

A PONDERAÇÃO ENTRE A BUSCA DA VERDADE E OS ELEMENTOS PROBATÓRIOS DISPONÍVEIS AOS JURADOS NO JÚRI

NESTOR NÉRTON FERNANDES TÁVORA NETO¹

AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a busca da verdade – à luz da tradição racionalista da prova como marco teórico – no âmbito do Tribunal do Júri, a partir dos elementos probatórios disponíveis aos jurados. A partir da revisão bibliográfica, foi possível concluir que a exclusão do conjunto de elementos de juízo disponíveis consiste no único método capaz de garantir que a decisão proferida pelo conselho de sentença não restará influenciada por provas carentes de confiabilidade. Portanto, irremediável aumentar o grau de suficiência dos elementos probatórios disponíveis aos jurados no plenário. Garantir o *in dubio pro reo* no Tribunal do Júri significa elevar o *standard* de provas apresentadas em plenário.

Palavras-Chave: Tribunal do Júri. Prova Penal. Íntima Convicção.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the search for truth – in light of the rationalist tradition of evidence as a theoretical framework – within the Jury Court, based on the evidentiary elements available to jurors. From the literature review, it was possible to conclude that the exclusion of the set of available judgment elements is the only method capable of guaranteeing that the decision

¹ Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Direito Público (UFBA). Conselheiro Editorial da Editora Juspodivm. Ex Defensor Público. Advogado criminalista. Professor de Direito Processual Penal.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (1997). Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais - Faculdade de Direito de Vitória (2004) e doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais - Faculdade de Direito de Vitória (2014). Atualmente é Professor titular do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da - Faculdades de Vitória e Professor da graduação da FDV/ES. Atuando principalmente nos seguintes temas: processo penal, direito constitucional, direito penal, princípios constitucionais processo penal. Epistemologia judicial. Ex-Promotor de Justiça/ MA aprovado em 1º lugar, Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Foi Juiz auxiliar no STJ 2020/2021. Juiz Federal Titular da 2ª Vara Federal Criminal em Vitoria /ES aprovado em 1º lugar no 8º concurso do TRF da 2ª região.

made by the sentencing council will not be influenced by unreliable evidence. Therefore, it is irremediable to increase the degree of sufficiency of the evidence available to jurors in the plenary. Guaranteeing *in dubio pro reo* in the Jury Court means raising the standard of evidence presented in plenary.

Keywords: Jury Court. Criminal Evidence. Intimate Conviction

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri, que tem como preceito o julgamento por pessoas que formam a comunidade a qual pertence o acusado, foi instituído no Brasil ainda em 1822, a partir de previsão legal, voltado ao julgamento das infrações praticadas pela imprensa (Martins Filho, 1999). Em 1824, o Tribunal Popular ganhou respaldo constitucional, estipulado nos artigos 151 e 152 da Constituição Política do Império, orientado pelo combate à corrupção da magistratura e pela proteção contra a interferência indevida do governo (Ferreira, 2010).

Contemporaneamente, o Tribunal Popular está previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas “a” e “b”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Como cláusula pétrea, o Júri não pode ser excluído do ordenamento jurídico brasileiro (Pereira e Silva; Avelar, 2022) e é regido pelo princípio da plenitude de defesa, “cuja carga epistemológica tem estrutura proporcionalmente muito maior do que o contido no princípio da ‘amplitude’ de defesa, o qual é aplicável nos demais processos criminais” (Garcete, 2021, p. 226).

De acordo com Nereu José Giacomolli (2016), a potencialidade semântica e jurídica da terminologia adotada pelo constituinte de plena defesa é superior à ampla defesa. No entanto, para corroborar os avanços civilizatórios que asseguram a todo acusado um processo justo e devido (Schietti, 1999), torna-se necessário o aperfeiçoamento do Tribunal do Júri.

Nessa perspectiva, imprescindível analisar o seguinte questionamento: de que forma a elevação do grau de fiabilidade dos elementos probatórios disponíveis em Plenário do Júri pode ser suficiente para alcançar o *standard* probatório que respeite o *in dubio pro reo*?

Pretendendo alcançar tal objetivo, é medida que se impõe analisar: a) a admissibilidade de elementos probatórios disponíveis no plenário do júri; b) a suscetibilidade no convencimento dos jurados por provas eivadas de falibilidade; e, c) o risco de falsos positivos condenatórios, a partir de um lastro probatório frágil e não epistemicamente confiável.

Levando em consideração o princípio da íntima convicção dos jurados, em conjunto com a ausência de motivação da decisão sobre os fatos, a presente pesquisa

realizará, a partir de revisão bibliográfica por metodologia dogmática, uma averiguação acerca da ponderação entre a busca da verdade e os elementos probatórios disponíveis aos jurados no Júri, no intuito de verificar se o cumprimento ao *in dubio pro reo* ocorre com a elevação do grau de fiabilidade dos elementos probatórios disponíveis em plenário.

Sistematicamente, o artigo está dividido em três capítulos. No primeiro, será realizada uma sucinta análise sobre a ambição da verdade no processo penal e a justificação da escolha do marco teórico correspondente. Na sequência, o segundo capítulo abordará o julgamento sobre as hipóteses fáticas em conflito quando realizado por jurados, a partir do sistema da íntima convicção. Por fim, no terceiro capítulo, pretende-se discorrer sobre a necessidade ou não de um filtro de admissibilidade de elementos probatórios disponíveis em plenário do Tribunal do Júri.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A AMBIÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

A temática sobre a busca pela verdade no processo penal gera um debate longínquo e fervoroso entre os pesquisadores das ciências criminais. Há uma verdadeira controvérsia sobre a busca da verdade e seu conceito no que concerne ao processo penal.

