



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Marcella Alves Mascarenhas Nardelli

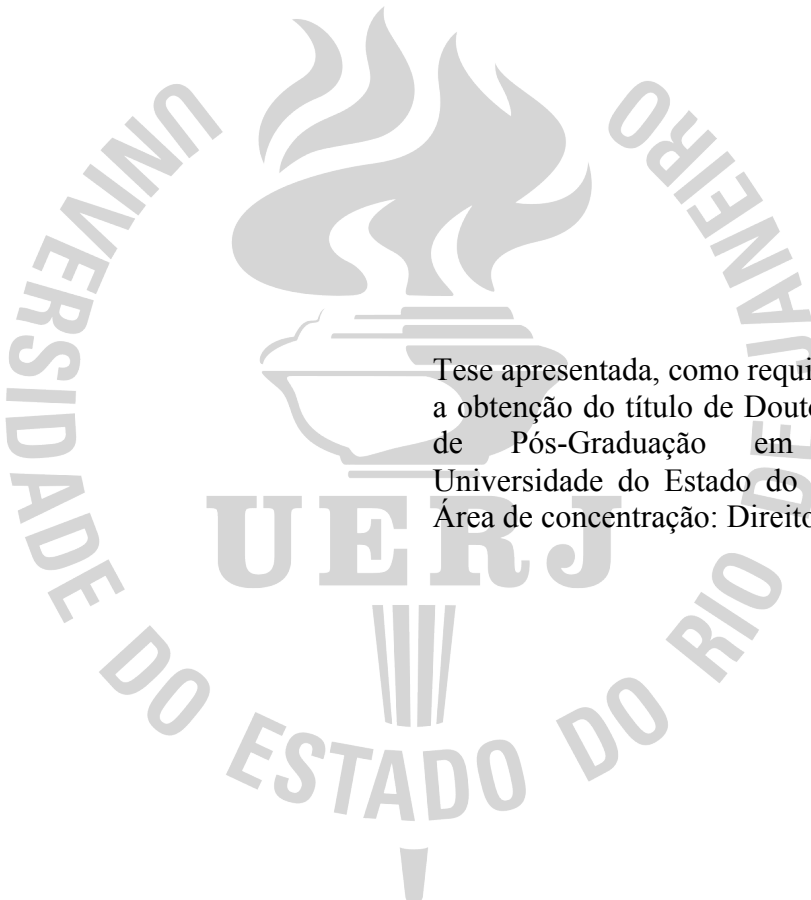
**A dimensão epistêmica do juízo por jurados:
perspectivas para a racionalização das decisões do júri a partir dos
fundamentos da concepção racionalista da prova**

Rio de Janeiro

2017

Marcella Alves Mascarenhas Nardelli

**A dimensão epistêmica do júízo por jurados:
perspectivas para a racionalização das decisões do júri a partir dos fundamentos da
concepção racionalista da prova**



Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

N223 Nardelli, Marcella 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 / Marcella Alves Mascarenhas Nardelli. - 2017.
506 f.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1.Prova (Direito) - Teses. 2.Júri –Teses. 3. Decisões – Teses. I. Maduro, Flávio Mirza. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.95

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Marcella Alves Mascarenhas Nardelli

**A dimensão epistêmica do júri por jurados:
perspectivas para a racionalização das decisões do júri a partir dos fundamentos da
concepção racionalista da prova**

Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Leonardo Greco

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Diogo Rudge Malan

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dra. Clarissa Diniz Guedes

Faculdade de Direito – Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dra. Patrícia Maria Dusek

Faculdade de Direito – Universidade Castelo Branco

Rio de Janeiro

2017

DEDICATÓRIA

Ainda, e sempre, à minha mãe, com todo o meu amor e saudade.

Ao meu pai e à minha irmã, meus referenciais de vida e eternos incentivadores.

Ao Thiago, por me fazer tão completa e feliz.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Flávio Mirza, serei eternamente grata por ter confiado em mim e por ter aceitado, desde o início, o encargo de me guiar por essa trajetória. Foi ele o responsável por me despertar para um olhar totalmente novo sobre o estudo da prova e suas infinitas perspectivas, algumas das quais pude descortinar ao longo do presente trabalho. Devo lhe agradecer também por incentivar a utopia por trás de minhas propostas pouco ortodoxas e por acreditar em minha capacidade de desenvolvê-las.

Ao Professor Leonardo Greco, minha maior referência de dedicação ao ensino, agradeço por sedimentar minha paixão pelo direito processual a partir de suas sempre enriquecedoras reflexões. A oportunidade de participar do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, sob sua coordenação, foi fundamental para amadurecer minha compreensão sobre o direito probatório e por inspirar os rumos deste trabalho. É dele, inclusive, o mérito pela indicação do tema, embora seja minha a responsabilidade por qualquer deficiência em seu desenvolvimento.

Ao Professor Diogo Malan, agradeço pelas importantes sugestões e críticas feitas na ocasião do exame de qualificação. Sou muito grata também por poder contar com seu incentivo e com sua participação em importantes etapas de minha vida acadêmica.

À Professora Clarissa Diniz Guedes, querida amiga por quem tenho grande admiração, agradeço pela leitura atenta do texto. Seus questionamentos e sugestões foram essenciais para o aprimoramento do trabalho.

Sou também muito grata pelas contribuições da Professora Bárbara Lupetti Baptista durante a etapa da qualificação. Sem desencorajar meu idealismo, atentou-me sobre algumas importantes variáveis decorrentes de uma compreensão antropológica da prática processual.

À Dona Sônia, agradeço pela presteza com que sempre solucionou, à distância, todas as minhas questões administrativas. À Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à todos os professores da Linha de Pesquisa em Direito Processual, por serem motivos de meu orgulho por ter feito parte deste Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. Meu acesso não teria sido possível se não fosse o caráter democrático de seu processo seletivo.

Não poderia deixar de manifestar, ainda, minha profunda gratidão à Universidade Federal de Juiz de Fora, pelo incentivo à qualificação por meio do PROQUALI. Agradeço também aos queridos Chefes Márcio Carvalho Faria e Flávia Lovisi Procópio de Souza, assim

como aos demais membros do Departamento de Direito Público Formal e Ética Profissional, pela colaboração durante o período de dedicação exclusiva à elaboração da tese.

À minha família e queridos amigos, por todo o carinho e incentivo.

Ao meu pai, pelo apoio incondicional e por sempre acreditar em meu sucesso. À querida irmã, Fabiana, pela cumplicidade e por compartilhar minhas piores angústias. Ao Thiago, pelo amor e companheirismo. Agradeço-lhe, principalmente, por ter sido meu equilíbrio nos momentos em que a razão parecia me faltar. Sem eles, não teria chegado até aqui.

RESUMO

NARDELLI, Marcella 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 em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

A presente pesquisa parte da premissa de que a opção de um sistema pelo estabelecimento de um juízo por jurados não implica em assumir uma ideologia diversa quanto aos fins processuais, no sentido de renunciar à verdade como pressuposto necessário para a garantia da justiça das decisões. Nesse sentido, procura desconstruir a ideia de que a falta de conhecimentos jurídicos dos cidadãos ou a ausência de fundamentação expressa dos veredictos conduzam, invariavelmente, a juízos irracionais e insuscetíveis de controle sobre as questões de fato. A análise do júri brasileiro no contexto de sua dinâmica processual, em contraste com a consagrada experiência anglo-americana, permite associar tais desvios à adoção de um modelo de procedimento incapaz de proporcionar as bases para uma cognição adequada, o que parece traduzir-se em uma indiferença com o resultado de um juízo que se supõe fundado na íntima convicção. Diante disso, adotando-se como referencial teórico as concepções de processo e do fenômeno probatório que convergem para o que William Twining se refere por Tradição Racionalista da Prova, sustenta-se como hipótese que as decisões dos jurados devem ser mais racionais e sujeitas a um controle, o que se considera possível por meio de um modelo processual epistemologicamente orientado para proporcionar-lhes o conhecimento dos fatos a partir de uma apreciação racional da prova. Para tanto, com esteio em pesquisas bibliográficas de legislação, doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras, propõe-se uma série de medidas voltadas para tornar o procedimento brasileiro de júri apto ao desempenho de uma função epistêmica.

Palavras-chave: Juízo por jurados. busca da verdade. concepção racionalista da prova.
motivação das decisões judiciais. dimensão epistêmica do processo.

ABSTRACT

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. *The Epistemic Dimension of Trial by Jury: perspectives for the rationalization of jury decision-making based on the assumptions of the rational tradition of evidence scholarship*. 2017. 506 f. Thesis (Doctorate in Procedural Law) – Law School, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The present study starts from the premise that the choice of a system to institute a jury trial does not imply in assuming a diverse ideology as to the ends of adjudication in the sense of departing from the truth as a core value for guaranteeing justice in decision-making. In this regard, it seeks to deconstruct the idea that the lay character of citizens or the lack of reasons of the verdicts invariably lead to irrational and unaccountable judgements on questions of fact. The analysis of the Brazilian jury in the context of its procedural dynamics, in contrast to the established Anglo-American experience, allows us to associate such deviations to the embracing of a model of procedure incapable of providing the bases for adequate cognition, which seems to translate into an indifference to the result of a judgment which is supposed to be based on inner conviction. In view of this, adopting as theoretical reference the general assumptions about the forms of procedure and evidentiary practices that converge to what William Twining refers to by Rationalist Tradition of Evidence Scholarship, it is hypothesized that the jury decision-making must be more rational and subject to a control, which is considered possible through a model of procedure epistemologically oriented to provide jurors with knowledge of the facts from a rational evaluation of the evidence. To this end, with a focus on bibliographical research of national and foreign legislation, doctrine and jurisprudence, it is proposed a series of measures aimed at making the Brazilian jury procedure capable of performing an epistemic function.

Keywords: Trial by Jury. Pursuit of truth. Rationalist Tradition of Evidence Scholarship.

Duty to give reasons. Epistemic character of adjudication.

RÉSUMÉ

Nardelli, Marcella Alves Mascarenhas. La Dimension Épistémique du Jugement par un Jury: perspectives pour la rationalisation des décisions du jury à partir des fondements de la conception rationaliste de la preuve. 2017. 506 f. Thèse (Doctorat en Droit Processuel) - Faculté de Droit, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Cette recherche part du principe de que l'option d'un système établissant un jugement par un jury populaire n'implique pas à assumer une idéologie diversifiée par rapport aux fins du procès, dans le sens de renoncer à la vérité comme pré-supposé nécessaire pour la garantie de la justice dans les décisions. Dans ce sens là, on cherche à déconstruire l'idée que le manque de connaissances juridiques des citoyens ou l'absence de motivation issue des verdicts mènent, invariablement à décisions irrationnelles et susceptibles de contrôle par rapport aux situations factuelles. L'analyse du jury brésilien dans le contexte de sa dynamique processuel, comparée avec la consacrée expérience anglo-américaine, permet d'associer tels écarts à l'adoption d'un modèle de procédure incapable de fournir les bases pour une cognition adéquate, ce qui semble se traduire dans une indifférence avec le résultat d'un jugement supposé être fondé dans l'intime conviction. Devant ça, on adopte comme référentiel théorique les conceptions du procès et processus de la preuve qui convergent à la référence faite par William Twining par tradition rationaliste de la preuve, on soutient comme hypothèse que les décisions des jurés doivent être plus rationnelles et soumises un contrôle, ce qui est possible à travers d'un modèle de procès épistémologiquement orienté à fin d'obtenir la connaissance des faits. À partir de l'évaluation rationnelle de la preuve. Avec l'aide dans les recherches bibliographiques de législation, doctrine et jurisprudence nationale et étrangère, on propose une série de mesures pour rendre la procédure brésilienne de jury capable d'exécuter une fonction épistémique .

Mots-clés : Jugement par un jury. Recherche de la vérité. Conception rationaliste de la preuve. Motivation des décisions judiciaires. Dimension épistémique du procès.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	A CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA E A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO EPISTÊMICA DO PROCESSO	22
1.1	Sobre a concepção racionalista da prova	22
1.2	A verdade como elemento fundante do sistema processual	39
1.2.1	<u>A concepção de verdade adequada ao processo</u>	50
1.2.2	<u>A epistemologia cognitivista e os limites ao ideal de verdade como correspondência</u>	61
1.3	Conceito e funções da prova	70
1.4	A prova como direito	83
2	MOMENTOS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA À LUZ DA CONCEPÇÃO RACIONALISTA: PARÂMETROS PARA UM MODELO PROCESSUAL ORIENTADO SEGUNDO OS VALORES EPISTÊMICOS	86
2.1	A formação do conjunto probatório: as limitações probatórias e a produção da prova em juízo	88
2.1.1	<u>Limitações probatórias fundadas no repúdio a provas consideradas suspeitas</u>	92
2.1.2	<u>Limitações probatórias fundadas no anseio de ordenar o desenvolvimento do processo</u>	100
2.1.3	<u>Limitações probatórias fundadas no intuito de preservação de direitos fundamentais</u>	103
2.1.4	<u>A produção da prova em juízo</u>	110
2.2	A atividade de valoração: o raciocínio empreendido sobre as hipóteses	125
2.2.1	<u>A valoração das provas segundo o método atomista</u>	132
2.2.2	<u>A valoração das provas segundo o método holista</u>	151
2.3	A decisão sobre a matéria de fato: os <i>standards</i> probatórios	166
3	A MOTIVAÇÃO COMO MECANISMO DE CONTROLE DA RACIONALIDADE DO JUÍZO E A SUPOSTA INCOMPATIBILIDADE COM A DINÂMICA DO JÚRI	186
3.1	A motivação das decisões como garantia intrínseca ao processo justo	187
3.2	A Garantia da motivação à luz da jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos	195

3.2.1	<u>A exigência de fundamentação das decisões judiciais à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos</u>	196
3.2.2	<u>O dever de motivação à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos</u>	199
3.2.3	<u>A Corte Europeia de Direitos Humanos e o Caso Taxquet v. Bélgica</u>	202
3.3	A motivação das decisões judiciais e sua expressão no contexto processual brasileiro	207
3.3.1	<u>O reforço do contraditório no novo CPC: o processo cooperativo e o dever do juiz de promoção do debate</u>	210
3.3.2	<u>Pelo fim do decisionismo e pela máxima efetividade da garantia da motivação: O novo CPC erradicou o “livre convencimento”?</u>	214
3.4	A suposta incompatibilidade entre a instituição do júri e a garantia da motivação das decisões judiciais	219
4	O JÚRI E A APRECIÇÃO DA PROVA: ANTECEDENTES HISTÓRICOS E SUAS CONFIGURAÇÕES EM DIFERENTES CONTEXTOS	229
4.1	Os sistemas de apreciação da prova no contexto dos distintos sistemas processuais	230
4.1.1	<u>Os sistemas de apreciação da prova no contexto da <i>civil law</i></u>	231
4.1.2	<u>Os sistemas de apreciação da prova no âmbito da <i>common law</i></u>	245
4.2	As influências recíprocas entre a instituição do júri e a configuração dos sistemas probatórios nos contextos da <i>civil law</i> e da <i>common law</i>	261
4.3	As desinteligências históricas responsáveis pelo fracasso do transplante do júri para a <i>civil law</i>	270
4.4	Questões de fato e questões de direito: a divisão das funções entre juiz e jurados em ambos os contextos	277
5	SOBRE O PAPEL DO JÚRI NA ATUALIDADE: UM OLHAR A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ANGLO-AMERICANA	286
5.1	As funções e virtudes do juízo por jurados	287
5.2	É esperado que o júri desempenhe uma função epistêmica?	294
5.3	Sobre as habilidades dos cidadãos leigos para a decisão racional dos fatos	302
5.4	A configuração do procedimento probatório como fator determinante para a racionalidade do juízo	315

5.4.1	<u>A dinâmica do júri norte-americano e seus aspectos processuais relevantes</u>	316
5.4.2	<u>As <i>instructions</i> do júri estadunidense e o <i>summing-up</i> do procedimento inglês: a relevante e construtiva interação entre a função do juiz e a dos jurados</u>	326
5.4.3	<u>As inovações processuais nos sistemas de júri da <i>civil law</i>: evidências de uma mudança de paradigma</u>	341
5.4.3.1	A Espanha e sua recente reimplantação do júri por jurados: questionário analítico e sucinta explicação do veredicto	345
5.4.3.2	A Argentina rumo ao sistema de júri clássico: o papel central das instruções aos jurados no modelo processual da província de Buenos Aires	353
6	O PROCEDIMENTO BRASILEIRO DO JÚRI E SEUS TRAÇOS CONTRAEPISTÊMICOS	358
6.1	Breve retrospectiva histórica do júri em âmbito constitucional e a lógica que orienta o sistema processual penal brasileiro	359
6.2	Visão geral do procedimento brasileiro de júri	365
6.3	Considerações críticas acerca da atual normativa processual e das perspectivas de reforma a partir do Projeto de novo Código de Processo Penal	370
6.3.1	<u>A dinâmica do procedimento bifásico e a função cognitiva do júri</u>	374
6.3.2	<u>A valoração das provas e a decisão dos jurados</u>	389
6.3.3	<u>A ausência de motivação e o controle sobre a racionalidade dos veredictos</u>	402
7	PERSPECTIVAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE UMA FUNÇÃO EPISTÊMICA DO JUÍZO POR JURADOS NO BRASIL À LUZ DA CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA	413
7.1	Aspectos para o aperfeiçoamento da cognição	417
7.1.1	<u>Por uma necessária reconfiguração do procedimento bifásico</u>	418
7.1.2	<u>O aprimoramento da etapa preparatória</u>	423
7.1.3	<u>A formação do conjunto probatório</u>	427
7.1.4	<u>A produção da prova oral em plenário</u>	430
7.1.5	<u>O contraditório como método epistêmico</u>	433
7.2	Aspectos para uma valoração racional da prova pelos jurados e para uma decisão em consonância com a verdade	436
7.2.1	<u>A relevância da atribuição ao juiz de um dever de instrução dos jurados</u>	438
7.2.2	<u>A proposição articulada dos fatos e elementos probatórios</u>	443
7.2.3	<u>A definição de um <i>standard</i> probatório em termos objetivos</u>	449

7.2.4	<u>A previsão de um momento deliberativo entre os membros do conselho de sentença e a exigência de margem mais segura de votos para a condenação</u>	451
7.3	Mecanismos para possibilitar um controle da racionalidade das decisões dos jurados	462
	CONCLUSÕES	476
	REFERÊNCIAS	487
	APÊNDICE – Modelo de instruções iniciais aos jurados	510

INTRODUÇÃO

A reconstrução verdadeira dos fatos no processo é fator condicionante para uma decisão justa e, por tal motivo, as disposições relativas à prova e sua conseqüente valoração merecem maior consideração no âmbito dos sistemas processuais modernos, mormente no que tange à busca de critérios racionais capazes de nortear a atividade do julgador. O alerta é especialmente relevante para o escopo da concretização de um modelo penal garantista, na medida em que a determinação concreta do desvio punível pressupõe o cognitivismo processual como sua condição de efetividade, o que tem como inescusável premissa a demonstração empírica dos pressupostos fáticos autorizadores da sanção¹.

Diante disso, é de se considerar a imprescindibilidade de que as decisões judiciais sejam submetidas a um rigoroso controle quanto aos critérios empregados para a determinação das questões de fato a partir das provas disponíveis, o que põe em relevo o papel da fundamentação como mecanismo capaz de expressar essa justificação racional.

Nesse sentido, um dos principais destaques do novo Código de Processo Civil foi o reforço substancial às garantias do contraditório e da motivação, o que se concretizou pela exigência de um maior engajamento do juiz no debate franco com as partes, vedando-se a decisão-surpresa e impondo-se maior rigor ao conteúdo da fundamentação.

A incorporação desses parâmetros pelo diploma processual civil deve trazer repercussões também para o processo penal. Para isso, o novo CPC deve ser compreendido como um parâmetro interpretativo do modelo de processo delineado pela Constituição, capaz de expressar a mais recente orientação acerca do conteúdo e do alcance das referidas garantias.

À luz dessas considerações, exsurge uma questão que se mostra bastante problemática e que parece não receber a devida atenção da doutrina processual brasileira. Trata-se das decisões imotivadas do júri e de sua dinâmica processual subjacente, as quais situam-se em um contexto irracional pouco questionado. É possível sustentar, nesse aspecto, que as reformas processuais penais caminham exatamente na contramão da proteção efetivada pelo novo CPC, diante da gradativa tendência à simplificação das questões postas ao conselho de sentença para a determinação do veredicto. O projeto de novo Código de Processo Penal, nesse sentido, pretende incorporar um modelo de veredicto genérico, no qual todas as questões

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 40 e ss.

relativas à determinação da culpa sejam respondidas por meio de um único quesito: “o júri absolve o acusado?”²

Isso é especialmente problemático uma vez que se concebe o questionário como uma das formas pelas quais se poderia suprir a ausência de fundamentação nesse contexto, na medida em que a especificidade dos quesitos seja hábil a suprir o caráter lacônico das respostas, de modo a permitir um controle da decisão. Assim, conforme entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos³, a garantia de um processo justo no âmbito de um juízo imotivado depende dessa elaboração criteriosa do questionário, que deve atuar como um roteiro lógico a ser seguido para o alcance da decisão e, ao mesmo tempo, expressar a cadeia de raciocínio seguida pelos cidadãos, com vistas a afastar qualquer suspeita de arbitrariedade.

Essas considerações reforçam a hipótese de que o procedimento brasileiro de júri é incapaz de compensar eficazmente a ausência de fundamentação de seus vereditos a partir dos mecanismos processuais previstos pela legislação atual.

O caráter imotivado do ato decisório emanado pelo conselho de sentença é pouco combatido pela cultura jurídica brasileira, que costuma afastar as suspeitas sobre a sua inconstitucionalidade por meio das mais diversas justificativas – sendo as mais comuns as que se apoiam na própria forma tradicional de funcionamento da instituição, ou que sustentam estar a garantia excepcionada pelo princípio da soberania dos veredictos, por meio da qual estaria o júri autorizado a decidir por íntima convicção.

Como se intentará demonstrar, tais argumentos desconsideram toda a lógica de racionalidade que se instaura por trás dos veredictos imotivados do júri no âmbito da *common law*. Se a ideia é invocar a essência da instituição, nada mais próprio do que investigá-la no seu contexto original, responsável por lhe garantir notoriedade e inspirar o posterior transplante para a realidade da *civil law*. Ademais, os esforços também serão empregados no sentido de desconstruir a ideia de que a íntima convicção seria uma espécie de salvo-conduto em face do dever de fundamentação, o que conduz à hipótese de que o procedimento atual do júri seria inconstitucional.

Paralelamente às questões suscitadas – que, por si só, já se insinuam como razões suficientes para justificar uma investigação sobre o tema – uma breve consideração da dinâmica processual do júri brasileiro faz com que seja possível antever, por outro lado, que

² Conforme artigo 396, I, do Projeto de Lei n. 8.045/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 17 de janeiro de 2017.

³ TEDH, Caso Taxquet v. Bélgica, 16 de novembro de 2010, §92. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101739>. Acesso em: 17 de janeiro de 2017.

os seus problemas não se restringem à ausência de motivação dos veredictos, mas perpassam por toda a lógica que orienta a configuração de seu procedimento, o que põe em relevo a necessidade de se empreender uma investigação mais abrangente em busca de possíveis soluções.

A investidura de cidadãos leigos na administração da justiça parece levar à falsa ideia de que a verdade não é mais, nesses casos, um escopo determinante para nortear os esforços processuais destinados à reconstrução dos fatos, o que se credita à assunção da íntima convicção como método de apreciação que autorizaria a desconsideração da prova como base para o julgamento. Toda essa falácia inspirou, no Brasil, a configuração de um modelo processual que prestigia a retórica e negligencia o conhecimento dos fatos por quem os deve decidir – já que a essência da instrução probatória ocorre perante o juiz ainda na primeira fase do procedimento, sem a participação dos jurados.

Diante disso, inútil seria a propositura de mecanismos voltados unicamente para a concretização dos propósitos da garantia da motivação. Careceria de sentido estabelecer uma justificação racional para um juízo que se supõe irracional desde a origem. Assim, qualquer proposta eficaz de aprimoramento do júri passa pela necessidade de se rever a própria lógica que orienta a configuração de seu sistema probatório – ou, mais propriamente, de toda a sua dinâmica processual.

É necessário, sobretudo, fixar a premissa de que a falta de motivação dos veredictos do júri não implica renúncia do sistema à determinação verdadeira dos fatos com base em critérios racionais⁴, sob pena de se legitimar o arbítrio e a injustiça. Afinal, os esforços mais contundentes no processo penal dirigem-se, sobretudo, para a investigação da verdade de fatos da vida. Basicamente, deve-se decidir se um determinado fato definido como crime encontra-se provado ou não, bem como se o acusado deve sofrer as consequências jurídicas legalmente previstas como sanção por sua prática. Em todas essas questões, como explica Jeremy Bentham, o dever do juiz é o de reunir as provas de ambos os lados, da melhor forma possível, a fim de apreciá-las e compará-las, a fim de que possa decidir de acordo com sua

⁴ “... attempting to determine the truth of particular past events by rational means on the basis of evidence is one central aspiration of any system of adjudication and that it is a ground for criticism if the system in practice falls far short of or does not accept this as an aspiration. To acknowledge a role for the jury in frustrating unpopular laws or restraining official zeal in other ways does not involve a denial that its central task is to try to make accurate determinations of fact.” TWINING, William. Some Scepticism about some scepticisms. In: _____. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 124.

força probante. Deste modo, “a arte do processo não é, na realidade, nada além da arte da administração da prova.”⁵

Essa constatação converge para o alerta de William Twining⁶ sobre a necessidade de se levar os fatos a sério, argumento que se funda na constatação do quão negligenciado é o estudo da prova e dos métodos de investigação dos fatos no âmbito da doutrina jurídica e na própria formação acadêmica dos profissionais do direito. Nesse contexto, os esforços direcionam-se, prioritariamente, para o estudo da interpretação e aplicação de normas e princípios jurídicos, desconsiderando-se, por outro lado, que sua aplicação concreta depende da identificação de uma situação fática que lhe determine a incidência.

Como sublinha Twining, a reconstrução de fatos pretéritos no processo é atividade multidisciplinar⁷, que pressupõe o emprego de raciocínios não apenas jurídicos. Ao contrário, supõe a conjugação de múltiplas habilidades e diferentes aptidões, envolvendo desde conhecimentos de lógica, epistemologia, psicologia, semântica, probabilidade, até aqueles de natureza específica e caráter técnico.

É possível sustentar como hipótese, com base nesse raciocínio, que os cidadãos leigos chamados a atuar nos sistemas de júri não estão desabilitados a decidir os fatos a partir de uma apreciação racional das provas. A falta de conhecimentos jurídicos, portanto, não seria capaz de lhes colocar em posição de desvantagem perante o juiz togado nesse aspecto específico, já que este último, em sua formação acadêmica, não dispõe de uma preparação específica para o manejo dos fatos com base nos métodos racionais de investigação. Um corpo heterogêneo de jurados pode, inclusive, conjugar distintas aptidões úteis à apreciação das questões fáticas concretas.

Por outro lado, o argumento de que os cidadãos possam ser mais suscetíveis a juízos subjetivos em virtude de suas fragilidades emocionais não deve levar que se aceite um juízo fático irracional. Ao contrário, deve ser motivo para determinar que lhes sejam

⁵ “For, what is the point at issue in penal law? To decide whether a certain fact, called a crime, be proved or not; and consequently whether the accused should be subjected to the obligation of suffering the legal punishment of that fact. In all these questions, the duty of the judge is, to collect all the proofs on both sides, in the best form possible; to compare them; and to decide according to their proving power. Thus, the art of procedure is in reality nothing but the art of administering evidence.” BENTHAM, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence*. Extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham. Esq. by M. Dumont. London: Messrs. Baldwin, Cradock, and Joy, Paternoster-Row, 1825, p. 2.

⁶ Cf. TWINING, William. Taking Facts Seriously. In: _____. *Retinking Evidence: exploratory essays*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 14 e ss. Ver também: TWINING, William. Taking Facts Seriously – Again. In: ROBERTS, Paul; REDMAYNE, Mike. *Innovations in Evidence and Proof: integrating theory, research and teaching*. Portland: Hart Publishing, 2009, p. 66 e ss.

⁷ TWINING, William. Taking Facts Seriously... *cit.*, p. 16-17.

proporcionadas as condições mínimas para que exerçam a função adequadamente. O sistema deve equacionar por meio de um procedimento adequado a correção das eventuais distorções capazes de comprometer o ideal de justiça que se espera das decisões judiciais, independentemente se estão elas a cargo de um juiz togado ou de um corpo de jurados.

Nesse sentido, sobressai a relevância de se conceber o processo sob uma dimensão epistêmica, ou seja, como um modelo epistemológico de conhecimento dos fatos com base nas provas⁸, o que converge para uma concepção ampla do fenômeno probatório que Twining se refere como Tradição Racionalista da Prova.⁹

Segundo essa concepção a finalidade essencial do direito processual é a busca pela retidão da decisão judicial, ou seja, a correta aplicação do direito material aos fatos estabelecidos conforme a verdade por métodos racionais. Paralelamente, entende que a prova deve ser desvinculada de uma compreensão estritamente jurídica, já que a busca da verdade sobre fatos pretéritos não é uma atividade privativa do juiz no âmbito do processo. Assim, prega o retorno aos métodos naturais de raciocínio, com emprego da epistemologia, do senso comum e da lógica formal. A ideia é que o raciocínio probatório a ser desenvolvido no processo não se difere daqueles processos lógicos de que se valem os mais diversos profissionais em suas respectivas áreas de conhecimento, assim como os utilizados por todas as pessoas em sua experiência cotidiana para buscar a verdade sobre fatos ocorridos no passado.

Com base nas ideias acima, parece plausível a análise do raciocínio desenvolvido pelos jurados no processo à luz dos parâmetros racionais compartilhados no âmbito desta concepção. Por tal motivo, a Tradição Racionalista da Prova será adotada como marco teórico do presente trabalho, sob uma perspectiva que envolve tanto os modelos delineados por Twining como as contribuições identificadas no âmbito da *civil law*.

Nesse sentido, pretende-se estabelecer os principais pressupostos para que o procedimento probatório mostre-se capaz de estimular os cidadãos a decidir os fatos com base em uma apreciação racional da prova, o que se afigura possível a partir de um modelo

⁸ Conforme Taruffo, atribuir uma função epistêmica ao processo seria interpretá-lo como um método eficaz para a descoberta da verdade dos fatos em que se funda a decisão. Com esteio em uma destacada corrente doutrinária, o autor aponta para uma perspectiva metodológica que concentra a análise no que define como a dimensão epistêmica do processo, ou seja, o processo como um modelo epistemológico de conhecimento dos fatos com base nas provas. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 159-160.

⁹ Em referência aos pontos básicos compartilhados de forma incrivelmente homogênea pelos mais relevantes teóricos do direito probatório na história da *common law* (ver: TWINING, William. *The Rationalist Tradition of evidence scholarship*. In: _____. *Rethinking Evidence... cit.*, p. 35 e ss.), cujas premissas também podem ser identificadas nos estudos de destacados processualistas no âmbito da *civil law*, conforme se verá no capítulo 1.

processual epistemologicamente orientado para lhes proporcionar uma cognição adequada. Para tanto, é imprescindível que se proporcione todas as ferramentas necessárias para aprimorar sua compreensão acerca dos diversos aspectos da dinâmica processual, a fim de que possam acompanhar e apreender todo o conteúdo das informações disponibilizadas no curso do juízo oral.

A identificação dos mecanismos processuais capazes de promover a devida consecução dos escopos apontados demanda que se conceba o processo a partir de seu caráter instrumental. Sem que se pretenda empregar uma visão puramente tecnicista, descuidando-se das projeções éticas que refletem as exigências sociais e políticas que atuam nesse contexto, é de se destacar a importância da análise da técnica empregada à luz da identificação dos fins pretendidos pelo sistema, de modo que se possa revisitar o modelo vigente em busca de seu aprimoramento.¹⁰

A coexistência de objetivos e a convergência dos ditames de cada um sobre a metodologia empregada determinam a complexidade de uma estrutura técnico-processual em que é indispensável harmonizar exigências diferentes e às vezes opostas.¹¹ Não obstante, como reconhece Twining, a concepção racionalista da prova tem como premissa que a busca da verdade ostenta uma alta – mas não decisiva – prioridade como meio de assegurar a correta administração da justiça. O modelo de processo adequado é, em si mesmo, instrumentalista, na medida em que a busca da verdade através da razão é apenas um meio para a garantia da justiça a partir da aplicação do direito substantivo.¹²

É à luz de todas essas considerações que se insere o principal escopo da pesquisa, voltando-se a atenção para a necessidade de tornar mais racionais as decisões dos jurados quanto à matéria de fato a partir de um procedimento especialmente orientado segundo os métodos adequados para o fim da descoberta da verdade. Ademais, buscar-se-á submeter o conteúdo dos veredictos a um efetivo controle, o que se espera possível a partir do emprego dos mecanismos capazes de realizar os escopos subjacentes à garantia da motivação, de modo que o conteúdo da decisão possa ser conhecido pelas partes e pela sociedade.

A busca pela racionalidade das decisões judiciais é desafio de suma importância, mas ainda carente de respostas efetivas, especialmente no júri, onde se considera a irracionalidade

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 264 e ss.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade... cit.*, p. 268.

¹² ANDERSON, Terrence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of Evidence*. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 79.

do juízo popular ínsita ao caráter enigmático dos veredictos. Embora seja comum a problemática, especialmente no que concerne à ausência de motivação de seus veredictos, não é comum a tentativa de se empreender uma racionalidade na atividade valorativa a ser desenvolvida pelos jurados, residindo aí, portanto, a relevância e a originalidade da tese defendida.

Importa deixar consignado que não é intenção deste trabalho estabelecer uma discussão acerca da conveniência de se abolir a instituição, ou mesmo de defender as virtudes do julgamento popular em comparação com o de um juiz togado. Partindo-se do pressuposto de que o constituinte brasileiro lhe garantiu o *status* de cláusula pétreia, a ideia é compreender o júri e seus princípios essenciais correlatos de acordo com a proteção constitucional que lhes fora assegurada. Isso não importa, contudo, que o conteúdo e o alcance dessa proteção possam ser interpretados isoladamente, mas no contexto de um modelo de processo cujas garantias fundamentais devem ser tuteladas com a mesma intensidade.

A fim de viabilizar o desenvolvimento da pesquisa proposta, foi realizado um corte metodológico consistente com a ideia de se analisar o procedimento do júri sob uma dimensão epistêmica. A investigação será limitada, portanto, ao contexto da dinâmica probatória e ao método empregado para a decisão sobre os fatos. Nesse sentido, sem pretender uma abordagem exauriente do tema da prova, um panorama geral acerca de suas premissas essenciais segundo a concepção racionalista será apresentado na proporção em que influenciem ou contribuam para a proposta de aperfeiçoamento do procedimento brasileiro. Ademais, as incursões históricas e os estudos comparativos realizados serão limitados à consecução dos objetivos delineados, em especial o da desconstrução de algumas premissas equivocadas assumidas pela cultura jurídica brasileira. Além do mais, servirão como fonte de inspiração para as soluções buscadas.

O texto encontra-se estruturado em sete capítulos, sendo o primeiro destinado à exposição da concepção racionalista da prova como marco teórico da pesquisa – por meio da qual se acredita possível estabelecer as premissas necessárias para a proposta de um modelo racional de cognição probatória a ser implementado no procedimento do júri. Paralelamente, será realizada uma breve incursão nos temas que se destacam no âmbito da aludida teoria: a verdade e a prova, na medida em que o processo será considerado sob a perspectiva de uma epistemologia cognitivista.

No segundo capítulo pretende-se idealizar uma releitura do fenômeno probatório à luz das premissas teóricas da concepção racionalista. A análise será distribuída de acordo com

cada momento da atividade probatória¹³, a saber: a formação do conjunto probatório e sua produção em juízo – com ênfase para as limitações probatórias e ao procedimento de produção da prova oral; a fase de valoração, na qual se destaca o estudo dos raciocínios empreendidos sobre as hipóteses fáticas a partir das provas; e a etapa da decisão sobre a matéria de fato, onde serão analisados os *standards* probatórios como mecanismos capazes de promover maior apego aos critérios racionais de decisão.

No terceiro capítulo, a garantia da motivação das decisões judiciais será estudada e compreendida em seu potencial de controle e fiscalização do resultado da atividade probatória, cuja ausência no procedimento do júri será problematizada à luz das orientações do caso *Taxquet v. Bélgica*¹⁴ – por meio do qual a Corte Europeia de Direitos Humanos se posicionou sobre o tema. Parece relevante, já nesse momento, contextualizar a abordagem da motivação à perspectiva interna, sob o ângulo constitucional e a partir das contribuições recentes do Código de Processo Civil. Demonstrar o reforço às garantias da motivação e do contraditório será relevante para sustentar a ideia de que a configuração atual do procedimento de júri não se conforma às exigências constitucionais, e de que as reformas processuais nessa área parecem se guiar na direção oposta.

Paralelamente, os capítulos quatro e cinco serão destinados, em grande medida, ao enfrentamento das concepções equivocadas – segundo o entendimento aqui defendido – sobre a ideia do julgamento por íntima convicção como inerente à essência do juízo popular. Para tanto, o primeiro deles será dedicado à análise do papel do júri na determinação dos rumos dos sistemas de apreciação da prova nos contextos da *common law* e da *civil law*. Espera-se, nesse sentido, que a investigação das distintas formas pelas quais as referidas tradições jurídicas desenvolveram seus sistemas probatórios a partir da superação das ordálias, e de como o júri foi inserido nesses contextos, possa explicar o motivo de ter a instituição assumido feições tão distintas em cada uma dessas realidades.

Em seguida, no capítulo subsequente, pretende-se realizar uma abordagem do juízo popular à luz da tradição consolidada por meio da experiência norte-americana, com vistas a demonstrar a racionalidade subjacente à lógica que opera o modelo. Buscar-se-á, ainda, responder a algumas questões essenciais como condição para que se possa sustentar a racionalização pretendida no procedimento brasileiro: em primeiro lugar, se é esperado que os

¹³ Assim como faz Jordi Ferrer Beltrán. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

¹⁴ TEDH, Caso *Taxquet v. Bélgica*, 16 de novembro de 2010, §92. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101739>. Acesso em: 17 de janeiro de 2017.

jurados desempenhem uma função epistêmica; em segundo, se são os mesmos capazes de fazê-lo. As discussões serão apoiadas em pesquisas empíricas levadas a cabo naquele contexto. Ademais, em sendo positivas as respostas encontradas, a ideia é verificar se a orientação do procedimento probatório é determinante para o incremento da racionalidade das decisões dos jurados.

Fixadas as premissas obtidas a partir das investigações precedentes, o sexto capítulo se destinará à análise crítica do júri brasileiro à luz da dinâmica de seu procedimento, bem como sob a perspectiva das propostas de reforma por meio do projeto ora em tramitação. Serão destacados e avaliados os pontos que demonstram a incompatibilidade da sistemática atual aos parâmetros racionais aqui demonstrados.

O sétimo capítulo cuidará, por fim, da perspectiva da racionalização da decisão dos jurados no processo penal brasileiro, escopo que se entende possível realizar por meio da reconfiguração de toda a base de seu procedimento probatório. Nesse sentido, serão formulados os pressupostos essenciais para que o procedimento brasileiro de júri seja capaz de aproximar-se a um ideal de processo racional, o qual se mostre capaz de promover o conhecimento dos fatos a partir de uma dinâmica probatória adequada aos fins epistêmicos. Além disso, ciente de que os veredictos proclamados pelo júri não podem escapar de um rigoroso controle quanto à racionalidade do juízo exercido, buscar-se-á assegurar, por meio dos mecanismos processuais adequados, a efetivação das funções intrínsecas à garantia da motivação.

Ao final, serão sintetizadas as conclusões revestidas de maior essencialidade, alcançadas no curso da investigação.

1. A CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA E A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO EPISTÊMICA DO PROCESSO

1.1. Sobre a concepção racionalista da prova

Em 1972, durante um debate acalorado sobre propostas de reforma no direito probatório em âmbito penal, Sir Rupert Cross – uma das principais referências no estudo do tema no direito inglês do pós-guerra – proclamou a seguinte provocação, em tom de desabafo: “Estou trabalhando para o dia em que minha disciplina seja abolida.”¹⁵ Essa observação casual foi intrigante o bastante para que o jurista inglês William Twining, professor da University College of London, elegesse o direito probatório como objeto de sua pesquisa.

Ciente de que o campo das provas constitui disciplina acadêmica autônoma no direito anglo-americano e que, enquanto tal, destina-se basicamente ao estudo das estritas *rules of evidence*, pareceu para Twining um tanto curiosa a frase de Cross. Em primeiro lugar, segundo ele, a fala seria ideologicamente ofensiva para alguém que via em algumas das aludidas regras probatórias os símbolos de importantes valores liberais destinados a prover algumas frágeis garantias para suspeitos ou acusados de crimes. Em segundo lugar, sob uma perspectiva pessoal, era no mínimo intrigante especular sobre a aparente ambivalência contida na frase, já que estudiosos bem sucedidos deveriam possuir certo interesse na sobrevivência de seus respectivos campos de investigação¹⁶. O que estava implícito na manifestação de Cross, entretanto, era justamente a crítica direcionada ao fato de que o estudo da prova – no modo concebido pela tradição acadêmica anglo-americana – não ia além da análise dessas regras probatórias e acabava por ignorar importantes premissas e teorias relacionadas à matéria.

Diante desse *insight*, Twining se dedicou ao estudo do tema. Suas críticas à disciplina acadêmica do direito probatório tinham quatro fundamentos básicos: em primeiro lugar, o caráter exíguo da literatura mais recente sobre o tema e sua abordagem restrita às *rules of evidence*, negligenciando questões importantes sob um foco multidisciplinar (como as

¹⁵ Tradução livre. TWINING, William. The Story of a Project. In: _____. *Rethinking Evidence: exploratory essays*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 1.

¹⁶ TWINING, William. The Story of a Project. In: _____. *Rethinking Evidence: exploratory essays*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 1.

relacionadas à lógica e à psicologia); em segundo lugar, a disciplina ignora o estudo das teorias significativas relacionadas ao tema, como o legado de Bentham e outros teóricos notáveis ou, no mínimo, utiliza de modo seletivo suas exposições, sem qualquer coerência ou articulação com a análise das regras, das práticas e das instituições vigentes; um terceiro ponto se relaciona com a exposição simplista do discurso acadêmico ortodoxo, que tende à incoerência, já que no plano conceitual a doutrina jurídica não fornece uma base adequada para estabelecer relações com outros tipos de discurso; por fim, uma quarta crítica é dirigida para o potencial distorsivo da atual prática acadêmica, que pode levar a percepções errôneas de questões e fenômenos probatórios-chave no sistema. Isso ocorre na medida em que foca demasiadamente em alguns aspectos e negligencia o estudo de outros, passando a impressão do conhecimento do tema como um todo.¹⁷

Esse foi o ponto de partida para que Twining reunisse os fundamentos para o que ele denominou de “Tradição Racionalista da Prova”. Após vários anos de estudo e pesquisa, o autor identificou as premissas básicas compartilhadas pela ampla maioria dos especialistas que marcaram a trajetória do direito probatório anglo-americano. As mais significativas bases para a elaboração da concepção racionalista foram encontradas em Jeremy Bentham (a partir da majestosa obra *The Rationale of Judicial Evidence*) e John Henry Wigmore (em *Principles of Judicial Proof*)¹⁸, sendo o primeiro, segundo ele, definitivamente o mais relevante. A teoria de Bentham constitui, de acordo com Twining, a mais ambiciosa e completa teoria da prova na história do pensamento jurídico.¹⁹ No entanto, outras importantes referências, como Geoffrey Gilbert, James B. Thayer, Charles F. Chamberlayne e Charles Moore²⁰, também contribuíram para a reunião do conjunto de princípios básicos que a compõem.

Conforme Twining, o direito probatório possui uma rica, mas extraordinariamente homogênea, herança intelectual. Existem numerosas e complexas conexões com outras disciplinas como lógica, epistemologia, historiografia, psicologia, ciência forense e medicina legal, que permanecem pouco exploradas nesse contexto. Seu esforço foi, então, uma tentativa

¹⁷ TWINING, William. The Story of a Project. In: _____. *Rethinking Evidence: exploratory essays*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 2-3.

¹⁸ Antes de desenvolver, propriamente, as bases da Concepção Racionalista da Prova, Twining publicou detalhado estudo sobre as obras de quem ele considerou as duas principais referências da tradição: Bentham e Wigmore. Ver: TWINING, William. *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*. Londres: Weidenfeld and Nicolson, 1985.

¹⁹ TWINING, William. The Rationalist Tradition of evidence scholarship. In: _____. *Rethinking Evidence. op. cit.*, p. 42.

²⁰ Para uma análise detalhada de cada autor e sua contribuição para a Tradição Racionalista, ver: TWINING, William. The Rationalist Tradition of evidence scholarship. In: _____. *Rethinking Evidence. op. cit.*

de desenvolver uma abordagem coerente ao estudo da prova e dos tópicos que com ela se relacionam, dentro de uma concepção de análise mais ampla do que a praticada pela tradição ortodoxa, atualmente dominada pela mera exposição das regras de admissibilidade probatória e sua interpretação jurisprudencial.²¹ Além disso, o autor também alerta para os problemas de desvincular o estudo da prova do estudo do processo, motivo pelo qual a teoria em questão aborda a prova dentro de uma concepção ideal de procedimento cujos princípios básicos e finalidades devem estar inter-relacionados.

Desta forma, as premissas básicas da Tradição Racionalista podem ser divididas em duas categorias: em primeiro lugar, os fundamentos para a construção de um modelo ideal de processo racional; em segundo lugar, as bases para um modelo racional de prova, ou seja, os parâmetros para que as questões de fato possam ser provadas por meios racionais. A primeira categoria é uma versão modificada do modelo Benthaniano de adjudicação, que serve como ponto de partida para que a segunda categoria seja forjada – o modelo probatório, que pressupõe necessariamente um processo que tenha como valor fundamental a “retidão da decisão”.²²

Assim, o escopo central do modelo racional de processo é o alcance dessa integridade da decisão judicial, o que será possível por meio da adequada aplicação do direito material aos fatos precisamente definidos como verdadeiros, em consonância com os princípios de utilidade. Paralelamente, os fatos em questão devem ser considerados provados a partir de *standards* específicos, após uma cuidadosa valoração das provas que ostentarem, ao mesmo tempo, relevância e credibilidade, tendo sido produzidas de um modo direcionado para se atingir a verdade e revelar as falsidades. Essa valoração e consequente decisão sobre os fatos deve ficar a cargo de pessoas supostamente competentes e imparciais, com adequadas garantias contra corrupção e erro, sendo assegurada adequada possibilidade de revisão.²³ Segundo Ian Dennis, esse modelo “incorpora a ideia de que a busca da verdade através da razão é um meio necessário para atingir a justiça”.²⁴

Já o modelo ideal do direito probatório, a partir da Tradição Racionalista, tem como premissa epistemológica fundamental que o conhecimento dos fatos pretéritos é possível e

²¹ TWINING, William. Evidence and Legal Theory. *The Modern Law Review*. v. 47, n. 3, maio de 1984, p. 7. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1984.tb01652.x/abstract;jsessionid=25F4D5CFBF63D0FF1C0D4EDB037B0833.f04t01>. Acesso em: 27 de maio de 2015.

²² TWINING, William. *The Rationalist Tradition... cit.*, p. 77.

²³ TWINING, William. *The Rationalist Tradition... cit.*, p. 76.

²⁴ DENNIS, Ian. *The Law of Evidence*. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2010, p. 29.

que estabelecer a verdade sobre esses fatos é condição necessária para se alcançar a justiça no processo, sendo a sua determinação incorreta uma forma de injustiça²⁵.

Segundo Twining, os pressupostos característicos do discurso sobre a prova dentro da tradição racionalista podem assim ser sucintamente expostos: a epistemologia é cognitivista, em vez de cética; a teoria da verdade como correspondência é geralmente preferível à teoria da verdade como coerência; o modo de tomada de decisão é vista como racional em contraste com os irracionais; o modo característico de raciocínio é pela via da indução; e a busca da verdade, como um meio para obter a justiça nos termos da lei, enseja uma alta, embora não necessariamente intransponível, prioridade como valor social.²⁶

É importante deixar claro que a reunião dos princípios que fundamentam a concepção racionalista da prova, nos moldes propostos pelo autor, teve como objeto de análise a literatura forjada no âmbito da tradição de *common law*, de matriz adversarial. Sabendo-se das peculiaridades que distanciam as culturas de *common law e civil law*, sendo a última de matriz inquisitória, pode pairar a dúvida acerca da compatibilidade de seus fundamentos a estas realidades distintas.

Mais adiante serão tecidas maiores considerações a respeito das características dos sistemas de *common law e civil law* e seus respectivos modelos de processo. Por ora, interessante registrar uma das críticas que fora lançada pelos processualistas civis à concepção racionalista: apesar de se tratar de um modelo ideal, reconstruído a partir dos escritos provenientes do direito anglo-americano, ele parece ostentar uma maior compatibilidade com o modelo inquisitorial de processo do que com o adversarial. Isso porque é sabido que o

²⁵ Além disso, outros fundamentos se fazem presentes, como aponta Twining: “1) A noção de prova no direito processual está ligada ao estabelecimento de métodos racionais aptos a determinar as questões de fato. Nesse contexto, para evitar impropriedades, importante distinguir questões de fato e questões de direito, questões de fato e questões de valor, questões de fato e questões de opinião. 2) Estabelecer a verdade dos fatos alegados no processo é tipicamente uma questão de probabilidade, estando esta aquém da absoluta certeza. 3) Conclusões acerca das probabilidades das alegações sobre fatos pretéritos devem ser alcançadas através do raciocínio sobre as provas relevantes apresentadas. O método característico e apropriado para raciocinar sobre probabilidades é o raciocínio indutivo. 4) Julgamentos sobre probabilidades devem, em geral, se basear no estoque de conhecimentos disponível acerca do curso comum dos eventos, o que é largamente uma questão de senso comum suplementada por conhecimento científico especializado, quando disponível. 5) A busca da verdade (preocupação em maximizar a precisão na determinação dos fatos) deve ter uma relevante, mas não definitiva, prioridade em relação a outros valores, tais quais o segredo de Estado, a proteção das relações familiares ou a contenção dos métodos coercitivos de interrogatório. 6) Uma base crucial para avaliar os institutos relacionados à decisão sobre os fatos, como as regras, procedimentos e técnicas aplicáveis, é a análise do quanto estes estão orientados para maximizar a precisão na determinação dos fatos, no entanto, outros critérios como a razoabilidade dos prazos, os custos, a equidade do processo, a humanidade, a confiança pública e a necessidade de evitar a humilhação também devem ser levados em consideração. 7) O papel primordial da psicologia e da ciência forense é orientar sobre a credibilidade dos diversos tipos de prova e desenvolver métodos e mecanismos para incrementar essa confiança.” Tradução livre. TWINING, William. *The Rationalist Tradition... cit.*, p. 76.

²⁶ TWINING, William. *The Rationalist Tradition... cit.*, p. 78.

primeiro é mais diretamente preocupado com a busca da verdade e com a aplicação do direito do que o segundo, que se dirige principalmente para o fim da resolução de conflitos.²⁷

Quanto ao esse questionamento, Twining ressalta ser notório que os atuais sistemas de *common law* e *civil law* são formas híbridas, já que comportam uma mistura de elementos provenientes de ambos os modelos em suas concepções puras. O autor explica que os modelos propostos pela concepção racionalista de adjudicação e de prova têm como foco a fase do procedimento que se desenvolve perante o julgador (juiz ou júri), fase que geralmente acaba não ocorrendo na prática adversarial em vista dos mecanismos disponíveis de acordo e barganha. Em se tratando dessa fase em particular, os *standards* para se atingir uma decisão correta não são (ou não devem ser) significativamente distintos entre os dois sistemas. No mesmo sentido, afirma ele que os escritores mais significativos acerca do tema, como Bentham e Wigmore, se mostravam extremamente críticos em relação a vários aspectos do sistema de *common law*.²⁸

Por outro lado, a ideia de que a cultura da *common law* não estaria tão interessada na busca da verdade em virtude dos aspectos que caracterizam o modelo adversarial, é profundamente contestada²⁹ e não passa de uma falácia. O que ocorre é que o referido modelo assume uma lógica diversa daquela concebida pelo processo inquisitorial, mas essa dicotomia apenas denota o estabelecimento de métodos distintos para o alcance de um mesmo fim.

Paralelamente, uma das críticas da teoria racionalista é no tocante à imposição de limitações jurídicas aos elementos de informação que serão levados ao conhecimento do julgador (limitações probatórias) pelo seu potencial de restringir a busca da verdade. Tal crítica também distoia da essência da cultura probatória anglo-americana, que tem nas regras de exclusão sua principal marca. Não obstante, sustenta-se que o propósito primordial dessas regras é o de evitar influências indevidas de determinados elementos probatórios no espírito dos jurados, cidadãos sem conhecimentos jurídicos e, portanto, mais suscetíveis a erros e preconceitos ao exercer a atividade valorativa. Verifica-se, pois, um fundamento racional para sua existência, o que não afasta a necessidade de uma discussão mais aprofundada acerca da conveniência de sua manutenção.

O mérito da Tradição Racionalista, cujos fundamentos foram traçados por Twining, foi o de chamar a atenção para a necessidade de se repensar a disciplina da prova à luz de

²⁷ TWINING, William. *The Rationalist Tradition... cit.*, p. 81.

²⁸ TWINING, William. *The Rationalist Tradition... cit.*, p. 86.

²⁹ Conforme se demonstrará adiante, ao longo dos capítulos 4 e 5.

critérios racionais hábeis a determinar a verdade dos fatos, bem como o estabelecimento da verdade como o meio necessário para a garantia da justiça pelo processo. Mais ainda, em sendo o processo um instrumento que tem na reconstrução verdadeira de fatos da vida um pressuposto necessário para a imposição das consequências jurídicas previstas em lei, de modo que grande parte de seu desenvolvimento esteja relacionado à atividade probatória, é motivo de preocupação que o estudo dos fatos e dos métodos próprios de investigação seja sistematicamente negligenciado por parte da doutrina processual³⁰. O mesmo desequilíbrio pode ser observado em meio à prática processual, considerando-se que os discursos judiciais concentram-se, de forma muito mais significativa, na análise das questões jurídicas, enquanto as questões fáticas são apreciadas intuitivamente e sem maiores critérios, relegadas à contingência do senso comum.

Além disso, também merece destaque a ênfase da teoria no sentido de que o raciocínio sobre a prova deve ser uma atividade natural, e não propriamente jurídica. Uma vez que a prova não é instrumento próprio da ciência do direito, já que é utilizada para investigar e demonstrar a verdade dos fatos no cotidiano e nas mais diversas áreas do conhecimento, não há razões para que sua abordagem no processo seja essencialmente distinta daquela adotada em outros campos. Isso leva à necessidade de estabelecer relações com outros ramos do pensamento, como a filosofia, a psicologia e a lógica, ao invés de focar exclusivamente na sua dimensão jurídica. Por outro lado, dizer que a valoração probatória deve ser livre não significa pautar-se na convicção subjetiva do julgador como critério de decisão, mas tão somente desprendê-la de restrições jurídicas. Assim como em qualquer ciência, o investigador deve ser livre nos métodos empregados para estabelecer uma hipótese fática, mas, por outro lado, deve ser capaz de demonstrar racionalmente seus achados perante a comunidade científica, valendo-se dos critérios lógicos adequados.

O legado de Bentham e os fundamentos básicos mais relevantes da Tradição Racionalista da prova também encontram suporte no âmbito da doutrina continental, onde se pode identificar, inclusive, uma crescente literatura a compartilhar tais valores, conquanto ainda representem uma tendência minoritária.³¹

³⁰ Essa negligência com o manejos dos fatos, especialmente no contexto do ensino jurídico, fora denunciada por Twining no trabalho intitulado *Taking Facts Seriously*, no âmbito do qual voltou a ressaltar a necessidade de um estudo interdisciplinar do direito probatório. (TWINING, William. *Taking Facts Seriously*. In: _____. *Rethinking Evidence*. op. cit., p. 15-34).

³¹ Ainda prevalecem as concepções fechadas da prova judicial, derivadas, por um lado, do ceticismo relacionado à possibilidade de o processo estabelecer a verdade fenomênica e, por outro, da intensa regulação jurídica em matéria probatória, movida por fins garantísticos diversos. Essas concepções, responsáveis por atribuir ao fenômeno probatório em sede judicial características e disciplina próprias, não creem que a prova jurídica possa

Embora direcionado a uma investigação muito mais ampla destinada a compreender o sistema penal em suas bases filosóficas, políticas e jurídicas, Luigi Ferrajoli procurou estabelecer as bases para um modelo de processo que se mostrasse hábil a recepcionar os cânones garantistas, em meio ao qual é possível identificar traços que convergem aos ideais da concepção racionalista. Em sua obra *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*³², o autor explora esse modelo de garantismo ideal que se funda sobre um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, configurado por distintos princípios garantistas.³³ Esse esquema epistemológico é cognitivista, assegurado pelo princípio da estrita jurisdicionalidade, que, por sua vez, exige as condições de verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias com base em sua prova empírica.³⁴ Ferrajoli estabelece o ideal de verdade como correspondência e se opõe aos modelos decisionistas que abrem espaço para um substancialismo autoritário no exercício do poder jurisdicional.

Por outro lado, uma grande referência no estudo da prova em sua concepção racionalista, com elementos muito próximos aos delineados por Twining, é o autor italiano Michele Taruffo³⁵, um dos mais prestigiosos juristas do panorama processual europeu.

Conforme o autor, resulta evidente uma estreita conexão entre a ideologia racional³⁶ da decisão judicial (e, em específico, da decisão sobre as questões de fato) e a concepção

ser estudada desde a perspectiva de sua noção geral, própria da epistemologia e das ciências naturais. Sobre esse aspecto ver FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 23 e ss. Ver também: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2011, p. 341 e ss.

³² As referências aqui utilizadas terão como base, no entanto, ora a sua versão traduzida para o português: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; ora a tradução espanhola: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón... cit.*, p. 34.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón... cit.*, p. 36.

³⁵ Dentre as várias obras dedicadas ao tema, destaca-se “*La prova dei fatti giuridici*”, na qual alguns dos principais fundamentos da concepção racionalista são apresentados (como a questão da verdade no processo, a determinação dos fatos e a confirmação das hipóteses, o caráter metajurídico da prova, sua função demonstrativa (em contraste à função persuasiva), bem como os parâmetros para sua admissibilidade, produção e valoração racionais). As referências aqui utilizadas terão como base sua versão em espanhol: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2011.

³⁶ “*En primer término, es preciso subrayar que la adopción de una concepción racionalista —o simplemente “racional”— de la decisión judicial no puede considerarse una premisa pacífica, como dada a priori. Por el contrario, se trata de una opción valorativa, de índole esencialmente ideológica, con profundas implicaciones culturales y políticas (...). Esta opción puede o no hacerse, en varios niveles. Según procuraré demostrar, tan sólo si la misma se comparte de forma coherente en todos ellos podrá decirse que el sistema de administración de justicia se inspira en una ideología racional de la decisión.*” TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. In: TARUFFO, Michele; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; CANDAU PÉREZ, Alfonso. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 17-18.

democrática da administração da justiça. Os parâmetros desta ideologia racional, segundo ele, seriam explicitados de forma sucinta pelos seguintes termos: prova como instrumento epistêmico; decisão como fruto de inferências lógicas; verdade/falsidade dos enunciados fáticos; motivação como justificação racional; possibilidade de controle; concepção democrática do poder.³⁷

Interessante destacar que o autor procura, além de estabelecer as bases para uma apreciação racional da prova, buscar mecanismos para controlar a atividade valorativa do julgador. Ciente da discricionariedade inerente ao ato de valoração subjetiva dos elementos probatórios, Taruffo se preocupa com sua subversão e o perigo de que se converta em arbitrariedade subjetiva. Os controles possíveis nesse sentido são os mais variados, como o que decorre da regulação jurídica da admissibilidade dos meios de prova, evitando as consideradas potencialmente suspeitas; o que se extrai da regulação do procedimento de produção de prova, de modo a prezar por sua eficácia; e, inclusive, por meio das regras de prova legal, que excluem a discricionariedade valorativa do juiz³⁸, apesar de alguns não serem desejáveis de acordo com a concepção racionalista.

O autor destaca, por outro lado, a necessidade de verificação da racionalidade na valoração das provas, considerando que os critérios de racionalidade operam como critérios de controle sobre a fundamentação do raciocínio do juiz. Esta racionalidade pode ser verificada de duas formas: *ex ante*, uma vez que o juiz desenvolva seu raciocínio sobre as provas a partir de critérios racionais; e *ex post*, na medida em que a validade desse raciocínio possa ser verificada posteriormente por outros sujeitos, pelos mesmos critérios, por meio do controle sobre a motivação da decisão sobre os fatos.³⁹

Além disso, Taruffo explica que o princípio do contraditório igualmente desempenha uma função de controle, no caso, procedimental. Em outras palavras, a imposição do contraditório em sua concepção de influência permite desempenhar um controle *ex ante* sobre a racionalidade do ato de valoração, uma vez que garante às partes a prerrogativa de expor suas hipóteses e a eficácia que esperam ser atribuída às provas para efeito da determinação dos fatos. Nesse sentido, o contraditório permite que as partes se manifestem preventivamente quanto aos poderes discricionários do juiz na valoração das provas, de modo a elaborar argumentações defensivas a respeito dos elementos sobre os quais se fundará a decisão, com

³⁷ TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba... *cit.*, p. 44-45.

³⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 421.

³⁹ *Idem*, p. 422.

vistas a evitar que a discricionariedade se transforme em arbitrariedade. Para isso, no entanto, é imperioso que as partes explorem a prova em sua função demonstrativa, expondo suas teses racionalmente para impulsionar o juiz a decidir com a mesma racionalidade. Se, ao contrário, as partes se limitam ao recurso da retórica na tentativa de persuadir o julgador (função persuasiva da prova), abrem-se os espaços indefinidos da discricionariedade incontrolada, de modo que o juiz tem menos condições de buscar sozinho a desejável racionalidade.⁴⁰

A convergência do pensamento de Taruffo com a Tradição Racionalista da Prova também pode ser constatada em diversas outras obras e artigos⁴¹, com especial destaque para sua recente obra “*La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*”. Nesta oportunidade, o autor procura revisitar o problema da verdade no processo e analisar a função do juiz de determinação dos fatos, estabelecendo as bases para que o processo adquira uma dimensão verdadeiramente epistêmica.

Dentro do mesmo fluxo de ideias, é possível identificar uma expressiva corrente de autores dedicando-se ao estudo da prova de um modo que, em alguma medida, se aproxima desta concepção racionalista, o que evidencia que a mesma vem gradativamente ganhando força.

Discípulo de Taruffo, Jordi Ferrer Beltrán demonstrou semelhante preocupação com a atenção insuficiente que se vinha dedicando aos problemas relativos à prova dos fatos no âmbito processual. Aponta o autor que os teóricos do direito, em geral, estão mais interessados pela justificação das decisões judiciais do que na seleção das premissas fáticas, aspecto este que acaba ignorado. Tampouco a dogmática processual cuida do tema, já que seus principais esforços concentram maior rigor na descrição e sistematização das regras sobre prova de cada sistema jurídico, ignorando, igualmente, a própria prova e seu conceito. Por esses motivos, classifica de atípica sua obra “*Prueba y verdad en el derecho*”⁴² que pretende abordar, “desde a ótica da teoria do direito, os problemas conceituais da noção de prova e de fato provado, assim como as possibilidades de justificação racional da seleção das premissas fáticas do raciocínio judicial.”⁴³

⁴⁰ *Idem*, p. 433-435.

⁴¹ Dentre os quais cita-se: TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Cedam: Padova, 1975; e TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión: Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012. Este último é constituído de vários artigos independentes e que muito interessam para o estudo da concepção racional da prova, com especial ênfase para os seguintes: “La verdad como valor social y jurídico”; “La dimensión epistémica del proceso”; “La valoración racional de la prueba”; “La motivación de la decisión de los hechos” e “Función de la prueba: la función demostrativa”.

⁴² FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

⁴³ *Idem*, p. 16-17.

Seguindo-se na mesma linha, o autor deu continuidade à pesquisa anterior por meio da obra: “*La valoración racional de la prueba*”⁴⁴, além de artigos, como o “*La Prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana*”⁴⁵, nos quais encontra-se menção expressa⁴⁶ às ideias da Tradição Racionalista da Prova. Na medida em que assente com o contexto de incerteza que caracteriza a decisão sobre os fatos no processo ante a impossibilidade de se alcançar a verdade absoluta, Ferrer Beltrán sublinha que tal caráter não constitui uma peculiaridade do âmbito jurídico, mas, ao contrário, aplica-se a qualquer âmbito de conhecimento. Afirma o autor que “nem a incerteza que caracteriza a tomada de decisão judicial sobre a prova, nem o caráter regrado da mesma, permitem concluir sem maior cuidado que não é possível aplicar a essa tomada de decisões as categorias e os critérios de racionalidade próprios da epistemologia geral.”⁴⁷ Dedicar-se o autor, desta forma, ao estabelecimento de critérios racionais para nortear a valoração da prova já que, como destaca, “somente através de uma concepção racionalista da prova (que afaste a vinculação entre prova e convencimento puramente psicológico do juiz) é possível tornar efetivo o direito à prova em todo o seu alcance, e, conseqüentemente, o direito à defesa.”⁴⁸

A preocupação com a subjetividade das decisões também se faz presente em obra⁴⁹ do físico e epistemólogo Larry Laudan, para quem a mesma é agravada pelo caráter subjetivo dos *standards* de prova. O autor chama a atenção para a escassez de estudos no âmbito da concepção racionalista da prova, ressaltando que a perspectiva dominante, tanto na tradição romano-germânica, quanto na anglo-saxônica, é a psicológica ou persuasiva, para a qual o

⁴⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

⁴⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana*. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.) *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

⁴⁶ Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem: “*Esta tesis supone la asunción de algunos compromisos importantes. En primer lugar, la inscripción del trabajo en lo que se ha dado en llamar la tradición racionalista acerca de la prueba. A su vez, esta pertenencia a la tradición racionalista conlleva la defensa de algunas tesis centrales: a) la averiguación de la verdad como objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial; b) la aceptación del concepto de verdad como correspondencia (...); c) el recurso a las metodologías y análisis propios de la epistemología general para la valoración de la prueba (...)*” FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 19.

⁴⁷ Tradução livre. No original: “*(...) ni la incertidumbre que caracteriza la toma de decisión jurídica sobre la prueba ni el carácter reglado de la misma permiten concluir sin mayor detenimiento que no es posible aplicar a esa toma de decisiones las categorías y los criterios de racionalidad propios de la epistemología general.*” FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración... cit.*, p. 29.

⁴⁸ Tradução livre. No original: “*(...) sólo a través de una concepción racionalista de la prueba (que rechaza la vinculación entre prueba y convencimiento puramente psicológico del juez) es posible hacer efectivo el derecho a la prueba en todo su alcance y, consiguientemente, también el derecho a la defensa.*” FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración... cit.*, p. 54.

⁴⁹ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

objetivo primordial da prova seria a produção do convencimento subjetivo do julgador. Nesse contexto, o maior problema dos *standards* é a subjetividade de sua formulação e a falta de um método para sua aplicação e verificação, o que conduz à necessidade de se buscarem critérios mais racionais para tornar possível o controle sobre a correção do raciocínio probatório.

Marina Gascón Abellán também ressalta a importância da busca pelo conhecimento racional dos fatos na obra “*Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*”⁵⁰. Conforme a autora, a declaração dos fatos que se consideram provados no âmbito do processo já não pode ser concebida como um momento místico e/ou insuscetível de controle racional, como já foi frequente em muitas ideologias. Por outro lado, defendendo o recurso ao método da probabilidade indutiva, Gascón Abellán explica que o objetivo do conhecimento indutivo, de acordo com as novas epistemologias empiristas, não é o de produzir certezas absolutas mas, ao contrário, de produzir hipóteses válidas apoiadas em fatos que as fazem prováveis, o que restaurou a confiança em uma racionalidade empírica hábil a recuperar, por meio do conceito de probabilidade, um elemento de objetividade. Sendo assim, já que o conhecimento indutivo não produzirá resultados infalíveis, devem ser introduzidas todas as garantias epistemológicas possíveis para lograr uma maior confiabilidade na determinação fática e facilitar sua eventual revisão.⁵¹

No Brasil ainda se observa uma certa carência de fontes aprofundadas em relação ao direito probatório que se alinham à concepção apresentada, tema que permanece pouco explorado. Mais do que isso, arrisca-se a dizer que ainda se mostram expressivas algumas correntes de pensamento céticas⁵², que restringem o estudo da prova aos contornos

⁵⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

⁵¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos... cit.*, p. 12.

⁵² Com especial destaque no processo penal, pode-se exemplificar essa corrente cética a partir das considerações de Aury Lopes Jr.: “... defendemos uma postura cética em relação à verdade no processo penal. Mais, negamos completamente a obtenção da verdade como função do processo ou adjetivo da sentença. Não se nega que acidentalmente a sentença possa corresponder ao que ocorreu (conceito de verdade como correspondente), mas não se pode atribuir ao processo esse papel ou missão. Não há mais como pretender justificar o injustificável nem mesmo por que aceitar o argumento de que, ainda que não alcançável, a verdade deve ser um horizonte utópico... O ponto-chave é negar a ‘verdade’ como função do processo (até para fugir da armadilha do sistema inquisitório, fundado na busca da verdade). É uma ingenuidade que reflete a crença na onipotência do conhecimento jurídico moderno.” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 575.) Em sentido semelhante, destaca-se, ainda, a conclusão de Salah Khaled Jr.: “... não é somente a exigência de contenção do poder punitivo que impõe o abandono de uma concepção de processo orientada pela busca da verdade, mas que é a própria impossibilidade de ser atingida uma verdade correspondente – mesmo relativa ou aproximada – o maior argumento para que as regras do jogo tenham primazia sobre qualquer ambição de verdade, pois no final restará apenas representância. Com isso, estamos sustentando que a verdade será na melhor das hipóteses contingencial e que a sentença condenatória somente pode ser legitimada caso as regras do devido processo legal sejam estritamente respeitadas, o que permite maximizar as possibilidades de redução de

particulares e próprios da dimensão jurídica. Essas correntes caminham na contramão da tradição racionalista, defendendo, habitualmente, a preponderância da função persuasiva da prova e o caráter contingencial da verdade no processo. Como consequência, a legitimidade da decisão seria verificada por meio da observância do procedimento adequado e das garantias processuais pertinentes, sendo irrelevante, dentro de tal contexto, a determinação verdadeira dos fatos.⁵³

Nesse sentido, como ressalta Lima Guerra, a doutrina brasileira é ainda mais deficitária no que se refere ao tratamento de aspectos epistemológicos da prova judicial. “Temas como o dos critérios (e os métodos lógicos) de valoração das provas, a determinação de *standards* probatórios a serem observados nessa atividade e outros assuntos correlatos receberam pouquíssima e ainda insipiente atenção.”⁵⁴

É possível identificar pontualmente, entretanto, algumas vozes que traduzem o pensamento racional e metajurídico acerca da atividade probatória e da decisão sobre os fatos.

As premissas de uma valoração racional, por meio da compreensão metajurídica do fenômeno probatório, foram expostas por Flávio Mirza⁵⁵ no âmbito de sua pesquisa doutoral (dentro da perspectiva da prova pericial). Buscando desconstruir a cultura de decisão rendida à supremacia do perito⁵⁶, o qual se supõe detentor de saber inacessível e inquestionável, o professor se vale das inovações trazidas pela jurisprudência paradigmática da Suprema Corte norte-americana para estabelecer propostas de solução direcionadas a aprimorar a avaliação da prova científica. Nesse percurso, importantes considerações para uma concepção racional

danos decorrentes de convicções equivocadas.” (KHALED JR., Salah H. *A Busca da Verdade no Processo Penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 591.)

⁵³ O alerta para essa tendência também fora feito por Leonardo Greco: “O processo estudaria apenas os meios e o modo como o conhecimento dos fatos é produzido como premissa necessária da sentença judicial, estabelecendo ainda, juntamente com o direito material e em benefício deste, algumas regras mais ou menos interventivas na sua investigação ou na sua avaliação. Se essas regras jurídicas tiverem sido observadas, nenhuma importância terá o resultado, que poderá tanto estar muito próximo quanto muito distante da realidade da vida.” GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Anos IV e V, n. 4-5. Campos dos Goytacazes: FDC, 2003-2004, p. 214.

⁵⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf>. Acesso em 23 de junho de 2015, p. 7742.

⁵⁵ MIRZA, Flávio. *Prova Pericial*: Em busca de um novo paradigma. 2007. 177 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2007.

⁵⁶ “É bem verdade que o juiz dificilmente rejeita as conclusões do perito. Isso nos permite afirmar que a prova pericial virou uma verdadeira prova legal.” (MIRZA, Flávio. *Prova Pericial... cit.*, p. 92).

são tecidas, como as que se referem à busca da verdade e à função demonstrativa da prova – as quais também se expressam em diversos artigos de sua autoria.⁵⁷

Paralelamente, pode-se mencionar, com especial destaque, Leonardo Greco, cujas ideias coincidentes com as da tradição racionalista se expressam em várias de suas obras.⁵⁸ Em suas “Instituições de Processo Civil”⁵⁹, nas seções que tratam da teoria geral da prova e das limitações probatórias, respectivamente, o professor expõe as bases para a compreensão do tema, aludindo ao que chama de concepção metajurídica, a qual “se contrapõe à retórica e às provas legais e identifica a prova como um fenômeno humano, utilizado pelo conhecimento em todas as áreas do saber, e não como um fenômeno exclusivo e típico do processo judicial”⁶⁰.

Além disso, como resultado dos trabalhos do grupo de pesquisa sob sua coordenação, voltado para o estudo da prova dentro da visão aqui explicitada, fora elaborado um projeto de lei destinado a alterar a vigente disciplina jurídica probatória do processo civil⁶¹, cujas considerações iniciais revelam com especial critério as mais importantes premissas teóricas de uma visão racionalista da prova, as quais servem de inspiração para o presente trabalho⁶².

⁵⁷ Dentre os quais, pode-se citar: MIRZA, Flávio. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. In: BASTOS, Marcelo Lessa. AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 205 e ss.; _____. Notas sobre a Avaliação da Prova Pericial: Resgatando a Causalidade. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. V. XIV, 2014, p. 126 e ss.; _____. Considerações sobre Questões de Direito Probatório (em matéria penal). In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. V. XII, 2013, p. 193 e ss.; _____. Valoração da Prova: reflexões sobre os sistemas de apreciação. In: _____. (org.). *Direito Processual*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 123 e ss.

⁵⁸ Dentre as mais relevantes, cabe citar os artigos “O conceito de prova” (GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Anos IV e V, n. 4-5. Campos dos Goytacazes: FDC, 2003-2004); “A verdade no Estado Democrático de Direito” (GRECO, Leonardo. A verdade no Estado Democrático de Direito. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. 15/340. jan. a jun. 2005); “Limitações probatórias no processo civil” (GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. ano 3. v. IV. jul.-dez. 2009. p. 4-28); e, da mesma forma, os capítulos IV e V do volume II de suas “Instituições de Processo Civil” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011).

⁵⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições... op cit., passim*.

⁶⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. cit, p. 86. Com apoio em Giovanni Verde conclui que, “hoje em dia, toda reflexão sobre a prova deve considerar: a) a necessidade de construir a investigação do juiz como racional; b) a possibilidade-necessidade lógica de distinguir a questão de fato da questão de direito; c) a possibilidade-necessidade de indicar um modelo racional que permita ao juiz a reconstrução dos fatos; d) a articulada qualificação jurídica dos fatos; e) a possibilidade de controle da racionalidade de tais escolhas por parte dos jurisdicionados, dos tribunais superiores e demais cidadãos. O processo moderno tem caráter racional, assentando-se sobre uma avaliação dos fatos que deve explicitar-se em argumentações controláveis ou aceitáveis por toda a coletividade.” (*Idem*, p. 87-88.)

⁶¹ As considerações do Prof. Greco sobre o trabalho, do qual tive a honra de participar, bem como a íntegra do projeto seguida das justificativas dos autores foram publicadas em quatro partes na Revista de Processo, da Editora Revista dos Tribunais, nos volumes 240 a 243, relativos aos meses de fevereiro a maio de 2015, sob o título “A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro”.

⁶² “Os sistemas processuais se preocuparam, durante séculos, em estabelecer regras minuciosas de admissibilidade e avaliação das provas, como se a verdade processual tivesse uma essência própria, pouco ou

É justamente a partir dessas orientações que o presente trabalho assume o objetivo de estabelecer uma desejável racionalidade na valoração das provas e na consequente decisão sobre os fatos no âmbito do procedimento do júri, a partir dos preceitos estabelecidos pela concepção racionalista da prova.

A ênfase dada por essa concepção para a necessidade de se considerar a prova – e, conseqüentemente, os fatos – fora da disciplina jurídica, de modo a prestigiar o retorno aos métodos naturais de investigação, foi o pretexto para que se idealizasse a contextualização de tais premissas ao âmbito do juízo por jurados, onde o sistema delega aos cidadãos sem conhecimentos jurídicos a decisão sobre os fatos. Por outro lado, a ideia de se estabelecer uma forma de racionalidade *ex ante*, por meio de um modelo probatório racional, parece interessante em meio a um procedimento no qual as decisões não são, por essência, motivadas. A falta de fundamentação dos veredictos não pode servir como pretexto para se renunciar a qualquer forma de controle sobre o conteúdo das decisões dos jurados.

Entretanto, parece ser a instituição do júri revestida de uma espécie de blindagem no contexto brasileiro uma vez que poucos ousam questionar a dinâmica de seu funcionamento e a sua flagrante violação a diversas garantias fundamentais do processo. Apesar das críticas dirigidas à ausência de um possível controle sobre o fundamento das suas decisões, praticamente não há quem ouse desafiar o contexto irracional sobre o qual essas decisões são construídas, principalmente no que concerne à configuração do procedimento probatório e à ausência de preparo dos jurados para o desempenho de sua função.

Toda a dinâmica do procedimento bifásico, do modo como previsto pela atual disciplina processual, repousa sobre a ideia de que o juízo popular seria potencialmente

nada dependente daquela que se encontra no mundo real, quando, ao contrário, como evidenciou Jeremias Bentham, a busca da verdade não é uma atividade privativa do juiz, e o resultado que o juiz deve buscar deve ter a mesma consistência daquele que é objeto da investigação dos fatos em qualquer outra área do conhecimento humano. Afinal, como acentua Tuzet, a verdade é relevante para o processo, porque não interessam quaisquer decisões, mas sim decisões justas e a verdade fática é uma das condições da justiça substancial. Essa concepção se distancia das provas legais, porque, enquanto estas constituem um sistema fechado, que submete o juiz às regras da lei, aquela se baseia num sistema aberto, em que o juiz deve recorrer aos métodos e critérios de todas as outras áreas de conhecimento para descobrir a verdade, porque o direito não é capaz de, por si só, fornecer os meios e as diretrizes para apurar com segurança todos os fatos. Por outro lado, essa concepção não se harmoniza com o livre convencimento puramente retórico, porque é preciso cercar a cognição probatória da mais estrita precisão para assegurar o caráter demonstrativo da definição dos fatos, com o emprego da epistemologia – como teoria do conhecimento empírico fundado na experiência científica e na lógica do razoável –, do senso comum e da própria lógica formal, através do respeito aos princípios da não contradição e da racionalidade interna da decisão probatória. Daí decorre a crítica inevitável às limitações probatórias e ao artificialismo normativo, que sobrevivem em muitos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, que as reformas processuais não têm tido a disposição de enfrentar e que exigirão a formulação de um novo conjunto de regras para o direito probatório”. GRECO, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro: Primeira parte do Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”. In: *Revista de Processo*. Vol 240, 2015, pp. 61-136.

incerto – para não se dizer arbitrário – , o que leva ao estabelecimento de um criterioso filtro destinado a evitar que prováveis inocentes sejam submetidos ao julgamento popular. Essa configuração acaba responsável por consagrar, na prática judiciária, o costume de concentrar o procedimento instrutório na primeira etapa do procedimento, perante o juiz, de modo a subtrair dos jurados o conhecimento da prova e reservar aos mesmos somente a teatralidade e os esforços persuasivos da retórica dos atores processuais.

Além disso, é lugar comum no pensamento jurídico pátrio a ideia de que não se deve buscar qualquer racionalidade na decisão dos jurados, estando a sua legitimidade apoiada em seu caráter democrático, na soberania da *vox populi*, em sua capacidade de expressar os valores e o sentimento da comunidade a partir da convicção íntima de cada cidadão, com base na *law of the land*.⁶³ Essa ideia será contestada mais adiante. Por ora cumpre apenas ressaltar que, a despeito de terem sido tais fundamentos relevantes ao longo da consagração histórica da instituição, os mesmos não são mais aptos a respaldar, por si só, o conteúdo das decisões populares. Até mesmo no sistema inglês, reconhecido como berço do júri na história, identifica-se uma preocupação e conseqüente empenho em se estabelecer uma racionalidade nos veredictos e em evitar erros de valoração, a exemplo do que se observa por trás dos escopos de algumas regras de exclusão de provas e no caráter criterioso das instruções fornecidas aos jurados. Basta dizer que foi no âmbito da *common law* e, portanto, paralelamente ao júri, que se erigiram os fundamentos da *Rationalist Tradition of Evidence Scholarship* acima transcritos, o que refuta a suposição de que o juízo popular seria incompatível com os anseios racionalísticos de valoração probatória e decisão sobre os fatos.

Ademais, a racionalidade que se procura estabelecer nas decisões do júri será buscada a partir dos fundamentos da concepção aqui exposta. Esta concepção tem como premissa a liberdade na valoração dos elementos probatórios com base no senso comum⁶⁴, atividade esta

⁶³ Um dos grandes motivos para essa orientação é a ideia que se firmou no contexto brasileiro de que a íntima convicção lhes autorize a julgar unicamente com base nos ditames de sua consciência, podendo decidir além das provas e contrariamente a elas. Esse pensamento é deturpado, conforme se buscará demonstrar, correspondendo ora a uma concepção medieval de júri – enquanto testemunhas do fato – , ora à ideologia que permeou o transplante do júri para a *civil law*, a qual foi responsável por sua completa desfiguração. Não representa, portanto, a imagem do modelo de juízo por jurados que se consolidou ao longo da experiência no contexto anglo-americano, a qual parece ostentar grande preocupação com a racionalidade dos veredictos.

⁶⁴ Quando se faz menção ao senso comum como possível recurso a ser utilizado na atividade valorativa, certamente não se está a defender uma noção epistemologicamente duvidosa, que remete à subjetividade do raciocínio judicial, guiada por preconceitos, estigmas ou preferências pessoais do julgador. A concepção geral do senso comum admitida no contexto da valoração racional da prova é definida por Taruffo como “*un conjunto de conocimientos y de criterios de juicio, de razonamiento y de interpretación, que se presumen ser generalmente o prevalentemente compartidos en un ambiente social determinado en un cierto momento histórico.*” (TARUFFO, Michele. Sentido Común, Experiencia y Ciencia en el Razonamiento del Juez. In: _____. *Sobre las Fronteras: Escritos sobre la Justicia Civil*. Tradução de Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2006, p. 118). Por outro lado,

a ser desenvolvida sem qualquer apego a métodos ou limitações tipicamente jurídicos, o que por sua vez não lhe supõe arbitrariedade. Ao contrário, a exemplo do que sucede com a investigação dos fatos nos demais ramos do conhecimento, a análise valorativa dos elementos probatórios deve estar amparada pelos métodos lógicos e racionais aptos a permitir conclusões válidas acerca da matéria de fato apreciada.

Por este motivo, a ausência de conhecimentos jurídicos do jurado não o desabilita a adquirir raciocínios válidos sobre as questões de fato que lhe serão submetidas à apreciação no processo, de modo que se acredita possível vincular sua decisão aos métodos lógicos e racionais adequados. Apesar de crítico ao juízo popular, Taruffo reconhece: “pode-se dizer que – como muitos afirmam – o modo utilizado pelos júris para formular seus vereditos não é substancialmente diferente daquele utilizado pelos juízes para decidir sobre os fatos, quando não há júri.”⁶⁵ Para que isso seja possível, é necessária a configuração de um procedimento dimensionado para proporcionar uma cognição adequada dos fatos segundo critérios epistemológicos válidos e que prestigie a prova em sua feição demonstrativa. Paralelamente,

também pode-se valer da noção de “máximas de experiência”, expressão cunhada por Stein em uma tentativa de racionalizar o senso comum, como informa Taruffo, sendo a mesma entendida como a regra geral construída indutivamente a partir da experiência relativa a determinado estado de coisas. (*Idem*, p. 126.) Não se ignora que, mesmo dentro destas balizas, o senso comum pode se mostrar um tanto quanto vago e indeterminado, o que enfatiza a necessidade de que seu uso seja expressamente justificado na motivação para que possa ser submetido a controle, a fim de atestar a correção de suas conclusões, como se verá a frente.

⁶⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade... cit.*, p. 220. Em outra oportunidade, também comparando as atividades exercidas pelo juiz e jurado, o mesmo autor destaca: “... hay que preguntarse sobre cuál base y con cuáles criterios utiliza el juez su discrecionalidad. (...) es preciso constatar que se trata de criterios que el juez extrae de su cultura de hombre medio que vive en cierta sociedad en un determinado momento histórico. Vale la pena subrayar, aunque se trate de algo obvio, que esto no sucede tan solo cuando el juez del hecho es un no jurista o un grupo de ciudadanos normales (como en el caso del jurado angloamericano). Lo mismo ocurre cuando el juez del hecho es un juez profesional del derecho, puesto que también en este caso la valoración de la aceptabilidad de la prueba no se guía por normas jurídicas sino por el recurso a criterios de juicio metajurídicos o extrajurídicos. Cualquiera juez, se puede decir, es un ‘hombre medio’ o un ‘hombre común’ cuando decide discrecionalmente sobre la aceptabilidad de una prueba: (...) esencialmente recurre al sentido común para fundamentar sus valoraciones.” (TARUFFO, Michele. *Sentido común, experiencia y ciencia en el razonamiento del juez. In: _____.* *Sobre las Fronteras: Escritos sobre la justicia civil.* Bogotá: Temis, 2006, p. 114-115). No mesmo sentido, reconhecendo uma familiaridade entre o modo de decidir do jurado e o método natural de raciocínio sobre a prova almejado pela concepção racionalista (ou metajurídica), Greco ressalta que: “a concepção meta-jurídica, que não despreza, ao contrário, prestigia a lógica da prova, está profundamente enraizada nos sistemas da *common law*, onde parece estreitamente vinculada aos julgamentos populares, refratários ao tecnicismo jurídico, refletindo especialmente nas obras de Bentham, de James Bradley Thayer, de John Henry Wigmore e de William Twining.” (GRECO, Leonardo. *O Conceito... cit.*, p. 227). No mesmo sentido, Igartua Salaverría sustenta que “en el sistema de la ‘libre valoración de las pruebas’, ésta no se halla sujeta a pautas legales sino a otras de índole diferente (lógico-empírica) y ajenas a lo que comúnmente se entiende por ‘técnica jurídica’, la única que se les supone a los jueces de carrera. Queda por descontado que la actividad probatoria está supeditada, en algunos de sus aspectos (...) a reglas jurídicas, pero no en lo concerniente a la valoración de las pruebas y en el razonamiento anejo, que es la parcela reservada al jurado.” (IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales.* Lima-Bogotá: Palestra/Temis, 2014, p. 198).

deve-se empregar mecanismos destinados a orientar o júri no sentido de uma busca racional da verdade, bem como outros que permitam o controle dessa racionalidade decisória.

Quando se tem por objetivo a reflexão sobre um dado sistema processual, a fim de verificar sua coerência interna, seus valores e, principalmente, para qual finalidade o processo está orientado, é interessante utilizar como parâmetro os modelos ideais de processo e prova teorizados a partir dos fundamentos da Tradição Racionalista⁶⁶. De acordo com as considerações de Bentham, a teoria da prova está amplamente vinculada à teoria do processo, sendo necessário estabelecer uma coesão lógica entre ambas para que se possa alcançar o fim pretendido: a “retidão da decisão”⁶⁷.

Assim, intenta-se sincronizar as finalidades do processo perante o júri com as da prova racional, nos moldes expostos por Bentham, tendo em vista a necessidade de analisar ambas as dimensões de modo unívoco. Para tanto, não serão desconsideradas as particularidades de um procedimento com a participação de cidadãos leigos, mas, também, por outro lado, tais particularidades não podem ser tidas como óbices (ou até mesmo imunidades) ao dever de decidir com racionalidade⁶⁸.

Para todos os efeitos, a aqui denominada concepção racionalista da prova não compreende tão somente os preceitos reunidos por Twining com sua “Tradição Racionalista”, mas, além deles, envolve também as mais recentes contribuições advindas do direito continental, a exemplo das citadas acima. Importante deixar claro, da mesma forma, que o emprego do termo prova racional não se limitará ao sentido utilizado para se contrapor às provas tidas como irracionais, como ordálias, compurgação e duelos. Mais do que isso, a racionalidade probatória que se busca estabelecer no processo se fundamenta na necessidade de deslocar a atenção para a determinação dos fatos, atividade por vezes negligenciada e tratada de forma irresponsável pela dogmática processual – movida, talvez, pelo ceticismo

⁶⁶ Cf. TWINING, William. *The Rationalist Tradition*, *cit.*, p. 76.

⁶⁷ BENTHAM, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence*. Extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham. Esq. by M. Dumont. London: Messrs. Baldwin, Cradock, and Joy, Paternoster-Row, 1825, p. 2-4. Ver também: _____. *Rationale of Judicial Evidence* In: BOWRING, John. (ed.) *The Works of Jeremy Bentham*. vol VII. Edinburgh: Simpkin, Marshall & Co, 1838-43, p. 598.

⁶⁸ Como já destacou Mittermaier sobre o júri, especialmente sobre as inúmeras críticas que pesam sobre a instituição: Não cremos que sejam elas capazes de convencer o observador atento e perspicaz, porque em última análise, conduzem ao erro; e o que possuem de ilusório vale simplesmente para nos incentivar a examinar mais detidamente, se os vícios atribuídos ao júri são, de fato, inerentes à sua natureza, ou um resultado de sua má configuração em certos países; se esta instituição carrega em si importantes garantias que não podem ser encontradas em tribunais regulares, e se não é mais própria do que qualquer outra para conciliar a confiança pública e a justiça das decisões. Não se pode negar por um momento a vantagem de tais garantias. (MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal ó Exposición Comparada de los Principios en Materia Criminal y de sus Diversas Aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc.* 3. ed. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislacion, 1877, p. 90.)

conformista de que a verdade objetiva não estaria ao alcance do julgador. As dificuldades naturais impostas ao alcance da verdade não podem servir como pretextos para justificar o conformismo com uma investigação fática de pior qualidade.

Como consequência, os esforços serão direcionados para a redução da subjetividade da atividade valorativa a partir da fixação das bases para uma decisão racional, passível de controle, em conformidade com a lei e às exigências do processo justo. Ademais, trabalhar-se-á também com a noção de racionalidade teleológica apresentada por Jordi Ferrer Beltrán⁶⁹, no tocante à avaliação dos sistemas processuais vigentes, acerca de sua aptidão para decidir corretamente a matéria de fato.

Para tanto, serão estabelecidas de forma detalhada as premissas mais relevantes da concepção racionalista no tocante à verdade e à prova, a fim de constituir os fundamentos da racionalidade que se buscará acomodar no âmbito do juízo popular por meio de um procedimento probatório especialmente configurado para os fins propostos.

1.2. A verdade como elemento fundante do sistema processual

Existem opiniões muito variadas em torno do problema de se a verdade dos fatos possa ser considerada uma finalidade do processo judicial, bem como em que medida e sob quais limitações deva ser buscada.

A despeito de não ser o tema da busca da verdade próprio da ciência jurídica – já que presente também na cultura filosófica e objeto de estudo de outras ciências –, a definição da concepção de verdade a ser adotada não parece caminhar para um consenso.

Não obstante, é patente que a verdade é um valor de extrema relevância no âmbito do Estado Democrático de Direito, configurando-se como uma verdadeira garantia na esfera do exercício do poder jurisdicional.

O dever de dizer a verdade e de não mentir, como aponta Buzaid, remonta aos primórdios da civilização: “prezaram-no o Velho Testamento, o Direito através dos tempos e

⁶⁹ “... puede utilizarse una noción de racionalidad teleológica para juzgar tanto el diseño procesal de cada sistema jurídico y cada una de sus reglas sobre la prueba, como la forma de adoptar las decisiones sobre los hechos en el proceso judicial por parte de los jueces y tribunales. En ambos casos la racionalidad implicada evalúa la adecuación de medios a fines de esas normas y de esos métodos de toma de decisiones respecto de la finalidad de la averiguación de la verdad en el proceso.” FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional...* cit., p. 20.

a doutrina dos filósofos e pensadores.”⁷⁰

Analisando a verdade como valor nos âmbitos social, político e jurídico, Taruffo⁷¹ procura estabelecer algumas premissas importantes.

Em primeiro lugar, teria a verdade um valor social, desempenhando uma função importante no aspecto moral. Segundo o autor, estaria este relacionado às regras que cada pessoa segue ou não em seu comportamento dentro de uma sociedade. Sendo assim, é difícil apontar um sistema ou conjunto de regras morais que não preze pela verdade e onde não seja condenada a falsidade. Da mesma forma, quando se pensa em qualquer sistema ético, não é comum imaginar algum que legitime a mentira, de modo que é cabível afirmar que a verdade cumpre uma função importante no entorno da vida em sociedade. O autor frisa, ademais, com respaldo nos teóricos da comunicação social, que a própria comunicação entre os indivíduos tem como pressuposto um dever ético de dizer a verdade.⁷²

No aspecto político, no âmbito dos sistemas democráticos, ainda maior seria o valor atribuído à verdade, já que esta deve nortear as relações de poder estabelecidas entre os cidadãos e seus representantes. Se a verdade não se apresenta em uma medida correta nessas relações, estar-se-á diante do autoritarismo.

Taruffo lembra que historicamente os sistemas totalitaristas foram fundados na mentira, com que recorda o slogan de Joseph Goebbels, ministro da propaganda do Reich, para quem “uma mentira repetida mil vezes acaba se tornando verdade”. Assim, o valor político da verdade é um dos elementos da Democracia.⁷³ É claro que algumas estratégias do exercício do poder político podem limitar essa verdade em virtude de questões relevantes de ordem pública ou de segurança nacional. Porém, deixar de revelar a verdade de modo fundamentado e com base em outros valores relevantes não significa legitimar uma mentira ou faltar com a democracia.

Leonardo Greco, com esteio em Häberle, sustenta que “a verdade constitui valor humanitário fundamental no Estado Democrático de Direito, porque dela dependem a eficácia da liberdade, da justiça e do próprio bem comum. Depois da experiência do modelo autoritário, o estado constitucional impõe a verdade como um valor cultural.”⁷⁴

⁷⁰ BUZAID, Alfredo. Processo e Verdade no Direito Brasileiro. *Revista de Processo*. v. 47, p. 92-99, jul-set 1987.

⁷¹ TARUFFO, Michele. La Verdad como Valor Social y Jurídico. *In: Proceso y Decisión: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 41.

⁷² TARUFFO, Michele. La Verdad... *cit.*, p. 41.

⁷³ TARUFFO, Michele. La Verdad... *cit.*, p. 42.

⁷⁴ GRECO, Leonardo. O conceito de prova... *cit.*, p. 258-259.

Finalmente, Taruffo se põe a analisar se seria a verdade também considerada um valor jurídico. Já de antemão explica que em uma determinada sociedade na qual a verdade é um valor moral que pauta a vida social, as comunicações e também a política, não seria possível deixar de admitir a verdade como um valor no âmbito do Direito. Seria como dizer que o Direito não tem qualquer relação com a moral ou com o funcionamento da sociedade.⁷⁵ Ademais, nessa mesma linha, ignorar a verdade seria negar o caráter democrático do processo.

Buzaid destaca que já “há dois milênios se estatuiu que os princípios superiores do Direito são: viver honestamente, não prejudicar aos outros e dar a cada um o que é seu.” Desta forma, assevera com apoio em Cícero que “o fundamento da Justiça (...) é a boa-fé, quer dizer, a constância e a verdade nas promessas e contratos.”⁷⁶ A profunda análise do autor permite atribuir à verdade o caráter de elemento fundante do sistema processual, de modo a atrelar-se à ideia de justiça.⁷⁷

No mesmo sentido, conforme ressalta Greco, “a ideia de Justiça como objeto do Direito sempre esteve axiologicamente ancorada no pressuposto da verdade, ou seja, na incidência das normas jurídicas sobre a realidade da vida tal como ela é.” Desse modo, “os indivíduos somente se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei, quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade”.⁷⁸

Jeremy Bentham, principal precursor da concepção racionalista da prova, estabelece como valor primordial do processo ou, mais especificamente, das normas processuais, a “retidão da decisão”. Para ele, compreende-se como tal a conformidade da decisão à lei, já que é com base nesta que os cidadãos gerenciam seus anseios e temores. A lei define a

⁷⁵ TARUFFO, Michele. *La verdad... cit.*, p. 44.

⁷⁶ BUZOID, Alfredo. *Processo e Verdade... cit.*

⁷⁷ Nesse sentido, conclui que “(...) por tradição imemorial na História do universo, se impôs sempre aos homens o dizerem a verdade como uma obrigação e se condenou sempre a mentira como uma manifestação torpe. Não se trata de um dever moral destituído de sanção. É um imperativo legal, que atende a condição da própria existência dos homens em sociedade. Por isso ele figura na legislação dos povos civilizados.” (BUZOID, Alfredo. *Processo e Verdade... cit.*)

⁷⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 92. A estrita relação entre verdade e justiça no processo também foi destacada por meio das indagações de Susan Haack. Segundo ela, independentemente do quão justas as leis possam ser, e a despeito do quão justa seja a administração daquelas justas leis, se alguém é tido como culpado por um crime que não cometeu ou, ainda, se é considerado responsável por um dano que não causou, estar-se-á diante de uma injustiça substancial. Se isso é certo, não se pode negar que a justiça substancial somente é possível se, primeiramente, existe uma verdade fática; e segundo, se essa verdade é objetiva, e não simplesmente algo que alguém ou todos acreditam que seja. HAACK, Susan. *Justice, Truth, and Proof: not so simple, after all*. Disponível em: https://www.academia.edu/18877239/Justice_Truth_and_Proof_Not_So_Simple_After_All_in_press_. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

expectativa popular, de modo que em sendo a decisão judicial conforme a ela, o povo estará satisfeito.⁷⁹ Assim, uma vez que a aplicação das normas previstas abstratamente pelo legislador pressupõem, para sua concretização, a verificação de uma determinada situação fática ocorrida na realidade, a decisão será conforme a lei caso no processo se tenham estabelecido os fatos da forma mais próxima possível da verdade.

De fato, na seara penal, por exemplo, supõe-se a aplicação da pena para quem pratique uma determinada conduta prevista. Se não há uma preocupação em apurar, verdadeiramente, se a conduta foi ou não praticada na realidade para que, somente então, seja a pena aplicada, o processo será um mecanismo de perpetuação de injustiças e de exercício arbitrário de poder. Assim sendo, uma correta aplicação do direito pressupõe uma adequada verificação dos fatos lastreada na verdade, motivo pelo qual não há como desvincular esses dois preceitos.

Não se pode olvidar, como alerta Greco, que uma das maiores ilusões que a consciência democrática contemporânea pode difundir na sociedade é a de que, no Estado de Direito, todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado receberá do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional apta a lhe assegurar o seu pleno gozo. Isso porque, apesar de ser certo que o direito nasce dos fatos, até hoje não houve nenhuma ciência ou saber humano que fosse capaz de empreender sua reconstrução de forma absolutamente segura e aceita por todos, para que o juiz pudesse se limitar a dizer o direito aplicável.⁸⁰

Essa reflexão acerca de se a verdade está ou não ao alcance do juiz por meio do processo foi responsável por originar uma série de concepções sobre a possibilidade de se vislumbrar sua determinação nesse contexto. Com esteio em Damaška⁸¹ e Tuzet⁸², podem-se identificar quatro concepções que tratam do tema, sendo duas metafísicas radicais e duas mais moderadas.

A primeira e mais radical delas é a visão que se concebe como idealista ou pós-moderna acerca da realidade, a qual nega a existência de um mundo exterior que seja independente de nossas representações. Esse radicalismo cético não serve para os anseios do processo, conforme Damaška. Segundo o autor, na medida em que nos empenhamos nas práticas sociais, a exemplo da desenvolvida no processo, pressupomos um mundo além de nossas afirmações. Para tanto, abraçamos uma visão de mundo na qual existe realidade para

⁷⁹ BENTHAM, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence*. Extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham. Esq. by M. Dumont. London: Messrs. Baldwin, Cradock, and Joy, Paternoster-Row, 1825, p. 2-3.

⁸⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições... cit.*, p. 83.

⁸¹ DAMAŠKA, Mirjan. Truth in adjudication. *In: Hastings Law Journal*, n. 49, 1998, p. 290 e ss.

⁸² TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 83 e ss.

além da linguagem.⁸³

Paralelamente, situa-se no outro extremo a concepção radical do realismo ingênuo, que admite uma correspondência plena entre o enunciado fático e a realidade através de um “espelhamento” (pela qual aqueles refletem fielmente a realidade objetiva). Tal concepção também não se mostra adequada ao âmbito processual, por ignorar que a representação da realidade por meio dos enunciados é fatalmente condicionada por caracteres próprios da linguagem e do pensamento humano.

Essa constatação leva, por sua vez, à terceira concepção, mais moderada, embora cética quanto à ideia de correspondência. Tal posição deriva do construtivismo, por meio da qual a ideia de correspondência entre enunciado e realidade seria ilusória uma vez que a imagem que se tem do mundo é socialmente construída. Dentro dessa ideia o mundo externo seria existente, embora não possa ser conhecido como tal – apenas segundo nossas construções. Portanto, entende ilusória e problemática a pretensão de obtenção da verdade e do conhecimento objetivo nessas condições.

Sobre esse ponto, Damaška defende não haver uma incompatibilidade entre a constatação de que a realidade no processo é construída por atores sociais, com o anseio de se estabelecer a verdade em sua concepção de correspondência, mesmo que grande parte dos fatos que se pretenda estabelecer nesse contexto sejam fatos sociais, ao invés de fenômenos intrínsecos à natureza. Isso porque, conforme o autor, nem todas as versões da teoria da correspondência são tão ingênuas como a que admite a noção primitiva da metáfora do “espelhamento”, segundo a qual a linguagem ou pensamento verdadeiro é aquela que espelha (ou reflete) a realidade. Versões mais sofisticadas consideram para o estabelecimento da verdade a verificação de uma coincidência entre a declaração do sujeito e um fenômeno, que pode ser intrínseco à natureza ou socialmente construído.⁸⁴

É nesse contexto que se situa a quarta posição, que a despeito de moderada, concebe a possibilidade de conhecimento da verdade pelo processo. A concepção do realismo não ingênuo entende que a correspondência entre a realidade e o enunciado é sempre possível, não do modo simplista que se verifica por meio do espelhamento, mas sim com apoio em critérios lógicos e conceituais. Dito de outra forma, a correspondência ingênuo é uma correspondência

⁸³ DAMAŠKA, Mirjan. *Truth... cit.*, p. 290.

⁸⁴ O autor exemplifica a ideia do fenômeno socialmente construído da seguinte forma: os dias da semana são artefatos sociais desconhecidos na natureza, no entanto, o fato de uma testemunha relatar que um dado evento ocorreu em um determinado dia da semana não impede a constatação de sua coincidência com a realidade. *Idem*, p. 291.

imediate, enquanto aquela não ingênua é mediada pelos critérios lógicos e conceituais.⁸⁵

Taruffo, por sua vez, também analisa as concepções céticas e as agrupa em três perspectivas: as de impossibilidade teórica; as de impossibilidade ideológica e as de impossibilidade prática de o processo alcançar a verdade.

