

EPISTEMIC CONTROL AND THE LIMITS OF PERSECUTION: PROHIBITION
OF THE INSERTION OF INDEPENDENT EVIDENCE IN COURSE OF THE
CRIMINAL INSTRUCTION AND THE INCONSTITUTIONALITY OF ARTICLES
231 AND 569 OF THE CPP

THIAGO TURBAY FREIRIA

SUMÁRIO

Introdução; 1) O processo penal e a sistematização do processo em obediência à ordem constitucional; 2) A admissibilidade da prova e os limites probatórios; 3) O desafio para a racionalização do processo e da prova penal; 4) Os momentos da atividade probatória no processo penal; 5) A proibição da prova extemporânea como limite formal e material da acusação; 6) A inconstitucionalidade dos artigos 231 e 569 do código de processo penal; 7) Conclusão; 8) Referências.

RESUMO

O processo penal deve estrita observância à Constituição, devendo se adequar às diretrizes metodológicas e axiológicas das normas de direitos fundamentais. Essa é a condição de validade e eficácia dos atos procedimentais, sobretudo, no tocante à prova penal. Nesse sentido, a atividade probatória deve ser regida pela racionalização do processo, cujo expediente se deve ao controle epistêmico da prova e a vedação à surpresa, em obediência ao contraditório e a ampla defesa. Portanto, deve haver a proibição de provas extemporâneas no processo penal, o que importa reconhecer a inconstitucionalidade dos Artigos 231 e 569 do Código de Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; Prova Penal; Controle Epistêmico; Racionalização do Processo; Inconstitucionalidade dos Artigos 231 e 569 do CPP.

ABSTRACT

The criminal process must obey the Constitution and its normative force, which must conform, respecting fundamental rights. This is the condition of validity and effectiveness of procedural acts, especially in relation to criminal evidence. In this sense, the criminal evidence must be governed by instrumental rationalization, whose expedient is due to epistemic control, whose determination prohibits surprise, which fractures the contradictory and ample defense. There should be a prohibition of extemporaneous evidence in criminal proceedings, which should recognize the unconstitutionality of Articles 231 and 569 of the Code of Criminal Procedure.

KEYWORDS: Criminal proceedings; Criminal Evidence; Epistemic Control; Rationalization of Criminal Procedure; Unconstitutionality of Articles 231 and 569 of the CPP.

INTRODUÇÃO

A racionalidade do processo penal e o controle sistemático e metodológico da prova são os matizes principais deste estudo. Serão apresentados breves apontamentos acerca do controle epistêmico da prova e sua necessária vinculação à racionalização do processo, exigências do reconhecimento do *status* constitucional do sistema processual acusatório.

A defesa que se faz não é de um processo absolutamente hermético, mas de definições acerca da permissão de ingresso de novos conteúdos acusatórios, evitando-se, definitivamente, a surpresa do réu.

A linha mestra é estabelecer uma reflexão acerca do controle procedimental da atividade probatória, na perspectiva de que é necessário definir uma membrana espessa de critérios de admissibilidade de novos acervos probatórios no curso da ação penal.

Abre o estudo um esboço conceitual sobre a sistematização probatória dentro de uma perspectiva constitucional, o que preenche os tópicos 1 e 2 do estudo. Nos tópicos 3, 4 e 5, trataremos dos critérios restituídores dos limites probatórios, como a epistemologia aplicada, a racionalização da prova, a fiabilidade e a inamovibilidade indiscriminada da narrativa acusatória no curso da instrução.

Os tópicos 6 e 7 aprofundam o objeto do estudo ao sustentar a impossibilidade do encadernamento de provas novas no curso da instrução penal e o encadeamento lógico necessário entre a pretensão acusatória e o título judicial proveniente do juízo sentenciante.

Ao fim, defende-se a inconstitucionalidade dos Artigos 231 e 569 do Código de Processo Penal. O ponto de saída é de que os comandos permissivos dos enunciados normativos modificam a identidade acusatória, impossibilitam o exercício pleno da defesa e do contraditório, além de afrontarem a presunção de inocência, garantias de ordem constitucional.

A questão principal é de que os enunciados supramencionados têm alta carga de inconstitucionalidade, pois guardam uma sistemática destoante dos preceitos fundamentais que regem o processo penal acusatório.

Sem pretender esgotar o tema, o presente estudo apresenta uma abordagem técnica da prova penal e pretende demonstrar a influência que os controles epistêmicos da prova exercem nas liberdades e garantias do réu.

1- O PROCESSO PENAL E A SISTEMATIZAÇÃO DO PROCESSO EM OBEDIÊNCIA À ORDEM CONSTITUCIONAL

Antes das linhas iniciais do estudo é necessário fazer um alerta: estamos diante de um ponto de situação¹ crítico, imersos em um sistema de desidratação das garantias individuais no processo penal e de um anseio punitivo de atmosfera inquisitorial.

A salvaguarda do processo penal perpassa a constitucionalização de garantias individuais e do restabelecimento de balizas rígidas persecutórias, que imponham limites ao poder acusatório e ao livre convencimento em matéria penal.

O ponto de intersecção desses, que consideramos padrões estruturais, é a prova penal. O aspecto fundamental do sistema probatório deve promover um condicionamento e a agregação de ordens jurídicas constitucionais, em todo o seu

¹ O termo ponto de situação foi usado para expressar o estado imediato, dado no espaço e tempo, em que o observador do estudo se encontra. Foi levada em conta a percepção do autor e seu convívio social como ambientes de observação, sem haver um estudo aprofundado de tópicos de criminologia e sociologia que sustentem a afirmação de que há em curso uma forte retomada ao processo penal inquisitorial e o crescente anseio punitivista das agências estatais e da sociedade.

conteúdo normativo formal, material e jurisdicional, necessariamente imantado pelos direitos fundamentais.

O elemento agregador da ordem constitucional é o processo, tido como expressão de caracteres invioláveis que concedem validade e plena eficácia a “uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais do Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais às características de ordem teleológica e o da unidade interna às características de princípios gerais”. (CANARIS 2008: p. 77-78).

Exemplificando, a prova penal é elemento conectivo na responsabilização penal. É o plano conceitual o qual se deve, com mais ênfase, a observância à tutela protetiva de direitos fundamentais. Em relevo, a prova ilícita contamina todas as interações estabelecidas por ela, sendo imprestável para motivar um juízo condenatório ou, ainda mais sutil, conceder lastro à narrativa acusatória conectada a ela. Mas, não obstante ser descaracterizada proceduralmente *a posteriori*, tem o condão de fulminar direitos ou promover lesões a direitos, até ser desvalorada e classificada como inútil.

Pensar o contrário tornaria suscetível de particularização todo o condicionamento axiológico-teleológico do Estado Democrático de Direito, arquétipo da unidade jurídica, que orienta o poder e o exercício do poder estatal punitivo.

A prova penal está contida e pertence a uma ordem sistemática de princípios gerais², que devem orientar o exercício do poder punitivo, instado a classificar uma conduta humana por meio de juízo de desvalor, atrelado à averiguação racional do arcabouço probatório. O que se quer mostrar é que a atividade acusatória encontra condição de validez, somente, se for orientada por proposições alçadas à conformação aos direitos fundamentais.

Indubitavelmente, há na ordem jurídica uma consagração protetiva de direitos e liberdades individuais, que circunscreve e preenche o conteúdo limitador

² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Prova Penal. In: PRADO, Geraldo; SILVEIRA, Edson Damas da; GIACOMOLLI, Nereu José. Estado Democrático de Direito. Empório do Direito, 2015. p. 125-148. O jurista português Manuel Monteiro Guedes Valente defende haver uma ordem de valores que integram princípios com alto grau de concreção, como o princípio da dignidade humana, da integridade pessoal, entre outros. Estes princípios seriam os “elos da unidade da ordem jurídica como um todo”.

da ação punitiva estatal. As normas penais e, sobretudo, as provas³ devem se alinhar ao alcance e extensão da proteção intransigente da dignidade humana.

É precisamente esse o ponto de partida da atividade probatória e os limites acusatórios. O aspecto unitário do direito compreende sua estruturação e arquitetura, sistematicamente ordenada, que influencia e orienta a racionalização do exercício do poder punitivo estatal e da política criminal. A racionalização do direito é, sobremaneira, a chave-mestra do organismo e concreção constitucional. Mais ampla é a ideia de Simone Goyard-Fabre: “A supralegalidade constitucional significa que a Constituição é a chave da lei e da regularidade das decisões de direito [...] Em outras palavras, ela permite pensar o sistema jurídico do direito segundo as categorias da razão” (2007, pag. 122).

Não de outra forma, as normas contidas no sistema processual penal se orientam pela força normativa constitucional⁴, como vínculo substancial de constitucionalidade. A Constituição é um limitador do poder arbitrário, viga do comando lógico e formal do processo e da ordem jurídica, caracterizando-se como critério de validade da norma.

As proibições probatórias, doravante, alcançam um âmbito normativo transcendente, qual seja, a materialização da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, garantidos pelo ordenamento nacional ou pelos tratados de Direitos Humanos aplicáveis⁵.

2- A ADMISSIBILIDADE DA PROVA E OS LIMITES PROBATÓRIOS

Ante a regência constitucional, a prova deve-se comportar dentro da sistemática do processo penal constitucional de forma harmônica e em virtude da concretização de direitos fundamentais. Kant defende que a Constituição impõe

³ A referência às “provas” contida no texto congrega as provas e seu conteúdo autônomo, os meios de obtenção de prova e as fontes de provas. A decisão do autor foi de não promover a discussão acerca das espécies e naturezas que formatam o estudo das provas penais, dado que este não é o objetivo do trabalho.

⁴ Atribui-se à força normativa constitucional, aqui, a linhagem doutrinária de Konrad Hesse, que assevera ter a Constituição uma força própria a qual contém uma pretensão de eficácia, ordenadora do Estado e da projeção normativa da realidade fática, mediante condicionamento recíproco entre o programa constitucional e a expressão fática.

⁵ AMBOS, Kai. Ensaios de Direito Penal e Processual Penal / Kai Ambos; tradução Alexey Choi Caruncho... [et alii]. 1º Ed. São Paulo: Marcial Pons; Centro de Estudos de Direito Latino-Americanano no Instituto de Ciências Criminas da Georg-August- Universität Göttingen, 2016, pág. 178.

uma regulação jurídica aos microssistemas derivados e, sobretudo, ilustra o que nomeou de imperativo categórico⁶ da razão jurídica.