Historicamente, a perquirição foi caracterizada pela tendência de sua produção mediante práticas persecutórias e é historicamente vinculada à regimes autoritários, ditatoriais e totalitários (Khaled Jr., 2013). Como apogeu da ambição de verdade, o sistema inquisitório surgiu entre os séculos XII e XIII na Europa medieval, com caráter religioso, em nome de Deus e sob o argumento de proteção aos inocentes, com manutenção do sistema de poder (Coutinho, 2001).

A verdade absoluta como pauta da lógica inquisitorial (Lopes Jr., 2009), retirou o juiz do espectador impassível e o transformou em protagonista do processo. Desse modo, a centralidade da posição do juiz no procedimento e a possibilidade dele produzir provas de ofício demonstra um traço da feição inquisitorial do processo penal brasileiro (Prado, 2014).

O Código de Processo Penal de 1941, inspirado pelo Código Rocco (Código de Processo Penal italiano de 1930), possui a estrutura básica de um processualismo

autoritário apoiado no mito da verdade real (Prado, 2014). Assim, “a tarefa de introduzir as provas no processo penal deixava de ser uma faculdade ‘exclusiva’ das partes, passando a ser um desiderato judicial” (Gloeckner, 2018, p. 416), sendo “o *in dubio pro reo* sacrificado por esta compreensão de processo penal, já que o dever de esgotar os meios e fontes de prova impulsionaria o magistrado a evitar a absolvição baseada em tal critério” (Gloeckner, 2018, p. 417).

Em 2008, a Lei n.º 11.690 trouxe nova roupagem ao art. 156 do CPP, permitindo a iniciativa probatória do magistrado na fase processual, bem como na investigação. Na primeira, o protagonismo é justificado para dirimir dúvida sobre ponto relevante, por força da vedação ao “non liquet”. Já no inquérito, a iniciativa abrangeria as provas consideradas urgentes e relevantes, orientada pela necessidade, adequação e proporcionalidade.

O art. 3º-A do CPP, inserido pela Lei n.º 13.964/2019, contrapondo-se à histórica confusão funcional, delimitou ainda mais a matéria, conferindo um ponto final ao atuar *ex officio* na investigação, bem como a substituição pelo juiz da iniciativa probatória do acusador (*rectius*, das partes), ganhando contornos de definitividade no julgamento das ADI’s 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, resguardando a iniciativa do magistrado para “determinar a realização de diligências suplementares para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito”.

A concepção de verdade (material, real, substancial), pautou o substrato ideológico orientador da doutrina e jurisprudência majoritária do Brasil e vinculou o debate jurídico sobre prova e verdade (Prado, 2014).

Contemporaneamente, é possível distinguir, basicamente, duas linhas intelectivas sobre o tema, sendo elas: a) a impossibilidade de busca pela verdade no processo penal democrático no Estado de Direito; e b) a necessidade de o processo penal estabelecer um compromisso com a verdade, a partir de construções racionalistas.

Na primeira vertente, compreende-se que a manutenção de uma busca da verdade compromete a “conformidade constitucional e convencional do devido processo penal” (Gloeckner; Khaled Jr.; Divan, 2023, p. 76). Para Salah H. Khaled Jr. (2013), em que pese a aparente e superficial diferença, a ideologia de busca da verdade relegitima a ambição de verdade inquisitorial e conforma uma

processualística penal do inimigo, em sobreposição ao processo penal democrático e fundado na presunção de inocência. Tornando, assim, manifestamente contrário ao sistema acusatório delineado pela Constituição da República Federativa de 1988.

Nessa mesma linha intelectual, Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa (2014) compreendem que a verdade é produzida como mero artefato narrativo, sendo este a exteriorização textual da convicção do juiz, mas sustentada em rastros do passado.

Afinal, o problema precípua da verdade compreende a “desproporcionalidade do seu lugar canônico e não com a utilidade das competências que ela assegura” (Martins, 2012, p. 77), haja vista que incapazes de conhecer a verdade histórica, “a certeza de hoje é normalmente o erro de amanhã e que, então, seria mais correto exprimir-se em termos de probabilidade e de verdades provisórias” (Giostra, 2021, p. 33).

Essa corrente assenta que não há um decote da concepção de verdade, mas apenas seu afastamento da posição de centralidade (Gloeckner; Khaled Jr.; Divan, 2023). Ou seja, em contraposição à ambição de verdade, a verdade deixa de ocupar seu lugar canônico e hegemônico no processo penal e passa a compor, tão somente, um dos diversos elementos integrantes da sistemática (Cunha Martins, 2010).

Cumprido frisar que essa verdade não se confunde com a verdade real. O presente debate ultrapassa a dissonância entre as matrizes autoritárias e inquisitoriais manifestadas no princípio da verdade real, material ou substancial (Gloeckner; Khaled Jr.; Divan, 2023).