A impossibilidade teórica estaria relacionada com uma negação geral da possibilidade de se estabelecer a verdade de qualquer coisa. Esta concepção vem relacionada a um ceticismo filosófico radical que exclui a cognoscibilidade da realidade ou a possibilidade de um conhecimento racional⁸⁶. O autor também identifica nesse contexto as posições do “perfeccionista desiludido”, o qual, havendo constatado que a verdade absoluta não é possível, passa ao extremo oposto de sustentar a impossibilidade de qualquer conhecimento racional. Segundo ele, isso é frequente nos juristas que vêm frustradas as possibilidades de alcançar a verdade incontestável dos fatos no processo, de modo que passam a negar desde a raiz a possibilidade de um conhecimento aceitável dos mesmos.⁸⁷

Como assinala Guzmán, as mais diversas correntes filosóficas vêm admitindo desde sempre a possibilidade de se falar em termos racionais da verdade das asserções sobre os fatos, desde que em termos relativos. A questão, então, passa por não cair na simplicidade de considerar possível e alcançável uma perfeita correspondência de um enunciado com o mundo real, no sentido de uma verdade absoluta, ou um conhecimento objetivo. Resta válido deixar consignado o tipo de verdade que se pretende alcançar, de modo que, uma vez reconhecido que somente uma verdade relativa pode ser obtida (embora, como tal, não se distancie da ideia de correspondência como limite ideal), então a impossibilidade teórica de fato não existe, já que esta se refere tão somente à verdade absoluta, a qual não pode ser alcançada e serve apenas como ponto de referência a direcionar os esforços de investigação⁸⁸.

Por outro lado, Taruffo cita também algumas concepções céticas relacionadas à impossibilidade ideológica, aptas a desvincular o processo da busca da verdade. Nesse contexto, o problema não se situa na suposta impossibilidade de se obter o conhecimento objetivo e racional, mas na própria inconveniência de buscá-lo, o que se relaciona com a concepção que se adota acerca das razões e funções do processo. Essas correntes defendem, sinteticamente, que a verdade no processo não pode ser alcançada porque não deve ser

⁸⁵ TUZET, Giovanni. *Filosofia... cit.*, p. 86.

⁸⁶ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2005, p. 28.

⁸⁷ TARUFFO, Michele. *La Prueba de... cit.*, p. 30.

⁸⁸ GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal: Una contribución a la epistemología jurídica*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011, p. 26.

perseguida; e não deve ser perseguida por não se entender o estabelecimento da verdade como uma ideologia do processo.

É bastante comum encontrar teorias que consideram ser a função do processo tão somente a de colocar fim às controvérsias⁸⁹, as quais tendem a excluir que a determinação da verdade fática seja condição necessária para a justiça das decisões. Nesse sentido, a busca da verdade poderia até mesmo ser vista como obstáculo prático para a consecução rápida daquele fim.

Parece equivocado, entretanto, afirmar que o processo não estaria interessado na determinação da verdade dos fatos, como condição necessária a assegurar uma efetiva prestação jurisdicional. Como bem constatou Greco, a sociedade do nosso tempo não mais se contenta com qualquer reconstrução dos fatos, mas apenas com aquela que a consciência coletiva assimila e aceita como autêntica, porque a exata reconstituição dos fatos é um pressuposto fundamental de decisões justas e da própria eficácia da tutela jurisdicional dos direitos.⁹⁰ Mais ainda, uma decisão judicial que se pretende por justa – e é certo que a justiça das decisões é um valor a ser tutelado em um Estado Democrático de Direito – deve estar inequivocamente assentada em pressupostos fáticos verdadeiros.

Não obstante, esta perspectiva ideológica é aplicada com mais ênfase ao processo civil, já que no processo penal é indiscutível ser a verdade fática o pressuposto para a aplicação de uma pena. Nesse contexto, é comum o uso das expressões verdade formal e verdade material para estabelecer uma diferenciação entre os propósitos do processo penal e do processo civil. Diz-se que o primeiro estaria destinado a estabelecer a verdade material (ou

⁸⁹ Durante muito tempo se discutiu a Jurisdição com base nas teorias de Giuseppe Chiovenda, pela qual o juiz atua a vontade concreta da lei, sendo, tão somente, *la bouche de la loi* (Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller. 2000. v. I, p.67); e de Francesco Carnelutti, para quem ao juiz caberia a justa composição da lide (*Sistema de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, v. I, p. 371). No entanto, nenhuma das teorias responde aos valores do Estado constitucional, a uma porque ambas são escravas do princípio da supremacia da lei, a duas porque negam lugar à compreensão do caso concreto no raciocínio decisório, raciocínio este que leva à prestação jurisdicional (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 96). Em seguida, começa a se mostrar evidente uma tendência na Itália, através de Luigi Paolo Comoglio (*Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli, 2004), e nos Estados Unidos através de Owen Fiss (*Um Novo Processo Civil : Estudos norteamericanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004), que consiste em atrelar a jurisdição à aplicação de princípios constitucionais. Segundo essa tendência, o juiz não deve se prender ao que diz a lei e nem, tão somente, em resolver de maneira justa o conflito entre as partes, mas sim aplicar, no caso concreto, os princípios constitucionais. No Estado contemporâneo, a lei tem sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, por isso, somente se deve admitir as interpretações que a eles estejam adequadas (MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 98). No entanto, nenhuma dessas concepções é suficiente se o processo e a atividade judicial não estiverem ancorados no pressuposto da verdade, sob pena de desvirtuar todo o sistema democrático, já que a legitimidade democrática dos juízes no exercício do poder jurisdicional assenta-se na justiça de suas decisões.

⁹⁰ GRECO, Leonardo. A Verdade no Estado Democrático de Direito. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 495 .

substancial, ou real), enquanto o segundo se contentaria com uma verdade formal. Tal constatação parece derivar de uma ideia privatista e equivocada do processo, como se o processo civil, interessado meramente na resolução de conflitos, cuidasse apenas de direitos disponíveis e devesse respeito à autonomia da vontade das partes, contentando-se com uma verdade estabelecida por presunções; enquanto o processo penal, por tratar de direitos indisponíveis e do interesse punitivo do Estado, exigisse, em contrapartida, uma verdade mais qualificada.⁹¹

Em primeiro lugar, é ultrapassada a perspectiva de que o processo civil cuida de interesses meramente patrimoniais. Alguns direitos fundamentais tão ou mais relevantes do que o da liberdade são tutelados por meio do processo civil, como os da personalidade, do estado das pessoas, direito aos alimentos e, por vezes, inerentes à vida e à saúde. Como destaca Barbosa Moreira, é no processo civil que se discutem as matérias reguladas pelo direito público, como administrativo, tributário, internacional e constitucional. Por outro lado, o processo penal pode repercutir apenas no plano patrimonial quando tem por objeto infração apenada meramente com multa.^{92 93} O que os difere substancialmente no aspecto do conhecimento da verdade são algumas limitações probatórias e os diferentes *standards* exigidos para a decisão, já que, na esfera penal, há a necessidade de se desconstruir a presunção de inocência do acusado.

Também é comum, por outro lado, apontar a iniciativa instrutória do magistrado como elemento de suporte para a distinção entre verdade formal e material. O princípio dispositivo, que destina a iniciativa probatória às partes, é costumeiramente atribuído ao processo civil, enquanto o princípio inquisitório, que permitiria ao juiz produzir provas de ofício, seria aplicável ao processo penal, tendo em vista seu interesse na busca da verdade real.

Quanto a esse aspecto, até mesmo no processo civil tal constatação vem sendo relativizada ante o entendimento de que o juiz totalmente inerte seria indesejável, “especialmente nas causas que versam sobre direitos indisponíveis e naquelas em que o juiz percebe que uma das partes se encontra em posição de dificuldade de acesso à prova ou de

⁹¹ Conforme MIRZA, Flávio. Notas sobre a questão da verdade no direito processual. In: SILVEIRA, Carlos Frederico Gurgel Calvet da; SALLES, Sergio de Souza; ROSA, Waleska Marcy. (org.). *Ensaio sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II*. Petrópolis: UCP, 2009, p. 102-103.

⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas. In: *Temas de Direito Processual – sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 118.

⁹³ Nesse sentido, como destaca Leonardo Greco, “na polêmica entre Carnelutti e Florian sobre a unidade ou a diversidade das provas civis e penais, a vitória haveria de caber ao primeiro, porque todas as características da prova penal apontadas pelo segundo também se aplicariam às causas cíveis sobre direitos indisponíveis, como os poderes inquisitórios do juiz.” GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova... *cit.*, p. 216.

inferioridade no exercício de sua defesa.”⁹⁴

Não se pode ignorar, entretanto, que a essência da distinção entre os conceitos verdade formal e verdade material (ou real), perpassa por questões históricas importantes que devem ser desmistificadas. Ferrajoli já alertou para o problema do mito da verdade real⁹⁵ que, associado à ideia de um processo penal inquisitivo, remonta a um período do processo penal marcado por arbitrariedades e ausência de qualquer limites na atividade investigativa, sem preocupação ou respeito aos direitos da pessoa acusada.

Nessa linha, Pacelli assevera que “a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal.”⁹⁶ Resta demonstrado empiricamente que o processo penal, sempre que buscou uma verdade mais material e consistente, e com menos limites na atividade de busca, produziu uma verdade de menor qualidade e com pior trato para o imputado.⁹⁷

Acerca dessa questão, Guzmán aponta para a ideia generalizada de que existiria um modelo processual “bom”, que seria o dispositivo, no qual a busca da verdade representa um não-valor, ou um desvalor; e um modelo processual mau, que seria o inquisitivo, no qual a busca da verdade seria considerada um valor importante. Isso leva a uma grande confusão, tendo como consequência a desvalorização da verdade como um fim importante da atividade processual. O autor explica de forma prudente que a associação comum entre o valor da determinação da verdade no processo penal com os métodos inquisitivos empregados nessa investigação é, na verdade, uma falácia. Uma coisa é a verdade como escopo processual, como garantia da justiça da decisão; outra, muito distinta, é o método empregado em sua determinação. Somente quando se relaciona a verdade com os métodos inquisitivos para alcançá-la é que se chega à conclusão de sua impossibilidade ideológica, ou sua inoportunidade no processo. Renunciar à lógica inquisitiva não implica em romper com a busca da verdade. Consequentemente, desmistificando-se o equivocado nexo entre

⁹⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições... cit.*, p. 103.

⁹⁵ “(...) esta pretendida verdade substancial, ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal. Em sentido inverso, a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma verdade formal ou processual, alcançada pelo respeito a regras precisas e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes.” In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 48.

⁹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 328.

⁹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 566.

verdade/método inquisitivo, pode-se afirmar categoricamente o valor da verdade como escopo do processo penal.⁹⁸

Finalmente, destacam-se em terceiro lugar as correntes relacionadas à impossibilidade prática, as quais consideram que, em todo caso, a verdade não pode ser obtida no processo essencialmente por razões práticas, já que o juiz não dispõe dos instrumentos cognitivos e nem do tempo e da liberdade de investigação de que dispõem o cientista ou o historiador.⁹⁹

Suas razões também se relacionam a uma suposta diferenciação entre verdade formal e verdade real, embora com implicações distintas da mencionada acima. No presente contexto os conceitos não se destinam a realizar uma oposição entre processo civil e penal, mas entre a investigação fática realizada por meio do processo (em geral) e aquela que se materializa fora dele, a cargo de outros campos do conhecimento. Nesse sentido diz-se haver, de um lado, uma verdade processual, estabelecida no processo por meio das provas e pelos procedimentos probatórios e, por outro lado, a verdade material, histórica, insuscetível de ser alcançada pelas provas judiciais. No entanto, como fora bem observado pelo autor, essa distinção é inaceitável, vez que parece insustentável a ideia de uma verdade judicial totalmente distinta e autônoma da verdade ocorrida no espaço e no tempo.¹⁰⁰ A verdade é uma só e, como já ressaltou Mirza, não comporta adjetivações.¹⁰¹ O que não for correspondente à verdade será, invariavelmente, uma falsidade.

Como mostra Taruffo, a justificativa para essa distinção parece consistir na circunstância de que no processo existem normas relativas à atividade probatória que acabam por, inevitavelmente, condicionar a apuração dos fatos. Ao contrário, fora do processo, não haveria qualquer tipo de limitação à atividade de investigação¹⁰².

Sobre as regras probatórias que podem limitar ou condicionar a busca da verdade, não significa que conduzam a uma verdade diferente da que se possa descobrir fora do processo. O que ocorre, por outro lado, é que algumas limitações probatórias se justificam por outros valores relevantes que o processo também deve tutelar. Isso não tem, entretanto, o condão de alterar os seus escopos principais, de modo que o problema não concerne à verdade, mas aos

⁹⁸ GUZMÁN, Nicolás. *op. cit.*, p. 29.

⁹⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de... cit.*, p. 37 e 45.

¹⁰⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba de...cit.*, p. 24.

¹⁰¹ MIRZA, Flávio. Notas sobre a questão da verdade no direito processual. In: SILVEIRA, Carlos Frederico Gurgel Calvet da; SALLES, Sergio de Souza; ROSA, Waleska Marcy. (org.). *Ensaio sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II*. Petrópolis: UCP, 2009, p. 102.

¹⁰² TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 106-107.

limites dentro dos quais a disciplina processual consente que ela seja verificada.

A atividade desenvolvida pelo juiz de reconstrução dos fatos com base nas provas não é essencialmente distinta da exercida pelos diversos profissionais em seus ramos de conhecimento científico, embora em cada ramo do conhecimento essa busca ocorra sob condições e métodos diferentes, compatíveis com suas especificidades.

Há quem considere que as provas jurídicas, por serem dotadas de uma série de limitações e procedimentos específicos, não poderiam ser equiparadas às provas em geral utilizadas pelas demais ciências¹⁰³. Tal premissa é falsa, já que os fatores de restrição e limitação não se restringem ao âmbito processual: a investigação histórica e a científica também estão sujeitas a algumas delas¹⁰⁴, de modo que, igualmente, não asseguram atingir o conhecimento da verdade absoluta. A pesquisa científica desenvolvida nas áreas biológica e farmacêutica, por exemplo, é constantemente limitada por questões éticas e, inclusive, por restrições legais.

Os próprios experimentos científicos mais modernos encontram-se constantemente a refutar as conclusões dos anteriores, assim como vários achados históricos são, por vezes, contrariados a partir de novas descobertas. “Assim como o saber científico, que só adquire *status* na comunidade acadêmica após uma rigorosa verificação sobre a validade dos métodos de pesquisa utilizados, também a verdade judicial requer obediência a parâmetros bem

¹⁰³ Veja-se, por exemplo, Jordi Ferrer Beltrán: “*Uno de los presupuestos habituales en los estudios sobre la prueba jurídica, especialmente, en la doctrina de los países de civil law, es que la prueba jurídica no puede ser estudiada desde la perspectiva de la noción general de la prueba, propia de la epistemología general y, por ejemplo, de las ciencias naturales. La prueba en el derecho tendría tantas e importantes particularidades que harían necesario elaborar una noción específicamente jurídica de prueba.*” In: FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 24.

¹⁰⁴ Atento para esta questão, Ferrajoli preocupou-se em relacionar algumas dessas limitações que se aplicam à atividade do juiz também às outras áreas de conhecimento, como no tocante ao estabelecimento das premissas fáticas: “um mesmo conjunto de acontecimentos e dados probatórios assim como um mesmo conjunto de acontecimentos e dados historiográficos, admite frequentemente várias explicações alternativas. Todas as controvérsias judiciais fáticas podem ser concebidas, de modo ademais não diverso das científicas, como disputa entre hipóteses explicativas contraditórias, (...) mas ambas concordantes com as provas recolhidas. E a tarefa da investigação judicial, igualmente à de qualquer outro tipo de investigação ou explicação, é eliminar o dilema em favor da hipótese mais simples, dotada de maior capacidade explicativa e, sobretudo, compatível com o maior número de provas e conhecimentos adquiridos com anterioridade.” Em um segundo momento, em relação à subjetividade envolvida na atividade judicial e também nas outras ciências: “Deve-se reconhecer, não obstante, que tampouco este terceiro limite é próprio tão-somente da investigação judicial. Em certa medida, é detectável em todas as formas de conhecimento empírico. Sem dúvida é comum na investigação histórica.” In: FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 55-59. No mesmo sentido, Gustavo Badaró: “A distinção entre verdade formal e verdade material é falsa, quando se procura distinguir a verdade obtida em decorrência da instrução processual – obviamente com as limitações que lhe são inerentes – da verdade obtida por meio de técnicas ou métodos próprios de outras formas do conhecimento, como a do historiador ou a do cientista – que, do ponto de vista epistemológico, também encontram limitações intransponíveis. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

delimitados no seu processo de construção”¹⁰⁵, como aduz Gomes Filho.

Sendo assim, conforme acertadamente concluiu Badaró, não é válido dizer que haja verdades distintas, a existência de limites distintos não é suficiente para diversificar, do ponto de vista epistemológico, a verdade que se pode alcançar por meio da instrução processual, daquela obtida pelas demais áreas de conhecimento, já que certamente nenhuma delas será absoluta.¹⁰⁶ Parece, portanto, descabida a distinção entre verdade formal e verdade material.

Em síntese, pode-se concluir com Taruffo que já não se sustenta a ideia de haver uma diferença epistêmica substancial a caracterizar a verdade judicial em relação às demais áreas de conhecimento – nem mesmo dentro do próprio âmbito jurídico, para distinguir o processo civil do processo penal. A verdade pode ser buscada e alcançada no contexto judicial fundamentalmente da mesma forma que se pode descobri-la em muitas outras áreas de experiência, utilizando-se dos mesmos métodos empregados em investigações não-jurídicas – inclusive aqueles de que se valem as pessoas para descobrir a verdade em sua vida cotidiana.¹⁰⁷

Para uma mais adequada análise acerca das concepções que se destinam a estabelecer essa relação entre verdade e processo, ou sobre a verdade como pressuposto das decisões judiciais, faz-se necessária uma breve incursão nas teorias filosóficas que têm como objeto essa definição. Fixada a premissa de que determinação verdadeira dos fatos é um pressuposto da justiça das decisões, impõe-se a análise conceitual acerca de que verdade se está a buscar, bem como, dos critérios utilizados para nortear esse conhecimento.

1.2.1. A concepção de verdade adequada ao processo

Uma vez estabelecido que a verdade representa um escopo de extrema relevância no processo judicial e tendo sido refutadas as principais correntes que se insurgem contra essa constatação, resta analisar qual o conceito e os critérios de verdade que interessam ao âmbito processual.

¹⁰⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 92.

¹⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 31-32.

¹⁰⁷ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 25.

Apresentar as diversas compreensões possíveis acerca da verdade é tarefa difícil, já que inúmeros foram os esforços em estabelecer tal conceito ao longo da história do pensamento filosófico. Sem a pretensão de apresentar um panorama completo das teorias filosóficas que têm como objeto a definição da verdade, será realizada a seguir uma breve incursão no tema, dando-se destaque para algumas concepções de especial relevância para o âmbito processual.

As teorias subjetivas guardam em comum a característica de associar a verdade a um critério subjetivo, de crença verdadeira ou crença racional. Assim, partem ditas teorias de uma posição subjetivista fundamental que só pode conceber o conhecimento como um tipo especial de estado mental, ou como uma disposição, ou como um tipo especial de convicção, caracterizada, por exemplo, por sua história ou por sua relação com outras crenças.¹⁰⁸

Seguindo-se nesta análise, o conhecimento verdadeiro seria obtido a partir daquela crença que se mostrasse ainda mais especial, mais bem fundada e justificada, o que levaria à necessidade de um critério – mesmo que parcial – para se estabelecer se uma crença está ou não neste patamar, com vistas a diferenciá-la das demais. Pois bem, como observou Popper, todas as teorias subjetivas procuram encontrar este critério, no sentido de definir a verdade em função das fontes ou origens das crenças, ou em função das operações de verificação, de algum conjunto de regras de aceitação ou, ainda, simplesmente em função da qualidade das convicções subjetivas. Em outras palavras, pode-se dizer que as teorias subjetivas direcionam os esforços no sentido de estabelecer os critérios para alcançar a verdade, deixando de lado a tentativa de estabelecer um conceito de verdade.

Em sentido diverso, as teorias objetivas procuram relacionar a verdade não a uma crença pessoal do que se é, mas ao que realmente corresponde à realidade, como será tratado em seguida. Essa distinção levou Popper a fazer uma intrigante observação relacionando os dois grupos de concepções: para a concepção objetiva (verdade como correspondência), uma afirmação pode ser verdadeira ainda que ninguém assim acredite, e ainda que não se tenha razão alguma para crer que ela seja verdadeira. Por outro lado, ainda nesta concepção, uma afirmação pode ser falsa ainda que se tenha razões muito boas para aceitá-la. Essas premissas seriam totalmente contraditórias para as concepções subjetivas da verdade.¹⁰⁹

¹⁰⁸ POPPER, Karl R. *Conjeturas y Refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico*. Tradução de Néstor Miguez. Barcelona: Ediciones Paidós, 1991, p. 275.

¹⁰⁹ “*En realidad, las tres rivales de la teoría de la correspondencia —a saber, la teoría de la coherencia que confunde la consistencia con la verdad, la teoría de la evidencia que confunde ‘verdadero’ con ‘conocido como verdadero’ y la teoría pragmatista o instrumentalista que confunde*

No âmbito das concepções subjetivas, destacam-se a teoria da verdade como coerência, como evidência e as teorias instrumentalistas ou pragmáticas.

A primeira, que relaciona a verdade com a coerência, possui certa significação no âmbito processual. De acordo com ela, uma afirmativa é verdadeira quando flui de um corpo consistente de proposições.¹¹⁰ Assim, a lógica da coerência está no contexto, ou seja, toma-se um conjunto de enunciados sem considerar se este corresponde a algo ou não, e verifica-se se o conjunto é coerente, hipótese em que, então, o enunciado em particular será tido como verdadeiro.¹¹¹

Os defensores das teorias coerentistas, dos quais se destacam Bradley, Rescher e Dauer¹¹², asseveram que a verdade não deve ser considerada uma relação entre a proposição com o mundo, como defendem os correspondentistas, mas, ao contrário, deve ser concebida com uma relação de proposição-proposição ou de crença-crença. Acreditam os coerentistas que o erro da teoria da correspondência consiste justamente no fato de estabelecer uma relação entre elementos heterogêneos, quais sejam, elementos linguísticos (proposições) e elementos não-linguísticos (fatos ou estado de coisas).¹¹³

A concepção da verdade como coerência pode se mostrar adequada, como adverte Taruffo, para as narrativas literárias, peças teatrais ou até para o âmbito da matemática. Assim, os enunciados de uma obra literária são verdadeiros se coerentes com o conjunto da obra, com a narração em si, mas não necessariamente correspondem à realidade, não existem fora da narrativa. Da mesma forma, um teorema matemático é verdadeiro se for coerente com o conjunto da teoria matemática na qual se insere.¹¹⁴

No entanto, como destaca Damaška, o mesmo não se mostra adequado ao plano processual. Para qualquer evento judicante pode haver vários conjuntos coerentes de declarações, ou várias teorias consistentes, o que não é razão suficiente para concluir que

la utilidad con la verdad — son todas ellas teorías de la verdad subjetivas (o ‘epistémicas’), en contraposición con la teoría objetiva.” POPPER, Karl R. *op. cit.*, p. 275-276.

¹¹⁰ DAMAŠKA, Mirjan. Truth in adjudication. *In: Hastings Law Journal*, 1998, n. 49, p. 291.

¹¹¹ TARUFFO, Michele. La verdad como valor social y jurídico. *In: Proceso y Decisión: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, p. 40.

¹¹² BRADLEY, Francis Herbert. *Essays on Truth and Reality*. Oxford: Oxford University Press, 1914; RESCHER, Nicholas. *The Coherence Theory of Truth*. Oxford: Oxford University Press, 1973; DAUER, Francis W. In Defence of the Coherence Theory of Truth. *In: Journal of Philosophy*, 71, 1974.

¹¹³ PEREIRA, Renato Machado. *Concepção Semântica de Verdade Segundo Alfred Tarski*. 2009. 100 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Educação e Ciências Humanas. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, p. 41.

¹¹⁴ TARUFFO, Michele. La verdad como valor..., p. 40.

sejam verdadeiros.¹¹⁵ Veja-se, portanto, que a coerência não leva ao tipo de verdade que se está a buscar com o processo.

Outro ponto importante a considerar para desqualificar a concepção coerentista, deriva do fato desta considerar os elementos de prova não como um recurso heurístico que supostamente utiliza o julgador para estabelecer a verdade dos fatos no processo, mas um recurso persuasivo, cujo objetivo seria simplesmente criar em sua mente uma crença acerca da credibilidade de alguma das afirmações trazidas no curso do litígio. Desde esta perspectiva, esclarece Taruffo, a coerência do relato desempenha um importante papel persuasivo, fazendo com que os meios de prova sirvam meramente como apoio para um relato convincente. Esta concepção seria adequada, portanto, ao ponto de vista do advogado, visto que seu propósito é justamente influir no ponto de vista do juiz ou do jurado a fim de obter uma decisão favorável.¹¹⁶ Ao contrário, como conclui o autor, o juiz e o jurado devem ser imparciais e objetivos pois espera-se que decidam o caso elegendo a versão verdadeira dos fatos, o que exige que utilizem os meios de prova a partir de seu potencial demonstrativo, não se deixando levar apenas pelo caráter persuasivo – e coerente – do argumento.

Por sua vez, as teorias pragmáticas realizam uma assimilação entre a verdade de um enunciado e sua justificação, ou os critérios para aceitá-la. De acordo com essa concepção, o significado de um conceito é uma função de suas consequências pragmáticas ou experimentais.¹¹⁷ Um dos fundadores dessa corrente, Peirce, explica que a dúvida é o estado intelectual incômodo que gera uma irritação, responsável por impulsionar o pensamento e a busca pelo estado de crença. A essência da crença é a criação de um hábito; e diferentes crenças são distinguidas pelos diferentes modos de ação a que dão origem.¹¹⁸ A verdade pragmática é fundada em consequências básicas ou efeitos práticos de uma crença.

De acordo com Peirce, a questão de saber como a crença verdadeira é distinguida da crença falsa pertence ao âmbito do método experimental. Os seguidores da ciência são movidos pela esperança de que os processos de investigação, desde que conduzidos pelo

¹¹⁵ DAMAŠKA, Mirjan. *Truth... cit.*, p. 292.

¹¹⁶ “*En realidad, el abogado no es alguien que busque la verdad de manera neutral y desinteresada: su enfoque típico es el de una persona interesada en lograr la victoria, aunque no se encuentre la verdad. Es más, sería mucho mejor no descubrir la verdad, desde la perspectiva del abogado, si la verdad resultara contraria a los intereses de su cliente.*” TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 27-28.

¹¹⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 55.

¹¹⁸ PEIRCE, Charles S. *How to make our ideas clear*. Disponível em: <http://www.peirce.org/writings/p119.html>. Acesso em: 20/06/2015.

tempo suficiente, levarão a uma determinada solução por todos os que investigam. A opinião que está destinada a ser, em última análise, acordada por todos os que empreendem tal investigação é o que se pretende pela verdade, e o objeto representado por essa opinião é o real.¹¹⁹

Ao desenvolver sua ideia de concepção pragmática, James acabou por mergulhar a teoria em um relativismo extremo, pelo qual acabou a teoria se difundindo, como ressalta Marina Gascón Abellán. Para ele, o método científico não é hábil a estabelecer uma crença estável e, uma vez que a informação que se pode dispor em um determinado tempo pode acabar se mostrando insuficiente para decidir entre crenças contraditórias, a eleição entre elas pode se apoiar em critérios como o consenso ou a aceitação da comunidade, a simplicidade ou a elegância.¹²⁰

De modo diverso, procurando distanciar a definição da verdade de uma perspectiva subjetivista ou internalista, interessante destacar a teoria que é, nos dizeres de Abellán, uma das elaborações pragmatistas mais depuradas: a teoria consensual da verdade, de Jürgen Habermas. De acordo com essa teoria, como mostra a autora, a verdade é uma pretensão de validade discursiva que se refere à justificação que possam ter os falantes para sustentar uma crença. Não se trata, no entanto, da justificação que de fato possa existir em um momento dado, mas, de uma justificação que seria admitida por qualquer sujeito racional em condições epistêmicas ideais.¹²¹

Como aponta Habermas, “a condição para a verdade dos enunciados é o potencial assentimento dos demais. (...) A verdade de uma proposição significa a promessa de alcançar um consenso racional sobre o dito”.¹²² Ademais, esse consenso deve ser um consenso fundado, que vale, por sua vez, como critério de verdade. O conceito de verdade não consistirá, no entanto, na circunstância de que se alcance um consenso, senão que, “em todo momento e em todas as partes, contanto que se entre em um discurso, possa se chegar a um consenso fundado.”¹²³

As teorias pragmáticas assimilam a verdade com os critérios para aceitá-la,

¹¹⁹ PEIRCE, Charles S. *How to make... cit.*

¹²⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos... cit.*, p. 56.

¹²¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos... cit.*, p. 57.

¹²² HABERMAS, Jürgen. Teorías de la verdad. In: NICOLÁS, Juan Antonio; FRÁPOLLI, María José. (eds.) *Teorías de la Verdad en el Siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 553-554.

¹²³ HABERMAS, Jürgen. Teorías de la verdad... *cit.*, p. 574-575.

relacionando o conceito de verdade ao de justificação.¹²⁴ Tais teorias têm menos intuito de ser uma teoria propriamente dita e mais o objetivo de tratar das regras de conduta de quem procura o verdadeiro.¹²⁵

As teorias subjetivas não são adequadas, de forma geral, para tratar do conceito ou significado da verdade no âmbito do processo, uma vez que levam a discussão para o plano indesejável da subjetividade de quem deve decidir, como se a verdade dos fatos fosse aquela que o juiz acredita que seja. Essa assimilação entre o conceito de verdade e a ideia de crença, pode levar a consequências um tanto quanto perigosas no sentido de se admitirem como legítimas decisões que não podem ser submetidas a um estrito controle de racionalidade.

Estas concepções, entretanto, podem ter utilidade no processo como possíveis critérios ou métodos para auxiliar o julgador a atingir a verdade, embora o conceito que se afigura mais adequado seja o apresentado pelas teorias objetivas, como se discutirá a seguir. Existe uma diferença importante entre definir o conceito de verdade e indicar critérios válidos para se chegar a ela. Assim, quando se trabalha com essa distinção, pode-se concluir que algumas das concepções não são, entre si, totalmente incompatíveis.

Após desconstruir as concepções de verdade como convicção, certeza, consenso e coerência, assim como aquelas que se fundam na justificação ou na utilidade, Tuzet refere-se à concepção correspondentista, explicando que sua ideia central repousa na relação que se estabelece entre uma coisa e a representação que se faz dela no intelecto, a partir das lições de São Tomás de Aquino. Assim, se há uma correspondência entre a coisa e a sua representação, diz-se que esta é verdadeira, caso contrário, será falsa.¹²⁶

Guzmán atribui a Aristóteles uma das primeiras definições do conceito de verdade, a qual fora desde logo recepcionada pela teoria da correspondência: “dizer que o que é, não é, ou, que o que não é, é, é equivocado; mas dizer que o que é, é, e que o que não é, não é, é verdadeiro.”¹²⁷ Essas seriam, conforme o autor, as primeiras raízes da teoria da correspondência, a qual propõe, basicamente, que a verdade de um enunciado consiste em sua correspondência com a realidade.¹²⁸

A concepção objetiva da verdade pressupõe um certo realismo epistemológico que

¹²⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos... cit.*, p. 56.

¹²⁵ PEREIRA, Renato Machado. *op. cit.*, p. 42.

¹²⁶ TUZET, Giovanni. *Filosofia... cit.*, p. 68.

¹²⁷ Tradução livre. No original: “*decir que lo que es no es o que lo que no es es, es erróneo; pero decir que lo que es es y que lo que no es no es, es verdadero*”. In: GUZMÁN, Nicolás. *op. cit.*, p. 49.

¹²⁸ GUZMÁN, Nicolás. *op. cit.*, p. 49..

assenta-se em duas teses: uma metafísica e outra gnoseológica. A primeira tese vale-se da ideia de que o mundo real existe independentemente do sujeito cognoscente. A segunda tese parte do pressuposto de que é possível conhecer esse mundo real, ainda que de forma imperfeita.¹²⁹ Assenta-se, sobretudo, na constatação de que a verdade é uma propriedade objetiva da ação em si mesma: o que se diz corresponde ao que é.¹³⁰ Assim sendo, algo pode ser verdadeiro independentemente de que qualquer indivíduo acredite, já que a verdade não está relacionada a qualquer crença pessoal. Aproximando-se das teorias realistas pode-se dizer que o mundo existe e tem características independentes de algum conhecimento ou experiência, de modo que uma proposição ou ideia sobre o mundo será verdadeira ou falsa em virtude do modo como as coisas são no mundo, independentemente de que se saiba ou se possa vir a saber como as coisas são, de fato.¹³¹

As teorias correspondentistas foram alvo de inúmeras críticas, direcionadas, na maioria dos casos, às compreensões ingênuas e reducionistas dos teóricos que as defendiam frente à complexidade do tema. Muitos desses problemas se devem à concepção que se deve adotar para o termo “correspondência”, se apto a compreender um isomorfismo estrutural entre a proposição e o fato descrito. À guisa de exemplo pode-se citar Wittgenstein com sua teoria (surpreendentemente ingênuo, conforme Popper) da verdade como “projeção”. Segundo essa ideia, concebe-se a proposição ou enunciado verdadeiro aquele que represente uma projeção do fato que pretende descrever, tendo as mesmas propriedades estruturais que o fato real – assim como um registro fonográfico é uma projeção de um determinado som.¹³² O problema dessa ideia reside nas dificuldades inerentes a obter essa precisão tanto pelo aspecto da estrutura última do mundo quanto pelo ideal de uma linguagem perfeitamente clara¹³³ a ser utilizada para descrevê-lo.

Como aponta Susan Haack, foi John Austin o responsável pelos progressos no sentido de desvincular a ideia de correspondência à de um isomorfismo estrutural entre a proposição e o fato, associando-a, por sua vez, a relações puramente convencionais entre as palavras e o mundo.¹³⁴

¹²⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos... cit.*, p. 51.

¹³⁰ LOPES, José António Mouraz. *A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português: Legitimar, Diferenciar, Simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 38.

¹³¹ PEREIRA, Renato Machado. *op. cit.*, p. 38-39.

¹³² POPPER, Karl R. *op. cit.*, p. 273.

¹³³ HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora Unesp, 2002, p. 137.

¹³⁴ HAACK, Susan. *Filosofia... cit.*, p. 135-136.

Austin procura, em primeiro lugar, estabelecer que o que se pretende como verdadeiro ou falso é a afirmação, a qual se refere a um evento histórico; a uma elocução feita por determinado sujeito por meio de uma sentença acerca de um evento ou uma situação histórica específica.¹³⁵ Assim, para checar a veracidade de uma afirmação deve-se considerar a existência do que o autor chama de “palavras” (ou símbolos) pelos quais o interlocutor se comunica com um auditório e, por outro lado, algo além das palavras, para o qual estas serão utilizadas para fazer referência: o “mundo”.

Para Austin, a correspondência é explicada por meio de dois tipos de correlação: (I) convenções descritivas, que correlacionam as palavras com classes ou tipos de situações encontrados no mundo; e (II) convenções demonstrativas, que correlacionam palavras com situações específicas.¹³⁶ Assim, a afirmação será verdadeira quando uma dada situação do mundo (à qual a afirmação se refere em uma convenção demonstrativa) corresponde a um tipo ou classe de situações do mundo com as quais as palavras utilizadas para fazê-lo se correlacionam por meio das convenções descritivas¹³⁷.

Assim, Austin não localiza a verdade da afirmação em sua correspondência com o fato real, mas sim em serem os fatos do mundo consistentes com o que a afirmação diz, ou seja, em sendo a situação narrada pelo enunciado (convenção demonstrativa) correspondente à classe de situações às quais a afirmação se refere (convenções descritivas). Assim, a teoria correspondentista de Austin procura, em maior grau, verificar a coincidência entre as convenções descritivas e demonstrativas da linguagem, na medida em que ambas relacionem uma dada proposição a um mesmo estado de coisas.

No âmbito das concepções objetivas de verdade, relacionadas à ideia de verdade como correspondência, cumpre mencionar a Teoria Semântica de Tarski.

A grande realização de Tarski e a verdadeira importância de sua teoria semântica para a filosofia das ciências empíricas residem, segundo Popper¹³⁸, no fato de ter restabelecido

¹³⁵ AUSTIN, John L. Truth. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4106745>. Acesso em: 21 de junho de 2015, p. 113-114.

¹³⁶ Como explica Haack. (HAACK, Susan. *Filosofia... cit.*, p. 135).

¹³⁷ Veja-se um exemplo prático. Considere-se o estado de febre, no contexto da área de saúde. O mesmo se verifica através de uma classe de possíveis sintomas que acometem o indivíduo, como o aumento da temperatura corporal, calafrios, fadiga, dores no corpo, etc. Com base nessa constatação pode-se dizer que as convenções descritivas pretendem estabelecer uma correlação entre as palavras e a classe de situações ou eventos que caracterizam o estado febril. Por outro lado, as convenções demonstrativas pretendem correlacionar as palavras de uma frase com um dado evento em particular no mundo, como se verifica por meio do enunciado: “Pedro está com febre hoje.”

¹³⁸ POPPER, Karl R. *op. cit.*, p. 273.

uma teoria da correspondência¹³⁹ da verdade absoluta ou objetiva, que havia sido dada por suspeita.

Como explica Tarski, em termos gerais, a semântica é uma disciplina que se ocupa de certas relações entre as expressões de uma linguagem e os objetos (ou situações de fato) aos quais essas expressões se referem. O termo “verdadeiro” expressa uma propriedade de certas afirmações, porém, na medida em que se buscam formulações para definir seu significado, verifica-se que elas não se limitam a referir-se às próprias orações, mas, inevitavelmente, aos objetos a que aludem ditas orações (ou ao estado de fato que descrevem). Por este motivo, a verdade pode ser considerada um conceito semântico.¹⁴⁰

O objetivo do autor, exposto já desde o início de sua análise, é o de encontrar uma definição da verdade que se mostre materialmente adequada e formalmente correta. Sob o aspecto material pretende-se estabelecer o significado da noção de verdade a fim de caracterizá-la com uma precisão tal que permita a qualquer indivíduo avaliar se a definição serve, na realidade, para cumprir sua função¹⁴¹. O aspecto formal refere-se à necessidade de descrever a estrutura da linguagem na qual se dará a definição. Nesse sentido, para se proceder a esta descrição e evitar antinomias (como o paradoxo do mentiroso), deve-se utilizar uma linguagem-objeto (que é a linguagem do que se fala), e uma metalinguagem (que é a linguagem com a qual se fala).¹⁴²

A definição de verdade deve implicar uma equivalência do tipo: a oração “a neve é branca” é verdadeira se, e somente se, a neve é branca, na qual a frase entre aspas seria o nome do enunciado e, a sem aspas, o próprio enunciado. Entretanto, Tarski defende que não

¹³⁹ Essa conclusão de Popper é contestada por Susan Haack, que afirma que a teoria semântica de Tarski não pretende se filiar à concepção de correspondência. Citando uma de suas falas, a epistemóloga ressalta que o próprio Tarski a critica: “*A formulation involving correspondence can lead to various misunderstandings, and cannot be considered a satisfactory definition of truth*”. HAACK, Susan. *Nothing Fancy: Some Simple Truths about Truth in the Law*. In: *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. A questão, no entanto, é controversa. Conforme Abellán, “a caracterização da concepção semântica como uma nova versão da verdade como correspondência não é, em absoluto, absurda, pois o certo é que a partir desse esquema, Tarski oferece uma definição da verdade (das orações) em termos de “satisfação”, e entende a satisfação como uma relação entre orações abertas e sequências de objetos (do mundo real), de maneira que a definição pode considerar-se, sem esforço, uma reabilitação da teoria da correspondência. (GASCÓN ABELLÁN, Marina. *op. cit.*, p. 64). No mesmo sentido, aludindo à concepção de Tarski, Ferrajoli aduz tratar-se de uma redefinição parcial da noção intuitiva da verdade como correspondência. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão... cit.*, p. 51). Para os fins do presente trabalho, a teoria semântica será considerada um aperfeiçoamento da teoria da correspondência, nos moldes propostos por Popper, Gascón Abellán e Ferrajoli.

¹⁴⁰ TARSKI, Alfred. La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica. In: SANZ, María José Frápolli; MARÍN, Juan-Antonio Nicolás. *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 63.

¹⁴¹ TARSKI, Alfred. *op. cit.*, p. 2.

¹⁴² TARSKI, Alfred. *op. cit.*, p. 9.

se deve utilizar a própria oração para representar a equivalência, mas seu nome, a fim de evitar antinomias. Assim, deve-se representar da seguinte forma (T): X é verdadeira se e somente se, *p*; na qual (T) representa essa equivalência, X substitui o nome da oração e *p* uma oração qualquer na linguagem-objeto.¹⁴³

Insta deixar claro que “a formulação de Tarski proporciona uma definição do conceito de verdade que se limita a indicar as condições de uso do termo verdadeiro, com a vantagem de que nada diz dos critérios de verdade, ou seja, as condições de aceitação da asserção como verdadeira.”¹⁴⁴

Inspirando-se na teoria semântica e trazendo-a para o âmbito do processo penal, Ferrajoli desenvolve a seguinte análise, com base na equivalência acima:

Si aplicamos esta equivalencia al término “verdadero” tal y como es predicable de la proposición fáctica y de la jurídica en las que se puede descomponer la proposición jurisdiccional “Ticio ha cometido culpablemente tal hecho denotado por la ley como delito”, obtenemos por sustitución las dos siguientes equivalencias: a) “la proposición ‘Ticio ha cometido culpablemente tal hecho’ es verdadera si, y sólo si, Ticio ha cometido culpablemente tal hecho”, y b) “la proposición ‘tal hecho está denotado por la ley como delito’ es verdadera si, y sólo si, tal hecho está denotado por la ley como delito”¹⁴⁵

Assim, conforme o autor, pode-se dizer que no âmbito da verdade fática, tem-se os fatos ocorridos na realidade, enquanto que, no âmbito da verdade jurídica, estão as normas a que eles se referem. Conjuntamente, a verdade fática e a verdade jurídica definem a verdade processual. A proposição jurisdiccional que emana da sentença será processualmente verdadeira se, e somente se, é verdadeira tanto fática quanto juridicamente, no sentido assim definido.¹⁴⁶

Afirmando tratar-se a concepção correspondentista a mais apropriada ao contexto processual, Tuzet entende a correspondência como uma relação entre linguagem e mundo, entre enunciado (como entidade linguística) e fato (como entidade extralinguística), de modo que a verdade será obtida na medida em que um enunciado corresponda ao fato sobre o qual se refira.¹⁴⁷

¹⁴³ TARSKI, Alfred. *op. cit.*, p. 4-5.

¹⁴⁴ GUZMÁN, Nicolás. *op. cit.*, p. 61-62.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón... cit.*, p. 48.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 51.

¹⁴⁷ TUZET, Giovanni. *Filosofia... cit.*, p. 71.

A verdade que se fala no processo deve ser concebida como reconstrução processual do fato em direção à realidade empírica e histórica. A adesão à concepção da correspondência implica a exigência de se verificar, sobre a base probatória disponível, se os fatos de que dependem as posições jurídicas objeto da controvérsia realmente ocorreram no mundo, o qual se supõe existente e cognoscível.¹⁴⁸ E é justamente nessa base que se situa a prova em seu caráter demonstrativo, já que sua função é oferecer ao julgador conhecimentos fundados empírica e racionalmente acerca dos fatos da causa.

Conforme Taruffo, este enfoque não nega que a coerência narrativa possa ser em alguma medida significativa no contexto judicial, já que pode servir como um critério para eleger uma das diferentes reconstruções possíveis dos fatos que podem advir dos mesmos meios de prova. O que não seria admissível é conceber a coerência como a única dimensão pertinente da concepção da verdade.¹⁴⁹

Ferrajoli define de forma interessante que a contraposição entre as teorias da correspondência com as teorias subjetivas nasce, na verdade, de um equívoco. Isso porque a noção semântica da correspondência é o significado da palavra verdade, no sentido de que a asserção é verdadeira se há uma correspondência com o mundo exterior. Por outro lado, a coerência e a aceitabilidade justificada (teoria pragmática) são critérios de decisão acerca da verdade, o que implica em considerar falsa uma proposição se esta estiver em contradição com uma outra considerada verdadeira (no primeiro caso); e, por outro lado, reputar como verdadeira uma proposição que resulte dotada de maior alcance empírico (no segundo). Assim, não haveria sentido em contrapor a coerência e o pragmatismo com a correspondência, pois ambos os critérios ante a “obrigação de julgar do juiz, são necessários no plano sintático e no pragmático para estabelecer a verdade precisamente porque esta é caracterizável, no plano semântico, como correspondência apenas pelo que sabemos e somente de forma aproximativa”.^{150 151}

¹⁴⁸ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *In: Revista de Processo*. Ano 32, n. 151, setembro de 2007, p. 234.

¹⁴⁹ TARUFFO, Michelle. *La Prueba*. *Cit.*, p. 29.

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 68.

¹⁵¹ No mesmo sentido, McCormick aduz que a coerência narrativa é um teste de verdade ou probabilidade nas questões de fato e de prova nos casos em que não se disponha de prova direta mediante observação imediata: “*Narrative coherence is my name for a test of truth or probability in questions of fact and evidence upon which direct proof by immediate observation is unavailable. Since almost all legal disputes, trials and litigations concern past facts and events, and since no past facts or events are susceptible of direct proof by immediate observation, narrative coherence is a test of great, indeed central, importance in the justification of legal decisions.*” (MACCORMICK, Neil. *Coherence in Legal Justification*. *In: PECZENIK, Aleksander; LINDAHL, Lars; ROERMUND, Bert Van.* (eds.) *Theory of Legal Science*. Dordrecht: D. Reidel, 1984, p. 245.) Da mesma forma, Taruffo conclui: “O conflito entre as duas teorias pode superar-se, quando falamos de verdade judicial,

Da mesma forma, Susan Haack aduz ser importante questionar quais teorias acerca da verdade são, de fato, mutuamente incompatíveis entre si, e quais são mais bem concebidas para oferecer respostas mutuamente compatíveis para diferentes questões sobre o conceito de verdade. Para tanto indica que, enquanto Tarski e os teóricos correspondentistas focam no significado de verdade e seus cognatos, os coerentistas e pragmatistas focam no critério apto para defini-la.¹⁵²

Sendo assim, o importante é considerar que a verdade que se busca estabelecer a partir do processo penal é aquela entendida em seu aspecto de correspondência com o real, já que a sanção penal assume como pressuposto a verificação de uma situação fática específica que lhe autoriza a imposição. No entanto, a concepção da correspondência não apresenta critérios objetivos para alcançar esta verdade, e uma vez que se concebe que a verdade objetiva pode nunca ser alcançada, nada obsta que deva servir como ponto de referência ou princípio regulador¹⁵³ a orientar toda a atividade probatória. Por outro lado, a coerência e o consenso fundado – ou aceitabilidade justificada, aliados a alguns princípios da lógica formal (como o da consistência interna e da não-contradição) podem servir como possíveis critérios para auxiliar a definição dos fatos no processo, mas nunca devem ser interpretadas como condições para autorizar a utilização do termo verdadeiro.

1.2.2. A epistemologia cognitivista e os limites a um ideal de verdade como correspondência

Fixada a premissa de que a verdade que se busca no processo é aquela definida pela

considerando a teoria da verdade como correspondência como o conceito básico de verdade, segundo a teoria semântica da verdade proposta por Tarski, e sustentando que a teoria coerentista simplesmente define um dos possíveis critérios de verdade, mas não é a (melhor) teoria da verdade judicial. Efetivamente, a teoria coerentista captura somente alguns aspectos significativos do problema judicial da verdade, enquanto a teoria da correspondência coincide muito melhor com uma concepção da decisão judicial baseada na justiça e na verdade.” Tradução livre. No original: “*El conflicto entre las dos teorías puede superarse, cuando hablamos de verdad judicial, considerando la teoría de la verdad como correspondencia como el concepto básico de verdad, según la teoría semántica de la verdad propuesta por Tarski, y sosteniendo que la teoría coerentista simplemente define uno de los posibles criterios de verdad, pero no es la (mejor) teoría de la verdad judicial. Efectivamente, la teoría coerentista captura solamente algunos aspectos significativos del problema judicial de la verdad, mientras que la teoría de la correspondencia coincide mucho mejor con una concepción de la decisión judicial basada en la justicia y la verdad.*” In: TARUFFO, Michele. *La Prueba*. cit., p. 29.

¹⁵² HAACK, Susan. *Nothing Fancy: Some Simple Truths about Truth in the Law*. cit., p. 301.

¹⁵³ Como ressalta Ferrajoli, “a verdade processual pode ser concebida como uma verdade aproximada a respeito do ideal iluminista da perfeita correspondência. Este ideal permanece apenas como um ideal. Mas nisto reside precisamente o seu valor: é um princípio regulador (ou um modelo limite) na jurisdição, assim como a ideia de verdade objetiva é um modelo regulador (ou um modelo limite) na ciência. FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 53.

teoria da correspondência, o processo penal filiado à tradição racionalista deverá acondicionar alguns princípios garantistas que configuram, nos dizeres de Ferrajoli, um modelo epistemológico de identificação do desvio penal concebido para assegurar o máximo grau de racionalidade e de confiabilidade do juízo e, para tanto, de limitação da potestade punitiva e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.¹⁵⁴

Durante muito tempo o conhecimento dos fatos no processo restou apoiado em procedimentos místicos e ritualísticos (a exemplo das ordálias, compurgação, duelos), oriundos de um ato de fé na inspiração divina da decisão judicial. Embora tidos por irracionais conforme os parâmetros atuais, esses procedimentos se mostravam compatíveis com o seu contexto histórico e cultural¹⁵⁵. A passagem para a adoção de procedimentos cujas decisões se apoiassem no conhecimento dos fatos por meio da experiência e da observação de evidências representou um marco importante rumo à racionalidade.

O conhecimento racional é, muitas vezes, associado à ideia de obtenção de certezas absolutas, o que, por sua vez, gera uma resistência em assentir com um ideal de racionalidade empírica (considerando que o conhecimento empírico seria incapaz de produzir o grau absoluto de convicção). No entanto, como mostra Gascón Abellán, foi nos dois últimos séculos, em virtude do considerável avanço das ciências, que se conduziu a uma reconfiguração da ideia de conhecimento indutivo e, com ela, uma reabilitação da racionalidade empírica que constituiu a base daquele êxito científico. Para as novas epistemologias empiristas, segundo a autora, o objetivo do conhecimento indutivo não é o de estabelecer certezas absolutas, mas sim, hipóteses válidas com suporte em fatos que as fazem prováveis. Essa virada foi hábil a recuperar, por meio do conceito de probabilidade, o desejável elemento de objetividade.^{156 157}

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 38.

¹⁵⁵ Cf. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, *op. cit.*, pp. 20-21. Segundo o autor, seria um erro comum a consideração dos ordálios como métodos irracionais, uma vez que consiste na interpretação de evento passado a partir de critérios modernos. Sustenta, deste modo, que tais métodos podem ser considerados culturalmente racionais, já que coerentes com a cultura dos contextos sociais circundantes. Além disso, alude a uma “racionalidade funcional” das ordálias, tendo em vista sua utilidade institucional como instrumento coercitivo que gozava de alta popularidade, o que pode ser explicado pelo caráter sagrado dos juízos de Deus, num ambiente impregnado pela fé religiosa.

¹⁵⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁷ Segundo a autora, o conhecimento empírico indutivo encontrou a legitimidade a partir de sua interpretação probabilística. “Com o intuito de racionalizar os conhecimentos indutivos, a construção que mais recebeu aderência fora a da probabilidade lógica ou indutiva através das teorias do grau de confirmação, as quais entendem que a probabilidade de determinada proposição depende do apoio obtido através de proposições que são consequências lógicas da mesma. (...) A probabilidade proporciona, assim, fundamento objetivo para o conhecimento empírico que não pode aspirar a certeza absoluta: não saberemos com total segurança se o

Karl Popper, ao estabelecer os parâmetros que orientam a busca pelo conhecimento científico, é reconhecido por sua constatação de que uma teoria somente pode ser considerada científica se é possível comprovar sua falsidade, de modo que o verdadeiro critério de demarcação do conhecimento empírico é o da falseabilidade, e não o da verificabilidade. Nesse sentido, o que caracteriza o método empírico é sua capacidade de expor à falsificação, de todas as maneiras possíveis, o sistema a ser submetido à prova.¹⁵⁸

Por outro lado, salienta Popper que, apesar do pressuposto de que é possível alcançar a verdade, ao longo dessa busca, pode-se não saber ao certo quando ela é, de fato, encontrada, ou o quão próximo se está de tal intento. Sustenta, por outro lado, que não se dispõe de nenhum critério exato de definição da verdade mas, por outro lado, existem critérios de progresso em direção a ela. A verdade deve ser utilizada como um princípio regulador¹⁵⁹, de modo a guiar o investigador na atividade de busca.^{160 161}

A consciência da dificuldade de se alcançar o conhecimento objetivo por meio das hodiernas técnicas e instrumentos de investigação disponíveis não deve levar à abdicação do

enunciado é verdadeiro, mas seu grau de confirmação fornece uma medida da probabilidade de sua verdade.” GASCÓN ABELLÁN, Marina. *op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁸ POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 43-44.

¹⁵⁹ POPPER, Karl. *Conjecturas... cit.*, p. 277. Para ilustrar a situação, Popper compara a ideia da verdade no sentido objetivo (e seu papel como princípio regulador) a um pico montanhoso permanentemente envolto em nuvens e um alpinista que deseja atingir o cume. Sendo assim, o alpinista não somente terá dificuldades para chegar ao ponto mais alto, como pode não saber quando chega a ele, pois incapaz de distinguir, em meio às nuvens, o cume principal de algum pico intermediário. No entanto, isso não altera o fato da existência objetiva do cume e nem, tampouco, de que é possível alcançá-lo. (*Idem, ibidem.*) Semelhante analogia foi feita por Taruffo ao comparar a verdade a um ponto de referência, como é o norte, o meridiano de Greenwich ou mesmo o infinito nas séries matemáticas dos números. Sendo assim, quando se está a voar em um avião, é interessante saber se está a ir em direção ao norte ou na direção contrária a ele, embora nunca se chegará neste norte por se tratar apenas de uma convenção, um ponto de referência, o que também ocorre com o meridiano de Greenwich. Também com os números, nunca se chegará ao infinito numérico, embora se saiba que o número 10 está mais próximo dele do que o número 5. O autor, então, esclarece, que pode-se nunca chegar à verdade no processo, mas ela servirá como ponto de orientação para que o juiz se mova nesta direção, de modo a atingir uma aproximação mais ou menos adequada a partir do material probatório de que disponha. (TARUFFO, Michele. *La verdad como valor... cit.*, p. 48-49.)

¹⁶⁰ Ferrajoli também parece compartilhar da ideia de verdade aproximativa, verdade em sentido objetivo mas como princípio regulador, “entendida esta como um ‘modelo’ ou uma ‘ideia reguladora’ que somos ‘incapazes de igualar’ mas da qual podemos nos aproximar, (...) o papel de um princípio regulador que nos permita asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximativamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior ‘poder de explicação’ e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53.

¹⁶¹ A verdade objetiva como critério regulador é útil em vários níveis, a saber: “para o legislador, na individualização do método de averiguação; para o juiz, na valoração e na escolha discricionária que aquele método lhe impõe de efetuar; para o cidadão, na crítica ao procedimento e decisão reputados injustos. Mas, acima de tudo, aquela permite destacar que uma condenação (ou absolvição) possa ser injusta na medida em que é falso o enunciado de culpabilidade (ou de não culpabilidade), não obstante a sua plena congruência com todas as provas presentes no processo.” Tradução livre. TUZET, Giovanni. *Filosofia... cit.*, p. 77

intuito de buscá-lo. A tradição da investigação científica muito diz a esse respeito, já que é sabido que as verdades científicas hoje estabelecidas serão, provavelmente, contestadas no futuro a partir das novas experiências e dos novos conhecimentos então disponíveis. Como disse o artista Joaquín Sabina em uma entrevista para o jornal El País, “as verdades científicas são como o amor: eternas enquanto duram”.¹⁶² Essa constatação de modo algum afasta os matemáticos, físicos, químicos, biólogos e historiadores do inalcançável fim de se aproximar da verdade por meio dos instrumentos e técnicas de que dispõem, sendo os mesmos constantemente aperfeiçoados. E assim também deve ser com o processo, a partir da concepção metajurídica da prova aqui adotada.

Na medida em que se concebe um modelo processual fundado na noção de verdade como correspondência com o mundo, exsurge a necessidade de que se estabeleçam os meios válidos para que se proporcione ao julgador o seu conhecimento, daí a necessidade de se analisar a questão sob a ótica epistemológica. O estabelecimento judicial dos fatos no processo deve se submeter, necessariamente, aos parâmetros e esquemas próprios da epistemologia em geral.

Além disso, a verdade a ser estabelecida no processo não é aquela metafísica dos conceitos abstratos ou da fé, como acentua Greco, mas aquela acessível ao conhecimento racional, relacionada aos fatos do mundo em que o ser humano vive e age.¹⁶³ Se se almeja ver o processo como um instrumento de razão e não como um estéril e árido jogo de força e destreza – destaca Calamandrei – , importa concebê-lo, antes de tudo, como um método de cognição, isto é, de conhecimento da verdade; e os meios probatórios, por sua vez, como instrumentos verdadeiramente endereçados para o alcance da verdade.¹⁶⁴

A investigação processual penal se remete a fatos ocorridos no passado e a reconstrução da realidade objetiva – que não se dá de forma direta – é mediada por diversas fontes, dentre as quais, relatos de testemunhas e peritos. O responsável pela decisão sobre os fatos analisará empiricamente os dados disponíveis e realizará, em determinados momentos, escolhas entre hipóteses fáticas antagônicas por meio de valorações pessoais. Essas peculiaridades levam a inúmeras críticas derivadas do ceticismo acerca da credibilidade desses dados sensoriais (tanto inerentes aos relatos das testemunhas e peritos, quanto provenientes da observação de tais relatos pelo juiz), levando à conclusão da impossibilidade

¹⁶² Tradução livre. No original: “*Las verdades científicas son como el amor: eternas mientras duran.*” Citado por HAACK, Susan. *Nothing Fancy... cit.*, p. 296.

¹⁶³ GRECO, Leonardo. *Instituições... op. cit.*, p. 96.

¹⁶⁴ CALAMANDREI, Piero. *Processo e giustizia. Rivista di Diritto Processuale.* n. V, 1950, p. 284.

de se atingir o conhecimento objetivo. A despeito disso, como defende Abellán, “não se trata de dissuadir da confiança em nossas experiências, mas de se prevenir frente à tendência a lhes atribuir infalibilidade.”¹⁶⁵

Discorda-se, desta forma, de concepções epistemológicas puramente construtivistas ou decisionistas. No Estado democrático de direito, como destaca Gomes Filho, somente as decisões fundadas no *saber*, ou seja, no efetivo *conhecimento* dos fatos, servem para legitimar restrições à liberdade pessoal. Paralelamente, esse conhecimento só será legítimo se resultar de uma investigação imparcial, onde as proposições acusatórias sejam plenamente comprovadas por meio de um procedimento que garanta a participação e o controle da defesa, assim como a contraprova.¹⁶⁶

Por todos os fundamentos expostos, o modelo epistemológico a ser adotado como fundamento da concepção racionalista da prova é o cognitivista, a qual alude a um ideal (aproximativo) de correspondência a ser verificada entre as hipóteses fáticas aventadas no processo e a realidade objetiva. Para tanto, nada obsta que sejam utilizados critérios como o da coerência, associados a outros que permitam sujeitar tais hipóteses à verificação empírica, de modo a considerar provada aquela dotada de maior suporte confirmatório.

Como acrescenta Ferrer Beltrán, é importante vincular a noção de prova com a aceitabilidade da verdade do enunciado que se declara provado, fundada na suficiência dos elementos de juízo a seu favor. Atento para o alerta de que nunca se poderá ter a certeza racional de que um enunciado empírico é verdadeiro, sustenta o autor que o critério de aceitabilidade não deve ser substantivo, mas procedimental. Em outras palavras, um enunciado será aceitável como verdadeiro se tem elementos de prova suficientes a seu favor, ou, mais estritamente, se está suficientemente corroborado pelos elementos probatórios existentes no processo.¹⁶⁷

Esta exigência é entendida por Tuzet como a condição intersubjetiva do conhecimento, na medida em que os seus critérios (aquilo que autoriza a crer numa dada hipótese) são estabelecidos ante seu caráter social, onde não importa a opinião individual, mas sim aquilo que a comunidade em relevo reconhece como adequada justificação.¹⁶⁸ Para isso, a

¹⁶⁵ A solução não estaria, segundo ela, “nem no abandono de um certo ‘realismo epistemológico’, ainda que se deva estar consciente da carga conceitual de nossa descrição do mundo, nem na abdicação da ideia de ‘conhecimento indutivo objetivo ou racional’, ainda que se trate de uma objetividade permeada pelo conceito de probabilidade.” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. *op. cit.*, p. 27-28.)

¹⁶⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova... cit.*, p. 172.

¹⁶⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional... op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁸ TUZET, Giovanni. *Filosofia... cit.*, p. 73.

fim de que se possa considerar uma hipótese provada, necessária a previsão normativa de *standards* probatórios adequados – que distribuam validamente as chances de erro entre as partes, considerando os valores em questão, e que permitam um controle intersubjetivo do resultado.

Uma base conceitual adequada para a caracterização do modelo epistemológico cognitivista é fornecida por Luigi Ferrajoli, para quem este é o modelo normativamente exigido pela ideologia do garantismo. A epistemologia cognitivista deve ser assegurada pelo que denomina princípio da estrita jurisdicionalidade que, por sua vez, exige como condições a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias e sua comprovação empírica, por meio de procedimentos adequados para tais fins¹⁶⁹.

O modelo oposto ao cognitivista é o decisionista, que se funda não no caráter cognitivo, mas potestativo do juízo. Como esclarece Ferrajoli, o decisionismo é efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da excessiva subjetividade dos pressupostos da sanção. Manifesta-se tanto por meio do caráter subjetivo do tema processual – no sentido da determinação fática em razão de condições ou qualidades pessoais – , quanto ao caráter subjetivo do juízo, o qual apoia-se mais em valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que, propriamente, de provas concretas.¹⁷⁰

É possível verificar, em grande parte, a compatibilidade da ótica racionalista da prova com o modelo cognitivista delineado por Ferrajoli, o qual se encontra inserido, por sua vez, em um contexto bem mais amplo que se destina a estabelecer as bases garantistas para um sistema de justiça penal – não somente no âmbito processual, mas, também, na perspectiva do direito material. No entanto, tal modelo é considerado por seu autor como amplamente idealista. Isso porque, segundo ele, a ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação objetiva dos fatos corresponde a uma ilusão.

Alguns empecilhos naturais inevitavelmente obstaculizarão a atividade de cognição

¹⁶⁹ “Disso deriva um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negações – de fato ou de direito – das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual. (...) Podemos dizer, atendendo a uma antiga *hendíadis*, que se a ética é ‘sem verdade’, por serem os juízos éticos valorativos e não cognitivos, uma justiça penal não arbitrária dever ser em certa medida “com verdade”, quer dizer, baseada sobre juízos penais predominantemente cognitivos (de fato) e recognitivos (de direito), sujeitos como tais a verificação empírica.” (FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 41.)

¹⁷⁰ “O primeiro fator de subjetivação gera uma perversão inquisitiva do processo, dirigindo-o não no sentido da comprovação de fatos objetivos (ou para além dela), mas no sentido da análise da interioridade da pessoa julgada. O segundo degrada a verdade processual, de verdade empírica, pública e intersubjetivamente controlável, em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador.” (FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 46.)

dos fatos apreendida no processo, no sentido de aproximação da verdade. No aspecto epistemológico, por exemplo, tanto as condições de uso do termo verdadeiro quanto os critérios de aceitação da verdade no processo acabam por dar margem a certo grau de discricionariedade.

Ferrajoli cita quatro desses empecilhos, os quais serão aqui brevemente analisados, considerados por ele como limites da verdade processual¹⁷¹, a saber: a indução fática e a verdade provável da conclusão; a dedução jurídica e a verdade opinativa das premissas; a subjetividade específica do conhecimento judicial e o método legal da comprovação processual.

A primeira dessas razões se relaciona à atividade de indução realizada pelo juiz para se chegar à verdade fática – que exsurge das alegações e provas –, e se assemelha à verdade histórica, que se baseia em fatos ocorridos no passado e não pode ser afirmada por observação direta. Esses fatos pretéritos são apresentados por meio de hipóteses, sustentadas pela acusação e pela defesa com esteio nas provas disponíveis. Entretanto, estas admitem diversas interpretações e explicações alternativas, fazendo com que a atividade do juiz se resuma em eleger a versão que ele considere correspondente à verdade histórica.¹⁷² Deste modo, o autor explica que a verdade processual é resultado de uma ilação¹⁷³ entre os fatos “comprovados” do passado e os fatos probatórios do presente.

Nesse contexto, a expectativa de verificação objetiva e absoluta da verdade é frustrada, assim como o modelo ideal da verdade processual fática como correspondência objetiva. Isso porque, como observa o autor, um mesmo conjunto de acontecimentos e de dados probatórios admite várias explicações alternativas. A partir de um mesmo conjunto probatório pode-se, facilmente, justificar a culpa ou a inocência do acusado.¹⁷⁴

¹⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 54.

¹⁷² Problema que se mostra comum à definição da verdade histórica e da verdade dos fatos no processo, é o da verificação e verificabilidade, como aduz Ferrajoli. Citando Clarence Lewis, o autor explica que a verdade dessas proposições somente pode ser enunciada através dos efeitos produzidos pelos “sinais do passado deixados no presente pelos eventos passados, dos quais aqueles descrevem a ocorrência”. (FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 55.) Isso se dá através dos depoimentos, perícias, interrogatórios, reconhecimentos e outras fontes que, inacessíveis à experiência e à observação direta, apenas podem captar sinais do delito.

¹⁷³ Tal ilação seria representada por meio de uma inferência indutiva, na qual são alocados nas premissas, de um lado, os elementos fáticos oriundos das provas praticadas e, de outro, as generalizações provenientes de experiências análogas, de modo a se extrair, na conclusão, a enunciação do fato do passado que se entende como provado a partir das premissas. No entanto, como em toda inferência indutiva, a verdade da conclusão não está demonstrada, mas afigura-se tão somente como logicamente provável ou razoavelmente plausível, uma vez que não se possa afiançar a verdade das premissas. FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 56.

¹⁷⁴ “E a tarefa da investigação judicial, igualmente à de qualquer outro tipo de investigação ou explicação, é eliminar o dilema em favor da hipótese mais simples, dotada de maior capacidade explicativa e, sobretudo,

Além de tudo, o autor sublinha a dimensão temporal da verdade a ser proferida, visto que, diferentemente da atividade do historiador de descoberta da verdade, o juiz deve concluir sua observação em um dado momento, independentemente de estar convencido. “Assim, pois, se o dilema não é resolúvel, prevalece a hipótese mais favorável ao acusado, graças a uma regra jurídica sobre as condições de aceitabilidade da verdade processual.”¹⁷⁵

A segunda razão se relaciona à atividade de dedução que lhe é posterior, que consiste na subsunção do fato à norma para atingir a verdade das proposições jurídicas. Tal atividade é tida pelo autor como classificatória, consistindo na categorização dos fatos históricos conforme as definições do léxico jurídico por meio de interpretação da linguagem legal. Esta verdade pode ser considerada, segundo ele, tão opinativa quanto as premissas fáticas que lhe deram origem, uma vez que as expressões jurídicas trazidas pelas normas comportam inúmeras interpretações¹⁷⁶.

Em um terceiro momento, Ferrajoli aponta como limite justamente a questão da subjetividade que inevitavelmente acomete o julgador em meio à atividade de interpretação e valoração dos fatos e na interpretação normativa. Inevitavelmente, o julgador se verá condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, seus sentimentos e valores, suas inclinações sociais, éticas e políticas, além de suas emoções. E quanto a esse aspecto o autor explica que não estão incluídas somente as atitudes desonestas e partidárias por parte do juiz, mas principalmente, aquelas inevitáveis deformações involuntárias inerentes a qualquer reconstrução judicial minimamente complexa de fatos passados. Segundo ele, em todo juízo “sempre está presente uma certa dose de preconceito”, embora tal subjetividade não seja

compatível com o maior número de provas e conhecimentos adquiridos com anterioridade.” (FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 56.)

¹⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 56.

¹⁷⁶ Expressões como “lesão grave”, “incapacidade”, debilidade permanente”, “perigo”, “motivo fútil”, “motivo torpe”, dentre muitas outras, todas elas opinativas, fazem com que o juiz tenha que escolher a que considera mais apropriada mediante uma decisão discricionária que pode ser mais ou menos arbitrária ou racional. (FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 57.) Para reduzir os efeitos dessa constatação, Damaška aponta para a necessidade de que a lei reduza os espaços para essa interpretação ambígua e aberta. De acordo com ele, nas situações em que a atividade intelectual possa se mostrar plural, com espaço para sentidos ambíguos, a lei deve insistir em uma perspectiva singular e pré-estabelecida. Artificiais ou não, essas restrições podem trazer foco aos julgadores no sentido de estreitar os aspectos da realidade a que se referem e, conseqüentemente, fazendo com que o potencial para controvérsia seja amplamente reduzido. (DAMAŠKA, Mirjan. *Truth in adjudication... cit.*, p. 293.) No mesmo sentido veja-se Guzmán que, referindo-se ao princípio da estrita legalidade desenvolvido por Ferrajoli, defende a necessidade de uma predeterminação legal clara e precisa daquilo de que se fala no processo, ou seja, da conduta delituosa. Segundo ele, “*allí donde la norma no es exacta, clara y dotada de precisión empírica, donde contiene elementos valorativos que dejan librado al arbitrio del juez la decisión acerca de la extensión de su significado (es decir, la decisión acerca de en qué casos ella se aplica), no hay otra salida que recurrir a la mera retórica. La prueba pierde así cualquier función cognoscitiva y la actividad de las partes se dirigirá básicamente a convencer al juez, cuya decisión será tan opinable como inverificable.*” (GUZMÁN, Nicolás. *op. cit.*, p. 76.)

própria da investigação judicial, podendo ser detectada em todas as formas de conhecimento empírico.¹⁷⁷

Finalmente, como quarta limitação, o autor se refere ao método legal da comprovação processual. Isso significa que a verdade que se identifica pelo processo está sujeita à observância de regras e procedimentos que disciplinam sua comprovação. Essas regras procedimentais são as mais variadas na medida em que se comparam os diversos sistemas processuais e, inclusive, podem atender a finalidades distintas. Como mostra Ferrajoli, muitas dessas normas se apresentam com a finalidade de evitar o abuso e prevaricação das partes, outras servem para nortear o juiz no caso de dúvida, algumas se destinam a reduzir a subjetividade do juízo ou de suas fontes de prova, outras visam preservar os direitos fundamentais e garantias processuais dos envolvidos na atividade probatória. Essas normas, inevitavelmente, substituem os critérios próprios da livre investigação, comuns da busca da verdade em outras áreas do conhecimento.¹⁷⁸ No entanto, embora necessárias para atender às peculiaridades da atividade processual, muitas delas parecem estar orientadas para fins opostos à busca da verdade, pois acabam por obstaculizar esse objetivo.

No capítulo seguinte serão trabalhados os principais fundamentos para a compreensão da prova em uma concepção racionalista, assim como os requisitos para a configuração de um procedimento probatório em conformidade com tais premissas. Nesse contexto, dentre as quatro espécies de limitações à cognição processual em um ideal de correspondência apresentadas por Ferrajoli, três serão objeto de análise: o raciocínio a ser empregado pelo julgador na determinação da verdade fática, a subjetividade específica do conhecimento judicial e o método legal de comprovação processual, oportunidade em que se buscará reduzir o impacto dessas limitações à função epistêmica do processo.

Para tanto, cumpre-se, primeiramente, estabelecer algumas premissas teóricas conceituais acerca da prova segundo os parâmetros racionais.

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 58-59. A investigação judicial seria, no entanto, hábil a propiciar maiores distorções devido à conjunção de alguns fatores, como a necessidade de se chegar, necessariamente, a uma decisão prática em um tempo limitado; o caráter, em grande parte, irreparável das consequências da decisão, especialmente se em prejuízo do acusado; e à subjetividade também localizada em muitas fontes de prova. (*Idem*, p. 59-60.)

¹⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 62.

1.3. Conceito e funções da prova

A palavra prova traduz ideias de correção, aprovação e confiança, relacionando-se, pois, às operações intelectuais inerentes à busca e à comunicação do conhecimento verdadeiro¹⁷⁹.

Diante do caráter polissêmico do termo *prova*¹⁸⁰, é comum encontrar na linguagem jurídica diversos sentidos empregados para designar suas variadas acepções, sendo três principais, quais sejam: prova como meio, prova como atividade e prova como resultado, embora tais acepções não recebam tratamento unívoco.

O primeiro sentido, prova como meio, é comumente relacionado aos instrumentos de que dispõem as partes para provar os fatos alegados, a exemplo da prova testemunhal, documental e pericial. Conforme Taruffo, o termo identifica “o que serve ou pode servir para confirmar ou refutar uma afirmação relativa a um fato da causa.”¹⁸¹ Tal sentido também é empregado por Ferrer Beltrán em alusão ao “enunciado fático descritivo do qual se podem obter direta ou indiretamente inferências para a corroboração ou refutação da hipótese principal do caso.”¹⁸²

A segunda acepção, prova como atividade, é entendida em uma concepção dinâmica, relativa à atividade, no processo penal, desenvolvida pelas partes (e, subsidiariamente, pelo juiz) de aportar ao processo – de acordo com o regramento previsto em lei – os elementos probatórios destinados a constituir o fundamento do juízo fático.¹⁸³ Tal definição, segundo Taruffo, pode também compreender a inferência ou cadeia de inferências em função das quais o elemento de prova passa a ser a premissa para a aceitabilidade da asserção sobre o fato.

¹⁷⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 305.

¹⁸⁰ Cf. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia... *cit.*, p. 304. Inclusive, conforme adverte o autor, “grande parte das dificuldades encontradas pelos juristas no tratamento da matéria está no emprego, nem sempre adequado, de certas expressões próprias da linguagem comum, da terminologia filosófica e científica ou mesmo elaboradas em outras culturas jurídicas, que nem sempre servem para esclarecer a natureza dos fenômenos ligados à prova judiciária, mas, ao contrário, muito contribuem para incertezas, equívocos e contradições.” (*Idem, ibidem.*)

¹⁸¹ Tradução livre. No original: “*lo que sirve o puede servir para confirmar o falsear una aserción relativa a un hecho de la causa.*” (TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 448.)

¹⁸² Tradução Livre. No original: “*cualquier enunciado fáctico descriptivo, del que se pueden obtener directa o indirectamente inferencias para la corroboración o refutación de la hipótesis principal del caso.*” (FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 35).

¹⁸³ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos, cit.*, p. 451.

Assim, provar significa o procedimento lógico por meio do qual a prova-conclusão se funda na prova-premissa, ou se deriva dela. Ainda conforme o autor, prova seria, neste sentido, a inferência sobre a prova, ou seja, o raciocínio com que o juiz estabelece que o fato está provado com base nos elementos de prova que dispõe.¹⁸⁴

Em terceiro lugar resta a ideia de prova como resultado, apta a designar o produto da aquisição dos meios de prova no processo e de sua posterior valoração por parte do juiz. “Diz-se que há a prova quando se estabelece que a asserção sobre o fato resulta verificada ou confirmada sobre a base dos elementos cognitivos disponíveis.”¹⁸⁵

Por outro lado, Gomes Filho busca destacar três acepções gerais acerca do vocábulo prova: como demonstração, no qual a prova tem o condão de estabelecer a verdade sobre determinados fatos; como experimentação, em que visa a verificar a correção de determinada hipótese; e como desafio, o que pressupõe a necessidade de superar algum obstáculo como condição para se obter o reconhecimento de certas qualidades ou aptidões. Tais sentidos podem ser tranquilamente transpostos para o contexto processual.¹⁸⁶

O termo pode ainda ser empregado, dentro da dinâmica do processo, para indicar cada um dos dados objetivos sobre os quais as partes buscarão apoiar suas hipóteses fáticas e refutar as do adversário. Os chamados *elementos de prova*¹⁸⁷ servirão, ainda, para justificar as conclusões do juiz acerca da matéria fática em disputa. Por outro lado, na medida em que se refere à própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova disponíveis a respeito de um fato, fala-se em *resultado da prova*, obtido a partir do procedimento intelectual do julgador com base na soma dos dados existentes.¹⁸⁸

Ademais, é possível referir-se à prova no sentido de *fonte de prova*, *meio de prova* e *meio de investigação de prova*. Por fonte de prova, segundo Gomes Filho, alude-se às pessoas ou coisas das quais possa-se conseguir a prova. Os meios de prova, como já identificado há

¹⁸⁴ *Idem*, p. 450.

¹⁸⁵ Tradução livre. No original: “‘prueba’ designa el resultado que deriva de la adquisición de los medios de prueba en el proceso y de su valoración por parte del juez. Se da la prueba, en este sentido, cuando se establece que la aserción sobre el hecho resulta verificada o confirmada sobre la base de los elementos cognoscitivos disponibles.” (TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. *cit.*, p. 449).

¹⁸⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia... *cit.*, p. 305.

¹⁸⁷ *Cf.* GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia... *cit.*, p. 307.

¹⁸⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia... *cit.*, p. 308. “Essa distinção entre *elemento* de prova e *resultado* de prova, nem sempre feita de forma clara pelo legislador, é de grande relevância prática no processo penal brasileiro: pense-se nas situações em que a lei admite a apelação contra decisões do júri quando ‘for a decisão do júri manifestamente contrária à *prova* dos autos’ (...) ou quando autoriza a revisão criminal diante da contrariedade ‘à evidência dos autos’. Nesses dois casos, o sentido dessas expressões só pode ser o de *resultado* da prova, não sendo viável entender-se, como muitas vezes ocorre, que a existência de um só *elemento* poderia afastar o conhecimento da impugnação.” (*Idem, ibidem.*)

pouco, são os mecanismos por meio dos quais os *elementos* de prova são incorporados ao processo. Por sua vez, os meios de investigação referem-se, normalmente, aos procedimentos extraprocessuais previstos em lei com o intuito de reunir provas materiais dotadas de força probatória¹⁸⁹.

As variadas concepções existentes acerca da prova jurídica aludem a distintas visões sobre seu conceito, função e localização na enciclopédia das ciências, além de influir no próprio modelo de regulação a ser adotado pelo sistema processual. Cada compreensão traz em sua ideologia as influências históricas e filosóficas que lhe servem de referência, e a adoção de qualquer delas implica a opção por uma percepção peculiar da própria função do processo e da decisão judicial no Estado de Direito. Isso porque as distintas concepções acerca da prova refletem variadas formas de se compreender e de configurar a atividade de reconstrução dos fatos, e, em última análise, expressam a importância atribuída à verdade no contexto processual.

Valendo-se das concepções elencadas por Greco fala-se, em primeiro lugar, de um sentido lógico da prova, pelo qual esta é compreendida dentro de uma acepção não exclusivamente jurídica. A prova corresponde, nesses termos, ao processo mental “composto de uma série de raciocínios por meio do qual o juiz procura estabelecer a existência ou não dos fatos sobre os quais exerce jurisdição.”¹⁹⁰

As concepções lógicas remontam, em grande parte, à antiguidade grega, onde os juízos de fato se exerciam com amplo apoio na argumentação por meio das técnicas da dialética e da retórica – inspiradas em Aristóteles e na sofística.¹⁹¹ Não pareciam, entretanto, ter no estabelecimento da verdade seu escopo primordial, sendo os esforços probatórios concentrados na busca da persuasão com vistas à obtenção do consenso¹⁹². Isso porque, como é natural, a lógica investiga os princípios formais do conhecimento, de modo que seus esforços concentram-se na forma e nas leis gerais do pensamento humano – o qual é

¹⁸⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia... *cit.*, p. 309. “Num processo penal garantidor, no qual seja assegurado ao réu o direito de não colaborar para a obtenção de provas contra si mesmo, (*nemo tenetur se accusare*), a distinção entre *fonte* e *meio* de prova é relevante: o acusado será, eventualmente, *fonte* de prova, na medida em que trazer voluntariamente elementos probatórios úteis à decisão; mas o seu interrogatório não poderá ser considerado *meio* de prova porque não constitui atividade destinada a tal finalidade, mas antes instrumento de defesa.” (*Idem, ibidem.*)

¹⁹⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições...* *cit.*, p. 84.

¹⁹¹ GRECO, Leonardo. O Conceito... *cit.*, p. 219.

¹⁹² “Se é certo que no julgamento dos fatos o juiz não pode ser simplesmente o revelador da sua própria convicção, porque ele não atua como um particular, mas como um órgão do Estado, no interesse de toda a coletividade, é ingênuo supor que o consenso seja suficiente para assegurar uma decisão próxima da verdade. A aceitação social da justiça da decisão pode valorizar o juiz, conferir-lhe credibilidade e legitimidade, mas não justifica racionalmente a decisão.” GRECO, Leonardo. O Conceito... *cit.*, p. 252.

considerado puramente em si mesmo, prescindindo de qualquer referência aos objetos¹⁹³.

Dentro da concepção lógica ganharam destaque recentemente três escolas de pensamento: a retórico-persuasiva, liderada por Perelman com apoio em sua teoria da argumentação; a semiótica, que se preocupa com a estrutura lingüística e com a coerência da narrativa dos discursos contidos no processo; e a americana da probabilidade quantitativa, que visa analisar a força do convencimento subjetivo por meio de uma escala de valores numéricos fracionários entre 0 e 1, o chamado teorema de Bayes.¹⁹⁴

Nenhuma dessas representações seria, nos dizeres de Greco e Taruffo, adequada para tratar das complexidades do fenômeno probatório, embora cada qual seja útil em certa medida. As duas primeiras pecam pelo desprezo à busca da verdade, e a terceira por se apoiar em uma quantificação numérica do convencimento que acaba se mostrando arbitrária, retirando a credibilidade de suas conclusões.¹⁹⁵ As três parecem, sobretudo, extrapolar a carga de subjetividade tolerável, transformando a prova em um instrumento estratégico de persuasão.

Por tudo isso pode-se dizer que a concepção lógica demonstra uma indesejável aproximação às concepções subjetivas de verdade anteriormente expostas. Isso porque parecem adotar a convicção do julgador como elemento funcional do conceito de prova¹⁹⁶, entendendo que sua finalidade seria, unicamente, a de “produzir no juiz a certeza ou o convencimento sobre os fatos a que ela se refere, certeza que pode não corresponder à realidade, é dizer, que equivale à crença subjetiva de que existem ou não existem.”¹⁹⁷

Em segundo lugar, Greco alude à concepção processual – ou formal, a qual teve forte expressão com o advento das provas legais. Nesse contexto, os juízes se libertaram da

¹⁹³ Diferentemente da teoria do conhecimento que, conforme Johannes Hessen, dirige-se justamente para a significação objetiva do pensamento: “Enquanto que a lógica pergunta pela correção formal do pensamento, isto é, pela sua concordância consigo mesmo, pelas suas próprias formas e leis, a teoria do conhecimento pergunta pela verdade do pensamento, isto é, pela sua concordância com o objeto. Portanto, pode-se definir também a teoria do conhecimento como a teoria do pensamento *verdadeiro*, em oposição à lógica, que seria a teoria do pensamento *correcto*.” HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. Tradução de António Correia. 7. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1980, p. 20.

¹⁹⁴ GRECO, Leonardo. *O Conceito... cit.*, p. 221-222.

¹⁹⁵ GRECO, Leonardo. *O Conceito... cit.*, p. 222.

¹⁹⁶ Leonardo Greco estabelece dois possíveis elementos funcionais do conceito de prova: a convicção do julgador e a descoberta da verdade, sendo este último o mais adequado como pressuposto da realização da justiça e da tutela jurisdicional efetiva dos cidadãos. Como explica o autor, “Não disciplinada epistemologicamente, nem preocupada com a maior fidelidade possível à realidade objetiva, a convicção do juiz, como fenômeno psicológico, reduz a prova a um ato de fé, à crença subjetiva do juiz na existência dos fatos, que a lei transforma num juízo de certeza com validade apenas no caso concreto, mas do qual podem resultar a negativa da tutela do direito de quem o tem ou a sua concessão a quem não o tem.” GRECO, Leonardo. *O Conceito... cit.*, p. 232.

¹⁹⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, n/d, p. 242.

preocupação de reconstituir a realidade da vida e se tornaram escravos do legislador, como se a verdade a ser buscada no processo fosse uma verdade própria, alheia ao mundo real. Esse artificialismo pelo qual a prova era concebida sobreviveu para além da era da tarifação, ganhando força graças à influência do positivismo nos séculos XIX e XX.¹⁹⁸

Adepto dessa concepção, Carnelutti¹⁹⁹ sustenta que, de forma geral, provar significa demonstrar a verdade de uma proposição. No entanto, no âmbito jurídico, o controle dos fatos controvertidos por parte do juiz pode não se realizar por meio da busca da verdade, mas mediante os procedimentos de fixação formal. Assim, se a lei entende as provas como esses procedimentos formais de fixação, quer dizer que o conteúdo próprio do vocábulo na linguagem jurídica se altera e se deforma. Provar, nesta perspectiva, já não significará demonstrar a verdade dos fatos controvertidos, senão determinar ou estabelecer formalmente os fatos mediante certos procedimentos.

Ocorre que, como bem observa Devis Echandía, essa concepção não definiu precisamente quando se poderia afirmar que os fatos foram formalmente estabelecidos no processo: se quando restarem identificados com a verdade ou, simplesmente, na medida em que produzida na mente do juiz a certeza ou o convencimento de sua existência.²⁰⁰ Resta duvidoso, pois, o real elemento funcional do conceito de prova segundo essa compreensão. No entanto, a julgar pelo seu ceticismo sobre a possibilidade de descoberta da verdade, parece se compatibilizar em maior grau com o propósito de formação da convicção do julgador.

A concepção formal ou processual da prova foi movida por uma descrença de que se pudesse apurar a verdade objetiva, tal como ela é, por meio do processo, devido à infinidade de regras processuais que limitam essa atividade. Tal fato acabou por fortalecer a contraposição entre verdade objetiva e verdade jurídica. Essa visão cética parte da premissa de que a atividade probatória é tipicamente processual e que nada tem a ver com a realidade da vida, sendo esta inalcançável e irrelevante no âmbito do processo.

Em terceiro lugar, exsurge a noção de prova compreendida em uma concepção metajurídica^{201 202}, dentro da qual é exaltada como fenômeno natural. Nesse contexto, como

¹⁹⁸ GRECO, Leonardo. O Conceito... *cit.*, p. 223.

¹⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. 2. ed. Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1947, p. 55.

²⁰⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *op. cit.*, p. 249.

²⁰¹ Taruffo se remete a uma concepção aberta da prova no processo, a qual tem maiores expressões na *common law* pelas influências de Bentham e Wigmore. Segundo Taruffo, as razões principais para essa abertura são, resumidamente, as seguintes: a) a prova se apresenta como fenômeno pertencente à esfera da lógica e racionalidade, sendo-lhe atribuída mínima regulação jurídica; b) admitem-se, desta forma, as provas atípicas; c) as regras probatórias não delimitam o conceito de prova, já que compreende-se como tal tudo que serve para estabelecer um fato, sendo úteis as regras apenas para limitar pontualmente as provas diante de algumas razões

explica Devis Echandía, “a noção de prova não só se relaciona com todos os setores do direito, senão que transcende o campo geral deste para estender-se a todas as ciências que integram o saber humano e, inclusive, a vida prática cotidiana.” E mais: “ninguém escapa da necessidade de provar, de convencer-se da realidade ou da verdade de algo.”²⁰³

Inserida nos escopos da Tradição Racionalista da Prova, a concepção metajurídica parte da premissa de que a definição dos fatos próxima da verdade objetiva é pressuposto inescusável da decisão judicial que se quer por justa e, para tanto, deve aquela se conformar a um ideal de correspondência. Assim, o ato de provar seria justificado pelo propósito de demonstrar que um dado fato ocorreu na realidade, e que ocorreu de determinado modo. Pode-se dizer, destarte, que a busca da verdade é, nesta ótica, um elemento funcional do conceito de prova.

Sendo assim, esta concepção afasta-se da retórica e da função persuasiva da prova e se concentra na função demonstrativa, “como quaisquer outras ciências, fazendo uso da epistemologia – como teoria do conhecimento empírico fundado na experiência científica e na lógica do razoável –, do senso comum e da própria lógica formal através dos princípios da não contradição e da racionalidade interna da decisão probatória”²⁰⁴.

Grande expoente da concepção metajurídica (ou racionalista), Bentham revela a preocupação com a distorção da essência do fenômeno probatório por meio da prática judicial, tendência que caminha na contramão da prática científica. Segundo ele, a lógica das ciências reside na ânsia de simplificar o processo dos predecessores, enquanto que no direito

específicas; d) considerando o conceito aberto de prova situado em uma perspectiva epistemológica, podem-se empregar noções, conceitos e modelos de análise provenientes de outros setores de experiência, sejam de caráter científico ou extraídos do senso comum e da racionalidade em geral. Essa concepção aberta se contrapõe, conforme o autor, a uma concepção fechada, mais comum nos sistemas de *civil law* e que se assemelha à concepção processual mencionada por Greco. Considera-se fechada por situar a prova em um contexto exclusivamente jurídico, ostentando as seguintes características principais: a) derivando-se do positivismo jurídico, considera relevantes apenas os aspectos da prova que decorrem de sua regulação normativa, estando a essência do fenômeno probatório compreendida unicamente nessas normas; b) por tal motivo, considera-se prova somente a que se encontra prevista e regulada, sendo excluídas as atípicas e inominadas; c) o contexto jurídico-processual seria autosuficiente e autônomo em relação a qualquer outro campo de experiência, o que impediria a importação de conceitos, noções e modelos de outros âmbitos e concepções de prova. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 343-345.

²⁰² Nesse sentido, Eduardo Couture afirma que “*en sentido juridico, y específicamente en sentido juridico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación. La prueba penal es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo. La prueba civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio. La prueba penal se asemeja a la prueba científica; la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación.*”. (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: R. Depalma, 1958, p. 215-216).

²⁰³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, n/d, p. 9.

²⁰⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições...cit.*, p. 87.

tende-se a torná-lo mais complicado. O aperfeiçoamento das artes se dá por meio da busca pela produção de maiores efeitos com meios mais simplificados; a prática judicial, por sua vez, se deteriora pela complexidade dos meios e diminuição dos efeitos. Deixou-se seduzir por seus próprios artifícios e multiplicaram-se as regras sobre uma matéria que deveria ser forjada na simplicidade.²⁰⁵

Veja-se que, reconhecendo que a prova é atividade natural do cotidiano, Bentham prega o retorno aos meios naturais de raciocínio e decisão, a exemplo do que se sucede com um pai de família em seu “tribunal doméstico”, estabelecido a partir de uma controvérsia entre os seus dependentes. Verifica-se, nesse contexto, a existência de um método natural de se chegar ao conhecimento dos fatos e a raciocinar a partir deles, a fim de se chegar a uma decisão justa.

O Estado, entretanto, é essencialmente mais complexo que o âmbito doméstico de uma relação familiar, de modo a exigir maiores esforços na reconstrução dos fatos. Além disso, como enuncia o autor, o juiz não é um pai de família, é dotado de responsabilidades muito mais profundas, o que exige que suas decisões sejam satisfatórias perante a sociedade.²⁰⁶ Desse modo, o processo judicial deve se revestir de uma série de garantias que seriam dispensáveis no âmbito doméstico. Entretanto, a essência do método natural de raciocínio e decisão não deve ser ignorada, deve servir de inspiração a nortear a atividade probatória no processo.

Em suma, a concepção metajurídica é a que se pode considerar mais apropriada para lidar com todas as peculiaridades do fenômeno probatório, justamente por conceber a prova em sua essência e sob o aspecto interdisciplinar. Possui essa concepção o mérito de derrubar as barreiras que comumente distanciam as práticas e metodologias próprias da investigação dos fatos no processo daquelas empregadas no âmbito das demais áreas do conhecimento.

Diante da necessidade de se apurar, pelo processo, a verdade fática das hipóteses, atividade que só é possível pela análise dos testemunhos e das marcas deixadas no presente acerca dos fatos que ocorreram no passado, a prova adquire importância como o meio hábil a proporcionar esse conhecimento. Daí a se afirmar, com esteio em Bentham, que “a arte do processo não é, na realidade, nada além da arte de administrar a prova.”²⁰⁷

A atividade probatória, segundo Trocker, representa o momento central do processo.

²⁰⁵ BENTHAM, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence. cit.*, p. 5.

²⁰⁶ BENTHAM, Jeremy. *A Treatise... cit.*, p. 6-7.

²⁰⁷ BENTHAM, Jeremy. *A Treatise... ct.*, p. 2.

Estritamente ligada à alegação e indicação dos fatos, tem como propósito a demonstração da verdade dos fatos deduzidos ou levados ao conhecimento do juízo (ou de um tal grau de verossimilhança, para que possa excluir razoavelmente as incertezas) e assume, portanto, uma importância fundamental para a formação do provimento jurisdicional.²⁰⁸

No âmbito das compreensões analisadas acerca da prova jurídica foram suscitados superficialmente os principais elementos funcionais que podem estar vinculados à concepção adotada: a convicção do juiz e a determinação da verdade.

Importa, ademais, tecer algumas considerações acerca das duas correntes de pensamento que, para além de repercutirem sobre o valor atribuído à verdade no processo, se referem à compreensão da função da prova nesse contexto. Essas correntes apresentam ideologias que se relacionam às distintas concepções anteriormente analisadas e influenciarão no modo de conceber o raciocínio do juiz na decisão sobre os fatos.

Em primeiro lugar situa-se a corrente que identifica na prova uma função primordialmente persuasiva (ou argumentativa), a qual se relaciona, de um lado, com a perspectiva cética de inalcançabilidade da verdade objetiva e, de outro, com a ideia de que o juiz é o único (ou o principal) destinatário das provas – sendo sua persuasão a razão de todos os esforços empreendidos pelas partes em âmbito probatório. No contexto do processo penal, essa ideia tende ao irracionalismo e a uma noção autoritária do poder, atribuindo-se à prova, como salienta Guzmán, uma função meramente argumentativa e retórica, considerando-se que com ela somente se poderia lograr obter a persuasão de quem deve resolver o caso.²⁰⁹

Por outro lado, fala-se de uma função demonstrativa, cognitiva ou confirmatória²¹⁰ da prova, a qual, filiando-se ao racionalismo e a uma concepção democrática do poder²¹¹, coaduna-se com uma noção de verdade objetiva da qual se pretende aproximar por meio da atividade probatória. O juiz, nesse sentido, deve se valer das provas como meio de cognição acerca dos fatos, com vistas a considerar refutadas ou confirmadas as hipóteses aventadas.

²⁰⁸ TROCKER, Nicolás. *Proceso Civile e Costituzione*. Problemi di Diritto Tedesco e Italiano. Giuffrè, Milano, 1974, p. 509.

²⁰⁹ GUZMÁN, Nicolás. *op. cit.*, p. 102. Não se deve desconsiderar, por outro lado, que no processo civil o caráter persuasivo ou argumentativo da prova pode adquirir um papel crucial no sentido de influenciar as próprias partes, levando-as a questionar suas estratégias e considerar a possibilidade de autocomposição.

²¹⁰ Guzmán se refere a uma função confirmatória da prova jurídica, considerando que o termo “demonstrativo” teria um caráter mais rigoroso e aplicável às ciências formais como a lógica e a matemática. Assim, já que no âmbito jurídico “demonstrar” significaria “mostrar que existem elementos ou razões suficientes para assumir uma afirmativa como fundada”, mais adequado seria falar de uma função confirmatória da prova acerca das hipóteses fáticas a que se referem. GUZMÁN, Nicolás. *op. cit.*, p. 108.

²¹¹ GUZMÁN, Nicolás. *op. cit.*, p. 102.

Como um dos maiores expoentes da primeira concepção, Perelman²¹² denuncia a incapacidade da lógica formal para satisfazer a complexidade do raciocínio jurídico, por ser este indissociável dos juízos de valor. Sustenta, deste modo, que a lógica formal desempenha um papel relativo no campo jurídico, dado que o raciocínio desenvolvido nesse contexto é quase sempre controvertido.²¹³ A partir dessa conclusão, na tentativa falha de elaborar uma lógica dos juízos de valor que não se mostrasse arbitrária, acabou por entender que essas operações que envolvem opiniões controvertidas são conduzidas, invariavelmente, mediante o recurso das técnicas de argumentação. Assim, inspirado na retórica aristotélica e com o apoio nos raciocínios dialéticos, o autor se pôs a defender a concepção de uma lógica jurídica filiada ao que denominou “a nova retórica”.

Nesse contexto, algumas observações são postas em relevo por Perelman, no tocante aos fundamentos de sua nova retórica. Em primeiro lugar, salienta que a retórica procura persuadir por meio do discurso e não por meio da experiência, sendo esta última insuficiente para obter a adesão a um enunciado de fato pela falta de um acordo prévio sobre o sentido das palavras utilizadas. Em segundo lugar, salienta que a prova demonstrativa – analisada pela lógica formal – é mais forte que a persuasiva, porém, segundo ele, “a validade de uma demonstração só garante a verdade da conclusão se estamos dispostos a reconhecer a verdade das premissas.”²¹⁴ Assim, baseando-se a lógica formal na evidência, fruto de ideias claras e precisas, acabou por ignorar os problemas advindos do manejo da linguagem, considerando que as palavras poderiam tomar vários sentidos.

Diante da necessidade de escolha e decisão pelo sentido adequado, a fim de obter uma adesão para a solução proposta, a lógica jurídica dependeria do recurso da retórica. Partindo-se da ideia de que sempre existiriam boas razões para considerar também correta uma decisão diversa da que se adota como tal, considera que as provas não teriam o propósito de demonstrar ou confirmar a verdade de uma hipótese, mas tão somente o de argumentar com relação a ela no sentido de obter a persuasão de quem deve decidir o caso.²¹⁵ Pode-se dizer, diante disso, que a “nova retórica” supervaloriza o convencimento em detrimento da verdade, de modo a priorizar a obtenção de uma adesão (do auditório a que se dirige), ainda que fundada no intuicionismo – por considerar que a prova não estaria situada numa dimensão

²¹² PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²¹³ GUZMÁN, Nicolás. *op. cit.*, p. 103.

²¹⁴ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica... cit.*, p. 142.

²¹⁵ GUZMÁN, Nicolás. *op. cit.*, p. 103.

cognitiva, mas argumentativa.²¹⁶

Taruffo concorda com Perelman em relação à impossibilidade de que a prova jurídica assumira a natureza de uma demonstração axiomático-dedutiva, no entanto, sublinha que compreender apenas de tal forma restritiva o conceito de “demonstração” seria de todo inadequado. Paralelamente, considera ainda mais equivocado atribuir caráter inevitavelmente retórico a tudo o que não é demonstração axiomático-dedutiva, como se a valoração das provas pudesse se reduzir inevitavelmente ao subjetivismo da persuasão ou a reações irreflexivas do julgador. A questão que se coloca, como aponta Taruffo, é no sentido de examinar os aspectos principais do raciocínio probatório levado a cabo pelo juiz, com o fim de constatar, além da impossibilidade de seu desenvolvimento por meio de esquemas dedutivo-demonstrativos, que tal atividade pode ser realizada por meio de esquemas racionais e, assim, amoldar-se em um conceito mais amplo e epistemologicamente atualizado de “demonstração”.²¹⁷

Nessa perspectiva, faz-se imperioso aproximar a função do juiz à do cientista, lembrando, como aduz Taruffo, que os juristas tendem a manter uma imagem mítica e reducionista do científico. Ao contrário, o que se deve ter por base são as análises equilibradas do raciocínio científico, dispondo de esquemas racionais que permitam ao juiz estabelecer uma valoração racional das provas produzidas mediante tais métodos.²¹⁸ No mesmo sentido, Flávio Mirza explica que o processo deve conseguir chegar à realidade com a mesma precisão com que chega qualquer cientista a seu ramo de conhecimento, o que conduz à conclusão de que a prova não pode ter função meramente persuasiva mas, acima de tudo, demonstrativa.²¹⁹

²¹⁶ No mesmo sentido é interessante mencionar a observação de Guzmán acerca da persuasão, com base na retórica aristotélica: “*Aquello que es objeto de opinión, en efecto, no se caracteriza por ser verdadero o falso, sino por el hecho de que es concedido por aquellos que participan en la discusión. (...) La actividad argumentativa no se propone poner en examen aquello que pertenece a la verdad o a la falsedad, sino más bien aquello que es opinado, independientemente del valor que de hecho posea. La retórica, en consecuencia, tiene relación no con la verdad sino con la conjetura del probable y se refiere, por ende, no tanto a la verdad sino a la adhesión.*” GUZMÁN, Nicolás. *op. cit.*, p. 107.

²¹⁷ TARUFFO, Michele. Funciones de la Prueba: La Función Demostrativa. In: TARUFFO, Michele. *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la Justicia Civil*. Tradução de Beatriz Quintero. Bogotá: Têmis, 2006, p. 279-280.

²¹⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 333-334.

²¹⁹ MIRZA, Flávio. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 208. Deste modo, conforme Carratta, a corrente que reconhece a função demonstrativa da prova “*nasce per reazione, da una parte, alla tendenza – prevalente soprattutto nel passato – ad utilizzare lo schema sillogistico-deduttivo anche per il giudizio di fatto, dall'altra parte, a quelle tendenze – di tanto in tanto riemergenti anche all'interno dell'attuale dibattito dottrinale sul tema della prova – che propendono per negare fondamento razionale al ragionamento probatorio del giudice.*” CARRATTA, Antonio. *Il diritto come discorso*

Esclarecendo seus fundamentos principais, Antonio Carratta sustenta que a teoria da função demonstrativa da prova contradiz a ideia de que a reconstrução dos fatos se daria essencialmente a partir do raciocínio dedutivo, em cujo esquema silogístico as máximas de experiência figurariam como premissas maiores e do qual se extrairiam, como conclusão, mera ilação acerca da existência ou inexistência dos fatos em análise. Ao contrário, a teoria da função demonstrativa da prova defende, por sua vez, que sobre a base do raciocínio probatório deve estar situado um fundamento racional e controlável desde o exterior (por todos os que terão acesso à decisão), o que leva à refutação de que esse raciocínio possa ser construído sobre uma premissa maior cuja veracidade é assumida pelo juiz e que não possa ser demonstrada racionalmente.²²⁰

Paralelamente, esta concepção nega que o raciocínio probatório possa ser puramente o resultado de intuição ou juízos de valor, sem uma justificação razoável e controlável. Por outro lado, nega também a prevalência da retórica – a qual visa obter o convencimento subjetivo do juiz –, sobre a lógica, que se destina, ao contrário, a fazer com que o juiz forme seu convencimento com base em precisas regras lógico-racionais.²²¹ Deste modo, é de reconhecer-se que o raciocínio do juiz não pode se deixar levar exclusivamente pelos esforços argumentativos/persuasivos das partes e tampouco deve se fundar meramente em juízos de valor, mas, sobretudo, em juízos de validade, confirmados pelos elementos probatórios e suscetíveis de demonstração e controle intersubjetivo.²²² Embora a concepção persuasiva possa não se opor a essa perspectiva, a mesma parte da premissa que, ao final os elementos probatórios assumirão um caráter essencialmente argumentativo.

Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, a influência de fatores persuasivos na atividade probatória que se desenvolve no processo. Como esclarece Carratta, “sustentar a função demonstrativa da prova não significa, de modo algum, banir do processo a argumentação. Ao contrário, próprio da estrutura dialética consubstancial ao processo, mostra-se imprescindível à sua essência o componente argumentativo”²²³, o qual resulta do inquestionável respeito à garantia do contraditório.

e la funzione dimostrativa della prova. A proposito del libro di Aurelio Gentili. In: *Diritto e Questioni Pubbliche* – Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica. n. 14, 2014, p. 183.

²²⁰ CARRATTA, Antonio. *op. cit.*, p. 183-184.

²²¹ CARRATTA, Antonio. *op. cit.*, p. 184-185.

²²² CARRATTA, Antonio. *op. cit.*, p. 187.

²²³ Tradução livre. No original: “*In effetti, sostenere la funzione dimostrativa della prova nel processo non significa in alcun modo bandire dal processo l’argomentazione. Piuttosto, proprio la struttura dialogica consustanziale al processo rende imprescindibile al suo interno anche la componente argomentativa.*” CARRATTA, Antonio. *op. cit.*, p. 170.