No processo penal regido pelo sistema acusatório, a posição da prova é de fundação elementar. A dedução da pretensão acusatória inaugura o objeto do julgamento, que está sujeito à verificação em razão da prova, do quanto aduzido. É a síntese acusatória e as provas aduzidas que pressupõem a objetividade da relação processual que se inaugura.

Nesse ponto, nos afastamos da doutrina majoritária, que concede uma permissão probante larga, que desagua em uma total liberdade classificatória em relação aos elencos de provas admitidas, utilizando-se de um assentimento calcado no livre convencimento motivado do juízo e na averiguação da relevância da prova.

O anteparo que defendemos é a concreção do princípio da presunção de inocência e seu profilático círculo de validade. Precisamente, o limite probatório, doravante, a produção da prova e a provisão de consentir valor de verdade à narrativa acusatória estão vinculados à constitucionalização do processo penal, o que confere validez e eficácia jurídica e estabelece arquitetura formal e conteúdo material de linhagem constitucional ao processo penal.

Primeiro, o limite à verdade material como consectário lógico do sistema penal constitucional e sua ambivalência no sistema processual penal. Mais à frente, distinguiremos os problemas epistêmicos da verdade material e sua elucubração forçosa. Por hora, basta a lição de Figueiredo Dias, que classifica a verdade probatória sobre uma perspectiva dupla:

Há-de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela, mas também no sentido de uma verdade que, não sendo 'absoluta' ou 'ontológica', há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida⁷.

⁶ A leitura que se faz, parece, não decorre da distinção entre moral e direito, presente no pensamento Kantiano. Nesse ponto, o imperativo categórico da razão jurídica expressa uma necessidade, cuja operação fato e consequência se dá por relação de necessidade (KANT, *Doctrine du droit*, Introdução B, Vrin, p. 103).

⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito Processual Penal, Reimpressão. Coimbra Editora, 2004. Pág. 193-194.

A questão probatória desnuda a formação de um arrazoado informacional que carrega justificação apta a firmar um pressuposto da decisão. A carga probatória, por outro lado, deve conduzir um juízo de certeza, não conciliável com um juízo hipotético indutivo ou dedutivo. Completa Figueiredo Dias: “Não se tratará pois, na ‘convicção’ de uma mera opção voluntarista pela certeza de um facto e contra a dúvida, ou operada em virtude de alta verossimilhança ou probabilidade do facto [...]”⁸.

Um alerta é necessário, as aduções feitas até aqui, na pesquisa, não distinguem provas dos meios de provas, posto que sua sistematização é orientada pelos mesmos critérios e produz os mesmos efeitos.

Com igual ênfase, o princípio da lealdade deve ser estabelecido como limite probatório, diante da vedação do Estado, por meio do exercício do poder arbitrário, invadir a esfera privada das liberdades. Insere-se no elenco de restrições, da mesma forma, respeitando-se a sistematização do processo penal constitucional, a proibição à surpresa e o seu consórcio com o princípio da lealdade nas provas, nos meios de provas e na valoração das provas.

Em outro estágio, a doutrina nacional e internacional repele métodos proibidos de prova, estatuindo regras de exclusão. Facilmente identificável, a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu Artigo 5º, incisos III, XI, XII e LVI, prevê limites substanciais ao poder acusatório, no tocante à seleção e prática de métodos ilícitos. O mesmo se encontra no Código de Processo Penal brasileiro, no Artigo 157.

O ordenamento nacional é acompanhado, em relevo, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (Artigos 5º e 12º); pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Artigos 3º e 8º) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (Artigo 7º).

Michele Taruffo⁹ chama atenção para as regras de exclusão no sistema probatório. Afirma que devem ser excluídos elementos de prova e de meios de provas como forma de prevenção de erros na valoração, evitando-se atividades probatórias inúteis e ilícitas.

⁸ Idem 7. Pág. 205.

⁹ TARUFFO, Michele. *A Prova* / Michele Taruffo; tradução João Gabriel Couto. 1º Edição. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Pág. 39-47.

Exemplo marcante, diz Taruffo, é a *Rule 403* da *Federal Rules of Evidence*, que determina a exclusão de meios de prova quando houver risco de causar “prejuízo injustificado, confusão dos fatos em litígio ou indução do júri a erro¹⁰”.

No âmbito processual, concerne limite à admissibilidade da prova o conteúdo específico incapaz de sustentar a pretensão das partes. É condição necessária para efetividade da atividade probatória a relevância, o que constitui verdadeira cláusula para o devido processo legal. As provas desconectadas da pretensão das partes são meros enxertos inúteis e não guardam pertinência ao processo.

Neste contexto, deve ser concedido às partes o direito de produzir provas, havendo, para tanto, o preenchimento de dois requisitos: relevância e licitude. Caso contrário, devem-se operar regra de exclusão¹¹.

A medida protetiva visa empreender no processo a proibição de privilégios às partes, sobretudo, à acusação, que detém poder estatal e instrumental para produzir provas às quais a defesa, geralmente, não tem acesso.

O *ius puniendi* dimensiona o Estado acusador em seu “sentido subjetivo¹²”, titular do poder-dever acusatório, regido por fortes limites, que se traduzem no exercício legítimo da ampla defesa e fundamento, próprio, do Estado. Do contrário, o Estado Democrático de Direito estará ameaçado.

3- O DESAFIO PARA A RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E DA PROVA PENAL

O processo de racionalização refere-se à avaliação metodológica do objeto do processo, bem como à justificação dos métodos instrumentais que permitam a realização do juízo lógico terminativo. A atividade requer o dimensionamento formal e substancial do objeto e dos elementos consequenciais da ação. Em verdade, o processo se forma a partir de uma representação intelectiva dos fatos. O consequente lógico, todavia, permitirá chegar ao mesmo resultado consequencial

¹⁰ *Rule 403*: O tribunal pode excluir provas relevantes se seu valor probatório for substancialmente compensado pelo perigo de um ou mais dos seguintes: preconceito injusto, confusão das questões, induzindo em erro o júri, atraso indevido, perda de tempo ou apresentação desnecessária de provas cumulativas. (tradução livre do autor).

¹¹ Defende Taruffo que as regras de exclusão alcançam, da mesma forma, provas relevantes, mas não abarcadas pela revisão sobre a licitude.

¹² Mir Puig incrementa sentido à expressão ao assinalar que o exercício punitivo deve se submeter ao Direito, responsável pela fixação de limites. Estes são considerados como instrumentos colocados em favor do cidadão, em respeito aos princípios da dignidade humana e da igualdade.

caso seja usada a mesma metodologia e sejam analisados os mesmos fatos. Embora se defenda haver a possibilidade de a atividade intelectiva ser orientada meramente pela experiência e intuição, esta não pode reivindicar se valer de uma convicção racional.

Só poderá haver fundamentos justificadores da racionalidade se estes, metodologicamente, apresentarem pressupostos rigorosamente verificáveis e validados. Conforme aduz Husserl¹³, a possibilidade de calcar razões científicas baseadas em evidência não dá sustentação própria à fundamentação racional. É preciso que ela seja capaz de gerar atos do saber, cuja efetivação só pode ser alcançada por um juízo correto e validamente repetido, chegando-se a um mesmo resultado.

A racionalização do processo penal está intimamente vinculada à atividade intelectiva sobre a qual se realiza o manejo da prova. Numa primeira análise, o processo penal se inicia a partir de uma premissa dedutivo-acusatória, que deve ser confirmada por meio de evidências lógicas, averiguadas por métodos sistematizados, racionais e intelectivos, válidos pela lei (lícitos), cujo *standard* é regido por três¹⁴ critérios analíticos: i) conteúdo com estruturas rígidas; ii) deve haver uma lei reguladora que permita conectar a fundamentação à uma forma silogística; iii) seja possível universalizar as inferências.

O desafio à racionalização do processo penal, internamente, da atividade probatória, se materializa no dever de afastar eventos mentais de intencionalidade. John Searle assim traduz: “Poderíamos dizer, a título de formulação preliminar, que a Intencionalidade é aquela propriedade de muitos estados e eventos mentais pela qual estes são dirigidos para, ou acerca de, objetos e estados de coisas no mundo¹⁵”.

Aprendendo as lições de Searle, é possível aplicar perfeitamente a questão da intencionalidade ao desafio de tornar a atividade probatória imune às caracterizações e etiquetamentos¹⁶ particulares. Diz o autor que a intencionalidade é caracterizada pela direcionalidade ou aproximação. Não se defende, todavia, que

¹³ HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas: prolegômenos à lógica pura*. Vol. 1 / Edmund Husserl; tradução Diogo Ferrer. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 9.

¹⁴ Os critérios elencados estão contidos na obra de Husserl, mencionada no item 13.

¹⁵ SEARLE, John R. *Intencionalidade* / John R. Searle ; tradução Júlio Fisher, Tomás Rosa Bueno : revisão técnica Ana Cecília G. A. de Camargo, Viviane Veras Costa Pinto. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pág. 1.

¹⁶ A referência feita no texto faz remissão à teoria "Labeling Approach", cunhada pela criminologia crítica, adotando-se, para tanto, a premissa de ter havido atividade mental do emissário da mensagem, sem que estas se valham de características racionais.

os estados são, necessariamente, conscientes. Por vezes, o direcionamento é resultado do curso do pensamento natural. A intencionalidade, não obstante, representa uma coligação de estados e apreensões indutivas, que são capazes de intoxicar a racionalidade metodológica, que deve permear a atividade acusatória e judicante, no processo e na prova penal.

A realidade é que o material probatório é animado e preenchido por uma lógica de descobrimento, que se distingue da lógica-dedutiva, sujeita à validação e aceitação de hipóteses empíricas universalizáveis. A tarefa da racionalização é evitar que o material seja reduzido às aproximações especulativas e efeitos da intencionalidade.

Sem embargo, admite-se, *a priori*, a dificuldade de se extrair uma prova descontaminada de induções no processo penal, devido à titularidade da acusação pertencer a um organismo interessado. Notadamente, as conjecturas da narrativa acusatória desembocam em uma proposta de descobrimento, conjugada com elementos de criações intuitivas e arquetípicas, dificilmente submetidas às regras formais, que caracterizam a atividade probatória judicial. Óbvio, o titular da ação penal é interessado institucionalmente e, por que não pessoalmente, no reconhecimento da sua pretensão.

Para além de conceitos estanques da epistemologia geral, propomos a verificação de um jaez jurídico às características das provas e de sua integração com a formação do processo penal. Não obstante haver inúmeras possibilidades para este estudo, o recorte metodológico se vincula à prova penal e os aspectos inerentes à validade do procedimento.