Por outro lado, nas últimas décadas, surgiu no discurso jurídico a retomada da defesa da busca da verdade no processo a partir de uma nova perspectiva de verdade, lastreada pela aproximação do direito probatório com a epistemologia. Essa vertente foi iniciada por Michele Taruffo (1992), na sua obra *La Prova dei Fatti*, e salienta a pouca atenção às questões epistêmicas da prova judicial.

Como um dos maiores nomes no Brasil sobre essa temática, Gustavo Henrique Badaró (2021, p. 672) assevera que a verdade “é condição para uma decisão justa [...]”. Porém, o fato de uma verdade não poder ser conhecida com certeza ‘absoluta’ não deve levar à conclusão que o conceito de verdade deve ser relativizado”. Nessa

linha, o autor defende que a busca processual pela verdade não deve ser meramente subjetiva, limitada pelo mero convencimento pessoal do julgador, decorrente de sua persuasão, a despeito dos elementos probatórios admitidos nos autos.

Desse modo, essa corrente adota a concepção de verdade como correspondência (Fernandes, 2019), especialmente a concepção semântica proposta por Alfred Tarski (1960). Para Marina Gascón Abellán (2023, p. 107), o conceito de verdade por correspondência é o que mais se adequa ao procedimento judicial.

Muito embora seja reconhecida a necessidade de retirar a verdade do trono em que reinava de modo absoluto no processo penal, isso não significará desterrá-la (Badaró, 2018). Isso porque, mesmo que a verdade não possua papel de centralidade no processo penal ela, ainda assim, exerce um papel importante no processo em um plano secundário (Badaró, 2018).

Defendendo a verdade processual como aproximativa, Ferrajoli (2006) discorre que ela “não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa”. A busca da verdade compreende um objetivo institucional da atividade probatória no processo penal, tendo a verdade como correspondência o conceito mais adequado (Ferrer-Beltrán, 2022).

Malgrado afirmem que a verdade como correspondência “não é só um elemento importante para o processo, mas é, inclusive, o próprio fim do procedimento probatório” (Ramos, 2022, p. 33), aqui, a verdade é importante, porém, “não é a única fonte legitimadora do processo penal” (Salgado, 2023, p. 42). “Buscar a verdade, portanto, [...] não implica de forma alguma buscar a verdade sem limites, e nem adotar vertentes autoritárias. Significa simplesmente afirmar que o processo deve estar aparelhado o máximo possível para, dentro das regras do jogo, acertar o máximo possível” (Ramos, 2022, p. 45).

Em um modelo cognitivista, a concepção de verdade é de correspondência à realidade, mas “não a de aceitação justificada, nem a da coerência do conjunto de enunciados” (Abellán, 2023, p. 117).

Em resposta à essa corrente, especialmente às contribuições de Ferrajoli e Taruffo, Salah H. Khaled Jr. (2013) afirma que, presos aos limites discursivos da

verdade correspondente, essa concepção é inapropriada para definir a perspectiva de verdade no processo penal. Para ele, o “argumento da verdade correspondente relativa permanece sendo utilizado para sustentar a busca da verdade pelo juiz, conformando um inaceitável ativismo judicial, que rompe com a estrutura acusatória do devido processo legal” (Khaled Jr., 2013, p. 02).

Com isso, Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa (2014) defendem que o regime adequado ao Processo Penal é o da analogia e não o da correspondência. Não apenas por razões político-criminais, mas também pelo fato de que tal ambição não compreende a “complexa fenomenologia do processo penal” (Gloeckner; Khaled Jr.; Divan, 2023, p. 77), bem como não resulta em uma significativa quebra paradigmática com os parâmetros autoritários (Khaled Jr., 2021).

Portanto, essa vertente compreende que “o conceito de verdade por correspondência é imprestável e danoso para o processo penal” (Gloeckner; Khaled Jr.; Divan, 2023, p. 77).

No entanto, considerando que o intuito da presente pesquisa é tratar sobre a busca da verdade no âmbito do Tribunal do Júri, a partir dos elementos probatórios disponíveis aos jurados, considerar-se-á a concepção cognitivista da prova, a qual compreende que a prova consiste em um exercício voltado a apurar a verdade sobre os fatos controvertidos, sendo um instrumento de conhecimento (Abellán, 2022). Todavia, ainda assim reconhecendo que tal conhecimento é frágil e “cujos resultados são meramente prováveis” (Abellán, 2022, p. 19).

Portanto, o marco teórico escolhido para a presente pesquisa foi o da tradição racionalista da prova, no intuito de fornecer respaldo teórico suficiente para debruçar sobre a “irracionalidade ínsita ao sistema de valoração probatória da íntima convicção” (Malan, 2019, p. 09).

3 DECISÃO SOBRE OS FATOS POR JURADOS PAUTADA NA ÍNTIMA CONVICÇÃO

Uma decisão que não corresponde ao que efetivamente ocorreu é injusta (Taruffo, 2002). A corrente em consonância com o racionalismo probatório compreende a imprescindibilidade de “estabelecer de forma objetiva quando um

conjunto de provas é suficiente, independente da crença de um ou de outro juiz” (Ramos, 2022, p. 47).

O sistema do livre convencimento motivado foi uma forma de limitação do poder do julgador (Machado *et al.*, 2020), mas “não pode funcionar como autorização a ‘certezas íntimas’ em favor das quais o juiz não consegue oferecer justificção” (Nardelli; Matida; Herdy, 2020, s.p.). Nele, a valoração probatória deve suceder com lógica e racionalidade, a partir da confrontação entre os elementos de prova e experiência (Badaró, 2015), e não “decidir segundo intuições ou mesmo os seus aparatos sensoriais” (Gloeckner, 2018, p. 410).