Embora classicamente definido como um direito das partes e relacionado à contraposição de argumentos antagônicos, o contraditório assume atualmente dimensões muito mais alargadas, podendo ser concebido, principalmente, como o direito de ser ouvido e de influenciar a decisão do juiz, a qual tem sua legitimidade derivada do procedimento participativo²²⁴ e a quem se atribui o dever de promoção do debate.²²⁵

É certo que o contraditório constitui uma das mais relevantes garantias fundamentais do processo e, como tal, considerado na acepção de influência, contribui para a legitimidade das decisões judiciais. Ocorre que, na tentativa de influenciar a formação do convencimento do juiz, as partes, inevitavelmente, exploram os aspectos persuasivos da prova e, por meio da retórica, apelam para a subjetividade do julgador e contribuem para desviá-lo da trilha da verdade. A verdade dos fatos se vê sob o risco de ser ofuscada por argumentos e esforços estratégicos das partes, as quais tentarão, a todo custo, situar as provas a serviço das hipóteses que lhes favorecem.

A convergência desses fatores persuasivos advindos da atividade das partes é inevitável e, até certo ponto, natural, pois inerentes ao direito fundamental à prova e, paralelamente, aos direitos de ação e de defesa. Esses fatores não são suficientes, no entanto, para desconsiderar a busca da verdade como finalidade do processo e, tampouco, para generalizar a forma de se conceber o instituto da prova e sua função, especialmente no que se refere à ótica do juiz no âmbito de sua atividade de cognição dos fatos.

Taruffo, admitindo que os fatores persuasivos de fato existem, sublinha que são insuficientes para uma generalização, alegando que a falta de regras de prova legal supõe a remissão a critérios racionais de valoração das provas, e não, em absoluto, que haja um espaço livre para a persuasão subjetiva do juiz.²²⁶ No mesmo sentido, Ferrer Beltrán chama a atenção para a confusão que pode existir entre a definição da função exercida pela prova no âmbito do processo e aquela que lhe pode ser atribuída pelos esforços das partes no exercício de seus interesses argumentativos²²⁷.

²²⁴ CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Ano LX, n. 02, 2005, p. 450.

²²⁵ CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio... *cit. passim*. Tal concepção fora adotada no âmbito do novo Código de Processo Civil, como se discutirá em tópico posterior.

²²⁶ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 354.

²²⁷ Reconhecendo que a finalidade do instituto jurídico da prova é, teleologicamente, a averiguação da verdade dos fatos como pressuposto da aplicação de determinada norma, ressalta que: “*Esta última es absolutamente contingente y podrá ser determinada únicamente en cada caso concreto mediante algún tipo de investigación empírica. Puede suceder que la finalidad de las partes sea únicamente lograr la convicción del juez o también,*

Apesar dos usos estratégicos dos elementos probatórios pelas partes, o julgador deve se guiar por sua apreciação a partir da função demonstrativa ou confirmatória que exercem, verificando se, diante das hipóteses aventadas sobre os fatos da causa, são aptos a sustentá-las ou a refutá-las. Paralelamente, a fim de garantir um controle intersubjetivo sobre os fundamentos de sua decisão, o juiz deverá expor em sede de motivação os raciocínios válidos que conduziram às suas conclusões, sobre os quais se apoiou a solução da causa.

Por tais fundamentos, deve-se considerar a prova, por um lado, como fator de conhecimento (função demonstrativa ou confirmatória) e, por outro lado, nas palavras de Guzmán, “como fator de justificação das decisões judiciais, que só poderão ser consideradas válidas quando contiverem uma explicação racional das inferências realizadas, baseadas precisamente nos elementos de prova reunidos no processo.”²²⁸

Como se pode ver, a motivação desempenha relevante função no sentido de possibilitar um controle sobre a racionalidade da decisão judicial, permitindo que as partes compreendam a lógica do raciocínio judicial, verifiquem se suas razões foram, de fato, consideradas e, em sendo o caso, recorram ao tribunal superior. Paralelamente, sabendo que deverá prestar contas acerca de sua atividade valorativa, o juiz se verá mais impelido a raciocinar objetivamente sob o âmbito da prova demonstrativa, em contraposição à mera persuasão subjetiva fundada no argumento mais convincente. Sucintamente, a partir de Taruffo, conclui-se que a prova judicial desempenha uma função demonstrativa enquanto proporciona um fundamento cognitivo para a escolha que o juiz realiza em meio à determinação de uma versão confiável e verídica dos fatos da causa, contanto que justifique racionalmente tal escolha: a prova cumpre a função que lhe é própria quando o juiz elabora esse raciocínio segundo critérios racionais, idôneos para assegurar sua validade e confiabilidade.²²⁹

*por ejemplo, dilatar el proceso, pero ello no es en absoluto relevante para un análisis conceptual sobre la prueba.” FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho... cit.*, p. 31.*

²²⁸ Tradução livre. No original: “(...) como factor de justificación de las decisiones judiciales, que sólo podrán ser consideradas válidas en tanto y en cuanto contengan una explicación racional de las inferencias realizadas, basadas precisamente en los elementos de prueba reunidos en el proceso.” GUZMÁN, Nicolás. *op. cit.*, p. 102. No mesmo sentido, segundo Greco, o discurso justificativo das decisões sobre os fatos deve ter por função a demonstração lógico-racional da correspondência das afirmações aos fatos do mundo real, com o emprego dos mesmos métodos e critérios das ciências correspondentes, quando for o caso. GRECO, Leonardo. *O Conceito... cit.*, p. 241.

²²⁹ Tradução livre. No original: “La prueba judicial desempeña una función demostrativa en cuanto provee un fundamento cognoscitivo y racional para la escogencia que el juez realiza determinando una versión confiable y verídica de los hechos relevantes de la causa, y justificando racionalmente tal escogencia. Las condiciones y las modalidades con que la prueba desempeña en concreto esta función son determinadas por el contexto complejo representado por el razonamiento del juez encaminado a la formulación y a la motivación del juicio de hecho. La prueba cumple la función que le es propia cuando el juez elabora este razonamiento según criterios

1.4. A prova como direito

A partir da constitucionalização e da internacionalização dos direitos fundamentais, conforme Leonardo Greco, revelou-se o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental por meio de uma série de regras mínimas, a que se convencionou denominar *garantias fundamentais do processo*. Essas regras foram universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, como aponta o professor.²³⁰

Esse conjunto de garantias, cujo conteúdo fora particularmente desenvolvido na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supranacionais de Direitos Humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, pode ser sintetizado nas denominações *devido processo legal*, adotada nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição americana, ou *processo justo*, constante da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do artigo 111 da Constituição italiana.²³¹

No Brasil, seguindo-se a tendência garantista, a Constituição brasileira de 1988 inseriu em seu artigo 5º as bases para o estabelecimento de um processo justo, onde se encontra, inclusive, a expressa menção ao direito ao devido processo legal. Além disso, vale mencionar o artigo 93, IX, que contempla as garantias da publicidade e da motivação das decisões judiciais. Por fim, completando esse modelo processual, contribuem a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos em vigor no Brasil, por seus artigos 8º e 14, respectivamente, que desenvolvem as regras constantes nos artigos 10 e 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, e apresentam conteúdo semelhante ao artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Dentro desse contexto de garantias que compõem a noção de processo justo pode-se considerar implícito o direito à prova, o qual deriva-se, principalmente, dos direitos de ação e de defesa. Assim, apesar de não encontrar previsão expressa na Constituição Federal, pode ser extraído no artigo 5º, LV no que tange à sua intrínseca ligação com o contraditório e a ampla

rationales, idóneos para asegurar su validez y confiabilidad.” TARUFFO, Michele. *Funciones de la Prueba...* cit., p. 300-301.

²³⁰ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. In: Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs.225/286.

²³¹ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais... cit.*

defesa. Paralelamente, em âmbito internacional, pode-se citar a Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada pelo Decreto 678/1992, a qual estabelece, no art. 2º, letra *f*, o “direito da defesa de, em plenas condições de igualdade com a acusação, inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”; bem como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, incorporado pelo Decreto 592/1992, que traz previsão análoga em seu artigo 14, parágrafo 3º, letra *e*.

Como observa Gomes Filho, o direito à prova caracteriza-se como verdadeiro direito subjetivo à introdução do material probatório no processo, assim como o de participar em todos os momentos do procedimento respectivo. O autor aponta ainda que tal direito subjetivo possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de ação e de defesa²³², sendo que o direito de ser ouvido em juízo não significaria apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas, além disso, exercer todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz.²³³ Também relacionando o direito à prova ao contraditório, Ada Pellegrini assevera que aquele nada mais é do que uma resultante deste último: “o direito de contradizer provando”.²³⁴

Rogério Lauria Tucci esclarece que o direito à prova se expressa no deferimento a ambos os sujeitos integrantes do processo penal de “idênticas possibilidades de oferecer e materializar, nos autos, todos os elementos de convicção demonstrativos de veracidade dos fatos alegados, bem como de participar de todos os seus atos probatórios e manifestar-se sobre seus respectivos conteúdos”.²³⁵ Nesse contexto, aliado ao direito à prova, pode-se também fazer menção à garantia da igualdade processual, intimamente relacionada ao contraditório. Em outros termos, ambas as partes devem possuir iguais condições de influir eficazmente na formação do convencimento do magistrado, o que repercute no direito à prova.

²³² Nesse sentido, Devis Echandía sustenta que se trata de um indispensável complemento dos direitos materiais consagrados na lei e do direito de defesa. No que se refere ao demandado é patente que sem o direito de provar não haveria audiência bilateral nem contraditório efetivo, tampouco se cumpriria a exigência constitucional de que o juiz ouça seus argumentos e os supere para condená-lo. Por outro lado, em relação ao demandante, é igualmente indubitável que sem o direito de provar restaria ineficaz o exercício da ação e ilusório o direito material lesionado, discutido ou insatisfeito. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *op. cit.*, p. 35.

²³³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 84.

²³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: III Série – Estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 176.

²³⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 172.

O direito a apresentar todas as provas relevantes, como esclarece Taruffo, é parte essencial das garantias gerais sobre a proteção judicial dos direitos e do direito de defesa, já que a oportunidade de provar os fatos que apoiam as pretensões das partes é condição necessária da efetividade de tais garantias.²³⁶ Em outras palavras, a ideia fundamental é a de que o cidadão dispõe do direito de demonstrar a verdade dos fatos nos quais funda sua pretensão processual. Ademais, somente a partir de uma concepção racionalista da prova – que afaste a vinculação entre prova e convencimento puramente psicológico do juiz – é possível tornar efetivo o direito à prova em todo o seu alcance.²³⁷

Do reconhecimento de um verdadeiro direito subjetivo à prova (cujos titulares seriam as partes no processo) decorre, segundo Gomes Filho, que “o exercício desse direito deve permear o fenômeno probatório em sua integralidade”, de modo a abranger “todas aquelas tarefas de procura e colheita dos dados que permitirão ao juiz verificar a ocorrência, ou não, dos acontecimentos históricos afirmados pelas partes e sobre os quais versará a sentença final.”²³⁸ Daí a relevância de se analisar cuidadosamente a fase pré-processual de investigação e busca de provas – a qual no processo penal brasileiro se desenvolve por meio do inquérito policial –, a fim de verificar se, de fato, ambas as partes têm garantido o direito de colher os elementos necessários para a prova de suas hipóteses.

O conteúdo do direito à prova é frequentemente decomposto em três dimensões distintas, quais sejam, o direito à admissão processual das provas relevantes para demonstrar a veracidade dos fatos; o direito à efetiva produção dessas provas e o direito à sua valoração pelo juiz. Além destas, Ferrer Beltrán ainda acrescenta uma dimensão que nem sempre é considerada no âmbito do direito à prova: o direito à justificação da atividade valorativa por meio da motivação da decisão judicial.²³⁹ Essas dimensões serão objeto de análise mais detida na sequência, à luz da concepção racionalista da prova.

²³⁶ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 56.

²³⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. In: *Jueces para la Democracia – Información y Debate*. n. 47, jul. 2003, p. 28.

²³⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova. cit.*, p. 85.

²³⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración... cit.*, p. 57.

2. MOMENTOS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA À LUZ DA CONCEPÇÃO RACIONALISTA: PARÂMETROS PARA UM MODELO PROCESSUAL ORIENTADO SEGUNDO OS VALORES EPISTÊMICOS

A partir do momento em que se compreende a verdade como um vetor importante a orientar os esforços empregados na dinâmica processual, cumpre analisar se, e em que medida, o processo pode ser considerado “um instrumento epistemologicamente válido e racional, ou seja, se esse é um método eficaz para a determinação da verdade dos fatos em que se funda a decisão”^{240 241}, a despeito das regras procedimentais peculiares que lhe garantem especificidade.

As normas processuais destinadas a regular a atividade probatória abrangerão as diferentes fases que dizem respeito ao direito à prova, quais sejam, a admissão processual das provas relevantes, a sua efetiva produção e a sua valoração racional pelo julgador, culminando, por fim, em uma decisão que se pretende justa. Em cada um desses momentos podem ser compreendidos os parâmetros racionais que se direcionam a nortear, respectivamente, a formação do conjunto probatório (onde se situam as eventuais limitações probatórias e as consequentes regras de exclusão de provas), o procedimento para sua produção, e a atividade valorativa do julgador, o que pode abranger, inclusive, a previsão de *standards* mais ou menos rigorosos de decisão.

Para que se possa alcançar um protótipo de processo racional, dirigido à obtenção de decisões justas e estabelecidas sobre premissas verdadeiras, necessário cuidar de racionalizar o juízo de fato. Isso passa, necessariamente, pela configuração de um modelo procedimental

²⁴⁰ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade... cit.*, p 159.

²⁴¹ Em sentido semelhante: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013; DAMAŠKA, Mirjan. Epistemology and legal regulation of proof. *In: Law, probability and risk*. n. 02, 2003, p. 117, 130. Larry Laudan realiza interessante análise acerca da perspectiva epistêmica do processo penal. O autor alude a três conjuntos de valores que normalmente governam os sistemas de justiça penal. Um primeiro conjunto seria composto de valores extra-epistêmicos, que se relacionam às normas que visam proteger os direitos do acusado, o devido processo legal, dentre outros, mas nenhum deles voltado à busca da verdade. O segundo conjunto de valores é denominado pelo autor de núcleo duro da epistemologia jurídica e se compõe pelas normas que visam reduzir ou minorar a probabilidade de um juízo errôneo. Finalmente, o terceiro grupo de valores é denominado por Laudan como núcleo débil da epistemologia jurídica, onde o interesse das normas não é em reduzir os erros na busca da verdade, mas em distribuí-los de uma maneira particular, segundo uma decisão política de acordo com a qual certo tipo de erro é menos aceitável que outro. (LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, p. 97.) É justamente o núcleo duro, ao qual o autor se refere, que deve ser mais explorado a partir de uma visão crítica, na medida em que se pretende aprimorar as técnicas processuais empregadas no manejo da prova com vistas a garantir uma maior precisão dos juízos de fato.

centrado na prova, com apoio na premissa fundamental de que somente a partir dela é possível obter o conhecimento fático verdadeiro. Nesse contexto, a decisão judicial será legítima se, por um lado, (1) apoiada na hipótese fática que obteve o maior suporte confirmatório dos elementos de prova, a qual não tenha sido refutada pelos demais e, por outro lado; (2) seus fundamentos e razões puderem ser controlados intersubjetivamente, de modo a se confirmar o acerto e precisão das operações lógicas realizadas.

Cumprido deixar consignado que a noção de racionalidade que será adotada na análise da pertinência das normas processuais empregadas para regular a atividade probatória é a de racionalidade teleológica ou instrumental, trabalhada por Jordi Ferrer Beltrán, no sentido de adequação entre meios e fins²⁴².

Desta forma, serão esboçadas a seguir algumas considerações pertinentes a cada uma das fases que compõem a atividade probatória, procurando fixar as premissas mais importantes ao intuito de estabelecer de forma ampla mecanismos processuais hábeis a racionalizar a análise da prova e a decisão sobre os fatos, especialmente no procedimento do júri. Além do mais, toda a análise culminará com o ulterior foco na configuração do júri brasileiro, para onde todos os esforços serão concentrados com o propósito de aprimorá-lo e adequá-lo aos parâmetros de racionalidade probatória traçados.

No entanto, é válido destacar que não se almeja aqui apresentar um modelo ideal de procedimento, eis que se trataria de tarefa demasiadamente complexa e, sobretudo, tecnicamente imprópria. Tendo em vista as peculiaridades políticas, jurídicas e culturais oriundas de cada sistema processual, impossível pretender que um único modelo se mostre apto a se enquadrar nesses mais diversos contextos. Ademais, não se afigura correto falar-se de um modelo ideal e nem, tampouco, defender a existência de um único modelo adequado. O que se pretende é, diante disso, traçar alguns parâmetros epistemológicos importantes, próprios do modelo cognitivista, a serem observados para que um dado sistema probatório atenda às finalidades da concepção racionalista da prova no que diz respeito à definição dos fatos.

Acredita-se possível agir com tal neutralidade partindo-se da premissa inicial proposta, no sentido de que a investigação dos fatos por meio das provas não é atividade própria da

²⁴² “A qualificação como racional ou não dos distintos métodos de valoração da prova, das regras que estabelecem imperativamente exigências probatórias ao juiz ou às partes, etc., deve ser feita sempre em relação com o fim perseguido pela atividade probatória no processo judicial. Assim, portanto, somente depois de pressupor que o fim último da instituição probatória no processo judicial é o conhecimento da verdade dos enunciados que descrevem os fatos do caso, podemos julgar as distintas regras probatórias e os distintos métodos de valoração como racionais ou irracionais. Tudo isso na medida em que sejam adequados ou não para alcançar a finalidade proposta.” (Tradução livre. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional... cit.*, p. 67.)

ciência processual, mas comum a diversas áreas do conhecimento, motivo pelo qual a normativa que regula a atividade de fixação dos fatos no processo, mais do que atender às peculiaridades de uma ou outra cultura jurídica, deve estar de acordo com os padrões epistêmicos próprios da investigação científica.

2.1. A formação do conjunto probatório: as limitações probatórias e a produção da prova em juízo

A partir de um viés epistemológico, a prova jurídica deve se valer dos mesmos esquemas e regras racionais de que se servem quaisquer outros tipos de atividades que tenham a averiguação de fatos pretéritos como objetivo primordial.

Nesse sentido, dentro de uma perspectiva de prova como direito, quanto maior a gama de informações relevantes disponíveis ao julgador para que desenvolva essa função cognitiva, mais próximo estará do conhecimento verdadeiro.²⁴³ Por esse motivo, qualquer limitação na apresentação de elementos probatórios relevantes em juízo deve ser analisada com certa cautela, a fim de se evitar uma distorção indevida em seus propósitos.

Partindo-se da ideia acima delineada, Larry Laudan aponta dois critérios básicos, comumente utilizados em qualquer área de investigação científica, no sentido de nortear a formação do conjunto de elementos informativos, quais sejam: a credibilidade (ou fiabilidade) e a relevância da prova. O primeiro critério, da fiabilidade, tem o condão de identificar a

²⁴³ Essa afirmação é extraída a partir das noções básicas defendidas por Bentham no contexto de uma tradição racionalista da prova. Como mostra Ferrer Beltrán, o princípio da inclusão impõe a admissão de toda prova relevante para a decisão sobre os fatos que deve tomar-se no processo. O fundamento desse princípio é no sentido de que a probabilidade de alcançar uma decisão correta acerca da verdade dos fatos aumenta na medida em que aumenta a informação disponível sobre o ocorrido. No entanto, o autor mostra o posicionamento de Alex Stein, que sustenta que mesmo que a informação de que disponha o julgador seja incompleta, a aquisição de informação adicional com credenciais incertas pode aumentar o risco de erro, devido à sua baixa credibilidade, hipótese em que Beltrán sugere o aumento da informação para que se possa avaliar a confiabilidade da prova adquirida. (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional... cit.*, p. 81 e 84.) No mesmo sentido, Larry Laudan afirma que “existe um acordo universal, fora do direito, no sentido de que aqueles que estão encarregados de tomar decisões podem desempenhar tal encargo de melhor e mais informada maneira se tiverem conhecimento de tanta informação relevante quanto seja possível. Excluir provas relevantes, e não-redundantes, pela razão que seja, diminui a probabilidade de que pessoas, em princípio, racionais, cheguem a conclusões corretas.” Tradução livre. No original: “*Existe un acuerdo universal, fuera del derecho, en el sentido de que aquellos que están encargados de tomar decisiones pueden desempeñar tal encargo de la mejor y más informada manera si tienen conocimiento de tanta información relevante como sea posible. Excluir pruebas relevantes, y no-redundantes, por la razón que sea, disminuye la probabilidad de que personas, en principio, racionales lleguen a conclusiones correctas.*” (LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal... cit.*, p. 46.)

presença de razões que levam a crer que o conteúdo do elemento probatório seja verdadeiro, ou, no mínimo, plausível. Já o segundo, da relevância, exige que, por um lado, (1) a prova tenha a capacidade de tornar um fato mais ou menos provável do que era anteriormente, sem o seu apoio, e (2) que a determinação de tal fato impacte no objeto da ação.²⁴⁴ Assim, se um dado elemento de prova não tem o condão de aumentar ou diminuir a probabilidade de que uma determinada questão fática pertinente ao caso seja verdadeira, será considerada irrelevante.^{245 246} Daí é possível compreender-se que a noção de relevância nunca é verificada a partir de uma análise isolada do elemento probatório, mas é sempre relacional, concebida a partir da aptidão inferencial existente entre a prova e a hipótese fática a ser provada.

Um ponto importante que deve ser considerado, todavia, é que a análise a ser feita no processo sobre a fiabilidade ou credibilidade da prova está intimamente relacionada à apreciação de seu conteúdo, o que impossibilita, por conseguinte, que o juiz lhe considere inadmissível por tal fundamento sob pena de violação do direito à prova. Em outros termos, o juiz não deve avaliar a credibilidade da prova antes de autorizar sua produção e a integração desta ao conjunto probatório. Em se tratando de um procedimento conduzido por juiz singular – a quem caberá decidir sobre a admissibilidade e, da mesma forma, realizar a valoração das provas – , será somente nesta ocasião posterior que deverá ocorrer a avaliação da credibilidade. Por outro lado, em se tratando do júri, em cujo procedimento ocorre uma repartição de funções entre juiz e jurados, caberá ao primeiro verificar a admissibilidade dos meios de prova com base na relevância e, aos demais, importará a análise de sua credibilidade no momento da valoração.

De tudo, resta claro que o direito à prova não pode ser obstado por uma decisão de inadmissibilidade fundada em um juízo valorativo antecipado acerca de seu conteúdo.²⁴⁷

²⁴⁴ Conforme se extrai da regra n. 401 das *Federal Rules of Evidence* norte-americanas.

²⁴⁵ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal... cit.*, p. 44.

²⁴⁶ Ferrer Beltrán, com apoio em Taruffo, explica que um elemento probatório é relevante para se considerar provado ou não um enunciado fático se, e somente se, permite fundar nele (por si só ou conjuntamente com outros elementos) uma conclusão sobre a verdade ou falsidade daquele enunciado fático. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional...cit.*, p. 71. Taruffo ainda acrescenta que a relevância é um *standard* lógico de acordo com o qual os únicos meios de prova que devem ser admitidos e levados em consideração pelo julgador são aqueles que mantêm uma conexão lógica com os fatos da causa. (TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 38.

²⁴⁷ Acerca dessa proibição de valoração antecipada da credibilidade da prova, Picó i Junoy destaca que a jurisprudência civil das Cortes superiores federais alemãs foi responsável por elevar à categoria de princípio processual o denominado *Verbot der Beweisantizipation*, ou proibição de antecipar os resultados da prova, em função do qual a pertinência ou utilidade de um meio probatório não pode apreciar-se antes de sua prática, baseando-se em juízos apriorísticos de que a prova proposta não alcançará os resultados pretendidos. Junoy explica ainda que o fundamento dessa proibição situa-se tanto na proteção da imparcialidade do juiz como no direito das partes a provar os fatos discutidos em juízo. (PICÓ I JUNOY, Joan. *El Derecho Constitucional a la*

Como esclarece Trocker, nessa hipótese “entra em jogo a proibição de antecipação do resultado da prova: o valor, a confiança ou (dentro de certo limite) a relevância em si mesma de um meio de prova não podem ser valoradas antes que a própria prova tenha sido admitida no processo”.²⁴⁸ O autor ainda traça uma proposição geral, tendente a nortear a admissibilidade da prova pelo juiz: “as partes possuem um direito constitucionalmente garantido de ver admitida no processo a prova indicada e proposta que apresente uma efetiva relevância ou utilidade para a resolução da controvérsia; a este direito corresponde a obrigação do juiz de fazer ingressar tais meios de prova (...)”²⁴⁹

Além disso, como explica Taruffo, dado que a relevância dos meios de prova é uma condição cuja existência se verifica no início do processo, unicamente com base nas alegações iniciais realizadas pelas partes, a sua análise deve resolver-se hipoteticamente. Em outras palavras, segundo o autor, o juiz deve assumir como hipótese de trabalho que os meios de prova oferecidos lograrão obter o resultado esperado e previsto pela parte que os apresenta no momento de definir seu objetivo. Posteriormente o magistrado verifica se, partindo da suposição de um resultado positivo, o meio de prova poderia oferecer-lhe informação útil para estabelecer a verdade de um fato da causa²⁵⁰. Paralelamente, na hipótese de dúvida, a decisão do juiz deve ser no sentido de sua admissibilidade, com vistas a respeitar o direito à prova.

Ao contrário do que se verificou acerca da credibilidade, pode-se dizer que a relevância apresenta-se como um critério epistemologicamente válido destinado a limitar a admissão de elementos probatórios no processo, configurando-se como uma espécie de filtro a selecionar as provas admissíveis – observada a advertência de que a sua análise judicial deve partir da hipótese de que a prova logrará alcançar os resultados pretendidos pela parte.

Prueba y su Configuración Legal en el Nuevo Proceso Civil Español. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2554/31.pdf>. Acesso em: 27/08/2015, p. 545.)

²⁴⁸ Tradução livre. No original: “*ossia il divieto di anticipazione del risultato della prova: il valore, l’attendibilità, o (entro certi limiti) la rilevanza stessa di un mezzo di prova non possono essere valutati prima che la prova stessa sia stata acquisita al processo.*” (TROCKER, Nicolás. *Proceso Civil e Costituzione. Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 521.)

²⁴⁹ Tradução livre. No original: “*le parti hanno un diritto costituzionalmente garantito di vedere acquisite al processo le prove indicate e proposte che presentano una effettiva rilevanza o utilità per la risoluzione della controversia; a questo diritto corrisponde l’obbligo del giudice di dare ingresso a tali mezzi di prova...*” (TROCKER, Nicolás. *Proceso Civil e Costituzione. Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milão: Giuffrè, 1974, p. 520.)

²⁵⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba. cit.*, p. 39. A mesma orientação pode ser extraída das lições de Barbosa Moreira, para quem: “*En el juicio de relevancia, el juez tiene que raciocinar admitiendo, hipotéticamente, que sean veraces las alegaciones de la parte y, en tal supuesto, si la diligencia es capaz de producir un resultado útil para la respectiva demostración. El rechazo de la petición será obligatoriamente justificado.*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Prueba y motivación de la sentencia. In: Temas de Derecho Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 112).

Ademais, seguindo-se as vertentes mais radicais, movidas unicamente pelo fundamento epistemológico, a relevância seria o único critério válido para selecionar o material probatório, já que qualquer outro que determinasse a exclusão de provas relevantes não estaria direcionado, a princípio, para o fim da descoberta da verdade.

No âmbito da concepção metajurídica da prova, a qual se pode dizer alinhada à concepção racionalista, a busca da verdade deve ser vista como um “adequado elemento funcional do conceito de prova, como pressuposto da realização da justiça e da tutela jurisdicional efetiva dos cidadãos”, como pontua Greco, de modo que “os obstáculos à realização desse objetivo devem ser, sempre que possível, removidos...”²⁵¹

No entanto, é certo que alguns desses obstáculos se justificam no processo para salvaguardar outra ordem de valores e, por tal motivo, deverão ser mantidos para evitar que o processo represente uma violação indevida a direitos igualmente relevantes, levando a que o ordenamento jurídico imponha algumas proibições à produção de provas que, a despeito disso, se mostrariam importantes ao deslinde da causa. Desta forma, tendo-se em vista a multiplicidade de valores que o processo deve tutelar, paralelamente ao escopo principal da busca da verdade, nem todas as provas relevantes serão juridicamente admissíveis. A tutela desses outros valores relevantes poderá representar, inevitavelmente, algum sacrifício epistemológico.

Como explica Gomes Filho, “a admissibilidade da prova constitui um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias ou meios de prova inidôneos, tenham ingresso no processo (...)”.²⁵² Assim, consideram-se limitações probatórias “todas as proibições impostas pelo ordenamento jurídico à proposição ou produção das provas consideradas necessárias ou úteis para investigar a verdade dos fatos que interessam à causa.”²⁵³

O campo das proibições de prova relacionadas à tutela de valores estranhos à economia interna do processo é vasto, como ressaltou Gomes Filho, o que revela que o objetivo de apuração da verdade deve conviver com os demais interesses dignos de proteção pela ordem jurídica.²⁵⁴ Sob o ponto de vista de uma mais adequada elucidação dos fatos,

²⁵¹ GRECO, Leonardo. *Instituições... cit.*, p. 115.

²⁵² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova... cit.*, p. 95. Nesse sentido preceitua Mirza que as regras de admissibilidade e exclusão dos meios de prova “buscam dar às partes um valor de garantia, transformando-se em uma exigência ética, em um instrumento de garantia para o indivíduo”. MIRZA, Flávio. *Valoração da Prova... cit.*, p. 125.

²⁵³ GRECO, Leonardo. *Instituições... cit.*, p. 116.

²⁵⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *op. cit.*, p. 98-99.

Greco enfatiza a necessidade de se analisar a conveniência de eliminar do sistema probatório todas as restrições à apuração da verdade, “sejam as que priorizam determinadas provas em detrimento de outras, sejam as impostas pela marcha do processo, salvo as ditadas pelo respeito à dignidade humana, para que a verdade judicial pudesse aproximar-se o mais possível da verdade histórica e da verdade científica.”²⁵⁵ De modo superficial, é o que se buscará fazer a seguir, a fim de verificar a compatibilidade de algumas das mais comuns limitações aos escopos da concepção racionalista da prova.

Gian Franco Ricci divide essas normas em três espécies, conforme as funções que desempenham no processo: a) aquelas que visam ao repúdio de provas supostamente suspeitas; b) as que se destinam a garantir um ordenado desenvolvimento do processo, estabelecendo preclusões, prazos probatórios e regras procedimentais; c) as que preservam valores constitucionais, como a intimidade, segredo de ofício, sigilo profissional.²⁵⁶

De modo a facilitar a compreensão dos diferentes fundamentos que justificam a imposição das limitações probatórias, a fim de ponderá-los com o fim da busca da verdade, será utilizada como parâmetro a classificação de Ricci. Adverte-se que o escopo principal do presente trabalho é a busca por uma racionalidade probatória nos tribunais do júri, motivo pelo qual a análise que se segue será realizada com maior enfoque nas peculiaridades que caracterizam tal procedimento.

2.1.1. Limitações probatórias fundadas no repúdio a provas consideradas suspeitas

A despeito do que fora destacado anteriormente acerca do critério da credibilidade da prova, no sentido de que esta análise não deve ser feita de modo a obstar sua admissibilidade no processo, é comum encontrar certas proibições de prova com esse escopo. Baseando-se, por vezes, nas máximas da experiência, nos valores e costumes da comunidade, o legislador procura estabelecer previamente algumas normas destinadas a impedir que certas provas consideradas pouco confiáveis sejam produzidas pelas partes e apreciadas pelo julgador²⁵⁷, o

²⁵⁵ GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1.973 ao novo Código Civil. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 357-392.

²⁵⁶ RICCI, Gian Franco. Nuovi rilievi sul problema della ‘specificità’ della prova giuridica. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano LIV, Milano: Giuffrè, 2000, p. 1148.

²⁵⁷ Essas normas se justificam, como explica Greco, “pela necessidade de que o juiz aprecie os fatos de acordo com provas objetivamente confiáveis e de que todas as causas sejam examinadas e decididas através dos mesmos

que revela que o propósito fundamental que lhes justifica é a prevenção do erro na apuração dos fatos.

No direito brasileiro essa espécie de limitação encontra maior expressão no processo civil do que no processo penal, embora a tendência verificada com o advento do novo Código de Processo Civil seja no sentido de sua flexibilização em alguns casos.²⁵⁸ Permanecem no sistema, por exemplo, a inadmissibilidade da prova testemunhal em algumas hipóteses de incapacidade, bem como em relação a fatos já provados por documento ou confissão da parte, ou sobre aqueles que supostamente só poderiam ser provados por documento ou por exame pericial.²⁵⁹ No Código de Processo Penal também é possível identificar exemplos, como a clássica vedação da confissão como prova de materialidade em crimes que deixam vestígios; a limitação à forma oral da prova testemunhal e as restrições da lei civil para a prova do estado das pessoas.²⁶⁰

É explícito que em limitações como as citadas, o legislador age a partir de um juízo abstrato acerca da fragilidade de determinadas espécies de prova. Na medida em que a prática judiciária já evidenciou inúmeras condenações injustas fundadas em confissões forjadas, obtidas inclusive por meio de tortura, passou-se a exigir o exame técnico dos vestígios para que se pudesse considerar provada a existência de delito. Da mesma forma, a segurança advinda dos registros públicos é tida como valor hábil a limitar a forma de se provar o estado das pessoas, nos termos previstos pela lei civil.

Esta classe de limitações probatórias se apresenta com a finalidade maior de prezar pela correção dos juízos a serem realizados, a fim de obter conclusões que se aproximem ao máximo da verdade. O fundamento para a exclusão de provas é o de que algumas delas poderiam prejudicar os raciocínios válidos do julgador, uma vez que tais raciocínios se apoiassem em provas pouco confiáveis ou com potencial distorsivo²⁶¹. Independente da

critérios, o que teoricamente assegura que a justiça dê tratamento igual a todos os jurisdicionados.” GRECO, Leonardo. *Instituições...cit.*, p. 131.

²⁵⁸ Veja-se, como exemplo, o depoimento de menor de 16 anos, agora possível excepcionalmente (segundo o novo CPC) do mesmo modo como já ocorria com os impedidos e suspeitos, tendo sido mantidas, no entanto, as vedações dos depoimentos dos demais incapazes (artigo 447, *caput* e parágrafo 4º da Lei 13.105/15). No mesmo sentido, pode-se identificar flexibilização no tocante à limitação quanto à forma, a qual se observa na confissão extrajudicial oral por meio do artigo 394 do mesmo diploma, antes limitada pelo artigo 353 do Código de Processo Civil de 1973.

²⁵⁹ Conforme artigo 443 da Lei 13.105/15.

²⁶⁰ Como se verifica, respectivamente, nos artigos 158, 204 e 155, parágrafo único, todos do Código de Processo Penal.

²⁶¹ Um bom exemplo nesse sentido é a limitação ao depoimento do cego e do surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. Essa restrição é prevista pelo Código de Processo Civil (art. 405, §1º,

análise de sua racionalidade teleológica, no sentido de servirem ou não ao fim de racionalizar a cognição fática, fica claro que tais normas são dotadas de finalidade epistêmica.

Apesar de reconhecer que tal postura do legislador visa à tentativa de suprir a imaturidade, falta de cultura e experiência de alguns juízes ou sua diversidade de concepções, Greco ressalta que a exclusão de provas por sua falta de credibilidade é modo absolutamente imperfeito de se conduzir a decisões verdadeiras. Isso porque, como explica o professor, a prova presumivelmente suspeita é, muitas vezes, a única hábil a provar determinado fato. Outras vezes, a presunção legislativa de suspeição de determinada prova já se mostra inteiramente superada pela evolução da sociedade. Além disso, em outros casos, a prova presumidamente suspeita pode ser a mais confiável, levando-se em consideração os demais elementos do caso concreto.²⁶²

Esse raciocínio é o que se mostra mais adequado para o processo civil, o qual presume um certo equilíbrio na estrutura da relação processual e permite uma maior liberdade probatória, de modo a tornar indesejáveis e desnecessárias as interferências do sistema nesse sentido²⁶³. Nesses casos parece mais prudente que as restrições probatórias a provas consideradas suspeitas sejam interpretadas como meras diretrizes na admissão e valoração da prova²⁶⁴, alertas para que se vá em busca, sempre que possível, da prova melhor, conforme Greco²⁶⁵, sem impedir, no entanto, o julgador de investigar a verdade, com os meios de que

IV), não encontrando correspondência na lei processual penal – onde adquiriria ainda maior relevância, especialmente no contexto do júri.

²⁶² GRECO, Leonardo. *Instituições... cit.*, p. 132. Assim, a despeito de pretenderem a uniformização dos critérios valorativos de modo a aumentar a confiança e previsibilidade das decisões em matéria probatória, pode-se concordar com Clarissa Guedes no sentido de que “as limitações impostas sob este argumento são justificadas por uma visão preconceituosa de determinadas fontes de prova, o que, sem dúvida, revela um juízo prévio e abstrato de valoração dos elementos probatórios que delas se possam extrair. Noutras palavras, a lei parte da premissa de que algumas fontes não merecem sequer ser conhecidas, dada a “ausência de credibilidade” das informações que delas provirão. Nesta perspectiva, há inegável confusão entre os princípios que permeiam o plano da admissibilidade (liberdade dos meios de prova) e o plano da valoração das provas (livre convencimento).” *In*: FARIA, Marcio Carvalho; GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; HARTMANN, Guilherme Kronenberg; GUEDES, Clarissa Diniz; *et. al.* A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro - segunda parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais" Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro *In: Revista de Processo.* v. 241, pp. 111-201, 2015.

²⁶³ Conforme Clarissa Guedes, “as limitações à busca da verdade são impostas por fatores inerentes à própria natureza da relação processual já que, segundo muitos, no processo civil as partes produzem as provas, em geral, em paridade de armas, ao passo que, no processo penal, haveria um desequilíbrio estrutural nessa relação.” GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal.* 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 14.

²⁶⁴ FARIA, Marcio Carvalho; GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; HARTMANN, Guilherme Kronenberg; GUEDES, Clarissa Diniz; *et. al.* A Reforma do Direito Probatório... *cit.*

²⁶⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições... cit.*, p. 141.

dispõe, quando se afigurar necessária uma dessas provas como instrumento de sua apuração. Assim, pareceria mais prudente a incorporação de um princípio da ampla admissibilidade da prova, deixando para o momento próprio a valoração de credibilidade, fidelidade e utilidade da prova, na medida em que o juiz esteja diante de todo o conjunto probatório.

No processo penal, por outro lado, o desequilíbrio estrutural da relação processual – em face da presença do Estado como órgão acusatório – coloca o acusado em situação de desvantagem, de modo que um maior rigor na limitação de determinados elementos de prova pode ser necessário para conter um eventual excesso da acusação e zelar pela correção dos juízos realizados, diante da relevância dos bens jurídicos tutelados. Daí a ser possível defender que, nesse caso, algumas das limitações probatórias podem adquirir um caráter de garantia, motivo que torna legítima sua imposição.

Essa classe de restrições que se justifica com o intuito de inadmitir no processo as provas consideradas suspeitas, por seu potencial de levar a raciocínios equivocados, é bastante comum em meio à lógica do direito anglo-americano. Justificadas, nesse plano, sob o escopo de controlar a correção dos raciocínios inferenciais de seus principais destinatários (no caso, julgadores leigos, mais suscetíveis a seus efeitos prejudiciais), essas *exclusionary rules* são consideradas símbolos marcantes dessa cultura peculiar. Ademais, em face da estrutura adversarial que caracteriza o sistema processual da *common law*, tais limitações também são consideradas relevantes para o propósito de controlar a atuação dos advogados das partes em juízo, evitando os excessos inerentes ao confronto que se instaura nesse contexto.

No âmbito do processo perante o júri, segundo a dinâmica anglo-americana, uma das mais relevantes funções desenvolvidas pelo juiz é a de filtrar o material probatório que será submetido ao conhecimento dos jurados. Essa filtragem é realizada com um misto de funções pragmáticas e instrumentais, além de considerações morais intrínsecas, como observam Zuckerman e Roberts.²⁶⁶

As provas irrelevantes, na medida em que não se mostrem úteis para provar a verdade ou falsidade de um fato em relevo, serão naturalmente excluídas, assim como as que levem a uma desnecessária perda de tempo ou recursos. Além destas, algumas outras tecnicamente relevantes serão igualmente excluídas se, a despeito da aptidão para provar os fatos, apresentarem informações pouco confiáveis ou de forte apelo sentimental, de modo a provocar erros de julgamento ou a influenciar indevidamente as emoções do júri.

De fato, não é de se espantar que uma das mais antigas e amplamente aceitas

²⁶⁶ ROBERTS, Paul. ZUCKERMAN, Adrian. *Criminal Evidence*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 73.

justificativas para as limitações probatórias anglo-americanas seja a necessidade de compensar as supostas fragilidades intelectuais e emocionais dos cidadãos leigos escalados para exercer ocasionalmente a função de julgar. Como explica Damaška, a ideia é a de que a lei deve fornecer mecanismos para corrigir a propensão dos jurados de superavaliar alguns tipos de informação ou de raciocinar a partir delas de modo inapropriado.²⁶⁷

Apesar de possuírem o propósito de excluir elementos de prova relevantes, essa classe das chamadas *exclusionary rules* é considerada pelos operadores da *common law* como normas de conteúdo epistêmico. Isso se deve a seu fundamento de aprimorar a capacidade do júri de desenvolver raciocínios válidos sobre as hipóteses fáticas, impedindo que cedam aos apelos irracionais e subjetivos que podem estar implícitos no conteúdo de algum elemento probatório. Damaška explica que essas regras de exclusão fundamentam-se na conclusão de que o impacto negativo da prova sobre o jurado pode ser mais forte do que o seu real valor probatório.²⁶⁸ A finalidade, deste modo, é o de contribuir para a descoberta da verdade. A *hearsay evidence*, a proibição de se valer da ficha criminal do acusado para demonstrar sua propensão à criminalidade, e a exibição de imagens fortes e apelativas são exemplos de provas que podem ser inadmitidas sob essa justificativa.

Acerca da conveniência da manutenção dessa classe de limitações probatórias no âmbito de uma concepção racionalista da prova, faz-se necessário estabelecer um foco contextual para a análise, já que soluções distintas podem ser aplicáveis entre procedimentos desenvolvidos perante o júri e perante o juiz profissional. No caso, a análise será direcionada para um procedimento de júri.

Nessa hipótese, não se pode simplesmente ignorar a sólida tradição do modelo de jurado puro na cultura anglo-americana²⁶⁹, onde possui maior expressão e consolidação quando em contraste com a experiência romano-germânica. Em sendo tais regras parte indissociável da lógica do julgamento por cidadãos leigos naquele contexto, é de se considerar relevante, em um primeiro momento, sua manutenção com o fim de possibilitar um controle racional sobre a convicção dos jurados, mesmo que se trate de controle *ex ante*.

Por outro lado, não basta concentrar o foco nos aspectos teóricos do modelo. Alguns desdobramentos práticos acerca do rigor na aplicação das *exclusionary rules* merecem ser

²⁶⁷ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 28.

²⁶⁸ DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, 1972-1973, p. 514.

²⁶⁹ Os aspectos mais marcantes dessa experiência serão expostos no Capítulo 5, seguidos de uma análise da lógica de seu procedimento e de sua racionalidade. Por ora importa considerar apenas o que se reflete no tema em questão.

considerados, motivo pelo qual mostra-se relevante o panorama trazido por Neil Vidmar e Kara MacKillop²⁷⁰ no tocante aos prejuízos decorrentes de uma análise incompleta dos fatos pelo júri. Buscando estabelecer os motivos para um alto percentual de condenações de inocentes em julgamentos por jurados nos Estados Unidos, os autores empreenderam pesquisas empíricas e apresentam a seguinte avaliação: a lógica da doutrina probatória estabelecida é, em grande parte, responsável pela obtenção dos falsos veredictos em razão de fornecer aos jurados um material probatório incompleto e impreciso e, ao mesmo tempo, esperar que eles desenvolvam um raciocínio completo e apurado acerca dos fatos.

Essa constatação deve ainda ser associada a alguns fatores peculiares que caracterizam a forma típica pela qual os jurados raciocinam. De acordo com Vidmar e Mackillop, os cidadãos empreendem suas análises sob a forma da construção de narrativas estruturadas a partir dos fatos apresentados, as quais se ancoram no material probatório apresentado. Desta forma, buscam estabelecer uma narrativa fática hipotética que se amolde às provas apresentadas segundo critérios de cobertura, coerência e completude²⁷¹. Sendo assim, quanto mais completo for o conjunto probatório apresentado aos jurados, mais apurada seria a narrativa por eles desenvolvida, com maiores chances de corresponder à verdade. Por outro lado, verificou-se que, na medida em que faltam provas acerca de determinados aspectos fáticos, os jurados são levados a preencher as lacunas com dados de seu próprio senso comum, suas crenças e experiências pessoais, o que compromete a correspondência da narrativa com a realidade fática. Paralelamente, quanto mais amplas e frequentes forem as lacunas, maior a abertura para a subjetividade, o que contribui para que os jurados criem narrativas distintas e contraditórias entre si, mesmo que apoiadas no mesmo material probatório.²⁷²

²⁷⁰ MACKILLOP, Kara. VIDMAR, Neil. Decision-Making in the Dark: How Pre-Trial Errors Change the Narrative in Criminal Jury Trials. In: *Chicago Kent Law Review*. v. 90, n. 03, 2015. Logo no início da exposição os autores alertam para um grave problema que se tem verificado com cada vez mais frequência nos Estados Unidos: os erros nas condenações pelos Tribunais de Júri. Após observarem mais de 1.400 inocentes exonerados por revisões em suas condenações (muitas das quais decorrentes de exames de DNA), diversos pesquisadores procuraram indicar alguns padrões para explicar as falhas nos julgamentos. Desta forma, em um esforço para compreender melhor e buscar remediar os erros que ocorrem nessas condenações injustas, os pesquisadores da Clínica de Pesquisa da Duke Law School (Instituição da qual os autores são afiliados) estão desenvolvendo uma metodologia para identificar as políticas, procedimentos e doutrinas legais que contribuem para esses erros, bem como para desenvolver estratégias destinadas a aprimorar o sistema processual. Neste trabalho, o foco recai justamente para as consequências de se reduzir o conjunto de informações disponíveis para os jurados, muitas vezes responsáveis por levar a falsos julgamentos.

²⁷¹ Cobertura no sentido de verificar quanto do conjunto probatório pode ser acomodado na hipótese criada; coerência no tocante ao grau de plausibilidade e consistência interna da narrativa, além de sua completude para responder satisfatoriamente a todas as questões fáticas relativas ao caso. (MACKILLOP, Kara. VIDMAR, Neil. Decision-Making in the Dark... *cit.*, p. 962-963.)

²⁷² MACKILLOP, Kara. VIDMAR, Neil. Decision-Making in the Dark... *cit.*, p. 962-963.

Toda essa situação de instabilidade deve ser considerada quando da reflexão sobre a conveniência de adotar uma lógica de exclusão de provas relevantes da apreciação do júri, o que ainda pode ser agravado em face da grande discricionariedade do julgador no tocante à decisão sobre a admissibilidade de tais elementos. Para além de eventual violação do direito à prova, corre-se o risco de colocar o juiz em uma posição de extremo paternalismo em relação ao conselho de sentença, realizando uma ingerência exagerada e desproporcional na determinação das informações que chegarão ao seu conhecimento.

Entretanto, a despeito de insustentável perante um procedimento a cargo do juiz togado, essa filtragem probatória assume um papel de especial relevância perante um júri por jurados, na medida em que se traduz em garantia epistêmica em face das decisões imotivadas. Deste modo, a racionalidade dos veredictos é avaliada a partir da qualidade do material informativo apresentado aos cidadãos como base para seu julgamento.

Diferentemente do controle exercido posteriormente com base na análise da motivação, o controle desenvolvido pela *common law* sobre as decisões do júri baseia-se numa análise de sua racionalidade prévia, na medida em que a racionalidade das premissas sejam habéis a afiançar a racionalidade das conclusões²⁷³.

Deste modo, embora não se julgue adequado adotar um amplo catálogo de restrições, não se deve desconsiderar a lógica de controle subjacente a essas limitações no contexto do júri.

Parecem relevantes, nesse sentido, algumas proibições que recaem sobre provas com baixo teor informativo que se apresentam principalmente com o propósito de apelar para a subjetividade dos jurados, seja buscando uma simpatia, comoção, ou até mesmo visando chocá-los com imagens repugnantes.²⁷⁴ Como defende Damaška, os jurados são inexperientes no drama forense e, portanto, incapazes de afastar a influência negativa dessas emoções em sua atividade valorativa.²⁷⁵ Devido à ausência de um valor probatório substancial, tais provas são destituídas de função demonstrativa. O que sobra é tão somente seu elevado potencial persuasivo, a ser livremente explorado pela parte em busca de uma adesão infundada a seus argumentos, motivo pelo qual tais provas merecem ser consideradas inadmissíveis e, portanto,

²⁷³ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law... cit.*, p. 44.

²⁷⁴ Damaška exemplifica as provas dessa espécie com o caso O. J. Simpson, no tocante às imagens da autópsia da falecida esposa do acusado, e, paralelamente, no caso civil *Grimes vs. Employers Mutual*, no qual o demandante, tendo sofrido acidente que lhe causou amputação de uma perna e um braço, foi proibido de provar os impactos da lesão por meio de um vídeo no qual abraçava sua filha e acendia o cigarro de seu irmão tetraplégico. DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law... cit.*, p. 30, nota n. 8.

²⁷⁵ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law... cit.*, p. 30.

excluídas.

Merecem destaque, ainda, aquelas provas que apesar de relevantes, apresentam informações pouco confiáveis – a exemplo do testemunho por *hearsay*. Por meio dele a testemunha não depõe sobre algo que conhece pessoalmente, mas declara algo que provém do conhecimento de terceiro, com base em declaração feita por este sobre tais informações. Diante disso, a pessoa que depõe em nada afiança a veracidade do conteúdo dos dados, mas atesta, no máximo, o fato de que a referida informação lhe chegou ao conhecimento. O testemunho indireto é, portanto, exemplo de prova que deve ser considerada, via de regra, inadmissível, não somente pela baixa credibilidade das informações, mas também por não permitir o exercício de um efetivo contraditório, já que seu conteúdo dificilmente poderá ser testado à luz da dialética processual.²⁷⁶ Busca-se assegurar, ademais, que a parte interessada vá em busca de uma prova de melhor qualidade, seguindo-se a lógica da *best evidence rule* norte-americana.

Cumprе salientar, finalmente, que não se afigura razoável a limitação tendente a considerar inadmissíveis aquelas provas não previstas e reguladas pelas normas processuais, as chamadas provas atípicas. Essa proibição parte de uma concepção de prova estritamente legalista, segundo a qual somente o direito poderia determinar que algo configura-se ou não como prova²⁷⁷, o que não se coaduna com a sua compreensão metajurídica. Mais razoável é a disposição presente em vários ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, no sentido de admitir todos os meios de prova, desde que não sejam reputados ilegais ou moralmente ilegítimos²⁷⁸.

Não obstante, um certo cuidado deve ser observado no que concerne à prova irritual, especialmente no âmbito de um processo penal, na medida em que a forma prevista para determinar sua produção desempenha, muitas vezes, um caráter de garantia que não deve ser

²⁷⁶ Diogo Malan apresenta, à luz da prática anglo-americana, uma série de outras justificativas para a inadmissibilidade do testemunho indireto, inclusive, a partir de fundamentos extrínsecos, alheios à questão da confiabilidade dos meios probatórios. Cf. MALAN, Diogo Rudge. *O Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 54-56.

²⁷⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba. cit.*, p. 55. Segundo o autor, na Europa alguns autores sustentam esta doutrina restritiva a partir do pressuposto de que o catálogo de meios de prova contemplados pelo direito deve ser entendido como vinculante e completo, de modo a não admitir qualquer meio que se afigure atípico. Defende Taruffo, entretanto, que essa ideia deve ser rechaçada por diversas razões, sendo uma delas o risco de se vulnerar seriamente o direito à prova pela exclusão de meios de prova que não estejam expressamente proibidos pelo ordenamento.

²⁷⁸ Conforme se depreende do artigo 369 do novo Código de Processo Civil, o qual aplica-se por analogia ao Processo Penal por falta de disposição específica: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

desconsiderado²⁷⁹ – seja de fundo epistêmico, seja de proteção ao próprio acusado, ou ambos. Como explica Clarissa Guedes, “a ênfase dada ao procedimento decorre, não apenas de uma limitação extrínseca, ditada por razões exclusivamente jurídicas, mas, muitas vezes, de limitações intrínsecas, relacionadas à forma ideal de esclarecimento dos fatos.” Deste modo, destaca que “a ritualidade dos meios de prova penais demonstra que a adequação dos métodos de investigação pode se revelar tão importante quanto a preservação das garantias do réu.”²⁸⁰ Uma relativização dessas formalidades poderia enfraquecer, portanto, o âmbito de proteção subjacente ao rito previsto, além de estimular a obtenção da prova por métodos escusos ou, no mínimo, questionáveis.

2.1.2. Limitações probatórias fundadas no anseio de ordenar o desenvolvimento do processo

Uma outra classe de limitações probatórias a ser analisada é a que se fundamenta no intuito de prezar pela boa marcha processual, ciente de que uma das garantias que compõem o direito ao processo justo é aquela que lhe protege de dilações indevidas. Como pontua Greco, “a demora no julgamento cria uma instabilidade na situação jurídica das partes, incompatível

²⁷⁹ Como exemplo, pode-se citar a formalidade inerente ao procedimento previsto para o reconhecimento de pessoas e coisas segundo o Código de Processo Penal, a qual pode-se entender dirigida para assegurar a própria credibilidade do resultado da prova: “Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.” Como ressalta Badaró, “em relação a alguns meios de prova, a violação de uma regra processual poderá comprometer definitivamente a capacidade epistêmica de tal meio. Por exemplo, um reconhecimento pessoal realizado sem a observância do rito probatório do art. 226 do CPP, em que um único suspeito seja levado à presença da vítima para que esta o reconheça – ou não – como autor do crime. Mesmo que tal prova, com resultado positivo, seja anulada, é de se questionar a possibilidade de se repetir tal ato posteriormente, segundo o rito adequado, em virtude do grande potencial de sugestibilidade que a prova ilegítimamente produzida causa. No segundo ato de reconhecimento, a vítima provavelmente reconheceria o acusado não porque se lembraria dele na cena delitiva, mas porque se recordaria dele no reconhecimento ilegítimo anterior.” (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal. op. cit.*, p. 287.)

²⁸⁰ GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 243-244.

com a noção de segurança jurídica exigível em toda sociedade democrática”²⁸¹. Nesse sentido, seguindo a conhecida máxima “*justice delayed is justice denied*” a Constituição brasileira contemplou, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, o direito à razoável duração do processo²⁸², no mesmo sentido expresso nos diplomas internacionais de Direitos Humanos.²⁸³

É certo que o conhecimento da verdade dos fatos é o principal valor a guiar os esforços processuais, no entanto, até mesmo Jeremy Bentham, um dos principais precursores da tradição racionalista da prova, para quem “*the exclusion of all evidence would be a denial of all justice*”²⁸⁴, concordava com a exclusão da prova quando esta representasse um mal inferior, como nos casos em que a sua produção envolvesse desproporcionais “demora, despesa e aflição”²⁸⁵.

Assim, segundo Bentham, nos casos em que a prova for supérflua, no sentido de não acrescentar nada além do que já fora demonstrado por outras provas e em nada tendo a contribuir na descoberta da verdade, estaria justificada a sua exclusão.²⁸⁶ Esse é o fundamento apresentado para o indeferimento de provas manifestamente protelatórias, ou por aquelas que, de modo abstrato, impõem limitações quantitativas, como no caso do número máximo de testemunhas admitidas em um dado procedimento.

No tocante às limitações quantitativas, a previsão genérica em lei quanto ao número de testemunhas admitidas em um dado procedimento parece contraproducente e injustificada. A imposição abstrata às partes de um número máximo de cinco ou oito testemunhas para a prova de um fato, independente da análise das circunstâncias e complexidades do caso, limita irracionalmente o direito à prova. Isso não significa que o juiz deva admitir dezenas de depoentes para a prova de uma mesma questão, hipótese em que podem ser reputadas supérfluas aquelas que não forem hábeis a trazer novos elementos fáticos relevantes ou que excederem o necessário para a obtenção de um certo grau de corroboração razoável.

Da mesma forma, as normas que estabelecem preclusões temporais, como as que

²⁸¹ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais...* cit.

²⁸² Conforme se verifica no artigo 5º, LXXVIII.

²⁸³ A exemplo do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu item 1: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial (...)”. No mesmo sentido, veja-se o artigo 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “Qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial (...)”.

²⁸⁴ BENTHAM, Jeremy. *A Treatise...*, cit., p. 227.

²⁸⁵ Tradução livre. No original: “*delay, expense, and vexation*”. (BENTHAM, Jeremy. *A Treatise...*, cit., p. 229).

²⁸⁶ BENTHAM, Jeremy. *A Treatise...*, cit., p. 230.

visam proibir a introdução de elementos probatórios tardiamente no processo, devem ser revistas e temperadas pelo intuito de apuração adequada dos fatos, mormente quando esteja demonstrado motivo legítimo a justificar a admissão. “As preclusões, tão importantes ao andamento do processo, não podem servir, *per si*, como obstáculos à demonstração dos fatos porquanto não são elas, certamente, as culpadas por eventual demora na prestação jurisdicional.”²⁸⁷ Vale o alerta, nesse sentido, trazido por Theodoro Júnior, de que os problemas relativos à demora na prestação jurisdicional devem-se muito mais aos chamados “tempos mortos” do processo do que aos tempos de desenvolvimento efetivo do juízo, de modo que a solução depende, em maior parte, da organização das estruturas judiciárias, do que, propriamente, das limitações probatórias.²⁸⁸

É claro que essa flexibilidade quanto ao momento de introdução de elementos probatórios no processo não pode prejudicar o direito ao contraditório daquele contra quem a prova se destine a produzir efeitos. Por tal motivo, para evitar os efeitos prejudiciais advindos da surpresa de uma prova nova, deve o juiz cuidar de proporcionar o direito à contraprova. Assim, tomando-se como exemplo a limitação prevista no júri brasileiro, pela qual se proíbe a exibição em plenário de elementos que não tenham sido juntados aos autos com antecedência mínima de três dias úteis²⁸⁹, a solução mais adequada, verificada a ausência de má-fé, não seria a inadmissibilidade da prova, mas o adiamento da audiência. Deste modo, deve-se priorizar uma mais ampla e apurada investigação dos fatos.

Como bem ressaltou Márcio Faria, “o processo, como meio de efetivação de direitos e garantias, não pode ser ‘fulminante’. Celeridade é indispensável, mas ela deve encontrar limite no garantismo.”²⁹⁰ Deste modo, o princípio geral a ser adotado com relação a essa classe de limitações probatórias deve ser no sentido da “predominante tolerância, para que sejam amplamente admitidas todas as provas que na perspectiva da parte que as requereu tenham alguma possibilidade de demonstrar a procedência da versão fática por ela

²⁸⁷ FARIA, Márcio Carvalho; GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; HARTMANN, Guilherme Kronenberg; GUEDES, Clarissa Diniz, *et. al.* A Reforma do Direito Probatório... *cit.*

²⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais.* Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>, acesso em 31/08/2015.

²⁸⁹ Nos termos do artigo 479, *caput*, do Código de Processo Penal: “Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.”

²⁹⁰ FARIA, Márcio Carvalho. A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização na busca de soluções à crise do processo. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual.* v. VI, n. 06, 2010, p. 484.

sustentada”.²⁹¹

É importante que se tenha em consideração que as regras procedimentais não representam um fim em si mesmas e, por tal motivo, devem sempre se ver flexibilizadas, na medida do possível, quando se mostrarem insuficientes para realizar os fins para os quais o processo se encontra direcionado, sem desrespeitar, com isso, os valores pelos quais o mesmo se encontra comprometido.

2.1.3. Limitações probatórias fundadas no intuito de preservação de direitos fundamentais

O terceiro grupo de limitações probatórias é aquele que busca tutelar interesses extraprocessuais e, de tal forma, tende a considerar inadmissíveis as provas que atentem contra valores protegidos constitucionalmente. Essa classe encontra seu maior fundamento no dever de proteção da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual é a que pode ser considerada essencialmente contra-epistêmica. Não se deve desconsiderar, entretanto, que algumas restrições movidas pelo propósito da garantia de direitos podem evidenciar, também, um fundamento epistêmico subjacente²⁹².

Como acentua Greco, a dignidade da pessoa humana constitui um limite intransponível à busca da verdade pelo processo ou fora dele (já que mesmo o cientista encontra limitações em seus experimentos).²⁹³ Nisso se reflete também a necessidade de tutela

²⁹¹ GRECO, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro – Primeira parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais" Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. In: *Revista de Processo*. v. 240, 2015, p. 65. Essa providência é imperiosa no sentido do respeito ao direito à prova. Para que isso seja possível, faz-se necessária “a flexibilização da rigidez dos prazos e preclusões para que, sempre que houver uma justificativa humanamente razoável, desde que não haja desrespeito à confiança legítima e não existam indícios veementes de má fé, possa a parte trazer novos elementos de convicção para que a decisão judicial, ao fim e ao cabo, esteja mais próxima possível da verdade como ela é. O juiz deve estar sempre aberto a adquirir novos conhecimentos sobre os fatos sobre os quais vai exercer a sua jurisdição. Desde que a proposição ou produção de novos elementos não tenha intuito manifestamente protelatório, nem colha de surpresa a parte contrária de modo a reduzir as suas potencialidades defensivas, deve ser sempre admitida, para que o acerto final dos fatos esteja o mais próximo possível da realidade tal como ela existe.” (*Idem, ibidem.*)

²⁹² A própria inadmissibilidade da confissão obtida mediante intimidação, coação ou tortura, além de se prestar à proteção do direito ao silêncio do acusado, não deixa de se justificar, também, por um propósito epistêmico. O constrangimento a que é submetido o acusado no contexto de tais práticas escusas torna altamente questionável a veracidade das informações prestadas. Não por outro motivo, o legislador processual penal brasileiro estabeleceu a imposição de que a confissão seja confrontada com os demais elementos probatórios, a fim de verificar se entre ela e estes existe compatibilidade e coerência (art. 197, CPP).

²⁹³ O cientista “está proibido, em suas investigações, de realizar experiências degradantes, que violem a liberdade de consciência ou de vontade do ser humano, que exponham publicamente os aspectos mais íntimos de

da privacidade, da integridade física e psíquica, da liberdade, das relações sociais e de vários outros valores constitucionais, a despeito do interesse processual na obtenção da prova.

Diante disso, a reflexão que deve ser feita é sobre quando e em quais condições a proteção de interesses ou valores extraprocessuais deve prevalecer sobre a busca da verdade e, do mesmo modo, sobre a exigência de fazer presentes todas as provas relevantes²⁹⁴ para a formação do convencimento do julgador. Como adverte Ferrer Beltrán, a racionalidade instrumental dessas limitações probatórias deve ser avaliada tendo em vista a finalidade a que atendem em cada caso.

Nesse sentido, inserem-se sob tal propósito garantista as normas tendentes a excluir do processo (ou considerar inadmissíveis) elementos probatórios obtidos mediante violação a direitos fundamentais, sejam do próprio acusado, sejam de terceiros, os quais configurariam provas ilícitas. A licitude da prova, em sentido amplo, forma parte do conteúdo nuclear do direito à presunção de inocência, conforme aponta Miranda Estrampes. Esta, exige para ser desconstituída, segundo uma constante e reiterada jurisprudência, a existência de prova incriminatória suficiente que possa ser racionalmente avaliada (de modo a satisfazer o ônus acusatório) e que tenha sido produzida com o respeito a todas as garantias constitucionais e processuais. A proibição de valoração das provas ilícitas deriva, portanto, segundo o autor, da consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental.²⁹⁵

Seria até mesmo contraditório que o Estado pudesse atuar violando direitos com o propósito de investigar e reprimir as condutas ilícitas de seus jurisdicionados. Tal lógica comprometeria toda a legitimidade do sistema punitivo.

De fato, no contexto do direito norte-americano, como destaca Estrampes, o principal fundamento da proibição da prova ilícita é o de evitar a má atuação policial: “*con el transcurso de los años la Corte Suprema Federal norteamericana estableció que su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (el conocido como deterrent effect).*” Por outro lado, aponta que no

sua personalidade ou o submetam a tratamento humilhante, doloroso ou cruel. Esta proibição está consagrada no Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, em vigor no Brasil, em seu artigo 7º: ‘Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.’” (GRECO, Leonardo. *Instituições... cit.*, p. 120).

²⁹⁴ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 51.

²⁹⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 88.

contexto continental europeu esse fundamento é, em maior grau, ideológico, ético, estando a proibição, inclusive, prevista nas constituições dos Estados.²⁹⁶

As proibições de provas fundadas na proteção de valores constitucionais são bastante valorizadas no âmbito do processo penal da *civil law* por representarem uma reação às traumáticas experiências vivenciadas no curso dos procedimentos inquisitivos. Tais práticas arbitrárias eram praticadas justamente com o propósito da busca da verdade, motivo pelo qual tal finalidade ainda se vê corriqueiramente demonizada por uma parte da doutrina processual penal. Nesse ponto é relevante repetir o alerta de Guzmán²⁹⁷ sobre a necessária distinção entre o valor da determinação da verdade no processo penal com os métodos empregados nessa investigação. Renunciar à lógica inquisitiva não implica renunciar à verdade.

No contexto da *common law*, por outro lado, especialmente no direito inglês, sempre predominou o entendimento no sentido da irrelevância dos métodos de obtenção da prova para a determinação de sua admissibilidade processual. Como salienta Dennis, verificada a relevância da prova, é ela admissível. Em referência à clássica posição dos magistrados do século XIX, aduz que: “não importa como você a obteve, mesmo que a tenha roubado, seria admissível como prova”.²⁹⁸ As únicas exceções que parecem incidir sobre a regra de ampla admissibilidade seriam no tocante às confissões forçadas, bem como qualquer prova que decorra de tortura. Paralelamente, foram implicitamente consideradas inadmissíveis a partir da *Regulation of Investigatory Powers Act* de 2000 as comunicações interceptadas ilegalmente. Fora essas hipóteses, qualquer prova obtida ilicitamente é presumidamente admissível, embora estejam as provas incriminatórias sujeitas à exclusão a partir do exercício da discricionariedade judicial²⁹⁹, sob o fundamento de assegurar um processo justo³⁰⁰ e de

²⁹⁶ Como destaca o autor, “este efecto disuasorio aparece consagrado en las sentencias de los casos *US vs. Calandra* (414 US 338, 1974) y *US vs. Janis* (428 US 433, 1976). En esta última sentencia se declara que «el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas» y más adelante añade que ‘la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...’” MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. In: *Revista Catalana de Seguretat Pública*. Mai, 2010, pp. 131-151.

²⁹⁷ GUZMÁN, Nicolás. *op. cit.*, p. 29.

²⁹⁸ Tradução Livre. DENNIS, Ian. *The Law of Evidence. cit.*, p. 302.

²⁹⁹ A chamada *judicial discretion to exclude evidence*, também conhecida como *fair trial discretion*, tem previsão no *Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)* nos seguintes termos: “*In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.*” (Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/78>. Acesso em: 01 de março de 2016).

evitar, por sua vez, que condutas desleais dos órgãos de acusação impliquem em prejuízo injusto ao direito de defesa.

Apesar de ser esta a solução que mais se conforma aos interesses epistêmicos do processo – pois, uma vez sancionado o agente violador do direito, não haveria óbice à valoração da prova ilícita –, esta não é a que mais protege a essência dos direitos fundamentais em jogo. Somente quando se impõe a inadmissibilidade da prova é que se logra atingir a função pedagógica direcionada aos agentes estatais: no sentido de se zelar pela regularidade da persecução penal, evitando-se a violação dos direitos e garantias fundamentais em meio às atividades de investigação. Como fora reconhecido pela Suprema Corte norte-americana no caso *Tehan v. U.S. ex. rel. Shott*, de 1966, o principal escopo do processo é o de estabelecer a verdade, entretanto, o privilégio contra a autoincriminação contido na Quinta Emenda não fora projetado para buscar a verdade sobre a culpa do entrevistado, mas para preservar a integridade do sistema de justiça.³⁰¹

Foi esta a perspectiva adotada pelo direito probatório norte-americano por meio de manifestações jurisprudenciais da Suprema Corte. Foi a partir do caso *Boyd v. United States*³⁰², em 1886, que se concluiu pela inadmissibilidade de prova obtida mediante violação das Emendas IV e V à Constituição norte-americana – as quais asseguram, respectivamente, a tutela da privacidade e o direito à não autoincriminação. Certo tempo depois, em 1914, no caso *Weeks v. United States*³⁰³, a Suprema Corte reafirmou tal entendimento, considerando inadmissível a prova que fora obtida por meio de busca domiciliar irregular. Mais ainda, a Corte elaborou uma *exclusionary rule* válida para os procedimentos federais, no sentido de impor a sanção da inadmissibilidade processual às provas obtidas por meios ilícitos. Tal

³⁰⁰ CHOO, Andrew L. T. England and Wales: Fair Trial Analysis and the Presumed Admissibility of Physical Evidence. In: CAMMACK, Mark E; THAMAN, Stephen C. (ed.). *Exclusionary Rules in Comparative Law*. Dordrecht: Springer, 2013, p. 331.

³⁰¹ *Tehan v. Shott* 382 U.S. 406 (1966). Conforme se extrai do julgado em questão: “*The basic purposes that lie behind the privilege against self-incrimination do not relate to protecting the innocent from conviction, but rather to preserving the integrity of a judicial system in which even the guilty are not to be convicted unless the prosecution ‘shoulder the entire load’.* (...) *The basic purpose of a trial is the determination of truth (...). By contrast, the Fifth Amendment’s privilege against self-incrimination is not an adjunct to the ascertainment of truth. That privilege, like the guarantees of the Fourth Amendment, stands as a protection of quite different constitutional values -- values reflecting the concern of our society for the right of each individual to be let alone. To recognize this is no more than to accord those values undiluted respect.*” Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/382/406/case.html>. Acesso em: 25 de abril de 2016.

³⁰² *Boyd v. United States* 116 U.S. 616 (1886). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/case.html>. Acesso em: 18 de janeiro de 2017.

³⁰³ *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/case.html>. Acesso em: 18 de janeiro de 2017.

construção teve sua aplicabilidade ampliada para o âmbito das cortes estaduais a partir de 1961, com o caso *Mapp v. Ohio*³⁰⁴.

O propósito dessa tendência à inadmissibilidade processual parece ter sido, como explica Estrampes, o de sancionar mais eficazmente a conduta ilícita dos órgãos policiais na atividade investigatória, com vista a dissuadi-los de tais práticas – o que se compreende como *deterrent effect*, e não, propriamente, o de expressar uma tutela mais efetiva dos direitos violados. Daí o motivo de, no âmbito do citado ordenamento, não se estender a inadmissibilidade para as provas obtidas por atos ilícitos de particulares (caso *Burdeau vs. McDowell*³⁰⁵) ou quando a polícia houver atuado de boa-fé (*good faith exception*).³⁰⁶

Por outro lado, a inadmissibilidade processual da prova ilícita compreendida no âmbito dos sistemas romano-germânicos, embora mais recente,³⁰⁷ ostenta finalidade distinta, orientada por um sentido ético de efetivação da tutela de tais direitos. Seu fundamento decorre da própria consagração constitucional desses valores fundamentais que aquelas pretendem proteger, seja em face das ingerências perpetuadas por agentes públicos, seja por particulares³⁰⁸. Além disso, o próprio fato de algumas das constituições trazerem em seus textos a referida norma de inadmissibilidade da prova ilícita já é capaz de demonstrar essa diferença de perspectiva.

No Brasil, em que pesem os posicionamentos outrora defendidos no sentido da admissibilidade processual da provas obtida por meios ilícitos, por meio da máxima *male captum bene retentum*, a partir do advento da Constituição de 1988 consolidou-se o entendimento contrário. Entre os direitos e garantias fundamentais inseriu-se a previsão da inadmissibilidade processual da prova ilícita, a partir da qual foi estabelecida uma "ponte" entre os planos material e processual, nas palavras de Badaró.³⁰⁹ Agora, a violação do direito material para a obtenção da prova enseja não só a sanção material para o agente, como também a processual, no tocante à inadmissibilidade da prova. No entanto, a eficácia da

³⁰⁴ *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 643 (1961). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/case.html>. Acesso em: 18 de janeiro de 2017.

³⁰⁵ *Burdeau v. McDowell* 256 U.S. 465 (1921). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/465/case.html>. Acesso em: 18 de janeiro de 2017.

³⁰⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba ilícita... *cit.*, p. 134-135.

³⁰⁷ Como aduz Gomes Filho (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova... cit.*, p. 102).

³⁰⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba ilícita... *cit.*, p. 136.

³⁰⁹ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 284.

norma só fora obtida em sua maior intensidade na medida em que previu expressamente o desentranhamento da prova na redação do artigo 157 do Código de Processo Penal.³¹⁰

Ademais, em todo caso, para que tais normas sirvam efetivamente como garantia contra arbitrariedades por parte dos órgãos do Estado na atividade investigatória, é *mister* que também se considere inadmissível qualquer outra prova - mesmo que em si lícita, a qual tenha se originado a partir do conhecimento da ilícita.

A vedação da prova ilícita por derivação já vinha sendo reconhecida no Brasil em sede doutrinária e jurisprudencial (após uma resistência inicial do Supremo Tribunal Federal), tendo sido disciplinada expressamente no §1º do artigo 157 do CPP a partir da reforma processual penal de 2008. Consideram-se, portanto, igualmente inadmissíveis as provas lícitas derivadas, contaminadas pelo vício da repercussão causal. Assim, consagra-se a imprescindibilidade de que a valoração da prova recaia apenas sobre o material probatório validamente produzido.³¹¹

Nos Estados Unidos, seguindo-se o reconhecimento da repercussão causal do vício da ilicitude por meio da teoria chamada *Fruits of the poisonous tree*, forjada pela Suprema Corte no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*³¹² em 1920, verificou-se uma tendência jurisprudencial contra a rigidez de sua aplicação. Desta forma, foram desenvolvidas várias exceções, algumas das quais incorporadas ao sistema jurídico brasileiro. As exceções da fonte independente e a da descoberta inevitável são previstas no artigo 157, §§1º e 2º do Código de Processo Penal, a despeito da péssima redação de seus textos.

A primeira exceção autorizaria a utilização da prova em tese lícita caso ficasse demonstrado que esta foi obtida legitimamente a partir de uma fonte autônoma de prova, sem qualquer relação de dependência com a ilícita e com esta não mantendo vínculo causal. Inclusive, desnecessária a previsão legislativa, pois sequer se trataria de prova derivada – trata-se, mais propriamente, de caso de inaplicabilidade da teoria e não de verdadeira exceção.

³¹⁰ É de se destacar, paralelamente, que no Projeto de Lei n. 4.205/2001, do qual se originou a imposição do desentranhamento do processo da prova considerada ilícita, havia também uma previsão voltada para evitar os prejuízos decorrentes de uma eventual contaminação psicológica do julgador. Segundo a redação do então § 4º do artigo 157, “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou o acórdão.” Não obstante, tal dispositivo fora vetado com base em argumentos utilitaristas, considerando-se as inconveniências à eficácia do processo penal geradas pelo afastamento do juiz do processo, especialmente em comarcas de juízo único. Veja-se, a esse respeito: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal. op. cit.*, p. 604-605.

³¹¹ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal... cit.*, p. 285.

³¹² *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States* 251 U.S. 385 (1920). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html>. Acesso em: 18 de janeiro de 2017.

Para o reconhecimento, impõe-se a demonstração fática inequívoca da ausência denexo causal, sob pena de alargamento indevido de seu campo de incidência.

A segunda exceção é a da descoberta inevitável, a qual considera admissível a prova no caso em que se demonstre que teria sido descoberta de qualquer modo, independentemente da prova ilícita que lhe deu origem, de modo a afastar a contaminação. Diferentemente da primeira situação, na qual se demanda a efetiva comprovação da ausência de derivação – no sentido de não ter sido obtida a partir da ilícita, neste caso parte-se de um juízo hipotético com base no conjunto probatório de que já se dispõe, de modo a se demonstrar que a prova derivada seria descoberta de qualquer modo, malgrado tenha se originado a partir da ilícita.

Existem, igualmente, outras exceções incorporadas pela jurisprudência norte-americana, como a da mancha expurgada (também conhecida comonexo causal atenuado), a exceção da boa-fé, a teoria do risco, dentre outras³¹³, embora não tenham sido recepcionadas formalmente no contexto brasileiro.

Não obstante a previsão da inadmissibilidade processual da prova ilícita, algumas discussões surgem acerca da conveniência/possibilidade de um juízo concreto de ponderação entre os valores afetados em um caso particular, com vistas a admitir excepcionalmente a prova.

Incumbiria ao juiz, nesses termos, a verificação da proporcionalidade entre a violação do bem jurídico para a obtenção da prova e o escopo processual de averiguação da verdade nos casos em que, por exemplo, não se disporia de outros meios possíveis para provar o fato. Essa verificação deve considerar diversos aspectos relevantes, como: se a prova destina-se à acusação ou à defesa; qual o agente responsável pela violação (se público ou particular, se terceiro ou se o próprio acusado para a prova de sua inocência); o grau de lesão ao direito fundamental, dentre outras variáveis.

A tendência doutrinária e jurisprudencial³¹⁴ mais expressiva nesse sentido é pela proporcionalidade da violação caso se trate de prova exculpatória, mormente quando a ofensa é perpetuada pelo réu com vistas à comprovação de sua própria inocência. Nesta hipótese, o direito à liberdade de um inocente prevalece sobre eventual direito violado para a obtenção da prova, situação em que também se poderia sustentar a exclusão da ilicitude em razão do

³¹³ Sobre o tema das provas ilícitas, ver: ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LAFAVE, Wayne R. *et. al. Criminal Procedure and the Constitution: Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*. St. Paul: West Academic Publishing, 2013, p. 59 e ss; THAMAN, Stephen C. *Comparative Criminal Procedure: a casebook approach*. 2nd ed. Durham: Carolina Academic Press, 2008, p. 45 e ss.; THAMAN, Stephen C. (ed.). *Exclusionary Rules in Comparative Law*. Dordrecht: Springer, 2013.

³¹⁴ Ver, por todos, LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 597-598.

estado de necessidade em que o mesmo se encontra. Por outro lado, dificilmente considera-se proporcional a admissão da prova ilícita incriminatória.

De qualquer modo é importante destacar que esses juízos de ponderação importam no risco de subjetivismo que decorre do alargamento da discricionariedade judicial, o que demanda uma suficiente fundamentação diante dos riscos à proteção dos direitos fundamentais.³¹⁵

2.1.4. A produção da prova em juízo

Superada a análise do conjunto de normas que limitam a admissibilidade dos elementos probatórios em juízo, interessa ainda para o direito à prova uma avaliação detida sobre a dinâmica do procedimento pelo qual tais provas serão produzidas.

O procedimento criminal em juízo, a exemplo do que se verifica no Brasil, é geralmente precedido de uma fase investigatória conduzida pela polícia, podendo contar com ampla participação do órgão acusatório e, em menor medida, da defesa. Independentemente da necessidade de se garantir ao defensor o acesso ao conteúdo da investigação oficial, é imperioso que sejam também proporcionados ao indiciado os meios hábeis para conduzir sua própria investigação, em busca da reunião dos elementos que favoreçam a sua defesa na fase processual.

Sobre esse ponto, referindo-se ao âmbito da *common law*, Ian Dennis ressalta tratar-se de um interesse fundamental no sentido de que todos os sujeitos parciais tenham acesso a todas as provas que sejam relevantes à determinação dos fatos objeto do processo. Isso inclui

³¹⁵ Como adverte Greco, “a ponderação em concreto, realizada casuisticamente, pode trazer insegurança jurídica e até levar ao arbítrio. É preciso que as decisões que restrinjam direitos fundamentais com base nessas ponderações sejam suficientemente fundamentadas, para que as partes e as instâncias superiores possam controlá-las e revisá-las, quando for o caso. Ademais, no que concerne especificamente ao direito à intimidade, a falta de regulamentação legal da matéria contribui para aquela insegurança. (GRECO, Leonardo. *Instituições...* cit., p. 147). Por outro lado, a imposição categórica de restrições à admissibilidade de provas relevantes também é arriscada, pois vulnera o fim processual da busca da verdade. A própria taxatividade da repercussão causal do vício da ilicitude pode, em alguns casos, comprometer toda uma cadeia probatória, o que se traduz em sérios riscos de erros e injustiças nas decisões judiciais. Conforme aduz Thaman, duas são as áreas mais críticas nas quais as regras de exclusão probatória são utilizadas para reforçar importantes direitos fundamentais tutelados pelas Constituições e Convenções de Direitos Humanos, quais sejam, aquela na qual a polícia adquire provas por meio de violações ao direito fundamental à privacidade, e aquela na qual a prova atinge a dignidade humana, por meio da violação ao direito ao silêncio ou à não autoincriminação. (THAMAN, Stephen C. (ed.). *Exclusionary Rules in Comparative Law*. Dordrecht: Springer, 2013, p. xii.)

quaisquer elementos que estejam sob o domínio de terceiros, bem como aqueles que estejam sob a posse da parte adversária.³¹⁶ Dennis apoia-se nas considerações de Zuckerman para afirmar que o direito de acesso à prova configura-se como garantia fundamental derivada do próprio direito de acesso à justiça. Tal argumento é reafirmado pela Corte Europeia de Direitos Humanos no sentido de que a garantia de um processo justo depende do direito de acesso à prova.³¹⁷ Nessa perspectiva inserem-se, no contexto anglo-americano, os chamados *disclosure rights* – segundo o direito inglês, e o procedimento da *pre-trial discovery* – a partir da configuração estadunidense.

A tendência que se verifica no âmbito do processo civil da *common law* é em prol de um compartilhamento quase que ilimitado dos elementos probatórios entre as partes, o que se justifica em prol da eficiência, equidade e precisão na determinação dos fatos e no resultado do processo. Como pontua Chase, “as normas processuais norte-americanas autorizam um arsenal repleto de mecanismos pelos quais os advogados das partes podem buscar provas fora do tribunal e, ainda, ter como suporte a autoridade da corte ao demandar a cooperação de seus oponentes e das testemunhas”.³¹⁸

Segundo Dressler e Thomas, os casos se resolvem mais rapidamente, de modo mais justo e mais próximo à verdade na medida em que cada parte tem acesso às provas do adversário.³¹⁹ Isso se deve, segundo Dennis, às melhores condições de estimar os pontos fortes e as debilidades do seu próprio caso e o do adversário.³²⁰

Por sua vez, no contexto processual penal, a *disclosure* ou *discovery* da defesa acaba encontrando limitações em direitos fundamentais do acusado, a exemplo do direito ao silêncio e à não autoincriminação. Não obstante, deve-se considerar que o Estado dispõe de uma poderosa estrutura investigatória a seu favor, e que, diferentemente, a defesa dificilmente disporá de tempo, recursos e *expertise* necessários para realizar uma completa investigação com vistas à obtenção dos elementos probatórios necessários para sua atuação em juízo – além de não contar, igualmente, com os mesmos poderes de coerção de que dispõe a polícia.³²¹ Sendo assim, o direito à igualdade processual (paridade de armas) impõe que sejam

³¹⁶ DENNIS, Ian. *The Law of Evidence. cit.*, p. 345.

³¹⁷ DENNIS, Ian. *The Law of Evidence. cit.*, p. 346.

³¹⁸ Tradução livre. CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. New York: New York University Press, 2005, p. 58.

³¹⁹ DRESSLER, Joshua; TOMAS, III, George C. *Criminal Procedure: Prosecuting Crime*. St. Paul: West, 2006, p. 879.

³²⁰ DENNIS, Ian. *op. cit.*, p. 346.

³²¹ DENNIS, Ian. *op. cit.*, p. 351.

disponibilizados à defesa todos os elementos obtidos pela investigação oficial, com especial destaque para aqueles que, eventualmente, não sirvam aos propósitos acusatórios ante seu potencial de desconstruir ou enfraquecer as teses incriminatórias³²².

Em vista disso, no âmbito do *Criminal Procedure and Investigations Act* inglês, estabeleceu-se um código de práticas que impõe, dentre outros, o dever de registrar todas as informações recebidas, tornando-as disponíveis. Paralelamente, estatuiu o dever da polícia de explorar todas as linhas de investigação possíveis, sejam incriminatórias ou exculpatórias.³²³

Em face das limitações da presente exposição, não se estenderá a análise para a fase investigatória. No entanto, as considerações acima servem como alerta e inspiração para alguns dos sérios problemas verificados nesta etapa preliminar no processo penal brasileiro, os quais são capazes de comprometer profundamente a qualidade da atividade probatória em juízo.

Por outro lado, dado o caráter generalista aqui adotado acerca da compreensão do fenômeno probatório, não se terá como escopo o estudo das provas em espécie, de modo que as considerações traçadas no que tange ao procedimento probatório recairão sobre alguns aspectos considerados essenciais para uma concepção racionalista. O maior destaque será dado, nesse contexto, para a forma de produção da prova oral em juízo e os reflexos desse procedimento no conteúdo das declarações e em sua valoração pelo julgador.

A configuração de um procedimento apto a desempenhar adequadamente uma função epistêmica depende de uma certa dose de clareza e previsibilidade no que concerne à definição dos propósitos probatórios de cada parte. Essa condição não é satisfeita com a mera indicação do rol de testemunhas, por exemplo.

Dentro de um procedimento instrutório racional, transparente e equilibrado, mostra-se razoável que as partes desde logo “descrevam com precisão os elementos individualizadores da demanda, que exponham objetivamente os fatos em que fundamentam as suas alegações e que indiquem desde logo as provas que pretendem produzir, correlacionando-as precisamente com os fatos probandos.”³²⁴

³²² “Isso cria um potencial conflito, já que requer que a polícia aja de uma forma inconsistente com seu interesse funcional no sentido de construir um caso contra o investigado. Pesquisas já sugeriram que, no passado, esse interesse pode ter levado a polícia a marginalizar ou reprimir quaisquer informações que não servissem ao propósito acusatório. A ocultação pela polícia de provas fundamentais à defesa contribuiu para a efetivação de uma série de erros judiciais.” (Tradução livre. DENNIS, Ian. *op. cit.*, p. 352.)

³²³ DENNIS, Ian. *op. cit.*, p. 352.

³²⁴ GRECO, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro. In: *Revista de Processo*. v. 240, 2015, p. 69-70. No contexto do mencionado projeto de reforma elaborado pelo Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, estabeleceu-se o seguinte: “A proposição de cada prova deverá ser correlacionada com os fatos que com ela se pretende demonstrar. Para auxiliar na objetividade das alegações e

Deste modo, no contexto do processo penal, incumbe ao Ministério Público a individualização da hipótese fática acusatória, o que exigirá a decomposição do injusto penal mediante a exposição objetiva de todos os seus elementos e a correlação com os fatos essenciais para a sua configuração. Paralelamente, impõe-se a indicação precisa de todos os elementos probatórios sobre os quais será apoiada a pretensão, estabelecendo-se para cada um os fatos que se pretende demonstrar. O mesmo vale para a defesa, no que tange às hipóteses fáticas que pretende estabelecer e os respectivos elementos probatórios a lhes dar suporte.

Essa configuração analítica das pretensões acusatória e defensiva revela-se como providência de fundamental importância para sustentar o modelo de valoração racional atomista, o qual será abordado na seção seguinte. Ao invés de se direcionar os esforços para uma dimensão argumentativa (e, por sua vez, persuasiva) da exposição de sua pretensão, a parte deve voltar o foco para a estruturação fática de suas hipóteses, evidenciando o potencial demonstrativo dos elementos probatórios. Tais imposições visam, em primeiro lugar, proporcionar ao julgador os meios de avaliar objetivamente a relevância e utilidade das provas pretendidas pelas partes. Paralelamente, garantem não somente uma previsibilidade e maior domínio e compreensão do conjunto probatório pelo juiz ou jurado, os quais disporão de tais informações por escrito e poderão verificar se as partes lograram êxito na prova de suas hipóteses. Essa perspectiva também é interessante para as partes, no sentido de evitar surpresas e de possibilitar melhores condições para o exercício do pleno contraditório.

Em se tratando dos casos nos quais a decisão dos fatos esteja a cargo de jurados, mostra-se relevante a dinâmica de um procedimento bifásico, em que a fase do plenário seja precedida de uma etapa preparatória. Isso porque, com vistas a evitar eventuais influências negativas que determinadas provas podem exercer sobre o convencimento dos jurados, o momento do juízo de admissibilidade desses elementos deve ter lugar em fase anterior à composição do conselho de sentença. Além disso, outras providências preliminares podem igualmente se fazer necessárias em etapa precedente, como a definição da competência e um eventual juízo de admissibilidade da acusação. Entretanto, é imprescindível que no momento oportuno, todas as provas sejam efetivamente produzidas perante os jurados, evitando-se a rotina enfadonha da leitura de peças oriundas de depoimentos prestados em momento anterior, pelas quais o declarante é apenas questionado acerca de sua ratificação. Essa prática,

da proposição de provas, acompanharão a inicial e a contestação formulários que sintetizarão os elementos da demanda e os fundamentos da defesa, resumirão o conteúdo previsto de cada prova requerida, vinculando-a ao fato a que ela corresponde e apresentarão um índice dos documentos anexados .”

comum no júri brasileiro, configura-se em verdadeira violação do direito à prova³²⁵, considerando-se que ocorre a subtração de seu conhecimento direto por parte daquele que deverá julgar os fatos.

No que tange ao sistema de colheita da prova oral, importa aprofundar a análise das técnicas de interrogatório empregadas nas declarações de pessoas em juízo. A relevância da investigação se situa, em grande medida, na possibilidade de distorção do conteúdo da prova e de afetação da credibilidade da testemunha por algumas práticas de inquirição, as quais se deve evitar.

A valoração da credibilidade do depoente e da veracidade de suas declarações, por sua vez, é prática complexa que extrapola os juízos intuitivos do senso comum, fazendo-se necessário um enfoque de cunho psicológico mais aprofundado que atente para as possíveis variáveis que afetam a cognição e as avaliações pessoais, com vistas a estabelecer algumas considerações importantes.

Um primeiro ponto que merece ser considerado é o modo instável de funcionamento da memória humana, bem como os defeitos mais comuns que podem comprometer os esforços de acesso a seu conteúdo pelos sujeitos que devem compartilhar essas informações em juízo. Tais distorções são capazes de colocar em risco a segurança da instrução processual penal, na medida em que esta se baseia, em grande parte, nos elementos de fatos trazidos pela prova oral.

Como explica Nieva Fenoll, no âmbito da memória de longo prazo distinguem-se a memória episódica, que se refere às recordações do indivíduo, e a memória semântica, que contém os conhecimentos que permitem interpretar e valorar os dados da memória episódica. Por sua vez, no contexto da memória semântica, podem ser identificados três processos fundamentais: (1) a codificação, que consiste em analisar a informação recebida, selecioná-la, dotá-la de significado por meio da interpretação e, por fim, integrá-la às estruturas preexistentes da memória para compor o que se chama de marcas ou impressões; (2) a retenção, que revela a capacidade de deterioração das marcas da memória com o passar do

³²⁵ Esse problema já fora destacado por Aury Lopes Jr.: “Na sistemática brasileira, a prova é colhida na primeira fase, diante do juiz presidente, mas na ausência dos jurados. Em plenário, até pode ser produzida alguma prova, mas a prática demonstra que essa é uma raríssima exceção. A regra geral é a realização de mera leitura de peças, com acusação e defesa explorando a prova já produzida e subtraindo dos jurados a possibilidade do contato direto com testemunhas e outros meios de provas, e, como muito, haverá interrogatório no final (sem esquecer do necessário direito de não comparecer ou de comparecer e manter o direito de silêncio). O julgamento resume-se a folhas mortas.” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual... cit.*, p. 1062).

tempo; e (3) a recuperação, compreendida como a busca pela recordação no âmbito da memória.³²⁶

Em sede processual, no ato da colheita das declarações, o indivíduo será estimulado a realizar o processo de recuperação da memória, consistente no acesso às informações armazenadas – as quais correspondem a uma situação outrora vivenciada. Ocorre que, como explica o autor, o acerto deste último processo (busca pela recordação) depende de que o indivíduo seja capaz de reinstaurar, no momento da declaração, a situação que produziu a codificação, ou seja, que retome a memória dos elementos que serviram para interpretar e armazenar a informação. Se isso não ocorre, a recuperação não é possível.³²⁷

Pode suceder, entretanto, que tenham lugar as chamadas falsas memórias, as quais decorrem da capacidade de recodificação da informação ora armazenada. Na medida em que são vivenciados acontecimentos ou eventos semelhantes, os dados tendem a se confundir com outros, produzindo falsas memórias ou sobreposições decorrentes da mesclagem de informações da memória episódica.³²⁸ Como explica Loftus, a memória é maleável, diferentemente do que se pensava. Não é fixa e estável, como uma peça disposta em um museu. Deste modo, as memórias podem ser embaralhadas, por vezes no exato momento em que se busca recuperar alguma informação. Nesse processo, pode-se involuntariamente relacionar a história a algum detalhe inexistente, de modo que, posteriormente, na tentativa de se recordar o episódio, venha à tona a tentativa de lembrança embaralhada, ao invés da memória original.³²⁹

Normalmente, como observa Loftus, “a memória embaralhada não importa muito. No entanto, se você é testemunha ocular de um crime, sua lembrança embaralhada pode mandar alguém para a prisão. E, ao invés de se sentir hesitante, você pode se sentir perfeitamente confiante na verdade de sua memória.”³³⁰

As falsas memórias podem se instaurar, por exemplo, na medida em que as testemunhas do crime conversam entre si e trocam informações e até mesmo quando, por meio de outras fontes, tomam conhecimento de detalhes até então ignorados acerca do fato

³²⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 216.

³²⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración...* cit., p. 216.

³²⁸ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración...* cit., p. 216.

³²⁹ LOFTUS, Elizabeth. Our changeable memories: legal and practice implications. In: *Nature Reviews Neuroscience*. v. 4, 2003, p. 231.

³³⁰ Tradução livre. No original: “... the scrambled memory does not matter very much. But if you are an eyewitness of a crime, your scrambled recall could send someone to prison. And, rather than feeling hesitant, you might feel perfectly sure of the truth of your memory.” LOFTUS, Elizabeth. Our changeable memories: legal and practice implications. In: *Nature Reviews Neuroscience*. v. 4, 2003, p. 231

vivenciado. Com o passar do tempo, ao buscarem as recordações do evento da forma como o presenciaram, podem ter suas lembranças mescladas com os detalhes e informações obtidos por terceiros, embora se sintam convictas de terem vivenciado tais fatos.

A situação fica ainda mais grave na medida em que se reconhece a possibilidade de induzir falsas memórias nos indivíduos, o que pode acontecer pelo simples fato de inserir pistas equivocadas dos fatos nas próprias perguntas, dando lugar a uma recuperação falsa das informações. Esta constatação alerta para a necessidade de maior cautela quanto ao modo de formulação das perguntas para os depoentes em juízo e, em maior medida, para a reavaliação da própria técnica processual empregada para a produção da prova oral.

Sobretudo, fica a advertência para a fragilidade da memória humana e dos perigos de se basear exclusivamente na declaração de vítimas ou testemunhas como fonte determinante da convicção em matéria penal.

De modo geral, duas técnicas podem ser utilizadas para nortear a produção da prova oral em audiência: a técnica interrogativa e a técnica narrativa.

A técnica interrogativa é a mais utilizada na prática, como amplamente se verifica pelas normas que disciplinam os procedimentos probatórios em vários sistemas, tanto de *common law* quanto de *civil law*. Por meio dela, o depoente se sujeita aos questionamentos feitos pelas partes e juiz, apresentando por meio das respostas a sua percepção da realidade, contribuindo, assim, para aclarar o conhecimento dos fatos.

Embora se constitua em forma bastante comum de produção da prova oral em audiência, também é a que apresenta os riscos acima discutidos no que se refere à possibilidade de implante de informações e manipulação da memória, segundo a doutrina psicológica. Fenoll chega a comparar os efeitos dessa prática insidiosa com os da tortura, já que em ambas as situações o indivíduo acaba por declarar o que o interrogador quer ouvir, ao invés da verdade do que se sabe (embora a primeira seja sutil e a segunda selvagem). No entanto, a despeito de sutil, a técnica leva ao perigoso efeito de que a testemunha acabe crendo na verdade do que declara, o que não ocorre com a tortura.³³¹

Dentro da dinâmica da técnica interrogativa é possível encontrar ainda algumas variáveis importantes, as quais se relacionam diretamente com as especificidades que caracterizam as distintas tradições processuais.

No contexto das tradições de *common law*, a estrutura do processo é tipicamente adversarial, modelo que se caracteriza pela predominância das partes na gestão das provas.

³³¹ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración...* cit., p. 231.

Por sua vez, o processo penal de *civil law*, de raiz inquisitória, é marcado historicamente pelo protagonismo do juiz como representante do Estado, a quem cabe controlar e conduzir a investigação, intimar testemunhas, fixar a linha de inquirição adotada e o conteúdo das indagações, restando às partes o papel de propor questões adicionais que serão filtradas, uma vez mais, pelo magistrado.

Vale lembrar que as concepções sobre o papel mais ou menos dirigente do juiz na condução do processo – especialmente em relação à prova – estão intimamente relacionadas, de maneira geral, com a configuração do Estado, como já observou Damaška. Desta forma, em um Estado que tenha o intuito de organizar a vida dos indivíduos e conduzir a sociedade, os reflexos serão visualizados no procedimento probatório, que tenderá a exercer uma função de maior investigação dos fatos; por outro lado, em um aparelhamento estatal que tem como escopo a manutenção do equilíbrio social tão somente, preservando a autodeterminação dos indivíduos, o modelo acabará se restringindo à disciplina do confronto entre as partes e, como consequência, a atividade probatória se mostrará mais afastadas dos interesses do próprio Estado.³³²

Diante das diferentes raízes históricas que influenciaram esses modelos processuais, é possível identificar e compreender as distintas técnicas empregadas para a condução dos depoimentos.

No contexto da *common law*, a produção da prova oral se realiza, usualmente, por meio do exame direto e cruzado (*direct* e *cross-examination*)³³³ daqueles que prestam declarações em juízo (testemunhas, peritos, vítima, acusado), cuja inquirição fica a cargo das partes. Começando pelo órgão acusatório, os representantes das partes iniciam a chamada *examination-in-chief* (ou *direct examination*), que consiste no exame direto da testemunha por quem a arrolou, por meio de perguntas que visam extrair dela, passo a passo, os fatos relevantes. A atividade do exame direto deve ser feita com observância a algumas regras, como a vedação das *leading questions* – aquelas perguntas responsáveis por induzir a resposta.³³⁴ Após a fase da *examination-in-chief*, a parte contrária passa ao exame cruzado,

³³² DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 71-73

³³³ Sobre o procedimento em questão, ver: ZANDER, Michael. *Cases and Materials on the English Legal System*. 10th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 417 e ss.

³³⁴ Uma *leading question* é aquela que já sugere a resposta, ao invés de trazer um questionamento aberto. Por exemplo, ao invés de perguntar o que a testemunha viu, questiona-se se a testemunha viu o acusado levantar a arma de forma ameaçadora. In: ZANDER, Michael. *Cases and Materials... cit.*, p. 417-418. Uma vez que na *examination-in-chief* quem inquirir é a própria parte que a arrolou – e a que possui interesse naquela prova – as *leading questions* não são bem vistas, já que podem significar um direcionamento da testemunha pela parte. No

ou *cross-examination*, como verdadeira expressão do contraditório e do direito ao confronto. Seu objetivo principal é o de apontar as inverdades, inconsistências ou contradições do depoimento, bem como a falta de credibilidade ou suspeita de parcialidade da testemunha, motivo pelo qual, nesta etapa, as *leading questions* são permitidas.³³⁵ Para encerrar o modelo de inquirição, ainda há a possibilidade da *re-examination*, que consiste na possibilidade da parte responsável por arrolar a testemunha voltar a inquiri-la com o propósito de esclarecer ou explicar os fatos que emergiram durante a *cross-examination*.

Nessa sistemática, o magistrado possui papel quase passivo, cabendo-lhe apenas controlar as perguntas efetuadas pelas partes, fiscalizar o andamento dos trabalhos acolhendo ou rejeitando objeções e impondo sanções decorrentes de eventual *contempt of court* (desobediência ou obstrução da justiça). Essa postura é justificável, nesse contexto, pelas próprias características básicas da dinâmica adversarial, na qual as partes exercem significativo controle sobre seus próprios casos e o juiz, por vezes, não dispõe de informações suficientes acerca dos fatos para que possa atuar com mais confiança no sentido de manter as partes numa linha de questionamento adequada. Por outro lado, como apontam Roberts e Zuckerman, os magistrados costumam relutar em interferir de forma mais intensa nessa atividade para evitar eventuais recursos fundados em alegações de prejuízo. Segundo os autores, essa tendência vem sendo modificada no contexto inglês pelo incremento gradual da *pre-trial disclosure* e de uma maior ênfase na atividade de *case management* desenvolvida pelo magistrado³³⁶, o que lhe tem proporcionado maiores informações prévias sobre o caso e as pretensões das partes.

De modo geral, um exame cruzado efetivo normalmente se baseia simplesmente em apontar as inconsistências ou impropriedades das respostas da testemunha no âmbito do exame direto. No entanto, em alguns casos, faz-se necessário recorrer a fontes externas, baseadas no trabalho feito durante a preparação do caso. A técnica da *cross-examination* é uma difícil arte e exige preparação e experiência dos operadores em seu manejo.

Como toda a atividade processual se desenvolve durante o *trial*, não havendo, em regra, espaço para adiamentos – ao contrário do que acontece na cultura da *civil law* – não se pode arcar com o ônus da surpresa. Para isso, as atividades de *discovery/disclosure* são importantes para a dinâmica do procedimento. Com as cartas na mesa, as partes ficam

entanto, na *cross examination*, ocasião em que a parte contrária faz a inquirição, essas perguntas podem ser utilizadas, já que nesse momento a intenção é desconstituir o que já fora anteriormente respondido.

³³⁵ ZANDER, Michael. *Cases and Materials...* cit., p. 419

³³⁶ ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. *Criminal Evidence. cit.*, p. 351,

preparadas para apresentar seus casos ao juiz e para desconstruir o caso do adversário, podendo inclusive antever a linha de argumentação que será utilizada pela outra parte e se preparar para desconstruí-la.

Uma vez que as partes no sistema anglo-americano assumem a função de típicos adversários, protagonistas do jogo processual, as táticas de inquirição por meio do exame cruzado tendem a ser, em grande parte, agressivas, em clima de uma verdadeira disputa³³⁷.

Essa tendência não é normalmente observada quando o juiz lidera a função como produtor e ao mesmo tempo destinatário da prova, como ocorre na cultura de *civil law*. Nesse contexto, a técnica tradicional de interrogatório é a presidencialista, por meio da qual o juiz é o responsável pela inquirição e, conseqüentemente, pela definição da linha de investigação a ser abordada. Normalmente, essa inquirição se baseia nas exposições dos fatos apresentadas pelas partes e no requerimento de admissão da prova, na medida em que este contenha os fatos a serem provados por meio do testemunho.

Após os questionamentos do juiz as partes podem, subsidiariamente, submeter suas perguntas, as quais poderão ser reformuladas e dirigidas ao depoente pelo juiz se consideradas pertinentes.

O protagonismo judicial leva a uma inquirição mais neutra, o que é potencializado pelo fato de a prova ser tratada como comum a ambas as partes, segundo o princípio da comunhão da prova. Considerando que em muitos casos a mera presença na corte pode configurar uma situação intimidante, a condução pelo juiz visa a preservar a testemunha, que não deve ser inquirida de forma impertinente ou constrangedora. Além disso, o juiz assegura que as perguntas sejam feitas de modo respeitoso e dentro dos seus limites de compreensão, mediante uma linguagem adequada³³⁸ e, sobretudo, protegendo-lhe de qualquer influência momentânea que coloque em risco a confiabilidade das suas declarações.³³⁹

Esse risco é muito presente na *cross-examination* a partir da ânsia da parte em desacreditar o depoente e colocá-lo em situação de vulnerabilidade, explorando seu estado de ânimo na tentativa de criar uma aparência de falsidade em suas afirmações. Além disso,

³³⁷ Como assevera Damaška: “A partir da noção de que as testemunhas convocadas por um litigante aparecem para o outro lado como membros da equipe oposta, não se espera que o desafio de seu testemunho seja leve, focando principalmente em lacunas e possíveis inconsistências. Em vez disso, o teste facilmente se transforma em um ataque geral à confiabilidade da testemunha.” (Tradução livre. DAMAŠKA, Mirjan. The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments. *In: American Journal of Comparative Law*. v. 45, 1997, p. 846).