Ressalta Juan Antonio García Amado¹⁷ que o juiz deve realizar uma série de racionalizações para chegar a uma decisão acerca do que se pretende provar. Segundo ele, há duas modalidades de decisões, portanto, referente à prova substancial e formal e, após, a valoração racional da prova no juízo vinculado à pretensão. Trata-se de uma cadeia escalonada de racionalidade, onde se deve distinguir três enunciados: 1) a separação das premissas iniciais e das conclusões; 2) as conclusões intermediárias e 3) a conclusão final.

A racionalidade probatória no direito, ainda mais específica, se depara com as regras exigíveis para que uma premissa inicial seja admissível e que contenha os

¹⁷AMADO, Juan Antonio García; BONORINO, Pablo Raúl (Coords). Prueba y razionamiento probatório en Derecho: debates sobre abdición. Granada: Comares, 2014.p. 5.

requisitos autorizadores do impulso processual. Ainda, deve ser possível inferir conclusões intermediárias, as quais se vinculará, necessariamente, uma conclusão final lógica e, principalmente, que estas permitam uma atividade mental reversa, chegando-se ao mesmo resultado inicial, após o uso dos mesmos métodos e, tendo como objeto, os mesmos fatos.

Juan Antonio Garcia Amado¹⁸ assevera que um enunciado considerado premissa inicial de raciocínio probatório jurídico deve seguir duas condições: "*a) que sea un enunciado verdadero referente a una prueba o hecho processual; b) que sea un enunciado referente a un hecho extraprocessual notorio e admitido por las partes litigantes*"¹⁹.

Os fatos devem ser referenciados em uma prova ou fato processual ou que seja admitido pelas partes litigantes como notório, ou de pleno conhecimento. A atividade, então, deve ser dialética e informada. Notadamente, um dos critérios de validação jurídica da racionalização da atividade probatória é a dialética processual.

A realização da prova no processo depende de uma criteriosa validação pelo Direito, escalonada por uma premissa inicial autorizada que conduz, por meio de inferência lógica, uma conclusão intermediária, procedural e dialética, notadamente, que desembocará em uma conclusão final.

Salienta-se que o processo exige condições formais e prospectos lógicos para se admitir provas. O modelo a ser adotado é de que a racionalização da atividade probatória deve ser conduzida a partir de inferências validadas pelo próprio direito e, não obstante, submetidas ao confronto dialético e ao escopo constitucional. Giovanni Tuzet assim define:

*El razonamiento probatorio constituye 'um contexto heterogéneo y complejo en el que entran varios factores: desde la abducción que permite la formulación de hipótesis nuevas hasta la contestación dialéctica de las mismas hipótesis, desde s passos deductivos hasta las inferencias probabilísticas, desde el recurso a las nociones de sentido común hasta el uso de pruebas científicas, desde las argumentaciones tópicas hasta los cánones del razonamiento probatorio ocurren o pueden ocurrir todas estas inferencias'*²⁰.

¹⁸ Idem 17.

¹⁹ Ibidem 17.

²⁰ Ibidem 17, p. 141.

Em relação ao modelo indutivo, todavia, cabe salientar que não são inferências propriamente ditas²¹. As induções partem da generalização de hipóteses nas quais a fiabilidade se aportaria na experiência analógica própria, aptas à sustentarem premissas maiores. Entretanto, a lógica não deve ser aplicada às inferências probatórias judiciais, que devem se atrelar ao fato concretamente provado, sendo a dúvida dedicada ao benefício do réu.

A conclusão é de que quaisquer modelos cognitivos validados pela ordem jurídica: dedutivo, indutivo ou abdutivo²², devem se submeter a alto controle e exame minucioso das premissas e conclusões, que se quer extrair.

4- A RACIONALIZAÇÃO E A VALORAÇÃO RACIONAL DA PROVA

É o interesse sobre a verdade e seus contornos metodológicos o cerne denso que permeia os estudos da epistemologia no Direito, especificamente, em relação à prova penal. O conhecimento proposicional é requisito à racionalização da decisão judicial. Conter elementos probatórios admissíveis no processo capazes de conduzir um juízo racional é equivalente à proposição de que o fato controvertido foi provado.

Adiante, as considerações acerca das regras de exclusão das provas, mesmo àquelas regras relevantes à depuração do fato, estabelecem novo marco para o controle epistêmico probatório, que se somam a novas ferramentas de inferência e fiabilidade. Se rumássemos em sentido contrário, dentro dos limites do expediente judicial, estabelecer-se-ia um espeque de autoritarismo e de projeção de crenças e convicções intermodais insulares, que não devem ser consideradas em um processo racional de decisão judicial.

Defendem Claus Volk e Paul Bockelmann²³ que a verdade é legitimada no processo mediante procedimento discursivo, no qual não se admite o “livre domínio”. A crítica é lastreada em não haver legitimidade das partes de exasperar o

²¹ Tuzet defende que o modelo indutivo é estruturado por experiências analógicas equivalentes às hipóteses explicativas, o que confirma estar as generalizações no plano das premissas e não das conclusões. Desse modo, o modelo de inferências não pode ser indutivo, havendo de ser abdutivas.

²² Charles Pierce assevera que abdução é a inferência que formula uma hipótese explicativa. Charles Sanders Peirce, Semiótica, S. Paulo: Editora Perspectiva, 1977, pp.225-237.

²³ BOCKELMANN, Paul. Direito Penal: parte geral /Paul Bockelmann; Klaus Volk ; tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes ; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Pág. 399.

“poder de definição” e a “competência comunicativa”, devido ao grau elevado de risco de se influenciar a seleção de fatos e, mais grave, de direcionar a carga da prova, contaminando a valoração das provas.

Conceder às partes, sobretudo, ao titular da ação penal, que detém o aparelho persecutório do Estado, o domínio livre da atividade probatória e do momento procedural em que esta será revelada é atentar contra a paridade de armas e a posição subjetiva equidistante. O ponto de equilíbrio, doravante, é o aperfeiçoamento e aplicação de filtros epistêmicos dedicados ao processo penal, como fins a imprimir um controle de abusos, conector de relações causais lógicas.

O contrário, a epistemologia geral realiza uma ação intelectiva capaz de determinar qual o grau de probabilidade de que determinada hipótese sobre os fatos seja verdadeira. Doravante, não perfaz e não detém ferramentas e o aprofundamento necessários para atestar se a probabilidade aferida é suficiente para admitir como verdadeiros os fatos.

Detalhadamente, a investigação acerca da racionalização²⁴ da prova judicial está calcada nos aspectos centrais do enunciado afirmativo: há elementos coletados em juízo que garantem ser “X” uma proposição verdadeira. Diferentes são os problemas epistemológicos enfrentados pela sentença: está provado que X ocorreu. O problema objetivo é a tentativa artificial de aproximar a prova judicial e a verdade fática.

Jordi Ferrer Beltrán defende que o interesse conceitual do problema não está no fato naturalístico ou consequencial de ter ocorrido X, tomado como verdade. O aporte investigativo se faz, no bojo do processo, por meio de uma análise crítica, que transborda a tradição racionalista, firmada em razão do objetivo institucional da atividade probatória. Dentre as ferramentas seguras à valoração da prova, a epistemologia geral maximiza os resultados probabilísticos, o que faz supor que as decisões judiciais se aproximem da verdade. As proposições gerais, todavia, são refutadas na sua obra *La Valoración Racional de La Prueba*²⁵

Beltrán refuta a premissa racionalista de que a prova se relaciona de forma a provocar uma íntima correspondência com o ocorrido no mundo. Nesse ponto, o

²⁴ Faz-se uma leitura livre e contextualizada do termo “*razonamiento*” (FERRER, 2002), utilizado por Jordi Beltrán Ferrer, o qual foi substituído, com igual valor semântico, pela palavra racionalização, denotando raciocínio.

²⁵ BELTRAN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. Pág. 23.

autor se afasta dos clássicos, negando haver uma vinculação entre prova e verdade. Para ele, a prova não possui como requisito conceitual a verdade. O raciocínio é, simplesmente, apto a ilustrar uma possibilidade de se provar um fato que seja falso.

Prioristicamente, não há certeza racional capaz de atestar inarredavelmente que um enunciado empírico é verdadeiro, devido às dificuldades e dilemas epistêmicos sobre a limitação das dimensões e das estruturas cognoscíveis da realidade. Noutro giro, a verdade só deve ser vista na sua dimensão procedural, qual seja, mediante atos ordenados e próprios, normatizados no processo.

Dessa forma, Beltrán conclui ser necessária a limitação da prova nos expedientes judiciais. Para o autor, a pergunta fundamental é: qual a forma racionalmente adequada para se obter e valorar a prova? Rigorosamente, o expediente jurídico relativo à prova penal tem sua dimensão de validade justaposta às regras judiciais que lhe dão permissão, mas não só!

Há um critério particularizado da prova penal, segundo o autor, que impede a adoção da epistemologia geral como método válido a provar determinado enunciado. Provar X no processo significa destacar o resultado da atividade racional do juiz acerca de evidência coletada por meio de método válido, descrito em lei, cuja forma e momento procedural definem sua validade. Mas, a prova penal tem, rigorosamente, outro valor, pois ligada a bens jurídicos de densidade maior, como a dignidade humana e a liberdade.

Exemplo claro é de que a teoria de valoração racional da prova não se presta a descobrir como decidem os juízes, mas sim como deveriam decidir, tendo diante de si uma resposta vinculada ao sistema constitucional de proteção de direitos fundamentais. Nesse sentido, Daniel Lagier²⁶ reforça que a teoria da prova está concentrada na regulação das provas proibidas, definidas por critérios de racionalidade.

Antes, é preciso identificar qual classe de prova está em análise. A primeira classe se filia aos problemas relativos à epistemologia em relação aos fatos e a segunda diz respeito ao valor destes fatos para a formação do enunciado hipotético que se pretende provar no processo. Esta classe guarda maior relação com a Teoria Geral da Prova. A outra diz respeito à formulação conceitual de que os diferentes

²⁶ LAGIER, Daniel González. *Quaesti Facti: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra Editores: Bogotá, 2005, p. 4.

fatos podem constituir conectivos hipotéticos que entrem e sejam o valor da prova e interferem na decisão judicial.