A valoração probatória, portanto, não deve ocorrer de forma enigmática, impassível de controle (Nardelli, 2017). Consoante Marcela Mascarenhas Nardelli (2017), a análise da decisão judicial é essencial para compreender os motivos e fundamentos judiciais.

No entanto, não há fundamentação das decisões proferidas por jurados e sua consequente explicitação dos motivos determinantes do veredicto (Nardelli, 2017). Isso porque, a deliberação dos jurados está pautada na íntima convicção, nos termos do artigo 472 do Código de Processo Penal, excepcionando a previsão constitucional da necessidade de motivação das decisões, insculpida no artigo 93, inciso IX, da Constitucional Federal.

Essa motivação, segundo Marina Gascón Abellán (2023, p. 348), exige três coisas: a) deve “expor e justificar o enunciado probatório singular do qual essa parte”; b) deve “expor e justificar a regra universal da qual se parte” (ciência ou norma jurídica); e c) deve “mostrar que o enunciado probatório singular constitui uma instancia particular do antecedente da regra universal e que o raciocínio seguido é uma inferência dedutiva”.

Quando do julgamento em conformidade com o convencimento pessoal (Machado *et al.*, 2020), inexistem limites para a formação da persuasão dos jurados. Ela pode decorrer do próprio acervo probatório disponível no processo, bem como dos demais elementos oriundos do seu próprio conhecimento privado (Badaró, 2015). Diante de sua composição por pessoas leigas, a vinculação à lei ou à prova é meramente prescindível e a formalização da vontade democrática decorre tão somente do alcance da maioria simples dos votos dos jurados.

Malgrado o princípio do sigilo das votações constitucionalmente estabelecido dificulte a introdução de justificação decisional, para Lenio Luiz Streck (2001), o Estado Democrático de Direito não é compatível com julgamentos carentes de uma devida fundamentação. Inclusive, na concepção do autor, tal temática é o “‘calcanhar de Aquiles’ do Tribunal do Júri, no confronto com o garantismo jurídico” (Streck, 2001, p. 173). Noutro giro, Paulo Rangel (2007) assenta que tal sistemática é inconstitucional.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2010) compreende que a existência da fundamentação consiste em uma condição fundamental para a validade de todo e qualquer pronunciamento jurisdicional e, assim sendo, a manutenção do Estado Democrático de Direito – garantista e secularizado – deriva da devida justificação e fundamentação dos seus julgamentos (Nardelli, 2017).

Afinal, “é importante estabelecer como premissa que a circunstância de se confiar a decisão sobre os fatos em cidadãos sem formação jurídica não leva a que se tenha de assumir um juízo subjetivo e alheio a qualquer controle ou justificação” (Nardelli, 2021, s. p.). Para Marcella Mascarenhas Nardelli (2017), o Tribunal do Júri não tem salvo-conduto capaz de ignorar o conjunto de garantias que compõem a ideia de um processo justo.

Consoante Aury Lopes Jr. (2009), a íntima convicção, despida de qualquer fundamentação, possibilita a formação de uma teratologia jurídica, visto que a possibilidade de os jurados julgarem de forma diametralmente oposta às provas contidas nos autos constitui verdadeiro retrocesso ao direito penal do autor.

Nessa perspectiva, Flávio Mirza (2019, p. 12) assenta que “os jurados não podem julgar por íntima convicção, de acordo com suas consciências, sem qualquer motivação”. Ademais, a obrigatoriedade de motivação das decisões não ofende o sigilo do conteúdo do voto dos jurados (Choukr, 2019). Além da fundamentação pelos jurados ser factível, tal como aponta Giacomolli (2016) sobre as razões de condenar ou absolver, quando do depósito da resposta na urna de votação, de forma objetiva, há, ainda assim, a manutenção inalterada do princípio constitucional do sigilo de votações.

Em acréscimo, cumpre salientar a ausência de previsão constitucional no sentido de vincular o conselho de sentença ao sistema de íntima convicção. Em

verdade, houve uma construção histórica com previsão infraconstitucional em desconformidade com o conjunto de garantias processuais penais vigentes (Nardelli, 2017).

Considerando que os jurados não são obrigados a justificar suas razões de decidir (Badaró, 2021), revelando ausente a necessidade de discorrer sobre o “porquê” do voto e do “porquê” do não acolhimento da outra hipótese fática em conflito (Ferrer-Beltrán, 2022), consolidou-se o entendimento de que a íntima convicção dispensa a necessidade de julgamento com respaldo nas provas dos autos.

Nessa concepção, há uma convergência com o direito penal do autor, conferindo poder para que os jurados não julguem um crime, e sim um criminoso (Badaró, 2021). Esse juízo de valor passível de ser realizado pelo jurado em relação ao acusado é imensurável, podendo versar sobre a cor, orientação sexual, religião, classe social, fisionomia, bem como a sua mera postura durante ou antes do julgamento (Lopes Jr., 2020).

Fundada no convencimento meramente subjetivo do jurado, a plena liberdade de valoração probatória transmuta o processo intelectual em uma laboração particular de cada julgador, sendo incontrolável por outro sujeito (Badaró, 2021, p. 675). Em tais circunstâncias, a arbitrariedade judicial passa a ser permitida.