³³⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições... cit.*, p. 216.

³³⁹ ARAÚJO, José Aurélio de; ROQUE, Andre Vasconcelos. *et. al.* A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro - Terceira Parte. *In: Revista de Processo*. v. 242, 2015, p. 102.

considerando que uma inquirição bem sucedida depende da preparação prévia e de uma grande habilidade dos profissionais envolvidos, há o risco de que tal procedimento possa representar na prática um fator potencializador de desigualdade no processo. Aqueles que, eventualmente, tiverem condições de contratar advogados mais capacitados poderiam se beneficiar no âmbito de um modelo que permitisse abordagem mais incisiva das testemunhas.³⁴⁰

Como já foi possível compreender, a técnica da *cross-examination* prestigia, em maior medida, as capacidades estratégicas das partes e o seu potencial de desconstruir a tese do adversário. A partir do momento em que se analisa a fundo os anseios de um determinado sistema de justiça, fica mais clara a compreensão dos propósitos da configuração do modelo processual correspondente. Assim, considerando-se que os processos de sistemas de *common law* são presididos por juízes pacificadores, cuja atuação dirige-se com maior ênfase para os fins da solução de conflitos³⁴¹ – em cujo contexto é essencial garantir às partes as mais amplas possibilidades de manejo de seus próprios casos e provas –, os esforços em maximizar a precisão da descoberta da verdade acabam relegados a segundo plano, como sustenta Damaška. A suposta indiferença do sistema adversarial com a verdade, entretanto, é questionada por autores provenientes dessa cultura³⁴², os quais destacam ser o entendimento fruto de análises descontextualizadas de observadores estrangeiros, que não estariam familiarizados com a dinâmica de seu funcionamento.

Em outro sentido, a preocupação em estabelecer os fatos conforme a verdade está presente como característica marcante nos processos dos sistemas de *civil law*, os quais têm o juiz como representante da autoridade estatal que, para tanto, assume função ativa na gestão da prova. Como destaca Damaška, o controle total das partes sobre a prova não é característico desse modelo. Na medida em que os fatos são necessários para determinar a propriedade da intervenção estatal, os quais podem ser danosos aos interesses privados das partes, estas teriam amplos motivos para ocultá-los ao invés de contribuir para a sua descoberta. Paralelamente, segundo o autor, uma boa estratégia de investigação requer um ponto de vista independente das restritas perspectivas parciais: “dar às partes a liberdade para

³⁴⁰ ARAÚJO, José Aurélio de; ROQUE, Andre Vasconcelos. *et. al.* A Reforma do Direito Probatório... *cit.*, p. 102.

³⁴¹ Cf. DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority: A comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 122.

³⁴² Ver, por exemplo: ALLEN, Ronald J. The Perils of Comparative Law Research. *In: Public Law and Legal Theory Series*. N. 15-22. Northwestern University School of Law, 2015. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2573296. Acesso em: 26 de abril de 2016

determinar os fatos no contexto ativista seria semelhante a permitir que dois lobistas desenvolvam um esquema regulatório no âmbito do interesse público.”³⁴³

Nesse contexto, Greco³⁴⁴ defende que a imparcialidade da investigação somente seria possível ante a condução do interrogatório pelo juiz, o qual seria o único verdadeiramente interessado na descoberta da verdade. As partes, ao contrário, estariam preocupadas em demonstrar unicamente os fatos que interessem à defesa de suas pretensões, além de procurar encobrir, por outro lado, aqueles que venham a contradizê-las.

Por outro lado, não faltam críticas acerca dos possíveis efeitos danosos da iniciativa instrutória do juiz à sua imparcialidade, o que se faria presente na medida em que o mesmo se encarregasse da definição dos rumos da inquirição. Tal agir officioso, segundo Cordero³⁴⁵, dá margem para os chamados quadros mentais paranoicos, gerados pelo primado das hipóteses sobre os fatos, pelos quais o juiz primeiro cria uma hipótese mental para, então, buscar os elementos que venham a comprová-la, ignorando, em contrapartida, os elementos de prova que levariam a conclusões opostas.

Deste modo, não seria adequado que o responsável pela decisão fosse também o principal encarregado de delimitar o conjunto probatório. Assim, Lopes Jr. vincula gestão da prova com gestão do fato histórico, e defende que aquela deveria estar nas mãos das partes. “Atribuindo-se ao juiz, estamos incorrendo no erro (psicológico) da inquisição de permitir-lhe (re)construir a história do crime da forma como lhe aprouver para justificar a decisão já tomada”.³⁴⁶ No mesmo sentido, segundo Geraldo Prado³⁴⁷, a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar. Igualmente, Damaška ressalta que, de modo a conduzir um interrogatório focado, o examinador deve formar alguma

³⁴³ DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority: A comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 161.

³⁴⁴ Esse é o entendimento de Leonardo Greco, o qual encontra-se explícito em suas Instituições de Processo Civil (GRECO, Leonardo. *Instituições... cit.*, p. 216). Ademais, o posicionamento do Professor Greco fora responsável por inspirar a opção pelo método presidencialista na elaboração do Projeto de Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro, de autoria do grupo de pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, por ele presidido, vinculado ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Processual da UERJ, cujas quatro partes encontram-se publicadas, respectivamente, nos volumes 240 a 243 da Revista de Processo. No mesmo sentido, Taruffo: “*Sin embargo, no parece que la competencia entre partes interesadas sea una manera racional de búsqueda de la verdad. Es más, los abusos, aparentemente frecuentes, en la práctica estadounidense del contrainterrogatorio hace que sea difícil creer que podría ser un medio adecuado para inducir a los testigos sometidos a esa práctica a decir la verdad.*” (TARUFFO, Michele. *La Prueba. cit.*, p. 127.

³⁴⁵ CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

³⁴⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 579.

³⁴⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 136-137.

hipótese acerca dos fatos para os quais é encarregado de estabelecer e, na medida em que o faz, exsurge o risco de que se mostre mais receptivo para as informações consistentes com a teoria, em comparação com as que se mostrem contrárias a ela.³⁴⁸

Por outro lado, também é plausível a indagação de Taruffo, que questiona a eficácia do interrogatório conduzido pelo juiz em virtude de seu eventual desinteresse pela busca de precisão e completude dos fatos do testemunho, considerando que exerça seu papel de modo formalista e burocrático, ou que prefira não interferir no modo com que as partes delimitem suas investigações.³⁴⁹

A questão, como se vê, não é pacífica. No entanto, é ponto bastante recorrente na doutrina processual que a *cross-examination* é o método mais eficaz já forjado para a descoberta da verdade, conforme defendeu Wigmore.³⁵⁰ Além do mais, ela se apresenta na Inglaterra como elemento essencial ao *fair trial*, enquanto no sistema norte-americano essa técnica é vista como decorrência da garantia fundamental da *confrontation*, assegurada na VI Emenda à Constituição³⁵¹, a qual consiste, segundo Diogo Malan, no direito fundamental do acusado a presenciar e participar da produção de prova oral contra si em audiência.³⁵²

Em face dos caracteres históricos das respectivas tradições que deram origem aos modelos, essa controvérsia pode ter lugar, em grande medida, pelas questões culturais envolvidas. Não é por acaso que o *Institut International pour l'Unification du Droit Privé*

³⁴⁸ DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice... cit.*, p. 162. Em sentido semelhante, Mirza ressalta que “o investigador está sempre preso a seus preconceitos. Se todo enunciado é uma resposta a uma pergunta, toda pergunta também consiste numa resposta, tendo uma motivação. O perigo da ciência está propriamente na dificuldade de ser original ao perguntar”. (MIRZA, Flávio. *Prova Pericial... cit.*, p. 24).

³⁴⁹ TARUFFO, Michele. *La Prueba. cit.*, p. 127.

³⁵⁰ Embora tivesse reconhecido também, por outro lado, que assim como o método da tortura empregado na *civil law* no período romano-canônico, fosse igualmente apto a produzir falsidades. “*the final establishment of the right of cross-examination by counsel, at the beginning of the 1700s, gave to our law of evidence the distinction of possessing the most efficacious expedient ever invented for the extraction of truth (although, to be sure, like torture,—that great instrument of the continental system,—it is almost equally powerful for the creation of false impressions).*” WIGMORE, John Henry. *A General Survey of the History of the Rules of Evidence. In: Select Essays in Anglo-American Legal History*. V. 2. Boston: Little, Brown, and Company, 1908, p. 694.

³⁵¹ O trecho da VI Emenda que consagra o direito ao confronto se apresenta nos seguintes termos: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (...) to be confronted with the witness against him.*” GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas. Lei 11.690 de 09/06/2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (coord.) *As Reformas no Processo Penal. As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 285. O direito ao confronto também foi estabelecido na Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 8º, 2, f. Entretanto, como bem adverte Diogo Malan, o direito ao confronto não se confunde com a referida técnica processual de exame cruzado, sendo este, meramente, o método mais conhecido pelo qual o direito ao confronto é exercido na tradição processual anglo-americana. Segundo o autor, inclusive, inexistiu óbice ao exercício do direito ao confronto por intermédio do sistema presidencialista de inquirição. (MALAN, Diogo Rudge. *O Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 98).

³⁵² MALAN, Diogo Rudge. *O Direito ao Confronto... cit.*, p. 2.

(UNIDROIT), juntamente com o *American Law Institute* (ALI), ao estabelecerem os Princípios de Processo Civil Transnacional³⁵³, procuraram frisar que a inquirição de pessoas em juízo deve ser realizada em consonância com os costumes do foro, estejam os questionamentos a cargo das partes ou do juiz. Entretanto, seja como for, deve-se garantir o direito das partes de endereçar diretamente ao declarante as perguntas suplementares que entenderem pertinentes.³⁵⁴

Uma outra possível forma de depoimento de pessoas em juízo é a que se desenvolve por meio da técnica narrativa. Por meio dela procura-se evitar qualquer possibilidade de sugestionar as respostas através de perguntas capciosas, adotando-se uma forma livre pela qual o próprio depoente define os contornos de suas declarações. Embora seja de menor incidência como uma forma única e isolada de inquirição, pode ser estabelecida em conjunto com uma etapa posterior interrogativa.³⁵⁵

Esta é a técnica mais recomendada pela doutrina psicológica, segundo Nieva Fenoll, dado que o condutor da inquirição não subministra nenhuma informação ao depoente e ficam reduzidas, portanto, as chances de criação das falsas memórias.³⁵⁶

De fato, este procedimento pode apresentar benefícios para uma reconstrução fática mais imparcial, já que a liberdade da narrativa pode contribuir para que as informações sejam apresentadas de modo mais amplo e próximo da realidade, ao invés de limitar-se aos fatos pertinentes aos interesses das partes.

Nieva Fenoll sustenta as suas vantagens para casos especialmente duvidosos, tendo em vista algumas razões práticas. Em primeiro lugar, levaria ao aumento de dados aportados pela

³⁵³ Disponíveis em: <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>. Acesso em: 18/11/2015.

³⁵⁴ “16.4: *Eliciting testimony of parties, witnesses, and experts should proceed as customary in the forum. A party should have the right to conduct supplemental questioning directly to another party, witness, or expert who has first been questioned by the judge or by another party (...) Comment: (...) P-16F: According to Principle 16.4, eliciting testimony of parties, witnesses, and experts should proceed as customary in the forum, either with the parties conducting the primary examination or with the judge doing so. In any event, a party should have the right to conduct supplemental questioning by directly addressing another party or witness. The right of a party to put questions directly to an adverse party or nonparty witness is of first importance and is now recognized in most legal systems. Similarly, a party should be permitted to address supplemental questions to a witness, including a party, who has initially been questioned by the court.*” Disponíveis em: <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>. Acesso em: 18/11/2015.

³⁵⁵ Como é possível verificar, por exemplo, por meio da previsão da Ley de Enjuiciamiento Criminal espanhola, em seu artigo 436: “*El Juez dejará al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. Después le dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos.*” Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=1&p=20151006&vd=#a436>. Acesso em: 18/11/2015.

³⁵⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración...* cit., p. 234.

testemunha e os faria mais objetivos. Em segundo lugar, segundo ele, evita a manipulação do testemunho com vistas a que sejam obtidas somente as respostas desejadas, ou ainda que as partes ou o juiz questionem o declarante meramente com o intuito de que confirme ou negue uma determinada afirmativa posta, ao invés de que aporte propriamente as informações devidas. Por fim, sustenta que, tal como se constituem as práticas de declarações atualmente, o interrogatório não pode ser considerado um meio para a descoberta da verdade, mas uma forma de conseguir que se crie no processo a verdade desejada por cada parte.³⁵⁷

As desvantagens que se pode identificar a partir do manejo desta técnica são mais práticas do que, propriamente, ideológicas. A narrativa livre do depoente pode se mostrar, por um lado, omissa e incompleta, considerando que a testemunha não se estenda devidamente em seus relatos ou não considere importantes alguns dados, como também, por outro, pode ser prejudicada pela prolixidade de detalhes inúteis e elementos impertinentes que só fazem dispersar as atenções em meio a fatos que não interessam à causa. Ainda, os relatos podem apresentar-se vinculados a juízos de valor inapropriados para uma investigação imparcial.

No entanto, na medida em que essas narrativas espontâneas serão sucedidas por uma fase de questionamentos das partes, as possíveis distorções acima não representam problemas significativos para justificar a inaplicabilidade da técnica. Ademais, instruções do juiz ao depoente para que contextualize seus relatos no tempo e espaço, assim como solicitações de detalhes específicos acerca de uma dada circunstância, podem ser eficazes para direcionar as declarações para os fatos relevantes e recuperar dados que, de outro modo, lhe escapariam³⁵⁸. Tudo isso sem, contudo, induzir ou suggestionar as respostas, preservando-se a imparcialidade da inquirição.

Esse método de inquirição poderia ser considerado o mais adequado à luz dos propósitos epistêmicos aqui pretendidos, de modo a se considerar sua implementação no contexto do júri brasileiro, se não fosse necessária a consideração de outras variáveis importantes. Sendo certo que a busca da verdade concorre, no processo penal, com outros interesses relevantes que devem ser tutelados, a análise não pode se restringir a uma dimensão epistêmica.

Assim, é preciso compreender que a relação jurídica processual penal se estrutura a partir de um considerável desequilíbrio, uma vez que o Estado não somente se encarrega do

³⁵⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración...* cit., p. 235-236.

³⁵⁸ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración...* cit., p. 234.

papel de acusar, mas também se ocupa das funções de investigar e de julgar.³⁵⁹ É patente a fragilidade da defesa nesse contexto, no qual o acusado se encontra em situação de desvantagem em face do acusador.

Em face dessas questões, a escolha do método adequado para a produção da prova oral deve levar em consideração, paralelamente à finalidade epistêmica, a de garantia da defesa, em face da presunção de inocência. Atribuir ao juiz, mesmo que sob a forma narrativa, a prerrogativa de iniciar a inquirição, poderia representar grave prejuízo ao acusado. Isso porque, uma vez que toda a dinâmica processual se instaura em torno da pretensão acusatória, a qual tem como fundamento a configuração concreta de uma situação fática conforme descrita juridicamente, é relevante o perigo de que o juiz venha, mesmo que inconscientemente, a dirigir a inquirição em busca da confirmação da hipótese da acusação. Por vezes as teses defensivas somente são reveladas tardiamente, no âmbito do procedimento, de modo que dificilmente o magistrado exercerá a tutela do acusado no início da inquirição. Ao contrário, se sua atuação for postergada para o momento final, após os questionamentos das partes, terá o julgador melhores condições para explorar teses alternativas, em garantia do réu. Vale ressaltar que o alerta também é válido para o procedimento do júri, uma vez que a postura do magistrado poderá determinar os rumos da inquirição, influenciando no resultado da prova.

2.2. A atividade de valoração: o raciocínio empreendido sobre as hipóteses

De acordo com Bentham, o objetivo primordial a ser atingido pelo processo, qual seja, a “retidão da decisão”, é melhor alcançado por meio da adoção do que ele denomina “sistema natural de processo”³⁶⁰, caracterizado principalmente pela ausência de regras legais rígidas tendentes a determinar aprioristicamente a exclusão de provas relevantes e o valor de certos tipos de prova.

É claro que, como visto no tópico anterior no tocante à admissão das provas, esse princípio geral da liberdade a governar a atividade probatória acabará cedendo, em alguns

³⁵⁹ Como destaca Clarissa Guedes, “há um traço marcante na esfera penal que apenas eventualmente se revela no processo civil: a presença – quase constante – do Estado num dos polos da relação, contraposta à peculiar condição do réu que se submete a uma ação penal.” GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional... cit.*, p. 14.

³⁶⁰ Cf. BENTHAM, Jeremy. *A Treatise... cit.*, p. 4 e ss.

momentos, em face de outros valores relevantes que também devem ser tutelados no processo, como a proteção da dignidade humana, em vista da qual determinadas provas deverão ser excluídas.

Já em uma segunda etapa, ultrapassada a fase de produção e chegado o momento de sua apreciação, importa discutir os contornos dessa ideia de prova livre tendo como foco seus reflexos na atividade valorativa – esteja ela a cargo do juiz togado e/ou de um corpo de jurados.

Nesse contexto, não é demais voltar a frisar que a valoração do conjunto probatório, mesmo que concebida no âmbito de um sistema de “livre convencimento”, pouco deve ter de essencialmente “livre”. Como aduz González Lagier, “a livre valoração da prova deve significar necessariamente livre valoração racional, e não liberdade frente a qualquer critério ou regra.”³⁶¹

Essa liberdade, mais uma vez, deve ser compreendida unicamente em face das amarras do legislador³⁶², já que o direito não deve artificializar o raciocínio probatório por meio de regras impositivas de valoração abstratas. Nesse ponto, o abandono do sistema de provas legais representou um marco no caminho da racionalidade, na medida em que os elementos de prova devam ser apreciados e valorados dentro do contexto em que se inserem, detendo o juiz a liberdade para avaliar sua credibilidade e o grau de corroboração que exercem sobre as hipóteses fáticas em comento.

Porém, em uma dimensão epistemológica, a formação do convencimento sobre os fatos deve se desenvolver com atenção a parâmetros de racionalidade. Para tanto, deve ter amparo na lógica do raciocínio científico, valendo-se dos métodos adequados que autorizem as conclusões obtidas acerca das hipóteses fáticas, as quais, por sua vez, devem apoiar-se nos elementos de prova disponíveis. Como explica Ferrer Beltrán, o objetivo da atividade

³⁶¹ Tradução livre. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Presunción de Inocencia, Verdad y Objetividad. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; RAÚL BONORINO, Pablo. *Prueba y Razonamiento Probatorio en el Derecho: debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014, p. 96.

³⁶² Conforme Ferrer Beltrán: “... la libre valoración de la prueba es libre sólo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración. La operación consistente en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una hipótesis está sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad.” FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración...cit.*, p. 45. No mesmo sentido, Taruffo explica que: “El hecho es que esta libre convicción no es un espacio vacío, sino que lo ocupan las reglas, estándares, criterios de razonamiento o de raciocinio propiamente así, el juez es libre de razonar pero correctamente, esto es, libre en el sentido de que no existe una obligación formal, pero no para hacer lo que simplemente quiera o le venga en gana.” TARUFFO, Michele. La valoración racional de la prueba. In: _____. *Proceso y Decisión... cit.*, p. 75.

valorativa é determinar o grau de corroboração que o conjunto probatório aporta a cada uma das possíveis hipóteses fáticas em conflito.³⁶³

Apesar do alerta sobre o que se deve entender por “livre” convencimento, a análise aprofundada dos raciocínios que devem ser desenvolvidos pelo julgador no momento da apreciação das provas e definição dos fatos não é tema de abordagem frequente pela doutrina jurídica brasileira. Nesse ponto, costuma-se conceber a valoração judicial como uma atividade introspectiva situada em um plano subjetivo e, portanto, inacessível e incontrolável por qualquer pessoa que pretenda compreender seus fundamentos. Essa compreensão somente seria possível por meio da análise da motivação, na qual o julgador exteriorizaria a justificação para a decisão adotada.

Contudo, a falta de aprofundamento da discussão sobre os métodos e critérios lógico-racionais que devem governar a valoração probatória faz com que se conceba uma ideia errônea do sistema de “livre convencimento”, dando margem a uma cultura decisória amplamente irracional.

A frequência de fundamentações sintéticas e genéricas³⁶⁴ revela uma tendência indesejável ao decisionismo, fundada na praxe do juiz que primeiro decide – e o faz intuitivamente – e depois procura elementos para apoiar sua conclusão³⁶⁵, o que é feito por meio da elaboração de um discurso de caráter persuasivo. É claro que não se está a considerar que a motivação deva expressar os caminhos mentais percorridos pelo juiz, todavia, deve se traduzir em uma justificação racional das escolhas realizadas a partir do conjunto probatório disponível, demonstrando-se os parâmetros lógicos que orientaram as conclusões obtidas e os critérios utilizados para a avaliação dos elementos probatórios.

Uma decisão que se pretenda justa não pode se contentar com qualquer verdade fática, emanada do arbítrio do julgador, sob pena de transformar o direito subjetivo em um direito

³⁶³ FERRER BELTRÁN. Jordi Ferrer. *La valoración...* cit. p. 91.

³⁶⁴ Essa prática indesejável das motivações genéricas, que acaba por esvaziar o conteúdo da garantia constitucional, tende a ser enfrentada com o advento do novo Código de Processo Civil, que prima por seu caráter analítico e considera não fundamentada a decisão que, dentre outros casos: “I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (...)” Conforme se extrai parcialmente do teor do artigo 489 em seu parágrafo primeiro.

³⁶⁵ Nesse sentido, Flávio Mirza adverte que “... os juízes, partindo da ideia de que a sentença vem de *sentire*, decidem de acordo com seus sentimentos ou de acordo com sua consciência (...), em franca postura decisionista, já denunciada por Ferrajoli, ‘decidem’ primeiro e buscam a ‘fundamentação’ para ‘justificar’ a decisão (muitas vezes autoritária). E qualquer pessoa minimamente esclarecida sabe que é possível conseguir argumentos para uma tese x ou y.” (MIRZA, Flávio. Valoração da prova: reflexões sobre os sistemas de apreciação. In: _____. (org.). *Direito Processual*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 136).

aleatório, como assevera Leonardo Greco³⁶⁶, conforme os fatos dos quais resulta fossem reputados verdadeiros ou não segundo a conveniência do juiz, suportando a possibilidade de, diante das mesmas provas, outro juiz recusar essa veracidade. Citando Gian Franco Ricci, Greco ainda ressalta que o accertamento da verdade deve ser o único modo para o processo atingir os seus fins, devendo este ser demonstrativo, baseado em argumentos racionais, e não simplesmente retórico, valendo-se de preferências pessoais do julgador.³⁶⁷

Essa racionalidade valorativa é exigível para que se possa aproximar de um ideal de verdade como correspondência a guiar a atividade probatória. Deste modo, o aprofundamento no estudo dos métodos de raciocínio científico aptos a orientar a atividade de valoração das provas no processo e, paralelamente, a exigência de que esses critérios sejam explicitados na motivação a fim de que sejam controlados, podem ser soluções para o estabelecimento de uma cultura de decisão racional.

Fixadas essas premissas iniciais, cumpre-se analisar os contornos da atividade de valoração da prova no processo na tentativa de se identificar o método mais apropriado e os padrões racionais a serem observados pelo julgador no exercício dessa função.

Como primeiro ponto parece útil iniciar pela definição do conceito básico da atividade de valoração da prova, a qual se pode extrair das lições de Fenoll como sendo “a atividade de percepção por parte do juiz dos resultados da atividade probatória que se realiza em um processo”.³⁶⁸ Por sua vez, o seu objetivo seria, conforme Taruffo, o de estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a verdade ou falsidade das hipóteses fáticas contrapostas³⁶⁹.

Nesse sentido, no âmbito de um processo judicial o julgador (seja o juiz e/ou o jurado) deverá chegar a uma conclusão sobre verdade ou falsidade das hipóteses fáticas analisadas, e isso será feito tendo como base o conjunto dos elementos probatórios disponíveis.

Importante frisar que a determinação judicial dos fatos não objetiva estabelecer certezas absolutas mas, ao contrário, visa determinar o grau de suporte probatório que pode

³⁶⁶ GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

³⁶⁷ *Idem, ibidem*.

³⁶⁸ Tradução livre. No original: “*la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso.*” NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración... cit.*, p. 34.

³⁶⁹ “*La valoración pretende establecer si las pruebas disponibles para el juzgador apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de esos enunciados y, de hacerlo, en qué grado.*” (TARUFFO, Michele. *La Prueba. Cit.*, p. 132.)

ser atribuído a uma determinada hipótese fática. Situa-se, destarte, no âmbito da incerteza, como explica Taruffo, o que não quer dizer desordem ou irracionalidade³⁷⁰.

Deste modo, partindo-se da premissa de que a valoração da prova é, em certa medida, objetivável³⁷¹, o que se pretende a partir das linhas que se seguem é estabelecer alguns parâmetros a guiar o raciocínio do julgador a fim de evitar que a valoração da prova situe-se no âmbito intuitivo e subjetivo do decisionismo judicial³⁷².

Pois bem. No âmbito do raciocínio valorativo o julgador se deparará com um conjunto probatório heterogêneo. Inseridos nesse conjunto serão identificadas diversas informações extraídas dos depoimentos de testemunhas, documentos, exames periciais, dentre outras tantas provas apresentadas, as quais, por vezes, se mostrarão incompletas e, principalmente, contraditórias, tendo em vista a conjuntura dialética que caracteriza a marcha processual. Esse complexo raciocínio probatório, de maneira geral, poderá ser desenvolvido a partir de dois métodos principais: atomista ou holista. Ambos remetem a categorias genéricas de análise dos fatos, os quais, por sua vez, podem se desdobrar em processos distintos em nível mais específico com vistas a atingir o resultado.

No procedimento atomista, como esclarece Taruffo, a decisão sobre os fatos seria obtida a partir de uma verificação analítica dos elementos de prova individualmente considerados: seu respectivo valor probatório e as inferências específicas que podem ser extraídas a partir desta base.³⁷³ Esse método prestigia a valoração individual de cada item e a análise do efeito corroborativo ou de falsificação que exerce sobre cada hipótese, de modo a propiciar uma decisão que resulta da combinação dessas inferências.

Como principais manifestações do método atomista vêm ganhando força os modelos probabilísticos de avaliação da prova, os quais podem ou não implicar cálculos matemáticos de probabilidade. Pode-se citar, nesse sentido, o modelo pascaliano ou de probabilidade quantitativa, o qual procura estabelecer numericamente a frequência probabilística e, por outro lado, o modelo baconiano ou de probabilidade lógica, o qual centra a análise na

³⁷⁰ Segundo o autor, essa constatação apenas conduz à necessidade de racionalização a partir de métodos distintos dos utilizados em contextos nos quais se admite a lógica da verdade/falsidade em termos absolutos. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 190-191.

³⁷¹ “*la valoración probatoria es objetivable. No hasta las ultimísimas consecuencias, evidentemente, pero sí que es posible establecer criterios a los que el juez actualmente ya atiende en ocasiones, aunque no suela ser consciente de ello. Consiste en que esos criterios se conozcan, se utilicen debidamente y, sobre todo, como ya indiqué, se expliquen en la motivación, porque sólo de esa forma, realmente, pueden ser impugnados a través de un recurso contra la sentencia.*” (NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración... cit.*, p. 209-210.)

³⁷² Valendo-se da expressão utilizada por Ferrajoli. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão... cit.*, p. 46).

³⁷³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 307.

verificação do suporte indutivo que cada uma das hipóteses recebe dos elementos probatórios, sem, no entanto, buscar uma quantificação ou cálculo matemático. Esta última seria a concepção mais adequada para o raciocínio probatório no processo, como se verá a seguir, tendo em L. J. Cohen sua maior expressão.

O método holista, por sua vez, desenvolve-se por meio da análise do conjunto probatório como um todo, o qual se insere no contexto de construções narrativas que pretendem dispor os fatos de forma encadeada e organizada em sequência cronológica, a fim de facilitar a representação dos eventos e sua compreensão pelos destinatários. Embora constitua um modelo mais próximo do raciocínio comum, o recurso às narrativas pode ser um instrumento persuasivo perigoso se mal explorado pelas partes.

Os distintos enfoques e modelos existentes de valoração da prova podem ser abordados também dentro de uma perspectiva histórica, no que tange ao desenvolvimento da chamada *New Evidence Scholarship*. Impulsionado pela necessidade de abandonar o tradicional estudo da prova confinado às normas e categorias jurídicas, em prol do resgate dos valores compartilhados pela Tradição Racionalista da Prova, esse movimento influenciou os debates anglo-americanos sobre a lógica da prova a partir de 1970, conforme Twining, compreendendo cinco principais fases.³⁷⁴

A primeira fase foi marcada pelo crescente interesse e aplicação processual da prova estatística, como explica o autor, o que acabou por gerar grande desconfiança de que os operadores do direito fossem capacitados para seu manejo e valoração adequados. Tal ceticismo fora especialmente potencializado pelas distorções e incoerências percebidas no famoso caso *People v. Collins*.³⁷⁵

³⁷⁴ TWINING, William. Narrative and Generalizations in Argumentation about Questions of Fact. *In: Rethinking Evidence... cit.*, p. 332.

³⁷⁵ Caso *People vs. Collins*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia no ano de 1968, no qual se constatou o uso equivocado da probabilidade matemática pela promotória em um processo por roubo, a fim de identificar os seus autores. Valendo-se do relato de testemunhas no sentido de ter sido o crime possivelmente cometido por uma mulher branca de cabelos loiros presos em um rabo de cavalo, a qual fugiu com um homem negro com barba e bigode em um carro amarelo, o casal Collins foi detido e processado por preencher tais características. Não tendo sido possível o reconhecimento pessoal, um matemático indicado como perito da acusação estimou que a probabilidade de serem os acusados inocentes, de modo a haver outro casal com as mesmas características seria de 1 em 12 milhões, partindo da premissa de que a probabilidade de ocorrência conjunta de uma série de eventos independentes entre si é igual ao produto das probabilidades individuais de que cada um dos eventos irão ocorrer. No entanto, além de não ter apresentado qualquer evidência estatística em apoio às probabilidades indicadas para os fatores selecionados, ignorou uma possível correlação natural entre os fatores individuais. Após serem condenados pelo júri, a Suprema Corte afastou a condenação pela impropriedade do uso da prova estatística – já que não respeitou parâmetros adequados e conduziu a raciocínios equivocados –, e considerou que esta somente seria válida se suficientemente amparada na prova concreta – já que os acusados não poderiam ser condenados com base no acaso.

Já a segunda fase, por sua vez, foi marcada principalmente pelos esforços de Laurence Tribe em frear os entusiastas do recurso à matemática no raciocínio probatório sobre os fatos (inclusive no que tange à quantificação dos *standards* probatórios), principalmente em virtude da complexidade da linguagem técnica para a compreensão de juiz e jurados e pelo potencial persuasivo de tais quantificações estatísticas, que poderia ser impropriamente explorado.³⁷⁶

Em uma terceira fase, segundo Twining, o discurso teria se movido para plano filosófico a partir da influência de Cohen, o qual procurou situar o raciocínio probabilístico em uma perspectiva lógica (indutiva), ao invés de matemática. Além disso, a crítica de Cohen ressoou como um alerta contra o “culto ao perito” em prol da crença na capacidade cognitiva de cidadãos comuns a partir de seu raciocínio prático do dia-a-dia.

Por outro lado, Twining revela que a quarta fase teria sido dominada pelas críticas dos céticos a ambos os métodos de raciocínio (matemático e indutivo), alguns inclusive voltando-se contra qualquer possibilidade de racionalidade na determinação dos fatos. Nesse contexto se mostraram relevantes os trabalhos de cientistas sociais empíricos, tais como Pennington, Hastie e Feldman, os quais procuraram demonstrar que as pessoas julgam os fatos por meio da análise de plausibilidade e coerência das narrativas que lhes são apresentadas, por meio de um raciocínio holístico.³⁷⁷

Por fim, o autor identifica uma quinta fase a partir da introdução e repercussão das ideias anglo-americanas na Europa continental, de modo a redespertar o interesse no estudo teórico da prova no âmbito da *civil law*. Mais recentemente, a partir do estudo de três psicólogos holandeses, foi dirigida uma crítica ao referido sistema processual com base em uma teoria de “*anchored narratives*” a qual se baseia fortemente na literatura americana e sugere que o emprego do modelo narrativista não se limita ao contexto das decisões por jurados, típicas da *common law*.³⁷⁸

A partir das observações acima, cumpre analisar de modo mais detalhado cada modelo de valoração das provas e suas respectivas implicações, sinalizando-se para aquele que se mostrar mais apropriado para proporcionar decisões racionais em face das peculiaridades e limitações da atividade probatória desenvolvida no processo.

³⁷⁶ TWINING, William. Narrative and Generalizations... *cit.*, p. 332-333.

³⁷⁷ TWINING, William. Narrative and Generalizations... *cit.*, p. 333-334.

³⁷⁸ TWINING, William. Narrative and Generalizations... *cit.*, p. 334.

2.2.1. A valoração das provas segundo o método atomista

A atividade probatória que se desenvolve no processo é dirigida para o conhecimento de fatos da vida, os quais servirão como premissas para a dedução de possíveis consequências jurídicas. Tais fatos referem-se a eventos históricos pretéritos que não admitem observação direta, de modo que a atividade cognitiva deve se realizar principalmente com apoio nos elementos informativos de que se dispõe e no raciocínio indutivo.

Com base no método atomista a valoração se realiza por meio de uma análise individualizada de cada elemento probatório e das inferências que podem ser extraídas a partir de seu conteúdo. O julgador verificará seu potencial para atribuir suporte corroborativo a cada uma das hipóteses alternativas ou mesmo para evidenciar seus pontos falhos, sendo posteriormente combinadas as inferências para buscar as conclusões finais.

De qualquer modo, ante o contexto de incertezas que caracteriza o processo, é sabido que a resolução judicial dificilmente logrará estabelecer os fatos com total exatidão. Não obstante, deve o juiz valer-se dos métodos mais adequados e eficientes para aproximar-se da verdade fática com a máxima precisão possível.

A compreensão de que o resultado dos raciocínios probatórios nunca será efetivamente exato foi hábil a fortalecer as concepções que baseiam o acerto dos fatos pelo juiz em termos de probabilidade³⁷⁹.

Muito do avanço dos estudos e da prática destinados a aplicar os raciocínios probabilísticos à valoração das provas no processo deve-se à cultura da *common law* no âmbito da denominada *New Evidence Scholarship*³⁸⁰, a qual recebeu inspirações da Tradição Racionalista da Prova e reúne esforços na busca de modelos científicos de valoração da prova por meio de operações lógicas controláveis, como aponta Gascón Abellán. No âmbito dessa corrente, dois modelos de valoração probabilística podem ser identificados: 1) o pascaliano, de probabilidade matemática ou estatística, também conhecido como modelo de probabilidade

³⁷⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional... cit.*, p. 92. Nesse contexto, Marina Gascón Abellán especula que: “... si valorar consiste en evaluar si puede o no darse por probado un hecho controvertido, valorar libre y racionalmente consiste, más precisamente, en evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describe a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera. Por eso la principal tarea a la que se enfrenta una valoración racional es la de medir la probabilidad.” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho. cit.*, p. 129.)

³⁸⁰ Ver TWINING, William. *Rethinking Evidence. cit.*, *passim*.

quantitativa, que visa aplicar os cálculos matemáticos de probabilidade ao processo de valoração; e 2) o baconiano, de probabilidade lógica ou indutiva, que procura estabelecer uma probabilidade causal não quantitativa, por meio de um procedimento racionalizado de eliminação de hipóteses.³⁸¹

O denominado modelo pascaliano ou de probabilidade quantitativa procura, por cálculos matemáticos, quantificar numericamente o grau de acerto ou a frequência de uma dada hipótese, sendo esta sua marca característica.³⁸² Dentro desse modelo duas correntes expressivas merecem ser analisadas, comportando cada qual uma distinta forma de conceber a análise valorativa da prova dos fatos.

Em primeiro lugar situa-se, como mostra Taruffo³⁸³, a versão objetiva, pela qual a probabilidade procura indicar a frequência estatística com que determinado fato se verifica dentro de um contexto de fenômenos do mundo real. Diz-se objetiva pois seus raciocínios e conclusões vinculam-se à consideração e análise dos eventos do mundo, objetivos, e não a qualquer tipo de crença ou convicção pessoal. Seu intuito é, pois, estabelecer numericamente a probabilidade de que determinado fato ou evento ocorra, em comparação à probabilidade de que esse mesmo fato não ocorra.³⁸⁴ Com base nesse raciocínio é possível estabelecer, por exemplo, que a frequência estatística que define a probabilidade de se obter “coroa” no lançamento de uma moeda é de 50%; assim como a que define a probabilidade de se obter o número 6 no lançamento de dados é de 1/6, ou seja, 16,66%.

As aplicações práticas do método objetivo de probabilidade quantitativa são muito variadas, sendo muito comum no campo da investigação científica, como amplamente se verifica pelo uso da estatística nas pesquisas médicas e farmacêuticas. Esse método é especialmente proveitoso para estabelecer parâmetros quantitativos da frequência de determinados eventos, motivo pelo qual é bastante útil na verificação empírica de determinados fenômenos que permitem observação direta por meio de experimentos.

Quanto à sua utilidade para a demonstração dos fatos no processo judicial, com vistas a orientar os raciocínios e apoiar as conclusões do juiz, o mesmo não se mostra, por si só,

³⁸¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos... cit.*, p. 145.

³⁸² A denominação é creditada a Pascal em virtude de sua influência (juntamente com Fermat) no estabelecimento dos princípios fundamentais para o cálculo matemático do acaso, os quais foram considerados por Leibniz e Bernoulli como normas vinculantes do juízo de probabilidade. COHEN, L. Jonathan. *Inductive Logic 1945-1977*. In: COHEN, L. Jonathan. LOGUE, James (ed.) *Knowledge and Language. Selected essays of L. Jonathan Cohen*. Dordrecht: Springer, 2002, p. 221.

³⁸³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 193.

³⁸⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional... cit.*, p. 94.

adequado. Isso porque o método estatístico baseia-se em uma quantificação abstrata de probabilidade, ou seja, da estipulação da frequência estatística pela qual determinado evento ocorrerá quando cumpridas algumas condições. No entanto, por ser uma generalização, não é suficiente para dizer que um dado evento efetivamente ocorreu ou ocorrerá em uma situação específica, de nada servindo para dar conta dos fatos concretos apreciados no processo.³⁸⁵

Sendo assim, é inadequado valer-se das generalizações estatísticas como critério probatório apto a considerar determinado fato como provado no âmbito concreto³⁸⁶, mesmo que se procure balizar a frequência probabilística obtida pelo grau de confirmação estabelecido no *standard* de prova aplicável – pois este não é, igualmente, quantificável.

Não obstante, essa análise probabilística poderia ser utilizada no processo de forma subsidiária, como prova científica tendente a demonstrar a frequência estatística de determinadas circunstâncias relacionadas ao evento. No entanto, esse recurso será apenas complementar, concebido no contexto dos demais elementos probatórios, cuja verificação conjunta possa oferecer maior suporte para a conclusão sobre a verdade ou falsidade das hipóteses em conflito. De tal sorte, a probabilidade estatística pode integrar o raciocínio em forma de prova, sendo insuficiente, entretanto, para fundamentar diretamente a conclusão sobre a existência de um fato individual.³⁸⁷

Paralelamente, ao lado da concepção objetiva (e abstrata) dos modelos de probabilidade quantitativa, situa-se uma versão que concebe a probabilidade sob um aspecto subjetivo, tendente a mensurar a crença ou adesão na verdade das hipóteses. Taruffo explica que seus esforços dirigem-se a racionalizar o convencimento subjetivo acerca da eventualidade de que um dado fato se verifique ou se tenha verificado. A quantificação que se realiza nesse contexto representa “a medida do convencimento racional a respeito desse evento, ou bem ao grau em que é racional sustentar que é verdadeira a proposição que o

³⁸⁵ Nas palavras de Jordi Beltrán, “... de forma general, en el proceso no importa determinar la frecuencia con la que los hombres solteros, mayores de 60 años, con título universitario y jubilados, matan a sus hermanas, sino si Juan ha matado a su hermana (lo que, aunque sea soltero, mayor de 60 años, con título universitario y jubilado, es independiente de aquella frecuencia).” FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional...* cit., p. 98.

³⁸⁶ Cf. Taruffo: “La prueba estadística o, más general, el empleo de probabilidades estadísticas a efectos probatorios tiene, pues, un papel importante que cresce con la extensión del uso de metodologías científicas em sectores probatorios específicos. Pero parece excesivo sostener que ésa se a o vaya a ser el tipo de prueba prevaleciente si se tiene en cuenta que sólo en determinadas condiciones es utilizable correctamente el dato estadístico y resulta apto para producir resultados realmente significativos. Así pues, parece infundada cualquier tesis que pretenda generalizar el empleo de las frecuencias estadísticas hasta convertirlas en una especie de modelo general de prueba...” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 221-222).

³⁸⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional...* cit., p. 102, nota 77.

afirma”.³⁸⁸

A principal e mais destacada aplicação dos esquemas subjetivos de probabilidade matemática ao processo judicial é representada pelo célebre Teorema de Bayes, cuja aplicação na atividade probatória se realiza por meio de uma técnica que anseia objetivar o convencimento subjetivo. O método de Bayes busca mensurar o grau de crença ou adesão subjetiva a uma determinada hipótese, o qual, de forma gradual, deve ser atualizado matematicamente à luz de cada novo elemento probatório apresentado³⁸⁹.

Como explica Tribe, no momento em que apreciará a prova, um juiz racional provavelmente parte de uma estimativa acerca da probabilidade de que a hipótese em análise seja verdadeira, atualizando essa estimativa à luz do conhecimento de um novo fato. Consequentemente, chegará o julgador a uma nova avaliação da provável verdade da hipótese com base nesse novo fato. Deste modo, sendo várias as provas que conduzam a novos fatos, cada uma impactará, em maior ou menor grau, na estimativa do julgador acerca da probabilidade de que a hipótese seja verdadeira.³⁹⁰

Diante disso pode-se dizer, de forma simplificada, que o propósito da aplicação do teorema de Bayes é o de atualizar o grau de probabilidade subjetiva (ou de crença racional) da verdade da proposição à luz de um novo elemento de prova, sendo este grau quantificado numericamente. Assim, avaliando qual era, originalmente, o grau de crença na hipótese, e qual passaria a ser esse grau diante do conhecimento do novo elemento, pode-se quantificar o impacto que esse elemento exerce sobre a verdade da proposição, de modo a sistematizar a operação e evitar que lhe seja atribuído intuitivamente maior ou menor peso do que logicamente merece.

O teorema de Bayes, de acordo com Tribe, pode ser representado a partir da seguinte formulação:

³⁸⁸ Tradução livre. No original: “*la medida del convencimiento racional acerca de ese evento, o bien el grado en el que es racional sostener que es verdadera la proposición que lo afirma.*” TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 193.

³⁸⁹ Conforme Taruffo, o grau de probabilidade de que determinado fato tenha ocorrido é determinado por meio de um cálculo que compreende tanto o grau subjetivo de adesão a uma hipótese, como o grau de aceitabilidade que esta adquire com base na frequência relativa (abstrata) da classe de eventos na qual se insere o fato concreto sob análise. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 194.

³⁹⁰ TRIBE, Laurence H. Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process. *In: Harvard Law Review.* v. 84, n. 6, 1971, p. 1350-1351.

$$P(X|E) = \frac{P(E|X) \cdot P(X)}{P(E|X) \cdot P(X) + P(E|\text{n\~{a}o-X}) \cdot P(\text{n\~{a}o-X})} \cdot P(X)^{391}$$

Desta forma, pode-se dizer que X representa a hipótese principal (que deve ser tida como verdadeira ou falsa), e E representa um novo fato conhecido a partir de um elemento de prova. Assim, antes de conhecer o fato E, o juiz havia atribuído à hipótese X o grau de probabilidade P(X). Após o conhecimento do fato E deve ser calculado o novo grau de probabilidade da hipótese X, ou seja, a probabilidade de X, dado o fato E, ou seja, P(X|E).

Assim, o teorema de Bayes sistematiza a noção do senso comum pela qual, para obter a probabilidade da hipótese X diante do fato E a partir da probabilidade inicial que havia sido atribuída a X (sem o conhecimento do fato E), deve-se multiplicar esta última por um fator representando a força probante de E, isto é, correspondente à razão entre P(E|X) – designando a probabilidade de E se X for verdade – por P(E), a qual designa a probabilidade de E seja ou não X verdade.³⁹²

Nas palavras de Nieva Fenoll, toda essa construção tem um sentido. “Trata-se de contrastar a possibilidade de que a hipótese seja certa com a possibilidade de que o fato exista, combinando ambos acontecimentos para averiguar, finalmente, a probabilidade matemática de que se tenham produzidos juntos a hipótese e o fato.”³⁹³

Apesar do crescente interesse dos juristas (principalmente da *common law*) em sua aptidão para objetivar raciocínios essencialmente subjetivos e complexos, o maior problema da aplicação do teorema de Bayes ao processo judicial é a impossibilidade, em geral, de se quantificar o valor da probabilidade de que a hipótese principal seja verdadeira, ou seja, de estabelecer o valor de P(X).³⁹⁴ Nas situações em que esse valor é conhecido, como no caso em que se dispõe de uma frequência estatística abstrata da probabilidade de ocorrência de um

³⁹¹ TRIBE, Laurence H. *Trial by Mathematics... cit.*, p. 1352.

³⁹² TRIBE, Laurence H. *Trial by Mathematics... cit.*, p. 1352.

³⁹³ Tradução livre. No original: “*Se trata de contrastar la posibilidad de que la hipótesis sea cierta con la posibilidad de que el indicio exista, combinando ambos acontecimientos para averiguar, finalmente, la probabilidad matemática de que se hayan producido juntos la hipótesis y el indicio.*” NIEVA FENOLL, Jordi. *op. cit.*, p. 132.

³⁹⁴ Cf. NIEVA FENOLL, Jordi. *op. cit.*, p. 132-133. Este problema foi também apontado por John Jackson (JACKSON, John D. *Analysing the New Evidence Scholarship: Towards a new conception of the Law of Evidence. In: Oxford Journal of Legal Studies.* v. 16, 1996, p. 316).

dado evento, a fórmula pode conduzir a resultados bastante precisos.³⁹⁵ No entanto, na maioria expressiva dos casos, esses valores não são conhecidos e, portanto, devem ser estabelecidos intuitivamente pelo juiz com base em seu grau de crença acerca da verdade da hipótese, o que pode levar a resultados muito variáveis.

Nesse sentido, como aponta Ferrer Beltrán, identifica-se um grande problema em se utilizar tal método no raciocínio probatório a ser desenvolvido no processo já que, uma vez admitida a possibilidade de a crença inicial na verdade da hipótese ser distinta entre dois ou mais sujeitos, a probabilidade final, a rigor, também o será. Assim, juízes distintos podem chegar a conclusões distintas em face do mesmo conjunto probatório, não havendo um critério para apontar qual delas é a mais adequada. Por outro lado, ainda segundo o autor, tendo em vista que o fundamento do teorema é a graduação da racionalidade da crença, fica clara outra inadequação de sua aplicação ao processo, já que a verdade de um enunciado probatório não depende das crenças do julgador, senão da aceitabilidade racional da hipótese a partir dos elementos probatórios disponíveis e do *standard* pertinente ao caso.³⁹⁶

No extremo oposto ao dos modelos de probabilidade matemática ou pascaliana pode-se identificar uma outra vertente do modelo probabilístico de valoração das provas: o modelo baconiano ou de probabilidade lógica. A constatação de que o conhecimento judicial dos fatos somente pode ser obtido em termos probabilísticos não necessariamente conduzirá à adoção dos modelos de valoração racional baseados em cálculos matemático-estatísticos.³⁹⁷ O traço marcante do modelo baconiano é, justamente, a ausência de quantificação matemática de probabilidade de uma dada proposição. A probabilidade é definida, nesse contexto, a partir do apoio inferencial exercido pelos elementos probatórios a cada uma das hipóteses fáticas concorrentes, cuja verificação realiza-se por meio do raciocínio indutivo.

As maiores contribuições para o desenvolvimento desse modelo foram proporcionadas por L. Jonathan Cohen³⁹⁸, o qual defendeu a impropriedade da aplicação da probabilidade quantitativa ou pascaliana para o processo judicial. Em contrapartida, propôs o autor um esquema para sopesar as proposições fáticas em conflito a partir da verificação do suporte indutivo que pode ser inferido das provas em seu proveito.

³⁹⁵ NIEVA FENOLL, Jordi. *op. cit.*, p. 132-133. Por outro lado, Ferrer Beltrán chama a atenção para problemas que podem ser verificados ao estabelecer essa frequência estatística, em relação a eventuais variáveis presentes no caso concreto que podem influenciar o resultado de sua graduação. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional... cit.*, p. 111.

³⁹⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional... cit.*, p. 112-113.

³⁹⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos... cit.*, p. 154.

³⁹⁸ COHEN, L. Jonathan. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

Para uma melhor compreensão da funcionalidade do modelo cumpre-se, inicialmente, tecer algumas considerações acerca do raciocínio a ser desenvolvido no âmbito da valoração probatória em sede processual. Deste modo, serão brevemente analisados os raciocínios dedutivos e não dedutivos (indutivos ou abdutivos) a fim de verificar a estrutura mais adequada a este contexto.

O raciocínio dedutivo apresenta-se inequivocamente como o mais seguro, por meio do qual, tomando-se como premissa maior uma lei universal verdadeira (ex.: todos os homens são mortais) e, por outro lado, um fato específico como premissa menor (ex.: Pedro é homem), pode-se deduzir uma conclusão válida e inquestionável (ex.: Pedro é mortal). No raciocínio dedutivo a conclusão inferencial obtida é verdadeira uma vez que se possa pressupor a verdade das premissas – a verdade das premissas garante a verdade da conclusão. Entretanto, não é difícil concluir que tal método não proporciona o alcance de um conhecimento novo, já que a conclusão obtida não deixa de ser a interpretação da premissa maior para uma situação particular por ela abrangida.

Em sede probatória, não se afigura adequado entender o raciocínio valorativo como dedutivo já que não se dispõe, nesse contexto, de leis gerais universais aptas a proporcionar conclusões inquestionáveis acerca dos fatos concretos. Ao contrário, nesta sede são utilizadas uma série de generalizações, que podem ser entendidas, no máximo, como prováveis (umas mais do que outras), a exemplo daquelas que decorrem das máximas de experiência, das frequências estatísticas e do senso comum.

Essas regras de generalização são obtidas com base na identificação de regularidades empíricas a partir da observação de certos fatos ou eventos individuais, de modo a se lograr obter explicações para as relações e causas de toda uma classe de fenômenos semelhantes. Nessa dinâmica, por partir-se de explicações fundadas em eventos particulares para a construção de regras gerais com pretensão de aplicabilidade a uma classe mais ampla de fenômenos (o que nem sempre se confirma), diz-se que o método indutivo é verdadeiramente o raciocínio inovador, que permite a ampliação do conhecimento.

Veja-se, entretanto, que neste modelo indutivo afigura-se logicamente possível que, a despeito da verdade das premissas (fatos observados), obtenha-se uma conclusão (regra geral) falsa – já que neste tipo de inferência as premissas apenas avalizam (ou corroboram) a conclusão até certo grau. Conforme González Lagier, uma inferência indutiva não é válida ou inválida, senão mais ou menos sólida (entendendo-se por solidez o grau de suporte pelo qual

as premissas corroboram ou avalizam a conclusão).³⁹⁹

Diante disso, mesmo que se recorra à estrutura do raciocínio dedutivo no campo probatório, utilizando-se as generalizações indutivas na qualidade de premissa maior, juntamente com um enunciado fático específico do caso como premissa menor, a conclusão obtida será tão somente provável, sendo seu grau de probabilidade condicionado a alguns fatores, como a solidez da generalização; a sua validade para o contexto específico do caso; e a verdade do enunciado fático alocado na premissa menor.⁴⁰⁰

Normalmente, a atividade de valoração probatória desenvolvida pelo juiz no processo apoia-se, em grande parte, no raciocínio indutivo⁴⁰¹. Nesse contexto (no caso, o penal), o juiz parte das hipóteses acusatórias e defensivas sustentadas pelas partes, as quais devem ser testadas a partir do conjunto probatório disponível. Deste modo, cada item de prova traz peças de informação isoladas (e, muitas vezes, contrapostas) que se referem a diversos aspectos e circunstâncias do fato principal. Esses elementos, em conjunto com uma série de generalizações (empíricas, probabilísticas, oriundas do senso comum, máximas de experiência, etc.) compõem as premissas que permitirão inferir conclusões sobre a verdade ou falsidade das hipóteses acusatórias e defensivas em análise.

Há quem sustente, por outro lado, que o raciocínio desenvolvido na valoração das provas deve ser o abduutivo. Por meio deste, como explica Giovanni Tuzet⁴⁰², insere-se numa lógica na qual se parte dos elementos de prova inicialmente disponíveis para a construção de hipóteses fáticas que os expliquem. O raciocínio abduutivo tem como essência, deste modo, a observação de um fenômeno surpreendente que leva à formulação de uma série de hipóteses explicativas, as quais, se confirmadas, explicariam os elementos probatórios de que se dispõe. Por conseguinte, diante das hipóteses criadas, parte-se para uma etapa que visa colocá-las à prova, a fim de confirmá-las ou refutá-las à luz de novos elementos probatórios reunidos (ou

³⁹⁹ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Presunción de Inocencia, Verdad y Objetividad. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; RAÚL BONORINO, Pablo. (Coords.) *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho: Debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014, p. 95.

⁴⁰⁰ González Lagier ilustra essa aplicação a partir do seguinte exemplo: (1) Premissa maior (generalização fundada em uma máxima de experiência): “Quando duas pessoas convivem maritalmente durante um lapso prolongado de tempo, as atividades delitivas de uma delas são conhecidas pela outra.” (2) Premissa menor (enunciado fático extraído dos elementos probatórios): A e B convivem maritalmente por um lapso prolongado de tempo. (3) Conclusão: A conhecia as atividades delitivas de B. (GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Presunción de Inocencia... *cit.*, p. 95.) Veja-se que a conclusão obtida em (3) não se afigura, necessariamente, verdadeira, o que pode ser atribuído tanto ao caráter aproximativo da máxima de experiência utilizada, quanto à hipótese de não ser verdadeiro o fato enunciado em (2). No entanto, a conclusão será tanto mais provável quanto maior for o suporte obtido a partir dos demais elementos probatórios.

⁴⁰¹ Cf. principalmente TWINING, Wiliam. *The Rationalist Tradition... cit. passim*.

⁴⁰² TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 120.

contraprovas, como diz Tuzet)⁴⁰³.

Embora não se afigure carente de sentido a lógica proposta por Tuzet acerca do raciocínio probatório abduativo, há de se concordar com Abellán acerca da inexistência de diferenças substanciais entre as estruturas do raciocínio abduativo e o de indução probabilística.⁴⁰⁴ Mormente na medida em que se verifica que a abdução somente se refere, a rigor, à primeira etapa do raciocínio explicitado acima, qual seja, a do descobrimento das hipóteses explicativas. A fase seguinte, na qual se desenvolvem sucessivos testes de confirmações e/ou refutações da hipótese, não é essencialmente distinta da que se desenvolve pela aplicação do modelo de probabilidade lógica ou indutiva, com vistas a verificar seu grau de confirmação.

Ademais, mesmo que se conceba um momento abduativo de construção de hipóteses explicativas, julga-se que o mesmo esteja situado, provavelmente, em uma fase pré-processual, sendo esse raciocínio mais aplicável a um contexto de investigação⁴⁰⁵ – na qual procura-se elaborar tais conjecturas a partir de provas de que já se dispõe e na medida em que ainda se pode buscar novas evidências a suportar essas teses. Posteriormente, as hipóteses serão formuladas e submetidas à comprovação ou refutação por meio das provas e contraprovas produzidas em juízo. Isso porque, no processo, a atividade desenvolvida pelo julgador já parte de uma hipótese acusatória pré-constituída, não sendo da essência de sua

⁴⁰³ De acordo com o autor, na primeira etapa, as premissas do raciocínio são as provas existentes e, a conclusão, as hipóteses criadas. Trata-se de formular hipóteses explicativas. Na segunda etapa, por outro lado, parte-se das hipóteses (como premissas) para a indagação de quais elementos fáticos poderiam confirmá-las ou refutá-las, os quais representam a conclusão. Deste modo, se confirmada a existência de tais elementos de fato por meio de novas provas, pode-se inferir pela verdade ou falsidade da hipótese. Trata-se, nesta fase, de buscar as provas decisivas. TUZET, Giovanni. *Filosofia... cit.*, p. 121.

⁴⁰⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Lógica del descubrimiento para la prueba? In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; RAÚL BONORINO, Pablo. (Coords.) *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho... cit.*, p. 153.

⁴⁰⁵ Tal ponto de vista também é defendido por Perfecto Andrés Ibáñez: “...importa señalar que en el caso del juez del enjuiciamiento, (...) en el punto de partida, existe ya una hipótesis (la hipótesis acusatoria) que avanza una propuesta de interpretación del hecho motivador de la apertura del proceso. Y, desde luego, la indagación judicial no lleva a la construcción de teorías. De este modo, (...) el razonamiento abductivo puede proponerse como un modelo útil de descripción de momentos diversos y anteriores respecto al de la valoración de las pruebas y resulta, así, de utilidad bastante limitada a los fines de nuestro discurso. Por eso, (...), siguiendo a Ferrajoli, parece que se puede dar cuenta de la estructura del operar judicial acudiendo al modelo inductivo.” (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 12, 1992, p. 276-277). Ainda nesse sentido, John Jackson argumenta a partir das constatações de Schum acerca da fase investigatória: “*Fact-investigators, however, rarely start with discrete items of evidence and they certainly never collect bits of evidence as one might collect shells from the sand. Evidence is gathered according to its relevance to the investigation in hand and this in turn involves considering and testing various hypotheses from the beginning. The investigation will generate some evidence at hand but almost at once an investigator must choose which evidence is relevant and ask questions relevant to the various hypotheses that are suggested. This will generate new evidence which will in turn enable the hypotheses to be refined or reconsidered. Schum has argued that the kind of imaginative reasoning necessary for this task in neither deductive nor inductive but abductive.*” (JACKSON, John D. *Analysing the New Evidence Scholarship... cit.*, p. 318.

função buscar outras alternativas, mas verificar se é possível considerá-la provada à luz dos elementos probatórios.

Assim, estabelecendo-se o modelo de probabilidade lógica ou indutiva como o mais adequado para o raciocínio probatório (o qual será analisado a seguir), é possível obter uma conclusão provável, sendo este grau tanto mais sólido quanto maior for o aporte corroborativo que obtiver dos elementos probatórios e quanto mais concretas se apresentarem as generalizações utilizadas como premissas.

Pois bem. Voltando-se ao estudo do modelo de probabilidade indutiva ou baconiana do qual Cohen apresenta-se como expoente, cabe destacar os seus esforços para desmistificar a ideia de que a análise probabilística vinculava-se exclusivamente aos axiomas do cálculo matemático, peculiares ao modelo pascaliano. A partir de Hume, Cohen argumenta que a “probabilidade ou raciocínio a partir de conjecturas pode ser dividida em dois tipos, a saber, aquela fundada no acaso e aquela que decorre das causas”.⁴⁰⁶ Assim, defende a recuperação da noção de probabilidade a partir da concepção baconiana, a qual não se define em termos de frequência estatística, mas aproxima-se a esquemas de raciocínio experimental com base na chamada “probabilidade indutiva”.⁴⁰⁷ Por meio desse raciocínio, a probabilidade de uma hipótese se apoia em sua conexão lógica com as provas através de regras causais (generalizações), medindo-se o grau de apoio indutivo que as provas proporcionam à hipótese.⁴⁰⁸

A ausência numérica de graduação da probabilidade no modelo baconiano não significa, entretanto, que não se possa comparar o nível de suporte atribuído a cada hipótese fática. O grau de corroboração obtido por meio das provas pode servir como base de comparação entre as proposições com vistas a ordená-las, embora não permita quantificar numericamente a probabilidade de que cada uma delas seja verdadeira – o que seria um tanto quanto intuitivo para um jurista, conforme Ferrer Beltrán.⁴⁰⁹

Nesse sentido, Cohen propõe situar a questão da probabilidade em termos de demonstrabilidade – o título de sua obra já sinaliza para esta ideia: “*The probable and the provable*”, em alusão a uma associação entre o que se considera provável (em termos de

⁴⁰⁶ COHEN, L. Jonathan. *Inductive Logic... cit.*, p. 221.

⁴⁰⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración... cit.*, p. 102.

⁴⁰⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos... cit.*, p. 155. Tradução livre. No original: “*la probabilidad de una hipótesis se apoya en su conexión lógica con las pruebas a través de reglas (causales) generales, y mide el grado de apoyo (inductivo) que las pruebas proporcionan a la hipótesis.*”

⁴⁰⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional... cit.*, p. 122.

probabilidade) ao que é apto a ser demonstrado.⁴¹⁰ Como destaca Taruffo, decorre da teoria de Cohen a noção de probabilidade como graduação da demonstrabilidade de uma hipótese fática, ou seja, da possibilidade de sustentá-la a partir de inferências extraídas sobre a base das provas disponíveis.⁴¹¹ Deste modo, dizer que uma hipótese fática é provável significa que seu conteúdo possa seja demonstrado a partir dessas inferências probatórias, o que implica em afastar quaisquer fundamentos intuitivos, subjetivos ou genéricos da noção de probabilidade.

Assim, uma hipótese fática que se mostre coerente, sustentada por uma elevada frequência de probabilidade estatística (em termos genéricos) e, inclusive, apta a obter um alto grau de convencimento do julgador acerca da verdade de seu conteúdo, não será, necessariamente, demonstrável. Como já defendido anteriormente, a coerência, a probabilidade estatística abstrata e, da mesma forma, a crença subjetiva do julgador em seu conteúdo, não configuram, em si, padrões idôneos para demonstrar a verdade dos fatos específicos de um determinado caso. Ao processo não interessa a casualidade da coincidência de uma decisão com a verdade dos fatos, mas sim a efetiva demonstração causal da verdade da hipótese, a qual tenha sido inferida dos elementos probatórios constantes do processo. Situa-se, pois, na prova, a base do raciocínio, e será ela a responsável por determinar validamente o tipo de conclusão que se pode extrair acerca da verdade ou falsidade da hipótese.⁴¹²

Diante dessas considerações cumpre analisar, em linhas gerais, os parâmetros de aplicação desse modelo, tendo-se como base a teoria de Cohen.

O problema fundamental que se coloca, no contexto do modelo de probabilidade indutiva, é o da identificação da conexão lógica a ser estabelecida entre os fatos individuais trazidos pelas provas produzidas e as hipóteses fáticas principais, ou seja, a regra de inferência ou o critério a ser utilizado como elemento de ligação entre tais elementos. Essa conexão é obtida, normalmente, a partir de generalizações que servem de base a uma inferência indutiva no campo judicial, ou seja, as máximas de experiência. Estas máximas nada mais são do que leis causais, do tipo: “se ocorre um fato A, normalmente ocorre B”. De acordo com Abellán, essa expressão “normalmente” é precisamente o que torna aceitável concluir a partir de um caso particular a ocorrência de outro fato particular.⁴¹³

Para isso, é de vital importância que se submeta a controle a regra de generalização

⁴¹⁰ *Op. cit.* Tradução livre. No original: “*The probable and the provable*”.

⁴¹¹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 225-226.

⁴¹² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 226.

⁴¹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos... cit.*, p. 156.

utilizada⁴¹⁴, mediante critérios destinados a definir sua solidez, objetividade e aceitação intersubjetiva⁴¹⁵.

Por outro lado, é também necessário que se controle a validade e correção do uso que se faz dessas noções. É imprescindível que as regras empregadas sejam específicas e congruentes com os fatos concretos a que se referem as hipóteses analisadas. Noções genéricas e vagas que poderiam servir a quaisquer fatos não são idôneas para ensejar conclusões racionais.⁴¹⁶

Na atividade de valoração probatória o julgador deve esquivar-se do recurso às generalizações oriundas do senso comum, na medida em que tendam a dirigir-se por preconceitos, estereótipos e noções puramente subjetivas e arbitrárias, despidas de qualquer fundamento racional. Como ironiza Taruffo, é importante que, frente a uma regra de inferência que carece de validade cognitiva, o juiz deve saber se está raciocinando com base nos provérbios de sua avó, nos preconceitos raciais do ambiente do qual provém ou sobre conhecimentos científicos.⁴¹⁷ Assim, no momento de formular as inferências que conectam os enunciados, o juiz deve ser crítico para distinguir entre as noções torpes do senso comum e as máximas da experiência hábeis a expressar informações válidas e confiáveis.

É por meio dessa conexão que será determinado o grau de apoio inferencial (ou

⁴¹⁴ Como acentua Greco, “a isonomia e a impessoalidade da jurisdição (...) exigem que o livre convencimento seja formado através de critérios aceitáveis para todos e não apenas para o juiz. Esses critérios devem ser extraídos das máximas da experiência comum reconhecidas pela sociedade, cujo uso o juiz deve mencionar, explicando como foram aplicadas no julgamento da verdade fática, para tornar possível o controle do seu emprego adequado.” (GRECO, Leonardo. *A Prova no Processo Civil... cit.*, p. 371).

⁴¹⁵ Constatando ser inevitável no âmbito do raciocínio probatório o recurso às generalizações oriundas do senso comum, Taruffo prevê algumas formas de controlar a confiabilidade de seu conteúdo, de modo a racionalizar a atividade valorativa. Assim, no tocante à sua credibilidade, o autor aponta três condições mínimas a serem observadas. A primeira é a de que a referida noção seja comumente aceita no ambiente social e cultural no qual se formula a decisão. A segunda, que tal noção não seja refutada por conhecimentos científicos. Isso porque o senso comum somente seria apto a fornecer *standards* e critérios de juízo na falta de outros melhores e mais confiáveis, podendo tal noção vir a ser descartada quando haja uma razão bem fundada para duvidar de seu conteúdo. A terceira condição impõe que a generalização proveniente do senso comum não seja contrariada por outras noções também oriundas do senso comum. A explicação é simples. Como mostra o autor, o senso comum não é um conjunto sistemático de conhecimentos coerentes, porém, diante de noções que se mostrem contraditórias, a escolha por uma delas seria inevitavelmente arbitrária: “*si en el sentido común existen criterios, estándares, nociones o valoraciones contrapuestas entre sí, contradictorios o incompatibles, esto basta para considerar que ninguno de ellos provea un criterio confiable de decisión.*” (TARUFFO, Michele. *Funciones de la prueba: la función demostrativa. In: _____ . Sobre las fronteras... cit.*, p. 287-289.)

⁴¹⁶ Essas noções, em todo caso, devem ser submetidas à objeção por meio de procedimento dialético, por meio do qual almeja-se alcançar outras noções do senso comum mais precisas e concretas para os fatos em análise, processo este que termina quando se alcança o chamado *safe anchoring* das inferências sobre as hipóteses, ou seja, uma base de senso comum que não mais se vê exposta a objeções e disputas baseados em bons argumentos racionais. Por outro lado, se a mesma não é obtida, extrai-se que a hipótese mostra-se carente de confirmação e, portanto, não pode ser considerada alternativa válida de decisão. (TARUFFO, Michele. *Funciones de la prueba: la función demostrativa. In: _____ . Sobre las fronteras... cit.*, p. 290-291).

⁴¹⁷ TARUFFO, Michele. *La valoración racional de la prueba. In: _____ . Proceso y Decisión... cit.*, p. 82.

suporte) que pode ser atribuído à hipótese a partir das provas existentes, sendo que o incremento deste grau (como exemplo, em virtude do acúmulo de elementos probatórios direcionados à mesma conclusão) conduz ao aumento da probabilidade de que a hipótese seja verdadeira.^{418 419} Assim, diante dessas situações probatórias complexas, devem-se articular as inferências e verificar, sobre cada hipótese fática em conflito, o grau de suporte que pode ser atribuído a partir de cada elemento de prova.⁴²⁰

Ademais, como destaca Abellán, não basta que as provas disponíveis proporcionem um alto grau de apoio à hipótese; é necessário, ademais, que permitam excluir hipóteses alternativas. Em outras palavras, cada razão para duvidar da aplicabilidade da regra geral ao caso concreto tem de ser excluída.⁴²¹

A lógica desse funcionamento é similar à de uma escala métrica, na qual todas as hipóteses em conflito partem de um nível zero – o que não corresponde à falsidade da hipótese, mas decorre do ponto de partida da valoração, enquanto ainda se verifica a inexistência de qualquer suporte indutivo em seu favor. Nesse contexto, “a confiabilidade da conclusão aumentará na medida em que a hipótese vá superando controles probatórios desenhados para falseá-la, e a superação de cada um deles aumentará a sua probabilidade”.⁴²² Por outro lado, as hipóteses que puderem ser falseadas a partir dos elementos probatórios devem ser, conseqüentemente, descartadas.

Em síntese, conclui-se com Gascón Abellán que a racionalização obtida por meio do

⁴¹⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 227.

⁴¹⁹ Vale destacar, outrossim, que o grau de suporte indutivo não é obtido por indução enumerativa, de modo que a reiteração de uma mesma prova não é apta a aumentar o grau de probabilidade de uma hipótese, mas apenas lhe conferirá maior credibilidade. Ou seja, se várias testemunhas afirmam um mesmo fato, somente se aferirá uma boa confiabilidade da declaração da primeira testemunha, o que não torna a hipótese principal mais provável. Isso quer dizer que cada fato individual declarado pode ter sua confiabilidade analisada pelo seu grau de suporte indutivo particular, a partir da corroboração obtida por meio de outras provas que sirvam para confirmá-lo. Esta seria a valoração individual de um dado elemento de prova, de modo que, considerando-se provado o fato por ele expresso, proporcionará a realização de inferências próprias, o que caracteriza o raciocínio probatório desenvolvido em cadeia. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional... cit.*, p. 124-125.

⁴²⁰ É importante ressaltar a necessidade de que cada elemento de prova capaz de aportar informações fáticas relevantes ao processo deve ter sua credibilidade valorada pelo julgador. Tomando-se como exemplo a prova testemunhal, como destaca Taruffo, a análise de sua credibilidade implica “*actividades heterogéneas y complejas. Hay, ante todo, procedimientos de control y de verificación de la credibilidad del testigo que se emplean en el proceso y se refieren a la técnica del interrogatorio del testigo, el contrainterrogatorio, las réplicas, los careos, y así sucesivamente. Se trata pues de efectuar valoraciones en relación con la percepción, la memoria, la selección y la reconstrucción de los hechos por parte del testigo, con todas las posibilidades de error, distorsión o manipulación que la psicología del testimonio ha señalado desde hace tiempo.*” (TARUFFO, Michele. *Funciones de la prueba: la función demostrativa. In: _____ . Sobre las fronteras... cit.*, p. 280).

⁴²¹ “A ‘regra de prova’ (correta) que propõe Cohen para avaliar a probabilidade indutiva de uma hipótese consiste em comprovar que no caso particular não concorrem circunstâncias concretas que excluiriam a aplicação da regra geral.” (Tradução livre. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos... cit.*, p. 156.)

⁴²² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional... cit.*, p. 123.

conceito de “grau de confirmação” insere-se em um processo cognitivo de molde hipotético-dedutivo (ou indutivo), de modo semelhante ao proposto por Ferrajoli, o qual se desenvolve a partir de sucessivas confirmações das hipóteses e de sua submissão a eventuais refutações. A aceitabilidade da hipótese se dá em função do grau de confirmação obtido a partir do material probatório disponível, paralelamente à sua resistência às contraprovas (sua não-refutação). Mais precisamente, tendo-se como base as provas produzidas, uma hipótese pode ser considerada aceita se, além de não refutada, for considerada mais provável do que quaisquer outras alternativas que versem sobre os mesmos fatos.⁴²³

Um cuidado mais especial, por outro lado, deve ser destinado à valoração da prova do nexo causal.

Na medida em que uma correlação de eventos fáticos seja determinada em termos de causalidade⁴²⁴, ou seja, quando um dado evento é tido como causa de outro, necessário se faz a prova empírica dessa relação, simultaneamente à prova dos eventos em si mesmos. Essa consideração é de grande importância no âmbito penal, na medida em que o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado é considerado elemento da tipicidade, sendo sua prova exigível para a configuração da responsabilidade penal do agente.

Para que se considere efetivamente provado o nexo causal em uma dada hipótese, é insuficiente recorrer a termos de probabilidade estatística, no sentido do grau de frequência em que determinado fato pode ser considerado causa de outro, considerando-se uma classe específica de eventos. Sobre essa questão, vale trazer o alerta de Taruffo de que a doutrina penalista é decididamente crítica com a transformação dos delitos de resultado em delitos de perigo, na medida em que se contenta em identificar um nexo probabilístico onde a lei requer um nexo causal específico entre os fatos.⁴²⁵

Deste modo, é insuficiente a tentativa de se provar a causalidade específica – ou seja, de que em um dado caso, X foi a causa de Y – , valendo-se da prova da causalidade geral, sendo esta entendida como o vínculo pelo qual a produção do evento X torna mais provável a produção do evento Y, a partir da análise de uma amostragem de fatos desse tipo. Em outros termos, dizer que o uso constante de um dado medicamento torna mais provável que se

⁴²³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos... cit.*, p. 159.

⁴²⁴ Como esclarece Mirza, “causalidade não é um conceito eminentemente, ou melhor, exclusivamente jurídico. É, pois, usado, e transita, por diversas áreas do saber humano, sem que se possa cogitar de uma causalidade científica geral e outra de índole jurídica. Assim, ela existe toda vez que a um fato anterior segue-se, necessariamente, outro posterior.” (MIRZA, Flávio. Notas sobre a Avaliação da Prova Pericial: Resgatando a Causalidade. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. V. XIV, 2014, p. 128).

⁴²⁵ TARUFFO, Michele. La prueba del nexo causal. In: _____. *La Prueba. cit.*, p. 254.

desenvolva problemas cardíacos não prova que o infarto de uma pessoa em particular foi desencadeado pelo uso constante do medicamento.

O nexos de causalidade específico deve ser demonstrado tomando-se como base as especificidades do caso concreto, mesmo que se vislumbrem não apenas dois eventos que se relacionem diretamente, mas uma cadeia sucessiva de fatos que, ainda assim, expressem em conjunto uma relação complexa de causa e efeito.

Uma dificuldade em particular se deve ao fato de não ser o nexos de causalidade um evento empírico perceptível e observável, como o são os demais fatos materiais (a exemplo dos eventos que se conectam por meio dele, os quais podem ser assimiláveis diretamente).⁴²⁶ Assim, há de se estabelecer um meio de verificar se uma conduta humana é condição necessária para a ocorrência do resultado. Como aduz Stella⁴²⁷, a conduta é causal se, sem ela, o evento não se teria verificado – ou, pela fórmula negativa, a conduta não é causal se, sem ela, o evento teria ocorrido da mesma forma.

No entanto, embora já há muito utilizado pela doutrina penalista, o modelo de eliminação mental da conduta humana da cadeia causal, com vistas a analisar se o evento teria ou não se verificado de igual forma, é bastante problemático por confiar unicamente na intuição subjetiva do juiz, como alerta Tuzet. Além disso, não representa uma prova empírica da relação causal, mas constitui-se meramente como uma técnica psicológica de raciocínio que permite inferir a existência do nexos sem sua respectiva demonstração específica, nos casos em que esta relação entre os fatos é conhecida. Por outro lado, Tuzet ainda ressalta que o método é inútil nos casos em que se desconhece a existência de eventual relação de causa e efeito entre os fatos.⁴²⁸

A causalidade é um requisito do fato concreto que deve conter em si um parâmetro objetivo de juízo igual para todos. Esse requisito seria o que se denomina de lei de cobertura, a qual deve ser demonstrada e da qual se poderia, conseqüentemente, subsumir o caso específico: “Trata-se de demonstrar que de forma geral os fatos do tipo X causam fatos do tipo Y: e sobre esta base se pode dizer que ‘x causou y’ porque sucede de forma geral que fatos do primeiro tipo causam fatos do segundo tipo”.⁴²⁹

⁴²⁶ TARUFFO, Michele. La prueba del nexos causal. In: _____. *La Prueba. cit.*, p. 262.

⁴²⁷ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità. La protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 341.

⁴²⁸ TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: Giappichelli Editore, 2013, p. 198-199.

⁴²⁹ Tradução livre. No original: “Se trata de demostrar que de forma general los hechos del tipo X causan hechos del tipo Y: y sobre esta base se puede decir que ‘x ha causado y’ porque sucede de forma general que

Deste modo, como explica Stella, a partir de um modelo de caráter nomológico-dedutivo, a explicação causal, relacionada ao evento em particular, deve encontrar fundamento em uma ou mais leis causais universais (aquelas que afirmam uma relação invariável entre os fatos), de onde se poderia extrair asserções individuais que são verdadeiras para o evento em particular. Assim, o *explanans* assim construído implica dedutivamente o *explanandum* e permite, portanto, uma explicação certa para o nexos causal específico.⁴³⁰ O modelo é nomológico por estabelecer como premissa maior uma lei de cobertura de caráter universal, a qual abrangerá o fenômeno específico do caso – situado na premissa menor. É dedutivo pelo fato de a explicação causal consistir em uma inferência dedutiva, a qual autorizará deduzir das premissas uma conclusão indiscutivelmente verdadeira.

Ademais, com vistas à demonstração da lei de cobertura exige-se, por sua vez, o recurso ao saber científico, o único capaz de explicar o porquê da ocorrência do evento lesivo e, em seguida, de fazer compreender se a conduta humana teria sido uma condição necessária para o resultado.⁴³¹

O fato é que nem sempre será possível dispor de uma lei de cobertura de caráter universal, apta a afirmar de forma absolutamente precisa a relação de causalidade entre os eventos. Giovanni Tuzet revela, inclusive, uma série de críticas⁴³² ocasionalmente opostas ao modelo nomológico-dedutivo, de modo a suscitar sua insuficiência para tratar, de modo geral, da explicação do fenômeno causal.

Ciente de que algumas relações causais entre eventos não encontram base em uma lei de cobertura universal, mas, por outro lado, fundam-se somente em um elevado grau de

hechos del primer tipo causan hechos del segundo tipo.” TARUFFO, Michele. La prueba del nexos causal. In: _____. *La Prueba*. cit., p. 262.

⁴³⁰ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 343.

⁴³¹ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 341-342. “O juiz deve ser um consumidor, e não um produtor de leis causais, sem poder substituir o cientista no descobrimento e na produção de leis científicas. Existe, pois, para o juiz, a proibição de fundar suas decisões em leis que a ciência não reconhece como tais, ou bem de formular leis próprias que estejam em conflito com as leis aceitas e consideradas válidas pela comunidade científica.” (Tradução livre. TARUFFO, Michele. *La prueba del nexos causal... cit.*, p. 263.)

⁴³² De forma sintética, as principais críticas são, em primeiro lugar, a insuficiência do modelo para explicar os fenômenos já que, diante da lei universal, tanto o efeito pode ser deduzido da causa quanto a causa do efeito, uma vez que o que é considerado é o efeito inferencial da explicação e não a substância da relação causal. Deste modo, o modelo deveria ser enriquecido com uma teoria causal da explicação científica. Em segundo lugar, há de se conceber que nem sempre a explicação científica de uma relação causal poderá ser representada por meio de uma lei universal, muitas vezes a explicação científica advém de uma generalização válida sob determinadas condições específicas. Por outro lado, alguns fenômenos somente seriam verificados em uma determinada porcentagem de casos, os quais somente poderiam ser explicados em graus de probabilidade. Essas constatações sinalizam, inevitavelmente, para a limitada aplicabilidade do modelo nomológico-dedutivo. (TUZET, Giovanni. *Filosofia... cit.*, p. 200-202).

probabilidade estatística, Stella⁴³³ aponta para a conveniência de se apelar para um modelo nomológico-indutivo, no qual se adote como premissa nomológica uma explicação causal entre os eventos baseada em uma frequência estatística, a qual se estabeleça próxima dos 100%. Deste modo, a comprovação da relação causal não será inquestionável, como a que se vislumbraria pelo modelo nomológico-dedutivo, mas praticamente certa, em vista do elevado grau de probabilidade previsto pela lei de cobertura. Se, por outro lado, a lei que se pretenda utilizar como premissa nomológica não estabelece essa elevada frequência probabilística de causalidade entre os eventos, não se considera adequada sua utilização como explicação causal no âmbito penal.

Situação mais duvidosa é a que se coloca quanto à possibilidade de se provar a lei de cobertura da causalidade específica por meio das máximas da experiência. Tais generalizações se mostram bastante problemáticas por sua contingência local, histórica e cultural⁴³⁴, de modo a não expressar um conteúdo seguro, universalmente aceitável e plenamente controlável. Stella somente considera possível o recurso às máximas da experiência quando refletirem leis científicas de conhecimento geral, as quais viriam em termos abreviados oriundos do senso comum.⁴³⁵

Várias leis científicas são de conhecimento geral e validade universal, como a da gravitação universal, segundo a qual pode-se afirmar que um objeto lançado de certa altura será atraído ao solo pela força gravitacional da Terra; a da dilatação térmica, segundo a qual o aumento da temperatura provoca o aumento do volume de um corpo, etc. Assim sendo, por expressarem um saber científico, tais máximas poderiam ser utilizadas para fundar conclusões causais, as quais poderiam ser submetidas, inclusive, a controle crítico pela comunidade científica.

Por outro lado, ante a ausência de fundamento científico para as generalizações da experiência, problemático seu uso para a prova do nexa causal. Sobre os perigos dessa generalização aleatória, Taruffo aponta uma série de questionamentos relevantes a serem considerados, dentre os quais: a quem pertence a experiência relevante para a elaboração de uma máxima? Se ao Juiz, quantos casos deve ter visto e decidido para formar a experiência?

⁴³³ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 346.

⁴³⁴ Cf. TARUFFO, Michele. La prueba del nexa causal. In: _____. *La Prueba. cit.*, p. 268.

⁴³⁵ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 42-43. Se a explicação familiar própria da vida cotidiana não possui como pressuposto tácito um enunciado científico, ou se a generalização do senso comum adotada como apoio da asserção causal individual não pode ser considerada expressão de uma lei científica – seja porque esta última não existe, seja porque a indeterminação da linguagem ordinária não permite individualizá-la e explicitá-la – vêm a falhar as condições mínimas essenciais para que se possa falar de explicação do evento penalmente relevante. (Tradução livre. *Idem*, p. 43-44)

Como havia decidido esses casos quando sua experiência ainda não havia sido formada? Quais os critérios levados em consideração?

Diante das perguntas sem resposta, o autor conclui por considerar absolutamente problemático o recurso às máximas da experiência como regras de cobertura para a formulação de uma inferência causal, tendo em vista a dúvida sobre seu fundamento epistêmico: “parece que devemos excluir que o juiz possa obter a lei de cobertura da inferência causal a partir de sua ciência privada, improvisando-se como aprendiz de bruxo e evitando ou eludindo qualquer controle de validade científica das noções nas quais fundamenta seu raciocínio”.⁴³⁶

Em suma, Taruffo e Stella parecem concordar acerca da imprescindibilidade da prova científica para a demonstração da lei causal de cobertura ou, como aduz o primeiro, para verificar, em caso de dúvida, a validade e a fundamentação científica das noções de senso comum as quais o juiz pretenda utilizar como lei de cobertura. Conseqüentemente, diante da falta dessa confirmação científica, o enunciado causal específico restaria carente de confirmação probatória.⁴³⁷

Outrossim, cumpre acrescentar que Stella⁴³⁸ assente com o modelo de probabilidade lógica para nortear a valoração da prova do nexa causal, em dois sentidos: em primeiro lugar, para atestar a confiabilidade da lei científica de cobertura, sendo esta universal ou dotada de frequência próxima a 100%; e, em segundo lugar, para a concretização da lei de cobertura abstrata para o caso concreto. De acordo com o autor, como fundamento da explicação causal poderão ser assumidas somente as leis da ciência que possuem um elevado grau de confirmação empírica, um elevado grau de corroboração pela superação das tentativas de falsificação e o consenso da comunidade científica. Por outro lado, tais leis deverão resultar concretizadas no caso concreto por meio de provas que conduzam diretamente à confirmação de sua validade no caso particular.

Um ponto de discordância entre Stella e Tuzet é a possibilidade de se utilizar uma lei de cobertura probabilística cuja frequência apresenta-se em grau médio, baixo ou mesmo elevado – mas ainda assim distante dos 100%. Stella considera que essa utilização conduzirá a enunciados irremediavelmente falsos, fundados unicamente na intuição do julgador e não na cobertura do saber científico, o que seria incapaz de suprir a prova além de qualquer dúvida

⁴³⁶ TARUFFO, Michele. La prueba del nexa causal. In: _____. *La Prueba. cit.*, p. 269-271.

⁴³⁷ TARUFFO, Michele. La prueba del nexa causal. In: _____. *La Prueba. cit.*, p. 271.

⁴³⁸ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 369-370.

razoável.⁴³⁹ Tuzet, por sua vez, respalda-se em uma decisão da Corte de Cassação italiana⁴⁴⁰, conforme a qual, na ausência de lei científica universal, poderiam ser utilizadas as estatísticas com cautela, de modo a acompanhar a averiguação da probabilidade lógica das hipóteses alternativas. Em outras palavras, se em uma dada situação verifica-se que o evento concreto apresenta 50% de probabilidade de ter sido produto de uma causa X e 50% de chances de se dever à causa Y, e se, além disso, não se verificam no caso concreto quaisquer provas da ocorrência da causa Y, atinge-se uma probabilidade estatística concreta próxima a 100% da ocorrência da causa X.⁴⁴¹

De todo modo, no processo penal, o grau de probabilidade lógica da proposição pela qual o juiz afirma a existência do nexos causal específico deve ser suficientemente elevado de forma a não admitir qualquer dúvida razoável, nos termos do *standard* probatório aplicável. Além disso, como bem conclui Mirza, “é preciso que o livre convencimento motivado resgate a necessidade de demonstração do nexos causal - na prova, sob pena de voltarmos à prova legal (ou tarifada) ou, pior, ao arbítrio da íntima convicção”.⁴⁴²

Nesse sentido, paralelamente à verificação da validade da lei de cobertura utilizada, é imprescindível que esteja demonstrada com base nos elementos probatórios a ocorrência dos eventos independentes sobre os quais se pretenda estabelecer uma relação de causalidade.⁴⁴³

Desta forma, tomando-se como base essa perspectiva, associada às demais premissas aqui estabelecidas (consoantes com a concepção racionalista da prova), pode-se dizer⁴⁴⁴ que

⁴³⁹ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 371.

⁴⁴⁰ Trata-se, conforme o autor, de uma célebre decisão da Corte de Cassação, “*la sentenza Franzese* (n. 30328/2002).” Cf. TUZET, Giovanni. *op. cit.*, p. 203.

⁴⁴¹ TUZET, Giovanni. *Filosofia... cit.*, p. 203.

⁴⁴² MIRZA, Flávio. Notas sobre a Avaliação da Prova Pericial... *cit.*, p. 142.

⁴⁴³ Ainda, como explica Mirza, “Obviamente, quando estamos diante de uma lei universal (p. ex. todo corpo solto a determinada altura, cai), podemos inferir que todos os fatos daí derivados, ou seja, com características específicas, tiveram como origem uma causa determinada. Logo, se o réu é acusado de empurrar a vítima do 10º andar, é óbvio que sua morte se deu em virtude da queda, mas isso não prova que ele a empurrou. Não prova a causalidade.” MIRZA, Flávio. Notas sobre a Avaliação da Prova Pericial... *cit.*, p. 128.

⁴⁴⁴ Assim o fazem Marina Gascón Abellán (“... *los modelos de valoración racional de la prueba más aceptados (y que mayor predicamento han alcanzado) son los basados en esquemas de confirmación, que entienden que la probabilidad (lógica o inductiva) de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las pruebas con las que está conectada a través de reglas causales. (...) el esquema valorativo del grado de confirmación es el que mejor se adecua a la estructura de los problemas probatorios con que el juez se encuentra: la existencia de una o varias hipótesis sobre los hechos de la causa y la necesidad de establecer, sobre la base de las pruebas disponibles, cuál de ellas resulta más aceptable o atendible.*” In: GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, p. 133-134); Jordi Ferrer Beltrán (“...*quisiera en cambio presentar las bases de una noción de probabilidad lógica o inductiva que no admite el cálculo matemático y de un método de inducción eliminativo que considero que puede ser el esquema de razonamiento adecuado para la valoración de la prueba en el proceso judicial. Para ello, seguiré fundamentalmente la obra de L. J. Cohen...*”. In: FERRER BELTRÁN,

os modelos de probabilidade lógica ou indutiva são aptos a fornecer os subsídios necessários para se valorar racionalmente as provas judiciais, de modo a concretizar a função epistêmica do processo a partir de uma epistemologia cognitivista.

2.2.2. A valoração das provas segundo o método holista

Diferentemente do que caracteriza o modelo atomista, no qual cada elemento de prova é considerado individualmente por meio de uma valoração analítica no contexto das hipóteses fáticas, a valoração pelo modelo holista se realiza de forma mais ampla, a partir da análise global de todo o conjunto probatório, já que a definição do valor de cada item se sujeitaria à verificação do papel que o mesmo desempenha perante todo o contexto informativo.

Condizente com uma perspectiva psicológica que remete ao modo habitual de raciocínio de qualquer pessoa para a tomada de decisões do dia-a-dia, a versão mais difundida do modelo holista pressupõe que o julgador tende a apoiar-se em estruturas narrativas como forma de facilitar a compreensão dos fatos da causa. Por meio dessas narrativas, o juiz ou jurado busca estabelecer um sentido e função para as provas apresentadas por meio da construção de histórias que expliquem os eventos, os quais são encadeados em sequência temporal. Ademais, a plausibilidade dessas histórias é verificada a partir do recurso ao seu estoque de conhecimento e experiências pessoais.

Constituindo-se em um modelo de raciocínio menos complexo que o atomista, o método holista pretende, segundo Taruffo, configurar o problema da decisão sobre os fatos a partir da análise de representações hipotéticas globais e compreensivas, as quais se destinam a reconstruir de modo narrativo os fatos da causa, de forma encadeada e em sequência temporal. A decisão consiste, conforme o autor, na eleição de uma narrativa dentre as diversas

Jordi. *La valoración racional... cit.*, p. 121); Michele Taruffo (“...el concepto de probabilidad lógica, y sus desarrollos en la teoría de la evidence and inference, merece ser considerado como base teórica para un acercamiento apropiado al problema de la prueba judicial. (...) la teoría de la evidence and inference, basada en la probabilidad lógica, puede conducir a racionalizaciones fiables del uso de las pruebas en la toma de decisiones judiciales.” In: TARUFFO, Michele. *La prueba. cit.*, p. 33); e, ainda, Gustavo Badaró (“Em suma, negada a possibilidade de o juiz buscar uma verdade absoluta, mas apenas a maior aproximação possível da verdade, e sendo a certeza definida em termos também relativos, como sendo apenas uma elevadíssima probabilidade, a ideia de probabilidade lógica ou indutiva mostra-se a mais adequada para explicar racionalmente o raciocínio judicial na valoração da prova.” In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ónus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53).

que as partes houverem sustentado em juízo⁴⁴⁵, cabendo ao julgador analisar, globalmente, cada uma delas em sua plausibilidade e coerência interna, bem como na capacidade de serem sustentadas pelo conjunto probatório disponível.

A despeito de se tratar de uma forma mais familiar de raciocínio, na qual a compreensão dos fatos da causa é adquirida por meio de sua disposição sequencial em um intervalo de tempo e espaço delimitados, de modo a construir uma história encadeada, o recurso heurístico às narrativas pode ser, por vezes, perigoso. Na atividade de investigação o conhecimento dos fatos se dá de modo desordenado e, na maioria das vezes, de forma indireta, pelo relato da vítima, testemunhas, peritos, etc. O encadeamento em formato de histórias ou narrativas é realizado de forma intuitiva com o apoio em interpretações, conhecimentos e expectativas pessoais do julgador que nem sempre correspondem à realidade dos fatos da causa. Por outro lado, na medida em que as próprias partes recorrem às estruturas narrativas para apresentar os fatos, é inevitável que as construções serão feitas do modo que melhor se amoldar às suas teses e pretensões, valendo-se, para tanto, de interpretações tendenciosas dos elementos probatórios e suprimindo as lacunas da forma que lhes convier. A tarefa do julgador passa a ser, destarte, a de selecionar a melhor história, o que será feito, em grande medida, por meio da análise de sua coerência interna e da compatibilidade com o seu estoque de conhecimento e o conjunto probatório em geral.

E em relação ao conjunto probatório, considerando que não são valoradas as provas individualmente, mas como um todo, a tendência é que se recorra somente àquelas provas pontuais que servem para confirmar a narrativa criada, ignorando-se as que lhe refutem. Paralelamente, em face das eventuais lacunas da histórica criada, recorre-se ao senso comum para supri-las com base em seu conhecimento particular dos fenômenos cotidianos.⁴⁴⁶ Ao final, o julgador (juiz ou jurado) estará satisfeito e convicto de se apoiar em uma narrativa coerente e plausível, que encontra respaldo pontual em alguns elementos de prova. No

⁴⁴⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 307.

⁴⁴⁶ Explicando o modo pelo qual os jurados organizam a prova na forma de narrativas, Pennington e Hastie asseveram que os mesmos desenvolvem um processo de compreensão ativo, construtivo, pelo qual a prova é organizada, elaborada e interpretada no curso da audiência. Isso ocorre, segundo os autores, pelo fato de que a compreensão é um processo construtivo, inclusive para o mais simples dos discursos. Para ilustrar essa afirmação trazem a seguinte situação narrativa: “Billy compareceu à festa de aniversário de Johnny. Quando todas as crianças estavam presentes, Johnny abriu seus presentes. Mais tarde, todos cantaram ‘Parabéns a você’ e Johnny soprou as velas.” Com base no exposto, segundo Pennington e Hastie, a maioria das pessoas inferirão espontaneamente que havia um bolo na festa de aniversário, embora em nenhum momento se tenha feito menção a ele. A existência do bolo é inferida a partir do estoque de conhecimento comum das pessoas acerca do que tradicionalmente ocorre em festas de aniversário e também, por outro lado, do mundo físico, de que as velas estariam apoiadas em algo. (Tradução livre. PENNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. *The story model for juror decision making. In: HASTIE, Reid. Inside the Juror: the psychology of juror decision making.* New York: Cambridge University Press, 1993, p. 194-195).

entanto, ignora a possibilidade de que parte dos elementos possam, igualmente, desconstruir sua hipótese.

Deste modo, um grande problema que já pode desde logo ser identificado na perspectiva holista de valoração da prova – mais especificamente no modelo de narrativas –, é seu potencial de dissociar a verdade da ideia de correspondência com os fatos, o que acaba por também ameaçar outras compreensões importantes à concepção racionalista da prova.

Na medida em que se opta pela coerência narrativa como principal critério de decisão, o manejo da prova com intuito de demonstração da verdade histórica dos fatos torna-se irrelevante e desnecessário. A estratégia a ser adotada pelas partes passa a ser a da persuasão, no sentido da construção de narrativas boas e convincentes, embora não necessariamente verdadeiras. É altamente duvidoso que se possa configurar como critério principal e exclusivo de decisão sobre os fatos o da coerência interna da história narrada⁴⁴⁷. Além disso, diante da ausência de condições claras pelas quais o julgador devesse considerar uma narrativa mais coerente que outras, o próprio ato de eleição se revela subjetivo e carente de um controle efetivo, o que reforça que tal decisão guia-se prioritariamente por fatores persuasivos.⁴⁴⁸

O risco do apoio em narrativas já foi destacado por Twining, que as considera necessárias, embora perigosas. Seriam necessárias pelo papel psicológico que desempenham no método de raciocínio utilizado pelos jurados, como mecanismo destinado a facilitar a compreensão acerca dos fatos, embora possam representar incríveis meios de subverter valiosos princípios fundamentais de julgamento. Como assevera o autor, as histórias podem ser escolhidas por serem familiares ou por se remeterem a fatos e conhecimentos já estabelecidos no senso comum, porém, boas histórias tendem a se sobressair e afastar as histórias verdadeiras.⁴⁴⁹

E é justamente essa indiferença ante a real possibilidade de se eleger narrativas fáticas falsas, embora plenamente coerentes, é que torna arriscada a utilização isolada do modelo como alternativa ao método atomístico na valoração das provas. Sabendo-se que a reconstrução fática desenvolvida no processo servirá como fundamento para a aplicação da norma jurídica, é irrelevante que a decisão judicial leve em consideração a boa estrutura interna das construções narrativas das partes, importando apenas a sua correspondência com a realidade da vida.

⁴⁴⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 311.

⁴⁴⁸ Nesse sentido, Michele Taruffo: *La prueba de los hechos. cit.*, p. 311-312.

⁴⁴⁹ TWINING, William. *Stories and argument. In: _____. Rethinking Evidence... cit.*, p. 283.

Apesar de se partir da convicção acima esposada, não se ignora o fato de que, principalmente nas causas decididas por jurados, o recurso às narrativas será inevitável ante a dificuldade dos cidadãos realizarem um raciocínio extremamente complexo a partir das provas. Assim, tal modelo tem seu valor no sentido de facilitar a compreensão e memorização dos fatos apresentados. No entanto, o contexto do júri é especialmente problemático por ser campo fértil para a exploração da função persuasiva da prova, a qual se expressa tanto nos esforços retóricos dos representantes das partes em defesa de suas histórias, quanto nos anseios de desacreditar a versão narrada pelo oponente. Isso não importa, entretanto, que se deva alicerçar sobre estas práticas uma concepção autônoma de prova e valoração⁴⁵⁰.

É também por estes motivos que não se afigura razoável aceitar de modo passivo e acrítico que os jurados estabeleçam os veredictos de forma enigmática e irracional, contrariando uma série de princípios que refletem o atual estágio de compreensão das garantias processuais.

Sem perder de vista a essência que caracteriza o modelo de decisão pelos pares e seus mais relevantes fundamentos, cumpre-se buscar alternativas que proporcionem aos jurados as condições necessárias para desenvolverem raciocínios válidos a partir das provas. De modo menos pretensioso pode-se dizer que importa, ao menos, desconstruir a tão difundida concepção de íntima convivência, pela qual os jurados poderiam decidir além das provas e contra as provas, o que se afigura totalmente inadmissível perante os fundamentos garantísticos que orientam os sistemas jurisdicionais democráticos.

Deve-se assegurar, dessa forma, que os jurados voltem o foco para as provas produzidas, ao invés de se deixarem conduzir unicamente pelos esforços retórico-persuasivos das partes. Essa empreitada passa, necessariamente, por uma análise mais aprofundada dos diversos fatores e aspectos psicológicos e cognitivos que caracterizam o modo de raciocínio e decisão hodiernamente desenvolvidos pelos cidadãos leigos, na medida em que são convocados para exercer a função jurisdicional – análise esta que foge aos escopos do presente trabalho. Destarte, a abordagem se resumirá aos aspectos gerais do emprego do

⁴⁵⁰ Como esclarece Taruffo, “...la concepción meramente persuasiva de la prueba es, a su vez, excesivamente reductiva y sustancialmente infundada.” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 310). Ademais, como bem sintetiza acerca das referidas teorias: “As teorias atomistas partem da premissa de que a base da decisão sobre os fatos está constituída pelas provas: por todas as provas, analítica e conjuntamente consideradas, mas somente pelas provas. (...) De modo inverso, as teorias holistas parecem sugerir, ao menos em suas versões mais rigorosas, que a decisão deve se fundar em algo distinto das provas – o que tampouco se revela muito bem precisado. Resta, portanto, por estabelecer, mais uma vez, se isto seria legítimo a partir dos fundamentos que norteiam a decisão judicial. Obviamente, qualquer um poderia propor que os juízes decidissem segundo critérios os mais diversos (por exemplo, jogando os dados ou, como sucedeu uma vez, interpretando a vontade do Führer); outra coisa é certificar se isso é coerente com os fundamentos do sistema jurisdicional (...).” (Tradução livre. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 313-314.)

modelo holista de valoração da prova e aos avanços teóricos que buscam critérios mais sólidos e racionais de decisão no âmbito das narrativas.

O enigmático contexto da valoração das provas e das decisões sobre os fatos por jurados já foi objeto de diversos estudos empíricos, podendo-se destacar os conduzidos por Pennington e Hastie⁴⁵¹, que buscam compreender as estratégias cognitivas utilizadas individualmente pelos jurados para processar as informações recebidas e chegar a uma decisão no momento que antecede ao das deliberações. Suas conclusões aclamadas e amplamente aceitas remetem à predominância no júri do raciocínio holístico de decisão a partir do chamado *story model*.

Considera-se, por meio desta teoria, que os jurados procuram organizar os fatos apresentados por meio da construção de uma representação histórica explicativa que se mostre completa e coerente, contemplando três fontes de conhecimentos: (1) as informações do caso obtidas por meio dos elementos probatórios; (2) o seu conhecimento particular baseado em outros eventos da vida real de natureza semelhante; e (3) expectativas genéricas acerca do que torna uma história completa. Todo esse processo culminará em diversas interpretações alternativas acerca das provas que adquirem o formato e estrutura de narrativas, uma das quais será aceita pelo jurado como sendo a mais coerente e melhor lastreada na prova disponível.⁴⁵² Segundo os autores, dentre as histórias alternativas construídas pelo jurado, a decisão pela escolhida será determinada de acordo com quatro critérios de convicção: cobertura, coerência, singularidade e qualidade de ajuste – os quais indicarão qual história será aceita, qual decisão será adotada e o nível de confiança no seu acerto.⁴⁵³

O princípio da cobertura alude à medida pela qual a história é capaz de justificar as provas existentes. A presença de diversos elementos de prova cujos fatos a que se referem não poderiam ser explicados se a história fosse verdadeira expõe a sua fragilidade.

Por outro lado, o princípio da coerência é um conceito complexo, a juízo dos autores, compreendendo três componentes: consistência, plausibilidade e completude. A consistência diz respeito à falta de contradições, seja internamente, no âmbito da própria história, ou mesmo com o conteúdo de elementos de prova que se tenha por verdadeiros. A plausibilidade se relaciona com o estoque de conhecimento particular do jurado, no tocante ao que tipicamente ocorre em situações semelhantes. A completude, por sua vez, destina-se à

⁴⁵¹ PENNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. The story model for juror decision making. In: HASTIE, Reid. *Inside the Juror: the psychology of juror decision making*. New York: Cambridge University Press, 1993.

⁴⁵² PENNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. The story model... *cit.*, p. 194.

⁴⁵³ PENNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. The story model... *cit.*, p. 193.

verificação do potencial explicativo da história no que se refere aos elementos da estrutura causal dos eventos no âmbito do episódio fático em discussão.

Por fim, a singularidade é um princípio que favorece a confiança do jurado na escolha de determinada história. Isso se verifica na medida em que, dentre as diversas histórias construídas, apenas uma apresenta-se coerente. Se isso não ocorre e verificam-se duas ou mais nessas mesmas condições, faltaria confiança na correção da escolha por uma delas.⁴⁵⁴

Paralelamente aos três princípios anteriores, um último ainda é considerado por Pennington e Hastie, qual seja, o da qualidade do ajuste da história (construída e escolhida segundo os critérios anteriores) à categoria jurídica do veredicto final a ser adotado, de acordo com as instruções do juiz e segundo os elementos que caracterizam o delito em questão.⁴⁵⁵

Por outro lado, os autores destacaram a grande influência do modo de argumentação das partes nesse processo. Nos casos em que a acusação apresentou os fatos sob a forma narrativa e a defesa não o fez, a taxa de condenação foi de 78%. Por outro lado, diante da situação inversa, a taxa de condenação fora de 31%.⁴⁵⁶ Tal fato pode indicar tanto a necessidade do jurado em apoiar-se nessas histórias para a compreensão dos eventos, como também pode sugerir a sua grande suscetibilidade aos artifícios persuasivos empregados pela acusação e defesa, o que se revela bastante perigoso.

Ademais, outra questão levantada por Pennington e Hastie foi a potencial discrepância entre as histórias construídas por cada jurado, dentro de um mesmo conselho de sentença. Considerando-se o caráter pessoal e potencialmente distinto dos conhecimentos, experiências e expectativas de que se vale cada um para estabelecer suas próprias versões históricas, é possível que se depare com interpretações fáticas distintas dos fatos pelos jurados a despeito de terem presenciado as mesmas provas.⁴⁵⁷ Este ponto em particular merece uma reflexão mais atenta.