Nesse ponto, Beltrán e Lagier divergem. Ao reconhecer que a Teoria da Prova está condicionada ao regramento jurídico, Lagier não exime de crítica os teóricos filiados integralmente a essa corrente. Para ele, a questão da prova tem caráter amplo e deve ser analisado por uma perspectiva interdisciplinar, por exemplo: por meio de análises científicas, filosóficas, epistêmicas, entre outras. A condição da racionalização da prova não deve partir de uma perspectiva normativa, mas ter com premissa inicial os problemas relacionados à objetividade dos fatos, dos problemas relativos ao conhecimento e a intersecção com as questões hermenêuticas que afetam a decisão judicial.

Lagier alerta que se evite cair em tentação ao tratar os diferentes tipos de prova como uma classe homogênea, pois se criaria uma artificial solução universal, na qual o significante “a sentença está provada”, denotaria uma mesma incidência normativa para todos os casos.

O cerne da questão é a estabilidade e o rendimento instrumental que a valoração da prova promove nas decisões judiciais. Não por outro motivo, a noção de prova deve ser preenchida de atributos normativos, sem os quais a fragmentação do conceito de prova judicial estaria deserto e desorientado.

No contexto das decisões judiciais, para Beltrán, não se pode analisar a prova em uma conceituação unicamente geral, típica da epistemologia geral. É preciso estabelecer, com correção, duas razões peculiares ao tratamento dado a prova judicial: o processo só é capaz de reter verdades aproximadas; e de que há nele uma carência de completude de informações sobre os fatos que se deve provar.

Portanto, a atividade probatória se realiza, também, mediante regulação de âmbito normativo. Beltrán destaca, ainda, que a fiabilidade relativa da prova realça sua característica necessariamente incompleta. A prova é sempre dedicada à finalidade de quem lhe opera ou de quem lança mão dela.

A versão afasta o conceito de racionalidade autônoma da prova, predisposta, exclusivamente, à revelação da verdade. Portanto, a posição que se deve adotar sobre a prova alegada pelas partes é sempre de uma posição de incerteza.

Nunca, defende o Beltrán, a prova deverá ser completa no processo judicial, sob pena de se orientar sua valoração por métodos de direcionamento, portanto,

parciais. Outra questão de relevo é a obediência à lei, que a atividade probatória deve garantir e sistematizar. Diz o autor: "*Es común advertir que el desarrollo de la actividad probatoria está ampliamente reglado, esto es, que no estamos frente a una actividad libre sino que jueces y tribunales están sometidos a un buen número de reglas jurídicas que regulan su práctica*²⁷". (FERRER, 2007). Em vetor oposto, a prova geral estaria submetida, exclusivamente, aos imperativos da epistemologia geral.

A tese defendida por Beltrán é que se deve, no que pertine a característica de incerteza, considerar uma relativização da qualificação de verdade da prova, aplicada ao âmbito de tomada de decisões judiciais.

Um dos filtros retentores da verdade real contrasta com a prevalência do princípio do contraditório no bojo das condições de validade e regular desenvolvimento do processo, de modo que seja necessário, à instrumentalização processual, a integração de mecanismos epistemológicos que apresentam contrapontos racionalizáveis, capazes de infirmar, inclusive, preferencialmente, o enunciado fático colimado na pretensão acusatória. Estes mecanismos, doravante, importam maior controle racional da prova, consistindo verdadeiro limite operacional de corroboração. Segundo Beltrán, o princípio do contraditório admite quatro tipos de controle probatório:

- 1) un control sobre la correcta aplicación de las reglas epistemológicas y jurídicas sobre la admisión de la prueba (i.e., el principio de admisión de toda prueba relevante y las excepciones establecidas por reglas de exclusión jurídicas); 2) la práctica de la prueba de forma contradictoria, esto es, permitiendo la intervención de las partes en la misma; 3) la posibilidad de proponer pruebas contrarias a las ofrecidas por la otra parte procesal, de modo que permita vencer a éstas y/o corroborar una hipótesis fáctica distinta e incompatible; 4) la posibilidad de proponer pruebas de segundo orden (o pruebas sobre la prueba) que impugnen la fiabilidad de prueba ofrecidas por la otra parte. (2007, p. 88).

A sujeição à controles de racionalidade embute na prova judicial aspectos da lógica, o que não a certifica como verdade, ou que o fato "X" está provado. Beltrán, ao diferenciar a prova judicial, aponta sete características peculiares dessas.

²⁷ **Tradução livre:** É comum notar que o desenvolvimento da atividade probatória é amplamente regulado, ou seja, que não estamos diante de uma atividade livre, mas que juízes e tribunais estão sujeitos a uma série de regras legais que regulam sua prática.

Todavia, nos interessa neste tópico apresentar somente duas: i) o objetivo institucional da prova e ii) os limites temporais da prova judicial.

A primeira é atinente aos interesses institucionais da prova judicial, vocacionada à racionalização do processo e a validação da decisão fundamentada. Nas palavras do autor, estreitadas nesse breve compêndio:

Por todo ello, la prueba como actividad tendría la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes²⁸.

Já a segunda característica pertine à reflexão acerca do momento procedural e a sua proporção instrumental, no tocante a prova penal. A conciliação com a verdade deve ser regra matriz da atividade probatória, ou deve reger a sistematização da ordem jurídica e dos fins a que serve? Sem dúvida, os limites temporais da prova são esteios valorosos para o controle epistêmico da prova.

Tipologicamente, a prova judicial parece dedicada à descoberta da verdade²⁹, o que não esgota toda sua função instrumental. Claro, a atividade probatória é circunstância essencial do processamento penal, sob qual exsurge, prioristicamente, os deveres de contraditório e ampla defesa. As duas características, portanto, prescrevem haver uma vontade de descobrir fatos e, não menos valoroso, cumprir a função estabelecida pelo regramento legal. Mas, a função probatória encontra total liberdade, com fins ao alcance da verdade? Há limites estruturais e normativos relevantes?

Ampliando o aspecto da análise, Larry Laudan³⁰ traz dois atributos necessários à racionalização da prova no processo judicial: a fiabilidade e a relevância. O primeiro conceito diz respeito à credibilidade da prova, seja da fonte ou do material informativo que carrega. Deve haver um juízo prévio racional capaz de inferir se a prova carrega elementos aptos a confirmar a hipótese acusatória, dada como sendo verdadeira. Já a relevância denota peso - atributo de valor -, as

²⁸ Idem 18, p. 30.

²⁹ Faz-se necessário recobrar que o termo verdade é alocado no sentido de verdade judicial.

³⁰ LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica / trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 44.

informações coletada, o que reclama análise de densidade probatória. A prova relevante deve ofertar ao processo uma maior probabilidade de o enunciado deduzido traduzir a expressão fática verificável. Ou seja, ela deve modificar o *status quo* probatório e impactar o sistema de inferências. Se por um lado, as informações não ampliam substancialmente a confiança de que se tem no enunciado fático narrado, não haverá relevância, sendo, portanto, sujeita às regras de exclusão, que serão à frente analisadas.

Não há se perder de vista que a facticidade da hipótese narrada deve ser confrontada por fatos ou narrativas contrapostas, orientadas por uma linhagem analítica lógica e racional condizente com o que dispõe a Constituição. A qualidade da prova tem assentada na resistência que demonstrará ao sustentar ou negar a hipótese aventada, mediante crivo da epistemologia aplicada.

Tanto o sistema de relevância como a fiabilidade estão vinculadas à corrente de enunciados horizontais delineados pela facticidade narrada no processo. Laudan referenda que a complexidade dos fatos e a sofisticação das técnicas de valoração devem implicar, necessariamente, um maior nível de exigência à admissibilidade de provas.

A rationalização do processo, portanto, deve extinguir posições privilegiadas, havendo um dever objetivo de clareza, além de satisfazer um conjunto de filtros epistêmicos, instrumentais e principiológicos. Este último é óbvio, dado que o meio de obtenção da prova e a prova serão invalidados caso haja violação à juridicidade impregnada nas garantias e liberdades individuais do réu.

5- OS MOMENTOS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

Jordi Ferrer Beltrán assevera, ainda, que a decisão acerca da proposição “está provada que X” deve ser referenciada por um conjunto de elementos cuja base seja predeterminada e preposicionada entre os atos procedimentais essenciais. Os elementos sobre o juízo devem ser aqueles, somente aqueles, apresentados e admitidos pelo processo no momento em que se objetiva a conferência da pretensão acusatória, sujeitando o conjunto coeso de atos procedimentais à delimitação dos fatos deduzidos previamente.

Chama atenção, o doutrinador, para três momentos em que a atividade probatória se realiza: i) a confirmação do conjunto de elementos de juízo; ii) a valoração destes elementos; iii) a decisão a ser adotada.

Ao presente estudo, empresta utilidade maior o primeiro momento, cujo interesse se assenta nas regras de exclusão procedimentais, garantidoras de um limite probatório. O que se pretende evitar é que prova com baixa fiabilidade seja valorada excessivamente, desequilibrando a relação jurídica formulada.

Cabe salientar que não é essa a opinião do doutrinador. Jordi concentra maiores esforços analíticos, metodológicos e conceituais no momento de valoração da prova e da decisão judicial, posto que o resultado do conjunto probatório e os elementos epistêmicos ultrapassam a fiabilidade das inferências e as regras de exclusão, momento em que o controle epistêmico se realiza judicialmente de forma terminativa. O autor afirma que o juiz, ao valorar elementos disponíveis no processo e ao extrair um juízo de probabilidade de que uma hipótese verificada seja verdadeira, ele assume uma posição semelhante à comunidade científica, que valora investigações realizadas por pesquisadores.

Sem embargos, é necessário reforçar que os elementos probatórios levados em conta pelo juiz só podem ser tomados em consideração se admitidos no processo previamente. A distinção deve instruir preceitos normativos restritivos, que servirão de aporte para a sentença racional. O total de informações analisadas deve estar contido no processo, ainda, o conjunto informacional deve sustentar o desvalor da conduta, imputada ao sujeito passivo da ação penal. Defende Beltrán que as crenças e convicções não são aptas a formar a valoração racional da prova:

No puede explicarse el resultado de la valoración de la prueba en el derecho mediante la noción de convicción judicial o de creencia. La creencia, pro decirlo de um modo simple, es siempre all things considered, mientras que el resultado de la valoración de la prueba es siempre contextual: su justificación es relativa a esos conjunto de elementos de juicio (apud FERRER, 2002, pág. 90).

A conclusão é de que as provas são relevantes quando premidas por suportes lógico e científico. Mas, nem toda prova relevante é admissível no processo, sendo necessário estipular sua íntima conexão com a pretensão deduzida e, ainda mais, é preciso considerar causas de exclusão da prova e de limites aos métodos de

obtenção da prova. Beltrán nomeia essa atividade de “filtros para admissão da prova”, que são impostos por regras jurídicas.