A análise da legitimidade de determinado veredicto somente é possível a partir da sua motivação, permitindo a verificação da racionalidade ou não da decisão (Nardelli, 2017). Para parte da doutrina, a necessidade da “existência de alguma prova que sustente a decisão é um limite ‘lógico-racional’ à íntima convicção”, ante a decisão dos jurados não estar livre de qualquer controle (Machado *et al.*, 2020, p. 12).

Contudo, a interpretação comumente dada à possibilidade de apelação contra o mérito da decisão dos jurados cabível quando manifestamente contrária à prova dos autos (artigo 593, inciso III, alínea ‘d’, do Código de Processo Penal), é no sentido de que, se o caderno probatório disponível em plenário der suporte para duas versões distintas sobre os fatos (condenatória ou absolutória), os julgadores podem optar por qualquer uma delas.

Com isso, o “juízo de convicção não é livre de qualquer controle diante da possibilidade de anulação da alínea d” (Machado *et al.*, 2020, p. 13). Todavia, ainda

assim, a condição jurisprudencial transformou tal cabimento em uma inequívoca violação ao princípio do *in dubio pro reo* (Badaró, 2021). Afinal, “a incerteza se resolve em favor da presunção de inocência, pois a única certeza que se exige do processo é que afeta aos pressupostos da condenação, e não aos da absolvição” (Ferrajoli, 1997).

Contudo, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 178.856/RJ, o Supremo Tribunal Federal (2020) firmou o entendimento de que “o sistema de íntima convicção dos jurados não se submete ao acervo probatório produzido ao longo do processo penal de conhecimento, inclusive à prova testemunhal realizada perante o próprio plenário do júri”. A única possibilidade de coerência dessa compreensão advém do princípio da plenitude de defesa, tendo em vista que parte da possibilidade de absolver o acusado com base em razões de índole eminentemente subjetiva ou de natureza destacadamente metajurídica, tal como o juízo de clemência.

Sobre essa questão, Marcella Mascarenhas Nardelli (2017, p. 225) defende que a garantia de motivação assegura maior efetividade à plenitude de defesa, uma vez que um dos pressupostos para a defesa plena é a transparência e a previsibilidade das decisões, especialmente diante da expectativa de pugnar por sua reforma.

Por consequência, esse entendimento firmado pela Corte Suprema não pode ser válido para casos condenatórios, com respaldo na soberania dos veredictos. Vale ressaltar a posição construída por Geraldo Prado (2010) no sentido da inadmissibilidade de interposição recursal de mérito pelo órgão da acusação.

Posto isso, em face da ausência de exigência de motivação da decisão sobre os fatos, a única forma de assegurar que a decisão proferida por jurados é imune à influência de provas pouco ou nada confiáveis é por meio da exclusão do conjunto de elementos de juízo disponíveis (Ferrer-Beltrán, 2022).

Como veremos a seguir, as provas excluídas do caderno probatório consistem em provas consideradas de baixo valor epistêmico, em virtude da possibilidade maléfica de ser conferido um valor maior do que realmente possua.

4 FILTRO DE ADMISSIBILIDADE DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS DISPONÍVEIS EM PLENÁRIO

As provas levadas ao plenário do Tribunal do Júri devem compreender apenas aquelas admitidas no processo. Desse modo, não se pode levar em conta, por parte do órgão que decide, inclusive os jurados no Plenário Popular, informações ou elementos de juízo de que disponha privadamente (Ferrer-Beltrán, 2022, p. 62). Para Jordi Ferrer-Beltrán (2022, p. 62-63) a formação do conjunto de elementos de juízo ou de provas, isto é, o filtro de admissibilidade, é a chave da especificidade da prova jurídica.

Para Janaina Matida, Marcella Mascarenhas Nardelli e Rachel Herdy (2020), a filtragem epistêmica é indispensável para o tratamento jurídico probatório, visando adequar o procedimento probatório aos parâmetros da epistemologia jurídica. “‘Filtragem’, pois é preciso separar, não deixar passar, purificar; e ‘epistêmica’, porque essa filtragem deve ser capaz de ajustar a prova no contexto jurídico à realidade extrajurídica dos fatos – nos limites admitidos pelo processo” (Matida; Nardelli; Herdy, 2020, s.p.).

A relevância não é o único filtro de admissibilidade dos elementos probatórios disponíveis nos autos. Entre eles, temos a exclusão de provas consideradas de baixo valor epistêmico, em razão do perigo de que uma má valoração tenda a dar-lhes mais valor do que possuem (Ferrer-Beltrán, 2022, p. 65). Um exemplo disso é a exclusão da testemunha de referência (*hearsay*).

Esse método de exclusão de elementos probatórios ocorre com mais frequência nos ordenamentos de *common law*. Com a instituição da *law of evidence*, a função da prova deixou de ser meramente persuasiva para servir ao conhecimento dos fatos (Prado, 2014).

O direito da *common law* é o responsável pelo surgimento de regras de exclusão de elementos probatórios (Prado, 2014). Nele, há controle preventivo sobre os fundamentos do juízo mediante a preocupação com a confiabilidade do acervo de informações disponibilizadas aos jurados (Nardelli, 2023).