É extremamente indesejável que se depare com uma divergência significativa de compreensão dos fatos pelos jurados, o que somente reforçará a fragilidade da decisão final. Além disso, é possível deduzir que, quanto maior for o recurso ao estoque de conhecimento e experiências pessoais, maiores as chances de interpretações distintas dos fatos. Da mesma forma, quanto mais completo e informativo for o conjunto probatório, menor será a

⁴⁵⁴ PENNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. *The story model... cit.*, p. 198-199.

⁴⁵⁵ PENNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. *The story model... cit.*, p. 201.

⁴⁵⁶ Conforme apontam MacKillop e Vidmar em referência a algumas pesquisas empíricas desenvolvidas por Pennington e Hastie. (MACKILLOP, Kara. VIDMAR, Neil. *Decision-Making in the Dark... cit.*, p. 961).

⁴⁵⁷ MACKILLOP, Kara. VIDMAR, Neil. *Decision-Making in the Dark... cit.*, p. 960-961.

necessidade do jurado de recorrer a esse arsenal particular com vistas a suprir as lacunas de sua história e, conseqüentemente, menores serão as distorções entre as versões de cada membro do júri.

Em estudo sobre os efeitos nocivos de um conjunto probatório incompleto sobre a decisão dos jurados, MacKillop e Vidmar⁴⁵⁸ concluíram por ser esta uma das grandes razões para as condenações injustas, considerando que as últimas decorrem das falsas narrativas construídas pelo júri em meio às informações imprecisas a que tiveram acesso. Segundo os autores, a partir da análise sucessiva de uma série de condenações injustas e da averiguação de seus motivos, pode-se concluir que elas se devem, em grande parte, à tendência de exclusão de elementos probatórios do conhecimento do júri – o que serve como crítica ao modelo probatório da *common law*, que tem nas *exclusionary rules* o principal fundamento de seu sistema.

Deste modo, conforme explicam, submete-se ao conhecimento do júri um conjunto informativo incompleto e impreciso, ao mesmo tempo que se espera que desenvolvam narrativas precisas e verdadeiras. O resultado é que os jurados acabarão suprimindo as lacunas a partir de seus conhecimentos privados, o que conduz a veredictos imprecisos. Daí a importância da premissa estabelecida pela concepção racionalista da prova já discutida anteriormente, a qual destina-se a reduzir a incidência de limitações probatórias que apresentem fins contraepistêmicos.

Por outro lado, mesmo que se mostre satisfatória a completude do conjunto probatório, o mesmo problema da dissonância entre as narrativas poderá ser verificado se o jurado não raciocinar propriamente a partir desses elementos disponíveis, seja deixando-se seduzir pelos discursos retórico-persuasivos das partes ou guiando-se por suas convicções pré-estabelecidas e desconsiderando informações relevantes apresentadas.

Este último desvio constitui, inclusive, um recurso heurístico muito comum na atividade de valoração probatória, conhecido como ancoragem e ajustamento, pelo qual o julgador tende a avançar uma hipótese possível acerca dos fatos em um momento ainda inicial da instrução, diante dos primeiros indícios que lhe são apresentados, como mostra Nieva Fenoll⁴⁵⁹, sendo muito difícil que desconstrua essa suposição posteriormente, mesmo diante de novos dados que apontem em sentido contrário. Como explica o autor, curiosamente, as pessoas reinterpretem esses novos dados para seguir defendendo sua opinião inicial e não

⁴⁵⁸ MACKILLOP, Kara. VIDMAR, Neil. *Decision-Making in the Dark... cit.*, p. 958.

⁴⁵⁹ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración... cit.*, p. 124.

precisar modificá-la. Isso ocorre, em maior medida, quando as primeiras provas conduzem a uma versão explicativa bem plausível acerca dos fatos, fazendo com que a missão de alterar esse juízo precipitado seja quase impossível.⁴⁶⁰ Essa tendência é especialmente comum nos tribunais populares na medida em que o caso julgado já fora amplamente divulgado de modo tendencioso pela mídia, o que favorece a formação de juízos precipitados sobre os fatos (geralmente em prol da tese acusatória) e obsta o direito da defesa de influir na construção do veredicto.

Deste modo, um dos maiores desafios para o objetivo de racionalizar a decisão do júri é o de fazer com que as provas sejam efetivamente a principal fonte de sua convicção, mesmo que amparadas nas narrativas com vistas a torná-las mais inteligíveis. O seu estoque particular de conhecimentos e experiências deve ser um recurso auxiliar, o qual não se destina a suprir a necessidade do respaldo probatório de alguns elementos essenciais do fato. Ademais, a análise da prova deve se dar de forma aberta e imparcial, livre de qualquer inclinação baseada em juízos antecipados.

Uma incursão teórica nessa direção foi realizada por um grupo de psicólogos holandeses encabeçado por Willem Wagenaar, os quais desenvolveram uma análise crítica do sistema processual penal de seu país com base na teoria das *anchored narratives*, inspirada fortemente na literatura anglo-americana.⁴⁶¹ Trata-se de uma teoria psicológica acerca do modo como os julgadores raciocinam sobre os fatos em casos duvidosos, partindo-se do pressuposto de que tal raciocínio será o mesmo tanto para juízes como para jurados – eis que baseado largamente no senso comum.

Os autores consideram o modelo das narrativas como inerente ao processo de raciocínio que é desenvolvido pelos julgadores, em consonância com as ideias de Pennington e Hastie acima discutidas. Isso porque, ao invés de seguirem a lógica dos modelos inferenciais, pelos quais as conclusões ou hipóteses são construídas após a análise das provas, as pessoas costumam partir de hipóteses rumo a um momento posterior de testes, valendo-se,

⁴⁶⁰ Em sentido semelhante, Carlson e Russo falam em *pre-decisional distortion*, que seria a interpretação tendenciosa de novas provas pelos jurados, atribuindo-lhe o sentido que melhor suporte a versão pela qual os mesmos já estavam inclinados a entender como correta desde o começo do julgamento. (CARLSON, Kurt A.; RUSSO, J. Edward. Biased Interpretation of Evidence by Mock Jurors. In: *Journal of Experimental Psychology: Applied*. v. 07, n. 02, 2001, p. 91). Como ressaltam Winter e Greene, essas distorções comprometem a exigência do sistema processual pela qual o júri deve cuidadosamente considerar e avaliar todos os elementos de informação que lhe forem apresentados, sem se deixar influenciar por qualquer tipo de inclinação ou concepção prévia. (WINTER, Ryan J. GREENE, Edith. Juror Decision-Making. In: DURSO, Francis. (ed.) *Handbook of Applied Cognition*. 2nd ed. Chichester: John Wiley & Sons, 2001, p. 742-743).

⁴⁶¹ WAGENAAR, Willem A. VAN KOPPEN, Peter J. CROMBAG, Hans F. M. *Anchored narratives: The psychology of criminal evidence*. London: Harvester Wheatsheaf, 1993.

para tanto, das provas e de seu próprio estoque de conhecimentos. Assim, essas hipóteses tomam a forma de histórias ou narrativas, e é a partir desse contexto que a prova adquire sentido.⁴⁶²

No entanto, alertam para o problema de que os critérios comumente utilizados na tomada de decisões pautam-se pela análise da qualidade das narrativas, o que é insuficiente. “Além de serem boas [as narrativas], elas devem estar ligadas à realidade por meio das provas”.⁴⁶³ Consideram impróprio, nesse sentido, que as narrativas sejam ancoradas diretamente em generalizações do senso comum, ou seja, no estoque particular de conhecimentos do indivíduo que, geralmente, assumem a forma de regras gerais usualmente aceitas e consideradas válidas pela experiência. Estas últimas são importantes, mas a ligação entre a narrativa e a crença deve ser intermediada pelas provas dos fatos a que se referem. Sustentam, além disso, que as narrativas somente seriam representações válidas se ancoradas por elementos probatórios capazes de demonstrar, ao menos, os caracteres fáticos mais relevantes para a configuração da infração penal.

Reconhecendo que o recurso à construção de narrativas é um mal necessário para auxiliar o raciocínio sobre as questões de fato, os psicólogos apontam para alguns de seus perigos, como o de se criar uma ilusão de veracidade pela boa qualidade da história, sendo ancorada apenas em alguns poucos elementos para dar-lhe uma aparência de credibilidade. Da mesma forma, é comum que os julgadores considerem apenas as provas que corroborem a narrativa previamente eleita, sem apresentar as razões pela desconsideração de outras que a contradigam. Deste modo, após uma análise de 35 casos coletados, nos quais pesava uma suspeita de ter havido injustas condenações, os autores elencaram as distorções ou anomalias mais comuns do raciocínio decisório, a fim de posteriormente buscar correções para esses desvios.

A primeira dessas anomalias seria a tendência de se crer em uma narrativa, por sua capacidade de explicar razoavelmente os fatos, mesmo sem provas que a sustentem. Isso pode ser explicado pelo fenômeno que denominam “dissociação entre convicção e prova”, que ocorre quando o convencimento é movido por circunstâncias outras que não as legalmente

⁴⁶² TWINING, William. Anchored Narratives: a comment. In: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. V. 3, 1995, p. 107.

⁴⁶³ Tradução livre. No original: “... on top of being ‘good’, they must be tied to reality by means of evidence.” (WAGENAAR, Willem A. Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning and its Consequences. In: DAVIES, Graham M. (ed.), *et. al. Psychology, Law and Criminal Justice: international developments in research and practice*. Berlin: de Gruyter, 1995, p. 267).

admitidas como provas.⁴⁶⁴ Isso é muito comum na medida em que as generalizações do senso comum façam as vezes da prova empírica dos elementos essenciais do crime.

Uma segunda anomalia apontada ocorre quando a escolha da narrativa se funda apenas na verificação da qualidade de uma história em comparação com as outras possíveis, ao invés de se focar na qualidade de suas âncoras (as provas que as suportam). Esta situação pode ensejar grandes equívocos em face da tendência de simplificação que é bastante comum ao raciocínio humano: em primeiro lugar, julga-se a qualidade das narrativas, elegendo-se aquela com melhor capacidade explicativa; somente em um segundo momento avaliam-se as provas que sustentam a narrativa vencedora, simplesmente descartando as demais, sem maiores justificativas. Deste modo, a análise não passa por uma fase de falsificação da narrativa escolhida, assim como também não ocorre a verificação das provas que suportam as histórias alternativas, de modo que a diferença qualitativa entre a ancoragem das hipóteses concorrentes nunca se torna evidente.⁴⁶⁵ Pode ocorrer, desta forma, que a narrativa tenha sido falseada por provas e ainda assim seja acolhida, sem que se procure desqualificar os elementos que a contradisseram – o que configura uma outra irregularidade bastante comum ao raciocínio valorativo.⁴⁶⁶

Esse último problema leva a uma outra distorção muito séria na seara penal, revelada pela tendência de não se procurar descartar os suspeitos alternativos da autoria do crime investigado. Considerando que a busca da ancoragem das construções só é feita para a narrativa que é finalmente aceita, nem sempre é verificado se as histórias alternativas podem imputar a autoria a outros suspeitos. Deste modo, parece mais conveniente considerar plausível a história que inculpa o ora acusado e não fica claro o motivo pelo qual os demais suspeitos foram descartados.⁴⁶⁷ Em sentido semelhante, também é alarmante o problema das investigações criminais tendenciosas, as quais se dirigem para buscar evidências da participação de um suspeito em particular⁴⁶⁸, ao invés de focarem no crime em si, abrindo-se a todos os possíveis envolvidos. Essa tendência pode levar a distorções importantes e extremamente prejudiciais, fazendo com que importantes provas exculpatórias sejam ignoradas.

⁴⁶⁴ WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit.*, p. 271.

⁴⁶⁵ WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit.*, p. 272.

⁴⁶⁶ WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit.*, p. 274.

⁴⁶⁷ WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit.*, p. 273.

⁴⁶⁸ WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit.*, p. 276.

Um outro desvio apontado pelo estudo é o problema de que os elementos essenciais do fato criminoso não estejam ancorados em provas. Uma narrativa, segundo Wagenaar, deve conter provas de pelo menos três elementos: autoria, *actus reus* (ato criminoso) e *mens rea* (intenção), os quais configuram os elementos da responsabilidade penal segundo a doutrina anglo-americana. Deste modo, para tornar uma narrativa convincente e justificar a decisão, é possível que o julgador procure apontar diversas provas para sustentá-la, mas não necessariamente provas desses três elementos essenciais do crime.⁴⁶⁹

Por fim, é ainda problemático o risco de que a grande maioria do conjunto probatório não se acomode na narrativa acolhida pelo julgador. Como explica Wagenaar, a construção de ancoramento consiste nas provas que conectam a narrativa às crenças universais. A partir do conjunto de elementos probatórios disponíveis, são selecionados aqueles que se enquadram nesse propósito e pode acontecer que, de fato, somente uma pequena porção esteja apta para tanto. Apesar disso, a construção parecerá confiável, mesmo que a maior parte do conjunto probatório fique de fora⁴⁷⁰ – o que é alarmante, ante a clara tendência de desvirtuar a realidade dos fatos.

Diante dessas constatações, os autores alertam para a necessidade de proteger a atividade valorativa contra aquelas possíveis armadilhas mencionadas. Cientes de que as regras probatórias, os procedimentos legais e os precedentes devem primar pela proteção do inocente contra os possíveis erros de julgamento, entendem que tais previsões devem se basear, em maior medida, na análise psicológica acerca do modo como raciocinam os julgadores, ao invés de na análise lógica ou legal do fenômeno probatório.⁴⁷¹ Com esse intento, estabelecem dez diretrizes universais⁴⁷² para garantir a qualidade da valoração

⁴⁶⁹ WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit.*, p. 272-273.

⁴⁷⁰ WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit.*, p. 275.

⁴⁷¹ WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit.*, p. 279.

⁴⁷² São ditas universais considerando sua pretensa aplicabilidade em todos os sistemas penais, seja de *common law* ou *civil law*, seja em juízos a cargo de juízes togados ou jurados. Segundo os autores, o heurístico das narrativas ancoradas opera de forma semelhante no raciocínio de juízes e jurados. No entanto, reconhecem a dificuldade prática de implementar algumas dessas regras, embora atribuam o problema para a eventual debilidade da prática habitual (e não da teoria), sobre a qual é preciso maior atenção. (WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit.*, p. 279-280). Embora os autores apresentem as diretrizes sob a forma de regras, importa expressar concordância com o alerta feito por Twining (TWINING, William. *Anchored Narratives: a comment... cit.*, p. 113) acerca da impossibilidade de se estabelecer regras (no sentido legal) destinadas a governar a análise da prova, atividade que deve ser desenvolvida livremente segundo a concepção racionalista. Recorrendo a Bentham, o autor distingue as regras entendidas como preceitos categóricos daquelas direcionadas à compreensão, destacando que os responsáveis pela decisão dos fatos não devem estar vinculados por quaisquer regras impositivas no tocante à avaliação da prova, podendo, ao máximo, ser instruídos por recomendações baseadas na experiência. É com esse fim, portanto, que serão compreendidas tais proposições.

probatória e proteger a atividade contra os erros mais comuns no raciocínio sobre os fatos, as quais serão aqui sucintamente expostas⁴⁷³.

Em primeiro lugar, dispõe-se que a acusação deve apresentar ao menos uma narrativa bem delineada para apresentar os fatos, mas não mais que um conjunto limitado de narrativas. A preocupação dos autores é simples e se relaciona ao contraditório e à ampla defesa, considerando que estas garantias serão obstadas se a imputação é vaga ou se se altera a todo tempo, dificultando os esforços da defesa em desconstruir a tese acusatória. Nesse mesmo sentido, o tribunal não poderia construir sua própria narrativa além do que fora imputado, devendo se ater aos fatos amplamente discutidos e oportunamente sujeitos ao contraditório. Ganha destaque, deste modo, a busca pelo respeito à correlação entre o ato de imputação e a decisão adotada.

Uma segunda preocupação, que se mostra legítima, é no sentido de que os componentes essenciais da categorização do crime sejam suficientemente descritos na narrativa e estejam ancorados pelas provas. Deste modo, para evitar o risco de que a falta de provas desses elementos dê lugar a generalizações do senso comum que conduzam a falsas conclusões, deve estar clara a necessidade de que alguns deles, por sua relevância, estejam amparados em provas concretas, quais sejam: autoria, *actus reus* e *mens rea* (ou, traduzida para o contexto brasileiro, poder-se-ia falar em autoria e materialidade, sendo indispensável a prova empírica do nexo causal). Paralelamente, uma terceira regra proposta pelos autores estabelece a necessidade de que esses três elementos não estejam ancorados sob um mesmo elemento probatório. Nada mais natural, eis que tal fato demonstraria a fragilidade da narrativa.

A quarta diretriz, considerada mais polêmica e, por outro lado, a mais relevante, é a que estabelece a necessidade de que sejam apresentadas razões para a decisão alcançada, explicitando-se qual fora a narrativa acolhida e especificando-se suas respectivas âncoras. A possibilidade de se compreender o modo de raciocínio desenvolvido pelo julgador depende de sua explicitação, o que é frustrado na medida em que o júri não é solicitado a expressar tais razões ou quando os juízes togados, embora o sejam, apresentam fundamentações genéricas. Além de proporcionar a identificação de falhas ou fragilidades no raciocínio, o simples fato de saber que precisará prestar contas de sua decisão já faz com que o julgador avalie as

⁴⁷³ Para evitar citações em excesso ressalta-se que tais regras encontram-se expostas de modo detalhado na obra principal: WAGENAAR, Willem A. VAN KOPPEN, Peter J. CROMBAG, Hans F. M. *Anchored narratives: The psychology of criminal evidence*. London: Harvester Wheatsheaf, 1993; bem como de forma mais sucinta em: WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning...* cit., p. 280 e ss, da qual ora se faz referência.

histórias e provas com maior racionalidade. Deste modo, é imperioso que se exija uma qualidade satisfatória das motivações de juízes togados, com vistas a evitar que se tornem atividade mecânica e genérica e, por outro lado, que sejam estudadas maneiras para que se compreenda o raciocínio empregado pelos jurados – temas que serão tratados adiante.

Uma outra regra que decorre da teoria das *anchored narratives* é a que prevê a necessidade de o juiz, na hipótese de indeferir um maior aprofundamento probatório em determinado tema, explicitar a crença subjacente pela qual se convenceu, motivando a desnecessidade de novos elementos de prova. Na medida em que se defende uma menor incidência de limitações probatórias e a importância de um conjunto informativo robusto para uma maior precisão na determinação dos fatos, qualquer ato do juiz destinado a obstar o direito à prova das partes deve estar justificado.⁴⁷⁴ O juízo de admissibilidade da prova não pode se basear em uma suposição acerca da antecipação de seu resultado e nem, tampouco, por já estar o juiz convencido (ou julgar que o júri esteja) acerca do fato, o que se mostraria prejudicial ao contraditório sob o viés do direito de influência.

Por outro lado, com vistas à eleição de uma narrativa, os psicólogos alertam para a necessidade de que não haja história alternativa que se mostre tão bem (ou melhor) ancorada no material probatório. Tal circunstância demonstraria o caráter aleatório da conclusão, já que existente outra teoria tão ou mais plausível, capaz de conduzir a decisão diversa, o que representa violação ao princípio do *in dubio pro reo* e desconsideração do *standard* probatório que exige decisão além da dúvida razoável. Como explica Wagenaar, “se os fatos podem ser acomodados em outra narrativa na qual o acusado não cometeu o crime, existe dúvida suficiente em matéria de culpa.”⁴⁷⁵ Além disso, ressalta que não é tarefa do juízo gerar um conjunto completo de narrativas alternativas, mas na medida em que a defesa produz

⁴⁷⁴ “A economia processual pode levar o juiz, que já formou a sua convicção, a entender que pode dispensar outras provas requeridas pelas partes. O que se espera do juiz democrático é que, embora já tendo formado a sua convicção, esteja sempre disposto a revê-la, se alguma outra prova requerida puder potencialmente trazer algum novo elemento a ser apreciado. Por isso, o indeferimento de qualquer prova proposta deve ser objeto de decisão fundamentada.” (HARTMANN, Guilherme Kronemberg. *et. al. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro - Segunda Parte. In: Revista de Processo*. v. 241, 2015, p. 121). E, ainda, conforme aduz Greco: “Em síntese, o juiz não é o único destinatário da prova. Ainda que o fosse, ele colhe provas que não se destinam à sua exclusiva apreciação, mas também à apreciação dos tribunais superiores que exercerão a jurisdição no mesmo processo em instâncias diversas. Mas, de fato e de direito, também são destinatários das provas as partes que com elas pretendem demonstrar a veracidade dos fatos por elas alegados, que têm o direito de que sejam produzidas no processo todas as provas necessárias a demonstrá-los e de discutir as provas produzidas em contraditório com o adversário e com o juiz.” (GRECO, Leonardo. *Instituições... cit.*, p. 91).

⁴⁷⁵ Tradução livre. No original: “*If the facts can be fitted in another narrative in which the accused does not commit a criminal act, there is sufficient doubt about the question of guilt.*” (WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit.*, p. 283).

alguma que preencha os requisitos, o veredicto fundamentado deve conter uma explicação clara do motivo de sua rejeição⁴⁷⁶.

Também configura-se como importante diretriz a que alerta para a necessidade de que não tenham sido refutadas as âncoras utilizadas como alicerces da narrativa adotada. Caso isso ocorra é primordial que sejam explicitados os fundamentos pelos quais foram ignoradas (ou desacreditadas) as provas em contrário. Essa situação é muito comum, como explica Wagenaar, quando concorrem, por um lado, a prova de reconhecimento e, por outro, os álibis. Citando Ratner, o autor relata que cerca de 50% das condenações injustas nos Estados Unidos são causadas por uma excessiva confiança nas provas de reconhecimento, para as quais, provavelmente, álibis foram rejeitados sem maiores explicações.⁴⁷⁷

Finalmente, uma última regra diz respeito à impossibilidade de que crenças equivocadas sirvam como apoio para uma decisão. Por crenças equivocadas Wagenaar e os demais coautores parecem se referir às fundadas em preconceitos, estigmas e generalizações infundadas, conforme exemplificam nos riscos de se apresentar a ficha criminal do acusado aos jurados ou, até mesmo, na prova pericial pela qual psicólogos atestam a agressividade do réu. Apesar de não se questionar o conteúdo, tal preceito é de complicada aplicabilidade dado que tais crenças dificilmente são explicitadas. Assim, no caso do júri, os efeitos prejudiciais dessas crenças somente poderiam ser evitados pela inadmissibilidade de tais provas, consideradas potencialmente prejudiciais para a análise dos jurados (como discutido em item anterior), ou, por outro lado, se admitida alguma forma de fundamentação em sua decisão.

Diante das considerações expostas, dentro de um enfoque predominantemente psicológico acerca do modo como os julgadores raciocinam sobre os fatos, é possível se aproximar de uma visão um tanto quanto realista da atividade de valoração da prova, consideradas as diversas distorções peculiares ao raciocínio humano.

Nesse ponto, uma reflexão cuidadosa sobre o conjunto de irregularidades descritas por Wagenaar e seus colegas⁴⁷⁸, relacionadas ao emprego das narrativas na valoração da prova, é bastante importante para que se possa compreender os riscos que ameaçam uma adequada atividade de reconstrução dos fatos e para que se possa pensar em alternativas para remediar esses possíveis desvios.

⁴⁷⁶ WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit.*, p. 283.

⁴⁷⁷ WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit.*, p. 284.

⁴⁷⁸ WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit., passim.*

Embora o modelo holista desenvolvido por meio das narrativas não seja o que se afigura mais adequado para realizar com precisão a atividade de valoração da prova sob uma perspectiva racional, é inegável que o modelo atomista da probabilidade indutiva – o qual se considera mais apropriado – pressupõe raciocínios por vezes excessivamente complexos para o domínio do cidadão comum.

Ademais, a conclusão de que os jurados decidem por meio da construção de histórias (ou narrativas), com vistas a facilitar a compreensão dos fatos e dar sentido às provas apresentadas, encontra-se suficientemente amparada por pesquisas empíricas⁴⁷⁹, como as conduzidas por Pennington e Hastie⁴⁸⁰, conforme discutido anteriormente.

Uma provável proposta de solução passa, possivelmente, pela previsão de mecanismos destinados a vincular a atenção dos jurados ao conjunto probatório disponível, de modo que o foco não se concentre unicamente nas construções narrativas. Prezar pela completude do conjunto probatório também pode auxiliar a reduzir os espaços destinados às generalizações do senso comum, considerando que os jurados tendem a preencher essas lacunas com seu estoque particular de conhecimentos.

Paralelamente, as regras universais estabelecidas por Wagenaar e seus colegas podem servir como importantes alertas para auxiliar a precisão dos raciocínios probatórios. Longe de se pretender instituí-las como regras impositivas destinadas a vincular a atividade valorativa, o seu conteúdo pode ser de grande valia para identificar os vícios que acometem a atividade, a partir dos quais serão buscadas possíveis alternativas de solução para aprimorar o sistema probatório. No caso de decisões por jurados, embora ainda seja considerada certo tabu, é válida a discussão acerca dos possíveis meios de exteriorizar as razões e fundamentos determinantes para a decisão.

Por outro lado, seriam interessantes e válidas as soluções que buscassem compatibilizar os fundamentos mais importantes dos modelos atomista e holista de valoração da prova, com vistas a preservar o modo familiar de compreensão dos fatos por meio das narrativas, no entanto, sem perder a precisão lógica dos raciocínios de probabilidade indutiva.

⁴⁷⁹ Como explicam Winter e Greene, de modo geral, sabe-se que o raciocínio dos jurados não se conforma aos princípios de probabilidade. Os modelos explicativos (*explanation-based approaches*), os quais enfatizam a capacidade de organização e representação cognitiva da prova pelos jurados, foram identificados como os mais favoráveis nos últimos anos pelos pesquisadores da área. Esses modelos, a exemplo do *story model*, consideram o jurado como um julgador ativo que interpreta, avalia e interage com as informações do caso, e não como um recipiente passivo que se limita a avaliar individualmente cada elemento de prova para depois combiná-los conforme algum esquema probabilístico. (WINTER, Ryan J. GREENE, Edith. *Juror Decision-Making... cit.*, p. 742).

⁴⁸⁰ PENNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. *The story model for juror decision making. In: HASTIE, Reid. Inside the Juror: the psychology of juror decision making.* New York: Cambridge University Press, 1993.

Tais desafios serão enfrentados em momento posterior, oportunidade em que serão buscadas alternativas viáveis para racionalizar a análise das questões fáticas nos tribunais de júri.

2.3. A decisão sobre a matéria de fato: os *standards* probatórios

Como já anteriormente enfatizado, a verdade buscada no processo não é essencialmente distinta da que se busca no âmbito das outras ciências. Nesse contexto, é imperioso compreender a prova em sua função confirmatória, como instrumento hábil a aportar o suporte indutivo necessário para a obtenção de conclusões válidas acerca das hipóteses fáticas analisadas no processo.

Isso porque, a partir de uma concepção racional, a decisão que declara provada uma dada hipótese não deve decorrer da crença do juiz a respeito de sua veracidade, mas, ao contrário, deve ser concebida como a aceitação racional da validade da hipótese pelo juiz em face do suporte probatório que a mesma obteve em comparação com a hipótese contrária, uma vez observado e satisfeito o *standard* probatório aplicável ao caso. Vale lembrar que isso deve ser feito a despeito de o quão intimamente convencido esteja ele acerca da verdade da hipótese contrária, uma vez que se reconhece a diferença entre “crença” e “prova”. Crer na verdade de um enunciado não é razão suficiente para considerá-lo provado.⁴⁸¹ Esta última hipótese depende da satisfação de parâmetros objetivos.⁴⁸²

Assim, pode-se falar sobre a verdade e a validade de uma determinada decisão. No direito, assim como na epistemologia, não são aceitas decisões casualmente verdadeiras, isto

⁴⁸¹ Interessante ilustrar esta diferença de concepções a partir da declaração de uma jurada que atuou no caso O.J. Simpson: “dentro di me sono convinta che Simpson abbia ucciso Nicole, ma la legge non mi consente di votare per la sua condanna, perché l'accusa non ha provato la colpevolezza ‘al di là del ragionevole dubbio’”. (Cf. STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 156). O caso Simpson, apelidado pela imprensa norte-americana como *trial of the century*, é frequentemente lembrado no âmbito do estudo dos *standards* probatórios, não só pela grande repercussão midiática, mas pela significativa incoerência representada pela condenação de O.J. Simpson ao ressarcimento na esfera cível e em sua absolvição pelos homicídios no âmbito penal, ambos tendo como objeto o mesmo fato. Para um estudo mais aprofundado veja-se: DERSHOWITZ, Alan M. *Dubbi Ragionevoli: Il sistema della giustizia penale e il caso O.J. Simpson*. Tradução de Michele Materni e Renata Schisano. Milano: Giuffrè, 2007.

⁴⁸² “La justificación de una decisión sobre los hechos tiene una doble cara (...): una material y una procedimental. Desde el primer punto de vista, podemos decir que una decisión está justificada si la proposición que se declara probada es verdadera. En el sentido procedimental, en cambio, la decisión está justificada si la hipótesis que se declara probada tiene suficiente apoyo en los elementos de juicio disponibles.” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración... cit.* p. 101.) Sobre o tema ver também: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

é, que declarem acertadamente uma hipótese como verdadeira mas sem suficiente apoio probatório.⁴⁸³ Por tal motivo, para que uma decisão esteja justificada não basta que a hipótese declarada seja, de fato, verdadeira, mas deve ser também válida, considerando que esteja corroborada pelos elementos probatórios disponíveis.

Em sendo a decisão judicial um ato de poder, com consequências muitas vezes desastrosas na esfera de direitos do indivíduo, é inconcebível contentar-se com a suficiência de uma ideia de certeza ou convicção subjetiva como seu fundamento válido. Como bem ilustra Taruffo⁴⁸⁴, ao cidadão não importa, o mínimo que seja, que o juiz que lhe condene tenha a certeza subjetiva de sua culpa, supondo que se trate de uma grande inverdade. O que importa, desta forma, é a verificação da existência e suficiência de provas que tenham sido racionalmente valoradas, nunca uma mera certeza subjetiva do julgador.

Por outro lado, a liberdade atribuída ao julgador para formar seu convencimento, como já discutido, não deve ser concebida como autorização para decidir segundo sua intuição. A ação de julgar deve ser concebida como uma atividade racional, científica e fundamentada nas provas praticadas, conforme Miranda Estrampes.⁴⁸⁵ Deste modo, “*el juzgador deberá valorar, ineludiblemente, las pruebas de acuerdo con las ‘reglas de la sana crítica’, del ‘criterio racional’ o del ‘criterio humano’; es decir, de acuerdo con las reglas de la lógica, de la psicología, de la sociología y de la experiencia*”.⁴⁸⁶

Paralelamente, considerando-se que no processo a verdade é geralmente concebida em termos de probabilidade, dada a falibilidade do conhecimento humano, o convencimento judicial poderá ser, nesses termos, mais ou menos sólido, a depender do conjunto probatório levado à sua apreciação. Para tanto, entram em cena os chamados *standards* de prova. Também compreendidos como *quantum of proof*, conforme Ian Dennis⁴⁸⁷, referem-se ao grau de probabilidade segundo o qual os fatos devem ser provados para serem tidos como verdadeiros em determinado processo. Também nesse contexto, papel importante desempenha o ônus de prova (*burden of proof*), o qual, de acordo com Dennis, se refere à carga atribuída à

⁴⁸³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración...* cit. p. 101.

⁴⁸⁴ TARUFFO, Michele. *La valoración racional...* cit., p. 77.

⁴⁸⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997, p. 125.

⁴⁸⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima...* cit., p. 153.

⁴⁸⁷ DENNIS, Ian. *The Law of Evidence*. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2010, p. 450.

parte no sentido de demonstrar, no grau de probabilidade exigido, que certos fatos são verdadeiros.⁴⁸⁸

A questão de análise que ora se coloca, desta forma, é no sentido dos fatores que implicarão na determinação dos parâmetros objetivos que orientam a fixação dos *standards*. Em outras palavras, busca-se estabelecer com certa objetividade e precisão o nível de suficiência probatória exigida para que possa o julgador considerar determinada hipótese como provada. Apesar da atividade de valoração da prova se orientar basicamente por princípios epistemológicos, no âmbito da qual a interferência das normas jurídicas mostra-se inapropriada, o grau de segurança exigido para a decisão da matéria de fato, por outro lado, é questão que se insere no âmbito das escolhas jurídico-políticas do Estado, em consonância com os valores e bens jurídicos tutelados e sua respectiva proteção constitucional, paralelamente às próprias condições subjacentes à estrutura da relação jurídica processual.

A partir da análise de Larry Laudan acerca da perspectiva epistêmica do processo penal, podem-se identificar três grupos de valores, interesses ou objetivos básicos tutelados pelas normas processuais, para cuja consecução se encontram orientadas.⁴⁸⁹ Um desses grupos é governado por valores extra-epistêmicos, eis que as normas processuais inseridas em tal contexto justificam-se pela proteção dos mais diversos valores e finalidades, como, por exemplo, os decorrentes das garantias fundamentais do processo, dos direitos do acusado e da dignidade da pessoa humana. No entanto, são todos estranhos à concepção epistêmica do processo. Paralelamente, um outro grupo se encontra direcionado para a averiguação da verdade dos fatos, cujas normas visam evitar os riscos de decisões equivocadas. Sua finalidade pode ser caracterizada como “redução do erro”, segundo o autor.⁴⁹⁰ Por outro lado, observa-se que o propósito de algumas das normas processuais é o de distribuir entre as partes os riscos de erros decorrentes da atividade valorativa, tendo como parâmetro uma decisão política de acordo com a qual certo tipo de erro é menos aceitável que outro.⁴⁹¹ Isso se verifica a partir da constatação de que, por mais que se preocupe em fortalecer o material probatório e evitar os erros na decisão, em grande parte dos casos não é possível atingir um

⁴⁸⁸ DENNIS, Ian. *The Law... cit.*, p. 450.

⁴⁸⁹ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Tradução de Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21 e ss. No mesmo sentido: LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, p. 97 e ss.

⁴⁹⁰ LAUDAN, Larry. *Verdad, error... cit.*, p. 22.

⁴⁹¹ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, p. 97.

nível seguro de certeza. Desta forma, diante das inevitáveis dúvidas que podem persistir quando encerrada a instrução probatória, cabe ao Estado adotar uma decisão política e ideologicamente condizente com seus valores fundamentais, no sentido de estabelecer a distribuição do risco de erro entre as partes.

Deste modo, os Estados Democráticos de Direito que compartilham os valores garantistas e se submetem aos principais Tratados Internacionais de Direitos Humanos, adotam como fundamento essencial de seus processos penais que a condenação de um cidadão inocente é mais abominável do que a absolvição de um culpado, o que os leva a direcionarem as chances de erros para a segunda hipótese por meio de uma série de mecanismos processuais.⁴⁹² O processo penal possui várias diretrizes valorativas nesse sentido, como as que se extraem do princípio da presunção de inocência, a conhecida máxima *in dubio pro reo*, a ideia segundo a qual a acusação é quem deve suportar o ônus da prova e, enfim, os *standards* probatórios.

Ademais, como bem ressalta Federico Stella⁴⁹³, a regra que exige prova “além da dúvida razoável” para uma decisão condenatória em sede penal é entendida como a substância concreta da presunção de inocência, a qual constitui hoje patrimônio comum dos países do continente europeu e daqueles de *common law* no que tange à proteção da pessoa inocente. Mais ainda, reconhecendo-se que o livre convencimento não significa convencimento arbitrário do juiz, o autor destaca que o *standard* “além da dúvida razoável” constitui-se como uma verdadeira barreira destinada a impedir a transformação do “livre convencimento” em “íntima convicção”⁴⁹⁴.

Sobre os *standards* probatórios, explica Gascón Abellán:

os *standards* de prova são os critérios que indicam quando se logrou obter a prova de um fato, ou seja, quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que o descreve. Tendo em conta que isto ocorrerá quando o grau de probabilidade ou de certeza desta hipótese seja considerado suficiente, a construção de um *standard* implica duas coisas: a) em primeiro lugar decidir

⁴⁹² Conforme salienta Stella, no âmbito do X Congresso das Nações Unidas para a prevenção de crimes e tratamento dos transgressores, realizado em Viena em 10 de abril de 2000, foi reconhecido explicitamente que, a despeito dos modelos variados de justiça criminal, a grande parte deles estabelece entre os direitos dos acusados a presunção de inocência e o *standard* de prova além da dúvida razoável. (STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 211).

⁴⁹³ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 154.

⁴⁹⁴ “Questo, del resto, è l'autentico e profondo significato dell'insegnamento della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Camera dei Lords inglese: l'oltre il ragionevole dubbio viene visto come la grande barricata contro l'intima conviction del giudice, come il filo d'oro nel manto della protezione dell'inocente, come il vanto dell'ordinamento.” (STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 154).

qual grau de probabilidade ou certeza se requer para aceitar essa hipótese como verdadeira; b) em segundo lugar formular os critérios objetivos que indicam quando se alcança esse grau de probabilidade ou certeza exigido.⁴⁹⁵

O que se pretende, a partir da idealização dos *standards* de prova, é estabelecer critérios ou regras aptas a servirem como parâmetros para o julgador, a fim de que seja capaz de discernir quando está autorizado a considerar provada uma das hipóteses em conflito. No âmbito dessa tarefa devem ser ponderados, ademais, os potenciais riscos provenientes de decisões errôneas, avaliando se alguma delas seria socialmente mais tolerável que outra, de acordo com os princípios e valores tutelados pelo Estado e ameaçados no processo. Essa análise será necessária para nortear o legislador na fixação do *standard*, eis que servirá como fator valorativo para a distribuição dos riscos de erro entre as partes envolvidas.

Dentro desse viés, é comum o estabelecimento de *standards* de prova distintos entre os processos penal e civil, partindo-se da ideia de que o primeiro exigiria um maior rigor para autorizar uma decisão condenatória, em face dos valores tutelados. É o que acontece, por exemplo, no direito anglo-americano, onde são dois os mais conhecidos *standards* de prova comumente utilizados: *evidence beyond any reasonable doubt*, para casos criminais, e *preponderance of evidence* nos casos civis, na qual, paralelamente, podem-se agregar exigências mais sólidas em termos de credibilidade da prova, como ocorre por meio do critério de *clear and convincing evidence*.

Apesar dessa tendência em estabelecer *standards* mais rigorosos para o processo penal, parece fundada a afirmação de Badaró acerca da impropriedade do raciocínio que habitualmente é empregado para lhes justificar. Conforme explica o autor, o entendimento pelo qual o processo penal tutela bens jurídicos mais relevantes – a exemplo do direito à liberdade, em risco de privação mediante a aplicação da sanção – não serve como critério diferenciador⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, p. 129.

⁴⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova... cit.*, p. 54. No mesmo sentido, Beltrán sustenta que “*Si se piensa un poco más en el desarrollo de los derechos modernos, las fronteras se debilitan. En efecto, un proceso penal puede concluir con sentencias que afecten a la libertad, o, en algunos países, a la vida del acusado, pero también puede concluir con una retirada del carné de conducir, una sanción pecuniária, etc. Un proceso civil, por su parte, puede tener como consecuencias jurídicas también la sanción pecuniária, la retirada de la patria potestad sobre los hijos, la incapacitación para tomar decisiones sobre la vida y patrimonio de una de las partes, etc. ¿Cuál es la importancia relativa de los bienes en juego? ¿Es siempre mayor en el proceso penal? Creo que la respuesta negativa se impone.*” (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional... cit.*, p. 140.) Em sentido contrário, Stella sustenta: “*La verità è che il giusto processo richiede, per le cause penali, come espressione di una fondamentale equità, uno standard di prova più rigoroso di quello delle cause civili.*” (STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 160).

Deste modo, se se afigura razoável diferenciar os *standards* de prova exigíveis para a decisão em razão dos bens jurídicos tutelados em determinada causa, tal distinção deve ser criada com base em parâmetros coerentes, em razão da natureza específica dos valores em jogo, e não a partir de generalizações infundadas⁴⁹⁷. Assim, para crimes com penas mais leves, seria possível estabelecer um *standard* menos rigoroso para a condenação, caso se adotasse essa lógica. Da mesma forma, para causas cíveis com grande repercussão na esfera de direitos fundamentais do indivíduo, poderia ser aplicável um *standard* mais exigente. Tudo isso de modo coerente com o propósito de distribuir adequadamente os riscos de erro entre as partes, em consonância com um nível de tolerância que se pode considerar aceitável a partir dos valores em jogo.

O que se pode considerar, então, como o principal fundamento para justificar a previsão de um *standard* mais rigoroso no processo penal para a demonstração da tese acusatória, é o desequilíbrio subjacente à estrutura da relação processual nesse contexto, considerando a presença do Estado num dos pólos da relação, paralelamente à condição de fragilidade do acusado que se submete à ação penal⁴⁹⁸. Deste modo, a despeito da igual relevância de alguns bens jurídico tutelados pelo processo civil, nem sempre se vislumbrará semelhante desigualdade estrutural nesta seara. Quando isso ocorrer, no entanto, é recomendável a adoção do *standard* probatório penal, como seria plausível no caso das ações civis punitivas, nas quais identifica-se a superioridade do autor da ação em relação ao demandado.⁴⁹⁹

Não devem ser desconsiderados, ademais, os possíveis efeitos danosos à esfera de direitos do acusado provenientes de uma eventual condenação penal. Referindo-se ao entendimento exposto pela jurisprudência norte-americana, Stella destaca a posição de

⁴⁹⁷ No mesmo sentido, veja-se FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional... cit.*, p. 140; e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova... cit.*, p. 54-55.

⁴⁹⁸ Como explica Clarissa Guedes. GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 14.

⁴⁹⁹ “Quando, de outro turno, além da relevância do bem jurídico em jogo, há peculiaridades tais na relação jurídica processual que determinem imperativamente o seu reequilíbrio, observa-se uma necessidade de alteração não apenas do grau de confirmação exigido para a prova, mas também na própria forma igualitária de distribuição do ônus probatório. Para que se possa cogitar da distribuição desigual do ônus probatório, é preciso que o demandado se encontre sujeito a atos análogos à sanção penal. Ainda, é necessário que se verifique a superioridade do autor da ação, seja ele o Estado, o Ministério Público ou qualquer legitimado em condições de exigir processualmente a punição do réu. Nestes casos, a incidência dos princípios afetos ao processo extrapenal sancionatório deveria ter o efeito de modificar distribuição – em geral equânime – do ônus da prova, de modo a propiciar a igualdade material entre as partes. Também deveria ser modificado o quantum de prova exigido, que passaria a ser muito mais elevado para a prova da hipótese da parte autora do que para a negativa do réu, tendo em vista a necessária incidência do princípio da presunção de inocência nos processos extrapenais punitivos.” (GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional... cit.*, p. 416.)

desvantagem na qual se encontra o imputado no processo penal, o que ameaça não somente seu direito à liberdade mas, também, o seu direito à boa reputação, ao bom nome, a desenvolver tranquilamente suas atividades rotineiras, de participar da vida em comunidade, de desfrutar de boas oportunidades de trabalho, de preservar as relações familiares, dentre outros, os quais poderiam se ver fortemente ameaçados pela estigmatização de uma condenação criminal. O mesmo não acontece, via de regra, diante de uma condenação civil. Desse modo, como conclui o autor, o potencial danoso para o Estado que decorre da condenação de um inocente é muito superior daquele que advém da absolvição de um culpado, e a posição de desvantagem do imputado no confronto com a acusação exige, por uma basilar razão de equidade, que o imputado seja protegido por uma regra probatória e de julgamento muito mais exigente daquela aplicável ao processo civil.⁵⁰⁰

Ainda no mesmo sentido, Stella explica que o propósito da diferenciação entre o *standard* penal e civil encontra-se inserido no tema da moderna teoria da decisão em condições de incerteza, relacionando-se à lógica da distribuição do erro. Diante dos dois possíveis resultados errôneos no âmbito de um caso penal (condenação do inocente e absolvição do culpado), um deles é potencialmente mais censurável que outro no plano social – a condenação do inocente. Daí o estabelecimento de uma regra de julgamento que pretende assumir, em maior grau, a possibilidade de absolver culpados com vistas a evitar, por menor que seja, o risco de condenar inocentes.⁵⁰¹ Por outro lado, no âmbito civil, embora também seja possível identificar casos de equívocos muito graves, não é tão clara a possibilidade de se apontar, em um mesmo caso, o erro que se afigure expressivamente mais reprovável socialmente do que o outro – o que igualmente comporta exceções. Daí falar-se em um *standard* menos rigoroso, no qual a distribuição do erro entre as partes é feita de modo mais equilibrado.⁵⁰²

Um outro enfoque relevante a ser destacado é que, além de servirem os *standards* ao propósito de orientar os julgadores no âmbito do juízo de fato em relação ao nível de suficiência corroborativa exigida para a decisão, funcionam também como importantes mecanismos de controle intersubjetivo do *decisum*. Como bem explica Danilo Knijnik, tais modelos podem ser compreendidos como “enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão. Por seu intermédio (...) cria-se um

⁵⁰⁰ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 157.

⁵⁰¹ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 190.

⁵⁰² STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 190.

complexo de regras lógicas de caráter auxiliar, capazes de estabelecer um arsenal crítico comum para o debate acerca da convicção”.⁵⁰³

Não obstante a relevância dessa função de controle para o fim de impedir o arbítrio judicial, é comum deparar-se com a falta dos critérios hábeis a nortear a análise crítica da lógica empregada no raciocínio descisorio, como aponta Knijnik⁵⁰⁴. Desta forma, como sucede no Brasil, esse controle acaba reduzido à pura e simples renovação ou repetição do próprio juízo de fato pelo tribunal superior. Todavia, para que se proporcione uma efetiva fiscalização da atividade valorativa, cumpre-se recorrer “aos parâmetros lógicos, originários do valor de probabilidade em que se fundam as inferências probatórias”, sendo necessária a construção de um modelo científico capaz de proceder a essa verificação.⁵⁰⁵

Atento a essas premissas, o sistema processual anglo-americano possui uma sólida tradição no que tange ao manejo e aplicação dos *standards* probatórios, também compreendidos sob o aspecto de ônus de persuasão (*burden of persuasion*). A função dessas regras é, em grande medida, a de fornecer instruções normativas para as resoluções judiciais baseadas na incerteza, estabelecendo qual a decisão tomar diante de dúvidas. Paralelamente, visam distribuir qualitativamente as chances de erro entre as partes e, ainda, proporcionar os meios para o controle da decisão.⁵⁰⁶

Como já adiantado há pouco, dois são os *standards* probatórios comumente utilizados no direito anglo-americano.

O *preponderance of evidence* seria o critério menos exigente em termos de prova, sendo bastante que se verifique, dentre as hipóteses concorrentes, que uma delas foi considerada mais provável que a outra, diante dos elementos disponíveis. Paralelamente, em alguns casos cíveis utiliza-se o *clear and convincing evidence*, que se entende mais exigente que o anterior, inclusive no que tange à credibilidade da prova. Esse padrão justifica-se em algumas causas que, por importarem numa certa restrição de direitos ou pela própria natureza do fato e as possibilidades de sua demonstração, exigiriam uma maior carga probatória.

Em segundo lugar situa-se o mais rigoroso deles: *evidence beyond a reasonable doubt*. Originário do sistema inglês e vindo a se converter, em seguida, como regra fundamental do

⁵⁰³ KNIJNIK, Danilo. Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 25 de agosto de 2015, p. 8-9.

⁵⁰⁴ KNIJNIK, Danilo. Os “Standards” do Convencimento Judicial... *cit.*, p. 2.

⁵⁰⁵ KNIJNIK, Danilo. Os “Standards” do Convencimento Judicial... *cit.*, p. 2-3.

⁵⁰⁶ DENNIS, Ian. *The law...* *cit.*, p. 451.

processo penal estadunidense⁵⁰⁷, o *standard* é aplicável aos casos criminais e exige que a tese acusatória esteja provada além de qualquer dúvida razoável.

Isso não significa que não possa haver dúvida, pois parte-se do pressuposto que esta sempre existirá, vez que a plena certeza é praticamente inacessível. O que se exige, outrossim, é um certo grau de probabilidade apto a afastar a existência de qualquer dúvida que se afigure plausível acerca da possibilidade de que alguma hipótese contrária seja verdadeira⁵⁰⁸. Desta forma, entende-se como razoável não a superveniência de qualquer dúvida possível, mas como aquela dúvida concreta, justificada pelo conjunto probatório, por argumentos alternativos plausíveis ou pela possibilidade concreta de prova melhor, de modo a impedir que se possa descartar completamente as hipóteses alternativas.

No âmbito da cultura dos sistemas penais de raiz continental, a proteção do inocente situa-se, em maior medida, no âmbito da garantia da presunção de não-culpabilidade, entendida tanto como regra de tratamento – a impedir a imposição de medidas repressivas fundadas na possível culpabilidade –, quanto como regra probatória e de juízo – a impor à acusação a carga de provar a imputação e, por outro lado, estabelecendo que a dúvida deve favorecer o acusado (*in dubio pro reo*). São aqueles os principais fundamentos para a distribuição dos riscos de erro no processo penal.⁵⁰⁹

Por sua vez, a Itália percorreu um longo caminho de debates doutrinários em torno da conveniência de se configurar a presunção de inocência, segundo Stella, como “um princípio-guia para a metodologia do acerto do fato penal, (...) que exprima a exigência segundo a qual, para alcançar a condenação, é preciso provar além de qualquer dúvida razoável”.⁵¹⁰ Esses intensos debates culminaram com a previsão, em 2006, do referido *standard* probatório

⁵⁰⁷ Cf. TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. v. XXXVIII, n. 114, 2005, p. 1305.

⁵⁰⁸ O Código Penal da Califórnia assim define a *reasonable doubt*: *It is not a mere possible doubt; because everything relating to human affairs is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction of the truth of the charge* (§1.096, 2012). A despeito de válido o alerta para descaracterizar as dúvidas infundadas como hábeis a impedir uma condenação, julga-se a descrição inapropriada por vincular a sua constatação ao ânimo particular e subjetivo do jurado, deixando de especificar condições objetivas nas quais considerar fundada a dúvida.

⁵⁰⁹ “...a proteção da liberdade do réu e da presunção da inocência são, indubitavelmente, os fundamentos da distribuição de riscos no processo penal, atuando tanto sobre a fixação do modelo de constatação que exige prova além da dúvida razoável, como sobre a atribuição unilateral do ônus da prova ao órgão acusador.” (GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional... cit.*, p. 419.)

⁵¹⁰ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità... cit.*, p. 132-133.

no Código de Processo Penal italiano: “*Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio*”.⁵¹¹

Uma questão importante a ser considerada para a constituição de um *standard* probatório válido é a definição de seu conteúdo em termos objetivos, de modo que sejam plenamente compreensíveis e que possam servir como meios eficazes de controle da racionalidade da decisão. Em outras palavras, a fixação do *standard* em termos subjetivos, no sentido de exigir como critério de satisfação a mera convicção judicial – seja ela ou não adjetivada como crença firme, sólida, ou convicção suficiente e segura – leva à frustração de qualquer expectativa de racionalidade, eis que falha no propósito de orientar o juiz acerca dos parâmetros seguros sobre os quais deva sustentar suas decisões. Ademais, dificulta uma verificação intersubjetiva acerca dos seus fundamentos, enfraquecendo, por conseguinte, o conteúdo da garantia da motivação das decisões.

Knijnik, por sua vez, defende o caráter axiológico dos *standards*, o que demandaria a abertura e flexibilidade do seu conteúdo de modo a que venham a configurar-se de forma semelhante aos princípios jurídicos, como pautas móveis a serem permanentemente concretizadas ao aplicá-las no caso a julgar.⁵¹²

É claro que se reconhece a necessidade de uma certa abertura em seu conteúdo, de modo a permitir sua adequada interpretação e aplicação dentro das peculiaridades do caso em análise. No entanto, o que se está a defender é que esse conteúdo não seja estabelecido de modo a relacionar o nível de suficiência probatória pretendido a um estado psicológico do julgador, o qual, por sua própria essência, não pode ser verificado e controlado objetivamente. Ademais, considerando que a atividade valorativa do juiz deve estar vinculada a parâmetros lógicos e racionais, os *standards* que visam a servir como critérios para o seu controle não podem apresentar uma definição totalmente subjetiva e maleável, sob pena de macular seu propósito garantístico. Ao contrário, seu conteúdo deve estar expresso por meio de termos e parâmetros objetiváveis, desconectados da subjetividade do julgador.

O problema da subjetividade do conteúdo dos *standards* probatórios é ainda mais problemático no âmbito dos processos que destinam a matéria de fato à decisão de cidadãos leigos, a exemplo do que ocorre, em grande medida, no sistema norte-americano. Sendo

⁵¹¹ Art. 533, *comma* 1.

⁵¹² Os modelos vocacionados ao controle do juízo fático, porque assimilados a paradigmas ou *standards*, operam semelhantemente aos princípios jurídicos, envolvendo, pois, abertura, polissemia, alta flexibilidade. Os *standards* não são, como acertadamente observa STRACHE, regras configuradas conceptualmente, às quais se possa efectuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas ‘móveis’, que têm de ser inferidas da conduta reconhecida como ‘típica’, e que têm que ser permanentemente concretizadas ao aplicá-las no caso a julgar. (KNIJNIK, Danilo. Os “Standards” do Convencimento Judicial... *cit.*, p. 14.)

assim, os jurados, após se deterem sobre as provas apresentadas pela acusação e defesa, devem decidir por condenar o acusado se, e somente se, tiverem alcançado um grau de certeza além de qualquer dúvida razoável. Por outro lado, se persiste uma dúvida plausível no sentido de sua inocência, a absolvição é medida que se impõe. O problema que se apresenta, no entanto, é a excessiva subjetividade que permeia a formação do convencimento, o que é agravado pelo caráter subjetivo dos *standards* de prova, como relatou Laudan.⁵¹³ A subjetividade do *standard* implica a renúncia à definição da verdade segundo um ideal de correspondência, contentando-se, por sua vez, com concepções subjetivas vinculadas a estados de crença e critérios de certeza insuscetíveis de controle.

A situação ainda se agrava diante da falta de um método para a sua aplicação e verificação⁵¹⁴, principalmente diante da ausência de motivação dos veredictos, o que se mostra habitual na expressiva maioria dos sistemas de decisão por jurados. Laudan insurge-se, nesse sentido, com a postura dos juízes que presidem o Júri no contexto norte-americano, os quais não fariam qualquer esforço para explicar aos cidadãos leigos quais tipos de inferências ou classe de evidências justificariam a formação de uma crença firme na culpabilidade do acusado, como se a simples expressão “dúvida razoável” fosse auto-evidente. Destaca, ademais, que o ponto de vista oficial da Suprema Corte dos Estados Unidos acerca do *standard* é de que a condição necessária e suficiente para condenar o acusado em um juízo penal é a crença firme da culpabilidade por parte do jurado⁵¹⁵, o que se revela, segundo ele, bastante temerário.

Apesar de se compreender os motivos da aflição do autor, mormente se considerada sua condição de epistemólogo, parecem um tanto injustas suas críticas em relação à prática estadunidense. Especialmente na medida em que aquela é contrastada com a realidade brasileira, que sequer possui uma cultura de fixação de *standards* nas decisões dos juízes togados, quanto menos nos veredictos dos jurados – os quais são soberanamente fundados na íntima convicção. Como se abordará adiante, os jurados brasileiros não recebem qualquer tipo de instrução sobre a forma de realizar suas apreciações sobre a prova, nem mesmo são

⁵¹³ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba... *cit.*, p. 97. No mesmo sentido, em obra mais abrangente: _____ . *Verdad, error y proceso penal: ... cit.*, p. 59 e ss.

⁵¹⁴ Laudan se refere a um entendimento recorrente entre os juristas acadêmicos norte-americanos de se referir ao *standard* em termos de probabilidade bayesiana, quantificando-o em uma probabilidade de 90% a 95% de certeza. Por outro lado, os juízes preferem tratar o *standard* qualitativamente, como uma certeza moral, uma convicção íntima, firme, acerca da culpabilidade. O autor pretende demonstrar, no entanto, que ambos os juristas (acadêmicos e profissionais) não têm mais que uma compreensão superficial do que seja um *standard* probatório e do porquê de sua necessidade. (LAUDAN, Larry. Por qué un estándar... *cit.*, p. 98-99).

⁵¹⁵ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar... *cit.*, p. 99-100.

alertados para a obrigação de basear suas decisões unicamente na prova apresentada. Por outro lado, como também será objeto de aprofundamento posterior, a cultura da *common law* é bastante preocupada em zelar pela qualidade dos veredictos, e é considerado um dever funcional do juiz (senão em todos, na maioria dos estados americanos) instruir os jurados sobre a definição do *standard* probatório aplicável ao caso por meio de linguagem acessível.

No entanto, a despeito de se reconhecer o mérito dos esforços dos juízes estadunidenses em instruir os jurados sobre os *standards*, há de se concordar com Laudan acerca da inconveniência de que tais construções sejam fundadas em critérios subjetivos⁵¹⁶.

As instruções aos jurados no sistema de júri norte-americano se revelam de fundamental importância para suprir a falta de conhecimentos jurídicos dos mesmos e para orientá-los a desenvolver raciocínios adequados e precisos acerca das provas, em face das normas aplicáveis ao caso. Deste modo, considerando-se a abertura conceitual do *standard* criminal no que se refere à definição de “dúvida razoável”, as instruções servem ao propósito de esclarecer suficientemente os jurados acerca de quando está aquele critério satisfeito, de modo a autorizar uma condenação. Essa função parece ter sido delineada de modo mais objetivo no âmbito dos parâmetros estabelecidos pela Corte de Nova York aos juízes com vistas a nortear as suas instruções aos jurados, conforme se vê no trecho selecionado:

A lei não requer que o Povo prove a culpa do acusado além de qualquer dúvida possível. Por outro lado, não é suficiente provar que o acusado é provavelmente culpado. Em um caso criminal, a prova da culpa deve ser mais forte que isso. Deve estar além de qualquer dúvida razoável. Uma dúvida razoável é uma dúvida honesta sobre a culpa, para a qual existe uma razão baseada na natureza e qualidade da prova. É uma dúvida real e não imaginária. É uma dúvida pela qual uma pessoa razoável, agindo em uma questão de tamanha importância, provavelmente se acometeria em face da prova apresentada ou pela falta de prova convincente. (...) Ao determinar se o Povo provou ou não a culpa do acusado além da dúvida razoável vocês devem ser guiados unicamente por uma completa e justa avaliação da prova.

⁵¹⁶ Isso é o que se pode extrair dos parâmetros gerais para as instruções aos jurados em âmbito federal nos casos criminais, publicação oficial norte-americana destinada a orientar os juízes na formulação das instruções: “Prova além da dúvida razoável é aquela que o deixa firmemente convencido acerca da culpa do acusado. Há poucas coisas nesse mundo que temos por absolutamente certas, e, nos casos criminais, a lei não exige a prova que supera toda a dúvida possível. Se, com base em suas considerações acerca da prova, você é capaz de dizer-se firmemente convencido de que o réu é culpado do crime pelo qual é acusado, deve decidir por condená-lo. Se, por outro lado, você considera que existe uma possibilidade real de que ele não seja culpado, você deve concedê-lo o benefício da dúvida e decidir por absolvê-lo.” Tradução livre. (Pattern Criminal Jury Instructions: Report of the Subcommittee on Pattern Jury Instructions, Committee on the Operation of the Jury System, Judicial Conference of the United States. Federal Judicial Center, 1987. Disponível em: http://federalevidence.com/pdf/JuryInst/FJC_Crim_1987.pdf. Acesso em: 30/11/2015.). É certo que podem ser encontrados parâmetros mais recentes para as instruções em sede regional, no âmbito de cada um dos onze circuitos que compõem a organização das cortes federais de apelação dos Estados Unidos. A publicação citada, no entanto, é a que estabelece os parâmetros gerais aplicáveis a todos eles.

(...) Qualquer que seja o seu veredicto, o mesmo não pode recair sobre mera especulação infundada. Tampouco deve ser influenciado por qualquer tipo de inclinação, preconceito, simpatia, pelo intuito de findar as deliberações ou evitar um dever desagradável.⁵¹⁷

Em sentido semelhante, uma definição interessante de *reasonable doubt* foi forjada em meio ao caso *Geesa v. State*⁵¹⁸, julgado em 1991 pela Corte Criminal de Apelações do Texas, a qual veio a ser amplamente utilizada como parâmetro para a formulação das instruções naquele estado:

Uma dúvida razoável é uma dúvida baseada na razão e no senso comum após uma consideração cuidadosa e imparcial de todos os elementos probatórios do caso. É o tipo de dúvida que faria com que uma pessoa racional hesitasse em agir no âmbito do mais importante de seus próprios assuntos. Prova além da dúvida razoável, portanto, deve ser aquela prova com um caráter tão convincente que lhe tornaria disposto a confiar e agir a partir dela sem hesitação na mais importante de suas próprias atividades.

Embora possam ter ainda conteúdo vago e inconsistente, evidencia-se por meio das citadas instruções uma preocupação em desvincular o conceito de dúvida razoável da exclusiva ideia de convicção pessoal, assim como das eventuais influências advindas da emoção, preconceito e juízos antecipados. Procura-se vincular a convicção dos jurados à prova disponível, embora ainda falte uma melhor objetivação dos critérios aptos a caracterizar a dúvida tida como razoável, de modo a autorizar a condenação. Compreendendo-se o *standard* como mecanismo destinado a nortear o julgador sobre os parâmetros válidos de decisão a serem adotados, é incoerente que seu conteúdo se revista de caráter meramente subjetivo, direcionado para o âmbito particular da certeza individual.

Não obstante, caminhando em sentido contrário, no âmbito do sistema inglês

⁵¹⁷ Tradução livre. No original: “*Therefore, the law does not require the People to prove a defendant guilty beyond all possible doubt. On the other hand, it is not sufficient to prove that the defendant is probably guilty. In a criminal case, the proof of guilt must be stronger than that. It must be beyond a reasonable doubt. A reasonable doubt is an honest doubt of the defendant's guilt for which a reason exists based upon the nature and quality of the evidence. It is an actual doubt, not an imaginary doubt. It is a doubt that a reasonable person, acting in a matter of this importance, would be likely to entertain because of the evidence that was presented or because of the lack of convincing evidence. (..) In determining whether or not the People have proven the defendant's guilt beyond a reasonable doubt, you should be guided solely by a full and fair evaluation of the evidence. (...) Whatever your verdict may be, it must not rest upon baseless speculations. Nor may it be influenced in any way by bias, prejudice, sympathy, or by a desire to bring an end to your deliberations or to avoid an unpleasant duty.*” (Criminal Jury Instructions. 2nd ed. New York State Unified Court System, 2005. Disponível em: http://www.nycourts.gov/judges/cji/1-General/CJ12d.Presumption.Burden.Reasonable_Doubt.pdf. Acesso em: 30/11/2015.

⁵¹⁸ Disponível em: <http://law.justia.com/cases/texas/court-of-criminal-appeals/1991/290-90-4.html>. Acesso em: 24 de agosto de 2016.

uniformizou-se o entendimento de que não é recomendável ao juiz fornecer, em meio às instruções, uma formulação explicativa do conteúdo do *standard*. Ao contrário, nesse sistema nem mesmo se deve fazer referência à ideia de dúvida razoável, mas meramente informar aos jurados que devem decidir por uma ou outra via na medida em que estiverem convictos – o termo a ser utilizado é *being sure*.⁵¹⁹ Não se pode considerar ter sido esta a melhor abordagem, em meio à necessidade de se buscar mecanismos racionais para orientar a decisão sobre os fatos.

Deste modo, a construção do *standard* e sua aplicação deve ser hábil a orientar o julgador a utilizar raciocínios válidos, semelhantes aos científicos, para verificar se uma hipótese pode ou não ser considerada provada diante das evidências apresentadas. Nesse sentido, Laudan explica que a finalidade de um *standard* em outras áreas do conhecimento científico (como nas ciências naturais, nas pesquisas clínicas em medicina, na matemática, etc.) é de indicar ao investigador quando está autorizado a considerar um fato como provado, isto é, quando a relação entre a prova ou as premissas justifica a aceitação da conclusão como provada para os propósitos pretendidos.⁵²⁰ No âmbito do processo, ao contrário, o *standard* acaba sendo parasitário do nível de confiança do jurado acerca da culpabilidade do acusado.⁵²¹

O grande equívoco em pensar assim, conforme o raciocínio do autor, é a inversão da ordem lógica das coisas. É como, segundo ele, os matemáticos estabelecerem que um teorema é verdadeiro a partir do momento em que estejam seguramente convencidos desta verdade. Ou, da mesma forma, dizer a um epistemólogo que a partir do momento que esteja plenamente convencido de que existe uma conexão causal entre A e B, isso estaria provado. Ambas as situações seriam motivo de piada no âmbito das respectivas ciências. O correto seria então, justamente o contrário, ou seja, o investigador não está autorizado a estar totalmente convencido de A até que (e a menos que) tenha uma prova de A (sendo que a firme

⁵¹⁹ Conforme orientação constante no manual oficial direcionado aos juizes para auxiliá-los em meio às instruções, “*The prosecution proves its case if the jury, having considered all the evidence relevant to the charge they are considering, are sure that the defendant is guilty. Further explanation is unwise. If the jury are not sure they must find the defendant not guilty. Note: Being sure is the same as entertaining no reasonable doubt.*” Judicial Studies Board. *Crown Court Benchbook: Directing the Jury*. 2010, p. 16. Disponível em: https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Training/benchbook_criminal_2010.pdf. Acesso em: 23 de agosto de 2016.

⁵²⁰ Como salienta Ferrer Beltrán, na tarefa de avaliação das distintas hipóteses plausíveis para determinar a probabilidade de que uma delas seja verdadeira, em face dos elementos de prova disponíveis, a função do juiz é análoga àquela desenvolvida pela comunidade científica, no sentido de avaliar a investigação realizada por outros. (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional... cit.*, p. 139.

⁵²¹ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar... *cit.*, p. 104.

convicção acerca de A não conta, em absoluto, como uma prova nesse sentido).⁵²²

Destarte, pode-se concluir que um *standard* de prova apropriado não depende de uma confiança subjetiva em uma das hipóteses, ao contrário, o *standard* indica quando esta confiança subjetiva está justificada. Fora do direito, a confiança racional em uma conjectura segue a sua prova, nunca a precede. No direito, tal confiança precede, certifica e, inclusive, constitui a prova.⁵²³

Pois bem. A partir das reflexões precedentes é possível formular algumas críticas acerca do conteúdo do *standard* aplicado aos casos penais, qual seja, o que exige a verificação da prova da hipótese acusatória além da dúvida razoável. Conforme já discutido, não faltam opiniões divergentes no que tange à interpretação dos critérios que decorrem de sua formulação, com vistas a nortear sua aplicação prática. A própria orientação contida no Código Penal da Califórnia, por exemplo, ao tratar do que se entende como dúvida razoável, refere-se a uma convicção subjetiva do jurado, compreendida como uma condição mental em relação à qual o mesmo não se sente inteiramente convencido acerca da verdade da imputação⁵²⁴, o que demonstra uma indesejável subjetividade. Não é por acaso que Taruffo considera praticamente impossível defini-lo analiticamente.⁵²⁵

A despeito de destacar a imprecisão de seus contornos, Taruffo julga acertada a opção política pela exigência desse elevado grau de probabilidade para uma condenação penal, entendendo estar o *standard* em consonância com os princípios fundamentais do processo penal moderno no que se refere às garantias do imputado e ao dever de racionalidade da decisão e sua justificação.⁵²⁶ Por outro lado, o autor italiano atenta para a impropriedade de se considerar que a estipulação de tal padrão decisório decorra do princípio fundamental da presunção de inocência. Segundo ele, a superação da presunção de inocência seria possível pela simples presença de prova ordinária da culpabilidade, não sendo exigível, portanto, a satisfação de um grau particularmente mais elevado de prova.⁵²⁷

Essa conclusão, a qual se considera acertada, serve como alerta para diversos sistemas

⁵²² LAUDAN, Larry. Por qué un estándar... *cit.*, p. 104-105.

⁵²³ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar... *cit.*, p. 105-106.

⁵²⁴ Conforme já mencionado anteriormente na nota de n. 464.

⁵²⁵ TARUFFO, Michele. Conocimiento científico... *cit.*, p. 1305. Todavia, considera evidente o significado central que se expressa por meio desse *standard*: “esse requer um grau particularmente elevado de confirmação probatória da culpabilidade do imputado, que tende à certeza, visto que admite somente a presença de dúvidas ‘irrazoáveis’, numa evidente tentativa de reduzir ao mínimo o risco de condenação de um inocente.” (_____. *Uma Simples Verdade... cit.*, p. 253).

⁵²⁶ TARUFFO, Michele. Conocimiento científico... *cit.*, p. 1306.

⁵²⁷ TARUFFO, Michele. Conocimiento científico... *cit.*, p. 1307.

processuais penais que não contemplam disposição expressa a exigir a satisfação de *standards* probatórios mais rigorosos para as decisões penais. O processo penal brasileiro, por exemplo, é um desses casos.⁵²⁸ Com base na previsão constitucional de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"⁵²⁹, extrai-se a essência da presunção de inocência, de cujo contexto infere-se uma regra probatória que atribui à acusação o ônus de provar a imputação. Paralelamente, compreende-se nessa perspectiva os princípios implícitos do *favor rei* e do *in dubio pro reo* – este último como regra de juízo a orientar o juiz em caso de dúvida sobre a prova dos fatos.

Como esclarece Moraes, o *in dubio pro reo* traz em si a ideia de que, ante a existência de dúvida, deve ela ser resolvida favoravelmente ao réu. Ademais, esta dúvida a que alude o princípio sempre advém dos fatos (não provados ou provados de forma insatisfatória), podendo incidir em qualquer momento decisório judicial. Paralelamente, como aduz o autor, o *favor rei* destina-se a direcionar uma escolha valorativa que tem como base informadora os ideais de igualdade, dignidade da pessoa e proteção da liberdade e do patrimônio. Incide tanto no campo legislativo – para conformação de leis que visem garanti-los, como no judicial – indicando a opção ideológica a ser seguida na interpretação dos dispositivos legais.⁵³⁰

Veja-se que, em face da ausência de previsão clara de um *standard* probatório no sistema brasileiro, falta rigor na definição do grau de corroboração exigido para que se possa aceitar como verdadeira a hipótese acusatória, ou seja, quando se encontra justificado considerar o acusado culpado. Da simples compreensão de que a dúvida favorece o réu, em regra, não se permite deduzir a exigência de uma maior solidez probatória para condená-lo do

⁵²⁸ O direito brasileiro traz um grande problema para a efetividade da garantia da presunção de inocência. Apesar de a Constituição estabelecer, mesmo que genericamente, o seu âmbito de proteção, verifica-se a inércia do legislador no sentido de lhe dar eficácia concreta por meio do estabelecimento mais rigoroso de seus contornos e aplicações. Como constata Maurício Zanoide de Moraes, inclusive, o Código de Processo Penal vigente foi construído sobre um eixo autoritário que rejeita a própria ideia de presunção de inocência. Para ele, "... a presunção de inocência não tem a necessária efetividade porque ainda não foi feita uma legislação infraconstitucional cujos institutos (todos) sejam elaborados tendo em vista sua natureza de preceito fundamental e, para piorar, a legislação existente possui toda a sua estrutura e base epistemológica voltada a negar efetividade àquele princípio." (MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 339-340).

⁵²⁹ Conforme artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988. Importa consignar, nesse sentido, que o já frágil âmbito de proteção da garantia da presunção de inocência no contexto brasileiro, o qual não é reforçado pela previsão de um rigoroso *standard* de prova, restou ainda mais prejudicado diante do entendimento recente do Plenário do Supremo Tribunal Federal no âmbito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, pelo qual restou considerada admissível a execução da pena privativa de liberdade nos casos em que a condenação, embora não transitada em julgado, tenha sido confirmada por julgamento em segunda instância. Mais informações sobre os fundamentos dos votos dos Ministros podem ser obtidas em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 17 de janeiro de 2017.

⁵³⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência... cit.*, p. 365-366.

que para absolvê-lo. Isso porque, partindo-se da suposição de que o juiz não esteja em dúvida, mas, ao contrário, tenha se convencido da culpabilidade do acusado, nenhum preceito se dirige a auferir a solidez desse convencimento, de modo a averiguar o grau de certeza atingido. Nesse sentido pode-se concluir que a falta de previsão expressa de um *standard* mais rigoroso para a decisão penal condenatória, além de enfraquecer a proteção constitucional da inocência, contribui para a irracionalidade de sua formulação, dada a ausência de critérios objetivos hábeis a orientar o julgamento.

Face às constatações expostas, buscando corrigir as possíveis distorções e inconvenientes decorrentes do conteúdo subjetivo das regras de confirmação, Laudan apresenta algumas amostras de proposições que poderiam ser hábeis a guiar o investigador (juiz ou jurado) em direção aos raciocínios probatórios válidos:

(A) Se é crível a prova acusatória ou um testemunho que resultaria difícil de explicar se o acusado fosse inocente e não é crível a prova de inocência ou um testemunho que seria muito difícil de explicar caso o acusado fosse culpado, então, condene-o. Do contrário, absolva-o.

Ou, tomando as indicações de algumas das interessantes propostas de Ron Allen:

(B) Se a história da acusação acerca do delito é plausível e você não pode imaginar uma história plausível que mostre o acusado como inocente, então, condene-o. Do contrário, absolva-o.⁵³¹

Em sentido semelhante, o epistemólogo cita uma instrução oficial para o jurado adotada pelo Estado da Califórnia acerca das provas circunstanciais:

A conclusão pela culpabilidade a respeito da prática de um delito não pode se basear em provas circunstanciais a menos que as circunstâncias provadas sejam não só (1) coerentes com a teoria de que o acusado é culpado do crime senão que, ademais, (2) não possam ser reconciliadas com qualquer outra conclusão racional. Se as provas circunstanciais permitem duas interpretações racionais, uma que sinaliza para a culpabilidade do acusado e a outra para sua inocência, você deverá adotar esta segunda interpretação e rechaçar a interpretação que sinaliza para a culpabilidade.⁵³²

⁵³¹ Tradução livre. No original: (A) Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuese inocente y no es creíble la prueba exculpatoria o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénalo. De otro modo, absuévalo. O, tomando las indicaciones de algunas de las interesantes propuestas de Ron Allen: (B) Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénalo. De otro modo, absuévalo.” (LAUDAN, Larry. Por qué un estándar... *cit.*, p. 107).

⁵³² Tradução livre. No original: Sin embargo, el hallazgo de la culpabilidad respecto de la comisión de un delito no puede basarse en pruebas circunstanciales a menos que las circunstancias probadas sean no sólo (1) coerentes con la teoría de que el acusado es culpable del crimen sino que además, (2) no puedan ser reconciliadas con cualquier otra conclusión racional. Si las pruebas circunstanciales permiten dos interpretaciones razonables, una que señala a la culpabilidad del acusado y la otra a su inocencia, usted deberá

Jordi Ferrer Beltrán também demonstrou semelhante preocupação com os riscos da subjetividade dos *standards* para a racionalidade das decisões judiciais, motivo pelo qual procurou estabelecer alguns requisitos a guiar o legislador na fixação dos *standards*. Em primeiro lugar, considerando que o grau de corroboração de uma hipótese fática independe da crença do julgador acerca da verdade de seu conteúdo, deve-se evitar vincular a suficiência probatória com as convicções ou dúvidas daquele que decide os fatos. Um segundo requisito é o da objetividade da formulação da regra com vistas a tornar possível o controle intersubjetivo de sua aplicação. Por fim, uma terceira exigência é no sentido de que o *standard* incorpore os valores sociais garantistas no que tange à distribuição dos riscos de erro.⁵³³

Por conseguinte, diante dessas constatações, Ferrer Beltrán elaborou uma proposta de construção objetiva da regra de confirmação aplicável ao processo penal, que seria satisfeita mediante o cumprimento simultâneo das seguintes condições:

- (1) *La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.*
- (2) *Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc.*⁵³⁴

Embora todas as construções representadas acima revelem alguns inconvenientes e possam exigir raciocínios mais complexos do que aqueles comumente empregados para a aplicação dos *standards* tradicionais – o que se afigura positivo –, seu conteúdo presta-se ao propósito de ilustrar os argumentos aqui discutidos, aprofundando as reflexões sobre as exigências de racionalidade e controlabilidade das decisões penais de modo a inspirar o aprimoramento dos sistemas processuais.

Veja-se que em todos os casos são estabelecidos parâmetros dentro dos quais podem-se considerar provados ou não os fatos, bem como para que possa o jurado condenar ou deva absolver o acusado. Por mais que ainda nesses casos haja uma margem para a subjetividade, a conclusão não fica inteiramente no campo da certeza, do convencimento subjetivo,

adoptar esta segunda interpretación y rechazar la interpretación que señala la culpabilidad. (LAUDAN, Larry. Por qué un estándar... *cit.*, p. 108).

⁵³³ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración...* *cit.*, p. 146.

⁵³⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración...* *cit.*, p. 147. Por hipóteses *ad-hoc* o autor se refere às estratégias probatórias que se configuram a *posteriori*, as quais normalmente são insuscetíveis de contrastação porque insensíveis à experiência. Beltrán exemplifica com a hipótese de complô contra o acusado, argumento genérico que pode ser utilizado para rebater todo o tipo de prova apresentada pela acusação. (p. 149).

aproximando-se mais da noção de verdade como correspondência que deve ser a responsável por guiar os esforços no processo.

As observações de Laudan no que tange à subjetividade dos *standards* probatórios foram submetidas ao debate em uma mesa redonda sobre o tema “Racionalidade e *standards* de prova”, tendo como debatedores Michele Taruffo, Marina Gascón Abellán e Juan Igartua Salaverria, sob a coordenação de Perfecto Andrés Ibáñez.⁵³⁵

Marina Gascón Abellán compartilha com Laudan e Ferrer Beltrán o entendimento acima esposado acerca da necessidade de se estabelecer um *standard* de forma objetiva e controlável, aduzindo que a construção deste deve observar dois parâmetros principais. Em primeiro lugar, urge-se decidir qual o grau de probabilidade ou certeza se requer para aceitar uma hipótese como verdadeira; em segundo lugar, deve-se formular objetivamente o *standard*, ou seja, formular os critérios objetivos que indicam quando se alcança o grau de probabilidade ou certeza exigido. Sobre esse ponto, a autora considera que essa objetividade deve se expressar mediante um critério controlável⁵³⁶.

É esta exigência de controlabilidade – totalmente pertinente e necessária, que reside um grande problema no manejo dos *standards* pelo júri. Problema este que não passou despercebido por Taruffo⁵³⁷ e Igartua Salaverria em suas observações. Considerando que na maior parte das suas configurações, especialmente no sistema norte-americano, os jurados não motivam suas decisões, restaria ineficaz a tentativa de objetivar o *standard*. Mesmo que se

⁵³⁵ Os quais se realizaram em dezembro de 2005 durante o XI Congreso Italo-Español de Teoría del Derecho. Os artigos fruto das discussões compuseram o número 28 do periódico DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2005, com apresentação de Jordi Ferrer Beltrán.

⁵³⁶ E conclui: “Os *standards* se inserem, pois, em um processo de valoração racional. Mais exatamente, cumprem duas funções. Uma função heurística primeiro (enquanto guias de uma valoração racional): o *standard* é o critério conforme o qual deverá o juiz formular sua valoração final sobre os fatos da causa. E uma função justificadora depois (enquanto critérios para a motivação): o *standard* é o critério conforme o qual há de reconstruir-se a justificação da decisão probatória.” (Tradução livre. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho. cit., p. 129.)

⁵³⁷ “Un punto que creo importante es que en el sistema norte-americano el problema de la aplicación del BARD surge en dos momentos: el de las instrucciones que los jueces del trial dan al jurado y el de las afirmaciones de principio que se encuentran en las sentencias de las appellate courts o de la Corte Suprema. En cambio, no es posible en absoluto verificar si el BARD o cualquier otro estándar se ha aplicado efectivamente por los jurados en el momento de la decisión, por la obvia razón de que los jurados no motivan sus veredictos. En lo que se refiere a las instrucciones dadas por los jueces a los jurados, éstas pueden ser formuladas mejor o peor según los casos, aunque sólo sea porque son dadas por jueces que no tienen formación filosófica o epistemológica (y a menudo tienen incluso una formación jurídica mediocre). En cualquier caso, la observación fundamental es que no es posible verificar si, y en qué medida, esas instrucciones son seguidas por el jurado. Se puede conjeturar que incluso si el juez ofreciese una definición filosóficamente impecable del BARD, ésta no sería más que una especie de “mensaje en la botella”, que el jurado podría no comprender o no seguir.” Vale observar que a sigla BARD corresponde ao *standard* norte-americano *beyond a reasonable doubt*. TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. In: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho. cit., p. 120.

considerasse ainda sua utilidade para direcionar o raciocínio dos jurados a partir das provas, priorizando, inclusive, a sua função demonstrativa, não seria possível verificar a correção das conclusões.

Conforme Igartua Salaverría, pouco valeria haver conquistado um critério objetivo se não fosse possível blindar a decisão contra uma recaída na subjetividade. É necessário formular corretamente o *standard* probatório, mas pode ser que isso não seja suficiente. É preciso, primeiro, entendê-lo corretamente; logo, aplicá-lo adequadamente; e, finalmente, como deve ser feito com um critério que se pretenda objetivo, deve-se dispor de algum mecanismo para controlar se foi manejado ou não como é devido pelo órgão responsável por sua aplicação.⁵³⁸

De fato, se manejado pelo juiz profissional que irá, ao final, motivar sua decisão, o *standard* objetivo estará mais apto a cumprir sua finalidade, inclusive permitindo que qualquer pessoa possa analisar a fundamentação da decisão e exercer um controle, uma fiscalização da atividade valorativa. Isso, realmente, poderia reduzir a subjetividade que acomete a busca da verdade e resulta em erros de valoração.

No entanto, ciente de que a proposta de incorporação de um *standard* objetivo no contexto do procedimento brasileiro de júri não se dará de forma isolada, mas em conjunto com outras medidas voltadas para o mesmo propósito de situar suas decisões sobre bases racionais, acredita-se possível reduzir os riscos de subjetividade inerente às suas decisões, ainda que não apoiadas em uma fundamentação expressa. Para tanto, importa analisar, no capítulo subsequente, quais as formas pelas quais se pode suprir a ausência de motivação nesse contexto.

⁵³⁸ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Prolongaciones a partir de Laudan. In: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho. cit.*, p. 146.

3. A MOTIVAÇÃO COMO MECANISMO DE CONTROLE DA RACIONALIDADE DO JUÍZO E A SUPOSTA INCOMPATIBILIDADE COM A DINÂMICA DO JÚRI

Para que se veja concretizado o direito à prova com todas as peculiaridades e garantias que podem ser compreendidas nesse contexto, é imperioso que se possa vislumbrar uma forma de análise da decisão judicial, a fim de que possam ser compreendidos seus motivos e fundamentos. A valoração não pode se dar de forma enigmática, sem que possa ser submetida a um controle. As partes, em decorrência da garantia do contraditório e do direito à prova, devem ter seus elementos probatórios e argumentos efetivamente considerados pelo julgador, e, conseqüentemente, precisam dispor dos meios aptos a verificar quais teriam sido os elementos determinantes para a formação de sua convicção. Também a sociedade, em nome de quem o Poder Jurisdicional é exercido, deve poder fiscalizar a qualidade e a justiça da prestação jurisdicional, como expressão da legitimidade das decisões judiciais. Além disso, como pressuposto da garantia à ampla defesa, o réu no processo penal deve ter a possibilidade de compreender os fundamentos de uma eventual condenação, verificando se fora, de fato, ouvido, e se teve suas teses defensivas sopesadas. Por fim, na eventualidade de um recurso, o tribunal superior deve poder analisar a justificativa para a decisão tomada, a fim de verificar a necessidade ou não de sua revisão.

Deste modo, paralelamente aos esforços direcionados à configuração de um procedimento probatório racional no âmbito do juízo por jurados, faz-se necessário dispor também de mecanismos hábeis a proporcionar um desejável controle sobre a atividade valorativa e o conteúdo de suas decisões, com vistas a que não seja maculada a essência do direito à prova. Existem diversas formas de se realizar essa verificação, e, indubitavelmente, algum controle deve se mostrar possível, mesmo no contexto do juízo popular.

Nas decisões judiciais prolatadas por juízes togados e, por vezes, nos modelos de Júri que adotam a configuração mista – nos quais a decisão é produto da deliberação conjunta entre leigos e profissionais –, essa fiscalização é realizada por meio da análise dos motivos que acompanham a decisão. Em sendo a motivação das decisões judiciais o principal meio de se analisar a sua racionalidade, é possível considerá-la uma quarta dimensão do direito à prova, como faz Ferrer Beltrán⁵³⁹.

⁵³⁹ O autor aponta para o fato de ser incomum a perspectiva da motivação como direito subjetivo, mas, todavia, considera possível fazer referência a um direito de obter uma decisão suficiente e expressamente justificada. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración... cit.*, p. 57.

Questão tormentosa é a que se coloca diante da ausência de fundamentação das decisões nos modelos puros de júri, nos quais, tradicionalmente, não é exigível a explicitação dos motivos que determinaram o veredicto. Paralelamente ao repouso dogmático que paira sobre a questão, ante a falta de um sério enfrentamento do tema, é comum sustentar-se que esta forma peculiar de decisão pelos cidadãos leigos seria incompatível com o dever de fundamentação⁵⁴⁰, de modo a se concluir por sua inaplicabilidade às decisões emanadas da instituição – tese com a qual não se pode concordar. Tal explicação é utilitarista e não resolve a questão sob o ponto de vista da eficácia das garantias fundamentais do processo, uma vez que o processo perante o júri não está imune à observância de seus preceitos.

Para que se possa aprofundar a discussão, importa, primeiramente, analisar os principais contornos inerentes à garantia da motivação das decisões judiciais segundo a moderna doutrina processual para, em seguida, enfrentar a questão de sua compatibilidade com a instituição do júri. Desde já cumpre deixar consignado que os escopos da concepção racionalista da prova coadunam-se com a exigência de uma motivação completa e analítica, compreendida como uma justificação racional da decisão adotada a partir dos elementos probatórios disponíveis no processo, os quais tenham permitido confirmar a hipótese fática por meio de um elevado grau de probabilidade⁵⁴¹.

3.1. A motivação das decisões judiciais como garantia intrínseca ao processo justo

Do direito de ação e de defesa corresponde o dever do juiz de decidir os fatos a partir da consideração imparcial dos argumentos e provas apresentados por ambas as partes e de justificar, por outro lado, a solidez e precisão das operações inferenciais realizadas no âmbito da formação de seu convencimento. O direito à prova também pressupõe um direito à sua adequada valoração, o que somente se tem garantido na medida em que se possa avaliar o

⁵⁴⁰ Veja-se, por exemplo: “É, igualmente, da essência do Júri, o julgamento dos cidadãos pela consciência de seus pares, não tendo, por conseguinte, que fundamentar suas decisões. Além disso, fundamentá-las implicaria também em quebrar o indispensável sigilo das votações.” (FARIA JÚNIOR, Cesar de. Ruy Barbosa, o júri e a responsabilidade penal dos juízes – O crime de hermenêutica. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 34, abr-jun de 2001.) E ainda: “O Júri não é órgão do Poder Judiciário; assim, não se submete à imposição constitucional de fundamentar suas decisões (art. 93, IX, da CF/1988); é órgão político, como afirmou Rui, e não meramente um órgão estatal que deva, pela fundamentação, prestar contas de seus atos. Os jurados são cidadãos exercendo sua cidadania, tal como sucede no momento do exercício do voto.” (TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri: contradições e soluções*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 9.)

⁵⁴¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración... cit.*, p. 65-66.

acerto dos métodos utilizados. Desta forma, a partir da noção de processo justo emana o dever de fundamentação das decisões judiciais, a despeito de tal exigência não se mostrar expressa nos textos das Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos.

Conforme Serge Guinchard⁵⁴², a motivação é indispensável à qualidade da justiça, constituindo-se em uma muralha contra a arbitrariedade, além de forçar o juiz a tomar consciência de sua opinião, de seu alcance. Ainda segundo o autor, ela fornece ao litigante uma justificação da decisão e tem o condão de proporcionar uma análise científica da jurisprudência, além de permitir ao tribunal superior a realização de seu controle.

Como aponta Barbosa Moreira⁵⁴³, foi a partir da segunda metade do século XVIII que se começou a generalizar, nas legislações ocidentais, a exigência feita aos juízes de declarar, em seus pronunciamentos decisórios, as razões em que se baseavam. No entanto, conforme o autor, a história registra precedentes mais antigos de decisões que precisavam ou costumavam ser motivadas. Nesse sentido, Taruffo indica que desde o último período do Império Romano existiam sentenças motivadas, isto é, os juízes dos séculos VII e VIII motivavam suas resoluções escrevendo em perfeito latim as razões da decisão.⁵⁴⁴

No século XIX, a motivação das decisões judiciais passou a ser traço comum a quase todas as codificações processuais europeias, tendo sido a tendência iniciada a partir da lei de 1790 na França, pela qual os legisladores destroem o sistema judicial prevalecente e impõem a obrigação de motivação.⁵⁴⁵

Ocorre que, a despeito de a obrigação de motivação já estar incluída no bojo da maioria das codificações ocidentais, foi com o segundo pós-guerra que a questão ganhou maior relevo, a partir do movimento de constitucionalização das garantias do processo, especialmente, do dever de fundamentar. Assim, destaca-se a Constituição italiana de 1948, a primeira a se mover nesta direção, que no seu artigo 111 consagra a garantia. Seguindo a tendência, também inseriram tal mandamento Portugal, no artigo 205 da Constituição de 1976; Espanha, no artigo 120 da Constituição de 1978; Bélgica, no artigo 149 da Constituição de 1994. No Brasil, a Constituição de 1988 contempla a fundamentação das decisões judiciais no artigo 93, IX, juntamente com a publicidade, garantias inerentes à jurisdição.

⁵⁴² GUINCHARD, Serge. *et. al. Droit Processuel – Droits Fondamentaux du Procès*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2013, p. 1.068-1.069.

⁵⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *In: Temas de Direito Processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83.

⁵⁴⁴ TARUFFO, Michele. La Motivación de La Decisión sobre los Hechos. *In: Proceso y Decisión. Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 87.

⁵⁴⁵ *Idem*, p. 88.

Esse movimento de constitucionalização dos princípios de administração da justiça se relaciona com o contexto histórico da queda de regimes totalitários e autoritários e a consequente redemocratização, permitindo que se considere a garantia da motivação das decisões como um marco fundamental de ruptura com a arbitrariedade, rumo a uma forma de exercício de poder que encontra sua legitimação na prestação de contas de seu modo de atuar.

No tocante aos ordenamentos de *common law*, não se identifica semelhante tendência de inserir em seus textos fundamentais norma escrita de alcance genérico que obrigue os órgãos judiciais a motivar seus pronunciamentos. Não obstante, não se pode dizer que a prática é estranha à cultura e à concepção dominante, como aponta Barbosa Moreira. Segundo o autor, trata-se de procedimento constante e incorporado à tradição, principalmente nos tribunais superiores, sendo inerente ao próprio sistema de precedentes – sem o qual todo o sistema de *case law* cairia por terra.⁵⁴⁶

Conforme Moacyr Amaral Santos, ainda cumpre-se grifar o fundamento político da motivação, qual seja, a necessidade que têm os decretos judiciais de serem fundamentados para que a consciência pública admita a legitimidade da justiça por eles proferida.⁵⁴⁷ Nesse sentido, Gomes Filho, ressalta a transformação na concepção do papel do juiz nas últimas décadas, que deixou de ser mero aplicador de regras estabelecidas pelo legislativo e passou a exercer funções de importante ator político⁵⁴⁸.

Assim, pode-se dizer com esteio em Taruffo que o poder autoritário – tal como o entenderam muito bem os teóricos do processo canônico – é aquele em que não se explica aos destinatários de seu exercício as razões das decisões. O caráter autoritário de uma decisão repousa sobre a sua falta de justificação, de modo que, quanto mais poder ostente sem dizer absolutamente nada, mais forte será o poder e, com isso, mais autoridade terão as decisões tomadas.⁵⁴⁹ A decisão judicial, conforme Barbosa Moreira, constitui um ato emanado de um dos poderes públicos e destinado a influir na vida de membros da coletividade. Sendo assim,

⁵⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *op. cit.*, p. 283.

⁵⁴⁷ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. v. I, 2a ed., São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 439.

⁵⁴⁸ Isso porque, na visão do autor, “como uma espécie de prestação de contas desse modo de atuar, a motivação das decisões judiciais adquire uma concepção que transcende o âmbito próprio do processo para situar-se no plano mais elevado da política, caracterizando-se como o instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual se exerce a função judiciária.” GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A garantia da motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988. In: *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 59-60

⁵⁴⁹ TARUFFO, Michele. La Motivación de la decisión sobre los Hechos. In: *Proceso y Decisión. Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 90.

o Estado de Direito não está autorizado a interferir na esfera pessoal sem justificar essa interferência.⁵⁵⁰

Nesse contexto, a legitimação democrática dos membros do Judiciário não resulta de investidura no cargo por eleição, mas deriva do modo pelo qual a função jurisdicional é exercida⁵⁵¹. Como salienta Ennio Amodio, “em nosso regime democrático, a obrigação de motivação torna-se o meio pelo qual o sujeito investido no poder jurisdicional, membro do aparato instrumental da vontade popular, presta contas da própria atuação à fonte de que deriva a sua investidura.”⁵⁵²

Na sociedade contemporânea é desejável que as decisões sejam legítimas e, sobretudo, que sejam justificadas. A responsabilidade do juiz converteu-se na necessidade de justificar as suas decisões, expondo as razões pelas quais se chegou a tal posicionamento. Sendo assim, a base para o uso do poder e da autoridade reside mais na aceitação das decisões judiciais do que na forma de poder que possam ter os juízes. Paralelamente, o exercício concreto do poder jurisdicional efetua-se por meio de um procedimento que culmina em uma decisão fundamentada em argumentos racionais. Essa especial condição identifica, individualiza e contrapõe o poder jurisdicional aos demais poderes, cuja legitimação política e de exercício decorre diretamente da vontade da maioria.⁵⁵³

A motivação tem ainda relevância como garantia de efetividade dos direitos fundamentais que, segundo Gomes Filho, devem determinar a direção das decisões jurisdicionais. Assim, a motivação serve, por um lado: para verificar – com base no acompanhamento do raciocínio desenvolvido pelo juiz para chegar a um provimento restritivo daqueles direitos – se foram efetivamente obedecidas as regras do devido processo; por outro, para constatar se a decisão aplicou validamente as normas que permitiam a restrição, e se foi apreciado, de maneira correta, o contexto fático que a autorizava.⁵⁵⁴ Conforme Greco, todo

⁵⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia. In: *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107. Em sentido semelhante Trocker refere-se ao entendimento da Corte Constitucional alemã no sentido de que as “exceções à obrigação de motivação não são conciliáveis com o princípio do Estado de Direito; o cidadão tem o direito de conhecer os motivos e as razões sobre os quais se baseia um ato que venha a incidir sobre sua posição jurídica; somente por tal via estará em grau de tutelar adequadamente os próprios direitos.” (Tradução livre. TROCKER, Nicolò. *Processo Civile... cit.*, p. 461.)

⁵⁵¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *op. cit.*, p. 60.

⁵⁵² Tradução livre. No original: “*Nel nostro regime democratico l'obbligo di motivazione diventa allora il mezzo mediante il quale i soggetti investiti del potere giurisdizionale, membri dell'apparato strumentale della volontà popolare, rendono conto del proprio operato alla fonte da cui deriva la loro investitura.*” AMODIO, Ennio. *Motivazione della sentenza penale*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1977, p. 188.

⁵⁵³ LOPES, José Antônio Mouraz. *A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português: legitimar, diferenciar, simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 56 e 61.

⁵⁵⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *op. cit.*, p. 61-62.

provimento jurisdicional deve ser motivado, apresentando justificação suficiente do seu conteúdo e evidenciando o respeito ao contraditório participativo por meio do exame e consideração de todas as alegações e provas pertinentes apresentadas pelas partes.⁵⁵⁵

Nesse contexto, Ferrajoli⁵⁵⁶ atribui à motivação a qualidade de garantia de segundo grau ou garantia das garantias, pois representa um instrumento de controle sobre a efetividade das demais garantias processuais. Desta forma, a partir da decisão motivada, é possível verificar se o juiz decidiu com imparcialidade e em conformidade à lei⁵⁵⁷, se foi garantida a ampla defesa, se o contraditório foi rigorosamente observado – principalmente enquanto direito de influência – , além da paridade de armas. Essas duas últimas importantes garantias impõem que as partes sejam capazes de, em igualdade de condições, influir eficazmente na formação do convencimento do juiz⁵⁵⁸.

Ferrajoli ainda aponta que a motivação da sentença penal

exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a “validade” das sentenças resulta condicionada à “verdade”, ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é o “poder desumano” puramente potestativo da justiça de cádi, mas é fundado no “saber”, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade.⁵⁵⁹

⁵⁵⁵ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais... cit.*

⁵⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 567.

⁵⁵⁷ No mesmo sentido, Barbosa Moreira assevera, quanto à possível verificação da imparcialidade pela motivação, que “só pelo exame dos motivos em que se apóia a conclusão, poder-se-á verificar se o julgamento constitui ou não o produto da apreciação objetiva da causa, em clima de neutralidade diante das partes.” Além do mais, quanto à análise da legalidade, acrescenta o autor: “sem conhecer as razões que a inspiraram, impossível saber se ela é ou não conforme à lei. Vale acentuar que a necessidade da motivação se torna mais premente na medida em que se reconhece o papel desempenhado, no processo decisório, pelas opções valorativas do julgador, por exemplo ao concretizar conceitos jurídicos indeterminados, (...) e outros análogos; e que as hipóteses de discricionariedade concedida pelo ordenamento ao órgão judicial marcam justamente os pontos mais sensíveis do problema: ao contrário do que pareceria à primeira vista, a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor de discricionariedade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha, e sobretudo se não terá ultrapassado os limites da discricionariedade para cair no arbítrio. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. op. cit.*, p. 286)

⁵⁵⁸ Segundo Barbosa Moreira, acerca do controle da garantia do contraditório pela motivação: “é na motivação que se pode averiguar se em que medida o juiz levou em conta ou negligenciou o material oferecido pelos litigantes; assim, essa parte da decisão constitui “o mais válido ponto de referência” para controlar-se o efetivo respeito daquela prerrogativa.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. op. cit.*, p. 287)

⁵⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 573-574.

O ponto final da fala de Ferrajoli acima transcrita é interessante por deixar claras as funções endoprocessual e extraprocessual da motivação, de que faz menção Taruffo⁵⁶⁰.

Pela função endoprocessual o objetivo seria essencialmente facilitar a caracterização dos defeitos da decisão que podem ensejar a sua impugnação e definir e individualizar o conteúdo e o alcance da mesma, como instrumento interpretativo do dispositivo da sentença. Como observa Humberto Dalla, a motivação permite às partes controlar se as razões e provas por elas apresentadas foram realmente levadas em consideração pelo juiz na decisão⁵⁶¹. Estas devem poder compreender e controlar eventuais erros de valoração por meio de recurso ao tribunal superior que, por sua vez, deverá estar em condições de exprimir um juízo concordante ou divergente sobre a decisão proferida. Por outro lado, no aspecto extraprocessual, a motivação visa garantir a transparência do processo decisório, permitindo um controle externo por parte de qualquer pessoa, isto é, da sociedade, como expressão do regime democrático no que se refere à administração da justiça⁵⁶².

Analisando a garantia de motivação das decisões judiciais no sistema português, Mouraz Lopes identifica sua concretização de uma forma sólida e autônoma em três importantes dimensões. A primeira se encontra no plano do direito a um processo equitativo, no qual a garantia se insere como direito fundamental do cidadão. Em segundo lugar, o dever de fundamentação, como imposição constitucional no âmbito da tutela jurisdicional, é um dever atribuído aos órgãos judiciais. Por fim, do trajeto constitucional de densificação da matéria da fundamentação das decisões emerge uma terceira e mais relevante dimensão constitucional do princípio, qual seja, a fundamentação das decisões como núcleo do princípio da jurisdição. Com apoio em Canotilho, o autor compreende a fundamentação das decisões judiciais como um princípio estruturante do Poder Judicial, de índole jurídico-organizatório e

⁵⁶⁰ Sobre as funções endo e extraprocessual da motivação, ver: TARUFFO, Michele. *La Motivación de la Decisión... cit.*, p. 90 e 91. Também em _____. *La Motivación de la Sentencia Civil*. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Editorial Trotta, 2011, 335 e ss, bem como em: _____. *Considerazioni su prova e motivazione*. In: *Revista de Processo*. Ano 32. n. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 237.

⁵⁶¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 105.

⁵⁶² Como esclarece Taruffo: “*Alla tradizionale funzione endoprocessuale, secondo la quale la motivazione della sentenza è finalizzata a facilitare l’impugnazione e il giudizio sull’impugnazione, si è infatti la garanzia della controllabilità dell’esercizio del potere giudiziario al di fuori del contesto processuale, e quindi da parte del quivis de populo e dell’opinione pubblica in generale. Ciò discende da una concezione democratica del potere, secondo la quale l’esercizio del potere deve sempre poter essere controllato dall’esterno.*” (TARUFFO, Michele. *Considerazioni su prova e motivazione*. In: *Revista de Processo*. Ano 32. n. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 237.)

funcional.⁵⁶³ Nesse sentido, o princípio constitucional da exigência de motivação nas decisões judiciais deve ser considerado como um elemento fundamental do conceito de jurisdição.

Estabelecidos os principais fundamentos da garantia, faz-se importante a análise do que seja uma motivação adequada e suficiente, bem como os parâmetros a serem adotados para avaliar a racionalidade intrínseca ao ato de valoração probatória, relacionado ao processo de decisão.

Neste particular, duas advertências são formuladas por Taruffo acerca do que não se deve compreender em uma concepção adequada de motivação. Em primeiro lugar, esta não deve se configurar num discurso meramente retórico destinado a persuadir e convencer os destinatários da decisão. O juiz não tem como objetivo persuadir ninguém, apenas demonstrar que a decisão fora tomada baseada em raciocínios lógicos e corretos. Da mesma forma, nem uma demonstração matemática, como tampouco a lógica requer ser persuasiva, simplesmente é válida ou não é, é correta ou não, independentemente de ser persuasiva ou não. Vista assim, a dimensão retórica não serve para nada no âmbito do discurso justificativo da decisão.⁵⁶⁴

A outra advertência de Taruffo é no sentido de que a fundamentação não significa prestar contas da forma pela qual o juiz chegou à referida decisão, pela explicitação de todo o processo mental de raciocínio nesse sentido. Como explica o autor, esse processo de raciocínio que culmina com a decisão se constrói, talvez, a partir da primeira folheada dos autos, com a leitura do primeiro ato do processo, e não nos últimos cinco minutos antes da prolação da sentença. Sendo assim, a motivação deve ser concebida como a justificação das bases racionais sobre as quais se apoia a decisão.⁵⁶⁵

Importa que na motivação estejam expressos os raciocínios válidos em sede de valoração probatória aptos a respaldar a decisão tomada e demonstrar ter a mesma suporte na prova disponível. Seja a partir de uma valoração baseada no método atomista, seja pelo método holista (desde que respeitados os parâmetros de racionalidade aplicáveis), a motivação deve apresentar a análise lógica e racional dos elementos probatórios e sua relação com as hipóteses aventadas pelas partes. Por outro lado, na medida em que recorrer a determinada máxima de experiência ou generalização do senso comum para chegar a

⁵⁶³ LOPES, José António Mouraz. *op. cit.*, p. 89.

⁵⁶⁴ TARUFFO, Michele. *La Motivación de la decisión... cit.*, p. 93.

⁵⁶⁵ TARUFFO, Michele. *La Motivación de la decisión... cit.*, p. 93-94. “*Se trata de un argumento de justificación, de un razonamiento cuyo objetivo es el de proporcionar las razones racionales sobre las cuales la decisión del juez resulta objetivamente aceptable a la luz de los criterios de valoración y de juicio que se aplican en términos generales, para establecer si una verdad determinada tiene fundamento sobre la información disponible y también para precisar si una interpretación determinada de la norma de Derecho es correcta o no.*” (*Idem*, p. 97.)

determinada conclusão, o juiz deve cuidar de expressá-la com vistas a que a correção de seu conteúdo e a adequação à situação fática em comento possa ser objeto de consideração e controle das partes. Por outro lado, impõe-se que o magistrado apresente os motivos pelos quais descartou as hipóteses alternativas e pelos quais reputou apropriado desconsiderar as provas que as apoiavam. Finalmente, deve se valer do *standard* aplicável para justificar o motivo pelo qual é válido considerar a hipótese escolhida como provada, segundo os rigores próprios de seu conteúdo.