É precisamente a projeção de filtros na atividade probatória e na valoração que torna peculiar a prova judicial em relação aos outros âmbitos de experiência. A prova judicial, sobretudo a prova penal³¹, comporta regras jurídicas de exclusão, que devem ser consideradas na racionalização probatória.

Entre elas, destacamos os prazos processuais, que para Beltrán se comportam como regra de exclusão: *“conviene señalar que también los propios plazos procesales juegan un papel de regla de exclusión: se excluye toda información – aunque sea relevante – que se presente mesiante prueba aportadas fuera de los plazos expressamente previstos”*³².

A justificação é a proteção de valores jurídicos distintos à busca da verdade, que dão sustentação à ordem jurídica constitucional. Caso contrário, se permitiria o ingresso de provas com baixo grau de fiabilidade, cujas inferências lógicas seriam prejudicadas qualitativamente, devido a possibilidade de sujeição à manipulação, que outorgaria peso indevido às provas. Beltrán, ainda, assevera que estas regras são indispensáveis para se garantir uma maior rationalidade das decisões.

É a exigência de rationalidade teleológica e instrumental que se vincula à adequação dos meios aos fins do direito penal. Não obstante, a atividade probatória é submetida às regras jurídicas, que denotam uma atividade regulada em demasia, distanciando-se das permissões de alcance da verdade admitidas na epistemologia geral.

A especificidade requer a epistemologia aplicada como filtro à prova. Partiremos, então, da premissa de que há dois momentos principais e distintos na atividade probatória: i) a atividade de composição dos elementos que sustentam o enunciado hipotético deduzido em juízo e àqueles contrapostos dialeticamente; ii) o momento de valoração do conteúdo probatório e da separação de elementos permissivos ou interditos. A classificação por meio de momentos distintos permite

³¹ O direito penal tem estrutura e dimensão peculiares, devido aos bens jurídicos sob tutela e sua finalidade. Nesse ponto, Roxin assevera que: "competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado Leviatã". (ROXIN, 2012, pág. 3).

³² Idem 18, pág. 43.

distinguir aplicações diferentes das exigências de racionalidade para a atividade probatória, havendo um escalonamento entre eles.

Não obstante, as considerações acerca do momento da prova devem distinguir-se do objetivo da epistemologia geral. Mais uma vez, admitir que a racionalização atenda à finalidade de desvendar a verdade constitui severa redução epistêmica. A prova racional revela a adequação dos meios e fins do processo penal.

A regência e regulação acerca do momento de extração da prova distingue o interesse de obter o máximo grau conhecimento sobre os fatos, o que não se iguala à permissão de agregar maior número de provas relevantes ao processo, a qualquer tempo.

A questão é de extrema importância, pois se presta a erradicar a proposição epistêmica que defende ser maior a probabilidade de acerto, quanto mais numerosos forem os elementos de juízo disponíveis. Nesse caso, o grau de relevância probatória assumiria a posição de único filtro para admissão de provas no processo penal.

Outra questão de relevo é a tentativa de certificar a relevância da prova. Esta só poderá ser aferida em uma análise anterior a respeito da própria prova, ou seja, quando ela já faz parte do acervo probatório alocado no processo. Trata-se de um juízo hipotético acerca do seu resultado prospectivo. A análise de relevância da prova dispõe sobre o grau de incidência positiva ou negativa acerca da hipótese que se quer provar.

Caso não fosse assim, poder-se-ia impulsionar o ingresso de provas que poderiam levar mais facilmente a erros de valoração pelo julgador. Do mesmo modo, perderia sentido a proeminência de regras gerais de exclusão, que incidem ante a conformação do conjunto de elementos de juízo, vale dizer, no momento de sua admissibilidade ao processo.

Entre os teóricos que defendem a corrente do abolicionismo probatório, há a defesa de serem necessárias as regras de exclusão, que confiam à justificação epistêmica, matizada juridicamente, os limites racionais para a limitação da atividade probatória. A posição revela defesa da flexão da admissão, mesmo, de

provas relevantes³³. O desenlace está no risco de ocorrer informações paradoxais que podem dar força à interpretação acerca da relevância, calcada em cálculos de probabilidades subjetivas. Uma visão assim, notadamente, se apega a valores probabilísticos e relacionais que não expressam a conduta humana ou os fatos jurídicos de maneira satisfatória.

Outra característica das regras de exclusão é justificada pela política criminal, na qual o legislador tenta minimizar o abuso de estratégias³⁴ mediante a posse de informações apreendidas em uma posição de privilégio, se comparada a outra parte processual. Notadamente, essa regra busca balancear o conjunto probatório disposto ao juiz na formação do conjunto de inferências probatórias que serão averiguadas.

Mais claro, a justificação da exclusão pode se dar em deferência a um melhoramento procedural, mesmo que no caso concreto possa representar o empobrecimento de elementos informacionais.

Noutro giro, as provas redundantes, dedicadas à confirmação dos fatos já provados, sofrem críticas quando a sua relevância. Há duas posições em tensão. Os primeiros creem que quanto maior o grau de confirmação dos enunciados fáticos, maior sua probabilidade de veracidade. A oposição confia na razão de que as provas destinadas à acreditação da mesma hipótese podem transbordar no “perigo de desordem” do tratamento valorativo. Muita carga probatória poderia reduzir substancialmente a capacidade analítica sobre a qualidade da prova, alterando o *standard* probatório para uma posição de desvantagem inferencial.

A primeira corrente sustenta, ainda, que a repetição da hipótese fática enunciada se traduz na quantidade de elementos de corroboração, que preenchem a carga probatória a ser considerada pelo julgador. Uma segunda confirmação aumenta a fiabilidade da primeira e, assim, sucessivamente. Beltrán destaca que

³³ A conceituação da relevância, como característica de que determinado elemento de juízo de um enunciado fático o qual permite fundar em si, ou conjuntamente com outros elementos, uma conclusão sobre a verdade do enunciado que se quer provar (TARUFFO, 2007; pg. 20).

³⁴ Como se verá adiante, defendemos que a obediência ao princípio da não autoincriminação dá comando permissivo à atividade probatória mais ampla à defesa, posto que o dever-poder acusatório e a titularidade da ação penal desestabiliza a isonomia, diante do desequilíbrio informacional que detém em relação ao acusado.

isso cria uma curva³⁵ no grau de corroboração, de maneira que se pode considerar uma ordem decrescente de valor às novas provas.

O princípio da inclusão, que confia em maior quantidade de elementos de provas para se chegar a uma probabilidade maior de que o enunciado hipotético configura a verdade, é criticado, também, por STEIN:

Mientras la información de que disponga el decisor sobre los hechos siga siendo incompleta, la adquisición de información adicional con credenciales inciertas puede no mejorar su posición epistémica. La llegada de nueva información podría sólo substituir el riesgo de error existente hasta el momento por un nuevo riesgo de error, vinculado a la credibilidad de la nueva información. Más, aún, no hay garantía de que el nuevo riesgo de error sea menor que el anterior (FERRER apud STEIN, A., 2005, p. 123).

O problema se acentua ao analisarmos provas do mesmo tipo (categoria). Nesse caso, há de se observar a redundância destas, à medida que se emolduram asserções de hipóteses em direção ao enunciado fático a ser provado, levando-se a desnecessidade destas. Todavia, Beltrán alerta que o enunciado fático não se revela verdadeiro mediante cálculo probabilístico ou quantitativo da prova, mas a partir da sua qualidade epistêmica, conformada pela ordem jurídica. Portanto, a mera repetição da prova não enseja motivo idôneo à formação da convicção do juiz, também, não habilita a aquisição de força probante maior de corroboração. Assim, explica Beltrán: "*Pero a partir de un determinado punto de equilibrio, la incorporación de nuevas pruebas confirmatorias supone un grado adicional de corroboración muy pequeno, mientras por parte del juzgador. En ese punto, se justificará epistemologicamente la exclusión de la prueba*" (2007, p. 77).

A exceção aos limites probatórios, notadamente, se dá à defesa, devido adoção, em grande medida, do direito fundamental à prova, cristalizado por diversas constituições escritas e tratados internacionais. Os fins do processo, prioristicamente, devem mirar o alcance da verdade jurídica, sendo esta a condição

³⁵ O autor faz referência ao estudo de Popper (Popper, Karl Raimund Sir. A lógica da Pesquisa Científica / Karl Popper ; trad. Leonidas Hegenberg, Octanny Silveira da Mota. 2. Ed. São Paulo: cultrix, 2013, p. 115). Notadamente, Popper analisa que a representação gráfica de problemas científicos denota precisamente seu campo de aplicação. Ilustra cada ponto do gráfico como enunciados correspondentes às razões elementares do juízo racional, objeto da pesquisa. No tocante ao conjunto de curvas, ele afirma que a cada exigência adicional se reduz a unidade da dimensão do conjunto, adicionando-se, então, mais graus de falseabilidade da teoria que se pretende provar.

que possui para caracterizar um sistema de regulagem de condutas. Qualquer afetação à adoção de provas (regras de exclusão) à defesa deve se orientar por valor objetivo que possua a mesma posição do direito fundamental à prova, derivado do princípio da presunção de inocência.

Portanto, a admissão de provas se submete a um conjunto de princípios e garantias fundamentais que circunscrevem a racionalidade processual, como: a proteção de direitos fundamentais, o devido processo legal, a inadmissão das provas ilícitas, entre outras. O alcance da verdade, notadamente, não é um fim único e absoluto no processo judicial, mais ainda, em matéria penal, a qual represa intensa tensão e colidência de normas fundamentais.

Ademais, Beltán exemplifica: "*Pero ello significa también que las reglas que persiguen la garantía de esos otros fines del proceso o del derecho pudem impnner algún sacrificio epistemológico, en el sentido de que pueden ser contraproducentes para el objetivo de la averiguación de la verdad*" (2007, p. 78).

Parece útil, entretanto, o escalonamento de normas proibitivas ou autorizativas se instituam *standards* probatórios conformados por um conjunto de normas processuais provisionais ao contraditório e ampla defesa. Todavia, deve-se alertar que a carga valorativa essencial para corroboração de enunciados fáticos deve conter análises acerca das diferentes fases do processo nas quais essas provas foram integradas. A consequência é a dependência do processo à distribuição de erros, considerando-se um espectro admissível de falibilidade do estoque epistêmico inerente a prova.