Segundo Damaška (1997, p. 41-46), a falta de uma exigência jurídica de motivação do juízo sobre os fatos nos ordenamentos de *common law*, em razão da

exacerbada utilização de julgamentos realizados por jurados, justifica a especial instituição de regras jurídicas que excluem provas que se considera que aportam informações carentes de fiabilidade, “para evitar que na valoração dessas lhes seja outorgado um peso excessivo” (Ferrer-Beltrán, 2022, p. 65).

Com isso, tais regras visam a proliferação de uma maior racionalidade geral das decisões sobre os fatos, às expensas de decotar elementos de juízo que, mesmo com um valor pouco confiável, poderiam aportar informações relevantes (Ferrer-Beltrán, 2022, p. 65). Com o filtro da admissibilidade, a prova é privada de ser valorada pelo julgador, com necessária exclusão do processo, consoante o artigo 157, § 3º, do Código de Processo Penal (Prado, 2014).

Por outro lado, nos ordenamentos jurídicos de *civil law*, onde temos o Brasil e sua regulamentação do Tribunal do Júri, a aferição da racionalidade da decisão ocorre *a posteriori*, através do controle de motivação (Ferrer-Beltrán, 2022). A motivação, assim, é uma explicação da racionalidade da decisão com sua dupla função de “facilitar o controle das decisões judiciais, garantindo que a exigência de atuação racional do poder possa ser efetivada” (Abellán, 2023, p. 319-320).

Dessa forma, havendo a presença de um elemento de confiabilidade baixa no caderno probatório, o controle de racionalidade ocorre após a valoração probatória. Ou seja, no momento em que o julgador justifica sua escolha entre uma das hipóteses fáticas em conflito, isto é, “o porquê de ter declarado provados esses fatos e o apoio empírico em que baseou sua decisão” (Ferrer-Beltrán, 2022, p. 66).

Porém, no tocante ao Tribunal do Júri, diante do sistema de íntima convicção da valoração probatória, “intransferível e incomunicável” (Abellán, 2023, p. 255) e da carência de fundamentação, não é possível comprovar se os jurados, ao decidirem sobre o mérito da causa, outorgam ou não peso excessivo a uma prova cuja confiabilidade é questionada. Nesse sentido, surge a “impossibilidade de se garantir o direito a um processo justo por meio de seus veredictos imotivados” (Nardelli, 2023, p. 358).

Sendo assim, imperiosa a instituição de uma sistemática mais rígida para a admissibilidade das provas disponíveis em Plenário. Isso porque, conforme afirma Jordi Ferrer-Beltrán (2022), na ausência de motivação da decisão sobre os fatos, não há outra forma de assegurar que a decisão não será alicerçada em provas carentes

de confiabilidade, se não com a sua exclusão do conjunto de elementos de juízo disponíveis.

Cumprе registrar que o projeto de lei que visa reformar o atual Código de Processo Penal de 1941, além de não contemplar qualquer fundamentação às decisões proferidas por jurados, pretende simplificar ainda mais a quesitação, aproximando-se do quesito genérico de condenação ou absolvição, aplicado no direito de *common law* (Nardelli, 2021). No entanto, no Brasil, inexistem “alguns dos mais relevantes mecanismos procedimentais de controle prévio, típicos da *common law*, capazes de compensar os veredictos genéricos” (Nardelli, 2023, p. 359).

Segundo a autora, a legitimidade democrática do Júri confere a errônea impressão de que, nos processos de sua competência, a determinação dos fatos correspondente a verdade não é importante para garantir a legitimidade da prestação jurisdicional (Nardelli, 2023). Inclusive, a *common law* nunca se opôs à implementação de institutos que visam a limitação da liberdade dos jurados na apreciação do caderno probatório (Damaška, 1997).

Muito embora decotem do acervo probatório provas relevantes, as *exclusionary rules* são verdadeiras normas de conteúdo epistêmico. “Isso se deve a seu propósito de evitar abusos por parte dos litigantes no sentido de distorcer o raciocínio dos jurados” e, enquanto isso, também “proporcionar ao júri as condições para que desenvolvam raciocínios válidos sobre a prova com vistas a uma maior precisão na determinação dos fatos” (Nardelli, 2023, p. 363).

Além disso, os jurados ainda são instruídos sobre as regras de ônus probatório e *standard* de prova a ser adotado (Zander, 2007). Ou seja, a “suposta liberdade atribuída aos jurados na formação de seu convencimento e na elaboração do veredicto no sistema anglo-americano não revela todo um trabalho anterior de filtragem do conjunto de informações” (Nardelli, 2023, p. 364).

Noutro giro, apesar de Denis Sampaio, Rodrigo Faucz Pereira e Silva e Daniel Ribeiro Surdi de Avelar (2021), compreenderem que a atomização do objeto da prova é imperiosa para qualquer tomada de decisão judicial, o raciocínio dos jurados no júri ocorre a partir do modelo holístico, consistindo em uma construção de narrativas plausíveis voltadas a encadear em sequência lógica e temporal as informações

recebidas, visando facilitar o raciocínio (Nardelli, 2021). Esse método faz com que as informações recebidas sejam encadeadas em sequência temporal para produzirem um enredo apto a explicar os fatos em conflito.

Contudo, com esse mecanismo apresenta-se um risco na valoração probatória, ante a tendência de que as histórias formuladas obtenham autonomia no que concerne às provas concretas, permitindo que os jurados desconsiderem o conjunto probatório e concentrem as atenções na qualidade da própria narrativa (Nardelli, 2021).