O que se espera do juiz democrático no âmbito de um processo justo é uma motivação analítica, pela qual esteja claro que todos os argumentos das partes foram devidamente considerados.⁵⁶⁶ Por tal motivo, pode-se defender a existência da relação íntima entre motivação e contraditório, sendo a primeira o meio mais propício para fiscalização do cumprimento do segundo.

Acerca da completude da motivação, Taruffo observa sua necessidade para que seja possível o controle tanto processual como extraprocessual em relação à justificação da decisão. Importa ademais, segundo o autor, definir o que significa uma motivação completa. Quando se está em foco a decisão sobre os fatos, seriam três as exigências fundamentais.

A primeira delas é a necessidade de o juiz trazer para o âmbito da motivação todos os fatos juridicamente relevantes para a decisão, tanto os principais, sobre os quais se fundamenta o direito, como os secundários, como são os indícios, as fontes de presunções, bem como todas as circunstâncias que estão ao redor e que se mostrem relevantes sob o ponto de vista lógico para a decisão.⁵⁶⁷

Sobre esse ponto, mais uma vez é relevante destacar a necessidade de que o juiz expresse na motivação o recurso às máximas de experiência e às generalizações do senso comum, sempre que servirem como fundamento para qualquer conclusão acerca das hipóteses fáticas. É fundamental que as partes possam controlar o fundamento desse conhecimento particular do juiz e verificar sua validade, bem como o acerto ou equívoco de uma construção baseada sobre tais parâmetros. Por outro lado, ante a necessidade de prova empírica do nexo causal, como defendido anteriormente, faz-se imperioso que o juiz demonstre a validade da

⁵⁶⁶ De acordo com Greco: “o juiz tem o dever de demonstrar que examinou todos os argumentos relevantes de fato e de direito apresentados pelas partes, porque somente assim terão estas a certeza de que o contraditório participativo foi respeitado, ou seja, de que o juiz efetivamente considerou toda a atividade desenvolvida pelas partes para influir na sua decisão. Não é certo dizer que uma fundamentação racionalmente consistente atende à exigência de motivação. Isso não basta. É preciso demonstrar que todas as alegações, fatos e provas potencialmente relevantes foram examinados.” (GRECO, Leonardo. *As garantias fundamentais... cit.*)

⁵⁶⁷ TARUFFO, Michele. *La Motivación de la Decisión... cit.*, p. 100-101.

lei de cobertura utilizada para sua configuração, nos termos expostos⁵⁶⁸. A ausência dessas justificações abre espaço para o decisionismo, além de macular, também, o contraditório.

Em segundo lugar repousa a exigência de que o juiz expresse na fundamentação todas as provas relativas a cada um dos fatos, não somente as que servem para apoiar a decisão judicial, mas também aquelas contrárias à hipótese considerada verdadeira.⁵⁶⁹ Na verdade, como expressão do contraditório, sobretudo as provas contrárias à hipótese fática constante na sentença devem estar presentes na fundamentação, juntamente com os motivos pelos quais o juiz as rejeitou em favor das demais. Do contrário o juiz poderia acabar incidindo no que Franco Cordero define como “*primato dell’ipotesi sui fatti*”⁵⁷⁰, em que o juiz cria uma hipótese mental para, então, buscar elementos que venham a comprovar uma decisão já tomada e, em contrapartida, acabaria por ignorar os elementos de prova que levariam a conclusões opostas. Se assim for, claramente o raciocínio será errôneo, considerando que o juiz deixaria de mostrar o motivo pelo qual não levou em consideração as evidências contrárias, visto que estas poderiam ser as decisivas.

Finalmente, o terceiro aspecto que deve se fazer presente em uma concepção de completude da motivação são as justificações dos juízos de valor formulados e que condicionaram a forma na qual o juiz tomou sua decisão. Segundo Taruffo, os juízos de valor podem ser justificados a partir da explicitação do critério de valoração utilizado e, sobretudo, pela demonstração das diversas ponderações que derivam desses critérios, como sua consequência lógica.⁵⁷¹

3.2. A Garantia da motivação à luz da jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos

As considerações acima expostas sobre os parâmetros dentro dos quais deve a motivação se situar para que cumpra com as importantes funções que lhe são inerentes, são condições ideais e talvez ainda pouco concretizadas em nível satisfatório, distanciando-se do

⁵⁶⁸ Vide tópico 2.2.1.

⁵⁶⁹ TARUFFO, Michele. *La Motivación de la Decisión... cit.*, p. 100-101.

⁵⁷⁰ CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

⁵⁷¹ TARUFFO, Michele. *La Motivación de la Decisión... cit.*, p. 102-103.

que a prática acaba por revelar.⁵⁷² Isso não significa que se deva afastar daqueles rigores mínimos, nem, tampouco, que se deva contentar com parâmetros menos criteriosos para a exigência de motivação.

No entanto, cumpre-se analisar o modo como as Cortes Internacionais de Direitos Humanos vêm interpretando a garantia, de modo a identificar, nesse contexto prático, quais seriam as condições mínimas exigidas para a sua conformação ao contexto do processo justo.

3.2.1. A exigência de fundamentação das decisões judiciais à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou, em algumas oportunidades, acerca da exigência de motivação das decisões judiciais, considerada implícita nas garantias⁵⁷³ consagradas no artigo 8º da Convenção Americana.

Sobre as garantias judiciais relacionadas ao processo penal, vale dizer, a Corte já estabeleceu que sua verdadeira efetivação nos termos da Convenção depende da observância de todos os requisitos que sirvam para proteger, assegurar ou fazer valer a titularidade ou o exercício de um direito, ou seja, as condições que devem ser cumpridas para assegurar a adequada defesa daqueles cujos direitos ou obrigações estejam sob consideração judicial⁵⁷⁴.

Nesse sentido, quanto à garantia da motivação, considera ser a exteriorização da justificação racional que permite chegar a uma determinada conclusão⁵⁷⁵. Em especial nas

⁵⁷² O próprio Taruffo, ao final de sua exposição acerca do tema em comento faz uma observação pessimista nesse sentido: “*Cuando normalmente hablo de estas cosas, sucede que me dicen que tengo muchas pretensiones y que pido que los jueces pierdan su tiempo en redactar motivaciones tan analíticas al tener que considerar absolutamente todo esto que he dicho. Y sí, esto es lo que a mí me gustaría precisamente, soy consciente de que es difícil (...)*.” In: _____. *La Motivación de la Decisión... cit.*, p. 103.

⁵⁷³ “*El deber de motivación es una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.*” (CIDH, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, sentença de 05.08.2008, §78. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Acesso em: 02 de janeiro de 2017.)

⁵⁷⁴ Conforme estabelecido em: CIDH, Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros Vs. Trinidad y Tobago, sentença de 21.06.2002, §147. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf. Acesso em: 02 de janeiro de 2017; CIDH, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, sentença de 25.11.2003, §202. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 02 de janeiro de 2017; CIDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentença de 02.07.2004, §147. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em: 02 de janeiro de 2017.

⁵⁷⁵ CIDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentença de 21.11.2007, §107. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf. Acesso em: 02 de janeiro de 2017.

decisões que afetam direitos humanos, a Corte estabeleceu a imprescindibilidade de que estejam fundamentadas, sob pena de se traduzirem em decisões arbitrárias⁵⁷⁶.

Sobre esse aspecto, inclusive, interessante mencionar um dos casos julgados pela Corte Interamericana, o qual resultou na condenação do Brasil, tendo como um dos fundamentos a violação do dever de motivação no decreto de interceptações telefônicas, consideradas ilegais, portanto, por não apresentarem os fundamentos aptos a justificar a ingerência na esfera de direitos dos cidadãos. Desse modo, estabeleceu-se no caso *Escher e outros Vs. Brasil*, que nos procedimentos cuja natureza exija que a decisão seja emitida sem a audiência da outra parte – como no caso de medidas cautelares – a fundamentação deve demonstrar terem sido ponderados todos os requisitos legais e demais elementos que justificam a concessão ou a negativa da medida – o que definitivamente não se verificou no caso concreto. A decisão judicial autorizadora deve estar substancialmente fundamentada, a partir de argumentação racional que considere as alegações das partes processuais e os elementos informativos carreados aos autos⁵⁷⁷. Assim, segundo ponderou a Corte Interamericana, o livre convencimento do juiz deve ser exercido respeitando-se as garantias adequadas e efetivas contra possíveis ilegalidades e arbitrariedades no procedimento em questão⁵⁷⁸.

Ademais, estabelece a Corte que “o dever de motivar as decisões é uma garantia vinculada com a correta administração da justiça, que protege o direito dos cidadãos a serem julgados pelas razões que o Direito subministra e outorga credibilidade às decisões jurídicas no marco de uma sociedade democrática.”⁵⁷⁹

Acerca do conteúdo da fundamentação, importa que se faça explícito que se levou em consideração, quando da decisão, os argumentos das partes e o conjunto probatório. A motivação demonstra às partes que elas foram ouvidas, além de proporcionar, naqueles casos em que se admite recurso, a efetiva possibilidade de criticar a resolução judicial a fim de

⁵⁷⁶ CIDH, Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentença de 21.11.2007, §107. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf. Acesso em: 02 de janeiro de 2017. Ver também: CIDH, Caso *Yatama Vs. Nicaragua*, sentença de 23.06.2005, §164. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf. Acesso em: 02 de janeiro de 2017.

⁵⁷⁷ Cf. MALAN, Diogo. Caso *Escher e outros vs. Brasil* e sua importância para o processo penal brasileiro. In: *Boletim Informativo IBRASPP*. v. 03, 2012, p. 21.

⁵⁷⁸ CIDH, Caso *Escher y Otros vs. Brasil*, sentença de 06.07.2009, §139. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf. Acesso em: 02 de janeiro de 2017.

⁵⁷⁹ Tradução livre. No original: “*El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.*” (CIDH, Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, sentença de 05.08.2008, §77. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Acesso em: 02 de janeiro de 2017.)

pleitear um novo exame da questão perante as instâncias superiores.⁵⁸⁰ Em outras palavras, a exigência de fundamentação impõe que a argumentação que lhe é intrínseca deve ser apta a permitir conhecer quais foram os fatos, motivos e normas nas quais se baseou a autoridade judicial ou administrativa para tomar sua decisão, a fim de descartar qualquer indício de arbitrariedade⁵⁸¹.

Por outro lado, a Corte Interamericana segue a orientação da Corte Europeia⁵⁸² – conforme se analisará adiante – para afirmar a desnecessidade de se apresentar por meio da fundamentação uma resposta detalhada a todos os argumentos das partes. Considera, nesse sentido, que o conteúdo do dever de motivação pode variar segundo a natureza da decisão, de modo que a análise da suficiência da garantia dependeria de uma verificação concreta à luz das circunstâncias do caso⁵⁸³.

Ciente disso, interessante aludir ao caso *Lori Berenson Mejía Vs. Peru*, de 2004⁵⁸⁴, pelo qual a Corte manifestou o respeito à sistemática da legislação interna acerca da exigência de fundamentação das questões de fato. A Comissão Interamericana arguiu, inicialmente, que a sentença do juízo ordinário não havia garantido à vítima o direito de conhecer os motivos de fato que determinaram sua condenação. Entretanto, a manifestação defensiva do Estado peruano procurou demonstrar que, segundo a lógica interna do ordenamento, as decisões das questões fáticas definem-se a partir de critérios de consciência, de modo semelhante ao que sucede no âmbito do juízo por jurados. Desse modo, a partir de uma votação destinada a estabelecer quais foram os fatos provados, o Tribunal passa a estabelecer a sentença, que resulta da correspondência com as referidas questões de fato determinadas⁵⁸⁵.

⁵⁸⁰ CIDH, *Caso Aplitz Barbera... cit.*, §78.

⁵⁸¹ “122. *En el presente caso la autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada protegida en el artículo 8.1 de la Convención. 123. Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la autoridad administrativa violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero.*” CIDH, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, sentença de 19.09.2006, §§122-123. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf. Acesso em: 02 de janeiro de 2017.

⁵⁸² Com base nos casos TEDH, *Caso Hiro Balani v. Spain*, 1994, p. 8, § 27; e TEDH, *Caso Ruiz Torija v. Spain*, 1994, p. 8 § 29. Ambos disponíveis em: <http://hudoc.echr.coe.int/>. Acesso em: 02 de janeiro de 2017.

⁵⁸³ CIDH, *Caso Aplitz Barbera... cit.*, §90.

⁵⁸⁴ CIDH, *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, sentença de 25.11.2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf. Acesso em: 02 de janeiro de 2017.

⁵⁸⁵ Conforme CIDH, *Caso Lori Berenson... cit.*, §131.

No caso em análise, o Tribunal explicou que fora realizada a leitura, em audiência pública, dos fatos tidos como provados nos termos da votação perpetrada, seguindo-se à determinação da sentença correspondente. Nesse sentido, a Corte Interamericana esclareceu que a análise de ocorrência ou não de violação pelos Estados, por meio de seus órgãos judiciais, das obrigações internacionais assumidas, depende do exame dos procedimentos internos como um todo, incluindo-se as decisões em sede de apelação, a fim de verificar a compatibilidade desses com os anseios da Convenção⁵⁸⁶. Diante disso, em face de ter sido a sentença do juízo ordinário formulada conforme o critério de valoração da prova e motivação de fato consagrados na legislação peruana, a Corte decidiu por não se pronunciar quanto à eleição de tal sistema de apreciação da prova, o qual guarda estrita relação com o que se observa nos sistemas de júri adotados em diversos ordenamentos⁵⁸⁷.

3.2.2. O dever de motivação à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos

A jurisprudência da Corte Europeia desenvolveu algumas aplicações a partir do princípio geral da equidade, que pode ser considerado uma garantia processual autônoma. Essa noção pode permitir sancionar um Estado por um processo não equitativo, mesmo em uma decisão que aparentemente respeita as garantias formais do artigo 6º. A razão é que se leva em conta o objeto e o propósito da Convenção Europeia, no sentido de assegurar efetivamente a garantia de um processo justo.⁵⁸⁸

Nesse sentido, a Corte analisa três critérios principais: 1) É o exame do conjunto do processo que deve ser posto em consideração, no contexto do direito interno. O procedimento deve ser concebido em bloco, de modo que uma aparente violação pode ser compensada em uma etapa posterior, o que descaracteriza a sua ocorrência; 2) A tomada em consideração das aparências é particularmente importante na apreciação da equidade como noção autônoma. É preciso que o respeito às garantias seja aparente; 3) A apreciação em concreto representa uma maior importância para a apreciação de uma noção autônoma. Tudo deve ser verificado

⁵⁸⁶ CIDH, Caso Lori Berenson... *cit.*, par. 133. Nesse ponto, a Corte Interamericana segue a mesma lógica adotada pela Corte Europeia, no sentido de analisar se o procedimento como um todo foi hábil a responder aos anseios garantísticos previstos na Convenção.

⁵⁸⁷ CIDH, Caso Lori Berenson... *cit.*, §179.

⁵⁸⁸ GUINCHARD, Serge. *op. cit.*, p. 1067.

concretamente e, além disso, a questão deve ser posta sob o caráter efetivo da equidade do processo.⁵⁸⁹

A exigência de motivação não consta expressamente no texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas é considerada garantia implícita ao artigo 6º, que traz o direito ao processo justo, em seu parágrafo 1º.⁵⁹⁰ Como exemplo de tal entendimento, podem ser citadas as decisões da Corte no caso Van der Hurk contra a Holanda em 19 de abril de 1994: “O artigo 6º, parágrafo 1º obriga as cortes a fundamentar suas decisões, mas não pode ser entendido como requerer uma resposta detalhada para todos os argumentos.”⁵⁹¹ No mesmo sentido, os casos Ruiz Torija contra Espanha e Hiro Balani contra Espanha, ambos de 09 de dezembro de 1994, trazem idêntica observação.

É interessante sublinhar que a Convenção Europeia, em seu artigo 45, estabelece a obrigação de que as decisões proferidas pela própria Corte, seja por meio do Plenário ou pelas Câmaras, sejam fundamentadas.

Não parece haver dúvida, pela análise da jurisprudência da Corte, bem como pela própria Convenção, de que está consagrado no quadro europeu de forma inequívoca a necessidade de motivação das decisões como garantia do direito a ser ouvido por um tribunal imparcial. As decisões do Tribunal mostram que tal exigência, para além de constituir garantia implícita de um processo equitativo, é indispensável para impedir decisões arbitrárias e, nessa medida, constitui elemento indispensável à qualidade da justiça em um sistema democrático.⁵⁹²

Apesar de um rigoroso e necessário trabalho de compatibilização das várias ordens jurídicas distintas dos diversos Estados-membros, cada um com sua cultura, mentalidade e tradição jurídica particular, a Corte procura sempre estabelecer um conteúdo mínimo que

⁵⁸⁹ *Idem*, p. 1067-1068.

⁵⁹⁰ “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.” Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>. Acesso em: 05 de janeiro de 2017.

⁵⁹¹ Tradução livre. No original: “Article 6 par. 1 (art. 6-1) obliges courts to give reasons for their decisions, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument”. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["hurk"\],"article":\["6"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-57878"\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{). Acesso em: 06 de novembro de 2014.

⁵⁹² LOPES, José Antônio Mouraz. *op cit.*, p. 114.

deve se fazer presente para assegurar a garantia da motivação no contexto de um processo equitativo, nos termos do artigo 6º.⁵⁹³

Quanto a esse conteúdo mínimo exigido no modelo de motivação adequado às finalidades da Convenção, a Corte tem expressado que os fundamentos sob os quais repousa a decisão devem ser explicitados com suficiente clareza, como pressuposto do direito das partes de apresentar um recurso. A tarefa do Tribunal consistiria em analisar se o método seguido foi capaz de conduzir a resultados compatíveis com a Convenção.⁵⁹⁴

No entanto, é imperioso que o tribunal realize um exame adequado das alegações, argumentos e provas apresentados pelas partes, conforme estatuído no caso *Boldea contra Romênia*, de 15 de fevereiro de 2007⁵⁹⁵. É certo que a motivação deve se dar tanto sobre as questões de fato como às de direito, embora a Corte já tenha solidificado o entendimento no sentido da inexigência de uma resposta detalhada a todos os argumentos apresentados pelas partes, como acima fica expresso no trecho colacionado do caso *Van der Hurk contra a Holanda* em 19 de abril de 1994.

Além disso a Corte asseverou no citado caso *Boldea contra Romênia* que a noção de processo justo exige do tribunal que tenha somente motivado de forma breve a decisão, seja incorporando as razões fornecidas pelo juiz de primeira instância ou, de outro modo,

⁵⁹³ Desta forma, sublinhou-se, no caso *Ruiz Torija contra a Espanha*, acima mencionado: “A extensão na qual este dever de fundamentação se aplica pode variar de acordo com a natureza da decisão. Além disso, é necessário ter em conta a diversidade das submissões que um litigante pode trazer perante os tribunais e as diferenças existentes nos Estados contratantes no que diz respeito às disposições legais, normas costumeiras, entendimentos doutrinários e da jurisprudência. Por isso, a questão de saber se o tribunal não cumpriu o dever de fundamentação, decorrente do artigo 6º da Convenção, só pode ser determinada em função das circunstâncias do caso concreto.” Tradução livre. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Torija"\],"article":\["6"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-57909"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{). Acesso em 06 de novembro de 2014.

⁵⁹⁴ Desta forma, no caso *Hadjianastassiou contra a Grécia*: “Os Estados Contratantes possuem ampla liberdade na escolha dos próprios meios para permitir que seus sistemas judiciários respeitem os imperativos do artigo 6º. Os juízes devem, no entanto, indicar com uma suficiente clareza, os motivos sobre os quais eles se baseiam. É assim, por exemplo, que um acusado pode exercer efetivamente um recurso existente. A tarefa da Corte consiste em verificar se o método seguido na questão levou, em um caso determinado, a resultados compatíveis com a Convenção.” Tradução livre. No original: “*Les États contractants jouissent d’une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de respecter les impératifs de l’article 6 (art. 6). Les juges doivent cependant indiquer avec une clarté suffisante les motifs sur lesquels ils se fondent. C’est ainsi, par exemple, qu’un accusé peut exercer utilement les recours existants. La tâche de la Cour consiste à rechercher si la voie suivie en la matière a conduit, dans un litige déterminé, à des résultats compatibles avec la Convention.*” Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["motivation"\],"sort":\["kpdata%20Ascending"\],"article":\["6"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-62335"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{). Acesso em: 06 de novembro de 2014.

⁵⁹⁵ Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Boldea%20v.%20Romania"\],"languageisocode":\["FRA"\],"article":\["6"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-79496"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{). Acesso em: 06 de novembro de 2014.

examinando de fato as questões essenciais que lhe foram apresentadas, que não se contente pura e simplesmente em endossar as conclusões da jurisdição inferior. Importante lembrar que uma fundamentação inexata ou genérica corresponde à ausência de fundamentação na visão da Corte.

O Tribunal Europeu não estabeleceu ainda, entretanto, qualquer formulação positiva que concretize o que se entende por motivação suficiente dentro dos padrões do processo justo.

3.2.3. A Corte Europeia de Direitos Humanos e o Caso Taxquet v. Bélgica

Quando se fala em motivação das decisões judiciais como pressuposto de um processo equitativo, é difícil não se questionar acerca da instituição do júri, que historicamente profere vereditos imotivados. Como compatibilizar essas decisões enigmáticas, expressadas por meros “sim” ou “não”, ou, ainda, “culpado” ou “inocente” a um contexto de racionalidade e controle proporcionados por uma decisão motivada?

No final de 2010, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) foi invocado a se manifestar no caso Taxquet v. Bélgica⁵⁹⁶ acerca de suposta violação do artigo 6º, parágrafo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (*right to a fair trial*), consistente na ausência de razões apresentadas em um julgamento por jurados. Segundo o queixoso, a falta de motivação levou à impossibilidade de compreender os fundamentos que ensejaram a sua condenação.

Diante disso, o até então usual repouso dogmático acerca da matéria teve de dar lugar a um delicado enfrentamento da questão pela Corte, que concluiu pela existência de violação ao processo justo no caso específico, apesar de reconhecer que o modelo tradicional do júri e seus veredictos imotivados não seriam, a princípio, contrários à Convenção.

Conforme se extrai do acórdão, em 17 de outubro de 2003, Richard Taxquet compareceu perante a Corte Criminal de Liège juntamente com outros sete corréus, acusados pelo homicídio de um ministro de Estado e por uma tentativa de homicídio, tendo sido ambos os crimes supostamente premeditados. Ao final do julgamento, 32 quesitos foram formulados

⁵⁹⁶ TEDH, Caso Taxquet v. Bélgica, 16 de novembro de 2010. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101739>. Acesso em: 25 de novembro de 2013.

ao júri, quatro⁵⁹⁷ dos quais concerniam à participação do demandante nos crimes. Desses, o primeiro questionava a participação no homicídio do ministro, o segundo questionava se havia sido o crime premeditado, o terceiro se referia à tentativa de homicídio e o quarto se esta havia sido premeditada. O júri respondeu afirmativamente aos quatro e em 07 de janeiro de 2004 o demandante foi sentenciado a 20 anos de prisão. Taxquet apelou de sua condenação nas questões de direito, tendo a Corte de Cassação rejeitado o recurso.

A partir da descrição do caso, é possível observar que os quesitos formulados, com igual conteúdo para todos os acusados, foram demasiadamente vagos e imprecisos, contendo em um mesmo enunciado várias possíveis interpretações nas quais o júri poderia ter se filiado. Em outras palavras, as quatro perguntas que aludiam ao demandante não se referiam a qualquer elemento ou circunstância particular do caso, de modo que não era possível compreender quais teriam sido as provas e os fatos determinantes para ensejar as respostas apresentadas pelos jurados em relação à sua participação no caso.

Ainda, uma vez que o caso abrangia a participação de outros acusados, o caráter genérico e vago das formulações não induzia os jurados a uma apreciação individualizada de cada conduta, a despeito de terem sido apresentados quesitos específicos para cada um dos acusados. Sendo assim, a partir das respostas positivas dos jurados, não foi possível deduzir qual o entendimento por eles adotado. Como explica Roberts, em casos complexos, que envolvem múltiplos fatos e acusados, além de diversas testemunhas e peritos, o tribunal somente terá sido capaz de individualizar verdadeiramente as condutas nas questões postas ao

⁵⁹⁷ Os quesitos concernentes à participação de Richard Taxquet apresentaram a seguinte redação: “*Question 25 – PRINCIPAL COUNT - Is the accused Richard Taxquet, who is present in court, guilty, as principal or joint principal, – either through having perpetrated the offence or having directly cooperated in its perpetration, – or through having, by any act whatsoever, lent such assistance to its perpetration that without it the offence could not have been committed, – or through having, by gifts, promises, threats, abuse of authority or power, scheming or contrivance, directly incited another to commit the offence, – or through having, by means of speeches in a public place or assembly, or by means of any written or printed matter, image or emblem displayed, distributed or sold, offered for sale or exhibited in a place where it could be seen by the public, directly incited another to commit the offence, of having knowingly and intentionally killed [A.C.] in Liège on 18 July 1991? Question 26 – AGGRAVATING CIRCUMSTANCE: Was the intentional homicide referred to in the previous question premeditated? Question 27 – PRINCIPAL COUNT: Is the accused Richard Taxquet, who is present in court, guilty, as principal or joint principal, – either through having perpetrated the offence or having directly cooperated in its perpetration, – or through having, by any act whatsoever, lent such assistance to its perpetration that without it the offence could not have been committed, – or through having, by gifts, promises, threats, abuse of authority or power, scheming or contrivance, directly incited another to commit the offence, – or through having, by means of speeches in a public place or assembly, or by means of any written or printed matter, image or emblem displayed, distributed or sold, offered for sale or exhibited in a place where it could be seen by the public, directly incited another to commit the offence, of having attempted knowingly and intentionally to kill [M.-H.J.] in Liège on 18 July 1991, the intent to commit the offence having been manifested by conduct which objectively constituted the first step towards perpetration of the offence and which was halted or failed to attain the aim pursued only as a result of circumstances outside the control of the perpetrator? Question 28 – AGGRAVATING CIRCUMSTANCE: Was the attempted intentional homicide referred to in the previous question premeditated?*” (TEDH, Caso Taxquet v. Bélgica, cit., §15.)

júri se empreender esforços no sentido de elucidar quais os elementos, individualmente ou em conjunto, foram considerados determinantes para a prova da culpa de cada acusado.⁵⁹⁸

Além disso, o questionário não foi capaz de nortear o raciocínio dos jurados para chegar a uma decisão justa, função esta que lhe caberia desempenhar.

A instituição do Júri subsiste na Bélgica desde a conquista da independência, em 1831, e o seu Código de Processo Penal estabelece a necessidade de que quesitos sejam formulados aos jurados para o esclarecimento de todas as circunstâncias que podem ter influência nos fatos sobre os quais se baseou a acusação, circunstâncias estas que devem ter sido discutidas nos procedimentos orais. Esses quesitos podem ser desafiados pelas partes, bem como outros podem ser sugeridos, ficando a decisão a cargo do Tribunal⁵⁹⁹.

Após os quesitos serem entregues aos jurados, juntamente com a acusação escrita e outros documentos, eles se retiram para deliberar de forma privada, apresentando, ao final, as respostas imotivadas, vez que a lei não exige que eles expressem a forma pela qual chegaram ao veredito. No caso de a Corte unanimemente considerar que o júri cometeu um erro substancial, pode-se designar novo julgamento com novos jurados. No entanto, essa opção foi utilizada em apenas três ocasiões, conforme informações prestadas pelo governo belga.⁶⁰⁰

Para fundamentar a decisão no caso *Taxquet v. Bélgica*, a Corte Europeia, no âmbito da *Grand Chamber*, realizou uma análise comparada dos sistemas de Júri adotados pelos Estados-Membros, verificando que as variações entre eles refletem particularidades culturais e históricas. Foi constatado que, em sua forma tradicional, o tribunal é composto por um número variado de jurados leigos e um ou mais juízes profissionais. O número de jurados pode variar de acordo com a matéria em questão e o de juízes varia de país para país. Uma questão comum para o modelo clássico é que os juízes não podem participar da deliberação dos jurados no que toca ao estabelecimento da culpa, que é de sua exclusiva competência⁶⁰¹.

Em sete países (Áustria, Bélgica, Irlanda, Noruega, Rússia, Espanha e Suíça), a prática comum é que o juiz submeta aos jurados um questionário específico sobre as circunstâncias fáticas relacionadas ao caso⁶⁰², abordando os elementos do crime e as teses de defesa, de modo que de suas respostas seja extraído o veredicto.

⁵⁹⁸ ROBERTS, Paul. Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials? In: *Human Rights Law Review*. n. 11, 2011, p. 224.

⁵⁹⁹ TEDH, Caso *Taxquet v. Bélgica*, *cit.*, §26-27.

⁶⁰⁰ TEDH, Caso *Taxquet v. Bélgica*, *cit.*, §29-31.

⁶⁰¹ TEDH, Caso *Taxquet v. Bélgica*, *cit.*, §43.

⁶⁰² TEDH, Caso *Taxquet v. Bélgica*, *cit.*, §49.

Na Irlanda, Inglaterra e Gales, o juiz possui a função de elaborar uma síntese do caso para os jurados após a conclusão dos debates. Nesta síntese, ele procura chamar a atenção para as provas colhidas e, ao fazê-lo, pode dar indicações sobre a abordagem adequada para tomar em sua valoração. Além do mais, nesse caso, o juiz também fornece aos jurados informações e explanações sobre as normas aplicáveis e sobre os elementos fáticos que devem ser provados para a caracterização do crime, de modo a estabelecer a cadeia de raciocínio que deve ser seguida pelos jurados para o alcance do veredito⁶⁰³.

Em geral, como observou a Corte Europeia, na maioria dos países os jurados deliberam sigilosamente, podendo o juiz ser chamado excepcionalmente para esclarecer quaisquer questões – a exemplo da Bélgica e da Noruega⁶⁰⁴.

Com exceção da Espanha e Suíça, a regra geral parece ser a de que não seja fornecida motivação para os vereditos na forma tradicional de júri⁶⁰⁵. A Bélgica passou a exigir a motivação⁶⁰⁶ após a reforma legislativa de 2009, por influência do caso Taxquet.

A partir dessas observações, restou claro que os Estados membros gozam de liberdade considerável para estabelecer seus sistemas judiciais, desde que estejam de acordo com as exigências do artigo 6º da Convenção Europeia. A tarefa da Corte, conforme já estatuído ao longo de sua jurisprudência, consiste em verificar se o método adotado para este fim levou um dado caso concreto a resultados compatíveis com os anseios da Convenção. Basicamente, deve-se avaliar se o procedimento considerado em sua totalidade foi justo no caso específico em análise.

A Corte lembrou dois julgamentos anteriores (R. v. Bélgica e Papon v. França) em que, apesar de não terem sido fornecidas razões para as decisões do júri, o juiz-presidente elaborou um questionário preciso dos fatos, hábil a compensar as respostas lacônicas dos jurados e de modo a criar um roteiro para que o júri chegasse a uma decisão que considerasse todos os fatos relevantes. Isso permitiu também ao acusado compreender o veredito acompanhando o raciocínio dos jurados e compensou suficientemente a falta de motivação. Além do mais, as partes puderam desafiar os quesitos propostos e sugerir outros.⁶⁰⁷

O que segue da análise feita, nas palavras da Corte, é que a Convenção não exige que

⁶⁰³ TEDH, Caso Taxquet v. Bélgica, *cit.*, §50.

⁶⁰⁴ TEDH, Caso Taxquet v. Bélgica, *cit.*, §54.

⁶⁰⁵ TEDH, Caso Taxquet v. Bélgica, *cit.*, §56.

⁶⁰⁶ No entanto, veio a adotar uma forma mais próxima de um juízo misto, por determinar que o juiz integrasse as deliberações do júri de modo a possibilitar que fossem formuladas as principais razões que ensejaram a decisão.

⁶⁰⁷ TEDH, Caso Taxquet v. Bélgica, *cit.*, §85-86.

os jurados fundamentem as decisões, e que o artigo 6º não obsta que um acusado seja julgado por um corpo de jurados leigos que decida de forma imotivada. No entanto, para que as exigências do processo justo sejam satisfeitas, deve-se proporcionar ao acusado e também ao público as condições necessárias para que compreendam o veredito alcançado, sendo esta uma garantia vital contra arbitrariedades.⁶⁰⁸

As decisões fundamentadas dos juízos profissionais servem, conforme a Corte, para que o acusado compreenda os motivos de sua condenação, tendo também o propósito de demonstrar às partes que elas foram ouvidas de modo a contribuir para uma maior aceitação da decisão. Por outro lado, elas obrigam os juízes a basear suas razões em argumentos objetivos e racionais, de modo a preservar os direitos de defesa. Como nos tribunais do júri, não há, em regra, obrigação de motivação, deve-se analisar se as garantias do artigo 6º da Convenção Europeia podem ser acomodadas de outra forma, de modo a evitar qualquer risco de arbitrariedades e para assegurar que todos os argumentos trazidos durante o julgamento sejam devidamente considerados⁶⁰⁹.

Essas garantias podem incluir, por exemplo, instruções ou orientações para os jurados dadas pelo juiz-presidente das questões legais envolvidas na prova colhida e, também, questões postas aos jurados aptas a formar uma estrutura encadeada sobre a qual o veredito se baseará, de modo que a precisão de seu conteúdo seja apta a compensar, suficientemente, o fato de as respostas virem desacompanhadas de suas razões. Finalmente, deve-se respeitar as vias recursais abertas ao acusado.⁶¹⁰ Por outro lado, as meras respostas “sim” e “não” pelos jurados a quesitos formulados de maneira ampla e genérica, podem dar a impressão de uma justiça vaga e pouco transparente.

Como se pode observar, a Corte Europeia optou por não desafiar diretamente a instituição do júri, considerando que esta não representaria, em si, uma violação à garantia do processo justo. No entanto é imperioso verificar se a configuração de seu procedimento, conforme estabelecido pelos Estados membros em âmbito interno, pode ser apta a violar o artigo 6º da CEDH. A falta de razões para o veredito, em si, não viola a Convenção. No entanto, devem ser satisfeitas algumas garantias mínimas que sirvam ao mesmo propósito e desempenhem a mesma ou similar função que a garantia da motivação.

Trata-se da primeira decisão em que a Corte Europeia explicitamente afirma a

⁶⁰⁸ TEDH, Caso Taxquet v. Bélgica, *cit.*, §90.

⁶⁰⁹ TEDH, Caso Taxquet v. Bélgica, *cit.*, §91-92.

⁶¹⁰ TEDH, Caso Taxquet v. Bélgica, *cit.*, §92.

importância de se demonstrarem os fatos que convenceram o júri da culpabilidade ou inocência do acusado, indicando-se as razões concretas para as respostas dos jurados, de modo a que não só o acusado possa entender o veredito, mas, também, o povo, em nome do qual a decisão é proferida.

3.3. A motivação das decisões judiciais e sua expressão no contexto processual brasileiro

A obrigação imposta aos juízes de motivar as sentenças já ressoa em solo brasileiro desde a vigência das Ordenações Filipinas, a qual determinava que “todos os Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam letrados, ora o não sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, (...) as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar”.⁶¹¹

Com a emancipação política brasileira e seguindo-se a outorga da Constituição Imperial de 1824, já se podia verificar a preocupação em consolidar no ordenamento brasileiro a previsão do dever judicial de motivação. Foi editada Portaria em 31 de março de 1824 pelo então Ministro da Justiça com vistas a que os juízes se obrigassem a expressar nas sentenças, de forma pormenorizada, as suas razões e os seus fundamentos.

Mais tarde, com a superveniência da Resolução n. 737 de 25 de novembro de 1850, delineou-se a primeira legislação processual brasileira, no âmbito da qual se fazia presente a obrigação de motivação nos seguintes termos: “a sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda.” Tal previsão, como explica Barbosa Moreira⁶¹², serviu de parâmetro para as subsequentes previsões nos diversos Códigos Processuais estaduais e, posteriormente, no Código Nacional de 1939, o qual determinava que o juiz indicasse “os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento” e, paralelamente, exigia que a sentença, a qual deveria ser clara e precisa, contivesse “os fundamentos de fato e de direito” da decisão.

⁶¹¹ “para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar as sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juízes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam letrados, ora o não sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação... cit.*, p. 283).

⁶¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação... cit.*, p. 284.

Hodiernamente considerada⁶¹³ garantia intrínseca à noção de processo justo e, portanto, implicitamente constante do artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o direito a uma decisão motivada na seara penal também é garantido em âmbito convencional por meio da prerrogativa de não ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários, nos termos do artigo 7.3 de seu texto.

Os mesmos parâmetros de proteção podem ser encontrados na Constituição Federal de 1988. Como princípio essencial ao exercício legítimo da função jurisdicional, a garantia da motivação das decisões se encontra expressa no artigo 93, IX, pelo qual “todos os julgamentos dos Órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

A despeito de sua previsão expressa situar-se no capítulo reservado ao Poder Judiciário (como dever do juiz), não se pode negar sua essência de direito fundamental. Não somente as partes possuem o direito fundamental a uma decisão motivada, como respeito ao contraditório participativo, mas todos os jurisdicionados possuem o direito de conhecer e fiscalizar a forma com a qual a justiça é administrada, uma vez que a fundamentação das decisões é fator de legitimação democrática da função jurisdicional.

A motivação é garantia indissociável à noção de processo justo, na medida em que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, nos termos do artigo 5º, LIV. Especialmente no âmbito penal, no qual reside a ameaça de restrição da liberdade e, conseqüentemente, da dignidade humana da pessoa, deve ser sublinhada a importância da motivação como garantia da efetividade dos direitos fundamentais.⁶¹⁴ Não por acaso a previsão do artigo 5º, LXI no sentido de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e *fundamentada* de autoridade judiciária competente (...)”.

Ademais, em sendo o exercício pleno do contraditório possível somente na medida em que se pode eficazmente influenciar a formação da decisão judicial, a fundamentação é o instrumento que possibilita tal controle⁶¹⁵ e deve, portanto, ser considerada um meio ou

⁶¹³ Como já demonstrado em tópico anterior, é pacífico na jurisprudência das Cortes Internacionais (v. por exemplo, na CIDH o caso Chocrón vs. Venezuela de 2011 e no TEDH o caso Hadjianastassiou vs. Grécia de 1992) que a referida garantia é pressuposto fundamental ao devido processo legal, embora não se encontre expresso no texto das Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos. Como se depreende do caso Chocrón, “*el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso*” (Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf. Acesso em: 28 de janeiro de 2016).

⁶¹⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação... cit.*, p. 78.

⁶¹⁵ Conforme Lênio Streck, “a garantia que cada cidadão tem de que a decisão estará devidamente fundamentada – porque cada ato de aplicação judicial é um ato de jurisdição constitucional – está umbilicalmente ligada à garantia do contraditório, que assume uma especificidade radical nesta quadra da história, isto é, o contraditório

recurso inerente ao seu exercício nos termos do artigo 5º, LV. O mesmo se diga em relação à ampla defesa, considerando que o conhecimento das razões da decisão é fundamental até mesmo para a efetivação do direito de pleitear sua reforma.

No plano infraconstitucional também se pode destacar a disciplina da fundamentação das decisões nos textos do Código de Processo Penal e no Processual Civil de 1973, embora suas formulações remetam a uma indesejável abertura para o decisionismo. Conforme se depreende do artigo 155 do CPP, “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” Em sentido semelhante, o já sepultado CPC dispunha em seu artigo 131 que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Apesar de representarem uma reafirmação da imposição aos juízes de prestar contas sobre as razões de seu convencimento, contribuindo para o controle da efetividade de uma série de outras garantias processuais⁶¹⁶, tais textos legislativos representam as bases que fundamentam a adoção do sistema de livre convencimento motivado na valoração das provas no processo brasileiro. Apesar do emprego do termo “livre”, a melhor interpretação de seu conteúdo é a que relaciona a liberdade com a proteção contra eventual interferência legislativa que possa restringir ou direcionar a apreciação judicial, em uma verdadeira oposição ao sistema das provas legais. De modo algum essa liberdade deve ser interpretada como um cheque em branco, como uma porta aberta para a contingência do julgamento conforme a consciência. Se por um lado, como defende Gomes Filho, o livre convencimento deve ser entendido como a ausência de regras de valoração probatória, por outro implica a observância de certas prescrições tendentes a assegurar a correção epistemológica e jurídica das conclusões fáticas. Conforme bem sintetiza o autor, “na liberdade de valoração aliam-se liberdade e responsabilidade”⁶¹⁷.

passa a ser a garantia da possibilidade da efetiva participação das partes na formação da resposta judicial, questão que se refletirá na fundamentação da decisão, que deve explicitar o iter percorrido no processo, tornando a decisão visível e apta ao controle social-jurisdicional”. (STRECK, Lênio. A Interpretação da Constituição no Brasil: breve balanço crítico. In: *Revista Paradigma*. Ano XVII, n. 21, p. 2-35, jan./dez. 2012.)

⁶¹⁶ A partir do entendimento de Ferrajoli no sentido de ser a motivação a garantia das garantias. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão... cit.*, p. 567)

⁶¹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova... cit.*, p. 162-163.

Uma nova perspectiva parece ter surgido com o advento do novo Código de Processo Civil⁶¹⁸, o qual sinalizou para importantes aperfeiçoamentos na valorização do caráter democrático do processo, bem como no fortalecimento de seu caráter garantístico.

Grande parte da preocupação até aqui exposta no tocante à busca pela racionalidade na formação dos juízos de fato e pela necessária controlabilidade das decisões judiciais encontra-se em profunda sintonia com os valores e anseios que inspiraram algumas das suas importantes inovações. Embora trate-se de um contexto processual distinto, os avanços relacionados à imposição de parâmetros racionais às decisões e, conseqüentemente, de padrões mais rigorosos para que se possa dizer concretizada a garantia de fundamentação, expressam uma tendência em profunda coerência com um modelo constitucional de processo, o que não deve se restringir ao contexto da justiça civil.

Para os escopos da presente análise, dois são os principais elementos a serem considerados a partir da nova sistemática processual civil: o reforço do contraditório e o suposto fim do “livre convencimento” por meio da imposição de maiores rigores ao dever de motivação das decisões. Tais fatores convergem simultaneamente em direção à tendência de racionalização dos provimentos jurisdicionais e, portanto, devem ser interpretados nos termos de uma mudança do paradigma processual vigente, de modo a produzir repercussões também no processo penal.

3.3.1. O reforço do contraditório no novo CPC: o processo cooperativo e o dever do juiz de promoção do debate

Uma nítida preocupação que se mostra expressa no texto do novo diploma processual civil foi em estabelecer um ambiente de profunda cooperação entre os sujeitos parciais e o juiz, proporcionando uma estrutura dialógica hábil a concretizar uma moderna noção de contraditório⁶¹⁹ que ultrapassa as suas dimensões convencionais.

⁶¹⁸ O novo Código de Processo Civil foi instituído pela Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, com entrada em vigor após transcorrido o período de 1 ano a partir da data de sua publicação.

⁶¹⁹ Outrora reconhecido essencialmente por sua vertente de audiência bilateral, exprimiu o contraditório, por muito tempo, unicamente a noção de que o juiz não poderia decidir o pedido do autor antes de notificar o réu e permitir que o mesmo se manifestasse. Posteriormente, erigiu-se a compreensão do método dialético do contraditório como meio adequado para a descoberta da verdade, sendo sucedida pela noção de que uma efetiva audiência bilateral pressupõe a igualdade de tratamento entre as partes. Após um período de regressão em sua interpretação, o contraditório renasceu no período pós-segunda guerra não mais simplesmente como um

Assim, para além do direito à audiência bilateral e de efetivamente influenciar as decisões judiciais, além da perspectiva do direito de informação e de efetiva reação, o contraditório assume o caráter de dever, o qual é imposto às partes no sentido de colaborarem para a justa solução da causa. Paralelamente, sob o mesmo fundamento, impõe-se o dever ao juiz no sentido de promover um diálogo satisfatório com as partes acerca das diversas questões a serem decididas. Nesse sentido, o juiz deve “despir-se de conduta passiva, marcada pela mera recepção de informações, para, inversamente, assumir papel ativo, instaurando interlocução humana com as partes (...), tendente à construção intelectual conjugada da decisão.”^{620 621}

Nesse sentido é o conteúdo do artigo 6º do referido diploma: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” E a forma mais eficaz para o alcance de tal fim, a exemplo do que defende Leonardo Greco, é por meio da instauração de um diálogo humano entre o juiz e os outros sujeitos principais do processo, por meio do qual todos os interlocutores possam falar e ouvir, “de tal modo que ao seu término cada um deles influiu nas idéias do outro e por elas foi também influenciado. A transformação do processo em instância de diálogo certamente exige um novo juiz, capaz não apenas de ouvir, mas também de escutar e de falar.”^{622 623}

princípio, mas como garantia da eficácia concreta dos direitos fundamentais. Como explica Greco: “Esse é o grande salto do nosso tempo: de princípio a garantia fundamental. Para isso, o contraditório não pode mais apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, mas se transforma numa ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz. Isto é, o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais.” Desta forma, essa dimensão de contraditório participativo impõe ao juiz, conforme Greco, “o dever de abandonar a postura burocrática e meramente receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas, mas em que uns e outros, em comunicação de dupla via, construam juntos a solução da causa.” Em síntese, conclui o autor que “o contraditório do nosso tempo nada mais é do que a projeção no processo do primado da dignidade humana.” (Para todas, ver: GRECO, Leonardo. O Princípio do Contraditório. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556).

⁶²⁰ CONTE, Francesco. Contraditório como dever e a boa-fé processual. In: FUX, Luiz. (coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 641.

⁶²¹ “De fato, o modelo processual cooperativo inaugura ‘uma nova cultura judiciária, que potencie o diálogo franco entre todos os sujeitos processuais, com vistas a alcançar a solução mais ajustada aos casos concretos submetidos à apreciação jurisdicional’. A ideia da comparticipação supera tanto uma visão inquisitiva do processo – na qual o juiz é soberano na condução processual e na prolação da decisão – como uma ótica adversarial – na qual o processo é visto como um duelo entre as partes cujo papel do juiz é intermediar a disputa e indicar o vencedor do embate. (...) O regime de colaboração processual coloca o juiz em um nível de interlocução processual paralelo com as partes.” FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão Dinâmica do Contraditório, Fundamentação Decisória e Conotação Ética do Processo Justo: Breve Reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC. In: *Revista de Processo*. V. 247, 2015, p. 105-136.

⁶²² GRECO, Leonardo. O Princípio... *cit.*, p. 541-556.

⁶²³ Arrisca-se a estabelecer uma relação, ainda que bastante sutil, entre a supracitada tendência em fortalecer as possibilidades de diálogo entre o julgador e as partes, a partir da moderna concepção de contraditório, e algumas

Ademais, consta do artigo 7º do novo Código de Processo Civil a previsão da competência do juiz no sentido de “zelar pelo efetivo contraditório.” A ênfase dada por meio da locução empregada sinaliza para a busca pela concretização do caráter substancial da garantia, de modo a atingir os verdadeiros fins pretendidos. Afinal, como bem sustenta Greco, “o contraditório do nosso tempo nada mais é do que a projeção no processo do primado da dignidade humana. Esse primado (...) impõe que o poder de influir nas decisões judiciais seja assegurado de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente”.⁶²⁴ A esse poder corresponde, paralelamente, o dever imposto ao juiz de se deixar influenciar pela atividade das partes, apresentando na ocasião da motivação a devida resposta a cada fundamento avertado, após sua devida consideração.

Por outro lado, a imposição ao juiz do dever de dialogar com as partes configura também uma importante vertente do moderno contraditório, tendente a sepultar a figura de um magistrado passivo e enigmático, de quem não se sabe o que esperar quando da prolação da sentença. E é nesse mesmo sentido que reside a proibição da decisão-surpresa, “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”, vedação prevista no artigo 10º do mesmo diploma. As partes devem poder participar da formação da decisão em todos os seus fundamentos relevantes, de modo que, eventualmente, possam buscar desconstruir um dado posicionamento que lhes seja desfavorável por meio de provas ou argumentos em

recentes orientações no âmbito do sistema norte-americano de júri, no sentido de proporcionar alguns meios de participação mais ativa do jurado durante o julgamento. Avançando em temas e estabelecendo recomendações que inovam (e, até certo ponto, contrariam algumas práticas e convicções sedimentadas), a *American Bar Association* editou em 2005 uma publicação contendo um conjunto dos princípios gerais a orientar a organização e os procedimentos de júris pelos tribunais norte-americanos. Destaca-se, dentre eles, o Princípio de n. 13, que visa promover a compreensão dos jurados acerca dos fatos e do direito aplicável, o que poderia ser feito, por exemplo, a partir da autorização para que façam anotações durante o julgamento, fornecendo os instrumentos necessários para tanto (A.1 e A.3). Em casos complexos, recomenda-se até mesmo a disponibilização de um caderno contendo as instruções pertinentes, um resumo das provas admitidas e das principais argumentações das partes e outros materiais relevantes (B), sendo permitida, inclusive, a suplementação dessas informações pelas partes, na medida em que novos itens de prova sejam admitidos (B.2). Ainda dentro desse princípio, consta a recomendação para que os jurados sejam autorizados a submeter por escrito perguntas aos depoentes nos casos civis (C), sendo facultada a aplicação em âmbito criminal já que considerada essencialmente controversa nesse contexto. Ainda, o Princípio de n. 15 estabelece como dever das partes e juiz a facilitação da efetiva e imparcial deliberação dos jurados, podendo estes últimos, inclusive, submeter perguntas em meio à atividade deliberativa, a qual será analisada pelo juiz em conjunto com as partes, cabendo o mesmo responder de modo completo ou explicar os motivos da impossibilidade de o fazer (D). Finalmente, segundo o Princípio de n. 16, fica estabelecida a possibilidade de juiz e partes oferecerem assistência aos jurados na medida em que se encontrem diante de um impasse. Nessa oportunidade, os mesmos serão questionados por escrito sobre como podem o juiz e as partes auxiliá-los no processo deliberativo (A). (In: *Principles for Juries and Jury Trial*. American Bar Association, 2005. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 01/12/2015).

⁶²⁴ GRECO, Leonardo. O Princípio... *cit.*, p. 541-556.

sentido contrário. Some-se a isso o alerta contido no artigo 9º no sentido de que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”⁶²⁵

Diante dessa situação, verificando o juiz que um ou mais fundamentos que considere relevantes não foram objeto de suficiente debate entre as partes, cabe-lhe o dever de promover tal diálogo, de modo que possam os sujeitos parciais se manifestar sobre a questão antes de que seja ela considerada para a formação do convencimento judicial.

Em sentido semelhante, a obrigação do juiz de zelar pelo efetivo contraditório também lhe impõe, por exemplo, o dever de advertência prévia às partes na medida em que entender pela inversão do ônus probatório, de modo que seja oportunizado àquela a quem o mesmo será imposto a efetiva possibilidade de dele se desincumbir.⁶²⁶ Não se afigura cabível, deste modo, a que a inversão seja definida no ato da sentença, dada a proibição de decisão-surpresa. Da mesma forma, na medida em que as partes normalmente não têm qualquer possibilidade de prever o efeito que as provas requeridas ou produzidas possam produzir no entendimento do julgador cabe a este, sob o mesmo fundamento, informá-las da conveniência de complementação probatória, para que aquelas avaliem se devem tomar a iniciativa de requerê-la⁶²⁷.

Frise-se que tal postura pró-ativa do magistrado em direção ao efetivo diálogo com as partes não deve ser entendida como atentatória à sua imparcialidade. Não há, no caso, qualquer hipótese de pré-julgamento, mas tão somente a abertura para o diálogo e a transparência no ato de julgar. “O que se espera do juiz democrático é que, embora já tendo

⁶²⁵ Nesse sentido, “Não se tolera, quicá deve se permitir, a ocorrência de decisões-surpresa (*decisione dellaterza via*, no direito italiano, ou *Überraschungsentcheidungen*, no direito alemão), assim consideradas aquelas que se firmam em fundamentos de fato e/ou de direito que não foram alvo de debate prévio e efetivo das partes. O juiz não pode, como um mágico, extrair da sua *ca(chol)rtola*, fundamentos sobre os quais as partes não manifestaram previamente, ainda que se trate de matérias cognoscíveis (e não resolúveis, frise-se!) *ex officio*. Nesse prisma, os adágios *iuri novit curiae* da *mihi factum dabo tibi ius* devem sofrer uma releitura para se adequar à exigência constitucional do contraditório, já que o direito conhecido pelo magistrado, e só revelado quando do julgamento, sem prévio controle e debate das partes, é ilegítimo e não condizente com o Estado Democrático de Direito (...).” (FARIA, Márcio Carvalho. O princípio do contraditório, as matérias cognoscíveis de ofício e as decisões judiciais de fixação de honorários de sucumbência. *In*: FUX, Luiz (coord). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 744-745.)

⁶²⁶ Conforme se depreende do artigo 373, parágrafo 1º do novo Código de Processo Civil: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

⁶²⁷ FARIA, Márcio Carvalho; GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; HARTMANN, Guilherme Kronenberg; GUEDES, Clarissa Diniz; *et. al.* A Reforma do Direito Probatório... *cit.*

formado a sua convicção, esteja sempre disposto a revê-la, se alguma outra prova requerida puder potencialmente trazer algum novo elemento a ser apreciado”.⁶²⁸

Por outro lado, como salienta Cabral, desde há muito já se ultrapassou a visão de que o magistrado não deveria empreender esforços no campo probatório, com vistas a preservar sua imparcialidade.⁶²⁹ No contexto participativo vislumbra-se uma nova configuração do papel dos sujeitos processuais, dentro do qual todos têm suas atividades voltadas para a busca da verdade e do alcance da justiça substancial. Não é de se espantar que essa mudança de perspectiva também contribua, invariavelmente, para o sepultamento da compreensão do processo como mero instrumento de pacificação de conflitos, levando ao fortalecimento, em contrapartida, de sua função epistêmica.

3.3.2. Pelo fim do decisionismo e pela máxima efetividade da garantia da motivação: O novo CPC erradicou o “livre convencimento”?

Os parâmetros estabelecidos pela nova sistemática processual civil rumo a um modelo de processo participativo são capazes de produzir profundos reflexos no campo probatório. Afastando-se das tradicionais estruturas adversarial – que se apresenta, por essência, como uma disputa entre partes adversárias perante um juiz inerte – e inquisitorial – no qual o juiz exerce o protagonismo e se configura como o centro de toda a atividade processual – o modelo cooperativo inaugura um ambiente de equilíbrio e simetria entre os sujeitos processuais, estruturado sobre os princípios do contraditório e da boa-fé. Nesse contexto dialógico a prova deixa de ser vista como um instrumento destinado à formação do convencimento judicial e passa a expressar-se como uma manifestação do contraditório participativo – o qual também é integrado pelo juiz. A prova revela-se como mecanismo processual de efetivação dos direitos de ação e de defesa, com vistas a proporcionar as bases de uma decisão justa, em consonância com a verdade.

⁶²⁸ FARIA, Marcio Carvalho; GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; HARTMANN, Guilherme Kronenberg; GUEDES, Clarissa Diniz; *et. al.* A Reforma do Direito Probatório... *cit.*

⁶²⁹ CABRAL, Antônio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come Diritto d’Influenza e Dovere di Dibattito. *In: Rivista di Diritto Processuale.* n. 2, 2005, p. 461.

Toda essa sistemática contribuiu para que o novo Código de Processo Civil pudesse caminhar em direção à superação do paradigma da consciência no que tange ao vigente modelo de apreciação da prova.

Como as provas não têm mais no juiz seu principal destinatário, é ainda mais repulsiva a ideia da formação de um convencimento subjetivo, livre e particular. O juiz do modelo cooperativo também possui deveres perante as partes, sendo um deles o de considerar todos os argumentos aventados e de deixar-se influenciar por eles. Paralelamente, possui o magistrado o dever de expor as razões de sua decisão, esclarecendo às partes os motivos do acolhimento ou rejeição de suas teses e pretensões e submetendo o julgado a controle intersubjetivo de seus fundamentos. Na verdade, nenhuma novidade se vislumbra quanto a isso. Tais preceitos nada mais expressam do que as manifestações próprias de uma adequada concepção de contraditório participativo e de motivação adequada.

A despeito de não se tratar de conceitos novos, a efetiva concretização das garantias do contraditório e da motivação há muito se vê frustrada na prática processual brasileira, em grande parte como decorrência de uma equivocada compreensão da noção de livre convencimento motivado⁶³⁰.

A busca pela superação do paradigma da consciência – modelo solipsista que considera o juiz como único destinatário da prova e se expressa por meio do livre convencimento –, é defendida com intensidade por Lênio Streck, para quem o processo deve atribuir à prova o caráter de direito fundamental das partes. Segundo o autor, um processo democrático depende de uma ampla intersubjetividade, depende do respeito ao contraditório e

⁶³⁰ Serve como ilustração da referida tendência o clássico voto proferido pelo Min. Humberto Barros no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.” (STJ, AgReg em ERESP n. 279.889-AL, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* 14/08/2002.) Veja-se a que ponto pode chegar a contingência de uma decisão judicial baseada na consciência individual do magistrado. Apesar de se expressar por meio de uma sinceridade extrema (e infeliz), não se pode negar que o voto citado reflete a perigosa tendência de transformação da liberdade valorativa em arbítrio no exercício do poder.

da presença de uma fundamentação detalhada ao nível daquilo que denomina *accountability processual*.⁶³¹

No âmbito de seus esforços para a conscientização dos riscos do protagonismo judicial, Streck teve sua sugestão acatada no âmbito das discussões acerca do projeto do novo CPC, dando ensejo à supressão de todas as menções ao livre convencimento do texto do Código uma vez reconhecido que “embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos, (...) em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais.”⁶³²

Nesse sentido, estabelece o artigo 371 do novo CPC que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” Diferentemente da disposição presente na lei processual civil anterior, não mais se observa a locução “livremente” associada à apreciação da prova.

Paralelamente, a fim de garantir o caráter intersubjetivo da decisão de modo que se vislumbrasse a efetiva concretização do contraditório nos moldes aludidos acima, imperioso que se permita um efetivo controle sobre seus fundamentos, bem como, que por meio destes sejam oferecidas as devidas respostas às alegações das partes.

Em um ambiente de debate, espera-se que o argumento vencedor seja assim considerado após a efetiva apreciação de todos os demais, revelando-se os motivos de cada afastamento. Do contrário estar-se-ia diante de uma solução impositiva, arbitrária. No mesmo sentido, em um ambiente de investigação científica no qual várias hipóteses fáticas

⁶³¹ STRECK, Lênio. O Livre Convencimento e sua Incompatibilidade com o dever de Accountability Hermenêutica: o sistema acusatório e a proteção dos direitos fundamentais no processo penal. In: LEITE, Jorge Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel. (org.). *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 631.

⁶³² Conforme justificativa para a supressão, sugerida por Streck e acatada pelo Dep. Paulo Teixeira: “embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado ‘coparticipação’, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do ‘livre convencimento’. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão”. (STRECK, Lênio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52, n. 206, 2015, p. 35.)

contrapostas são aventadas, a adoção de uma delas como verdadeira somente se mostrará legítima a partir da refutação das demais, seja pela demonstração de suas incoerências, incongruências, fragilidades, ou mesmo da superioridade explicativa da primeira.

Na decisão judicial, não pode ser diferente. Apesar de se tratar de um exercício de poder, sua legitimação democrática deriva do controle de sua racionalidade, da correção dos raciocínios empregados e do respeito ao método dialético inerente ao contraditório participativo, tudo de modo a proporcionar as bases para a aproximação da verdade. Diante disso a fundamentação da decisão não deve ser compreendida como a exposição dos motivos que levaram ao juiz a formar o seu convencimento (vez que a função da prova não é a de convencer o juiz). Tampouco deve ser concebida como instrumento persuasivo, pelo qual o juiz busca convencer as partes do acerto de sua decisão. Ao contrário, a fundamentação deve se configurar na demonstração dos motivos pelos quais, diante daquele conjunto específico de fatos, provas e argumentos, qualquer pessoa racional deveria chegar a conclusão semelhante. Daí reside seu caráter intersubjetivo.

A fim de assegurar que a fundamentação cumpra todos esses papéis, evitando aquelas genéricas, sintéticas ou que não sirvam às finalidades essenciais da garantia, a nova lei processual civil procurou estabelecer critérios objetivos pelos quais se poderia considerar uma decisão carente de fundamentação.⁶³³ Tais critérios ilustram uma série de práticas comuns e, de certo modo, institucionalizadas, que acabam por fortalecer a cultura da convicção íntima – as quais pretende-se combater. Sem essa pormenorização, talvez de nada adiantaria suprimir o termo “livre convencimento” do texto processual, eis que de certo venceria a interpretação comodista de que teria se tratado de simples omissão, relapso, sem qualquer implicação prática. Não será de se surpreender, inclusive, se mesmo em face da inegável clareza legislativa, essa hipótese, ainda assim, ocorrer.

A verdade é que o “princípio” do *livre* convencimento motivado não se sustenta em um ambiente processual democrático, que procura tutelar efetivamente os direitos fundamentais dos jurisdicionados por meio do devido processo, no qual espera-se que a

⁶³³ Dispõe o artigo 489 do novo Código de Processo Civil, em seu parágrafo 1º: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” E ainda, veja-se o teor do parágrafo 3º do mesmo dispositivo: “A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

decisão seja um ato de saber – e não de poder. Nesse contexto, o sistema normativo estabelecido pelo novo CPC aposta suas fichas no contraditório como garantia de influência e não surpresa e, por isso, alimenta esforços para se ajustar ao paradigma da intersubjetividade.⁶³⁴

Por fim, alinhavando a sistemática de um novo paradigma cooperativo no processo civil, destaca-se a exigência de coerência e integridade na jurisprudência⁶³⁵, critérios que também seriam exigíveis dos juízos de primeiro grau por via reflexa. Enaltecendo o acatamento desses valores no *novel* diploma processual, Streck explica que os mesmos representam a “concretização da igualdade, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana”.⁶³⁶ Deste modo, os deveres de coerência e integridade fortalecem os princípios da segurança jurídica, da confiança e da isonomia, além de proporcionarem o respeito ao *procedural fairness*, constituindo-se em garantias contra as arbitrariedades interpretativas e o voluntarismo judicial. Por tais fundamentos, segundo Streck, a coerência e a integridade já, por si só, impediriam o livre convencimento.⁶³⁷

Apesar de não se desconsiderar a validade dos esforços explícitos na reforma processual civil no sentido de suprimir o chamado “livre convencimento”, na medida em que sirvam para reforçar a racionalidade que se espera das decisões judiciais, acredita-se que a proposta se consubstancia em mera tentativa de reparar as distorções inerentes à prática processual. À luz de uma concepção democrática de processo, fulcrada no modelo garantístico delineado pela Constituição, já se podia extrair a conclusão de que as decisões judiciais não se sustentam se não fundadas em raciocínios válidos e controláveis a partir das provas, justificados a partir de uma fundamentação racional. Nunca foi da essência do sistema da persuasão racional – ou livre convencimento motivado – consentir com decisões subjetivas. A liberdade que se encontra associada a seu conteúdo se refere a uma proteção em face de qualquer investida por parte do legislador, no sentido de impor critérios apriorísticos de valoração tendentes a restringir a atividade valorativa do julgador. Todavia, o reforço de

⁶³⁴ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. A Expulsão do Livre Convencimento Motivado do Novo CPC: Por que a razão está com os hermenutas? In: MACÉDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (org.). *Coleção Novo CPC Doutrina Selecionada: Processo de Conhecimento – Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 310.

⁶³⁵ Conforme o artigo 926 do novo Código de Processo Civil: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

⁶³⁶ STRECK, Lênio. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2016.

⁶³⁷ STRECK, Lênio. Novo CPC terá mecanismos... *cit.*

tais premissas pela legislação é válido como forma de contribuir para a superação da cultura do subjetivismo.

3.4. A suposta incompatibilidade entre a instituição do júri e a garantia da motivação das decisões judiciais

É muito comum – parecendo, inclusive, encontrar certa conformidade passiva entre os juristas brasileiros – o entendimento de que o júri é instituição composta por cidadãos leigos na qual, por essência, decide-se por íntima convicção, sem um necessário apego à lei ou à prova, sendo inexigível, neste contexto, a fundamentação de suas decisões⁶³⁸. Supõe-se que o veredicto obtido por meio da maioria simples dos votos dos jurados, a partir das respostas enigmáticas aos quesitos que lhes são apresentados, representaria uma formalização da vontade dos cidadãos daí, portanto, extraindo sua legitimidade. O caráter democrático da instituição, portanto, dispensaria a exposição dos fundamentos de suas decisões.

Não se pode concordar com essa visão reducionista do que se entende por democracia, nem, tampouco, com a ideia da supremacia da tradição sobre o conjunto de garantias que compõem a noção de processo justo, como se a instituição tivesse uma espécie de salvo-conduto para ignorar estes preceitos.

Ademais, na medida em que se tem consciência do pluralismo verificado na sociedade, “faz-se imprescindível que os cidadãos chamados a administrar a justiça se

⁶³⁸ O motivo de tal raciocínio pode ser compreendido quando se recorre às raízes históricas do júri. Conforme Tornaghi, a transformação do jurado, de testemunha em juiz, foi lenta e gradativa, não sendo produto de um ato legislativo determinado. Deste modo: “A circunstância de o jurado poder ser uma testemunha do fato, um *coniurator*, explica que se lhe permitisse julgar de ciência própria, *ex informata conscientia*. Se a testemunha, depondo diante dele dizia uma coisa e ele sabia que era falsa, guiava-se pelo que sabia e não pelo que ouvia.” (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, vol II, p. 286.) No mesmo sentido, vejam-se as considerações de Tourinho Filho: “Conhecendo os costumes do povo, o que ele sente em determinadas situações de valoração cultural, o fato de muitas vezes a lei estar dissociada do pensamento da sociedade, as conversas de rua, que nem sempre ou quase nunca chegam aos autos, o conhecimento que as pessoas têm das circunstâncias que antecederam o fato delituoso, a vida pregressa do cidadão, a natureza do crime (...), os jurados, mais soltos, mais libertos, sem a obrigação de dizerem como e por que votaram desta ou daquela maneira, estando assim mais à vontade, justificam a conduta do(a) acusado(a), dando asas ao seu coração, aos seus sentimentos. (...) O Juiz togado, não. O togado compreende a lei e dela não pode afastar-se. Ainda que sabendo que teria a mesma conduta do réu, ficaria acorrentado, preso às provas dos autos, ao texto da lei (...). Solucionando a lide de acordo com a sua íntima convicção, sem ter a obrigação de dar satisfação a quem quer que seja a não ser à sua própria consciência, sabendo que a sua decisão é soberana, por provir do povo, o Tribunal do Júri ampara mais ainda o direito de liberdade.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4, p. 146-147.)

submetam ao controle daquela parte do povo que permanece à margem do juízo e que não se identifica necessariamente com aqueles”.⁶³⁹

Segundo Igartua Salaverría, com esteio em Ferrajoli, a legitimidade democrática do Poder Jurisdicional se configura de modo diverso daquela que normalmente é inerente a outros poderes do Estado, nada tendo a ver com a vontade e tampouco com a opinião da maioria.⁶⁴⁰ Diferentemente de outras atividades, as quais não estão ocupadas com a análise da verdade ou falsidade de fatos, a função jurisdicional tende a definir-se como cognitiva, “a qual, ao menos em relação aos fatos, expressa-se mediante assertivas cuja verdade remete a um raciocínio empírico sujeito a prova e contraprova, aberto à negação ou à confirmação através do contraditório”.⁶⁴¹

Deste modo, com apoio em Ferrajoli, pode-se sustentar que a existência de fundamentação é condição necessária para a validade de quaisquer pronunciamentos jurisdicionais. A própria legitimação interna (jurídica ou formal) desses pronunciamentos está condicionada pela existência e pela qualidade de suas motivações, a qual se situa na verdade de suas assertivas, de onde se extrai que as sentenças são os únicos atos normativos cuja validade se funda sobre o pressuposto da verdade.⁶⁴² Daí se poder dizer que também o pressuposto da verdade é a fonte da legitimação externa (ético-política ou substancial) do Poder Jurisdicional, o qual, diferentemente dos demais, não admite uma legitimação representativa ou consensual, mas, ao contrário, racional e legal, tendo em vista o fundamento cognitivo dos fatos e recognitivo da sua qualificação jurídica.⁶⁴³ O provimento jurisdicional será determinado por meio de um processo dotado de função epistêmica, direcionado a obter a verdade, em cujo contexto mostram-se irrelevantes as noções de representatividade, maioria ou consenso que podem ser verificados em um dado corpo de jurados.

⁶³⁹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento... cit.*, p. 192.

⁶⁴⁰ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento... cit.*, p. 192.

⁶⁴¹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento... cit.*, p. 192.

⁶⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1995, p. 543.

⁶⁴³ “Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano. Y ningún consenso político - del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública - puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer verdadero lo falso, o viceversa.” FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón... cit.*, p. 544.

Assim sendo, para verificar a legitimidade de um veredicto, a motivação revela-se como peça determinante, já que somente por meio dela é possível verificar o fundamento racional de uma decisão.⁶⁴⁴

Para tanto, faz-se relevante desmistificar algumas “verdades inquestionáveis”, como a de que o jurado não deve prestar contas de sua atividade, podendo decidir contrariamente às provas, segundo sua íntima convicção. É claro que, como cidadão comum sem conhecimentos jurídicos, o jurado fará suas valorações de modo distinto do juiz togado, mas ainda assim deve estar vinculado aos fatos e provas constantes do processo e se desprender de quaisquer preconceitos e pré-julgamentos. Como já há muito alertado por Streck, “o modelo de Estado Democrático de Direito, garantista e secularizado, dificilmente poderá continuar a conviver com julgamentos nos quais não haja a devida justificação/fundamentação.”

A compreensão que ainda hoje se faz dominante acerca da instituição do júri é fortemente apegada à sua concepção histórica local, fato que influencia e afeta diretamente a definição de seus escopos e das funções que desempenha no contexto democrático delineado pela Constituição brasileira, e que se refletirá, conseqüentemente, na configuração de seu procedimento.

Nesse sentido, pode-se identificar uma grande resistência da comunidade jurídica à recepção de mecanismos que remontem a novas formas de se conceber a instituição do Júri, na medida em que se distanciem de sua tradicional conformação histórica brasileira e de seu valor simbólico. Essa resistência demonstra claramente uma irrazoável primazia da tradição em detrimento do atual modelo democrático de processo.

O que se observa é a predominância de um conformismo apático entre os juristas no sentido da aceitação – e, por vezes, do enaltecimento – do júri como ele é (ou, mais propriamente, como ele foi recepcionado), o que representa, à luz do historicismo, “o continuísmo de valores incorporados e repetidos sem qualquer fator de problematização”.⁶⁴⁵ Como já observado por Aury Lopes Jr.⁶⁴⁶, “um dos graves problemas para a evolução de um determinado campo do saber é o repouso dogmático. Quando não se estuda mais e não se questionam as ‘verdades absolutas’.” Desta forma, segundo o autor, “o Tribunal do Júri é um

⁶⁴⁴ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento... cit.*, p. 193.

⁶⁴⁵ CHAVES, Charley Teixeira. *O Povo e o Tribunal do Júri*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2015, p. 114-115.

⁶⁴⁶ LOPES JR., Aury. Tribunal do júri precisa passar por uma reengenharia processual. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-08/limite-penal-tribunal-juri-passar-reengenharia-processual>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

dos temas em que a doutrina nacional desfruta de um longo repouso dogmático, pois há anos ninguém (ousa) questiona(r) mais sua necessidade e legitimidade.”

Diversas são as razões levantadas em oposição à perspectiva de se buscar formas de se obter decisões racionais e fundamentadas no âmbito do Júri, sendo as principais as que se fundam na descrença na possibilidade de exigir maior comprometimento por parte dos jurados dado seu caráter leigo; na impossibilidade constitucional de conformar a instituição aos parâmetros garantísticos modernos; ou, ainda, na ideia de que os jurados desenvolvem unicamente uma função política, dentro da qual seria irrelevante a exigência de decisão justa ou conforme à verdade, bastando que seja fruto da vontade popular.

Tal compreensão leva, inclusive, a diversos esforços interpretativos tendentes a sustentar a existência de uma incompatibilidade constitucional entre a instituição do júri e a garantia da motivação (como visto acima), bem como uma série de decorrências práticas de tal premissa, como a suposta possibilidade de que os jurados decidam além das provas e, inclusive, contra as provas.

O argumento no sentido da incompatibilidade entre a instituição do júri e a garantia da motivação das decisões judiciais é por vezes creditado a uma suposta antinomia existente entre as previsões constitucionais do direito ao julgamento popular (com seus princípios inerentes) e do dever de fundamentação das decisões dos órgãos do Poder Judiciário. Importante se faz, deste modo, analisar as bases de tal sustentação para, posteriormente, buscar desconstituí-las.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII que “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.” Tratando-se de direito individual protegido como cláusula pétrea, não serão admitidas quaisquer emendas constitucionais hábeis a ferir ou atentar contra seu núcleo essencial de proteção.

Paralelamente o diploma constitucional prevê no capítulo destinado ao Poder Judiciário, no artigo 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”.

Tratando da tensão verificada entre as previsões constitucionais do júri e da motivação, Nereu Giacomolli sustenta que se poderia aceitar a falta de fundamentação dos veredictos caso não se considere o júri como órgão do Poder Judiciário – vez que a motivação

estaria adstrita a esse contexto. Não se afigura apropriado tal entendimento por se tratar, também neste caso, de efetiva prestação jurisdicional, atribuída ao Poder Judiciário.⁶⁴⁷

Pela análise das precedentes Constituições é possível compreender seu *status* de garantia individual, na medida em que se verifica uma alternância de deslocamento da previsão da instituição do júri ora como garantia fundamental, ora na seção do Poder Judiciário. Na Carta de 1891 teve caráter de garantia individual (art. 72, par. 31), enquanto na de 1934 a previsão se deslocou para a seção do Poder Judiciário (art. 72), sendo novamente elevada ao *status* de garantia individual na Constituição de 1946 (art. 141, par. 28). Uma vez analisada essa alternância à luz do contexto político vigente é possível justificá-la pelo caráter mais ou menos democrático da Carta, no sentido de elevar ou não a participação popular ao caráter de direito individual. Prova disso é o contexto ditatorial vigente no contexto da CF/1934. Assim, credita-se a sua previsão como direito individual em muito maior grau à ânsia de elevar seu caráter democrático do que, propriamente, à intenção de desconsiderar seu vínculo com o Poder Judiciário, a qual não apresentaria qualquer justificativa ou fundamento plausível.

Ademais, compreender o Júri como um órgão político despido de qualquer obrigação de prestar contas de sua atividade é ignorar o fato de que os cidadãos, nessas condições, estão a exercer inegavelmente a função jurisdicional, já que suas decisões serão o fundamento da imposição de sanções e restrição de direitos individuais. Mesmo no âmbito de sua concepção política, relacionada ao papel de proteção das liberdades face ao poder opressivo do Estado, não desempenhará o júri legitimamente a função de limitação de poder se a própria instituição não tiver sua atuação sujeita a controle.

Assim defende Chaves, no sentido de que a consideração do Júri como instrumento da soberania popular leva à falsa premissa de que a ideologia política da participação permitiria que a decisão final não fosse fundamentada, por advir do povo soberano.⁶⁴⁸ Ao contrário, todo ato de poder deve ser limitado e ter seus fundamentos conhecidos sob pena de arbítrio, não importa se exercido pelo Estado-juiz ou diretamente pelo próprio povo.

⁶⁴⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 413. Não obstante, este é o posicionamento defendido por James Tubenchlak, no sentido de ser o Júri órgão político: “o Júri não é órgão do Poder Judiciário; assim não se submete à imposição constitucional de fundamentar suas decisões (art. 93, IX da Constituição Federal); é órgão político, como afirmara Rui, e não meramente um órgão estatal que deva, pela fundamentação, prestar contas de seus atos. Os Jurados são cidadãos exercendo sua cidadania, tal como sucede no momento do voto.” (TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 9.)

⁶⁴⁸ CHAVES, Charley Teixeira. *op. cit.*, p. 115.

Em um autêntico Estado de Direito, como destaca Barbosa Moreira⁶⁴⁹, não basta que o órgão jurisdicional esteja convencido de que tal ou qual proposição seja verdadeira ou falsa: é necessário que indique na sentença as razões de seu convencimento. Para tanto, não importa se a decisão judicial é tomada no âmbito do júri ou pelo juiz togado: “de uma ou outra forma constitui um ato emanado de um dos poderes públicos e destinado a influir na vida de membros da coletividade.” Sendo assim, conclui o autor, de forma categórica: “o Estado de Direito não está autorizado a interferir em nossa esfera pessoal sem justificar sua interferência”.

Por outro lado, há quem sustente a incompatibilidade entre o dever de motivação e as garantias constitucionais inerentes à instituição do júri, especialmente a que tutela o sigilo das votações. Para avaliar a procedência da afirmação é preciso analisar, em primeiro lugar, o âmbito de proteção das referidas garantias.

Compreende-se a soberania dos veredictos como a impossibilidade de que a decisão dos jurados seja substituída por outra, tomada por outro órgão jurisdicional, conforme Frederico Marques.⁶⁵⁰ O autor ainda sustenta que o princípio também compreende a imposição de que a decisão sobre a procedência ou improcedência da pretensão punitiva relativa a um crime doloso contra a vida deve ser tomada exclusivamente pelo júri. Veja-se que a finalidade da previsão constitucional é a de evitar a substituição da decisão tomada pelo corpo de cidadãos por uma outra, tomada por juízes togados. Isso não significa que não possa haver reforma da decisão dos jurados, mas que eventual reforma se limitará a submeter a decisão para um novo conselho de sentença.

O sigilo das votações, por sua vez, “justifica-se como medida necessária para preservar a imparcialidade do julgamento, evitando-se influência sobre os jurados que os impeça de, com liberdade, manifestar seu convencimento...” conforme salienta Scarance Fernandes.⁶⁵¹ Fala-se na impossibilidade de divulgação da identificação do voto, o que poderia ser maculado, por exemplo, em face de uma votação unânime. Por este motivo, a lei processual determina a cessação da leitura dos votos caso já atingida a maioria pretendida.

Essa garantia constitucional destina-se, paralelamente, a proteger os cidadãos chamados a exercer a atividade jurisdicional, uma vez que a eles não são aplicáveis as

⁶⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y Motivación de la Sentencia. In: _____. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107.

⁶⁵⁰ MARQUES, José Frederico. *A Instituição do Júri*. São Paulo: Bookseller, 1995, p. 40-41.

⁶⁵¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 188.

garantias da magistratura, que conferem independência e promovem a imparcialidade dos juízes togados. O intuito é o de assegurar a liberdade de decisão e evitar qualquer tipo de interferência indevida na formação de seu convencimento, bem como quaisquer pressões ou ameaças que atentem contra sua integridade física ou moral. Como aduz Giacomolli,⁶⁵² “o legislador ordinário há de fazer a devida adequação das normas constitucionais.” Segundo ele, é possível e factível que, no momento de depositar a resposta na urna de votação, cada jurado possa fundamentar, de forma objetiva, por que está condenando ou absolvendo...” Esse também é o entendimento de Choukr, para quem “ao sigilo do conteúdo do voto dos jurados nenhuma ofensa causaria a obrigatoriedade de motivar as decisões, posto que isto não faz supor a necessidade de identificar os jurados que votaram de tal ou qual maneira, preservando o princípio constitucional”.⁶⁵³ Ademais, em sendo tais princípios compreendidos como direitos fundamentais individuais dos acusado, não poderiam ser invocados como pretextos contra seu direito a um veredicto motivado.⁶⁵⁴

Por sua vez, no que se refere à plenitude de defesa pode-se dizer que, ao contrário de violá-la, a garantia da motivação lhe garantiria maior efetividade. Uma defesa plena pressupõe a transparência e previsibilidade das decisões, inclusive no que se refere à perspectiva de se pleitear sua reforma. O direito de recorrer está vinculado ao da ampla defesa, o qual somente pode ser exercido eficazmente se conhecidos os fundamentos da decisão.

Como pode-se perceber, não se vislumbra nas disposições constitucionais relacionadas ao Júri qualquer menção à adoção de um sistema de íntima convicção dos jurados, tampouco pode ser a mesma extraída da interpretação dos princípios explicitados acima. Tal concepção é fruto exclusivo do historicismo⁶⁵⁵ e enraigado na configuração infraconstitucional do

⁶⁵² GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo... cit.*, p. 413.

⁶⁵³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 844.

⁶⁵⁴ Assim como sucede com o princípio da soberania dos veredictos, que pode ser relativizado para a admissão da revisão criminal em face de decisão do Tribunal do Júri. Sobre o tema, como esclarece Badaró, “tanto a revisão criminal (que é garantia constitucional implícita) quanto a soberania dos veredictos são garantias da liberdade, que deverá prevalecer sempre. Afirma-se que a soberania dos veredictos, que é uma garantia do acusado, não pode ser usada em seu desfavor, impedindo a revisão criminal.” (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal... cit.*, p. 467.)

⁶⁵⁵ A compreensão que ainda hoje se faz dominante acerca da instituição do júri é fortemente apegada à sua concepção histórica, fato que influencia e afeta diretamente a definição de seus escopos e das funções que deve desempenhar no contexto democrático delineado pela Constituição brasileira, e que se refletirá, conseqüentemente, na configuração de seu procedimento. É interessante associar a imagem simbólica do júri ao historicismo, como faz Chaves, método que, segundo ele “submete valores e vontades ao povo como crença da verdade na compreensão da interpretação da história humana, condutora da realidade posta. Trata-se da perpetuação da tradição, como forma de conduta social, sem qualquer espécie de testificação ou questionamento.” (CHAVES, Charley Teixeira. *O Povo e o Tribunal do Júri*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2015, p. 113 e ss.) Um dos traços marcantes do historicismo, conforme aponta Bobbio, é o “amor pela tradição, isto é,

procedimento, revelando-se manifestamente contrária ao conjunto de garantias processuais vigentes.

Não há que se falar, desta forma, em incompatibilidade entre a configuração constitucional do Júri e a garantia de motivação das decisões judiciais. “Preconizar a imposição aos jurados do dever de motivar as suas decisões, em momento algum implica a diminuição da soberania dos veredictos, nem tampouco torna público o conteúdo do voto dos juízes leigos, paradigmas constitucionais na organização do Júri...”⁶⁵⁶

Destarte, a aludida incompatibilidade limita-se ao âmbito interpretativo acerca do alcance desses princípios, interpretação que se funda na suposta inviolabilidade da essência histórica do júri e acaba por resultar em uma total passividade e conformismo que neutralizam as críticas direcionadas à suas práticas. Por este motivo, “não vale o argumento, reiteradamente invocado, de que o Júri é instituição especial, peculiar (...). Peculiar ou não, o inegável é que ele é parte integrante do nosso ordenamento jurídico, o qual encontra na Constituição seu fundamento de validade”.⁶⁵⁷

De acordo com o princípio da unidade, a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre as suas normas, as quais devem ser lidas como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios, segundo Canotilho. Assim, como ponto de orientação, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes.⁶⁵⁸ Além do mais, por força do princípio da concordância prática os bens jurídicos constitucionais em conflito devem ser integrados e harmonizados de modo a evitar o sacrifício de uns em relação aos outros, impondo-se, para tanto, limitações e condicionamentos recíprocos.⁶⁵⁹

pelas instituições e costumes existentes na sociedade e formados através de um desenvolvimento lento, secular.” Também se poderia dizer aplicável a todas as instituições sociais: “vale aquilo que é formado no curso da história, aquilo que foi consagrado pelo tempo, pelo único fato de existir há muito tempo.” (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 50-51.)

⁶⁵⁶ ALBERNAZ, Flávio Boechat. O Princípio da Motivação das Decisões do Conselho de Sentença. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 19, 1997. Como sustenta o autor, com esteio em Ennio Amodio, “após ser transplantado, por volta do início do séc. XIX, da *common law* para os sistemas da família romano-germânica, o Júri sofreu inúmeras e significativas modificações estruturais, a fim de adequar-se às peculiaridades e à tradição dos Direitos que o receberam. Esta constatação priva de qualquer significação, eventual resistência, assentada na singular organização do Tribunal do Júri, oriunda do sistema anglo-saxão, à transformação do veredicto dos jurados em uma decisão motivada.” (ALBERNAZ, Flávio Boechat. *O Princípio... cit.*)

⁶⁵⁷ ALBERNAZ, Flávio Boechat. *O Princípio de Motivação... cit.*

⁶⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224-1225.

⁶⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional... cit.*, p. 1225.

A conclusão a que se pode chegar, portanto, é que não há, a rigor, qualquer vedação constitucional à implementação de mecanismos destinados a permitir o conhecimento dos fundamentos que determinaram o veredicto, desde que se mantenha o sigilo acerca dos votos dos jurados. Não há, tampouco, qualquer óbice à perspectiva de se buscar um procedimento tendente a proporcionar uma apreciação séria e comprometida das provas e hipóteses fáticas suscitadas, de modo a possibilitar decisões mais racionais e controláveis.

Ademais, não há como se sustentar a manutenção de uma estrutura processual que afronta a Constituição unicamente com base no apego à tradição e na função outrora desempenhada no âmbito de sua concepção histórica. A ideia de preservação da essência do júri popular não pode ser capaz de suplantar valores constitucionais de suma relevância, como o contraditório – aqui na perspectiva do direito de influência – , a ampla defesa, a imparcialidade das decisões e, acima de tudo, a motivação das decisões judiciais, garantias estas que compõem o que se convencionou chamar de processo justo, conforme as Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos.

Diante dessas constatações resta refletir acerca de uma possível releitura constitucional da função do júri no contexto democrático, buscando-se estabelecer um procedimento que disponha de mecanismos racionais para que a valoração da prova e a decisão dos fatos se alinhem às exigências de um processo justo.

Antes disso, entretanto, é imperioso voltar a suscitar algumas questões de base, as quais provavelmente se verão inseridas nas principais críticas às propostas ora defendidas. Em primeiro lugar deve-se questionar se é, de fato, desejável que se estabeleça no júri a incorporação de métodos que se destinem a racionalizar suas decisões ou se, por outro lado, esse intento subverteria a própria essência da instituição. Paralelamente, importa analisar se é realmente indissociável ao júri a decisão por íntima convicção, baseada no sentimento, nos preconceitos e pré-juízos do cidadão comum, em cujo contexto o jurado se vê autorizado a decidir além das provas e, inclusive, contra as provas – tudo nos moldes largamente defendidos pela doutrina brasileira e corroborada pela prática processual. Em um segundo momento, é necessário avaliar se, ao lado das funções política, simbólica e mítica desenvolvidas pelo júri, é possível defender também o desempenho de uma função epistêmica. Em outras palavras, cumpre verificar se este escopo é passível de ser acomodado em meio às particularidades do julgamento popular.

Os questionamentos que possuem como pressuposto a compreensão da essência do julgamento popular somente poderão ser respondidos após uma contextualização histórica da instituição do júri que envolva a investigação de suas origens, valores, diversidade de

configurações, métodos de decisão adotados pelos jurados, etc., a qual permita elencar com propriedade as funções que desempenha e as razões de sua manutenção no âmbito das sociedades democráticas contemporâneas. Paralelamente, a reflexão acerca da capacidade de exercício de função epistêmica pelo júri será precedida da análise de sua dinâmica processual em seu contexto originário, o direito anglo-americano, o que permitirá, conforme se espera, romper com alguns paradigmas que permeiam a compreensão da instituição no âmbito nacional.

4. O JÚRI E A APRECIÇÃO DA PROVA: ANTECEDENTES HISTÓRICOS E SUAS CONFIGURAÇÕES EM DIFERENTES CONTEXTOS

Por meio dos tópicos a seguir não se pretenderá apresentar uma análise histórica aprofundada e exaustiva acerca do desenvolvimento dos sistemas probatórios de *common law* e *civil law*, nem, tampouco, da configuração da instituição do júri nesses contextos. O objetivo das observações será o de fornecer subsídios históricos para o que se buscará sustentar à frente.

Em um primeiro momento, o propósito é o de evidenciar que em ambos os contextos o júri desempenhou um papel de grande relevância para a determinação dos rumos dos sistemas probatórios.

Na *civil law*, marcou a superação do rígido sistema de prova legal e a opção pela preponderância do convencimento subjetivo do julgador, o que, mesmo após o abandono da íntima convicção em prol de uma convicção motivada, ainda continua sendo o principal critério de decisão nesse contexto.

Na *common law*, por sua vez, o júri é parte inerente da tradição jurídica por ter se desenvolvido a partir de uma experiência secular, tendo sido todo o sistema probatório moldado a partir das peculiaridades desse tipo de julgamento. Nesse contexto, o critério de decisão sobre os fatos não é, unicamente, o convencimento subjetivo; é pautado, ao contrário, pelo necessário atendimento a *standards* probatórios previamente estabelecidos e temperado por instruções do juiz presidente.

Deste modo, como se poderá constatar, as distintas conjunturas históricas vivenciadas em cada sistema levaram à adoção de concepções igualmente diversas do que se considera liberdade na apreciação da prova.

No entanto, paralelamente a tais questões, o que verdadeiramente se buscará destacar é a forma com que a conjuntura histórica vigente influenciou a configuração da instituição do júri, seu papel e a medida da liberdade que é atribuída aos jurados para apreciar a prova e decidir os fatos em cada um dos sistemas.

A adoção de procedimentos e estruturas antagônicas pode ser o motivo do sucesso e do declínio do júri, respectivamente, nos contextos da *common law* e da *civil law*.

4.1. Os sistemas de apreciação da prova no contexto dos distintos sistemas processuais

Em sendo a prova o instrumento de que se vale o processo para ver estabelecida a verdade dos fatos, é pertinente a análise das normas que disciplinam e estruturam o procedimento probatório, a fim de verificar se são capazes de conduzir o julgador (seja o jurado ou o juiz profissional) por um processo de cognição e decisão que se mostre racionalmente válido e epistemologicamente orientado⁶⁶⁰ ou se, em sentido contrário, atuam por finalidades outras que não a da descoberta da verdade.

Esta análise passa, necessariamente, pela consideração de uma série de fatores aptos a influenciar a atividade probatória. Com o intuito de estabelecer uma compreensão acertada do procedimento probatório no âmbito de uma dada cultura jurídica processual, vale estabelecer algumas premissas iniciais acerca dos fatores históricos que moldaram os sistemas de apreciação da prova e de seu papel na configuração dos sistemas processuais onde se encontram inseridos.

A ideia de *livre convencimento*, no sentido específico de que a lei não deve atribuir previamente peso probatório para itens de informação ou graus de credibilidade para os seus titulares, é amplamente exaltada como uma das pedras angulares da mais esclarecida noção acerca da avaliação processual da prova.⁶⁶¹ Essa liberdade que deve permear a análise da prova não significa, por sua vez, uma valoração subjetiva, arbitrária e isenta de controle, mas sim lógica e racional, com critérios de cientificidade.⁶⁶²

Essa noção de *free proof* é concebida de forma diversa entre as culturas de *civil law* e *common law*, de modo que ambas possuem métodos e padrões processuais distintos de estruturar o livre convencimento e de buscar uma racionalidade probatória em seus procedimentos. Isso se deve, em grande parte, às formas peculiares pelas quais se deu o desenvolvimento histórico de cada sistema probatório e também à participação popular na administração da justiça. Uma análise superficial e apressada que se concentre em apenas

⁶⁶⁰ Taruffo realizou instigante análise acerca da dimensão epistêmica do processo, envolvendo questões que vão desde a produção das provas, o procedimento empregado, os sujeitos detentores da iniciativa instrutória, até os aspectos relacionados à valoração e o sujeito encarregado de realizá-la: TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade... cit.*, p. 159 a 222. Também, em versão menos aprofundada: _____. *La Dimensión Epistémica del Proceso. In: Proceso y Decisión... cit.*, p. 51 a 70.

⁶⁶¹ DAMAŠKA, Mirjan. Free Proof and its Detractors. *In: American Journal of Comparative Law*. v. 43, n. 03, 1995, p. 343.

⁶⁶² KNIJNIK, Danilo. Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knjnik%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 25/08/2015, p. 20.

alguns dos caracteres específicos de cada sistema pode levar a conclusões equivocadas acerca de o quão livre é, de fato, a atividade valorativa nesses contextos.

Para que se possa avaliar a racionalidade de cada padrão de valoração da prova, com vistas a buscar um modelo procedimental que ofereça melhores perspectivas para os propósitos da concepção racionalista no âmbito do juízo por jurados, insta realizar uma análise contextualizada acerca de ambas as abordagens.

4.1.1. Os sistemas de apreciação da prova no contexto da *civil law*

Em referência a um pequeno trecho de Édipo-Rei, Foucault⁶⁶³ ilustra o que considera uma das grandes conquistas da democracia ateniense: o apoderamento pelo povo do direito de testemunhar, do direito de opor a verdade sem poder a um poder sem verdade, o que teria dado lugar a grandes formas culturais características da sociedade grega ao longo do século V: a elaboração de métodos racionais de prova e demonstração; o desenvolvimento da arte de persuadir, por meio da retórica; o desenvolvimento do conhecimento por inquérito. Tais fatores provocaram uma grande revolução na Grécia rumo à elaboração de uma distinta forma de descoberta judicial da verdade.

No entanto, explica o autor que esta origem do saber por inquérito não chegou a desenvolver um conhecimento racional, tendo permanecido oculta e esquecida. Foi apenas vários séculos mais tarde, na Idade Média europeia, que o método veio a obter expressão definitiva a partir de sua segunda origem, mais obscura e lenta, decorrente do fim das ordálias, duelos e afins – métodos estes herdados a partir das influências do Direito Germânico, na medida em que se estabelece um contato entre este e o Império Romano por meio das invasões bárbaras.

Nesse contexto, em oposição aos métodos de revelação da verdade com inspiração divina – hoje considerados irracionais, desenvolve-se uma nova racionalidade probatória que passa a ser compreendida como tarefa confiada aos próprios homens, por meio do inquérito.⁶⁶⁴

Taruffo destaca que o ano de 1215 foi simbólico tanto para o contexto da *civil law*

⁶⁶³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 53 e ss.

⁶⁶⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova... cit.*, p. 20.

quanto para o da *common law*, pois trouxe uma conjuntura determinante para o desenvolvimento histórico de ambos os sistemas probatórios. Em novembro de 1215, em Roma, uma determinação do papa Inocêncio III proibiu a participação de sacerdotes nas ordálias judiciárias, o que, dada a necessidade de consagração sacerdotal dos instrumentos utilizados em seus rituais, significou a proibição de sua celebração.⁶⁶⁵ Desta forma, a proibição das ordálias simbolizou o fim da influência divina na decisão dos conflitos e o reconhecimento de um novo paradigma do processo de busca da verdade⁶⁶⁶.

Sucessivamente ao abandono das ordálias, a tendência seguia na adoção dos meios de prova tidos como racionais, já que direcionados para o fim do conhecimento da verdade dos fatos. No entanto, não se pode dizer que tais meios de prova seriam inéditos, eis que derivados da tradição romana e já há muito utilizados na prática judiciária antiga. De qualquer modo, a partir da aplicação da razão aos fatos observáveis, aproximava-se dos métodos científicos que dominaram o pensamento ocidental a partir do fim da Idade Média, como aponta Chase.⁶⁶⁷

O método inquisitivo desenvolveu-se e aperfeiçoou-se no seio das jurisdições eclesásticas – as quais tinham como propósito a repressão da heresia – e, paralelamente, harmonizava-se com o propósito dos monarcas em submeter a sociedade a seu controle.⁶⁶⁸ “Os juízes haviam se tornado profissionais, não sendo mais ungidos pelo juramento. A Igreja triunfava com todo o seu poder temporal. Era preciso controlar o arbítrio judicial”.⁶⁶⁹

O que se seguiu à influência do direito canônico foi a gradativa adoção do sistema de prova legal, fundado na predeterminação analítica dos valores de cada prova e de cada indício, em um rígido esquema de hierarquia idôneo a subtrair do juiz qualquer possibilidade de modular o êxito probatório a partir de seu próprio convencimento.⁶⁷⁰ Nesse contexto, cabia ao magistrado apenas aplicar os exatos termos da lei no ato do exame das provas, de modo que este somente poderia proclamar uma sentença condenatória se obtivesse um dado fator de quantificação como resultado da combinação dos elementos probatórios.

Montero Aroca destaca dois principais fundamentos que justificaram a adoção do

⁶⁶⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade... cit.*, p. 18.

⁶⁶⁶ CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. New York: New York University Press, 2005, p. 41.

⁶⁶⁷ CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual... cit.*, p. 41.

⁶⁶⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova... cit.*, p. 20.

⁶⁶⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições... cit.*, p. 110.

⁶⁷⁰ IACOBONI, Alessandro. *Prova legale e libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 3.

sistema de prova legal. Em primeiro lugar, fala-se em um fundamento filosófico, no sentido de primar pelo abstrato e geral sobre o concreto e especial, pensamento que era próprio da filosofia escolástica. Essa concepção justifica a preferência pelas abstrações apriorísticas da lei em detrimento de um raciocínio individual e concreto do juiz. Paralelamente, identifica-se um fundamento político, no sentido de limitar as faculdades do juiz, o qual, no âmbito dos estados absolutistas medievais, atuava como delegatário do rei – verdadeiro titular do poder jurisdicional – , a quem interessava controlar seu exercício. Paralelamente, Montero Aroca também atribui a esse fundamento de controle a exigência de que o procedimento se desse inteiramente por escrito, de modo que a decisão não pudesse se basear na imediação, isto é, pela percepção direta do juiz acerca das provas, com base no adágio “*quod non est in actis non est in mundo*”.⁶⁷¹

Tal sistema não se mostrou completamente homogêneo, entretanto, ao longo de todo o decurso de sua expressão – no âmbito do chamado direito comum (ou romano-canônico).⁶⁷² Nesse sentido, verifica-se que em um primeiro momento tais normas representaram principalmente um papel de orientar os julgamentos, com base em recomendações de elaboração doutrinária – e não propriamente vinculante, sendo permeadas por certa abertura para a livre valoração.⁶⁷³ Como sustenta Nobili, “o método das provas legais constitui (ou constituiu) – ao menos inicialmente – uma séria tentativa de atingir um duplice objetivo: a racionalidade da descoberta processual do fato e, ao mesmo tempo, a exclusão do arbítrio do juiz.”⁶⁷⁴ Foi somente mais tarde, com o movimento de codificação que se partiu para uma versão de prova legal mecanizada e formalista, totalmente distinta da anterior e desprovida

⁶⁷¹ MONTERO AROCA, Juan. Valoración de la Prueba, Reglas Legales, Garantía y Libertad en el Proceso Civil. In: CIPRIANI, Franco. *Stato di diritto e garanzie processuali: Atti delle II Giornate internazionali di Diritto processuale civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 41-43.

⁶⁷² Como mostra Taruffo, “*la construcción del sistema de la prueba legal está ya bien presente en el siglo XIII, pero prosigue, afina y complica durante toda la época del derecho común: se llega así a un sistema rígido, formalista y a veces extraordinariamente complejo que merece muchas de las críticas que se le han dirigido, generalmente respecto de sus degeneraciones más evidentes.*” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. cit., p. 388).

⁶⁷³ Cf. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 54. Nesse sentido, Gomes Filho ressaltava: “Apesar da denominação, tal critério não era propriamente legislativo, mas constituía o resultado de complexa elaboração doutrinária, a partir de textos do direito romano (...). E o seu fundamento era sobretudo *garantista*, pois, no dizer de Romagnosi, tratava-se de um *corretivo* do sistema inquisitório para um mal maior, isto é, o arbítrio indefinido do convencimento.” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova... cit.*, p. 23).

⁶⁷⁴ “*Il metodo delle prove legale costituì – almeno inizialmente – un serio tentativo per raggiungere un duplice scopo: la razionalità dell’accertamento processuale del fatto e, al tempo stesso, l’esclusione dell’arbitrio del giudice.*” Ressalta ainda que “*il prezzo più alto che paghiamo oggi al sistema opposto è dato proprio dal progressivo indebolimento di tali validissimi obiettivi.*” (NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 6.)

daquela racionalidade – eis que não mais expressava o produto da cultura doutrinária.

Assim, apesar de drasticamente criticado nos séculos que se seguiram, não se pode dizer que o sistema da tarifação legal venha a ser, no seu todo, irracional ou privado de uma lógica interna.⁶⁷⁵ Até porque, no curso histórico do procedimento probatório, a adoção do sistema implicou o abandono das ordálias⁶⁷⁶ e demais métodos irracionais de resolução de conflitos, representando, assim, a opção por métodos de prova informativos, que visavam, efetivamente, ao esclarecimento dos fatos com vistas à descoberta da verdade.⁶⁷⁷

O fundamento do sistema situava-se numa exigência de obediência a princípios normativos apriorísticos de valoração pretensamente amparados em critérios racionais e científicos, uma vez que o legislador confiava em sua própria cultura e inteligência em face da experiência acumulada por séculos⁶⁷⁸. Desconfiava-se de que o juiz pudesse ter a mesma capacidade valorativa, de modo que o principal escopo de tal sistema era impedir o risco de arbítrio judicial.⁶⁷⁹

Desse modo, apesar de serem válidas as críticas, no sentido do artificialismo e formalismo decorrentes de um método de apreciação que desconsidera o contexto probatório concreto, é válido frisar que em um primeiro momento o sistema da prova legal era concebido mais como “*una forma de articular y sistematizar los criterios que se presentan como ‘criterios racionales’ de valoración de la prueba*”⁶⁸⁰, do que, propriamente, de submeter o

⁶⁷⁵ IACOBONI, Alessandro. *Prova legale... cit.*, p. 4.

⁶⁷⁶ Há quem sustente que os ordálios seriam uma forma primitiva do sistema de prova legal, estando, inclusive, naqueles, a sua origem. No entanto, como sustenta Jordi Nieva Fenoll, as normas de prova legal são muito mais antigas e remontam ao Código de Hammurabi, onde encontram-se formuladas, de modo arcaico, a maioria das que se seguiram depois e, inclusive, algumas das que ainda perduram hodiernamente. Após relacionar algumas delas o autor destaca, enfaticamente, que “... *la prueba legal nada en absoluto tiene que ver con las ordalías.*” (NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración... cit.*, p. 49). De todo modo, parecem acertadas as conclusões de Marina Gascón Abellán no sentido de que tanto as ordálias quanto as provas legais constituem espécies de ‘prova formal’, pois em ambos os casos se exclui a investigação e a livre valoração do juiz, substituindo-as por um juízo infalível e superior. O fato de o primeiro se dar por fontes ‘divinas’ e o segundo por fontes ‘legais’ não afasta esse padrão. (GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos... cit.*, p. 14).

⁶⁷⁷ Como explica Taruffo, “O aspecto mais importante da nova concepção era que a produção da provas tinha claramente como fim a descoberta da verdade sobre os fatos da causa, e que as provas eram consideradas como meios racionais para atingir esse escopo. O surgimento e a difusão dessa concepção racionalista da relação entre provas e fatos foram corretamente definidos como a vitória do racionalismo sobre o misticismo, sendo, com boa razão, considerados uma etapa fundamental na história do direito probatório continental.” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade... cit.*, p. 43.)

⁶⁷⁸ MIRZA, Flávio. *Valoração da prova... cit.*, p. 127.

⁶⁷⁹ Assim, Taruffo esclarece que “*este sistema ha tenido también valoraciones decididamente positivas, tendentes a poner en evidencia que se trataba de un método para racionalizar la valoración de la prueba y, más en general, el juicio de hecho, reduciendo tendencialmente a cero el peligro insito en la arbitrariedad subjetiva del juez y eliminando, por otra parte, las pruebas irracionales basadas en el principio del juicio de Dios.*” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 388).

⁶⁸⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 389.

juiz à vontade do legislador.

Por outro lado, a situação muda de figura a partir do movimento de codificação. A prova legal deixa de ser um fenômeno cultural e doutrinário e passa a ser um fenômeno normativo. Essa nova perspectiva acaba transformando o sistema em simples método de cálculo e o juiz em mero aplicador mecânico de tais parâmetros.⁶⁸¹ Como assevera Iacoboni, a introdução dos sistemas de júri, por um lado, e a modificação estrutural do processo civil, de outro, fizeram necessária uma concepção distinta acerca do papel do juiz, que acabou se tornando um profissional inserido numa estrutura burocrática, sujeito a diversas formas de controle capazes de tornar inútil a antiga função da prova legal como limite à sua atuação.⁶⁸²

Para além do total cerceamento da liberdade valorativa do julgador, a extrema rigidez das disposições de prova legal tornava extremamente difícil satisfazer os requisitos exigidos para a condenação.