Sem embargos, estabelecer um limite sobre a qualidade probatória e o momento da prova é partir de um determinado parâmetro de segurança e controle. Precisamente, a proposta aduz que se deve admitir ordenações procedimentais na ordem jurídicas dedicadas à distribuição do risco de erro pelas partes, com objetivo de controlar ameaças epistêmicas oriundas de posições de vantagens e assimetrias informacionais.

No modelo anglo-saxão a exclusão da prova que desequilibra a distribuição de erros é mais contundente. A relevância da prova e a fiabilidade desta, além do atendimento aos requisitos formais, são somadas à observância das garantias e liberdades do réu, o que traduz situações elementares para o controle da prova penal. Determina-se a proteção da valoração da prova, que não pode ser

contaminada, havendo por bem descartar a entrada de provas que acrescentam riscos. Assim, dispõe a Regra 403 do *Federal Rules of Evidence*:

The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.

Questão polêmica gira em torno do valor normativo da expressão “prejuízo injusto”. No enunciado dispositivo do processo americano, precisamente, a decisão sobre a relevância da prova deve ser sopesada pelo juiz, por meio de um juízo de ponderação, que parece sujeito a interferências, desafortunadamente, movidas por critérios íntimos do julgador.

Sem embargo, a posição de que o legislador deve optar por sacrificar provas que detenham alto valor epistêmico é salutar, caso estas ofendam princípios imanentes da ordem jurídica, a favor da tutela protetiva de direitos fundamentais ou, quiçá, da própria instrumentalidade do processo.

É crucial para os fins dedicados ao processo que sejam ampliadas as exigências da atividade probatória, aumentando-se os requisitos e filtros inferenciais de vetor positivos à pretensão acusatória. Por exemplo, o enunciado fático hipotético pode ser carregado de dados falsos, o que provocaria um juízo racional com alta probabilidade de contaminação.

Não obstante, se a hipótese fática for verdadeira e houver decisão condenatória, estaria fortemente alimentada por razões epistêmicas balanceadas, cujas exigências probatórias se provaram eficientes. Ao contrário, uma decisão condenatória baseada no acúmulo quantitativo de premissas falsas seria mais danosa ao tecido social. Jordi Ferrer Beltrán assim conclui: "*el estándar debe incorporar la preferencia por los errores negativos frente a los positivos para dar cuenta de los valores sociales garantistas*³⁶".

Em notas finais, a definição clara do momento de admissão da prova e os standards admissíveis são requisitos nucleares da racionalização processual,

³⁶ BELTRAN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. P. 146.

alcançada mediante controle epistêmico, sem o qual não pode haver a equalização de direitos fundamentais às garantias procedimentais.

6- A PROIBIÇÃO DA PROVA EXTEMPORÂNEA COMO LIMITE FORMAL E MATERIAL DA ACUSAÇÃO

Para além de barreiras estanques à atividade probatória, a questão cinge-se à realização válida do processo e ao adestramento do expediente jurídico à lógica formal. Ademais, o fim metodológico do processo é alcançar uma decisão jurídica legítima e racional, cuja verificação pela epistemologia aplicada confira um grau de certeza concernente à hipótese fática qualificada pelo injusto penal.

Antes, vale teorizar acerca da finalidade do processo penal e sua raiz racional. Partiremos do ponto em que a finalidade é o alcance da verdade, o que nos permitirá concluir que é impossível extrair a verdade absoluta por meio de um processo, devido as limitações imantes deste.

O veículo jurídico para se alcançar a verdade tem como expediente a conciliação entre o objeto e o conhecimento acerca do objeto. O processo, por sua vez, contém uma verdade material e formal. No plano filosófico, a verdade material ou substancial é impossível, em sua inteireza, posto que o conhecimento é inherente ao observador e vinculado as especificidades deste, já a matéria (substância) pertence ao objeto, externa ao observador. Óbvio, há barreiras para conciliação entre o que é o objeto e a representação acerca dele.

É requisito para a apreensão da verdade a correspondência entre o objeto que se quer saber e um enunciado universal. A dificuldade epistêmica, precisamente, traduz a tarefa de se fundir o objeto e observador, por meio de uma análise racional generalizante. A máxima do conhecimento universal conserva um aspecto dialógico insuperável, cujo esforço é separar o objeto de pesquisa e o pesquisador, titular de impressões e experiências peculiares.

Já a verdade formal é possível, segundo Kant³⁷, pois consiste em um “acordo” do conhecimento consigo mesmo. Há, todavia, dois critérios para se alcançar a verdade formal. Nos atemos a um deles: o princípio da razão suficiente³⁸.

³⁷ KANT, Immanuel. Manual dos cursos de Lógica Geral / Immanuel Kant; tradução: Fausto Castilho. 3º ed. Campinas: Editora Unicamp, 2014, p. 105.

³⁸ Kant se refere à razão suficiente como a realidade lógica de um conhecimento.

A questão é reconhecer na verdade seu atributo fundamental, a partir de preceitos lógicos:

Em primeiro lugar, que ele (sic) seja logicamente possível, isto é, que não se contradiga. Esse sinal distintivo da verdade lógica interna é, porém, apenas negativo: um conhecimento que se contradiz é certamente falso, mas não é porque não se contradiz que um conhecimento é sempre verdadeiro.

Em segundo lugar, que ele seja logicamente fundamentado, isto é, que a) tenha fundamentos (Gründe), e b) não tenha consequentes falsos³⁹.

É a verdade formal a única medida possível, devido os limites epistêmicos do conhecimento. Portanto, quando assumimos que o descobrimento da verdade é a finalidade do processo penal, estamos considerando que há elementos de juízo suficientes a favor da aceitação da hipótese aduzida inicialmente, somente, se esses elementos possuem uma justificação lógica. Portanto, o reconhecimento da verdade se verifica após serem cumpridos os compromissos legais e os limites inerentes à atividade regulada e a racionalização do exercício do poder punitivo estatal. Geraldo Prado⁴⁰ resume a questão da seguinte forma:

[...] leva em consideração o fato de que a verdade perseguida no curso do processo penal, como meta na ultrapassagem de um estado de incerteza para o de certeza, não tem uma ‘natureza ontológica’, tampouco encontra-se acessível para, como em um passe de mágica, conduzir os sujeitos processuais a uma viagem no tempo, ao passado, para perceber os fatos como na realidade ocorreram. (PRADO et. al., 2015, p. 17)

Admite-se em perspectiva que o material probatório seja amplo e ajustado aos requisitos formais, de forma que emprenda uma melhor coleção de conteúdo para análise. A premissa equivocada é de quanto mais amplo o rol de provas, maior é a probabilidade de confirmar o enunciado fático deduzido na pretensão, como sendo verdadeiro.

Sem embargo, a maior quantidade de provas não permite um juízo probabilístico mais forte. Ao contrário, como defendemos no tópico 5, o maior número de provas reduz a carga probatória das provas sequenciais – a curva no grau

³⁹ Idem 38.

⁴⁰ PRADO, Geraldo. Et. al. Prova Penal: Estado Democrático de Direito. Empório do Direito: Porto Alegre, 2015, p. 17.

de corroboração - e, ainda, aumenta o número de falsos positivos acerca do juízo de veracidade, mais propensos à confirmação da hipótese acusatória.

O material sobre o qual a convicção do julgador se debruça deve ser completo ou, ao menos, completo para que se chegue a uma decisão racional acerca da veracidade ou do injusto penal deduzido. Esse é o requisito elementar para a formação de relação processual. A questão, novamente, é de teor epistêmico.

Faltam circunstâncias ou elementos importantes para a formação da convicção do juiz, há o risco de a valoração da prova ser sustentada por elementos incompletos. A base do material probatório é o que vincula o juiz a sua decisão. Doravante, há obrigação de fundamentar sua “razão suficiente”.

A seleção de provas relevantes só pode ocorrer mediante uma análise prévia do total das provas disponíveis e da unidade cognitiva que se corresponde com a imputação. Wolfgang Frish⁴¹ defende que apenas ao conhecer, com o maior grau possível, os elementos de comprovação e os fatos narrados que o juiz poderá valorar corretamente as provas. Portanto, fragmentos de provas encartados posteriormente podem conduzir à distribuição de erro desigual, o que poderá acarretar um juízo falso.

O que se quer provar é que a unidade fática controvertida e os elementos probatórios dispostos devem ter plena coincidência com as pretensões, o que não se pode fazer inopportunamente, sob pena de desequilíbrio epistêmico. A regra de exclusão de provas extemporânea é instrumento de racionalização do processo e de garantia de equivalência da razão de decidir, aplicada aos elementos que preenchem a relação jurídica.

Notadamente, a regra é de encaixe perfeito para a acusação, mas permite variações para a defesa. O processo é concebido pela presunção de não culpabilidade, sendo essa a viga mestre. Portanto, o processo é orientado para permitir espaços dialéticos que possibilitem provar que a pretensão acusatória não deve prosperar, vale dizer, não há um dever absoluto de punir, ao contrário, há um dever de realizar os direitos fundamentais e a dignidade humana⁴².

⁴¹ FRISH, Wolfgang. Libre Valoración de la prueba y estándar probatório. Fundamentos históricos y de teoría del conocimiento. Editores: Kai Ambos, María Laura Böhm; John Zuluaga. Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania: Segunda y Tercera Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmáticas penal alemana. CEDPAL. Göttingen, v. 1. n. 1, p. 53 a 81, 2016.

⁴² A dignidade humana é tomada como valor estruturante e conectivo da força normativa dos direitos fundamentais, portanto, foi colocado como uma categoria apartada, aqui.

Outro aspecto indispensável é que a atividade probatória deve observar uma condição lógica: **as inferências concatenadas**⁴³. É o encadeamento de provas e de seus conteúdos que dão sustentação firme à pretensão. A “teia” informacional acerca de um fato permite agrupar elementos epistêmicos dele, sendo possível reconhecer suas facetas e desdobramentos. Sob esse ângulo, o encadeamento de provas deve ser uma obstinação do projeto acusatório e o arquétipo sobre o qual a defesa tem que se debruçar, não podendo haver surpresas no curso do processo e, mais grave, a adição de novo elemento à narrativa acusatória, objetivando o encaixe de substratos fáticos e novos padrões inferenciais não revelados anteriormente.

A questão da prova extemporânea, portanto, é central, posto que se evita o rompimento do equilíbrio necessário à equalização do processo entre defesa e acusação. A acumulação do poder persecutório é marcha de autoritarismo, renega o sistema acusatório, com matizes constitucionais apoiados no devido processo legal.