Dessa forma, urge a instituição de um grau de suficiência probatória capaz de conformar os elementos disponíveis aos jurados com a presunção de inocência. Para respeitar o *in dubio pro reo*, o *standard* de provas apresentadas em plenário do júri deve ser superior à mera relevância e legalidade de seus elementos.

As regras de admissibilidade, portanto, têm como intuito garantir uma maior racionalidade geral das decisões sobre os fatos, ao custo de excluir elementos de juízo “mesmo com um valor relativamente escasso, que poderia aportar informações relevantes” (Ferrer-Beltrán, 2022, p. 66). Afinal, como aponta Marina Gascón Abellán (2023), a íntima convicção, sozinha, não tem capacidade de justificar determinado enunciado como verdadeiro.

5 CONCLUSÕES

Como observa Marcella Mascarenhas Nardelli (2023, p. 372), a “consciência da comunidade não é, por si só, fundamento legítimo para se condenar o acusado ante a ausência de prova idônea que desconstitua a presunção constitucional de inocência”.

O presente artigo teve como objetivo averiguar a busca da verdade – à luz da tradição racionalista da prova como marco teórico – no âmbito do Tribunal do Júri, a partir dos elementos probatórios disponíveis aos jurados. Desse modo, mesmo fornecendo resultados tão-somente prováveis, a prova consiste em uma atuação voltada a apurar a verdade sobre as hipóteses fáticas em conflito.

No entanto, diante do sistema de valoração da prova pautado na íntima convicção do júri, em razão da atual inexigência de motivação acerca do acolhimento de determinada hipótese sobre os fatos pelos jurados, pode-se concluir que a exclusão do conjunto de elementos de juízo disponíveis consiste no único método capaz de garantir que a decisão proferida pelo conselho de sentença não restará influenciada por provas carentes de confiabilidade.

Sendo assim, não deve ser admitida a oitiva de testemunha de referência (*hearsay*) em plenário do júri. Essa é uma prática já consolidada em países da *common law* e, segundo Aury Lopes Jr. (2015, s.p), tal testemunho “deveria ser considerado imprestável em termos de valoração, na medida em que é frágil e com pouca credibilidade”.

Ademais, provas produzidas em desconformidade com pesquisas oriundas da psicologia do testemunho, tal como o reconhecimento de pessoas por *show-up*, repetido ou sem perfilamento justo, devem ser decotadas do caderno probatório disponível aos jurados. Tais resultados podem gerar falsas memórias às custas do incremento de confiança da testemunha naquele reconhecimento, sendo capaz de alterar a compreensão dos jurados sobre as hipóteses em conflito e em desconformidade com o que realmente aconteceu.

Por outro lado, no tocante à carta psicografada, ela também deve ser inadmitida no julgamento pelo conselho de sentença. Sua inadmissibilidade não decorre apenas da violação à laicidade do Estado e a liberdade de crença (Didier Jr.; Braga, 2014). Ela também não deve estar disponível em plenário por impossibilitar o contraditório, visto que “sua produção ocorre frequentemente em centros espíritas, de modo que não há como convocar o suposto espírito para uma acareação quando suas palavras conflitarem com as das demais testemunhas” (Dias; Herdy, 2021, s.p), bem como carecer de base empírico-racional, uma vez que “não há evidências científicas de que espíritos existem e se comunicam” mediante psicografia (Dias, 2023, p. 263).

Embora a carta psicografada seja uma “evidência” substancialmente utilizada pela defesa, seu decote do caderno processual não viola a plenitude de defesa, mas, sim, confere uma maior efetividade ao devido processo legal e reitera a perspectiva de que os jurados não podem furtar-se em decidir de forma racional.

Nessa toada, para evitar a contaminação dos jurados sobre as hipóteses narrativas em conflito, tais provas também não devem ser referenciadas na decisão de pronúncia a ser lida pelos jurados antes do julgamento. Ao decidir submeter determinado acusado ao plenário do Tribunal do Júri, o magistrado não deve se escorar em elementos probatórios carentes de fiabilidade.

Dessa forma, é possível compreender que, mesmo com o sacrifício da relevância probatória, resta irremediável aumentar o grau de suficiência dos elementos probatórios disponíveis aos jurados. Garantir o *in dubio pro reo* no Tribunal do Júri significa elevar o *standard* de provas apresentadas em plenário.

REFERÊNCIAS

ABBELÁN, Marina Gascón. **Os fatos no processo penal**: Bases argumentativas da prova. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

ABBELÁN, Marina Gascón. **O problema de provar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. O recurso contra a sentença do tribunal do júri manifestamente contrária à prova dos autos: Compatibilização da soberania dos veredictos com a presunção de inocência. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. **Código de Processo Penal**: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Revista dos Tribunais, 2021. v. 2, p. 667-696. p. 672

BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 01, março 2018. DOI <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1>. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/issue/view/6>.

BRASIL. **Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. [S. l.], 9 jun. 2008. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm. Acesso em: 8 jan. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 13.964, de 29 de abril de 2021**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. [S. l.], 29 abr. 2021. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 7 jan. 2024.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados & crítica jurisprudencial. 9ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DAMAŠKA, M. **Evidence Law Adrift**. New Haven-London: Yale University Press, 1997.

DIAS, Juliana Melo. Mensagens do além não são meio de prova: A inadmissibilidade da carta psicografada em processos judiciais. In: MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (coord.). **Os fatos no processo penal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 357-376.