Como observa Gomes Filho, poderia parecer à primeira vista que esse rigor seria benéfico ao acusado, tendo em vista a dificuldade na demonstração de sua culpabilidade. No entanto, disso só resultava a maior severidade da investigação, levada a cabo em sigilo e sob a obsessão desenfreada do inquisidor. Considerando que a confissão era verdadeira condição *sine qua non* para a prova da culpa, a tortura era constantemente empregada⁶⁸³, vindo a ser institucionalizada como o método mais eficaz à obtenção da verdade.

Jackson e Summers⁶⁸⁴ ilustram a situação aduzindo que, enquanto parecia inaceitável condenar alguém à força sem uma confissão, era plenamente justificável torturá-lo para que confessasse e, somente então, enforcá-lo.

⁶⁸¹ “*Pero las codificaciones producen también un cambio relevante en la naturaleza de la prueba legal: ésta deja de ser un fenómeno doctrinal y cultural y se convierte en un fenómeno normativo. Las ‘reglas de prueba legal’, ya no son reglas racionales formuladas por los juristas: son exclusivamente reglas legales fijadas por el legislador.*” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 390-391). E ainda, continua o autor: “*Esta prueba legal desarrolla al máximo su función simplificadora porque, esencialmente, elimina el problema del juicio sobre los hechos; en cambio, la prueba legal del derecho común no lo eliminaba, sino que reducía los márgenes de variabilidad subjetiva.*” (*Idem*, p. 392).

⁶⁸² IACOBONI, Alessandro. *Prova legale... cit.*, p. 5.

⁶⁸³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova... cit.*, p. 24.

⁶⁸⁴ JACKSON, John D. SUMMERS, Sarah J. *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 61. Por outro lado, a tortura não fora considerada um problema de tal relevância no âmbito da *common law*, em cujo sistema de júri era plenamente possível a condenação a partir de meros indícios, não sendo necessária a satisfação de critérios rígidos de prova dos fatos. Consequentemente, não se tem registros de emprego usual da tortura como método para se obter o conhecimento dos fatos naquele contexto, eis que desnecessário para o juízo. (LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof: Europe and the Ancien Régime*. Chicago: University of Chicago Press, 2006, p. 9).

Com a reação iluminista, entretanto, no contexto da Revolução Francesa, diversos autores influentes – como Beccaria, Montesquieu e Voltaire – argumentavam intensamente contra o sistema de provas legais, na medida em que pregavam também a abolição da tortura.⁶⁸⁵ A eliminação de tal método probatório deu lugar à gradativa adoção do sistema de *preuve morale*, no contexto dos movimentos reformistas que buscavam reduzir a opressão do sistema penal francês.

Por meio do Decreto da Assembleia Constituinte de 8-9 de outubro de 1789, operou-se a reforma radical dos princípios do procedimento inquisitivo, codificados pela *Ordonnance Criminelle* de 1670, de modo que foram consagradas a publicidade e o direito de defesa do acusado ao longo de todo o processo. Sucessivamente, o Decreto de 16-19 de setembro de 1791 implicou no total abandono do sistema inquisitório por meio da instituição do júri popular, cujo procedimento adotava o rito acusatório, abolia todo tipo de segredo – já que vinculava o processo à oralidade e imediatidade –, e consagrava, finalmente, o princípio da íntima convicção do juiz.⁶⁸⁶

Embora não se possa dizer que o modelo da íntima convicção tenha surgido nessa conjuntura, como superação do sistema de prova legal⁶⁸⁷, sua adoção pelo direito romano-germânico pode ser entendida como uma reação oriunda da Revolução Francesa às regras de prova legal típicas do *ancien régime*.⁶⁸⁸ Como mostra Iacoboni, o valor da liberdade na

⁶⁸⁵ JACKSON, John D. SUMMERS, Sarah J. *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 61.

⁶⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão... cit.*, p. 131. A consagração expressa da íntima convicção como sistema de avaliação da prova se revelou por meio da célebre instrução aos jurados contida no Decreto em questão e, posteriormente, reproduzida, com pequenas alterações terminológicas, pelas leis posteriores: “*La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d’une preuve; elle leur prescrit de s’interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l’accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: ‘Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins’; ou: ‘Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve, qui ne sera pas formée de tant de témoins ou de tant d’indices’; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: ‘Avez-vous une intime conviction?’*” (LECLERC, Henri. *Intime Conviction du Juge: Norme Démocratique de la Preuve*. p. 210-211. Disponível em: https://www.upicardie.fr/.../35/henri_leclerc.../henri_leclerc.pdf. Acesso em: 06 de janeiro de 2017. p. 210-211.) É possível compreender, pelo texto, que o maior propósito da disposição seria o de primar pela decisão conforme o senso comum, afastando qualquer ânsia dos jurados de aplicar regras de prova legal para a decisão dos fatos, de modo a romper definitivamente com tal sistema outrora vigente.

⁶⁸⁷ Como adverte Fenoll, “*La doctrina partió de la base de que en el Derecho muy antiguo todo había sido ordalía, y que después, con algún paréntesis en Roma, todo había sido prueba legal (...). Y en verdad lo que sucedía es que los jueces, originariamente, valoraron libremente la prueba, y sólo cuando se hallaban ante una ausencia total de pruebas acudían a una ordalía. Y en época romana y medieval lo que en realidad había acontecido es que las leyes orientaron algo más esa libre valoración...*” (NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración...cit.*, p. 69).

⁶⁸⁸ DAMAŠKA, Mirjan. *Free Proof... cit.*, p. 343-344.

apreciação da prova era princípio já conhecido do processo privado romano, sobretudo de idade arcaica.⁶⁸⁹ O mesmo se pode dizer, paralelamente, das garantias da imparcialidade, oralidade, publicidade e contraditório, ora resgatadas. Tais princípios, aptos a definir uma estrutura acusatória de processo, remontam aos primórdios da civilização ocidental, com expressão na tradição retórica e tópica da Grécia clássica, cujo desenvolvimento permaneceu interrompido no continente europeu no período obscuro da Inquisição.⁶⁹⁰

O modelo da íntima convicção, apesar de não ter sido ideologicamente abraçado, conforme aponta Damaška, foi considerado politicamente interessante por possibilitar a inclusão de formas de participação leiga na administração da justiça, o que promoveria o fortalecimento do povo soberano em substituição à carreira politicamente suspeita dos juízes.⁶⁹¹ Em meio ao clima de entusiasmo e otimismo provenientes do Iluminismo, apostou-se na soberania popular e na capacidade do cidadão de julgar conforme o senso comum e a certeza do conhecimento dos fatos.⁶⁹² A influência da experiência inglesa teria sido determinante, onde o desenvolvimento do júri era associado à valorização da liberdade. Posteriormente, acabou sendo tal modelo de íntima convicção também aplicado para as decisões do juiz profissional.

Apesar da expressa inspiração na tradição inglesa, o transplante do júri para o sistema francês se realizou de modo fragmentado, tendo os reformistas ignorado grande parte dos mecanismos probatórios que até hoje garantem o êxito de seu funcionamento no País de origem. Tais mecanismos, tendentes a assegurar uma adequada análise das provas pelos jurados, visam evitar também que os cidadãos se deixem influenciar por fatores subjetivos que prejudiquem a justiça e a imparcialidade da decisão – questão esta que será retomada a seguir.

Durante o curso do século XIX, a maioria dos demais países europeus seguiram o exemplo francês e incorporaram a instituição do júri em seus sistemas de justiça, adotando-se, em geral, a mesma estrutura dissonante da matriz inglesa. A tendência acabou por moldar uma nova concepção de júri no continente, na qual o caráter quase absoluto da íntima

⁶⁸⁹ IACOBONI, Alessandro. *Prova legale... cit.*, p. 6.

⁶⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão... cit.*, p. 131-132.

⁶⁹¹ DAMAŠKA, Mirjan. *Free Proof... cit.*, p. 344. François Gorphe também ressalta o papel do Júri de superação do arbítrio estatal, tendo sido tomado emprestado pela França a partir de sua experiência inglesa: “*Born out of the struggles of the English people against royal despotism, the jury was borrowed by the French Revolution as a democratic institution.*” (GORPHE, François. *Reform of the Jury System in European Countries: England. Journal of Criminal Law and Criminology*. V. 27, n. 1, 1936, p. 17).

⁶⁹² DONOVAN, James M. *Juries and the Transformation of Criminal Justice in France in the Nineteenth and Twentieth Centuries*. Chapel Hill: North Carolina University Press, 2010, p. 23.

convicção chegou ao ponto de conceber a prova como fator secundário e dispensável à formação do convencimento. Por outro lado, não se apostou nos veredictos unânimes e genéricos da lógica inglesa, optando-se pelo sistema de quesitos dirigidos aos jurados sobre as questões de fato, com decisão por maioria de votos.

Um ponto importante destacado por Donovan, por outro lado, é que, embora tal sistema de valoração possa ter tornado possível o julgamento conforme o sentimento – em decorrência da intensa subjetividade inerente ao conceito da íntima convicção – não teria sido esta a intenção da Assembleia Constituinte.⁶⁹³

A íntima convicção era para ser concebida como decisão a partir da consciência, por meio da crença verdadeira, de modo que o próprio texto do juramento parece advertir contra a decisão pelo sentimento. Os constituintes não desejavam que os cidadãos decidissem por mera intuição ou opiniões vagas, conforme o autor, cabendo aos mesmos a imparcialidade e o controle de suas emoções.⁶⁹⁴

Ocorre que, apesar de ter sido o sistema de íntima convicção concebido sob os anseios de se proporcionar uma maior autonomia na verificação dos fatos pelo julgador, de modo a libertar seu convencimento dos rígidos preceitos de prova legal e garantir uma decisão mais justa, o que se seguiu de sua adoção e prática no período pós-iluminista correspondeu, nos dizeres de Ferrajoli, “a uma das páginas mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais”.⁶⁹⁵ O autor explica que tal concepção fora recepcionada acriticamente como critério discricionário de valoração, de modo a se transformar em um tosco princípio potestativo, idôneo a legitimar o arbítrio dos juízes. Assim, o repúdio às provas legais teria se convertido, de fato, na negação da prova como condição necessária para a (livre) convicção.⁶⁹⁶

A deturpação da íntima convicção foi também notada por Girolamo Monteleone, o qual relaciona esse evento com a criação e funcionamento do *Tribunal Révolutionnaire* entre os anos 1793 a 1795, tendo encontrado nele, segundo o autor, a primeira afirmação consciente

⁶⁹³ Conforme se depreende do teor do juramento solene a ser proferido pelos jurados (o qual fora reproduzido mais tarde pelo Código de Processo Penal Napoleônico): “Cidadãos, vocês juram e prometem examinar com a mais escrupulosa atenção as acusações contra ... a não trair nem o interesse do acusado, nem os da sociedade que o acusa; a não se comunicar com ninguém até depois do seu veredicto; a não ouvir nem o ódio, nem a malícia, nem o medo, nem o afeto; de modo a proferir a sua decisão de acordo com as acusações e as alegações da defesa, seguindo a sua convicção íntima com a imparcialidade e a firmeza próprias de um homem livre.” Tradução livre. DONOVAN, James M. *Juries and the Transformation... cit.*, p. 30.

⁶⁹⁴ DONOVAN, James M. *Juries and the Transformation... cit.*, p. 30.

⁶⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão... cit.*, p. 133.

⁶⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão... cit.*, p. 134.

dessa forma de apreciação associada à busca da verdade material.⁶⁹⁷ Para Monteleone, o princípio da íntima convicção não teria sido introduzido por razões de justiça, mas sim para o fim de atropelar as mínimas garantias processuais consagradas, de modo a legitimar um resultado ilegal e arbitrário já estabelecido *a priori*. Nesse sentido, o vácuo normativo em matéria de prova e o apelo à consciência do juiz para a busca da verdade foram as condições necessárias para substituir a certeza legitimamente adquirida dos meios de prova no processo pelo pré-juízo arbitrário estabelecido fora dele.⁶⁹⁸

Gomes Filho também destaca essa perspectiva, no sentido de que a adoção da íntima convicção estaria apoiada numa suposta confiança na capacidade técnica e no desinteresse dos juízes, mas que, na verdade, nada mais era do que a constatação de que a livre apreciação das provas era o melhor meio para a eficácia do aparato repressivo. Segundo o autor, isso é confirmado na medida em que se observa a manutenção de regras de prova legal no processo civil, o que demonstra que o caminho distinto seguido pelo processo penal revelava o interesse na ampliação do poder punitivo.⁶⁹⁹

No entanto, apesar de não se concordar que já em uma fase inicial a introdução do sistema tenha sido motivada por interesses punitivistas, é certo que a experiência pós-Revolução Francesa evidenciou a deturpação dessa concepção valorativa, convertendo-a em uma declaração de vontade/poder, e não de certeza ou de conhecimento. Implica, pois, no abandono da razão, de modo que a íntima convicção se acaba na arbitrariedade e na irresponsabilidade.⁷⁰⁰ Cristalizou-se, desta forma, a ideia de total liberdade para a convicção moral do juiz, dentro da qual “*el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos.*”⁷⁰¹

⁶⁹⁷ MONTELEONE, Girolamo. Alle origini del principio del libero convincimento del giudice. In: CIPRIANI, Franco. *Stato di diritto... cit.*, p. 24.

⁶⁹⁸ MONTELEONE, Girolamo. Alle origini... *cit.*, p. 27-29.

⁶⁹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *op cit.*, p. 27. De fato, como observa Taruffo, “*es verdad, pues, que el paso del sistema de la prueba legal al de la libre convicción del juez es mucho menos brusco de cuanto se cree habitualmente. Esto vale, en particular, en el ámbito del proceso civil: en efecto, mientras que en el proceso penal este paso marca la desaparición casi completa de las pruebas legales y la correspondiente afirmación casi completa del principio de la libre convicción, en el proceso civil partes importantes del sistema de la prueba legal permanecen en las codificaciones del siglo XIX y de éstas pasan a las codificaciones actuales.*” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 394.

⁷⁰⁰ MONTERO AROCA, Juan. Valoración de la Prueba... *cit.*, p. 46-47.

⁷⁰¹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos... cit.*, p. 273. É comum sustentar, entretanto, como o faz o autor, que a concepção de livre convencimento adotada no contexto europeu seria mais moderada, distanciando-se daquela que entende poder o juiz se desvincular das provas ao julgar, associando a liberdade ao arbítrio. Segundo Couture, na medida em que “*el derecho europeo se habla de discrecionalidad en el juez, (...) no se piensa tanto en un régimen dentro del cual el magistrado puede actuar aun contra la prueba de autos, sino más bien en un método de liberación de la estrictez de la prueba legal.*” (*Idem*, p. 274).

Tecnicamente, o que se verifica da contraposição entre a prova legal e a íntima convicção é o confronto entre dois extremos: parte-se de um sistema que prima por uma racionalidade positiva – no sentido de estabelecer aprioristicamente as regras de valoração a serem aplicadas – rumo a um sistema de racionalidade negativa – que entende por bem não interferir na atividade valorativa por meio de regras legais. Desse modo, a transição acaba evidenciando o abandono de uma espécie de racionalidade (ainda que condenável) em prol de um vazio: eis que não há a previsão de um novo conjunto de critérios racionais em substituição ao anterior.⁷⁰²

Conforme aponta Moacyr Amaral Santos, o sistema da íntima convicção peca por “ofender dois princípios fundamentais de justiça: o de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido (*ne inauditus condemnetur*) e o da *sociabilidade do convencimento*.”⁷⁰³

Desta forma, apesar do mérito inicial de abandono do império do legislador, o sistema da *intime conviction* também não se mostrou virtuoso.

No caso do júri, diante dos veredictos tidos como errôneos e contrários às práticas valorativas adequadas, o que se seguiu a partir daí na história da *civil law* foi o gradativo declínio dos tribunais de júri puros e sua substituição por sistemas mistos, nos quais os cidadãos leigos compunham o órgão ao lado de juízes profissionais – e deliberavam em conjunto.

A ideia de sua aplicação às decisões dos juízes profissionais, por outro lado, já era bastante criticada no âmbito da Europa continental. Embora consistente com as ideias iluministas, havia uma certa relutância em admitir que os juízes togados pudessem julgar de forma totalmente desvinculada de regras probatórias, considerando-se que isso seria como atribuir-lhes um poder irrestrito.

Com base nisso, a partir de um escrito anônimo de 1846, Savigny – então ministro prussiano da justiça – teria proposto que os juízes estivessem vinculados, em sua avaliação dos fatos, pelas leis do pensamento, da experiência e do conhecimento humano, como aduz

⁷⁰² Disso se extrai, como destaca Taruffo, que “*La libertad de convicción resulta entonces sinónima de discrecionalidad incontrolada, y la falta de criterios racionales abre el camino al subjetivismo de la intuición irracional como instrumento para la formulación del juicio de hecho. En consecuencia, la valoración de las pruebas es sustraída al dominio de cualquier racionalidad, lógica, científica o de sentido común, y se sitúa en un espacio ideal en el que el único criterio de juicio es la falta de criterios.*” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 398.)

⁷⁰³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 2, p. 381. O autor explica, com base nas lições de Malatesta, que “O convencimento não pode decorrer apenas de apreciações subjetivas do juiz, mas deve dimanar da apreciação dos fatos e das provas. (...) deve ser tal, que os fatos e as provas submetidos ao seu juízo, se fossem submetidos à apreciação desinteressada de qualquer outra pessoa razoável, deveriam produzir, também nesta, a mesma convicção que produziram no juiz. Este requisito, que eu creio importantíssimo, é o que eu chamo de *sociabilidade do convencimento*.” (*Idem, ibidem*).

Thaman. O autor relata que, no mesmo ano, um estatuto de Berlim veio a instituir a exigência de que os juízes apresentassem as razões de suas decisões.⁷⁰⁴

Os tribunais mistos, nesse ponto, apresentavam mais vantagens em relação ao sistema puro de jurados. Nessas cortes não mais se fazia necessário separar as questões de fato das questões de direito, já que profissionais e leigos deliberavam em conjunto e os primeiros forneciam aos últimos os esclarecimentos necessários à compreensão dos institutos jurídicos. Paralelamente, a participação dos juízes tornava possível a fundamentação das decisões. Talvez por esses motivos tal modelo de participação cidadã tenha conquistado adeptos em diversos outros países da Europa.

Nesse novo contexto, outra concepção de livre convicção fora consagrada. A invocação da *intime conviction* não mais se mostrava suficiente para livrar o veredicto de uma revisão pelas cortes superiores; a convicção do juiz tinha que ser fundamentada.⁷⁰⁵

Trata-se do sistema de persuasão racional – ou livre convencimento motivado do julgador. Cuida-se, conforme Mirza, de sistema intermediário, que nem desobriga o juiz a julgar conforme a prova dos autos, nem lhe impõe obediência a regras de valoração pré-estabelecidas.⁷⁰⁶ A liberdade valorativa é temperada pela necessidade de motivação, de modo a garantir um controle sobre a racionalidade de seus fundamentos.

Vale destacar, contudo, que também contribuiu para o sepultamento do júri em sua configuração pura o avanço dos regimes totalitaristas na Europa, sedimentando a sua gradual conversão para a forma de tribunais mistos.⁷⁰⁷ Não é surpresa, como explica Thaman, que tais sistemas despóticos não pudessem vir a tolerar o juízo por jurados, considerando que este

⁷⁰⁴ Nos seguintes termos: “*The judge as trier of fact must from now on decide whether the defendant is guilty or not guilty, based on a careful appraisal of all evidence for the prosecution and the defense according to his free conviction, re suiting from the essence of the trial held in his presence. He is, however, obligated to give the reasons, which guided him, in the judgment.*” (THAMAN, Stephen C. Should Criminal Juries Give Reasons for Their Verdicts: The Spanish Experience and the Implications of the European Court of Human Rights Decision in *Taxquet v. Belgium*. In: *Chicago Kent Law Review*. v. 86. n. 2, 2011, p. 617-618).

⁷⁰⁵ “*According to this concept, the factfinder’s freedom was interpreted as no more than freedom from legally binding rules concerning the weight of evidence: the freedom did not include dispensation from canons of rational inference, nor a license to disregard accepted maxims of experience. Trial judges were hence required in a reasoned opinion to demonstrate rational support for their findings. The invocation of the factfinder’s conviction intime was no longer sufficient to save a verdict from reversal by superior courts; the judges conviction had to be ‘raisonné’.*” DAMAŠKA, Mirjan. *Free Proof... cit.*, p. 345.

⁷⁰⁶ MIRZA, Flávio. *Valoração da prova... cit.*, p. 132.

⁷⁰⁷ “O júri alemão foi transformado em tribunal misto em 1924 por decreto do Ministro da Justiça, supostamente como uma medida de redução de custos durante uma depressão econômica. Os fascistas italianos em 1922, o ditador português Salazar em 1927 e o General Franco na Espanha em 1939 também eliminaram o júri, sendo que os italianos o converteram em um tribunal misto. Em 1941, o regime de Vichy, na França, também converteu o júri em um tribunal misto expandido. Até o final da Segunda Guerra Mundial, o júri europeu em sua forma anglo-francesa era apenas encontrado na Bélgica, Áustria, em alguns dos cantões suíços, na Dinamarca e na Noruega.” Tradução livre. (THAMAN, Stephen C. *Should Criminal Juries... cit.*, p. 618-619).

poderia facilmente resistir a pressões do poder executivo e recusar-se a condenar os acusados com suporte em sua íntima convicção.⁷⁰⁸

Em contrapartida, a retomada dos sistemas puros foi de grande importância no contexto da redemocratização, como forma de reafirmar a importância da participação popular na administração da justiça e seu papel de contenção das arbitrariedades do poder. Contudo, alguns países, a exemplo da Itália, não retornaram para essa configuração pura após o restabelecimento da democracia, no período do segundo pós-guerra. A razão apontada por Thaman seria a convicção dos italianos de que tal modelo esbarraria em sua exigência constitucional de juízos motivados.⁷⁰⁹

No sistema da livre convicção motivada, segundo Amaral Santos, o juiz deve extrair seu convencimento das provas produzidas, e não de suas convicções pessoais. A convicção está na consciência formada pelas provas, estando condicionada a regras jurídicas, a regras de lógica jurídica, a regras de experiência, de modo que deve, inclusive, mencionar na sentença os motivos que lhe formaram.⁷¹⁰ Pode-se dizer, destarte, que a liberdade na formação do convencimento reside tão somente no fato de que não está o juiz sujeito à observância de tarifas legais.

Indo ao encontro desta concepção, observa Comoglio que a exigência de uma motivação congruente para a valoração das provas sobre as quais se funda a decisão encontra-se refletida em quase todas as codificações processuais contemporâneas da *civil law*, podendo variar somente em cada sistema o grau de completude, analiticidade e especificidade requerido ao juiz na justificação motivada de suas escolhas valorativas.⁷¹¹

Esse sistema moderado de valoração probatória, no entanto, costuma ser concebido por fórmulas ligeiramente distintas no âmbito da *civil law*. Seja sob as *reglas de la sana crítica* do direito espanhol, pelo *prudente apprezzamento* do direito italiano, por meio da *freie Beweiswürdigung* do sistema alemão, ou mesmo pelo livre convencimento motivado, como estabelecido no Brasil, o fato é que se preza pela racionalidade na atividade de valoração das provas – o que não se exaure na mera exigência de fundamentação.

Comoglio ressalta ser comum no direito italiano a ideia de que a opção legislativa pela *prova libera* não estaria satisfeita pela atribuição ao juiz de um poder de valoração meramente

⁷⁰⁸ THAMAN, Stephen C. Should Criminal Juries... *cit.*, p. 619.

⁷⁰⁹ THAMAN, Stephen C. Should Criminal Juries... *cit.*, p. 619.

⁷¹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas...* *cit.*, p. 382.

⁷¹¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Art. 116 – Valutazione delle Prove. In: COMOGLIO, Luigi Paolo; CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno; VACCARELLA, Romano. *Commentario del Codice di Procedura Civile*. Assago: Utet, 2012, Vol II, p. 408.

discricionário (o que importaria em uma absoluta incontrolabilidade). Ao contrário, pressupõe que o seu *prudente apprezzamento* se entenda subordinado ao respeito a determinadas regras lógicas e máximas de experiência, destinadas a condicionar (e, ao mesmo tempo circunscrever) seu exercício.⁷¹² Segundo o autor, a *ratio* inculpada na expressão refuta qualquer tipo de convicção subjetivamente arbitrária, de modo que a liberdade implicada na fórmula deve ser interpretada como “uso racional da lógica e do bom senso, apoiado na experiência da vida”, pressupondo, por outro lado, o emprego de comprovadas e sólidas máximas destiladas de séculos de experiência e confirmadas empiricamente.⁷¹³

Sentido análogo extrai-se da concepção espanhola. Aludindo às *reglas de la sana crítica*, Couture assevera tratar-se das “*reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez*”. Mais especificamente, explica que “*la sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento*”.⁷¹⁴

Por meio de tais concepções, vislumbra-se, aparentemente, um contexto de menor liberdade para abstração e subjetividade, estando o raciocínio do juiz estritamente vinculado ao contexto fático e probatório constante dos autos. Paralelamente, a valoração deve se realizar com atenção aos critérios lógico-rationais que permitam extrair conclusões acertadas dos elementos de que se dispõe. Nesse contexto, a motivação parece representar o exaurimento das operações valorativas, prestando-se ao estrito propósito de exteriorizar a lógica da fase precedente com vistas a justificar a decisão e sua racionalidade – e não ao de representar ela mesma o único fator de racionalidade do sistema.

Isso porque, de modo diverso, a compreensão que parece permear o contexto brasileiro a partir da fórmula do *livre convencimento motivado* é a de que o juiz teria plena liberdade para valorar as provas e formar sua convicção, conquanto que apresente uma fundamentação aceitável e coerente. Como constata Leonardo Greco, prevaleceu entre nós o entendimento de que o dever de fundamentação serviria apenas para dar consistência lógica à

⁷¹² COMOGLIO, Luigi Paolo. Art. 116... *cit.*, p. 408.

⁷¹³ Tradução livre. COMOGLIO, Luigi Paolo. Art. 116... *cit.*, p. 412.

⁷¹⁴ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos...* *cit.*, p. 270-271.

decisão e para atestar o seu embasamento no material probatório produzido no processo, sem afetar a liberdade de julgamento do juiz.⁷¹⁵

Essa ideia – definitivamente consolidada, ao menos de forma velada, na cultura brasileira – favorece a primazia das impressões e percepções subjetivas do juiz, as quais não podem ser exteriorizadas e tampouco seriam compartilhadas intersubjetivamente.⁷¹⁶

Enquanto a partir das *reglas de la sana crítica* e do *prudente apprezzamento* procura-se, ao que parece, estatuir a obrigação de racionalidade em meio ao contexto de decisão, no método da persuasão racional contenta-se com uma racionalidade *ex post*, a qual permite que os juízes decidam primeiro (de modo, por vezes, autoritário) e busquem uma fundamentação aleatória para justificar a decisão já tomada.⁷¹⁷

É de se constatar que, partindo-se dessa concepção, em nada se difere a atividade de valoração das provas realizada pelo juiz daquela realizada pelo jurado, já que ambas podem ser irracionais, exceto pelo fato de que o primeiro é capaz de elaborar um discurso persuasivo razoavelmente coerente que, não necessariamente, expressará os reais fundamentos de sua convicção. O que se verifica, assim, é a ingênua (e falsa) sensação de controle sobre as razões da decisão. Para que situações como essa não ocorram, necessário se faz reformular a compreensão que se adota acerca do livre convencimento e de seus limites, de modo que conduza a uma apreciação racional da prova.⁷¹⁸

Mais adiante, em capítulo dedicado ao júri brasileiro, buscar-se-á relacionar essa ideia irracional e subjetiva de formação do convencimento – consolidada no sistema processual pátrio – com a noção igualmente desarrazoada de íntima convicção empregada no juízo por

⁷¹⁵ GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1.973 ao novo Código Civil. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 370-371. Apesar da afirmação do autor se referir ao contexto do processo civil, não se verifica no processo penal qualquer diferença substancial na interpretação do conteúdo deste sistema de apreciação.

⁷¹⁶ Com isso, “(...) *es imposible atribuir un significado positivo a la obligación del juez de motivar el juicio de hecho exponiendo las ‘razones’ fundadas sobre las pruebas. No tiene sentido imponer al juez la justificación racional de un juicio que se supone irracional, de modo que la motivación acaba con no ser considerada más que una mera Scheinbegründung carente de toda vinculación con el juicio. Desde esta perspectiva, las funciones de la motivación y de la respectiva obligación resultan escasamente significativas y sustancialmente superfluas.*” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 403.)

⁷¹⁷ MIRZA, Flávio. Valoração da prova... *cit.*, p. 136.

⁷¹⁸ Como defende Knijnik, “a liberdade de apreciação das provas não significa ausência de regras a que o julgador deve recorrer no momento da valoração do material probatório. O convencimento livre não deve entender-se ou fazer-se equivalente a fechado e inabordável critério pessoal e íntimo do julgador, mas a uma apreciação lógica da prova, que não está isenta de pautas ou diretrizes de caráter objetivo. Supõe-se, pois, uma valoração racional e lógica.” (KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 16.)

jurados, tendência que demonstra uma cultura de decisão que necessita ser urgentemente revista.

4.1.2. Os sistemas de apreciação da prova no âmbito da *common law*

A concepção de *free proof* proveniente do sistema anglo-americano, por sua vez, foi moldada por circunstâncias históricas distintas. Diferentemente do que ocorreu no contexto romano-germânico, o abandono dos ordálios, compurgações e duelos teve como consequência a adoção do Júri como sistema de julgamento pelos pares, no qual os cidadãos atuavam como juízes do fato.

Os aspectos históricos da apreciação da prova na *common law* se confundem com a própria história da instituição do júri popular, juntamente com as diversas formas de controle sobre a atuação dos jurados ao longo dessa experiência.

Embora seja controversa a existência de instituições similares com participação cidadã no direito inglês antigo, foi a conquista normanda que definitivamente marcou a origem do júri em meio à adoção do *royal inquest* como principal método de apuração dos fatos.⁷¹⁹ A lógica desse procedimento consistia na convocação de um certo número de pessoas da comunidade com o propósito de que investigassem e, em seguida, testemunhassem sobre os fatos de interesse da coroa.⁷²⁰

Levy destaca que a forma inglesa de *inquest* fundou-se a partir dos procedimentos típicos da matriz acusatória, motivo pelo qual a mesma não corresponde, nem sequer guarda semelhanças, com a versão latina da *inquisitio*, própria do sistema romano-canônico.⁷²¹

A lógica inicial do júri a partir dessa concepção consistia na aptidão da comunidade local para fornecer ao juiz o conhecimento dos fatos por meio do testemunho de seus membros. Para tanto, não importava se suas impressões eram provenientes de observação direta ou se decorrentes de investigação própria destinada ao relato das conclusões à corte. De

⁷¹⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade... cit.*, p. 36. Taruffo se refere ao mesmo como *inquisitio*, mas dada a diferença marcante entre este procedimento levado a cabo na *common law* com a *inquisitio* romano-germânica, optou-se pelo uso do termo *inquest*, como o fazem a grande parte dos autores anglo-americanos.

⁷²⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova... cit.*, p. 36.

⁷²¹ LEVY, Leonard W. The Medieval Origins of Trial by Jury. In: WINTERS, Robert. *The Right to a Trial by Jury*. Farmington Hills: Greenhaven Press, 2005, p. 21.

qualquer forma, desempenhavam os cidadãos essencialmente a função de testemunhas juramentadas, cabendo ao juiz inquiri-los para verificar seu conhecimento sobre os eventos.⁷²²

Em uma época dominada por pequenas e intensamente interdependentes comunidades agricultoras, conforme aponta Langbein, os jurados eram selecionados diretamente da localidade dos eventos com a esperança de que conhecessem os fatos disputados e que pudessem trazer informações próprias, ou, ao menos, que estivessem em melhores condições para investigá-los. Os jurados da época eram auto-informativos, segundo o autor.⁷²³

Essa prática parece ter sido a origem do *Grand Jury*, como destaca Gomes Filho, cuja função era a de apurar os crimes para apresentar a comunicação formal a respeito. Posteriormente, essa função veio a ser modificada, de modo que o papel do órgão passou a ser o de decidir sobre a admissibilidade da acusação.⁷²⁴

Em uma época ainda dominada pela influência dos juízos de Deus, esse método de juízo era considerado inovador, vindo a ser popularizado e difundido pelas iniciativas do Rei Henrique II (1154-1189). Seu espírito reformista e sua descrença nos métodos irracionais impulsionaram o fortalecimento da jurisdição das chamadas *royal courts* por meio dos juízos itinerantes, que viajavam pelo reino levando a *inquest* para a solução dos conflitos locais.⁷²⁵ Desse modo, a influência de Henrique II contribuiu para a superação daqueles métodos irracionais⁷²⁶ em prol de um juízo informativo, que viria a prezar pelo conhecimento dos fatos em detrimento da influência divina.

Há que se ressaltar, entretanto, que nessa forma embrionária do tribunal popular não era desenvolvido um verdadeiro procedimento instrutório, eis que se apoiava unicamente no conhecimento dos jurados acerca dos fatos – razão pela qual não se produzia resultados essencialmente distintos daqueles oferecidos pelos métodos primitivos. O juramento solene proclamado pelos jurados, de que declaravam a verdade do que sabiam, legitimava os seus

⁷²² TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade... cit.*, p. 37. Como destaca Levy sobre a lógica do funcionamento da *inquest* nessas condições: “*The inquest was just that, an answer or declaration of truth, a veri dictum, or verdict by a body of men from the same neighborhood who were summoned by some official, on the authority of the crown, to reply under oath to any inquiries that might be addressed to them. Men of the same locality were chosen simply because they were most likely to know best the answers to questions relating to the inquest...*” (LEVY, Leonard W. *The Medieval Origins... cit.*, p. 22).

⁷²³ LANGBEIN, John H. Historical Foundations of the Law of Evidence: A view from the Ryder sources. *In: Columbia Law Review*. n. 96, 1996, p. 1170.

⁷²⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova... cit.*, p. 36.

⁷²⁵ LEVY, Leonard W. *The Medieval Origins... cit.*, p. 22.

⁷²⁶ É válido destacar, entretanto, que Henrique II não aboliu tais métodos, mas tão somente os descreditou e suplantou seu emprego na medida em que disponibilizou às partes formas mais equitativas de procedimento. (LEVY, Leonard W. *The Medieval Origins... cit.*, p. 22).

veredictos, assim como a confiança da intervenção divina legitimava o resultado das provas ordálicas.

Tendo sido o ano de 1215 simbólico para ambas as tradições (de *common law* e de *civil law*), conforme Taruffo, foi nesta ocasião que, em Londres, o Rei João Sem-Terra se viu forçado por seus barões a conceder a *Magna Charta Libertatum*, considerada a primeira grande Constituição da história europeia⁷²⁷, responsável por estabelecer a base das liberdades modernas e de vários princípios democráticos, como o do devido processo legal. Em seu Capítulo 29 encontrava-se a previsão do julgamento pelos pares e conforme a *law of the land* como meios legítimos para a restrição de direitos dos “homens livres”.⁷²⁸

Entretanto importa consignar que, ao contrário do que possa levar a crer o teor do dispositivo, a intenção original da Magna Carta era a de reafirmar os direitos e poderes dos barões frente ao Rei, em uma época ainda marcada pela descentralização de poder característica da sociedade feudal. Não era seu anseio garantir novos direitos e liberdades ao povo inglês, de modo geral.

As ordálias e duelos ainda eram utilizados nesse período para a solução de conflitos penais, ficando o papel do júri restrito à formulação da acusação. Desse modo, o texto do capítulo 29 não visava garantir o direito ao efetivo julgamento pelo júri, como pode parecer a alguns, mas, na melhor das hipóteses, assegurava o direito à acusação formal pelos cidadãos (*grand jury*) e a um julgamento que precedesse a sentença (ainda que por meio de duelo ou por ordálias).⁷²⁹

Por outro lado, a abolição das ordálias como método de decisão – consubstanciada na proibição prevista no IV Concílio de Latrão – também gerou repercussões na Inglaterra. Tal

⁷²⁷ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade... cit.*, p. 18.

⁷²⁸ “Nenhum homem livre será detido ou encarcerado, ou privado de sua habitação, liberdades ou posses ou considerado fora da lei ou exilado ou de alguma maneira prejudicado, nem se procederá contra ele, nem se mandará proceder contra ele, a não ser pelo legítimo julgamento de seus pares, ou pela lei local. A ninguém será negociado, negado ou retardado o direito ou a justiça.” Tradução livre a partir da versão inglesa disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>. Acesso em: 06 de janeiro de 2017. Conforme redação original, em latim: “*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur aut disseisietur de libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae. Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus iustitiam, vel rectum.*” Disponível em: <http://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-and-jury-trial>. Acesso em: 08 de março de 2016.

⁷²⁹ Tanto é assim que, como destaca Levy, em seu capítulo 28 a Magna Carta assegurava que ninguém seria submetido à ordália salvo se formalmente acusado pelo júri de apresentação perante os juízes reais itinerantes. Isso para garantir que os jurados (ora testemunhas do fato) corroborassem a acusação posta. Deste modo, conclui o autor: “*The celebrated chapter twenty-nine did not guarantee trial by jury for the simple reason that its use in criminal cases was still unknown in 1215. At best that chapter ensured that the indictment and trial by whatever was the appropriate test, whether battle or ordeal, must precede sentence.*” (LEVY, Leonard W. *The Medieval Origins... cit.*, p. 25-26).

fato, juntamente com o descrédito nos duelos como meios hábeis a provar todos os fatos, estabeleceram as condições necessárias à aquisição da função de julgar o mérito dos casos criminais por um júri diverso do de acusação.

Levy explica de forma bastante clara essa gradativa evolução. Segundo ele, em meio às sessões nas quais se consubstanciavam os julgamentos, reuniam-se representantes de segmentos importantes da sociedade juntamente com um conjunto de vários júris. Para cada cem habitantes do condado (*county*) havia um júri de doze integrantes, e a cada distrito (*township*), quatro representantes. Em meio a essa dinâmica, em um dado caso criminal cabia ao juiz itinerante buscar o senso da comunidade. Desta forma, o júri de acusação geralmente se limitava a apresentar as suspeitas que pesavam sob o acusado, sendo que em algumas situações o juiz acabava requerendo que emitissem um veredicto de culpa ou inocência – o que representava uma situação complicada, dada a parcialidade dos mesmos e a tendência natural de confirmarem suas próprias acusações. Em vista disso, passou-se a investir os representantes dos distritos no papel de apresentar concordância ou discordância com a acusação formulada pelo júri que estivesse encarregado da investigação. Em seguida, o magistrado solicitava aos demais júris presentes a corroboração do veredicto.⁷³⁰

Com o tempo, apenas doze jurados passaram a ser selecionados para julgar os fatos, embora habitualmente estivessem incluídos nesse número alguns jurados de acusação. A gradual percepção da condição de parcialidade desses últimos, juntamente com a ideia de que o acusado deveria consentir com a composição do júri que lhe determinaria o destino, acabaram contribuindo para a completa separação entre o júri de acusação e o de julgamento.⁷³¹ Fica clara, por meio dessa prerrogativa, a valorização de um dos princípios basilares do sistema acusatório, no sentido de atribuir a entes distintos as funções de acusação e julgamento, evidenciando-se uma preocupação com a imparcialidade dos veredictos.

Essas transformações também acabaram contribuindo para a mudança de perspectiva acerca da função desempenhada pelos jurados, que passavam de testemunhas do fato perante o juiz itinerante (que os desconhecia por não estar integrado à comunidade) para,

⁷³⁰ LEVY, Leonard W. *The Medieval Origins... cit.*, p. 27.

⁷³¹ LEVY, Leonard W. *The Medieval Origins... cit.*, p. 28. James Bradley Thayer explica que passou a ser admitido que o acusado objetasse os jurados que serviram à função de apresentação da acusação, nos seguintes termos: “*Sir, this man ought not to be upon the jury, because he indicted me, and I presume of him and all those who indicted me, that they still bear the same ill-will against me as when they indicted me.*” (THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Boston: Little, Brown, and Company, 1898, p. 82, nota n. 3). Gomes Filho atribui a um estatuto de Eduardo III, de 1350, o direito do acusado de recusar qualquer jurado que tivesse participado do júri de acusação. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova... cit.*, p. 37).

propriamente, juízes do fato. Essa transição foi relativamente lenta e gradativa, dando ensejo à introdução das testemunhas em júízo – as quais concorriam com os jurados no conhecimento dos fatos em questão.

Nesse contexto, como ainda se presumia um conhecimento privado dos jurados acerca dos eventos, as testemunhas desempenhavam uma função relativamente secundária, e seu depoimento podia, inclusive, ser ignorado por aqueles se contrariasse o que sabiam sobre o caso.⁷³²

Não obstante, a atuação dos jurados estava constantemente sujeita a controle diante de eventual suspeita de falsidade ou erro no veredicto – hipótese em que um novo júri (*attaint jury*) era designado para julgar a atuação do anterior e, eventualmente, possibilitar a punição de seus integrantes.

Foi inclusive em meio a essa ânsia de responsabilizar os jurados pelos erros de julgamento e a dificuldade de fazê-lo no âmbito dos *attaint juries*, que se promoveu uma grande mudança de perspectiva sobre o papel do júri no procedimento, com o abandono de seus conhecimentos privados em prol da prerrogativa da corte de controlar a fonte de seu convencimento.

Como os jurados podiam contar com seus conhecimentos privados acerca dos fatos, os quais lhes habilitava, inclusive, a desacreditar o depoimento das testemunhas, a tarefa dos *attaint juries* era especialmente difícil diante de uma suspeita de erro no veredicto, uma vez que não tinham condições de saber se o júri havia decidido conforme seus conhecimentos próprios ou pelas informações recebidas das testemunhas. Além disso, não tinham sequer condições de averiguar a ocorrência de erro, uma vez que não seriam capazes de aferir a confiabilidade dos eventuais conhecimentos particulares dos jurados. Tudo isso tornava realmente difícil a tarefa do *attaint jury* de constatar uma falsidade deliberada por parte do primeiro júri, de modo que sua função se tornou impraticável, como destaca Thayer.⁷³³

⁷³² “An independent, original knowledge of the facts was attributed to the jury, and not a merely inferential and reasoned knowledge. So long as this theory was true and was really a controlling feature of trial by jury, witnesses must needs play a very subordinate part.” (THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise... cit.*, p. 137).

⁷³³ Além disso, os integrantes dos *attaint juries* não eram simpáticos à tarefa de desonrar seus vizinhos, membros do primeiro júri, normalmente camponeses honestos (salvo se evidente a corrupção no procedimento). Deste modo, preferiam os mesmos ausentar-se da tarefa mediante o pagamento de pequena multa, tendo como consequência a manutenção do primeiro veredicto. Quando optavam por comparecer, todavia, confirmavam na maioria das vezes a decisão anterior. Diante dessa conjuntura, como explica Thayer, a *Star Chamber* passou a exercer tal função com o propósito de suprir os problemas do *attaint* e assegurar a punição para os jurados que prolatavam veredictos falsos ou corruptos. THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise... cit.*, p. 137-139. É válido frisar que tais procedimentos incidiam inicialmente quase que exclusivamente nos júris civis, dado que nos criminais já era vigente a proibição de *double jeopardy*: “one should not be twice put in jeopardy of life or limb for the same offence.” (*Idem*, p. 156; 158-159).

O que se seguiu, conseqüentemente, foi a tentativa de se estabelecer uma outra forma de controlar o acerto do veredicto. Sobreveio daí a importância de que o tribunal tivesse conhecimento, na medida do possível, de tudo o que o júri soubesse acerca dos fatos, o que sinalizou para o afastamento gradual da premissa de que os jurados poderiam julgar com apoio em seus saberes particulares. Disso resultou, como consequência, uma espécie de dever moral imposto ao júri, no sentido de que nada soubesse acerca dos fatos com exceção do que houvera sido publicamente afirmado em audiência.⁷³⁴

Foi por volta do fim da Idade Média que o júri passou a ser concebido como um grupo de cidadãos que ignoravam os eventos em discussão, na expectativa de ter seu conhecimento construído perante as instruções da corte. Este teria sido o evento que favoreceu o desenvolvimento da *law of evidence*, como destaca Langbein.⁷³⁵

De acordo com Thayer, na medida em que os testemunhos eram conhecidos simultaneamente pela corte e pelo júri, ante a publicidade do procedimento, a situação novamente se alterou e favoreceu a intensificação do domínio exercido pelo juiz e, conseqüente, a punição dos jurados, na medida em que se passou a controlar a fonte de seu convencimento.⁷³⁶

Nos júris criminais era comum a punição imposta aos jurados que se recusavam a seguir as orientações do juiz, especialmente quando insistiam em proferir decisão absolutória sobre o que era considerado pelo tribunal como prova suficiente dos fatos incriminatórios. Se, por outro lado, os jurados condenassem o acusado impropriamente – segundo entendimento

⁷³⁴ “The jury were told that if any of them knew anything relating to the case, they ought to state it publicly in court. This lay long in the shape of a moral duty of the jurors, not enforceable ; but after a time it was enforced, and the court assumed that, in general, nothing was known to the jury except what was publicly stated in court, – adding to this, under the notion of judicial notice, what they were legally supposed to know and what was known to everybody. (...) The jury now had a duty to know nothing but what was publicly known and stated in court. They became merely judges upon evidence.” (THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise... cit.*, p. 139).

⁷³⁵ “O júri de instrução tornou a *law of evidence* possível. Uma vez que as testemunhas passaram a depor rotineiramente em audiência pública, o até então usual monopólio do júri sobre o conhecimento dos fatos foi superado. Uma vez que o juiz passava a presenciar os mesmos testemunhos que os jurados, tinha condições de comentar a prova e aconselhar o júri sobre como aplicar a lei. E daí adveio a oportunidade para que o juiz regulasse a prova testemunhal. Wigmore viu na aurora do julgamento de instrução o divisor de águas da *law of evidence*.” (Tradução livre. LANGBEIN, John H. *Historical Foundations... cit.*, p. 1171.) No entanto, o autor explica que esta seria apenas um pequeno sinal da *law of evidence*, conforme Wigmore, sendo sua verdadeira origem atribuída a eventos posteriores: “He detected the outline of the modern law of evidence already in the years 1500-1700, although not until the years 1790-1830 could he document ‘the full spring-tide of the system.’” (*Idem, ibidem*).

⁷³⁶ Por outro lado, também se evidenciou a desproporção e injustiça dessa sanção imposta aos jurados – por vezes prisão de até um ano e perda de bens. O descrédito e o sentimento de injustiça advindos desse procedimento, entretanto, levou a seu enfraquecimento. Foi em 1825 que, conforme o autor, declarou-se finalmente a cessação e total abolição dos *attaint juries*. (THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise... cit.*, p. 150-153).

do tribunal, simplesmente remediava-se o caso a partir da concessão do perdão.⁷³⁷ Essa sanção que derivava do descumprimento das instruções da corte, muitas vezes era tida como cruel e descabida, por engessar o legítimo desempenho da função decisória atribuída ao júri.

Foi em 1670, a partir de um dos mais famosos precedentes do direito inglês – o chamado *Bushell's Case* –, que se abriu o caminho para a autonomia do júri frente ao juiz togado, ocasião em que se cristalizou o entendimento de que os jurados não poderiam ser penalizados por descumprirem as instruções do tribunal.⁷³⁸ A partir das razões expressas por Vaughn na referida decisão⁷³⁹, fica claro que os juízes não poderiam, em tese, interferir na decisão sobre os fatos eis que a avaliação da prova seria atribuição exclusiva dos jurados. Por outro lado, apesar de se ter considerado possível ao júri recorrer aos seus conhecimentos privados decorrentes de sua posição na comunidade, tal prerrogativa, veio a ser definitivamente afastada em período posterior.

Nesse sentido, o princípio da independência do júri frente ao juiz parece ter se fundido decisivamente à ideia da independência de seus integrantes face a toda e qualquer circunstância local relacionada aos fatos. Daí a importância dos mecanismos concebidos para assegurar uma escolha justa dos integrantes do júri, como a seleção por votação e o direito do acusado de pessoalmente objetar possíveis jurados.⁷⁴⁰ Vale ressaltar, por outro lado, que nesse contexto ainda não era possível que os acusados gozassem de assistência jurídica no exercício de sua defesa.

No período que se seguiu ao *Bushell's Case*, entretanto, o juiz continuou a exercer intensa influência sobre o júri, de modo que fica até mesmo difícil caracterizá-lo como uma

⁷³⁷ THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise... cit.*, p. 162-163.

⁷³⁸ LANGBEIN, John H. The Criminal Trial before the Lawyers. In: *The University of Chicago Law Review*. v. 45, n. 02, 1978, p. 285.

⁷³⁹ Como aduz Thayer acerca das razões expostas por Vaughn ao julgar o caso: “A witness’, he says, ‘swears to but what he hath heard or seen; generally or more largely to what hath fallen under his senses. But a juryman swears to what he can infer and conclude from the testimony of such witnesses by the act and force of his understanding to be the fact inquired after.’ As regards the charge that the jury went against the instruction of the court in law, — a court, Vaughan says, does not charge a jury with matter of law in the abstract, but only upon the law as growing out of some supposition of fact. This matter of fact is for the jury ; it is not for the judge, ‘having heard the evidence given in court (for he knows no other),’ to order the jury to find the fact one way rather than the other; for if he could, ‘the jury is but a troublesome delay, great charge, and of no use’. The judge cannot know all the evidence which the jury goes upon ; they have much other than what is given in court. They are from the vicinage, because the law supposes them to be able to decide the case though no evidence at all were given in court on either side. They may, from their private knowledge, of which the judge knows nothing, have ground to discredit all that is given in evidence in court. They may proceed upon a view.” (THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise... cit.*, p. 167).

⁷⁴⁰ POLE, J. R. A Quest of Thoughts: Representation and Moral Agency in the Early Anglo-American Jury. In: CAIRNS, John W.; McLEOD, Grant. (ed.). *The Dearest Birth Right of the People of England: The Jury in the History of the Common Law*. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 106.

instituição dotada de plena autonomia. E nas situações em que juiz e jurado se encontravam em conflito, o primeiro acabava encontrando formas de se fazer prevalecer sem a necessidade de recorrer às sanções de outrora.⁷⁴¹

Uma dessas formas de controle era a possibilidade de o magistrado afastar o veredicto considerado contrário às provas e às suas instruções, hipótese em que era determinado novo julgamento. Tal prática passou a ser estabelecida por volta do início do século XVII, sendo mais comum aos casos civis. No âmbito criminal o uso da prerrogativa era temperado, por um lado, pelos eventuais interesses da coroa, e por outro, pela consagrada proibição de *double jeopardy* – o que impedia a renovação da acusação por fatos que já foram objeto de um veredicto de absolvição.

Por outro lado, uma forma encontrada pelos juízes de burlar tal vedação de dupla persecução era por meio da retirada precoce do caso da apreciação do júri a partir do momento em que se antecipava a suspeita de uma absolvição, ante a fragilidade da prova disponível. Essa prática – que em si também consistia numa forma de controle sobre o júri – era conveniente, como aponta Langbein, em um sistema que via no exercício privado da função acusatória um ponto fraco.⁷⁴²

Já se podia identificar com frequência o estabelecimento pelos juízes de regras de presunção e de fixação prévia de conclusões *prima facie* sobre determinados elementos de prova, em meio às instruções fornecidas ao júri sobre o modo como deveriam interpretar as provas. O juiz, por essa atividade, parecia possuir um poder irrestrito de comentar o mérito da causa.⁷⁴³

Uma prática que também se fazia comum nessa conjuntura era a troca informal de dados e impressões sobre a prova entre juiz e jurados, embora o primeiro não tivesse assento em meio às deliberações. Tal situação favorecia o conhecimento pelo juiz das razões e motivações do veredicto e podia ter lugar antes da retirada do júri para as deliberações – por meio de *insights* acerca do pensamento dos jurados – ; ou mesmo após seu retorno, já que em

⁷⁴¹ LANGBEIN, John H. *The Criminal Trial... cit.*, p. 285. “*The court always held towards the jury a relation of control, and the books are full of traces of ordinary discipline.*” (THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise... cit.*, p. 155).

⁷⁴² LANGBEIN, John H. *The Criminal Trial... cit.*, p. 288.

⁷⁴³ Como destaca Langbein com base em registros existentes, “Os comentários dos juízes evidenciam que eles não consideravam os jurados autônomos no exercício do juízo dos fatos. O júri emitia os veredictos por si mesmo, mas o juiz não hesitava em instruí-lo acerca de como deveria decidir. E os jurados encontravam-se rotineiramente a seguir as direções dos juízes nesses casos. (...) Nem sempre, entretanto, era tão explícito esse intento de direcionar os veredictos, por vezes eram os próprios jurados que anseavam por uma orientação do juiz, e este contentava-se em expressar uma ampla sugestão de seu ponto de vista acerca do mérito dos fatos.” Tradução livre. LANGBEIN, John H. *The Criminal Trial... cit.*, p. 285-286.

muitos casos o júri oferecia tais informações voluntariamente ou a partir de questionamento direto do magistrado.

Essa constatação é feita por Langbein com base nos registros dos julgados criminais da corte criminal inglesa de Old Bailey, feitos por volta de meados dos séculos XVII e XVIII. Nesses relatos o autor constata ser habitual a presença dos fundamentos das decisões proferidas pelo júri, o que causa certa estranheza, dado o caráter imotivado dos veredictos. Langbein considera, entretanto, que os referidos fundamentos poderiam ser apenas fruto de especulações por parte do responsável pelo registro, acerca do que poderia ter persuadido o júri. Uma outra possibilidade era a de que o júri teria decidido com base nas instruções do juiz, de modo que o conteúdo das mesmas funcionasse como fundamento para o raciocínio e decisão daquele.⁷⁴⁴

O mais problemático, todavia, é que o conhecimento das razões do veredicto acabava servindo ao juiz como uma outra forma de domínio sobre o júri, na medida em que discordasse do raciocínio empregado. Após sondar os seus fundamentos, o magistrado apontava os equívocos e argumentava sua posição com os jurados, fornecia novas instruções e recomendava nova deliberação entre os mesmos, pressionando uma alteração da decisão.⁷⁴⁵

Para além de demonstrar o controle exercido pelo juiz sobre o júri, as práticas citadas deixavam claras as preocupações do tribunal em zelar pela conformação dos veredictos aos parâmetros de valoração e decisão que considerasse adequados.

Veja-se que, até o momento, não eram ainda expressivas as regras tendentes a excluir o material probatório da apreciação do júri, consoante com os propósitos da *law of evidence*, embora já estivessem assentadas as condições e fundamentos que desencadeariam o seu desenvolvimento.

Foi no decurso dos séculos XVIII e XIX que se tem notícia das primeiras fontes da *law of evidence*, a partir dos registros dos principais aspectos dos casos julgados (a exemplo dos chamados *nisi prius reports*) e a partir da sistematização das regras probatórias por obra dos tratadistas ingleses. Wigmore⁷⁴⁶, entretanto, atribui sua origem ao período compreendido

⁷⁴⁴ “Another possibility is that the jury decided in accordance with the result indicated in the judge’s comment and instruction, and that the reporter expressed the substance of the judge’s reasoning as the reason for the jury’s verdict.” (LANGBEIN, John H. *The Criminal Trial... cit.*, p. 289). Como já fora objeto de discussões no capítulo anterior, a Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Taxquet v. Bélgica* reconheceu que as instruções do juiz funcionam, de fato, como o fundamento da racionalidade do veredicto, sendo apto a suprir, em muitos casos, a falta de motivação da decisão do júri. (Cf. item 3.2.3., supra).

⁷⁴⁵ LANGBEIN, John H. *The Criminal Trial... cit.*, p. 291.

⁷⁴⁶ “In the ensuing generation the established principles began to be developed into rules and precedents of minutiae relatively innumerable to what had gone before. In the *Nisi Prius reports* of Peake, Espinasse, and Campbell, centring around the quarter-century from 1790 to 1815, there are probably more rulings upon

entre as Eras Tudor e Stuart, paralelamente ao reconhecimento dos jurados como juízes do fato, embora a documentação sistemática dessas regras somente teria sido empreendida mais tarde.

O atributo essencial da *law of evidence* é, basicamente, o de suprimir elementos de prova do conhecimento dos juízes leigos com vistas a zelar pelo acerto de sua decisão. Tais elementos, embora relevantes para o julgamento dos fatos, seriam problemáticos sob o ponto de vista do prejuízo que poderiam causar ao raciocínio daqueles que não têm um preparo suficiente para avaliar adequadamente certos tipos de informação.

Veja-se que, ante a esse exposto propósito, o qual se atribui como fundamento de sua existência, Thayer considera a *law of evidence* como sendo “*the child of the jury*”.⁷⁴⁷ De fato, não se pode negar a íntima relação entre o júri e a intensa regulação probatória presente no direito anglo-americano, de modo que diversas são as vozes, assim como Thayer, que atribuem seu desenvolvimento e aprimoramento unicamente ao caráter leigo dos adjudicantes.

Essa não é a opinião de Langbein, entretanto. Segundo o autor, o fator de endurecimento do sistema probatório não teria sido o anseio de se controlar o júri, que já dominava o sistema de justiça inglês desde a Idade Média, nem, tampouco, a conversão do mesmo de testemunha para juiz do fato, o que teria se consolidado por volta do século XVI. Conforme aponta, esse controle já era intensamente exercido por outros meios – como exposto há pouco –, de modo que por cerca de dois séculos não havia sido necessária qualquer regulação probatória. Sua tese, deste modo, é a de que o fundamento histórico da *law of evidence* não teria sido tanto o controle do júri, mas o controle da atuação dos advogados.⁷⁴⁸

Para compreender a lógica dessa hipótese de Langbein é importante lembrar que até por volta da década de 1730 não era permitido que os acusados da prática de crimes de

evidence than in all the prior reports of two centuries. In this development the dominant influence is plain; it was the increase of printed reports of Nisi Prius rulings.' This was at first the cause, and afterwards the self-multiplying effect, of the detailed development of the rules.” (WIGMORE, John Henry. A General Survey of the History of the Rules of Evidence. *op. cit.*, p. 695-696.) Ver também: LANGBEIN, John H. Historical Foundations... *cit.*, p. 1171.

⁷⁴⁷ THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise... cit.*, p. 47.

⁷⁴⁸ Conforme explica, “*Judge and jury functioned for so long without the law of evidence that it is perhaps too simple to see the law of evidence as the law of jury control. If the judges had continued to dominate jury trial, we doubt that they would have needed to develop the law of proof as an instrument of jury control. But various factors, in particular the rise of the lawyers, were about to cost the judges their commanding role in the procedure, and thereby to make the jury much more dangerous. The formation of the law of evidence from the middle of the eighteenth century is more or less contemporaneous with the onset of lawyerization of the criminal trial. My suggestion, therefore, is that the true historical function of the law of evidence may not have been so much jury control as lawyer control.*” (LANGBEIN, John H. The Criminal Trial... *cit.*, p. 306).

natureza grave (*felonies*) dispusessem de assistência jurídica, de modo que o próprio juiz era o responsável pela inquirição das testemunhas e pela defesa dos réus quanto às questões de direito aplicáveis⁷⁴⁹ – atuação que posteriormente fora descreditada. No que concerne aos fatos, entretanto, a defesa era exercida pelo próprio acusado, como aponta Malan, o qual quase sempre aguardava o julgamento recolhido à prisão, sob condições precárias de salubridade e sem conhecimento acerca do teor da acusação formulada. Por tal motivo, também não era capaz de localizar e apresentar eventuais testemunhas. A ideia de que o acusado seria a mais eficaz fonte de prova da verdade dos fatos era o principal fundamento para justificar a desnecessidade de defesa técnica.⁷⁵⁰

Por sua vez, na medida em que se admitiu a presença dos defensores na corte, o manejo da prova teria passado a ser exercido com maior intensidade pelos representantes das partes, de modo que diversas questões formais e técnicas antes ignoradas passaram a ser exploradas com certa profundidade.

Além disso, a atuação dos advogados inspirou toda uma mudança na forma de se colher os depoimentos a partir da padronização da dinâmica da *cross-examination*. Por meio da técnica os testemunhos eram colhidos com mais lógica, sistemática, vigor e profundidade, segundo Malan⁷⁵¹, de modo a evidenciar maior preocupação com a veracidade de seu conteúdo e com a credibilidade de suas fontes. Tudo isso foi determinante para que se produzisse uma significativa alteração do paradigma do procedimento: “se antes ele tinha por objetivo analisar como o acusado respondia à prova da acusação (*accused speaks trial*), ele passou a ter como finalidade precípua oportunizar ao defensor testar a prova da acusação (*testing the prosecution case trial*), silenciando, assim, o próprio acusado.”^{752 753}

Essas observações, que traçam o esboço do sistema adversarial, evidenciam também uma relação bastante notável entre o mesmo e a *law of evidence*. Langbein sugere que se

⁷⁴⁹ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto... cit.*, p. 7-8. Conforme destaca o autor, o direito à assistência jurídica somente era garantido aos acusados pela prática de crime de traição ou de infrações penais de menor gravidade (*misdemeanors*).

⁷⁵⁰ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto... cit.*, p. 9-10.

⁷⁵¹ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto... cit.*, p. 14.

⁷⁵² MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto... cit.*, p. 14.

⁷⁵³ Sobre isso, Langbein considera uma grande ironia o fato de que a admissão do advogado de defesa teria sido possível, a princípio, pela própria discricionariedade judicial: “o juiz era tão dominante que podia admitir os advogados como um ato de puro favor.” No entanto, conforme explica, “talvez não houvesse previsto que o poder de admiti-los não poderia ficar eternamente no âmbito da discricionariedade judicial à medida em que os precedentes se fortaleciam. E certamente não se previu que os advogados pudessem alterar a dinâmica do júri de uma forma tão substancial, de modo a quebrar o antigo e proveitoso relacionamento entre juiz e jurado e custar ao juiz o domínio do procedimento.” Tradução livre. LANGBEIN, John H. *The Criminal Trial... cit.*, p. 314.

tratam ambos de procedimentos complexos que surgiram e se desenvolveram com o intuito de, simultaneamente, servir e conter a atuação dos advogados no tribunal.⁷⁵⁴

Embora tais hipóteses aventadas pelo autor mostrem-se bastante factíveis, parece mais acertado, entretanto, considerar todos esses fatores como determinantes – e não excludentes – para o desenvolvimento da moderna concepção do sistema probatório anglo-americano. É certo que o caráter leigo dos jurados é relevante, e os advogados acabam explorando esse fator.⁷⁵⁵

Não soa prudente desconsiderar o papel dos cidadãos leigos na qualidade de *triers of fact* como contributo necessário para as *exclusionary rules*, já que o fundamento de grande parte dessas regras é justamente o de zelar pelo acerto e precisão do raciocínio daqueles. Como sustenta Damaška, a *common law* nunca se mostrou avessa ao uso de instrumentos destinados expressamente a restringir a liberdade dos jurados na avaliação da prova.⁷⁵⁶ Ainda hoje, os instrumentos destinados a prezar pelo acerto e precisão da valoração da prova pelos jurados e a consequente decisão sobre os fatos são a marca da *law of evidence*. Não só as regras de admissibilidade se destinam a tal propósito, como também, por outro lado, as instruções minuciosas dadas pelo juiz presidente desempenham um papel muito importante no controle do júri.

Langbein explica que todo esse arsenal de instrumentos projetado para estruturar o processo deliberativo do júri – arsenal este que Damaška diz ser extremamente poderoso⁷⁵⁷ – se justifica pela impossibilidade de se controlar o produto da decisão dos jurados. Na medida em que a sua decisão é indecifrável e praticamente imune a recursos, todos os esforços são dirigidos para evitar que eventuais erros ocorram – visto que não há como remediá-los *a posteriori*.⁷⁵⁸

⁷⁵⁴ LANGBEIN, John H. *The Criminal Trial... cit.*, p. 316.

⁷⁵⁵ Como bem ilustra o trecho das considerações de Kadish e Schulhofer: “Toda a textura e coloração do julgamento é afetada pela existência do júri. Ao invés de endereçar argumentos a um profissional do direito, os advogados se dirigem a 12 pessoas leigas. Obviamente os mesmos creem que fatores extralegais irão influenciar os jurados, por isso tentam, com algum sucesso, colocar tais questões diante deles.” Tradução livre. KADISH, Sanford H.; SCHULHOFER, Stephen J. *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials*. 6th ed. New York: Aspen Publishers, 1995, p. 62.

⁷⁵⁶ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift. cit.*, p. 18.

⁷⁵⁷ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift. cit.*, p. 19.

⁷⁵⁸ “It is, therefore, extremely difficult for the trial judge (or for a reviewing court) to detect and correct an erroneous verdict. We think that this has been the source of much of the pressure that has led to ever more complex jury instructions and to the development of the common law of evidence with its distinctive exclusionary bent. Since error is unlikely to be corrected, the emphasis has been placed on preventing it.” (LANGBEIN, John H. *The Criminal Trial... cit.*, p. 289).

Os valores e propósitos processuais insculpidos no modo de funcionamento do júri inglês, assim como o papel desempenhado pela instituição nesse contexto não só se refletiram, como também foram aprimorados pela prática estadunidense, ainda enquanto colônia britânica.

O desenvolvimento do júri na história norte-americana iniciou-se ainda no período colonial inglês, por volta do início do século XVII. Os próprios colonizadores tinham garantida nos acordos de exploração (*Elizabethan patents*) a prerrogativa de desfrutarem, na colônia, dos mesmos direitos constitucionais aplicáveis a qualquer cidadão inglês na terra natal. Paralelamente, na Primeira Carta da Virgínia de 1606 ficou estabelecida pelo Rei James I a extensão dos mesmos direitos, liberdades e imunidades dos súditos ingleses a todos os cidadãos das colônias, dentre os quais se inseria o direito ao julgamento pelo júri. Essas garantias foram reproduzidas, posteriormente, nas demais cartas editadas⁷⁵⁹, embora o modo de funcionamento da instituição pudesse variar entre as diversas colônias britânicas.

O direito ao julgamento pelo júri veio a ser reconhecido na colônia de New Plymouth no ano de 1623; seguindo-se em 1628 pela introdução em Massachusetts Bay Colony; em 1664 por Nova York; 1677 pela colônia de West New Jersey; e, finalmente, em 1682 deu-se o reconhecimento formal da instituição na colônia da Pennsylvania. Todas as treze colônias vieram a incorporar, tal direito, em suas cartas fundadoras. Apesar de, a rigor, as Cartas das colônias impedirem que as leis por elas estabelecidas contrariassem a essência da legislação inglesa, tal disposição acabou deixando espaço para uma ampla alteração normativa, tanto processual quanto material, de modo a buscarem um sistema hábil a responder satisfatoriamente às necessidades e peculiaridades locais. Como apontam Vidmar e Hans, cada colônia possuía suas próprias particularidades culturais, sociais e religiosas, traços estes que, por sua distinção, acabou por forjar uma tradição que ainda hoje reflete essa divergência nas distintas práticas adotadas por cada estado.⁷⁶⁰

De modo geral, entretanto, o desenvolvimento do júri nos Estados Unidos foi marcado por uma tendência dos cidadãos da colônia em ordenar seus assuntos por si mesmos, buscando-se afastar das práticas inglesas e evitar um demasiado tecnicismo que acabasse por prestigiar as formalidades estritas da lei em detrimento da justiça. Esse quadro acabou por gerar uma atmosfera de profunda hostilidade e desconfiança que não se restringia à figura dos juizes da Coroa, mas estendia-se de forma geral sobre a profissão jurídica e aos seus métodos,

⁷⁵⁹ HELLER, Francis H. The Colonies Embrace Trial by Jury. In: WINTERS, Robert. *The Right... cit.*, p. 31.

⁷⁶⁰ VIDMAR, Neil; HANS, Valerie P. *American Juries... cit.*, p. 48.

fato que levou várias colônias a banir os profissionais dos julgamentos⁷⁶¹. Além do mais, eram raros os colonos que possuíam treinamento legal e os poucos livros jurídicos disponíveis estavam frequentemente desatualizados. Toda essa conjuntura favoreceu a apropriação da justiça pelo povo, mediante a incorporação dos valores locais da comunidade pela dinâmica procedimental do júri.⁷⁶²

Teria sido somente em 1735, entretanto, quando do julgamento de John Peter Zenger⁷⁶³ que se celebraria verdadeiramente o júri como o “germe da liberdade americana”, conforme relatam Vidmar e Hans. Segundo os autores, o mesmo representa o caso mais importante da história norte-americana, tendo servido como o evento simbólico a inspirar a edição da Primeira, Quinta e Sexta Emendas à Constituição americana.⁷⁶⁴ Por meio de um veredicto que absolveu Zenger – responsável pela impressão de um jornal independente que vinha criticando o governo da Colônia de Nova York – os jurados demonstraram sua resistência contra as injustiças das leis britânicas e do poder local, tendo o mesmo repercutido intensamente também na Inglaterra, sendo citado com frequência como uma expressão precoce do compromisso da colônia com a liberdade de imprensa.

⁷⁶¹ A exemplo da Virginia e de Connecticut, sendo também mal vistos nas Carolinas, West New Jersey e na Pennsylvania. VIDMAR, Neil; HANS, Valerie P. *American Juries: the verdict*. New York: Prometheus Books, 2007, p. 48. No mesmo sentido, HELLER, Francis H. *The Colonies Embrace Trial by Jury... cit.*, p. 33-34). Essa vedação não é de se estranhar tendo em vista que, como já ressaltado há pouco, a atuação dos advogados na Inglaterra também veio a ser admitida tardiamente, em época próxima à que ora se refere.

⁷⁶² VIDMAR, Neil; HANS, Valerie P. *American Juries... cit.*, p. 48.

⁷⁶³ John Peter Zenger era o responsável pela impressão de um jornal independente da Província de Nova York, o *New-York Weekly Journal*, criado por adversários políticos do governo e no qual vinham sendo publicadas pelos editores críticas severas contra o governador William Cosby, acusando-o de tirania e violações de direitos. Além de determinar o fechamento do jornal, o governador resolveu tomar medidas legais contra Zenger, acusando-o do crime de *seditious libel*, entendido como a publicação intencional de acusação por escrito destinada a difamar representantes das instituições públicas. Entretanto, nenhum dos dois júris de acusação provocados submeteram a acusação contra Zenger. Valendo-se de um procedimento impopular que autorizava a acusação sem o acatamento do Grand Jury, a Administração Cosby conseguiu processá-lo e determinar sua prisão. O procedimento seguiu repleto de injustiças e manipulações, chegando-se ao ponto de cassar a licença dos advogados em meio ao julgamento, oportunidade em que os aliados do acusado conseguiram que o mesmo fosse representado pelo eminente advogado Andrew Hamilton, da Philadelphia, o qual proferira em seus argumentos finais a célebre exaltação ao júri: “*The question before the Court and you, Gentlemen of the jury, is not of small or private concern. It is not the cause of one poor printer, nor of New York alone, which you are now trying. No! It may in its consequence affect every free man that lives under a British government on the main of America. It is the best cause. It is the cause of liberty.*” Os jurados acabaram por ignorar as instruções da Corte no sentido de aterem-se somente ao fato de se o acusado havia realmente publicado ou não as ofensas – o que era inquestionável – e decidiram por absolvê-lo. Esse caso representou o reforço do papel do júri como freio ao arbítrio do poder e influenciou as proteções que viriam a ser mais tarde incorporadas pelo *Bill of Rights*. (Disponível em: <http://www.nycourts.gov/history/legal-history-new-york/legal-history-eras-01/history-new-york-legal-eras-crown-zenger.html>. Acesso em: 05 de abril de 2016.)

⁷⁶⁴ VIDMAR, Neil; HANS, Valerie P. *American Juries... cit.*, p. 41.

Cristalizou-se a partir daí o simbólico poder do júri de impor a justiça concreta mesmo diante de uma lei injusta.⁷⁶⁵ A instituição do júri e a ideia de julgamento pelos pares acabou por se transformar em um veículo para a implementação de ideias e princípios revolucionários, especialmente quando as necessidades dos novos colonos e os ditames da Coroa encontravam-se em conflito.⁷⁶⁶

Vale salientar, contudo, que a independência e discricionariedade do júri para apresentar um veredicto contrário à lei não importava na ausência de controle do juiz sobre sua atuação. Existiam regras formais que podiam limitar a decisão dos jurados à análise da matéria de fato, bem como algumas que, apesar de ainda rudimentares em face das atuais, excluía elementos de prova considerados prejudiciais. O juiz também participava ativamente do processo, inquirindo testemunhas e comentando a prova, de modo a tornar o caso compreensível para os cidadãos.⁷⁶⁷

Foram bastante significativos, por sua vez, os esforços ingleses destinados a negar aos colonos americanos o direito ao julgamento pelo júri. Em meio à ânsia de assegurar o controle sobre o comércio com as colônias, foram editados os impopulares *Navigation Acts*, que estabeleciam uma série de restrições consideradas prejudiciais à economia local. Desse modo, face à constante recusa dos júris americanos em condenar os indivíduos que violavam essas leis, a Inglaterra respondeu com a criação de tribunais especiais, sem a participação dos cidadãos, o que acabou sendo um dos motivos a impulsionar os movimentos pela independência.⁷⁶⁸

Mais tarde, quando dos debates pela aprovação da Constituição americana, o direito ao julgamento pelos pares veio a ser alvo de considerações. Embora aparentemente não houvesse divergência entre Federalistas e Antifederalistas sobre a necessidade de se garantir tal prerrogativa aos cidadãos⁷⁶⁹, os últimos receavam que restringir a sua previsão constitucional

⁷⁶⁵ O que se compreende como *jury nullification* é justamente o reconhecimento da independência dos jurados, no sentido de negarem a aplicação de uma lei que consideram capaz de produzir uma injustiça no caso concreto. Deste modo, os cidadãos estariam autorizados a absolver o acusado embora o tenham reconhecido como o autor do fato, hipótese em que agiriam não como meramente juízes do fato, mas como representantes da consciência da comunidade.

⁷⁶⁶ HANS, Valerie P; VIDMAR, Neil. *Judging the Jury*. New York: Plenum Press, 1986, p. 32.

⁷⁶⁷ VIDMAR, Neil; HANS, Valerie P. *American Juries... cit.*, p. 50.

⁷⁶⁸ Informações e dados históricos disponíveis em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/jury/moreinfo/dialoguepart1.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 06 de abril de 2016.

⁷⁶⁹ Segundo Hamilton, Madison e Jay, “Se os partidários e os adversários do plano da Convenção não concordam em nenhum outro aspecto, consentem ao menos acerca do valor atribuído ao julgamento pelo júri; ou, se há qualquer divergência entre eles, ela consiste no seguinte: os primeiros o vêem como uma valiosa salvaguarda à liberdade, os segundos como o verdadeiro paládio de um governo livre.” Tradução livre. No

aos casos criminais poderia representar uma tentativa velada de suprimir tal direito, uma vez que fossem utilizadas manobras práticas para converter casos criminais em demandas civis. De qualquer modo, a Constituição fora ratificada nesses termos, contemplando apenas o júri criminal⁷⁷⁰. Em contrapartida, o Primeiro Congresso tratou de editar o Bill of Rights contendo o reconhecimento do direito ao julgamento pelo júri em ambos os casos.^{771 772}

Durante quase dois séculos as previsões constitucionais do júri foram interpretadas de modo a serem aplicáveis somente às acusações levadas a efeito perante as cortes federais, o que, na realidade, resultava em uma proteção deficiente à ampla maioria dos acusados, sujeitos aos procedimentos das cortes estaduais – nas quais aplicava-se o disposto nas constituições e normas estaduais.⁷⁷³

O caráter heterogêneo das disposições federais e estaduais favorecia a existência de procedimentos substancialmente distintos, inclusive restringindo o direito ao julgamento pelo júri em alguns casos. Diante disso, a partir do relevante julgado *Duncan v. Louisiana* em 1968⁷⁷⁴, a Suprema Corte reconheceu que o direito ao julgamento pelo júri previsto na Sexta

original: “*The friends and adversaries of the plan of the convention, if they agree in nothing else, concur at least in the value they set upon the trial by jury; or if there is any difference between them, it consists in this: the former regard it as a valuable safeguard to liberty, the latter represent it as the very palladium of free government.*” (HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001, p. 432-433).

⁷⁷⁰ Conforme se extrai do artigo III, seção 2, cl 3 da Constituição norte-americana: “*The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.*” Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Acesso em: 30 de maio de 2016.

⁷⁷¹ WINTERS, Robert. *The Right to a Trial by Jury. cit.*, p. 14.

⁷⁷² O texto da Sexta Emenda à Constituição norte-americana, ao estabelecer o direito ao julgamento por jurados nos casos criminais, o faz nos seguintes termos: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.*” Acerca do direito ao julgamento pelo júri nos casos civis, dispõe a Sétima Emenda nos seguintes termos: “*In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.*” Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html. Acesso em: 30 de maio de 2016.

⁷⁷³ KING, Nancy J. *The American Criminal Jury. In: VIDMAR, Neil. (ed.) World Jury Systems*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 95.

⁷⁷⁴ Em cuja transcrição destaca-se a seguinte passagem: “*The guarantees of jury trial in the Federal and State Constitutions reflect a profound judgment about the way in which law should be enforced and justice administered. A right to jury trial is granted to criminal defendants in order to prevent oppression by the Government. Those who wrote our constitutions knew from history and experience that it was necessary to protect against unfounded criminal charges brought to eliminate enemies and against judges too responsive to the voice of higher authority. The framers of the constitutions strove to create an independent judiciary, but insisted upon further protection against arbitrary action. Providing an accused with the right to be tried by a*

Emenda à Constituição seria um elemento intrínseco ao devido processo legal, garantido a todos os cidadãos pela Décima Quarta Emenda.⁷⁷⁵ Desse modo, os estados não poderiam editar normas hábeis a suprimir quaisquer aspectos fundamentais ou direitos inerentes à garantia ao *due process of law*⁷⁷⁶.

4.2. As influências recíprocas entre a instituição do júri e a configuração dos sistemas probatórios nos contextos da *civil law* e da *common law*

Apresentados os principais aspectos do desenvolvimento histórico dos sistemas probatórios na *civil law* e na *common law*, passa-se à análise e consideração das interferências recíprocas entre a implementação do júri e a configuração dos sistemas probatórios.

Por um lado, já foi possível identificar que a incorporação dos sistemas de júri teve repercussões importantes em ambos os sistemas no que tange à delimitação dos escopos do sistema probatório e, principalmente, sobre a concepção dos métodos de apreciação da prova e a medida da liberdade que permeia o desempenho dessa atividade.

De outro lado, pretende-se demonstrar que as distintas formas de se conceber o papel do júri e o seu procedimento em cada um dos modelos foram também diretamente determinadas em função do desenvolvimento histórico dos seus sistemas probatórios, especialmente no que se refere às escolhas que marcaram o período seguinte ao abandono dos métodos probatórios irracionais.

jury of his peers gave him an inestimable safeguard against the corrupt or overzealous prosecutor and against the compliant, biased, or eccentric judge. If the defendant preferred the common sense judgment of a jury to the more tutored but perhaps less sympathetic reaction of the single judge, he was to have it. Beyond this, the jury trial provisions in the Federal and State Constitutions reflect a fundamental decision about the exercise of official power – a reluctance to entrust plenary powers over the life and liberty of the citizen to one judge or to a group of judges. Fear of unchecked power, so typical of our State and Federal Governments in other respects, found expression in the criminal law in this insistence upon community participation in the determination of guilt or innocence. The deep commitment of the Nation to the right of jury trial in serious criminal cases as a defense against arbitrary law enforcement qualifies for protection under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, and must therefore be respected by the States.” Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/145/case.html>. Acesso em: 30 de maio de 2016.

⁷⁷⁵ Cujas seção 2 apresenta os seguintes termos: “...No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html. Acesso em: 30 de maio de 2016.

⁷⁷⁶ Na prática, entretanto, a Suprema Corte não considera exigível aos estados garantir o julgamento pelo júri em ofensas leves, geralmente com penas inferiores a 6 meses de prisão. (KING, Nancy J. *The American Criminal Jury. cit.*, p. 97).

Para melhor compreender essa problemática, faz-se relevante, em primeiro lugar, a análise dos principais aspectos estruturais que diferenciam as referidas culturas processuais.

É tendência comum entre os que se dedicam ao estudo comparado do direito processual debruçar-se sobre a classificação dos sistemas em adversarial (típica dos países de *common law*) e não-adversarial ou inquisitorial (oriunda da tradição romano-canônica e disseminada entre os sistemas processuais de *civil law*). Não obstante as críticas apontem acertadamente para a impropriedade de tal categorização baseada nas configurações históricas dos modelos⁷⁷⁷, já sem paralelo com as atuais conformações dos sistemas jurídicos modernos, a distinção ainda se mostra útil para a compreensão das circunstâncias responsáveis por moldar cada um deles.

É válido ressaltar, entretanto, que uma categorização como essa tem grande potencial para influenciar o estudo dos sistemas processuais, podendo induzir conclusões imprecisas fundadas em estigmas e generalizações, ignorando-se as eventuais especificidades de cada modelo. Essa tendência é bastante comum por parte de alguns comparativistas, na medida em que se propõem a examinar os sistemas processuais sob uma perspectiva distanciada e desvinculada de sua conjuntura prática específica. Em grande parte dos casos incorre-se em graves imprecisões, que geralmente se devem à má-utilização dessas categorizações como uma forma de contexto para nortear as compreensões e fundar as valorações acerca dos procedimentos adotados em um dado sistema, com o qual o investigador não detenha grande familiaridade.⁷⁷⁸

⁷⁷⁷ Como explica Damaška, apenas o núcleo da distinção permanece relativamente preciso: “a forma adversarial de procedimento tem os contornos de uma disputa, se desdobra através dos esforços de dois adversários perante um julgador relativamente passivo, o qual tem como principal dever alcançar um veredito. A forma não-adversarial é estruturada por meio de uma investigação oficial. No primeiro sistema, as partes adversárias se encarregam da maior parte da ação processual; no segundo, agentes oficiais são responsáveis pela maioria das atividades. Para além dessa diferenciação essencial, surge a incerteza.” (DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice... cit.*, p. 3). No mesmo sentido: JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 7-8.

⁷⁷⁸ É bastante comum identificar falácias em investigações realizadas por autores pertencentes à cultura da *common law*, na medida em que pretendem comparar suas práticas processuais com as de um dado sistema de *civil law*. Grande parte dos equívocos se deve aos esforços em generalizar as práticas dos sistemas de origem romano-germânica, os quais possuem, atualmente, características heterogêneas entre si e peculiaridades próprias. Vários Estados, inclusive, empreenderam profundas reformas tendentes a incorporar caracteres típicos do modelo adversarial. Um bom exemplo é dado por meio da profunda desconstrução de Taruffo às análises empreendidas por Clermont e Sherwin acerca da ausência de *standards* probatórios na *civil law*, o que, segundo eles, decorreria da ausência de pesquisa e estudos aprofundados acerca da noção de probabilidade como meio de racionalização das decisões judiciais. Após classificar tal exame como uma falácia reducionista, Taruffo demonstra o grave equívoco dos autores no sentido de eleger a França como campo de estudo e, posteriormente, generalizar suas conclusões como válidas para toda a prática processual da *civil law* – o que é especialmente grave ante o caráter *sui generis* do sistema francês. (TARUFFO, Michele. Rethinking the Standards of Proof. *In: American Journal of Comparative Law*. n. 51, 2003, p. 659). No mesmo sentido, Ronald Allen condena os esforços dos comparativistas em se proceder a diagnósticos dos sistemas processuais simplesmente com base em

Atentando-se para estas considerações, as categorizações serão aqui apresentadas com o único propósito de destacar as diferentes ideologias que teriam sido hábeis a orientar de modo distinto a configuração dos modelos processuais inquisitorial e adversarial, sedimentados respectivamente nas famílias jurídicas romano-germânica e anglo-saxônica.

O modelo adversarial tem sua origem relacionada ao desenvolvimento do sistema processual inglês a partir de meados do século XVIII, especialmente a partir da introdução da figura do defensor técnico no julgamento.⁷⁷⁹ Caracteriza-se pela predominância das partes e seus representantes na condução do processo e na produção das provas, de modo que o julgador assume a condição de espectador passivo e tem sua cognição limitada pela iniciativa probatória dos sujeitos parciais. O procedimento, nesses moldes, acaba favorecendo uma mais nítida ideia de confronto entre os adversários. Ao contrário, a iniciativa instrutória, o protagonismo e o controle da marcha processual no sistema inquisitorial recaem, em maior medida, sobre o juiz.

O sistema adversarial está ligado à cultura jurídica da *common law* que teve origem na Inglaterra e se desenvolveu posteriormente em suas colônias. A ideia principal da qual procede a *common law* está relacionada com a anterioridade do direito, que, conforme Garapon e Papadopoulos, deve ser entendida tanto em sentido político – a partir da *rule of law* – como em sentido histórico. A *rule of law* implica a ideia de autolimitação do Estado e de previsibilidade de suas ações, e está relacionada aos valores de uma justiça equitativa, mas também forte, independente e respeitada, oriundos de sua posição de destaque na história inglesa.⁷⁸⁰

Os valores inerentes ao processo justo (*fair trial*) estão profundamente inseridos na cultura jurídica da *common law* – como já observou Trocker –, que desde as declarações solenes no capítulo 39 da Carta Magna de 1215, toma o cuidado de incluir regras processuais em atos normativos de caráter constitucional dando ênfase sobre os valores de justiça

abstrações. Como adverte: “Useful contrastive comparisons cannot be done by law professors using the standard analytical tools in their repertory, and it may be too complex of a task no matter what analytical tools are employed. (...) Claims about the real world need empirical validation and not just analytical speculation.” (ALLEN, Ronald J. The Perils of Comparative Law Research. In: *Public Law and Legal Theory Series*. N. 15-22. Northwestern University School of Law, 2015, p. 4, 6. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2573296. Acesso em: 26 de abril de 2016).

⁷⁷⁹ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto... cit.*, p. 7.

⁷⁸⁰ GARAPON, Antoine; PAPAPOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 23.

processual e equidade no processo com o intuito de assegurar a proteção da pessoa humana por meio da justiça.⁷⁸¹

Na *common law*, como já visto, o declínio dos juízos de Deus teve como consequência a afirmação do júri, que até hoje é instituição marcante no sistema de justiça anglo-americano. Assim, a solução das questões discutidas no processo, antes confiada à divindade, passou a ser atribuída a doze homens de boa reputação e sem antecedentes criminais. São as particularidades desse tipo de julgamento que determinam a estruturação do sistema probatório anglo-americano, preocupado em selecionar o material informativo a ser submetido aos jurados,⁷⁸² de modo a compensar suas vulnerabilidades.

Nesse contexto situa-se o conhecido rigor no estabelecimento de diretrizes em matéria probatória, a partir das *rules of evidence*. Essas regras são para a *common law* como uma garantia para se atingir a verdade, o que reflete uma grande fixação pelo método, pela fidelidade ao *due process of law*, segundo Garapon.⁷⁸³ O autor, comparando o sistema francês com o anglo-americano, ainda destaca que nesse último haveria uma menor preocupação com a descoberta da verdade do que com o método certo de se chegar a ela.⁷⁸⁴

Por sua vez, o sistema inquisitorial é o que se desenvolveu em meio à cultura jurídica da *civil law*, tradição que se originou a partir do chamado *jus commune* – que reunia os preceitos do direito romano baseado no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano com o direito canônico aplicado nas cortes eclesiásticas⁷⁸⁵. Os preceitos do direito canônico tiveram especial influência no campo do direito penal e processual europeus da Idade Média, a exemplo do próprio desenvolvimento do método inquisitivo, aperfeiçoado no seio das

⁷⁸¹ Citando Goodhardt, o autor mostra a influência da *common law* para a formação do direito processual europeu no que diz respeito ao processo justo: “*In tre parole, the fair trial può essere sintetizzato il grande contributo della common law alla civiltà del diritto.*” In: TROCKER, Nicolò. *La formazione del diritto processuale europeo*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011, p. 269.

⁷⁸² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. pp. 36-37.

⁷⁸³ GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França...*, p. 105. Sobre as origens dessa formalização, os autores associam à religião: “De acordo com a doutrina calvinista da predestinação, o crente, sabendo que não pode esperar a salvação por suas obras, se esforça, através de um exame regrado e minucioso de si próprio, de discernir os signos que o colocam entre os eleitos de Deus. Para isso, ele deve ter regras, um código de boa conduta, ou melhor, um método que deverá observar escrupulosamente para resolver os dilemas da vida. Dessa experiência religiosa nasce uma disposição para colocar todo o contexto de incerteza ou de dúvida sobre o domínio de regras de procedimento às quais será preciso conformar-se, não importa o que aconteça. A salvação da alma não passa pelas boas ações imediatas, mas pela observação de protocolos que intermedeiam todo o contato com o mundo. Essa talvez seja uma das razões pelas quais a *common law* sempre teve regras de provas (*rules of evidence*) muito estritas”.

⁷⁸⁴ GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França...*, p. 105.

⁷⁸⁵ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3rd ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 12.

jurisdições eclesiásticas diante da necessidade de repressão da heresia – o que harmonizou-se com o propósito dos monarcas em submeter a sociedade a seu controle.⁷⁸⁶

O método inquisitivo, que se tratava de um jogo desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado, tinha como premissa a obtenção da verdade a qualquer custo, inclusive por meio de tortura. O sistema inquisitorial apresentaria, por isso, um maior apego à busca da verdade como uma inevitável herança da inquisição canônica.

Diante desse fim, ganha relevância o protagonismo do juiz na colheita do material probatório, uma vez que se tem como premissa que a verdade é de domínio público, deve ser buscada pelo juiz, não podendo os fatos serem relegados ao arbítrio da conveniência das partes. O impulso oficial é a base do sistema inquisitório. O sistema adversarial, a seu turno, tem as partes como protagonistas, cabendo a elas a escolha do material probatório que será levado ao processo e submetido à apreciação do juiz acerca dos critérios de relevância e admissibilidade.

Sob uma ótica externa, vista da perspectiva anglo-saxônica, o processo penal inquisitório é, na verdade, um veículo de execução de políticas estatais. Isso ocorre na medida em que o juiz, representante do Estado, controla e conduz a investigação, intimando testemunhas, fixando a linha de inquirição adotada e o conteúdo das indagações, restando às partes o papel de propor questões adicionais que serão filtradas, uma vez mais, pelo juiz.⁷⁸⁷

Vale lembrar que as concepções sobre o papel mais ou menos dirigente do juiz na condução do processo – e especialmente em relação à prova – está intimamente relacionado com a configuração do Estado, como já observou Damaška. Desta forma, em um Estado que tenha o intuito de organizar a vida dos indivíduos e conduzir a sociedade, os reflexos serão visualizados no procedimento probatório, que tenderá a exercer uma função de maior investigação dos fatos por meio de um protagonismo do juiz. Por outro lado, em um aparelhamento estatal que tem como escopo tão somente a manutenção do equilíbrio social, preservando a autodeterminação dos indivíduos, o modelo processual acabará se restringindo à disciplina do confronto entre as partes e, como consequência, a atividade probatória se mostrará mais afastada dos interesses do próprio Estado, em cujo contexto o juiz assumirá postura mais inerte.⁷⁸⁸

⁷⁸⁶ GOMES FILHO, *op cit.*, p. 21.

⁷⁸⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

⁷⁸⁸ DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 71-73.

No que se refere à liberdade atribuída ao *fact-finder* para avaliar a prova e decidir os fatos, também são relevantes as diferenças entre os sistemas.

O procedimento probatório da *common law* costuma ser concebido como o símbolo da liberdade da apreciação da prova. Essa liberdade, segundo Damaška, tem como marco o poder dos jurados de apresentar um veredicto genérico, imotivado e praticamente imune a revisões. Nesse contexto de liberdade, não estão presentes quaisquer regras mandatórias, no sentido de que seja atribuído um determinado peso a certos elementos de prova.

Sob esse ponto de vista superficial é comum o equívoco de se caracterizar apressadamente o sistema anglo-americano de júri como totalmente livre no que tange à apreciação das provas. Seria até mesmo compreensível a conclusão de que a ideia de íntima convicção, segundo a qual os jurados estariam autorizados a decidir além das provas e contrariamente às mesmas, seria um produto daquela cultura⁷⁸⁹. Tal conclusão não poderia ser mais equivocada.⁷⁹⁰ Essa visão limitada e restrita da lógica do funcionamento do júri na *common law* não deixa transparecer todo um acervo de instrumentos idealizados e desenvolvidos durante séculos com o fim de estruturar a análise da prova e de nortear o raciocínio dos jurados.

No direito anglo-americano são comuns os esforços voltados para estabelecer uma racionalidade valorativa *ex ante*, ou seja, a partir de um procedimento configurado para prevenir, o máximo quanto possível, erros e imprecisões no julgamento.

Isso é verificado, por exemplo, pelos esforços destinados a evitar que certas peças de informação cheguem ao conhecimento dos jurados e prejudiquem sua decisão. Essa intensa triagem dos elementos probatórios constitui um traço saliente desse estilo de apreciação da prova, o qual, ao mesmo tempo que busca controlar os excessos das partes, procura remediar o caráter leigo daquele que acessará as informações. Acredita-se, segundo aponta Damaška, que a rejeição de alguns elementos probatórios (apesar de relevantes) é providência necessária

⁷⁸⁹ Essa compreensão da íntima convicção é advinda do equívoco que marcou a incorporação da sistemática do júri ao âmbito da *civil law* no período inicial da Revolução Francesa, como se verá adiante. Influenciada pelas ideias Iluministas de *preuve morale* propaladas por Beccaria (entre outros autores), tal concepção é desconhecida no contexto da *common law*.

⁷⁹⁰ Como aponta Damaška, “Pode-se agora verificar o motivo de a retórica da *free proof* se apresentar de modo distinto nas jurisdições de *civil law* e *common law*. No primeiro, a liberdade na avaliação da prova foi elevada a um ranking de princípio regulador de considerável importância em contraposição às normas de prova legal. Nos países de *common law*, por sua vez, o livre convencimento carece de *status* normativo e nem é, ao menos, um termo técnico. O sistema jurídico abertamente aspira guiar os jurados na análise da prova. Se apesar de todos esses mecanismos a *common law* pode ter sua cultura associada ao *free proof*, é unicamente pelo fato de os veredictos imotivados serem, de fato, largamente imune a revisões. Os mesmos podem ser definitivos mesmo quando não suportados por cânones válidos de raciocínio. Nesse sentido os julgadores da *common law* são, de fato, eminentemente livres para chegar a uma decisão.” (Tradução livre. DAMAŠKA, Mirjan. *Free Proof... cit.*, p. 347.)

para aprimorar a atividade de determinação dos fatos⁷⁹¹, rejeição esta que observa critérios de admissibilidade fornecidos pelas regras probatórias e desenvolvidos por meio das construções jurisprudenciais.

Por outro lado, também as instruções do magistrado que antecedem a fase de deliberações contêm diversas orientações acerca da forma como os jurados devem interpretar as disposições legais pertinentes e avaliar as provas apresentadas, de modo a restringir a liberdade de suas apreciações. Além disso, servem a instruí-los sobre o *standard* probatório exigido para a condenação. Nos casos penais, por exemplo, por mais convencidos que estejam sobre a culpa do acusado, se vislumbrem uma possibilidade real de que ele seja inocente, os jurados são orientados a absolvê-lo.

Por sua vez, o sistema processual na cultura da *civil law* se desenvolveu com maior força por meio da participação de juízes profissionais, considerando que a experiência com o júri não fora, em geral, bem sucedida. Em vista disso, não se vislumbrou a necessidade do estabelecimento apriorístico de critérios de valoração. Ao contrário, buscou-se justamente proclamar a liberdade do julgador para avaliar a prova como reação à traumática experiência histórica com o sistema de prova legal. Nessa conjuntura até existem, em geral, algumas regras determinando a exclusão de elementos probatórios, mas as mesmas são justificadas por outros propósitos, como a tutela dos direitos e garantias processuais do acusado e de terceiros.

A motivação da decisão consagrou-se, por sua vez, como o mecanismo de expressão dos parâmetros de racionalidade da decisão, a qual é suscetível de revisão a partir da apelação às instâncias superiores. O sistema procura traçar uma racionalidade *ex post*, o que se concretiza com a possibilidade de análise do produto da atividade valorativa.

Comentando a lógica do modelo probatório norte-americano, Ronald Allen considera ter a lei se apoiado em larga medida sobre o processo natural de raciocínio de que se valem as pessoas em suas decisões cotidianas, método a ser utilizado em meio à decisão sobre os fatos. Entretanto, não considera que o sistema tenha adotado, em absoluto, um modelo de *free proof*, o que se depreende de sua clara opção pela regulação do procedimento probatório de várias formas e por diversas razões.⁷⁹²

Paralelamente a essas especificidades é interessante destacar, como já observou Barbosa Moreira, que nos últimos tempos tem sido percebido um notável crescimento do interesse entre os juristas da família romano-germânica pelos ordenamentos anglo-saxônicos,

⁷⁹¹ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law adrift. cit.*, p. 12.

⁷⁹² ALLEN, Ronald J.; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David S.; PARDO, Michael S.; STEIN, Alex. *An Analytical Approach to Evidence: Text, Problems and Cases*. 6th ed. New York: Wolters Kluwer, 2016, p. 125.

movidos pela esperança de imprimir maior eficácia ao funcionamento da máquina judiciária e, em termos genéricos, à atividade de composição de litígios.⁷⁹³

Com base nas recentes reformas processuais ocorridas na Europa, pode ser observada uma atenuação das diferenças comumente atribuídas aos dois modelos processuais.

Conforme apontou Trocker, “*l’osservatore oggi si trova di fronte ad una realtà che vede profondamente modificato il tradizionale ordine dei sistemi processuali basato sulla distinzione tra civil law e common law*”.⁷⁹⁴

Não somente se observa a incorporação de institutos da *common law* pelos sistemas romano-germânicos. Sistemas processuais como o anglo-saxônico, tipicamente adversariais, centralizados no jogo de poderes entre as partes, passam também a se caracterizar pela presença de poderes significativamente maiores do juiz, sobretudo no plano da gestão do procedimento. Essa tendência pode ser observada na Inglaterra a partir de 1998, com a reestruturação de seu processo civil por meio da edição das *Civil Procedure Rules* (CPR).

No entanto, de forma mais marcante se mostra o movimento dos países de *civil law*, por meio de reformas processuais, a adotarem institutos típicos da *common law*, seja em matéria de prova, como o *cross-examination*, seja pela incorporação da obrigação de informação recíproca pelo mecanismo da *discovery*, e até se aproximando da organização dos próprios modos procedimentais por meio da clássica divisão do processo entre as duas fases: *pre-trial* e *trial*. Além do mais, institutos como o *plea bargaining* também se mostram atrativos no contexto de sistemas de justiça marcados pela morosidade.

Como já profetizara Schünemann⁷⁹⁵ no início da década de 90, estar-se-ia diante de uma marcha triunfal do modelo processual penal norte-americano sobre o mundo. De fato, segundo ele, a tendência veio a se confirmar porque, não só o instituto da *plea bargaining* teve uma expansão cada vez maior pelo continente europeu, como também as reformas na

⁷⁹³ De acordo com o autor: “Na esfera doutrinária, vozes robustas apregoam a conveniência, senão a necessidade, de redesenhar sistemas processuais, com os olhos fitos em modelos ingleses e sobretudo norte-americanos, mesmo ao preço de cancelar ou relegar a nível mais modesto o papel de antigas tradições, cultivadas na Europa continental e transmitidas aos países dela tributários no resto do planeta. Não falta quem deposite na absorção de elementos característicos daquela outra família uma grande esperança de imprimir maior eficácia ao funcionamento da máquina judiciária e, em termos genéricos, à atividade de composição de litígios.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: *Temas de Direito Processual (Sétima Série)*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 155.)

⁷⁹⁴ TROCKER, Nicolò. *op. cit.*, p. 311. Ver também TROCKER, Nicolò. VARANO, Vincent. *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, ed. Giappichelli, Torino, 2005.

⁷⁹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240.

América Latina tiveram grande influência do sistema processual penal norte-americano, o que recentemente também se espera acontecer na China.

A tendência acima se justifica pela gradativa constatação por parte da doutrina processual de que o sistema da *common law* se mostra mais eficaz na busca da verdade e no procedimento probatório que o continental-europeu⁷⁹⁶, embora tal assertiva esteja longe de alcançar um consenso. Esse interesse pelo processo anglo-americano possibilitou uma espécie de diálogo de longa distância entre os legisladores, prontos a apreender as tendências de outros sistemas e utilizar a experiência alheia com vistas a responder aos seus próprios anseios.

Apesar de promissora, a tendência de importar institutos entre *common law* e *civil law* tem seus custos. Como ponderou Damaška, o sucesso da maior parte das inovações processuais depende menos da excelência das normas do que os juristas gostam de pensar. Isso porque, conforme o autor, o sentido e o impacto da norma se altera em condições externas, de acordo com o contexto institucional na qual a justiça é administrada. Até mesmo os textos com redação idêntica podem adquirir sentidos distintos e produzir consequências inesperadas quando alterado o contexto institucional. Em outras palavras, “*the music of the law changes, so to speak, when the musical instruments and the players are no longer the same.*”⁷⁹⁷

Nesse sentido, Langer⁷⁹⁸ relembra a ideia dos transplantes legais, expressão comumente utilizada pelos comparativistas para fazer menção à importação de institutos típicos de um sistema para outro. Essa tendência a transplantar institutos tem sido muito comum entre os sistemas de *common law* e *civil law*, como apontado acima. O autor ressalta, no entanto, que o termo “transplante” é insuficiente para a análise mais aprofundada da questão dos efeitos gerados pela importação, já que ela transmite a noção de que institutos jurídicos podem ser simplesmente recortados e colados entre sistemas legais. Langer propõe, então, a noção de “tradução” ao invés de “transplante”, já que assim pode-se compreender os

⁷⁹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). *Estudos... cit.*, p. 240.

⁷⁹⁷ DAMAŠKA, Mirjan. The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments. (1997). *45 American Journal of Comparative Law*. p. 839-840. Sobre o tema, ver também WATSON, Alan. *Legal Transplants: An approach to Comparative Law*, 2nd ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

⁷⁹⁸ LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations. In: THAMAN, Stephen C. *World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina University Press, 2010, p. 8.

sistemas jurídicos como produtores de significados e, assim, intercambiando os institutos entre os sistemas gera a noção de que cada um irá lhe atribuir um significado particular.

Aliás, é justamente com base nessa perspectiva que se pode voltar o olhar para os aspectos históricos acima traçados com vistas a compreender os motivos pelos quais a instituição do júri não obteve, no contexto da *civil law*, a mesma expressão e destaque que lhe garantiram o sucesso na *common law*. Faz-se relevante ponderar, ainda, em que medida esses aspectos determinaram a configuração de procedimentos substancialmente distintos daqueles praticados no sistema anglo-americano.

4.3. As desinteligências históricas responsáveis pelo fracasso do transplante do júri para a *civil law*

O júri se desenvolveu de forma assistemática no continente europeu a partir de uma mal sucedida releitura francesa da experiência inglesa, conjuntura essa que revelou uma nova ideia de liberdade de apreciação probatória que em muito se distanciou da versão que lhe dera origem. Tal circunstância, justificada historicamente pelo intenso repúdio às regras de prova legal, teria levado a uma concepção tão radical de livre convicção que, além de não admitir qualquer forma de controle da decisão, foi apta a divorciá-la completamente da prova dos autos.

A experiência romano-germânica com o sistema de provas legais trouxe profundas marcas, em certa medida até traumáticas. Buscava-se a introdução de novos métodos e procedimentos judiciais, ao mesmo tempo em que se clamava pela mitigação das estritas regras probatórias, já caídas em descrédito.

Desta forma, no período inicial da Revolução Francesa, as ideias reformistas ganhavam forma, expressando o desejo de reduzir a opressividade do sistema penal em meio à crítica Iluminista às práticas inquisitórias e às teorias contratualistas de Rousseau, que moldavam uma nova ideia de relação entre Estado e indivíduo. Também sob a influência de Beccaria, idealizava-se uma teoria de prova moral na qual a valoração não dependesse de um número pré-fixado de elementos, mas que fosse determinada com base na mesma certeza que todos os homens empregavam nas operações mais importantes de suas vidas.⁷⁹⁹

⁷⁹⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 56-57.