Exemplo categórico é o distanciamento que o juiz deve tomar das partes ao aplicar os filtros epistêmicos à atividade probatória, conferindo, então, dotação constitucional ao processo penal. Deve-se combater o que Geraldo Prado nomeia de “aglomeração quântica do poder⁴⁴”, caracterizadora do projeto autoritário inquisitorial.

O doutrinador também cita exemplos de evolução percebidos nos sistemas jurídicos do *common law*, notadamente, a aplicação de filtros epistêmicos configuradores do chamado *fair trial*. Exemplo é a *Discovery*, que se situa como freio estrutural e material da atividade probatória. Orienta-se a produção de dividendos probatórios, cuja distribuição de erros não fatalize a ampla defesa. Segundo Geraldo Prado a justificação é de que “não há mais espaço para a chamada prova *carried in the dark*, que consistia no conjunto de manobras de uma parte visando ‘surpreender’ a outra e desse modo conquistar uma vantagem estratégica nos debates⁴⁵”.

O objetivo é evitar que a defesa seja surpreendida⁴⁶ e que se faça uso institucional do abuso do poder acusatório, do grande número de equipamentos e

⁴³ TERENSE, Anderson. SCHUM, David, TWINING, William. Análisis de la Prueba. Trad: Flavia Carbonell; Claudio Agüero (coord), at. al. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 147. Grifo nosso.

⁴⁴ PRADO, Geraldo. Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1º ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 50.

⁴⁵ Idem 45, p. 53.

⁴⁶ A referência que se quer fazer é ao princípio da vedação à surpresa.

armas investigatórias e da dominação do conteúdo inquisitorial pelo órgão estatal acusador, o que causaria uma ação disjuntiva, fraturando a racionalidade probatória estruturante do processo, rompendo-se, ainda, o encadeamento racional entre enunciado hipotético deduzido na inicial e o material encetado na instrução do processo.

Geraldo Prado chama atenção para a necessidade de se adotar o Projeto de Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça Penal⁴⁷, que dispõe de mecanismos e materiais de controle de legalidade da persecução penal. Exemplo sobre a necessidade de se garantir um procedimento informado está no Artigo 3º do Projeto⁴⁸, que estabelece diretrizes para realização do processo equânime e coerente.

Ainda mais claro, prescreve o Art. 6º do projeto de normas que o processo se desenvolva sem dilações indevidas. Igualmente, o Art. 14º determina o amplo acesso à defesa de provas e meios de provas de que dispões o juízo e a acusação ou, de que poderão chegar a ter.

As referidas regras são expressões de um movimento de constitucionalização do processo penal e da sua correção de rumos. Geraldo Prado (2014, p. 56) assevera que a Constituição passa a ser um “filtro” capaz de impedir acusações temerárias e abusos, concretizando tutelas protetivas da dignidade humana. Mais contundente: “De realçar, portanto, que a *Discovery* e os *Discovery devices* foram concebidos para permitir à parte contrária o acesso às fontes de provas de que a outra se valeu, isso, entre outras finalidades, com o propósito de avaliar a legalidade desse acesso” (2014, p. 57).

A indispensabilidade da revelação dos meios para obtenção de provas e a informação objetiva acerca de provas colhidas antes da ação penal tornam-se requisitos de validade estrutural da relação jurídica controvertida e, ainda, condição para o regular desenvolvimento do processo penal.

De outro lado, não pode haver admissão de novas provas ou novos meios de obtenção de provas selecionados no curso do expediente forense, garantindo a

⁴⁷ (Penal, 1992)

⁴⁸ Art. 3º: "Cuando los Fiscales estén investidos de facultades discrecionales, se establecerán, en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento".

regular instrumentalização processual, acolhendo-se determinações legais menos lesivas ou onerosas à racionalidade probatória.

Sem embargo, a pretensão acusatória e a prova devem contrair íntima interconexão. De outro lado, não havendo aspecto lógico ou razão metodológica que prove a intersecção entre a prova nova e a pretensão deduzida na inicial acusatória, de se considerar haver uma barreira à fiabilidade e a própria validade da ação penal. A prova nova⁴⁹ acostada ao processo desintegraria a unidade lógica da pretensão e o arrimo da imputação acusatória. A razão é simples, se o enunciado fático que ocasionou o recebimento da ação só é provado mediante prova nova, ou só mediante esta pode ser provado, a denúncia demonstrou sua inviabilidade.

7- A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 231 E 569 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O ultimado que trazemos neste estudo prescreve sua vocação, qual seja, uma resolução prática capaz de albergar todos os conceitos expostos. A tarefa é árdua e exigente, o que implica maior chance de retorno à universalização conceitual, objetivando dar maior consistência à tese.

Pois bem, o processo penal se materializa mediante uma pretensão veiculada por uma narrativa, cujos critérios procedimentais e requisitos para formação válida e regular e o atendimento dos seus pressupostos devem estar presentes. Ainda, se estrutura por meio de uma arquitetura dedicada ao enfrentamento do acervo probatório colimado, disposto a provar o enunciado hipotético deduzido.

O processo, portanto, é uma rede de atos conectados a uma narrativa, racionalizável, por meio da linguística e da semiótica⁵⁰. O aprofundamento destas duas ciências cognitivas é essencial para um controle epistêmico efetivo. Todavia, o tema não será aprofundado aqui, o que poderá ocorrer em outro estudo.

Por hora, afirmamos que a narrativa acusatória é capaz de construir significados, que são motivados ou manipulados por inferências, dentre elas, as

⁴⁹ Exclui-se as provas que não poderiam ser obtidas anteriormente, ou que não era possível obtê-las por questões metodológicas ou inerentes à natureza da prova. Todavia, deve-se analisar se a prova nova guarda conexão causal entre a narrativa acusatória e as provas que haviam integrado, até então, a pretensão acusatória.

⁵⁰ A semiótica inclui-se entre os filtros epistêmicos que convergem para a racionalização do processo. Todavia, o raciocínio não será desenvolvido neste estudo, cujos limites foram delimitados no objeto de estudo. Da mesma forma, não é objeto de estudo a linguística.

textuais. Como qualquer ciência formada a partir da análise de comportamentos humanos, o direito penal regula conceitos aplicáveis às representações mentais de elementos ocorridos na vida empírica. A representação da realidade, sobretudo, é capaz de regular a interação social. Vejamos o que diz o pensador e linguista Ingredore Koch:

Um princípio básico da Ciência Cognitiva é que o homem representa mentalmente o mundo que o cerca de uma maneira específica e que, nessas estruturas da mente, se desenrolam determinados processos de tratamento, que possibilitam atividades cognitivas bastante complexas. Isto porque o conhecimento não consiste apenas em uma coleção estática de conteúdos de experiência, mas também em habilidades para operar sobre tais conteúdos e utilizá-los na interação social (Koch, 2002, p. 37).

Merece destaque o caráter específico do processo, sobretudo, o penal, que não carrega todas as ocorrências do conceito que se firma a partir da pretensão e a oposição ao enunciado absolutório pelo réu. O processo sequer possui a integralidade da ocorrência fática, visto que só detém informações filtradas por recortes inferenciais interessados, trazidos ao processo pelas partes. Não se deve perder de vista que a pena, resultado da imputação penal positiva, decorre de uma sanção *post delictum*.

Outra, o conceito que se forma pelo processo, como vimos, deve ser sistematizado, crivado por controles estruturais e materiais, dotados de atributos da racionalização científica e epistêmica.

A justificação da sentença que expressa o convencimento racional do juiz é resultado da clivagem da narrativa acusatória, após perquirição da conduta deduzida, por meio de provas, e a posterior valoração destas, cuja ordem se dá em atos processuais predefinidos e prenunciados às partes, sempre em marcha progressiva.

Esse é o ponto que finda a concatenação argumentativa. O processo é uma marcha sistematizada e hierarquizada, regida por obrigações oriundas da racionalização, que não permite distorções e adulterações perniciosas. Há um vínculo⁵¹ forte e indestrutível entre a pretensão penal deduzida e a resposta

⁵¹ Cabe alertar que o estudo não objetiva discorrer sobre o objeto do processo e o interesse de ver afirmado o direito material deduzido. Todavia, admitiremos como identidade acusatória a reunião da pretensão acusatória, a causa de pedir e o pedido, atrelados às circunstâncias correspondentes ao injusto penal.

jurisdicional⁵², perante a qual a inobservância ocasiona lesão ao princípio do contraditório, condição de validade do processo, notadamente, o penal.

Todavia, o ordenamento nacional, Decreto-Lei n. 3.689/94 – Código de Processo Penal (CPP) - traz uma hipótese distinta, a qual permite o ingresso de documentos em “**qualquer fase do processo**”. O enunciado normativo está no Artigo 231⁵³ do CPP. Ora, obviamente, trata-se de total liberalidade capaz de distorcer todo o processo e desestabilizar a finalidade perquirida. Notadamente, é critério objetivo de racionalização, como vimos nos tópicos 5 e 6 deste estudo, a definição e o seguimento de momentos próprios para desenvolvimento da atividade probatória e da proibição de prova extemporânea, sob pena de haver o emudecimento e inatividade do controle epistêmico.

Sem embargo, a possibilidade de modificar a identidade do processo a “qualquer momento” permite oscilar o múnus da acusação e abater as responsabilidades estatais inerentes à *persecutio criminis*. Precisamente, o Artigo 231 do diploma regente é um convite à “aglomeração quântica do poder” (PRADO, 2014, p. 50) pelo estado acusador e provoca o desequilíbrio funcional do processo acusatório. Nada mais autoritário que incentivar o órgão acusador a agir com deslealdade, estratégia que fomentaria atos surpresas⁵⁴. Por arrastamento, ainda mais impróprio, o Artigo 234⁵⁵ do Código de Processo Penal faculta ao juiz a ação disruptiva da racionalização do processo.

Todavia, cabe relembrar, conforme defendido anteriormente, que poderá a defesa fazer o uso do expediente “a qualquer momento”, uma vez que o processo é estruturado e deve conter reforços estruturais com fins à defesa da presunção da inocência, que está textualmente descrita no Artigo 5, inciso LVII da Constituição Federal. A permissão busca garantir a distribuição de erros de forma equilibrada e equânime.

⁵² Trata-se do princípio da correlação, que incide no processo para fazer vincular, necessariamente, o fato imputado e os elementos condutores da sentença (BADARO, 2013, p. 99).

⁵³ Art. 231, CPP: “Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em **qualquer fase do processo**” (grifo nosso).