DIAS, Juliana Melo; HERDY, Rachel. Não, o STJ não reconheceu a admissibilidade da prova psicografada. **Consultor Jurídico**, s.p, 17 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/limite-penal-nao-stj-nao-reconheceu-admissibilidade-prova-psicografada/>. Acesso em: 2 jan. 2024.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. **Revista de Processo**, ano 39, v. 234, p. 33-61, ago.2014.

FERNANDES, Lara Teles. **Standards Probatórios e Epistemologia Jurídica**: Uma Proposta Interdisciplinar para a Valoração do Testemunho no Processo Penal. Orientador: Hugo de Brito Machado Segundo. 2019. 260 f. Dissertação (Mestrado) -

Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em:
<https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/40792>. Acesso em: 28 out. 2022

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. **Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.

FERREIRA, Augusto César Feitosa Pinto. **Justiça criminal e Tribunal do Júri no Brasil Imperial**: Recife, 1832-1842. Recife, 2010. 154 fls. Dissertação (mestrado) – UFPE. História, 2010.

FERRER-BELTRÁN, Jordi (tradução Vitor de Paula Ramos). **Valoração racional da prova**. 2ª edição rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2022.

GARCETE, Carlos Alberto. 80 anos do Código de Processo Penal: a paulatina naturalização do sistema acusatório. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. **Código de Processo Penal**: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Revista dos Tribunais, 2021. v. 1, p. 215-240.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIOSTRA, Glauco. **Primeira lição sobre a justiça penal**. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume I. 1. ed. Florianópolis - SC: Tirant lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; KHALED JR., Salah H.; DIVAN, Gabriel. Verdade, processo penal e epistemologia: da pretensa fundamentação filosófica aos efeitos jurídicos e políticos da adoção de premissas racionalistas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 199. ano 31. p. 73-107. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023. DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8381441>].

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2013

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**, Volume II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

LOPES JR. , Aury. Testemunho "hearsay" não é prova ilícita, mas deve ser evitada. **Consultor Jurídico**, [S. I.], p. S.P, 30 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2/>. Acesso em: 4 jan. 2024.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre de Moraes da. Busca da verdade no Processo Penal para além da ambição inquisitorial. **Consultor Jurídico**, [S.I.], s. p., 4 jul. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/busca-verdade-processo-penal-alem-ambicao-inquisitorial#_ftn2_3459. Acesso em: 12 jul. 2023.

MACHADO, Maíra Rocha *et al.* As provas, os jurados e o tribunal: a anulação dos veredictos diante da soberania do júri. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. I.], v. 164/2020, p. 93-133, fev. 2020.

MALAN, Diogo. Apresentação. *In*: NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri**: uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 09-10.

MARTINS, Rui Cunha. O Mapeamento Processual da Verdade. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Decisão Judicial: A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 77.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira**. Rev. TST, Brasília, vol. 65, nº 1, out/dez 1999

MIRZA, Flávio. Prefácio. In: NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri: uma abordagem racionalista**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 11-12.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Juízo por jurados e o direito a uma cognição adequada. In: MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (coord.). **Os fatos no processo penal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 357-376.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. O atomismo e a valoração racional da prova no júri. **Consultor Jurídico**, [S. l.], p. S.P, 19 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-19/limite-penal-atomismo-valoracao-racional-prova-juri/>. Acesso em: 5 jan. 2024.

NARDELLI, Marcela Alves Mascarenhas. **A dimensão epistêmica do juízo por jurados: perspectivas para a racionalização das decisões do júri a partir dos fundamentos da concepção racionalista da prova**. 2017. 506 f. Tese (Doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, [S. l.], 2017. Disponível em: <http://www.bdtd.uerj.br/handle/1/9341>. Acesso em: 7 ago. 2023.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas; MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica. **Consultor Jurídico**, [S. l.], p. S.P, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica/>. Acesso em: 7 jan. 2024.

PEREIRA E SILVA, Rodrigo Faucz; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. Os 200 anos do Tribunal do Júri no Brasil. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 18 jun. 2022. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2022-jun-18/tribunal-juri-200-anos-tribunal-juri-brasil>.

Acesso em: 3 ago. 2023.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmico**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro**: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 35-45.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova Testemunhal**: Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. São Paulo: JusPodivm, 2022.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**: visão linguística, histórica, social e dogmática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SALGADO, Daniel de Resende. **A metaprova no processo penal**: Seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova. 1. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

SAMPAIO, Denis; PEREIRA E SILVA, Rodrigo Fauz; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. A imprescindível existência de elemento probatório para a decisão condenatória. **Consultor Jurídico**, [S. l.], p. S.P, 2 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-02/tribunal-juri-imprescindivel-existencia-elemento-probatorio-tomada-decisao-condenatoria-conselho-sentenca/>. Acesso em: 4 jan. 2024.

SCHIETTI, Rogério. Prefácio. In: TUCCI, Rogério Lauria (coord.). **Tribunal do júri**: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos e rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARSKI, Alfred. ***La Concepción semântica de la verdade y los fundamentos de la semântica***. Buenos Aires: Nueva Visión, 1960.

TARUFFO, Michele. ***La Valutazione delle prove***. La prova nel processo civile. Milano: Giuffrè, 2012.

ZANDER, Michael. ***Cases and Materials on the English Legal System***. 10.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.