⁵⁴ Conforme consignado no tópico 6, são admissíveis no processo as provas novas que não poderiam, no tempo da denúncia, serem produzidas. A impossibilidade deve derivar, obrigatoriamente, da natureza da prova. Sem embargos, provas consideradas ilícitas não podem ser validadas na mesma relação processual, caso haja alteração legislativa que denote prejuízo ao réu.

⁵⁵ Art. 234, CPP: “Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível”.

A inconstitucionalidade do Artigo 231 do CPP, por outra ordem, se configura por desentrelaçar a legitimidade intrajurídica que dá suporte à dignidade humana no processo penal. De outro lado, o plano jurídico em que se situa a inconstitucionalidade não pode ser desmantelado pela justificativa – que já se refutou no tópico 1 – da busca pela verdade como fim único do processo.

Ferrajoli⁵⁶ distribui a questão ao considerar a invalidade material de normas que violam princípios constitucionais, os seus significados ou conteúdos normativos. Precisamente, a permissão de encartar no processo, extemporaneamente, provas novas viola a tutela protetiva do âmbito de proteção de direitos fundamentais. Nesse ponto, resta estabelecer, de acordo com Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (apud Gilmar Mendes, 2014, p. 193), que “a definição de âmbito de proteção de certo direito depende de interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições Constitucionais”.

Outro ponto, a demarcação conceitual imprecisa do termo “qualquer tempo” atrai outra invocação de inconstitucionalidade. Ora, o enunciado penal indeterminado deve ser considerado inconstitucional, devido à coligação necessária com a linhagem de jurisdição penal constitucional⁵⁷. Conforme aduz José Carlos Porciúncula:

A cerca da imprecisão do enunciado, a experiência internacional é rica. No ano de 1876, no emblemático caso *United States v. Reese*, a Suprema Corte Americana definiu que as normas penais não devem ser enunciadas em linguagem excessivamente indeterminada. Cada receptor do comando proibitivo deve interpretar com segurança e facilidade o conteúdo normativo. Mais tarde, consolidou (1972) a consagrada teoria da *void for vagueness doctrine* (nulidade por vagueza). No mesmo sentido, a Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*), no ano de 1976, declarou que o alcance e âmbito de aplicação dos enunciados penais sejam claramente conhecidos mediante simples interpretação. A Corte Constitucional Italiana, da mesma forma, em 1981, definiu que o legislador tem a obrigação de formular normas precisas⁵⁸.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli ; prefácio da 1. Ed italiana, Norberto Bobbio. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 330

⁵⁷ Adotam esse critério: Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2^a ed., Berlin/New York, 1993, § 4/25; Eser in Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 1/20. Na doutrina italiana, Mantovani, *Diritto Penale*, pág. 64, sustenta o seguinte: “(...) la funzione garantista del principio di legalità, realisticamente inteso, consiste non nell’eliminare il soggettivismo ineliminabile, né nel realizzare la certezza assoluta, ma soltanto la maggior certezza possibile”.

⁵⁸ PORCIÚNCULA, José Carlos. Reflexão crítica: obstrução de investigação de organização criminosa, 2017. Disponível em: <https://jota.info/especiais/reflexao-critica-obstrucao-de-investigacao-de-organizacao-criminosa-03102016>. Acesso em: 2017 out. 30.

Da mesma forma e sob os mesmos argumentos, deve-se reconhecer a inconstitucionalidade do Artigo 569⁵⁹ do Código de Processo Penal. O enunciado normativo, dessa vez, carrega maior dotação ilegal. Sob interesse de evitar a consignação de nulidades, o código ofereceu uma saída em total contraste com o sistema penal constitucional. Ora, nem há de se falar de comprometimento sistêmico do referido dispositivo com o ordenamento regente. O Artigo 402⁶⁰ do CPP estabelece um limite espacial cristalino à atividade probatória, mesmo que distendido⁶¹.

Nada obstante, a supressão de omissões pressupõe ter havido falha pretérita na montagem do caderno acusatório, o que traduz completa inconsistência e proeminente restrição aos direitos fundamentais da presunção de inocência, ampla defesa e do contraditório.

8- CONCLUSÃO

O controle interventivo no processo deve consolidar a procedimentalidade racional, instituindo comandos normativos sistematizados e lógicos, cujo desprendimento coloca em risco a segurança e a validade jurídica do processo penal.

A tese defendida é de que a racionalização metodológica é suporte indispensável para o desenvolvimento válido e regular do processo, sendo responsável por sincronizar as garantias e liberdades constitucionais inseridas no âmbito normativo dos direitos fundamentais, havendo a necessidade de se considerar que o momento probatório constitui ferramenta de controle epistêmico da prova, cujo interesse máximo é a integridade do processo e proteção dos dados informacionais colacionados na pretensão acusatória. Portanto, a racionalização da

⁵⁹ Art. 569, CPP: "As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final" (grifo nosso).

⁶⁰ Art. 402, CPP: "Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução".

⁶¹ Depreende-se da lógica formal e estrutural do processo que as diligências aduzidas no Art. 402 do CPP devem ser vinculadas às provas já encadernadas no processo. Não deve haver prova nova, o que obrigaria a reabertura de toda a instrução, oportunizando ao réu, novamente, um juízo absolutório sumário, caso sejam atendidos os requisitos legais.

atividade probatória envida esforços contra as provas surpresas e o abuso condenatório.

A conclusão é de que o alcance da verdade não detém a regência absoluta da atividade probatória, havendo a necessidade de se instituir comandos normativos ancorados no dever de observância à presunção de inocência, que incrementam filtros epistêmicos e redigem parâmetros objetivos à fiabilidade probatória.

O que defendemos é que a atividade probatória não deve se desconectar do sistema jurídico constitucional, o que desestabilizaria a relação jurídica e, por conseguinte, inviabilizaria o contraditório e ampla defesa no processo penal. O desconcerto na arquitetura processual, sobretudo, na colheita e na valoração da prova, obviamente, reduz a escala de segurança epistêmica e metodológica.

De outro lado, ao consignar a possibilidade de remendo extemporâneo na pretensão acusatória - a qualquer tempo -, sedimenta-se o desvirtuamento do processo penal, o que contradiz a sistemática Constitucional do processo acusatório. Todavia, apesar do forte argumento dogmático, o Código de Processo Penal faculta a supressão de lacunas probatórias à acusação, o que ocorre nos Artigos 231 e 569. Os dois dispositivos ilustram o retrocesso e a curva punitiva que delinea o processo penal inquisitório – baseado no exercício autoritário do poder persecutório -, o que se afasta do compromisso assumido em direção à concretização da força normativa constitucional e o garantimos penal.

Por assim dizer, e com notas finais, os Artigos 231 e 569 do Código de Processo Penal sabotam o controle epistêmico da prova e desestruturam o âmbito normativo de proteção às garantias e liberdades do réu, prescrevendo uma permissão inconstitucional, rompendo a marcha, ininterrupta, que se deve assumir para estabelecimento de tutelas prospectivas da dignidade humana. Em síntese, denotam o ranço autoritário do nosso sistema procedural.

9- REFERÊNCIAS

AMADO, Juan Antonio García; BONORINO, Pablo Raúl (Coords). Prueba y razionamiento probatorio en Derecho: debates sobre abdicación. Granada: Comares, 2014.

- AMBOS, Kai. Ensaios de Direito Penal e Processual Penal / Kai Ambos; tradução Alexey Choi Caruncho... [et alii]. 1º Ed. São Paulo: Marcial Pons; Centro de Estudos de Direito Penal Latino-Americanano no Instituto de Ciências Criminas da Georg-August- Universität Göttingen, 2016.
- BADARO, Gustavo H. R. I. Correlação entre acusação e sentença. 3º ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- BELTRAN, Jordi Ferrer. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BOCKELMANN, Paul. Direito Penal: parte geral /Paul Bockelmann; Klaus Volk ; tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes ; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 4º Edição. Tradução do Alemão, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* de Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli ; prefácio da 1. Ed italiana, Norberto Bobbio. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FRISH, Wolfgang. Libre Valoración de la prueba y estándar probatório. Fundamentos históricos y de teoria del conocimiento. Rev. Desarrollos actuales de las ciências criminales en Alemania: Segunda y Tercera Escuela de Verano en ciências criminales y dogmáticas penal alemana ; Editores: Kai Ambos, Maria Laura Böhm; John Zuluaga.. CEDPAL. Göttingen, v. 1. n. 1, p. 53 a 81, 2016.
- HUSSERL, Edmund. Investigações lógicas: prolegômenos à lógica pura. Vol. 1 / Edmund Husserl; tradução Diogo Ferrer. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- KANT, Immanuel. Manual dos cursos de Lógica Geral / Immanuel Kant; tradução: Fausto Castilho. 3º ed. Campinas: Editora Unicamp, 2014.
- KOCH, I. V. Desvendando os segredos do texto. São Paulo: Cortez, 2002.
- LAGIER, Daniel González. Quaesti Facti: Ensayos sobre prueba, causalidade y acción. Palestra Editores: Bogotá, 2005.
- LAUDAN, Larry. Verdad, error y processo penal: un ensayo sobre epistemología jurídica / trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonçalves Branco. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saravia, 2014.

Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional / Daniela Karine de Araújo Costa... [et al.]; coordenação Nestor Eduardo Araruna Santiago. 1º ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

POPPER, Karl Raimund Sir. *A lógica da Pesquisa Científica* / Karl Popper ; trad. Leonidas Hegenberg, Octávio Silveira da Mota. 2. Ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

PRADO, Geraldo. Et. al. *Prova Penal: Estado Democrático de Direito. Empório do Direito*: Porto Alegre, 2015.

----- Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1º ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014

ROXIN, Claus. *Política Criminal e sistema jurídico-penal* / Claus Roxin; tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTIAGO. Mir Puig. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*/ Mir Puig Santiago; tradução Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SEARLE, John R. *Intencionalidade* / John R. Searle ; tradução Julio Fisher, Tomás Rosa Bueno : revisão técnica Ana Cecília G. A. de Camargo, Viviane Veras Costa Pinto. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002

TERENSE, Anderson. SCHUM, David, TWINING, William. *Análisis de la Prueba*. Trad: Flavia Carbonell; Claudio Agüero (coord), at. al. Madrid: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. *A Prova/Michele Taruffo*; tradução João Gabriel Couto. 1º Edição. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Prova Penal*. In: PRADO, Geraldo; SILVEIRA, Edson Damas da; GIACOMOLLI, Nereu José. *Estado Democrático de Direito. Empório do Direito*, 2015. p. 125-148.