Na França, especialmente, eram intensas as discussões no âmbito de uma ampla reforma do processo penal, em cujo contexto ganhavam forma as propostas inspiradas no modelo inglês de julgamento popular em meio a um procedimento público e oral. Na verdade, como considera Nobili, o júízo popular teria se mostrado atrativo como elemento polarizador de uma proposta de reforma, servindo de veículo para a superação das velhas teorias probatórias.⁸⁰⁰

Veja-se que, diferentemente do que ocorreu na *common law*, onde o desenvolvimento do júri teria se dado de forma natural, contínua, secularizada e com gradual aperfeiçoamento através da experiência, sua incorporação na *civil law*⁸⁰¹ no século XVIII fora mais abrupta e artificial, inspirada expressamente na tradição inglesa e movida pelo descrédito em seu próprio sistema de tarifação legal.

Nessa perspectiva, durante as discussões levadas a cabo em meio à Assembleia Constitucional de 1789, a maioria dos membros foi favorável à introdução da instituição do júri para o julgamento dos casos criminais. O júri inglês era considerado por eles como o marco do fortalecimento da liberdade naquele país, representação esta que parecia se conformar aos ideais propugnados pela Revolução Francesa.⁸⁰² A ideia de julgamento pelos pares era, nesse contexto, bastante significativa.

O que sucedeu entretanto, durante a incorporação do júízo por jurados no sistema francês, fora um certo desvirtuamento da lógica do modelo de júri clássico, segundo a dinâmica experimentada no processo inglês. Mittermaier se refere àquele como uma

⁸⁰⁰ NOBILI, Massimo. *Il principio... cit.*, p. 94. “Em verdade, a involução extrema que estava associada à teoria das provas legais na doutrina e legislação dos séculos XVI e XVII, continha já em si o germe da própria superação. Mas as esporádicas propostas de uma total modificação do antigo método não encontraram consenso suficiente; estas propostas confrontavam com um sistema tão arraigado e generalizado, não obstante seus crescentes defeitos, que só poderia ser superado por meio de uma série de profundas mudanças sociais e jurídicas. A isso se soma que apenas um ordenamento processual baseado em juízos populares parecia oferecer garantias suficientes, em substituição àquelas perseguidas por uma teoria legal da prova, entendida como limite contra a falácia e contra o arbítrio da decisão. Só a filosofia do ‘senso comum’ e a confiança nos júris conseguiria desconfigurar o complexo e secular edifício das provas legais.” (Tradução livre. NOBILI, Massimo. *Il principio... cit.*, p. 94-95.)

⁸⁰¹ A participação popular no sistema processual não era inédita na experiência continental, entretanto. Embora ainda de forma rudimentar, há registros de júris no período clássico greco-romano para a solução dos conflitos, assim como também na França durante o período Carolíngio, tendo tal participação cessado totalmente por volta do século XIII, ante ao desenvolvimento do processo romano-canônico. Como mostra Donovan, “*the Continent forgot all about the jury and enlightened opinion thought it an aberration to put the all important question of guilt into the hands of an assembly of unlearned country-folk.*” (DONOVAN, James M. *Juries and the Transformation... cit.*, p. 25).

⁸⁰² DONOVAN, James M. *Juries and the Transformation... cit.*, p. 28.

degeneração do modelo que lhe dera origem⁸⁰³.

Edmundo Hendler atribui essa disparidade entre os modelos de júri a um mal-entendido histórico. Segundo ele, muitas das divergências constituiriam desinteligências relacionadas à iniciativa dos reformistas em empreender modificações ao modelo original, como repulsa à própria trajetória histórica vivenciada. Exemplo disso é o que se refere ao aspecto da regulamentação probatória, que se estruturou em cada sistema a partir de critérios totalmente contrapostos entre si: “enquanto os anglo-saxões ostentam o desenvolvimento de todo um ramo de ensino do direito: a *Law of Evidence*, os franceses se vangloriam pela consagração do princípio da livre convicção na apreciação da prova.”⁸⁰⁴

No contexto da cultura de *common law*, costuma-se alegar que o fundamento necessário da existência da *Law of Evidence* seria o caráter leigo dos jurados. Os defensores dessa ideia provavelmente atribuem a essas normas uma das grandes ironias da história, no tocante à larga rejeição que teve o transplante do modelo de júri inglês para a realidade da *civil law*.⁸⁰⁵ Ao longo de sua história no direito continental, o modelo de júri transplantado operou sem qualquer ferramenta análoga às regras probatórias da *common law*. Damaška também considera que a aparente aversão dos operadores da *civil law* a essas regras tem raízes históricas, relacionadas às infelizes experiências sob o domínio do sistema medieval de prova legal.⁸⁰⁶

Esse fator teria levado a França a repudiar a regulamentação característica do sistema inglês e a optar por uma total liberdade de prova, sem que se procurasse qualquer outra forma de compensar sua ausência. O transcurso para o modelo da convicção livre teria significado uma conquista histórica proveniente dos ideais Iluministas da Revolução Francesa, de modo que admitir a inclusão daquelas interferências por parte do legislador poderia ser interpretado como um grave retrocesso.

Massimo Nobili procura diferenciar, nesse sentido, a atuação do júri na dinâmica do

⁸⁰³ MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal ó Exposición Comparada de los Principios en Materia Criminal y de sus Diversas Aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc.* 3. ed. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislacion, 1877, p. 99.

⁸⁰⁴ “A todo esto, en Inglaterra siempre se entendió que las reglas de Evidence surgieron como derivación necesaria del sistema de juicio por jurados lo que resalta más aún el contraste puesto que el principio de la libre convicción fue adoptado en Francia al mismo tiempo que se establecía el jurado imitando el modelo inglés.” (HENDLER, Edmundo S. *El juicio por jurados: Significados, genealogías, incógnitas*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 63-64).

⁸⁰⁵ DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, 1972-1973, p. 514, nota n. 09.

⁸⁰⁶ DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, 1972-1973, p. 515, nota n. 10.

sistema anglo-americano, daquela que veio a ser concebida no direito europeu, a partir de sua incorporação no período da Revolução Francesa. Neste último contexto, representou a consagração do método da íntima convicção, baseada na ideia de um critério instintivo do cidadão-jurado, contribuindo para alimentar, tanto uma errônea interpretação, de cunho irracional, do sistema de valoração das provas, quanto a imagem de um poder imperscrutável do julgador.⁸⁰⁷ No sistema da *common law*, por outro lado, o júri teve seu desenvolvimento em paralelo com a *law of evidence*, fruto de uma lenta e progressiva concepção dialética da prova, a qual se distancia tanto de uma racionalidade mecânica, como de um irracional intuitivismo.⁸⁰⁸ A falta de compreensão a respeito dessa lógica pode ter sido determinante para a sua rejeição quando do transplante do júri pela França.

Durante as discussões na Assembleia de 1791, a questão da incorporação das regras de prova fora suscitada, inclusive destacando-se as diferenças entre as utilizadas pelos ingleses em seu procedimento de júri e aquelas provas legais do *Ancien Régime*. Por fim, acabou restando decidido que eventuais preceitos nesse sentido seriam muito complexos para o manejo de cidadãos comuns e, portanto, incompatíveis com o sistema de júri.⁸⁰⁹

Essa parece ter sido apenas uma justificativa utilizada como pretexto para afastar a incidência de tais regras – que, paradoxalmente, são consideradas indissociáveis do juízo por jurados no sistema inglês que lhes serviu de inspiração. Na verdade, esse argumento deixa clara a aparente confusão dos franceses acerca do funcionamento do júri inglês. Diferentemente das regras de prova legal, que deveriam ser aplicadas pelos julgadores do fato no ato da valoração, grande parte das regras que caracterizam a *law of evidence* são as de admissibilidade das provas, manejadas pelo juiz profissional, e não pelos jurados.

O que se dirigia aos jurados não eram as regras probatórias, e sim as instruções do juiz presidente acerca das questões de direito aplicáveis e acerca de como valorar e decidir corretamente os fatos a partir dos elementos disponíveis. Tais instruções, por sua vez, possuem caráter informativo, sendo essencial para que os leigos compreendam a tarefa para a qual foram designados.

A razão mais provável para a rejeição das regras probatórias seria, por outro lado, a de que a previsão dessas normas com o propósito de dirigir e instruir o raciocínio dos jurados iria na contramão das ideias que inspiraram a ideologia dominante no período da Revolução

⁸⁰⁷ NOBILI, Massimo. *Il principio... cit.*, p. 96-97.

⁸⁰⁸ NOBILI, Massimo. *Il principio... cit.*, p. 12.

⁸⁰⁹ JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. *The internationalisation... cit.*, p. 62.

Francesa⁸¹⁰, como o princípio da *preuve morale*, defendido por Beccaria.

O argumento de que as regras e limitações probatórias seriam incompatíveis com o sistema de júri nasce, portanto, de uma falácia. A aversão pelo sistema de prova legal teria levado os franceses a ignorar a *law of evidence* sem atentar-se seriamente à dinâmica de seu funcionamento e ao importante papel que exerce para remediar algumas carências dos leigos ao exercer a função judicante. Isso porque, embora pretendam, de certo modo, selecionar o material probatório com vistas a orientar o raciocínio dos jurados e direcioná-los para uma adequada análise da prova, não são capazes de constrangê-los a decidir contrariamente às suas convicções que, ao final, são soberanas. Diferentemente do sistema de prova legal, no âmbito do qual o juiz esteve impedido de decidir contrariamente à taxatividade daquelas regras, os jurados ingleses já eram, a essa altura, livres para acatar ou não as instruções que recebiam da corte.

A relação entre o sistema de júri e a incidência de diretrizes em matéria probatória não passou despercebida por Mittermaier que, ao analisar as diversas formas de organização do júízo, destacou não somente a compatibilidade entre ambos, como também sustentou a conveniência de uma sistematização daquelas para o melhor desempenho pelos jurados da atividade que lhes é confiada.⁸¹¹ O autor tedesco também condena a precipitação francesa ao transplantar o júri inglês para seu sistema, que por uma desinteligência buscou descartar expressamente

*todas las reglas establecidas de ordinario por la ciencia, y parecen autorizar á los Jurados á no tomar por guía más que sus íntimas impresiones, aún mal definidas y no razonadas. Tal sistema es para nosotros injustificable, y nos apresuramos á decir que, al trasplantar á Francia con increíble precipitacion la institucion inglesa del Jurado, y no dándole sobre todo una organizacion clara ni precisa, el legislador mismo ha sido la causa primordial de las opiniones erróneas recibidas en aquel país.*⁸¹²

⁸¹⁰ Como destaca Donovan, os legisladores acreditavam que o senso comum dos cidadãos seria uma garantia mais segura de justiça do que o conhecido e complicado sistema de provas legais aplicado pelos magistrados profissionais. Para isso, a Revolução buscou criar um sistema acessível aos cidadãos comuns, de modo que estes pudessem decidir todas as questões de acordo com a força da honestidade e da boa-fé, com uma simplicidade preferível àquela formalidade que ora dominava o sistema de justiça. A decisão seria pautada por sua íntima convicção, sem qualquer regra a predeterminar o valor da prova ou a constranger sua decisão. (DONOVAN, James M. *Juries and the Transformation...* cit., p. 29-30.)

⁸¹¹ “*Ya hemos demostrado la necesidad de dar instrucciones á los jurados en materia de prueba (...) porque sólo ellas pueden desarraigat la funesta preocupacion de que los jurados son dueños de no ceder sino á sus impresiones, á sus inclinaciones y caprichos; porque sólo ellas pueden garantizar el exámen y la apreciacion racional de las pruebas.*” MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la Prueba...* cit., p. 99.

⁸¹² MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la Prueba...* cit., p. 95. No mesmo sentido manifestou-se James Stephen: “Essas regras, embora permeadas por importantes exceções, são rigidamente observadas na prática, e seu cumprimento dá aos julgamentos ingleses o caráter sólido que é sua especial característica. Tais regras parecem ser bastante desconhecidas na prática francesa, onde as testemunhas dizem o que lhes convém e não

Segundo Mittermaier, o sistema vigente na Inglaterra, onde considera ser “*la pátria del Jurado*”⁸¹³, seria preferível e mais adequado à essência do julgamento popular, em cujo contexto as normas consuetudinárias que caracterizam a tradição da *common law* constituem um corpo de preceitos jurídicos fielmente observado pelos tribunais. Tais enunciados são aperfeiçoados diariamente, a partir das investigações da ciência e da prática judicial, de modo a comportar uma verdadeira teoria da prova.⁸¹⁴ No entanto, procura o autor frisar que essas construções não possuem um caráter absoluto como as regras de prova legal, mas constituem-se unicamente uma espécie de orientação tendente a sinalizar o caminho a ser seguido pelos jurados em determinadas situações.

Um outro ponto que merece destaque é a interpretação que foi sendo gradualmente atribuída à íntima convicção, de modo dissonante com a compreensão pretendida pela Assembleia Constituinte francesa.

A fórmula da íntima convicção não fora idealizada com o propósito de admitir o julgamento além das provas, contrariamente às provas ou com base no sentimento, como hoje é comum sustentar. Essa ideia constitui, em verdade, uma clara amostra da interpretação deturpada que acabou por se sedimentar na experiência prática continental do júri. O propósito original fora tão somente o de buscar a liberdade na formação do convencimento, afastando-se da incidência de regras apriorísticas de valoração, ante a conclusão de que uma decisão justa dificilmente seria obtida a partir de critérios rígidos descontextualizados do caso

devem ser interrompidas, e uma massa de informações irrelevantes, maliciosas e fruto de rumores que nunca seriam admitidas nas audiências inglesas são submetidas aos jurados franceses, de modo a contaminar suas apreciações. As antigas regras de prova adotadas anteriormente à Revolução Francesa, oriundas do direito romano da Idade Média, eram excessivamente técnicas e essencialmente tolas. As mesmas foram, conseqüentemente, abolidas em absoluto, e nada fora colocado em seu lugar. Por outro lado, as essencialmente científicas, embora superficialmente técnicas regras probatórias que dão toda a cor às audiências inglesas – as quais cresceram silenciosa e gradualmente em nossas cortes – me parecem ser exatamente o que é necessário para dar aos julgamentos franceses um contorno satisfatório; mas os males do antigo sistema foram tão fortemente impressionantes aos autores do *Code d’Instruction Criminelle*, que a sua destruição era a única política que se apresentava em suas mentes.” (Tradução livre. STEPHEN, James Fitzjames. *A History of the Common Law in England*. V. I. London: Macmillan and Co., 1883, p. 548-549).

⁸¹³ MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la Prueba... cit.*, p. 96.

⁸¹⁴ O autor cita alguns de seus pontos principais: “1. Así es que determinan los medios de prueba de que se puede hacer uso: los testigos que no pueden ser oídos, y por el contrario aquellos cuya declaración es admisible, dejando siempre á los Jurados a apreciación del grado de crédito que merecen. 2. Organizan el empleo de los diversos medios de prueba, y dicen, por ejemplo, cómo deben ser interrogados los testigos. 3. Fijan las condiciones requeridas para que la prueba pueda hacer fé, y establecen, por ejemplo, que una confesión pierde su fuerza, si es violentada por promesas ó amenazas. 4. Determinan las condiciones necesarias para que pueda hacer prueba un documento. 5. Se extienden, en fin, á consideraciones de un orden general, que deben siempre guiar al Juez en la apreciación de las diversas clases de prueba, por ejemplo, de la artificial.” MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la Prueba... cit.*, p. 96.

concreto.

O julgamento conforme a consciência refletia a fé do Iluminismo no homem livre e a crença romântica dos revolucionários de que o sentimento era menos sujeito a erros do que a opinião incerta do homem instruído, segundo Donovan. O autor também destaca que o preceito em questão era para ser entendido de modo análogo ao *standard* americano da ausência de “dúvida razoável”. Almejava-se que os jurados pudessem controlar suas emoções e decidir de modo imparcial.⁸¹⁵

Tal questão representa, por assim dizer, um ponto de relevante divergência entre as tradições. Em contraposição à perspectiva da *civil law* a respeito da íntima convicção, Damaška se refere à falta de apreço da *common law* com a convicção pessoal como critério decisório. Tal orientação se verifica mais claramente a partir dos esforços dirigidos a instruir os cidadãos acerca de quando estariam autorizados a condenar, a partir dos *standards* de suficiência probatória. Conforme explica, o sistema não costuma se render à prevalência das convicções pessoais: na maioria das vezes os jurados são chamados a considerar o que decidiria uma pessoa razoável a partir das informações legítimas e idôneas de que se dispõe.⁸¹⁶ Não é nem ao menos inapropriado ao juiz, em certos casos (face à exigência do veredicto unânime), incitar os jurados recalcitrantes a afastarem-se de suas convicções pessoais caso as mesmas não possam ser sustentadas racionalmente.⁸¹⁷

Por tudo isso, é equivocado o entendimento de que a ideia de um juízo composto unicamente por cidadãos leigos compreenda, necessariamente, a decisão fundada no sentimento ou em convicções e inclinações pessoais, como se lhe fosse admitido, por essência, ignorar a prova dos autos. Essa ideia nada mais é que um produto da deturpação histórica do juízo por jurados em meio à prática da *civil law*.

Não se pode negar que a absoluta liberdade confiada aos jurados para a decisão dos fatos, sem qualquer forma de controle sobre sua atuação, acabou sendo responsável pelos desvios que se seguiram na história de sua prática na Europa continental, considerando a passagem de um contexto ultra normatizado para o de uma total ausência de critérios.

⁸¹⁵ DONOVAN, James M. *Juries and the Transformation...* cit., p. 30. Em sentido semelhante, Jordi Fenoll sustenta que “... *la intime conviction significa la libertad total del que juzga a la hora de apreciar la prueba, sin motivación, pero dentro de ‘la sinceridad de su conciencia’*. Y ello no se hacía para que el jurado cometiera arbitrariedades, sino para excluir por completo que los jurados pudieran caer en cualquier tentación de aplicar reglas legales de valoración de la prueba...” (NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración...* cit., p. 74-75).

⁸¹⁶ DAMAŠKA, Mirjan. *Free proof...* cit., p. 347.

⁸¹⁷ O autor diz ser este o caso das chamadas *supplemental instructions* no sistema americano, para o caso de o júri chegar a um impasse nas deliberações ante a impossibilidade de se atingir a unanimidade dos votos. (DAMAŠKA, Mirjan. *Free proof...* cit., p. 347).

4.4. Questões de fato e questões de direito: a divisão das funções entre juiz e jurados em ambos os contextos

Um outro ponto de divergência entre os modelos de júri é o que se situa na divisão de tarefas entre juiz e jurados para o julgamento das questões de fato e de direito, assim como o respectivo método de decisão adotado por cada sistema.

Na medida em que se verificou o abandono dos métodos irracionais de solução de conflitos amparados na intervenção divina, em prol de uma técnica de inquirição baseada na reconstrução das ações humanas não diretamente observáveis, estabelecia-se a relevância da noção de “fato” – e da necessidade de seu conhecimento – como a base para o julgamento.

A distinção entre fato e direito parece ter tido sua primeira expressão no âmbito do direito romano-canônico, onde era incorporada por meio do provérbio latino “*da mihi factum dabo tibi ius*” (dê-me os fatos que lhe darei o direito) e presente em inúmeros manuais de procedimentos desde o século XII, como destaca Barbara Shapiro⁸¹⁸. Segundo ela, a diferenciação entre questões de fato e questões de direito é comum em todas as jurisdições que se derivaram, no todo ou em parte, da cultura de *civil law* desenvolvida no período medieval.

Na *common law*, por sua vez, a distinção se tornou bastante conhecida por volta do século XVI, ou ao menos desde que os jurados se estabeleceram como juízes do fato. Em tal contexto, essa categorização ganha especial destaque em virtude de sua relevância institucional, consubstanciada pela máxima latina “*ad quaestionem facti non respondent iudices, ad quaestionem juris non respondent juratores*” na medida em que reflete a própria divisão de funções entre o juiz e os jurados. Conforme Thayer, esse requisito teria sido hábil a moldar todo o sistema de justiça inglês.⁸¹⁹

Era de conhecimento geral, como informa Shapiro, que o ofício do júri era descobrir a verdade dos fatos, e o do juiz declarar verdadeiramente o direito. Entretanto, esse rigor na separação das tarefas não refletia, muitas vezes, o que se verificava na prática, já que não raro

⁸¹⁸ SHAPIRO, Barbara J. *A culture of fact: England 1550-1720*. Ithaca: Cornell University Press, 2000, p. 9.

⁸¹⁹ THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise... cit.*, p. 183.

se sustentava que o júri também teria sido responsável por julgar as questões de direito⁸²⁰, assim como também, por outro lado, nem todas as questões de fato eram decididas pelo júri.

Como explica Thayer, os jurados seriam os responsáveis pela decisão acerca dos fatos da causa, essencialmente aqueles constantes do ato formal de acusação ou, em outros termos, aqueles fatos para os quais a lei estabelece consequências jurídicas. Por outro lado, o que se entende como “questões de fato”, em um sentido mais amplo, não é apenas o que se resume à situação fática objeto da causa, mas compreende também outras matérias incidentais cuja análise incumbiria à corte – e não aos jurados. Por tal motivo, não há e nunca houve um rigor categórico na aplicação prática daquela máxima latina, de modo que qualquer interpretação absoluta e literal conduziria a um inevitável equívoco.⁸²¹

Foi justamente tal equívoco interpretativo que contribuiu, ainda mais, para a configuração de um modelo singular de juízo por jurados na *civil law*. Os juristas franceses do período revolucionário teriam tomado a máxima de modo excessivamente literal.⁸²²

Como adverte Mannheim, a essência da instituição do júri não consiste meramente na participação de cidadãos leigos na administração da justiça, mas também na forma pela qual essa participação é concatenada, conforme o compartilhamento da função judicial entre juiz e jurados. Dentre as três funções essenciais a serem desenvolvidas, quais sejam, decidir sobre os fatos, aplicar a lei aos fatos e estabelecer a sentença, não restam dúvidas que a primeira incumbe aos jurados e a terceira ao juiz. Quanto à segunda, tanto poderia ser atribuída aos jurados, formando juntamente com a análise fática o que Mannheim define como “questões de culpa”, ou ao juiz, no contexto das questões de pena.⁸²³

O modelo inglês historicamente delega aos jurados a função de decidir sobre a culpa do acusado, de modo que terão de analisar também as classificações jurídicas relacionadas à conduta, bem como eventuais questões de direito interligadas com a caracterização do fato

⁸²⁰ SHAPIRO, Barbara J. *A culture of fact... cit.*, p. 11.

⁸²¹ THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise... cit.*, p. 185. O autor se questiona, conseqüentemente, em que medida se poderia dizer que o brocado é verdadeiro, para o que responde: a) como regra geral da *common law* pela qual o julgamento dos fatos cabe ao júri; b) no sentido de enfatizar as limitações dos poderes de decisão dos jurados às questões de fato; c) no sentido de enfatizar o direito do júri de se limitar à decisão das questões de fato, deixando ao juiz a determinação das questões de direito – seria o direito de proclamar um *special verdict*. (*Idem*, p. 187)

⁸²² Como sustenta Mannheim: “*It was the law of the French Revolution that misunderstood the English system in this important point. Taking the maxim ‘ad questionem facti non respondent iudices; ad questionem iuris non respondent iuratores’ too literally, the French revolutionary jurists never tired of emphasizing that the jury ought to be engaged solely in answering questions of fact, and it was in this sense only that the English jury system was embodied in French law.*” (MANNHEIM, Hermann. *Trial by Jury in Modern Continental Criminal Law. In: Law Quarterly Review*. n. LIII, 1937, p. 105).

⁸²³ MANNHEIM, Hermann. *Trial by Jury... cit.*, p. 104.

previsto na lei como punível. Entretanto, sobre todos esses pontos os cidadãos estarão sujeitos às instruções do juiz presidente. Como observa Mannheim, parte-se da convicção de que o júri seguirá a direção dada pelo magistrado acerca das questões de direito, o que só se faz possível em uma atmosfera de confiança⁸²⁴, em meio a um clima de cooperação a permear a relação entre os entes.

A ideia de separar a análise das questões de fato das questões de direito, de modo que o júri ficasse responsável apenas por apreciar as provas e determinar os fatos poderia parecer, à primeira vista, como a mais aceitável. Isso porque a capacidade prática, a experiência e o bom senso dos leigos seriam qualidades que os tornaria mais habilitados para a tarefa de descobrir a verdade sobre fatos controversos do que a mente mais abstrata e teórica do juiz profissional.⁸²⁵ Estes últimos seriam, por outro lado, os mais capacitados para aplicar o direito justamente em face de tais atributos, considerando que deixar as questões relacionadas à culpa aos jurados seria problemática pelo seu desconhecimento das complexas matérias jurídicas pertinentes. Ademais, apesar da intrínseca relação entre ambas as matérias, o raciocínio envolvido para apreciar as questões de fato seria essencialmente distinto do raciocínio empregado para interpretar e aplicar as questões de direito⁸²⁶, motivo pelo qual identifica-se dois grandes – e distintos – campos da literatura empenhados no estudo das especificidades de cada área.⁸²⁷ Entretanto, não deixa de ser bastante problemática essa separação.

Isso se dá, em primeiro lugar, sob o ponto de vista prático. As questões fáticas e jurídicas encontram-se, quase sempre, interligadas. Não é clara a definição do que constitui, efetivamente, uma questão de fato e o que se entende como questão de direito, especialmente

⁸²⁴ MANNHEIM, Hermann. *Trial by Jury... cit.*, p. 106.

⁸²⁵ MANNHEIM, Hermann. *Trial by Jury... cit.*, p. 104.

⁸²⁶ Como sustenta Zuckerman: “*To distinguish between law and fact is to draw a distinction between the reasoning processes involved in drawing inferences of law and fact respectively. In legal reasoning we proceed according to normative rules laid down by the lawmaker or by morality, and we aim to determine what these rules require the citizen or court to do. By contrast, in factual reasoning, it is supposed, we are not concerned with what the rules of law or morality require but with what facts exist. To ascertain the facts, it is said, we only have to follow the forms of reasoning which are employed for this purpose in any form of factual inquiry.*” (ZUCKERMAN, Adrian. *Law, Fact or Justice? Boston University Law Review*. v. 66, 1986, p. 487).

⁸²⁷ TWINING, William. *Legal Reasoning and Argumentation. In: _____, Rethinking Evidence... cit.*, p. 277. Insta destacar, inclusive, o quão negligenciado é o campo da análise racional dos fatos entre os teóricos do direito, especialmente na *civil law*. Partindo-se da premissa de que a “determinação racional da verdade dos fatos alegados no processo é tipicamente uma questão de probabilidade” (Tradução livre. TWINING, William. *Legal Reasoning and Argumentation. In: _____, Rethinking Evidence... cit.*, p. 273), em meio aos raciocínios empregados nessa atividade destacam-se os probabilísticos, sejam os de probabilidade matemática (pascaliana) ou indutiva (baconiana), com especial destaque para o último. Também especial relevo merece o enfoque das narrativas (*story-telling*), principalmente no raciocínio desenvolvido por jurados. Sobre todos esses métodos, ver: ANDERSON, Terrence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of Evidence*. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2005.

no que se refere à categorização jurídica de algumas questões fáticas – como, no direito brasileiro, o conceito de violenta emoção ou de motivo torpe. O modo como cada sistema enquadra as questões em fáticas ou jurídicas pode diferir substancialmente.

Adrian Zuckerman realiza interessante análise acerca da dificuldade na definição das questões de fato e de direito. Segundo ele, dentro do que usualmente se define como matéria de fato, pode-se diferenciar os fatos que serão efetivamente objeto de prova em juízo daqueles que se configuram como objeto da acusação, para os quais a lei estabelece as consequências jurídicas.⁸²⁸ Os primeiros são aqueles cuja demonstração permitirá inferir a existência dos últimos, os quais seriam os fatos principais objeto da acusação.

À guisa de exemplo pode-se dizer, inspirando-se nas considerações do autor, que em um processo pelo crime de roubo, o fato de ter o acusado sido visto empurrando a vítima e, posteriormente, evadindo-se do local na posse de um objeto, não constitui prova direta do roubo, permitindo apenas inferir a existência dos fatos principais que se enquadram no tipo penal: a subtração de coisa alheia mediante violência. Deste modo, haveriam dois raciocínios empregados nessa operação. Em primeiro lugar, o que permite passar do fato relatado pela testemunha de que “o acusado fugiu do local na posse de um objeto” para a conclusão de que “o acusado subtraiu da vítima o referido bem”. Em segundo lugar, o que permite passar da afirmação de que “o acusado empurrou a vítima” para “o acusado agiu com emprego de violência”.

Segundo as conclusões apresentadas por Twining, ambos os raciocínios seriam regidos por regras. No primeiro caso, seriam regras de lógica, da experiência e do senso comum, as quais permitem determinar um fato como provado a partir da verificação da existência de outros fatos. Tal operação não é regida por normas jurídicas, mas movida por raciocínios inferenciais comuns a quaisquer investigações fáticas cotidianas.

No segundo caso, por sua vez, o raciocínio que permitiria inferir o “emprego de violência” a partir da prova do empurrão, seria bem mais complexo, fundado no conhecimento do escopo da lei em comento, da política legislativa aplicável e de uma série de outras questões tipicamente jurídicas – e não fáticas. Apesar disso, tais situações costumam ser tratadas usualmente como questões de fato e submetidas à análise dos jurados. Questões como as de se uma certa atividade configura “prática comercial”, se certa conduta é “desonesta”; ou se certo comportamento é “ofensivo” dão margem a problemas de interpretação das normas jurídicas, já que dependem de uma identificação daquilo que a lei

⁸²⁸ ZUCKERMAN, Adrian. Law, Fact or Justice? *Boston University Law Review*. v. 66, 1986, p. 489-490.

efetivamente proíbe. Considerando que muitos desses temas são submetidos ao júri – como ocorre no sistema anglo-americano –, não é adequado considerá-lo exclusivamente como juiz do fato.⁸²⁹ Paralelamente, é por este mesmo motivo que se revelam de tamanha relevância as instruções fornecidas pelo juiz sobre o modo de se interpretar essas questões. Sem elas, todo esse raciocínio será realizado de forma intuitiva e aleatória, sem o menor conhecimento dos propósitos legais.

Nos processos penais ingleses e americanos o juiz fica responsável, em geral, somente pela aplicação das consequências jurídicas cabíveis aos fatos imputados. O júri, por outro lado, analisa globalmente a culpa do acusado, proferindo o chamado *general verdict* de “culpado” ou “inocente”. Em meio a essa lógica fica bastante complicado desvincular fato e direito, considerando que a resposta dos jurados à acusação contém uma decisão que envolve tanto a análise das questões fáticas quanto a verificação jurídica dos pressupostos legais da pena.

É certo que, conforme Ferrajoli, tal operação acaba comportando uma escolha mais ou menos opinativa conforme o grau de indeterminação da previsão legal.⁸³⁰ Entretanto, o inconveniente de sua realização pelos jurados é que a falta dos conhecimentos jurídicos necessários acaba levando a que desenvolvam uma análise meramente semântica e intuitiva dos conceitos jurídicos, o que, em vista de se tratar de um exercício de poder (não motivado) pode implicar em um subjetivismo arbitrário.

Na *common law*, encontra-se sedimentada uma cultura pela qual os juízes proferem minuciosas instruções ao júri sobre a matéria de direito em questão, as quais seriam, em tese, vinculantes. Desta forma, o modo de contornar esses prejuízos seria proporcionando ao júri um mínimo de conhecimentos necessários para desempenhar de forma desejável a apreciação dos fatos. Na *civil law*, a exaltação de uma absoluta liberdade valorativa pela cultura da *intime conviction* não concebia qualquer possibilidade de interferência por parte do juiz nessa atividade, de modo que a suspeita de parcialidade das instruções acabava se convertendo em verdadeira negligência do sistema, no abandono dos jurados – ou, mais precisamente, do acusado – à própria sorte. Para contornar os prejuízos, o modelo francês optou por restringir puramente aos fatos o âmbito de apreciação do júri, estabelecendo uma forma distinta de decisão.

Sobre esse aspecto, é relevante abordar a problemática a partir de uma visão

⁸²⁹ ZUCKERMAN, Adrian. Law, Fact or Justice? *Boston University Law Review*. v. 66, 1986, p. 493-494.

⁸³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão... cit.*, p. 42.

ideológica, no que concerne à repartição rígida das competências decisórias sobre as questões de fato e de direito entre juiz e jurados. A opção de restringir o papel do júri à análise e determinação das questões estritamente fáticas poderia ocasionar o enfraquecimento de sua função política e do seu papel de julgador de seus pares. Por meio do poder de decidir todas as questões de direito, o juiz profissional teria um total domínio prático sobre a decisão final, tendo condições para, inclusive, deturpar a vontade dos cidadãos pelo manejo dissimulado das consequências jurídicas a serem aplicadas.⁸³¹ Em um ambiente institucional democrático, de plena confiança e cooperação entre ambas as partes, tal hipótese não seria um problema relevante.

Não era essa, entretanto, a situação da França quando importou o júri para o processo dos casos penais no período da Revolução de 1789, em uma conjuntura na qual esperava-se que a instituição desempenhasse o papel de tutela das liberdades dos cidadãos em face de um poder arbitrário dos juízes.

O legislador francês acabou por interpretar de forma extremamente literal a ideia de separação entre fato e direito, ignorando, com isso, a dinâmica do procedimento inglês no que se refere aos papéis dos jurados e do juiz profissional. Partindo-se da premissa de que os jurados deveriam se engajar unicamente na decisão das questões fáticas e com base no alerta de Montesquieu de que aos mesmos se deveria submeter apenas um fato por vez⁸³², adotou-se um modelo de votação seriado composto por indagações sobre as questões de fato, a serem respondidas pelos jurados. Tal dinâmica era essencialmente distinta do modelo inglês de veredicto geral⁸³³. A partir das respostas que compunham o veredicto, o juiz era responsável por determinar as consequências jurídicas aplicáveis.

Essa inovação teria acabado por trair a própria ideologia de contenção de poder que motivou a incorporação do júri no território francês, já que limitava a autonomia do órgão de modo a implicar o enfraquecimento do sentido político da instituição. Como aponta Donovan,

⁸³¹ Nesse sentido, Thaman ressalta que as Cortes americanas têm rejeitado, de modo geral, os chamados *special verdicts* – método de decisão semelhante aos questionários utilizados no júri da *civil law*, no qual os jurados decidem apenas a matéria de fato – por acreditarem que este implica um controle excessivo pelo juiz sobre a forma com que os jurados avaliam as questões do caso. (THAMAN, Stephen C. *Should Criminal Juries... cit.*, p. 616).

⁸³² “*Mais le peuple n'est pas jurisconsulte; toutes ces modifications et tempéraments des arbitres ne sont pas pour lui; il faut lui présenter un seul objet, un fait, et un seul fait, et qu'il n'ait qu'à voir s'il doit condamner, absoudre, ou remettre le jugement.*” MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. Paris: Garnier-Frères, 1871, p. 74.

⁸³³ Embora não seja tão usual (até mesmo pelo risco de ser interpretado como um voto de desconfiança sobre os jurados), é excepcionalmente possível no sistema anglo-americano em casos mais complexos os jurados decidirem através do chamado *special verdict*. Por este método – o qual, de certo modo, aproxima-se do questionário adotado pelo direito continental – o júri apenas cuidará da fixação dos fatos, estando a determinação das questões de direito e da culpa inteiramente a cargo do juiz presidente.

o entusiasmo dos órgãos oficiais com o recém implantado sistema de júri teria durado pouco tempo até que os governos revolucionários começassem a subvertê-lo. A história do júri na França desde a Revolução pode ser vista como uma história da progressiva eliminação de seus poderes.⁸³⁴

Por outro lado, o poder de decisão sobre os fatos acabou por se revelar mais forte do que se pensava: diante da incerteza sobre a posição dos juízes, os jurados passavam a responder negativamente às questões de fato que lhes eram submetidas, mesmo que convictos da prática da conduta punível.⁸³⁵ Os casos levados a júri passaram a resultar em altos índices de absolvição, muitos deles por crimes políticos, no período revolucionário. Tais índices também eram vistos como uma resposta dos cidadãos às duras e rígidas penas previstas no *Code Pénal* de 1791, as quais não comportavam a possibilidade de humanização e eram vistas pelos jurados como excessivamente severas, de modo que optavam por absolver pessoas obviamente culpadas como forma de evitar injustiças.⁸³⁶

A atmosfera que dominava a incorporação do júri no continente era, como se vê, de total desconfiança, a qual permeava a relação dos cidadãos com a lei, com os juízes e com o governo, e vice-versa. Paralelamente aos fatores políticos vivenciados na época, Mannheim atribui esse clima a um erro psicológico fundamental por parte do legislador francês, no sentido de deliberadamente substituir o gesto de confiança do modelo inglês – onde os jurados decidem questões de direito sob orientações do juiz-presidente, presumindo-se que irão segui-las – por um outro de suspeita e receio mútuos.⁸³⁷

De qualquer forma, o modelo de decisão por questionário juntamente com as demais inovações francesas relativas à valoração e à (falta de) disciplina probatória, predominou na Europa na medida em que o juízo por jurados veio a ser adotado pelos demais sistemas jurídicos do continente.

As divergências entre o novo sistema concebido e o que lhe dera origem concentravam-se, em um primeiro momento, nas questões de admissibilidade probatória, nas formas de controle do júri (ou sua ausência), no método de decisão e na forma de repartição das funções entre juiz e jurados. Posteriormente, vieram a se intensificar à medida que ficavam evidentes no novo modelo as inconveniências relacionadas ao despreparo dos

⁸³⁴ DONOVAN, James M. *Juries and the transformation... cit.*, p. 35.

⁸³⁵ MANNHEIM, Hermann. *Trial by Jury... cit.*, p. 106.

⁸³⁶ DONOVAN, James M. *Juries and the transformation... cit.*, p. 38. Também PRADEL, Jean. *Le jury en France une histoire jamais terminée. In: Revue Internationale de Droit Pénal: Le jury dans le procès pénal au XXI^e siècle. V. 72, n. 1-2, 2001, p. 176.*

⁸³⁷ MANNHEIM, Hermann. *Trial by Jury... cit.*, p. 106-107.

cidadãos leigos para a função, situação que acabou contribuindo para o implemento de modificações estruturais bem mais significativas, como a adoção de tribunais mistos compostos por leigos e profissionais.

É válido considerar também, por outro lado, a hipótese de que a resistência francesa em incorporar certos aspectos processuais ingleses teria se dado por serem eles estranhos às práticas e princípios sedimentados na cultura processual interna, de matriz inquisitorial.

Na *common law*, toda a prática processual foi sendo moldada em torno das necessidades de um sistema adversarial de juízo por jurados, cujos mecanismos procedimentais iam sendo criados e adaptados de forma a melhor responderem às peculiaridades daquele contexto.

A importação do modelo pela França não seria tarefa simples, tendo se concretizado, portanto, de forma fragmentada⁸³⁸: tomou-se a ideia de julgamento pelos pares como representativa da liberdade e da ruptura com as práticas então vigentes e ignorou-se toda a base da sistemática que a sustentava na experiência inglesa, no sentido de compensar as fragilidades dos cidadãos no exercício da função jurisdicional.

Conseqüentemente, essa dissonância teria ocasionado a adoção de práticas e concepções divergentes daquelas tradicionalmente sedimentadas na Inglaterra por grande parte dos países europeus que vieram a incorporar o júri em seus sistemas de justiça.

Disso resulta a pertinência em se associar, em alguma medida, o colapso do modelo tradicional de júri na Europa continental a uma total ausência de controle possível sobre a apreciação da prova e a decisão das questões submetidas aos jurados.⁸³⁹

E quando se fala em controle não se pretende aludir a um domínio tendente a perverter a autonomia do júri, mas sim àquele construtivo, no sentido de lhe orientar sobre as diversas questões que devem ser consideradas e compreendidas para o bom desempenho da função.

O sistema de júri, a exemplo do que acontece no direito anglo-americano, deve ser concebido como um modelo cooperativo onde se vislumbra uma distribuição (e não divisão

⁸³⁸ “O Júri que se estabeleceu na França é uma contrafação do que existia na Inglaterra; é uma instituição mutilada e deformada que, de forma alguma, pode atender aos seus fins, porque: (a) A função do juiz-presidente foi limitada e desvirtuada, sendo-lhe impedido compensar as deficiências dos jurados, advertindo-os, aconselhando-os ou dispensando-os...” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Questão do Júri. *In: Revista Forense*. n. 193, 1961, p. 25.)

⁸³⁹ Nesse sentido, Hendler: “... parece posible extranar uns segunda conclusión: la que las tergiversaciones producidas al ser importado el modelo anglosajón, primero por los franceses y luego por otros países de Europa continental, desembocaron en la transformación que en casi todos esos países se produjo en el siglo XX, del jurado clásico al tribunal mixto de escabinos. Al menos cabe sospechar que las dificultades experimentadas por los jurados instaurados en el siglo XIX obedecieron en gran parte a la carencia de orientación concerniente a la recopilación, utilización y apreciación de las pruebas.” (HENDLER, Edmundo S. *El juicio por jurados...* cit., p. 71).

rígida) de tarefas entre juiz e jurados. Isso porque tais funções devem ser compreendidas como interdependentes, de modo que a qualidade da performance de um dos entes é determinante para o bom desempenho do papel do outro. Em outras palavras, o júri decidirá os fatos de modo satisfatório na medida em que instruídos de forma compreensível sobre como devem exercer eficazmente sua função, e contanto que lhes seja apresentado um material probatório completo e relevante – cuja filtragem compete ao magistrado. O sucesso deste último quanto à fixação da sentença, por sua vez, depende diretamente da correta determinação dos fatos pelos jurados.

É com base nos propósitos acima que defender a necessidade de um controle não implica em cercear a liberdade dos jurados, ou esvaziar o sentido político da instituição. A experiência francesa é um grande exemplo de que a absoluta liberdade valorativa não é garantia de um julgamento com mais qualidade. O que se faz indispensável é assegurar aos cidadãos leigos as melhores condições (procedimentais) possíveis para que desempenhem a sua função de modo satisfatório, a partir de um conjunto probatório mais informativo que persuasivo, e valendo-se de toda a instrução técnica necessária para que a falta de conhecimentos jurídicos não seja um problema.

Ao se transplantar apenas o modelo de júri e ignorar a fase da filtragem probatória e os mecanismos voltados a orientar e instruí-los sobre a valoração das provas e interpretação das questões de direito, pode-se verificar uma profunda alteração nas suas estruturas fundamentais, de modo que torna-se compreensível o alerta feito por Damaška sobre o perigo de rejeição dos transplantes legais entre sistemas processuais distintos.

5. SOBRE O PAPEL DA INSTITUIÇÃO DO JÚRI NA ATUALIDADE: UM OLHAR A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ANGLO-AMERICANA

Por todo o anteriormente exposto, é de se constatar que, invariavelmente, distintas concepções acerca do papel do júri e do modo como deve desempenhar sua atividade foram moldadas e sedimentadas historicamente nas distintas culturas processuais.

Uma vez esclarecidas tais premissas é chegado o momento de se discutir o papel desempenhado pela instituição no contexto dos Estados de Direito contemporâneos, de modo que se possa definir precisamente o que se espera – e o que se deve esperar – dos jurados no exercício da função que lhes é confiada. Disso depende qualquer anseio de reforma em seus procedimentos.

É certo, entretanto, que tal investigação é tarefa que não pode ser empreendida genuinamente fora de um dado contexto. A própria análise anterior acerca das distintas concepções e configurações de júri forjadas historicamente nos sistemas de *common law* e *civil law* demonstra a impropriedade de uma generalização. Com vistas a evitar as armadilhas de se proceder a diagnósticos reducionistas e com falsa pretensão de validade geral, a análise será desenvolvida principalmente a partir do contexto anglo-americano, com especial destaque para a experiência estadunidense. Nada mais adequado que compreender a lógica e a dinâmica do júri a partir de sua conjuntura original, o que se justifica não só por serem estes os sistemas responsáveis pela sua origem, segundo sua configuração tradicional, mas também em homenagem à coerência de uma experiência que, desde a adoção de métodos racionais de decisão, empenhou-se na lapidação de uma instituição que ainda hoje é símbolo de seu sistema de justiça.

Ademais, o estudo do direito comparado revela-se de fundamental importância como instrumento de aperfeiçoamento do sistema jurídico nacional, como considera Diogo Malan⁸⁴⁰, a fim de que se possa compreender determinadas práticas processuais ou institutos jurídicos em conjunturas distintas e ponderar sobre as diversas variáveis que possam impactar seu desempenho.

Antes que se possa propor uma reflexão crítica acerca do modo de funcionamento de uma dada instituição, ou mesmo discutir e sugerir propostas voltadas a aprimorar seus mecanismos por meio de reformas processuais, é importante que se proceda a uma

⁸⁴⁰ MALAN, Diogo. *Direito ao Confronto... cit.*, p. 5.

investigação acerca do papel por ela desempenhado dentro do contexto onde se encontra inserida. Neste primeiro momento, portanto, serão discutidas as funções que, de forma geral, espera-se que sejam desempenhadas pelo júri nos sistemas contemporâneos, a partir da experiência anglo-americana. Mais precisamente, pretende-se ponderar se, dentre elas, insere-se uma função epistêmica.

5.1. As funções e virtudes do júri por jurados

Historicamente, a partir do momento em que os jurados ingleses deixaram de desempenhar a função de testemunhas do fato para se estabelecerem como juízes do fato (*triers of fact*), a instituição passou a se consagrar pelo desempenho de uma relevante função política⁸⁴¹, capaz de abranger uma série de desdobramentos práticos importantes.

Na trajetória do constitucionalismo democrático, a instituição do júri é associada aos princípios básicos do Estado liberal. Por meio dela manifesta-se a soberania popular a partir de sua participação na administração da justiça, especificamente no exercício da jurisdição. O cidadão exerce, através do júri, a função jurisdicional sem intermediários, satisfazendo-se, assim, a concepção de que o Estado democrático se caracteriza pela participação do cidadão nos assuntos públicos da forma mais plena possível.⁸⁴² Como constatou Abramson, nenhuma outra instituição de governo rivaliza com o júri em colocar o poder tão diretamente nas mãos dos cidadãos.⁸⁴³

No direito anglo-americano, por exemplo, onde a Instituição do Júri é emblemática e desempenha um papel fundamental, o júri pode ser considerado uma micrografia de sua democracia participativa, conforme Garapon e Papapoulos. “Há incontestavelmente algo de sagrado nesse órgão que carrega sozinho, na cultura de *common law*, o peso da decisão que

⁸⁴¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade... cit.*, p. 213.

⁸⁴² VÉLEZ RODRÍGUEZ, Enrique. *La Motivación y Racionalidad del Veredicto en el Derecho Español y en el Derecho Norteamericano*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2007, p. IX.

⁸⁴³ ABRAMSON, Jeffrey. *We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 01.

deve simultaneamente selar o destino dos indivíduos e expressar os valores da comunidade”.⁸⁴⁴

Tocqueville chega a sustentar que o júri deve ser entendido, acima de tudo, como uma instituição política, sendo um meio enérgico de determinar que o cidadão exerça o poder e, ao mesmo tempo, a forma mais eficaz de ensinar a fazê-lo.⁸⁴⁵

Na medida em que o indivíduo é instado a desempenhar diretamente o papel de julgar os casos penais, tem a oportunidade de vestir a toga e experimentar o peso da responsabilidade do Estado na definição do destino de outro cidadão, seu igual, que supostamente transgrediu a ordem jurídica. Isso faz com que sejam aprimoradas não somente as suas capacidades cognitivas, acerca dos fatos do cotidiano e das consequências impostas pelo ordenamento jurídico, como também seu próprio senso de equidade.

O exercício da função de julgar é hábil a reavivar no cidadão seu dever cívico, suas obrigações como membro da sociedade, sua responsabilidade e senso de engajamento nos assuntos políticos que dizem respeito à coletividade⁸⁴⁶. Paralelamente, contribui para o combate ao individualismo que é cada vez mais tóxico na modernidade⁸⁴⁷ – pois compele o indivíduo a deixar de lado suas próprias atividades para envolver-se em assuntos estranhos a seus interesses pessoais.

No que concerne à experiência inglesa, o júri consolidou-se como o símbolo da

⁸⁴⁴ GARAPON, Antoine. PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 147.

⁸⁴⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America: Historical-Critical Edition of “De La Démocratie en Amérique”*. Tradução de James T. Schleifer. Indianapolis: Liberty Fund, 2010, vol 2, p. 442, nota “w”.

⁸⁴⁶ Sobre os fundamentos da intervenção dos leigos nas decisões judiciais, pontua Grinover: “... o fundamento político da intervenção reside em sua função de garantia e de controle, respondendo, ainda, à exigência de educação cívica e de legitimação democrática e constituindo vigoroso elemento propulsor de informação, conhecimento, tomada de consciência e politização, pela co-gestão da coisa pública.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Democratização dos Tribunais Penais: Participação Popular*. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (orgs.). *Doutrinas Essenciais: Processo Penal*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 499.) Ainda, como destacou Tocqueville: “O júri possui uma incrível capacidade de desenvolver o discernimento e de promover o esclarecimento natural das pessoas. Essa, em minha opinião, é a sua maior vantagem. Deve-se considerá-lo como uma escola livre, sempre aberta, onde cada jurado vem a ser instruído sobre os seus direitos, onde ele entra em comunicação diária com os membros mais instruídos e mais esclarecidos das classes mais altas, onde as leis lhe são ensinadas de uma maneira prática e são colocadas ao alcance de sua inteligência pelos esforços dos advogados, pelas instruções do juiz e pelas próprias paixões das partes. Eu penso que a inteligência prática e o bom senso político dos norte-americanos devem ser atribuídos, principalmente, ao longo uso que fizeram do júri em matéria civil. (...) Eu o considero como um dos meios mais eficazes que uma sociedade pode usar para a educação de seu povo”. (Tradução livre. TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America... cit.*, p. 448).

⁸⁴⁷ Conforme Tocqueville, ao forçar os homens a se envolver em algo diferente de seus próprios assuntos, a instituição do júri contribui para o combate ao egoísmo individual, que é como a ferrugem das sociedades, e que arruína as nações ainda mais do que os exércitos o fazem. (TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America... cit.*, p. 448.)

garantia do cidadão frente a um poder soberano despótico e cruel, atenuando os efeitos adversos de um direito penal excessivamente duro, como destaca Taruffo⁸⁴⁸. Tocqueville destaca que os ingleses, quando adotaram a instituição do júri em substituição aos ordálios, eram um povo semi-bárbaro. Desde então, erigiram uma das nações mais esclarecidas e influentes do globo, e seu apego ao júri pareceu aumentar com a sua iluminação: ao passo que expandiam seus domínios, apressavam-se em instituir o júri em suas colônias. Portanto, conclui o autor: “uma instituição judicial que obtém, assim, os votos de um grande povo através de uma longa sucessão de séculos, que é zelosamente reproduzida em todos os períodos da civilização, em todos os climas e em todas as formas de governo, não pode ser contrária ao espírito de justiça.”⁸⁴⁹

Nas colônias norte-americanas, por sua vez, o júri consagrou-se como o paládio da liberdade, representando a proteção dos colonos contra a opressividade do poder da Coroa. Esta função de tutela das liberdades públicas, inclusive, teria sido a responsável pelo encantamento dos franceses, os quais já se moviam no compasso dos ideais Iluministas, levando-os a incorporar, desta forma, o juízo por jurados em seu próprio sistema de justiça.

Conforme aponta Taruffo, a instituição do júri desempenha uma série de funções relevantes, sendo a mais importante delas a de natureza simbólico-ritual⁸⁵⁰. O aspecto simbólico se liga ao mito do júri como instituição pela qual o povo administra diretamente a justiça aplicando seus próprios critérios de valoração, evitando um poder formalista e opressivo do Estado. O júri seria, assim, um escudo das liberdades e garantidor da democracia, permitindo a participação direta do povo na administração da justiça.

De fato, a função de proteção das liberdades individuais – especialmente no que concerne ao acusado – é, ainda hoje, de extrema relevância com vistas a evitar violações de direitos e abuso de poder pelos agentes públicos na atividade investigativa, o que se consubstancia nos diversos obstáculos à admissibilidade das provas.

Paralelamente, o aspecto ritual concerne aos elementos em sentido lato teatrais que caracterizam seu desenvolvimento em plenário. Como observa o autor, essa representação possui um duplo aspecto: mostrar a todos que a justiça é administrada de modo livre e público, e com isso legitimar o sistema de administração da justiça, bem como as decisões por ele produzidas, no âmbito do contexto social.⁸⁵¹

⁸⁴⁸ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade... cit.*, p. 213.

⁸⁴⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America... cit.*, p. 443-444.

⁸⁵⁰ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade... cit.*, p. 213-214.

⁸⁵¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade... cit.*, p. 214.

O direito ao julgamento pelos pares, proclamado originalmente em 1215 pela Magna Carta e solidificado com maior força no contexto norte-americano, é considerado uma das grandes virtudes do júízo por jurados e um elemento simbólico do julgamento popular. Tal preceito, a partir dos contornos recebidos ao longo da experiência, tem como escopo não somente assegurar que o réu seja julgado por seus “iguais”, mas, principalmente, pelos membros de sua comunidade. A Suprema Corte tem compreendido os “pares” como os “vizinhos, companheiros, colegas, [e] pessoas que possuam o mesmo *status* legal na sociedade que o ocupado pelo réu”.⁸⁵²

Por outro lado, conforme se depreende do texto da Sexta Emenda à Constituição Americana, ao invés de prever o direito ao julgamento por seus pares, a norma alude ao direito de ser julgado por um júri imparcial do estado e distrito onde o crime tenha sido cometido. De acordo com a Suprema Corte, o júri imparcial seria aquele capaz de basear seu veredicto unicamente nas provas apresentadas em júízo, e não em qualquer noção pré-concebida ou preconceituosa acerca da culpa ou inocência do acusado.⁸⁵³

Com base em uma análise superficial seria possível suspeitar de uma contradição entre ambas as noções, mormente quando se conhece a prática adversarial norte-americana, cujo clima de disputa também se reflete no momento de seleção de jurados. Os representantes das partes claramente buscam caracteres parciais nos potenciais jurados, desde que lhes sejam benéficos. No entanto, acredita-se que a soma das parcialidades nas escolhas dos membros acabará se contrabalanceando, formando, como consequência, um corpo imparcial de jurados.

Nesse sentido, as noções de representatividade e imparcialidade podem se compatibilizar. Na medida em que se trabalha com a noção de “pares”, dentro do que fora interpretado pela Suprema Corte, a ideia não é admitir os cidadãos que se vejam refletidos na figura do réu, ou que se reconheçam nas mesmas condições sociais. O intuito seria o de proporcionar o julgamento por aqueles membros da sociedade semelhantes o suficiente (em termos socioeconômicos e geográficos), para serem capazes de analisar os atos imputados ao réu dentro de sua própria conjuntura.⁸⁵⁴ Em outras palavras, o acusado deve ser julgado por aqueles capazes de compreender suas ações dentro de um dado contexto.

Como sustenta Hendler, esta é uma funcionalidade especialmente importante para a participação cidadã no julgamento dos crimes mais graves: a necessidade de assegurar a

⁸⁵² BARBER, Jeremy W. The Jury is still out: The Role of Jury Science in the Modern American Courtroom. *In: American Criminal Law Review*. n. 31, 1994, p. 1228.

⁸⁵³ BARBER, Jeremy W. The Jury is still out... *cit.*, p. 1227.

⁸⁵⁴ BARBER, Jeremy W. The Jury is still out... *cit.*, p. 1229.

integração do tribunal com aqueles que pertencem ao mesmo entorno cultural de quem será julgado.⁸⁵⁵

Chase relata que o apego histórico americano ao júri assenta-se no núcleo dos seus principais valores. Essencialmente, trata-se de uma instituição igualitária, populista e antiestatal. O caráter fortemente igualitário reside no fato de atribuir aos cidadãos leigos, sem qualquer conhecimento especial, o poder de decisão sobre os fatos que, em regra, supera o que compete ao juiz, apesar de todo o seu treinamento e experiência. A igualdade também reside na circunstância de que o dever de servir como jurado é imposto a todos, de forma ampla, sendo que todos têm iguais direitos a voto e à manifestação nas deliberações, independentemente do nível de instrução ou *status* social.⁸⁵⁶

O júri é populista por alocar o povo no centro da ação política. Para Chase, trata-se de um avatar da participação democrática no governo, já que admite que o cidadão exerça diretamente o poder. Especialmente nos Estados Unidos, onde é marcante e sem paralelos a participação popular nos casos civis, o povo desempenha enfaticamente o poder de regular os comportamentos de grandes empresas, organizações, instituições públicas e privadas, o que fazem por meio de condenações que se destinam a forçá-las a modificar suas práticas com vistas a evitar novos processos. Assim, as largas indenizações funcionam como alertas no sentido de que alguns de seus comportamentos não serão tolerados.

É antiestatal, finalmente, por permitir que o povo decida as questões de forma contrária aos interesses do governo, o que se expressa primordialmente no controverso poder de recusar a aplicação da lei em favor do que consideram mais justo no caso concreto, o que é conhecido como *jury nullification*.⁸⁵⁷ Como destaca Jackson, o júri criminal continua a representar, em vários sistemas de justiça, um importante símbolo da relevância dos valores da comunidade e da aparente suspeição que pode recair sobre o poder centralizado do Estado. Isso porque, os jurados não somente carregam essas normas e valores comunitários em sua forma de avaliar os fatos, mas também desfrutam de uma independência constitucional em relação ao Estado que os permite negar aplicabilidade concreta a determinados preceitos

⁸⁵⁵ Segundo o autor, essa função pode ser mais ou menos relevante a depender do maior ou menor grau de integração comunitária dos distintos grupos que compõem a sociedade, podendo até mesmo ocorrer de não haver maiores diferenças culturais entre os setores dos quais provenham os juízes profissionais e aqueles aos quais pertençam os acusados, hipótese em que a participação popular resultará de menor importância. HENDLER, Edmundo S. *El juicio por jurados... cit.*, p. 13.

⁸⁵⁶ CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual... cit.* p. 55-56.

⁸⁵⁷ CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual... cit.* p. 56.

legais.⁸⁵⁸

Embora muitos contestem esta última faculdade do júri, a mesma funda-se na possibilidade de se atenuar a severidade e insensibilidade da administração profissional da justiça, proporcionando alguma clemência e misericórdia ao acusado cuja conduta seria justificável na ótica da sociedade. Este papel garante que a comunidade possa sempre respirar seus próprios valores e visão sobre a aplicação da justiça.⁸⁵⁹ Também tem relevo para demonstrar ao Estado que algumas de suas leis se encontram ultrapassadas, desproporcionais ou não correspondentes aos anseios da sociedade.

Uma outra função desempenhada pelo júri, conforme Garapon e Papadopoulos, seria a de reduzir as complexidades que dominam crescentemente o processo e os sistemas de justiça.⁸⁶⁰ O cidadão somente desempenhará adequadamente suas atividades se for capaz de compreender os problemas propostos pela Corte, as questões discutidas e as provas produzidas em juízo, tudo de acordo com seus próprios critérios e conhecimentos extraídos da experiência cotidiana. Destarte, o sucesso da instituição depende, em grande parte, da desburocratização e da simplificação dos procedimentos, da clareza da linguagem utilizada pelos sujeitos processuais e dos esforços do juiz-presidente em tornar os rituais judiciais compreensíveis para os leigos, o que se consubstancia nas minuciosas instruções fornecidas.

Finalmente, uma importante virtude do juízo por jurados situa-se no seu fator de legitimação das decisões e da própria administração da justiça, na medida em que a participação direta dos cidadãos injeta nos procedimentos judiciais o senso e os valores da sociedade que representam, em um claro reforço da democracia. Como explica Abramson, o propósito do júri é, dentre outros, sujeitar a lei a uma interpretação democrática, alcançar a justiça que ressoa dos valores do senso comum daqueles em nome de quem ela fora escrita.⁸⁶¹

É de se destacar, contudo, que o elemento democrático do julgamento popular, responsável por proporcionar a aplicação dos valores da sociedade nas decisões judiciais, não

⁸⁵⁸ JACKSON, John D. Making Juries Accountable. In: *The American Journal of Comparative Law*. n. 50, 2002, p. 478-479.

⁸⁵⁹ BARBER, Jeremy W. The Jury is still out... *cit.*, p. 1230.

⁸⁶⁰ GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos... cit.*, p. 153-154. Não obstante, o próprio autor acaba por constatar, a partir da experiência probatória norte-americana, que ao invés de reduzir a complexidade, o processo diante do júri pode provocar, ao inverso, uma maior sofisticação processual, na medida em que são buscados e aperfeiçoados diversos mecanismos tendentes a contrabalançar os riscos inerentes à circunstância de confiar aos leigos a decisão sobre os fatos. (*Idem*, p. 157)

⁸⁶¹ ABRAMSON, Jeffrey. *op. cit.*, p. 6-7.

pode ser o principal fator de legitimação das decisões do júri⁸⁶², ao lado de seus elementos simbólico-rituais, de modo a sustentar (e justificar) o caráter imperscrutável dos veredictos.

Não é à toa que se pode identificar diversas vozes⁸⁶³ que destacam novas percepções e desafios impostos ao júri frente às exigências da sociedade e dos sistemas jurídicos modernos. Acima de tudo, é relevante o alerta para a necessidade de prestação de contas pelos jurados acerca da função que desempenham, bem como acerca dos fundamentos subjacentes às suas decisões.

Como adverte John Jackson, há sinais crescentes de que esta falta de prestação de contas por parte dos júris está sob pressão ante as suspeitas que recaem sobre a parcialidade de seus julgamentos, o que se agrava na medida em que a própria implementação dos valores da comunidade torna-se questionável e problemática no contexto de sociedades menos homogêneas.⁸⁶⁴

São cada vez mais recorrentes as discussões sobre o papel da instituição nos atuais sistemas de justiça, as quais costumam confrontar tanto as capacidades cognitivas e valorativas dos jurados em casos que envolvem raciocínios complexos, quanto as suas efetivas condições de abandonar os preconceitos, opiniões pessoais e inclinações ideológicas de modo a decidir imparcialmente a partir das provas apresentadas.

Especialmente na Europa, os debates têm se intensificado no que se refere à necessidade de que os jurados apresentem os fundamentos de seus veredictos ou, ao menos, de que o processo disponha de mecanismos para torná-los conhecidos⁸⁶⁵, especialmente após as recentes decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos nesse sentido – já discutidas anteriormente. Diversos países já promoveram, inclusive, reformas processuais tendentes a adequar seus sistemas de júri a tais preceitos⁸⁶⁶.

⁸⁶² Garapon e Papadopoulos sustentam, no mesmo sentido, que é demasiado fácil abrigar-se por detrás da legitimidade republicana e do segredo das deliberações para se esquivar de toda crítica. Segundo eles, após tantas condenações de prováveis inocentes e tantas absolvições de pessoas evidentemente culpadas, faz-se necessário indagar-se se a íntima convicção dos jurados ainda pode justificar qualquer coisa. (GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos... cit.*, p. 157).

⁸⁶³ Com especial destaque para JACKSON, John D. Making Juries Accountable. *In: The American Journal of Comparative Law*. n. 50, 2002; e THAMAN, Stephen C. Should Criminal Juries Give Reasons for Their Verdicts: The Spanish Experience and the Implications of the European Court of Human Rights Decision in *Taxquet v. Belgium*. *In: Chicago Kent Law Review*. v. 86. n. 2. Disponível em: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol86/iss2/8/>. Acesso em: 28/11/2013.

⁸⁶⁴ JACKSON, John D. Making Juries Accountable... *cit.*, p. 479.

⁸⁶⁵ Como relata Jackson, os debates amparados pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, acerca da necessidade de fundamentação dos veredictos do júri, tiveram destaque no Reino Unido, onde a publicação oficial da própria Corte de Justiça Criminal emitiu recomendação pela necessidade de que os júris emitissem decisões mais estruturadas. (JACKSON, John D. Making Juries Accountable... *cit.*, p. 482).

⁸⁶⁶ Conforme se discutirá ao final do presente capítulo.

Contudo, antes que se possa aprofundar a discussão sobre tais tendências e sobre os diversos mecanismos capazes de proporcionar aos júris uma maior *accountability*, é preciso enfrentar uma tormentosa questão, sem a qual todos os esforços ora pretendidos serão inúteis.

É fundamental que se investigue, à luz dos relatos históricos apresentados e com base na experiência prática consolidada anglo-americana, bem como com o apoio da mais autorizada doutrina processual, se, ao lado de todas as mencionadas funções políticas, ideológicas, históricas e simbólico-rituais, a instituição do júri também deve desempenhar uma função epistêmica.⁸⁶⁷

Talvez seja essa a questão mais importante a ser averiguada. A conclusão que se tenha por certa servirá como premissa tendente a moldar toda uma compreensão acerca do júri, da legitimidade de suas decisões e de como deve ser estruturado o seu procedimento probatório.

Se a resposta é negativa, de fato, não há que se esperar que os jurados apresentem qualquer justificativa para os veredictos, cuja legitimidade deriva da presunção de que os mesmos exprimam a *vox populi*, independentemente de sua correspondência com a verdade dos fatos. Bastaria, desta forma, o respeito aos aspectos simbólico-rituais que garantam a fé do povo no acerto do julgamento. Entretanto, assumir essa hipótese implica questionar seriamente a compatibilidade de tal modelo de juízo com as garantias que compõem a noção de processo justo.

Por outro lado, partindo-se da conclusão de que os jurados devam exercer uma função epistêmica, faz-se *mister* analisar se os mesmos são efetivamente capazes de fazê-lo, bem como estabelecer as condições estruturais que devem ser implementadas para concretizar esse escopo. Passa-se, portanto, ao enfrentamento de tais questões.

5.2. É esperado que o júri desempenhe uma função epistêmica?

A resposta a tal questionamento implica o enfrentamento de algumas dificuldades, como a que se refere à identificação das diferentes ideologias que permeiam e configuram os

⁸⁶⁷ Este questionamento fora formulado por Taruffo (*Uma simples verdade... cit.*, p. 213 e ss.), para o qual o autor acabou apresentando resposta negativa. Entretanto, o autor acabou concentrando sua análise no júri norte-americano, onde focou alguns pontos que, de fato, comprometem o propósito epistêmico, mas que são suscetíveis de reestruturação (como de fato vem sendo feito em alguns sistemas). Com isso, o autor acabou se rendendo ao pessimismo e não considerou os possíveis arranjos estruturais destinados ao aprimoramento da instituição. No entanto, embora se discorde da conclusão, seus argumentos são válidos e serão utilizados como parâmetro nas discussões aqui empreendidas.

sistemas processuais.⁸⁶⁸

Sabendo-se que as normas processuais não se encontram orientadas unicamente para o fim da descoberta da verdade, mas também para a preservação de valores e interesses outros que poderão desviar o processo daquele caminho, cumpre-se identificar qual é a ideologia dominante em um dado sistema, na medida em que se verifica a concentração dos esforços em um ou outro sentido.

A resposta a tal conjectura passa por uma análise mais ampla, no que concerne aos fins assumidos de forma geral pela maior parte dos sistemas de justiça. Embora muito pouco se possa generalizar em relação a essa questão, e mesmo quanto à própria função instrumental do processo judicial, como aponta Damaška, é válido sustentar que o cultivo da verdade como valor ainda é uma constante entre os modelos processuais.⁸⁶⁹

Afinal, por mais justas que as normas jurídicas possam ser, assim como também a administração da justiça, sua aplicação concreta produzirá, invariavelmente, uma injustiça substancial se não tiver como pressuposto a ocorrência dos fatos que lhe autorizam a incidência⁸⁷⁰, especialmente quando impõem consequências danosas à esfera de direitos individuais. Não parece razoável supor que, em geral, os Estados Democráticos modernos estejam dispostos a assumir tal risco. Para tanto, é imprescindível que a determinação verdadeira dos fatos seja, efetivamente, um objetivo relevante com o qual o sistema processual se encontre comprometido.

Vale dizer, por outro lado, que não se afigura correto dosar o nível de comprometimento de um dado sistema com a verdade simplesmente pelo fato de sua configuração interna seguir uma matriz adversarial ou inquisitorial. A ideia de que a busca da verdade não estaria entre os anseios do processo adversarial, seja em virtude de sua dinâmica de confronto, por atribuir às partes a gestão da prova, ou pela imposição de várias restrições à admissibilidade probatória, é totalmente carente de fundamento, revelando-se como uma compreensão equivocada acerca de seu funcionamento. Ademais, a circunstância de ser o júri um traço saliente do sistema adversarial, acaba se aliando às peculiaridades do juízo popular de modo a cristalizar a noção de que uma reconstrução fática verdadeira não seria relevante às suas decisões, contanto que expressem a *vox populi* ou o senso da comunidade. Essa ideia não

⁸⁶⁸ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade... cit.*, p. 160.

⁸⁶⁹ Entretanto, como destaca o autor, contrariamente ao que é constantemente assumido, nem todos os procedimentos têm servido ou servem, em uma mesma medida, como um veículo para a aplicação do direito material a um conjunto de fatos. DAMAŠKA, Mirjan. *Epistemology and legal regulation... cit.*, p. 122.

⁸⁷⁰ HAACK, Susan. *Justice, Truth, and Proof... cit.*, p. 1.

parece correta e deve ser, pois, desconstruída.

Como sustenta Malan, ambos os modelos, adversarial e inquisitorial, têm por instrumento a descoberta da verdade, embora adotem posicionamentos distintos sobre o método considerado mais adequado, justo e socialmente legítimo para fazê-lo.⁸⁷¹ Qual das duas estruturas seria hábil a proporcionar uma verificação fática mais apurada é uma questão empírica ainda não resolvida a desafiar os cientistas cognitivos, como observa Damaška, ressaltando que ambos possuem suas fraquezas epistêmicas⁸⁷².

Em meio ao processo adversarial, no qual as partes dominam a atividade probatória, existe o risco de que ambas manipulem os fatos – e, conseqüentemente, os elementos probatórios – , de modo a fazer prevalecer os próprios interesses. Diante disso, faz-se importante o desenvolvimento de mecanismos destinados a inibir as eventuais práticas de distorção da verdade – como o da *discovery* ou *disclosure*, para compelir o compartilhamento das informações disponíveis entre as partes, bem como as regras que determinam a rejeição de certos elementos probatórios com vistas a induzir a apresentação da prova de melhor qualidade disponível. Por outro lado, no processo inquisitorial verifica-se o domínio da atividade probatória pelo julgador, o qual requer, para tanto, conhecimento prévio do caso para que possa realizar tal papel. Como observa o autor, esse conhecimento antecipado dos fatos é um sério problema sob o ponto de vista epistêmico, já que inspira a formação antecipada de hipóteses acerca do que teria ocorrido, tornando o juiz mais receptivo às informações que venham a confirmá-las do que às que apontem para caminhos divergentes.⁸⁷³

Não são poucos os críticos, entretanto, que condenam a lógica do sistema probatório anglo-americano, supostamente orientado para a exclusão de parte do material informativo relevante com vistas a evitar equívocos valorativos pelos julgadores inexperientes. Somada à dinâmica do procedimento adversarial – que deixa a cargo das partes a demarcação e exploração do objeto da investigação – , tem-se todo o pano de fundo para a recorrente especulação de que o sistema processual da *common law*, definitivamente, não se importaria com o estabelecimento da verdade.

Ronald Allen procura se insurgir categoricamente contra essa tendência, bem como contra a suposta indiferença do sistema anglo-americano com a busca da verdade. Destaca, para tanto, que muitos dos críticos são comparativistas alheios à dinâmica interna do sistema,

⁸⁷¹ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto...cit.*, p. 25.

⁸⁷² DAMAŠKA, Mirjan. *Epistemology and legal regulation... cit.*, p. 120.

⁸⁷³ DAMAŠKA, Mirjan. *Epistemology and legal regulation... cit.*, p. 120-121.

os quais, seguros de que a análise teórica tudo supera, examinam alguns textos e estatutos jurídicos e se sentem preparados para proferir diversas especulações genéricas, sem qualquer validação empírica.⁸⁷⁴

Diante disso sustenta que, ao contrário do que comumente se propaga, as *exclusionary rules* típicas, como as que dispõem sobre *hearsay* e *character evidence* são, na verdade, regras de admissibilidade, disfarçadas de regras de exclusão. Segundo Allen, as *hearsay rules* comportam tantas exceções que devem ser lidas como um apanhado de parâmetros acerca da admissibilidade dessas provas⁸⁷⁵, embora tal perspectiva somente seja compreendida por quem se encontra familiarizado com seu funcionamento. Ironicamente – continua – os únicos que parecem se queixar do caráter supostamente restritivo dessas regras são os pesquisadores europeus. Isso porque, segundo ele, se os americanos reclamam dessas regras, estão a denunciar sua abrangência inclusiva, ante as 28 exceções previstas no âmbito das *Federal Rules of Evidence*. Tudo isso indica que, o que de fato é criticável acerca dessas regras não é, propriamente, seu potencial excludente, mas sua peculiar estrutura regulatória.⁸⁷⁶

No que concerne ao caráter adversarial do sistema, as críticas se dirigem à passividade do julgador e ao total controle das fontes de informação pelos sujeitos parciais, diretamente interessados na obtenção de um desfecho em particular. Sustenta-se que a condução do procedimento probatório seria orientada pelas estratégias das partes e não pelo interesse na apuração da verdade dos fatos – de modo que muitas informações relevantes poderiam ser suprimidas caso a divulgação não fosse do interesse de nenhuma delas.

Quanto a este ponto em particular, Allen também traz uma perspectiva curiosa, que permite demonstrar o potencial distorsivo e estigmatizante de uma comparação superficial dos modelos. Os comparativistas europeus, segundo ele, enquanto enfatizam o comprometimento de seu sistema com a busca da verdade, deixam de lado o fato de que tal empreendimento

⁸⁷⁴ ALLEN, Ronald J. The Perils of Comparative Law Research. *Northwestern Public Law and Legal Theory Research*. n. 15-22, 2015, p. 5.

⁸⁷⁵ ALLEN, Ronald J. The Perils... *cit.*, p. 7.

⁸⁷⁶ Como exemplo o autor destaca a manifestação de Richard Posner, enquanto magistrado do caso US v. Boyce, no qual se queixou que, em sua forma atual, a regra sobre *hearsay* é hábil a forçar o juiz a admitir uma grande quantidade de provas circunstanciais. (ALLEN, Ronald J. The Perils... *cit.*, p. 7-8.) De fato, no caso mencionado pode-se extrair a seguinte reflexão de Posner, tendente a ratificar a ideia de Allen: “*The hearsay rule is too complex, as well as being archaic. Trials would go better with a simple rule, the core of which would be the proposition (...) that hearsay evidence should be admissible when it is reliable, when the jury can understand its strengths and limitations, and when it will materially enhance the likelihood of a correct outcome.*” Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca7/13-1087/13-1087-2014-02-13.html>. Acesso em: 24 de maio de 2016.

somente é possível mediante o irrestrito acesso à prova – o qual parece ser sistematicamente negado aos litigantes em diversas configurações processuais de *civil law*.⁸⁷⁷

Allen se refere, por meio de tal argumento, à prática da *discovery* ou *disclosure*⁸⁷⁸, amplamente consolidada no sistema probatório anglo-americano. De fato, a mesma crítica imposta pelos europeus acerca da possível ocultação estratégica de provas pelas partes no âmbito do procedimento adversarial é também possível de se vislumbrar em meio à dinâmica inquisitorial. Uma vez que, em regra, o sistema da *civil law* não impõe às partes a obrigação de divulgar e disponibilizar ao opositor as provas de que dispõem, acaba por conceder às partes o controle sobre o conjunto probatório, de modo semelhante à lógica adversarial. Muito embora esteja a iniciativa instrutória a cargo do julgador, este nada poderá fazer caso não tenha conhecimento da existência de determinadas fontes de prova, considerando que venham a ser ocultadas por contrariarem os interesses da parte que as detêm.

A garantia de amplo acesso à prova a ambos os litigantes demonstra, diante disso, o comprometimento do sistema adversarial com a determinação verdadeira dos fatos, de modo a compensar a circunstância de estar a atividade probatória sob domínio dos sujeitos parciais.

Pode-se concluir, destarte, que a opção por uma configuração adversarial do procedimento não importa, de modo algum, em um desinteresse do sistema pelo estabelecimento da verdade. Ademais, é amplamente difundida no âmbito da *common law* a ideia de que o modelo adversarial de investigação e produção de prova é mais favorável à obtenção da verdade do que os procedimentos nos quais a instrução seja de domínio oficial. A célebre afirmativa de Wigmore, no sentido de ser a *cross-examination* o método mais eficaz já forjado para a descoberta da verdade⁸⁷⁹, ilustra bem esse panorama. Segundo Malan, a técnica funda-se na ideia de que o encontro dialético das partes processuais ao ensejo da produção da prova é imprescindível para o descobrimento da verdade dos fatos. Deste modo, o modelo adversarial parte da premissa de que a verdade está contida nas versões fáticas

⁸⁷⁷ Citando um provimento da Suprema Corte Alemã que nega uma obrigação de compartilhamento de prova entre as partes adversárias, o autor questiona a capacidade de obtenção da verdade no âmbito do modelo processual continental-europeu, no qual não se dispõe de um total acesso à prova. ALLEN, Ronald J. *The Perils... cit.*, p. 8.

⁸⁷⁸ Como já discutido anteriormente, a lógica que orienta a fase preparatória naquele contexto é a de que as partes devem ter acesso a todos os elementos de prova de que dispõe o adversário, a fim de que possam preparar adequadamente sua estratégia em juízo, avaliar suas efetivas condições de êxito, e, a partir disso, evitar ações judiciais desnecessárias. O processo não deve se traduzir em um jogo de espertezas, tendente a prestigiar a parte com melhores recursos ou condições mais favoráveis para a obtenção de provas – e, eventualmente, prejudicando o titular do direito que não disponha do acesso aos elementos probatórios hábeis a sustentar sua pretensão em juízo. (Ver tópico referente à produção da prova em juízo, cap. 3)

⁸⁷⁹ WIGMORE, John Henry. *A General Survey of the History of the Rules of Evidence. op. cit.*, p. 694.

antagônicas apresentadas pelas partes, cabendo ao julgador a tarefa de individualizá-la com base na síntese do confronto dialético.⁸⁸⁰

Por outro lado, a circunstância de que a verdade possível no contexto processual seja contingente, ao invés de absoluta, não torna a aspiração pelo conhecimento objetivo idealista ou irreal, segundo aponta Damaška.⁸⁸¹ Para o autor, os empecilhos práticos à aproximação da verdade não podem ser vistos como argumentos contrários aos esforços pela obtenção de uma maior precisão na determinação dos fatos.

Quando se concentra a investigação nos processos penais em particular, campo onde é indiscutível a relevância da verdade na determinação dos fatos, uma outra preocupação parece merecer especial atenção, de modo a influir fortemente na estruturação do procedimento: a proteção do inocente. Dessa perspectiva se extraem os esforços para repartir entre as partes as chances de erro na determinação dos fatos. Considerando que na sociedade moderna entende-se muito mais repugnante a hipótese de condenação de um inocente do que a absolvição de um culpado, os riscos de erro são distribuídos de modo desigual, o que acaba exigindo um maior rigor para a condenação do que para a absolvição.

A imposição de fortes barreiras probatórias com vistas a dificultar uma condenação não produzirá, necessariamente, uma maior precisão no estabelecimento da verdade. Como explica Damaška, tais barreiras, ao mesmo tempo que reduzem as chances de condenação do inocente, também aumentam, na mesma medida, a probabilidade de que o culpado seja absolvido.⁸⁸² No entanto, a proteção do inocente é um valor que deve conviver no sistema juntamente com o propósito da busca da verdade, a despeito dos eventuais obstáculos que possa representar a tal intento. O mesmo se aplica a diversos outros fins e valores que também devem ser tutelados no curso do processo. Disso não se pode extrair, como conclusão, que o sistema processual não tenha como um de seus propósitos primordiais a realização de uma função epistêmica.

Conseqüentemente, uma vez que se tem como premissa que, de modo geral, o desempenho de uma função epistêmica é essencial para um sistema de justiça, a tese de que não é função do júri fazê-lo gera implicações, no mínimo, suspeitas e contraditórias.

Seria o mesmo que sustentar que, na medida em que um sistema de justiça investe os cidadãos na tarefa de decidir os fatos para legitimar a aplicação da lei, o mesmo estaria

⁸⁸⁰ MALAN, Diogo Rudge. *O Direito ao Confronto... cit.*, p. 42-43.

⁸⁸¹ DAMAŠKA, Mirjan. *Truth in adjudication. cit.*, p. 297.

⁸⁸² DAMAŠKA, Mirjan. *Evidentiary barriers... cit.*, p. 508.

formalmente renunciando à verdade como valor, de modo a contentar-se com o caráter político e democrático da instituição.

A despeito de todas as funções relevantes atribuídas ao júri, elencadas no tópico anterior, as mesmas não parecem suficientes para sustentar, por si mesmas, a legitimidade de uma decisão que implique em restrições importantes a direitos fundamentais do cidadão, como se a vontade da maioria compensasse o caráter arbitrário de uma sanção imposta a partir de premissas fáticas equivocadas.

É certo que os sistemas que pretendem solucionar as disputas por meio dos métodos de investigação dos fatos enfrentam a especial dificuldade do caráter de incerteza que permeia o estabelecimento da verdade objetiva. Como destaca Chase, o árbitro não deve apenas determinar os fatos, mas fazê-lo com base em um procedimento que se mostre convincente aos olhos dos litigantes e do público⁸⁸³. Com isso se evidencia a função simbólico-ritual para a legitimação das decisões oriundas de um dado sistema de justiça⁸⁸⁴, o que é notável no âmbito da instituição do júri.

A legitimidade do sistema depende tanto da determinação dos fatos quanto das normas aplicáveis. Chase ressalta o papel do júri no estabelecimento da verdade, o qual representaria o papel de oráculo do sistema moderno, mormente por não apresentar os fundamentos racionais para suas decisões. A prova seria a fonte para a qual o jurado deve se voltar com vistas a encontrar a verdade.⁸⁸⁵ Entretanto, especificamente no contexto anglo-americano, o próprio autor reconhece a previsão de vários mecanismos tendentes a limitar esse papel supostamente mítico desenvolvido pelo júri, cujas valorações e decisões estariam sujeitas a certo grau de domínio judicial com vistas a evitar decisões errôneas.

Outras evidências podem, ainda, ser destacadas.

No que tange ao específico contexto processual norte-americano, a relevância do caráter epistêmico já fora destacada pela Suprema Corte desde o ano de 1966, quando estabeleceu, por meio do caso *Tehan v. U.S. ex. rel. Shott*⁸⁸⁶, que “a finalidade básica de um

⁸⁸³ CHASE, Oscar G. *Law, culture... cit.*, p. 32.

⁸⁸⁴ Segundo o autor, “*a process that depersonalizes the decision must resonate with the culture in which it is found in order to be successful. If it does not, it cannot be ‘legitimate.’ (...) This takes us to the importance of role in legitimization. Many societies achieve the depersonalization of the umpire’s decision making by delineating a particular role for that person. The role assumption involves more than simply exercising the power to decide the dispute. It requires the person in this role to follow a particular process in which he is guided by sources other than his own personal reaction in making the decision.*” (CHASE, Oscar G. *Law, culture... cit.*, p. 33).

⁸⁸⁵ CHASE, Oscar G. *Law, culture... cit.*, p. 39-40.

⁸⁸⁶ Tradução livre. Caso *Tehan v. U.S. ex rel. Shott*, 382 U.S. 406 (1966). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/382/406/case.html>. Acesso em: 27 de abril de 2016.

processo é a determinação da verdade”. Paralelamente, por meio das Federal Rules of Evidence, especificamente na de número 102, encontra-se claramente determinado o estabelecimento da verdade como um dos principais propósitos de toda a regulação probatória.⁸⁸⁷

A própria lógica de diversas das *exclusionary rules*, tendentes a excluir material probatório que, embora relevante, possa ser valorado de modo equivocado pelo júri, demonstra a preocupação do sistema com a precisão dos veredictos. Se a verdade não fosse alvo de expectativa em meio aos procedimentos de júri, não haveria qualquer lógica nos esforços da *law of evidence* de filtrar os elementos probatórios a serem submetidos aos jurados.

Ademais, vale concluir com a perspectiva trazida pelos britânicos Paul Roberts e Adrian Zuckerman os quais, sustentando o escopo epistêmico assumido pelo sistema processual anglo-americano⁸⁸⁸, tratam dos cinco princípios fundantes do sistema probatório penal, sendo o primeiro deles o estabelecimento da verdade. Segundo eles, a aspiração de que os veredictos devam, tanto quanto possível, apresentar-se em conformidade com a verdade, merece um lugar de destaque como o primeiro princípio fundante das provas penais. O apreço pela precisão na determinação judicial dos fatos, conforme destacam, representa o decisivo fio de ouro tendente a unir o processo penal ao interesse público. Um processo penal que não se preocupa com a verdade não pode ser tido como um instrumento de justiça, mas de despotismo.⁸⁸⁹

No mais, por tudo o que já fora sustentado em capítulo anterior sobre o tema da verdade, não se afigura de qualquer modo razoável ou mesmo plausível sustentar que o desenvolvimento de uma função epistêmica não estaria entre os propósitos dos sistemas de justiça na medida em que investem os cidadãos leigos na tarefa de decidir os fatos.

Se os jurados são, de fato, capazes de desempenhar essa função de modo satisfatório, é uma outra questão que importa ser analisada.

⁸⁸⁷ “Rule 102. Purpose: These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination.” Disponível em: <http://federalevidence.com/downloads/rules.of.evidence.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2016.

⁸⁸⁸ Segundo os autores: “Anglo-American legal adjudication traditionally adopts an ‘adversarial’ format, in which fact-finding is structured around competing versions of events advanced by the parties to the litigation. When a court of law sets out to decide whether a contested event took place as party A asserts or, to the contrary, in the way party B contends, the court is trying to get at the truth of the matter in dispute. In this general sense, legal or ‘forensic’ proceedings share much in common with non-forensic processes.” (ROBERTS, Paul. ZUCKERMAN, Adrian. *Criminal Evidence. cit.*, p. 3).

⁸⁸⁹ ROBERTS, Paul. ZUCKERMAN, Adrian. *Criminal Evidence. cit.*, p. 18-19.

5.3. Sobre a capacidade dos cidadãos leigos para a decisão racional dos fatos

A preocupação com a qualidade e o acerto dos veredictos prolatados pelos jurados é bastante recorrente na literatura norte-americana recente, tendo ensejado uma considerável gama de estudos e pesquisas – tanto empíricas quanto teóricas – sobre como os jurados raciocinam e sob quais bases formam suas convicções, além das técnicas e procedimentos hábeis a aprimorar essas habilidades.

Esses esforços têm se mostrado bastante úteis para inspirar inovações nas práticas processuais vigentes no âmbito do júri, muitas das quais foram convertidas em princípios gerais⁸⁹⁰ e vêm sendo implementadas gradativamente pelas cortes da maioria dos estados norte-americanos.

Tal movimento pode ser interpretado como um fator de apoio à ideia de que os jurados sejam capazes de se aproximar à verdade na determinação dos fatos – ou pelo menos de que a busca pelo incremento dessa precisão seja desejável. Os posicionamentos céticos, apoiados no caráter simbólico da instituição e de seu procedimento, são geralmente indiferentes a tais inovações por se contentarem com a legitimidade democrática intrínseca aos veredictos populares, supostamente dotados de aceitabilidade geral por expressarem o senso e os valores da comunidade.

Por outro lado, também não são poucos os que se opõem totalmente à ideia de submeter a decisão das controvérsias – especialmente as mais complexas e em matéria civil – a um grupo de cidadãos leigos, sem qualquer habilidade especial para interpretar e avaliar toda a massa de informações disponíveis a partir das provas apresentadas.

Todas essas conjecturas levam a uma questão fundamental a ser investigada, no sentido de se os jurados possuem, de fato, a aptidão intelectual necessária para realizar uma

⁸⁹⁰ Destaca-se a publicação de 2005 pela *American Bar Association* dos princípios gerais a nortear os procedimentos e práticas a serem implementados nos tribunais de júri. Conforme se detrai do preâmbulo da edição: “*The American Bar Association recognizes the legal community’s ongoing need to refine and improve jury practice so that the right to jury trial is preserved and juror participation enhanced. What follows is a set of 19 principles that define our fundamental aspirations for the management of the jury system. Each principle is designed to express the best of current-day jury practice in light of existing legal and practical constraints. It is anticipated that over the course of the next decade jury practice will improve so that the principles set forth will have to be updated in a manner that will draw them ever closer to the principles to which we aspire.*” Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

valoração racional da prova, de modo a prolatar veredictos suficientemente próximos à verdade dos fatos. Paralelamente, em vista da problemática separação das questões de fato e de direito, também importa debater sobre a capacidade dos cidadãos para a compreensão e aplicação de conceitos e categorias jurídicas aos fatos determinados.

Uma perspectiva satisfatória acerca dessas questões somente é possível na medida em que se parta de uma análise comparativa entre o juízo por jurados com alguma outra forma de adjudicação alternativa, para o que se valerá do modelo conduzido pelo juiz profissional⁸⁹¹.

No que concerne ao teor dos debates teóricos acerca das questões acima expostas pode-se apresentar, em linhas gerais, os principais argumentos contrários e favoráveis à competência dos jurados para uma decisão racional.

Costuma-se sustentar, por um lado, que o juiz profissional, em face de seu treinamento, disciplina, experiência recorrente e conhecimento avançado, seria mais bem preparado para compreender a lei e analisar os fatos do que os leigos, selecionados a partir de distintos níveis de instrução e sem qualquer experiência em tais questões. De outro lado, são comuns os argumentos no sentido de que várias cabeças raciocinam melhor do que uma, e que o júri como grupo possui toda a força e sabedoria necessárias a tornar dispensável a caracterização individual de seus membros. Também se alega que os mesmos dispõem no âmbito de seu senso comum e experiência cotidiana o que pode estar ausente no treinamento profissional dos juízes, e que justamente essa falta de técnica seria um bem vantajoso para assegurar uma percepção renovada em cada julgamento, evitando-se os estereótipos que contaminam o olhar profissional dos juízes.⁸⁹²

Analisando a questão sob o ponto de vista do impacto das práticas rotinizadas na atividade cognitiva, Damaška destaca o fato de que a profissionalização da atividade leva ao endurecimento do agente, que tende a tratar com indiferença situações dramáticas, as quais se tornam corriqueiras dentro de sua rotina. Por sua vez, os julgadores ocasionais não estão sujeitos a tal mudança de atitude, são mais propensos a perceber cada caso como uma crise em particular.⁸⁹³ Essas perspectivas costumam ser interpretadas como indicativos da necessidade de se estabelecerem procedimentos probatórios distintos em razão das

⁸⁹¹ Assim o fazem Kalven e Zeisel, por entenderem que o procedimento levado a cabo pelo magistrado seria a mais frequente alternativa ao modelo de júri. (KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. *The American Jury*. Boston: Little, Brown & Company, 1966, p. 9).

⁸⁹² KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. *The American Jury*. *cit.*, p. 8-9. No mesmo sentido, Mannheim aduz que: “*it is one of the fundamental ideas of the jury system that the practical ability and experience, the common sense of the layman are more suitable for the task of discovering the truth about controversial facts than the more abstract and theoretical mind of the learned judge.*” (MANNHEIM, Hermann. *Trial by Jury... cit.*, p. 104).

⁸⁹³ DAMAŠKA, Mirjan. *Epistemology... cit.*, p. 119.

peculiaridades do responsável pela decisão dos fatos. Um exemplo nesse sentido são as regras de admissibilidade probatória intrínsecas aplicáveis ao júri, motivadas pelo receio de que seja atribuído um valor probatório excessivamente alto em certos itens de informação.

Vale ressaltar, entretanto, que pesquisas na área das ciências sociais indicam que juízes profissionais podem ser tão suscetíveis quanto os jurados às influências indevidas de alguns tipos de prova.⁸⁹⁴ Como destaca Schauer, embora as regras probatórias anglo-americanas tenham, de fato, surgido no contexto da proteção das falhas cognitivas do júri, não há que se concluir pela conveniência de sua total supressão quando a valoração é realizada por um juiz profissional, pois, segundo ele, a crença na inferioridade cognitiva dos jurados em relação aos magistrados é largamente um mito: ambos são igualmente propensos a sobre ou subavaliar certos tipos de informação. No entanto, os juízes tendem a superestimar suas próprias capacidades cognitivas, acreditando-se capazes de superar as deficiências do raciocínio inerente às pessoas comuns.⁸⁹⁵

Tais alegações reafirmam o caráter especulativo da suposta deficiência dos jurados para avaliar adequadamente as provas.

Além disso, os juízes também estão suscetíveis a se deixarem influenciar por inclinações pessoais, por suas convicções religiosas e políticas, por seus preconceitos e diversas outras circunstâncias. Por estarem situados em um ambiente oficial onde frequentemente se deparam com os mesmos atores – como os promotores de justiça ou os encarregados pela investigação policial – os juízes podem ter afetada a forma pela qual recebem a prova desses sujeitos, de modo a criar uma inconsciente tendência a lhes atribuir maior credibilidade.⁸⁹⁶ Por outro lado, também não são os mesmos imunes a equívocos na interpretação e aplicação da lei, a despeito de sua formação jurídica. Prova disso são as constantes reformas de decisões de juízes de primeiro grau pelos tribunais superiores, por

⁸⁹⁴ Damaška ressalta que em algumas espécies de prova, como as relacionadas às atividades criminosas anteriores do acusado, ambos os julgadores (juízes e jurados) estariam propensos às mesmas distorções cognitivas, por estarem em jogo as imperfeições humanas comuns que independem do caráter leigo ou profissional. Por outro lado, no que se refere a algumas provas com teor que cause repugnância ou dotadas de alta carga emocional, é possível que produzam maior influência nos novatos ao drama forense do que nos profissionais, já calejados pela prática rotinizada e burocrática de suas atividades. DAMAŠKA, Mirjan. The jury and the law of evidence: real and imagined interconnections. *Law, Probability and Risk*. N. 5, 2006, p. 257. No mesmo sentido: MAARTENS, P. J.; SCHIWIKKARD, P. J. A Juryless Jurisdiction and the Epistemic Rules of Evidence. *The South African Law Journal*. N. 128, 2011, p. 515.

⁸⁹⁵ SCHAUER, Frederick. On the supposed jury-dependence of evidence law. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 155, 2006, p. 187-189. Também no mesmo sentido: DAMAŠKA, Mirjan. The jury and the law of evidence... *cit.*, p. 256.

⁸⁹⁶ LEMPERT, Richard. The American Jury System: a synthetic overview. *Chicago-Kent Law Review*. v. 90, 2015, p. 838.

meio das vias recursais ordinárias.

Os juízes possuem, em média, uma formação superior à dos jurados, já que todos eles possuem, no mínimo, diploma universitário, como destaca Lempert. Mas um júri não é, segundo ele, composto unicamente de jurados “médios”. Trata-se de um conjunto heterogêneo de indivíduos, alguns dos quais podem ser tão bem ou até melhor instruídos do que o juiz – apesar de não ser tão comum. Outros, embora com pouca instrução acadêmica, podem ter conhecimentos práticos relevantes ao caso, dos quais um juiz melhor educado careça.⁸⁹⁷

Além disso, os vínculos comunitários característicos do júri se opõem ao perfil burocrático dos juízes profissionais, de modo que lhes seja permitido analisar a conduta do acusado dentro de seu próprio contexto – e não a partir de um distanciamento hierárquico próprio de onde se encontra o juiz.

Lempert ainda chama a atenção, diante de todas essas questões, que as particularidades do ato deliberativo, dentro do qual um grupo heterogêneo proferirá um veredicto unânime (em regra), fazem com que as decisões coletivas do júri sejam qualitativamente superiores às decisões individuais alcançadas por juízes profissionais.⁸⁹⁸

É de se ressaltar também que grande parte das críticas ao júri e seu papel no julgamento dos fatos no contexto anglo-americano refere-se à sua atuação nos casos civis⁸⁹⁹, especialmente os que envolvem a análise da responsabilidade civil de grandes empresas e corporações, para as quais os jurados arbitram, usualmente, altos valores de indenizações pelos chamados *punitive damages*. O caráter supostamente protecionista dos jurados civis em relação aos demandantes e a falta de critério no cálculo das indenizações levaram a que a sua imagem pudesse ser relacionada, nesse contexto, à de um “Robin Hood” contemporâneo.⁹⁰⁰ Nos casos criminais o júri não é atacado com a mesma intensidade, embora questões sejam

⁸⁹⁷ LEMPert, Richard. *The American Jury System... cit.*, p. 838-839.

⁸⁹⁸ LEMPert, Richard. *The American Jury System... cit.*, p. 839.

⁸⁹⁹ Como destacam Kalven e Zeisel, grande parte da inquietação sobre o júri encontra-se limitada à sua atuação nos casos civis, sendo geralmente aceito que o papel desempenhado pelo órgão em âmbito penal possui caráter distinto e maior força. (KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. *The American Jury. cit.*, p. 9).

⁹⁰⁰ Vidmar e Hans relatam que, instados a identificar um personagem da ficção que melhor simboliza o papel do típico jurado civil, muitas pessoas poderiam escolher Robin Hood, famoso por sua ânsia em transferir a fortuna dos ricos (demandados) para os pobres (requerentes). Essa imagem, como constatam, é regularmente propagandeada em meio às demandas empresariais e industriais por reformas nas normas de responsabilidade civil. Também encontra ressonância, por outro lado, em meio à opinião dos juízes. Os autores, através de pesquisas e dados empíricos pertinentes, procuram desconstruir esse mito, argumentando que, ao contrário, os jurados tendem a ver com descrédito e suspeita a posição do litigante e frequentemente se preocupam com a ganância de certos queixosos, para a qual permanecem em alerta contra os que buscam responsabilizar terceiros por suas próprias condutas ou até mesmo em face de danos forjados. (VIDMAR, Neil; HANS, Valerie P. *American Juries... cit.*, p. 270.)

levantadas acerca de sua capacidade em geral para avaliar questões e provas complexas, como as de caráter técnico⁹⁰¹.

Conhecido por suas severas críticas ao júri, especialmente nesse contexto cível, o juiz Jerome Frank expôs grande parte das razões de seu ceticismo em meio ao julgamento do caso *Skidmore v. Baltimore & Ohio Railroad*, em 1948. Atenta o magistrado, em primeiro lugar, para a obrigatoriedade de que os jurados respeitem as instruções dos juízes quanto às questões de direito, ante ao risco de que, uma vez assumido um “direito” dos jurados de desrespeitar tais preceitos, ter-se-ia por consolidado um caráter aleatório da lei, assim como seriam os próprios preconceitos, inclinações e paixões humanas. A segurança dos cidadãos de se encontrarem sob o império da lei se converteria na insegurança do império dos homens, daquilo que os jurados imaginam que a lei deva ser, de modo que estes não exerçam apenas a função de julgadores, mas também de legisladores.⁹⁰²

Deste modo, referindo-se ao caráter imperscrutável dos *general verdicts*, pelos quais o júri limita-se a declarar se o veredicto é contrário ou favorável ao queixoso (ou, nos casos penais, se o acusado é culpado ou inocente), denuncia a impossibilidade de se verificar quais fatos foram determinados, quais princípios legais foram aplicados e como se deu tal aplicação, de modo que praticamente se concede aos cidadãos o poder denunciado acima, de interpretar a lei segundo seu arbítrio. Adverte, paralelamente, para sua infinita capacidade de engano: “doze homens podem facilmente distorcer mais direitos em um minuto do que o juiz seja capaz de explicar em uma hora”.⁹⁰³ Em suma, a principal queixa de Frank se dirige ao caráter genérico e imotivado dos veredictos, pelos quais o papel do júri seria comparável aos ordálios.

Sob um ponto de vista mais favorável ao júri é comum sustentar-se – como o faz Nizer⁹⁰⁴ – que, na tarefa de decidir os fatos, juiz profissional e jurados chegam normalmente ao mesmo resultado, embora por caminhos diferentes. Isso porque, apesar de os jurados se encontrarem surpreendentemente corretos em suas conclusões, estas são obtidas a partir de instintos extraídos do senso comum do que seja certo ou errado, e não por meio de

⁹⁰¹ VIDMAR, Neil J. Foreword: Empirical research and the issue of jury competence. *Law and Contemporary Problems*. V. 52, n. 4, 1989, p. 2.

⁹⁰² Case *Skidmore v. Baltimore & Ohio Railroad*. 167 F.2d 54 (2nd Cir. 1948). Disponível em: <http://www.ucs.louisiana.edu/~ras2777/judpol/skidmore.html>. Acesso em: 16 de maio de 2016.

⁹⁰³ “*But while the jury can contribute nothing of value so far as the law is concerned, it has infinite capacity for mischief, for twelve men can easily misunderstand more law in a minute than the judge can explain in an hour.*” (In: Case *Skidmore v. Baltimore & Ohio Railroad*. *Cit.*)

⁹⁰⁴ NIZER, Louis. *My Life in Court*. New York: Jove, 1978, p. 359.

sofisticadas avaliações sobre o valor probatório de cada elemento apresentado. Por outro lado, o juiz profissional pode acreditar que sua decisão fora construída a partir de uma refinada valoração dos elementos de prova, enquanto, na verdade, ele mesmo possui um incontrolável sentimento acerca de qual parte está correta e qual está errada, sendo tal conclusão sustentada, posteriormente, por um complexo aparato argumentativo.⁹⁰⁵ Por vezes, entretanto, o magistrado tende a rejeitar conscientemente esse ímpeto do senso comum de identificar o certo e o errado em prol de uma vinculação estrita a métodos de valoração legalmente precisos, hipótese que os leva a errar mais frequentemente do que o fazem os próprios jurados.

De qualquer modo, como se pode observar, todos os argumentos compilados nos parágrafos acima não passam de especulações opinativas, despidas de base empírica. Naturalmente, considerando que ambos os modelos possuem seus defeitos e virtudes, sempre estarão disponíveis boas razões em defesa ou em descrédito de cada um deles, o que torna inconclusiva uma investigação baseada nessas premissas.

O que se importa questionar, sob uma perspectiva mais concreta, é se o júri dispõe da capacidade intelectual que lhe permita valorar racionalmente as provas. Para que se possa, de fato, sustentar ou negar tal aptidão, é preciso analisar algumas das principais pesquisas empíricas já realizadas acerca do tema⁹⁰⁶, de modo que as conclusões aqui obtidas sejam apoiadas em parâmetros objetivos.

As investigações experimentais nesse sentido, a despeito de sua relevância prática, não são tão numerosas quanto as pesquisas teóricas – o que se deve principalmente às dificuldades de acesso direto ao objeto da pesquisa. Uma apreciação concreta e efetiva sobre a forma pela qual os jurados raciocinam, avaliam as provas e emitem as decisões sobre os fatos dependeria, em grande parte, do acesso ao conteúdo das deliberações – o qual é vedado, em regra, ante o seu caráter sigiloso. Não é por acaso que o júri é habitualmente caracterizado como uma caixa preta.

⁹⁰⁵ É justamente sobre tal ponto que se situam as críticas ao chamado livre convencimento motivado dos juízes, as quais já foram objeto de consideração anterior. Ante a ausência de critérios lógico-rationais para pautar a formação do convencimento dos juízes – e dos meios aptos a tornar conhecidos os reais fatores que o influenciaram – o processo de decisão do magistrado acaba sendo semelhante ao dos jurados, com a diferença de que aquele deverá elaborar uma justificativa racional a ser externada ao público. A motivação em si não impede, contudo, que a decisão seja tomada com base nos mesmos critérios irracionais sobre os quais se acusa apoiarem-se os jurados em seu veredicto enigmático.

⁹⁰⁶ Para uma revisão mais completa das diversas pesquisas empíricas já realizadas acerca do Júri, especialmente no que se refere à sua habilidade para bem compreender e decidir os fatos, ver: VIDMAR, Neil; HANS, Valerie P. *American Juries... cit.*, p. 147 e ss; DEVINE, Dennis J. *Jury Decision Making: the state of the science*. New York: New York University Press, 2012, p. 5 e ss.

Em face de tais circunstâncias, uma boa parte das pesquisas empíricas baseia-se em práticas simuladas ou em investigações indiretas sobre as práticas reais, pelas quais busca-se aproximar das formas de raciocínio utilizadas pelos jurados a partir do emprego das mais diversas metodologias⁹⁰⁷. Pesa o alerta, entretanto, para algumas inconveniências das simulações⁹⁰⁸, pelas quais dificilmente se logrará reproduzir com fidelidade todos os aspectos que se encontram envolvidos na atuação do jurado real. Apesar disso, a reiteração constante de alguns de seus resultados faz com que não seja prudente ignorá-los.⁹⁰⁹ Por outro lado, também são comuns pesquisas que se baseiam na análise dos registros dos julgamentos ou em entrevistas e questionários dirigidos aos próprios jurados ou a outros sujeitos do processo (juiz, representantes das partes, etc.).

A mais notável e relevante pesquisa empírica sobre o júri de que se tem notícia foi, sem dúvida alguma, a conduzida em meados da década de 1950 pelos professores Harry Kalven e Hans Zeisel, em associação com o Chicago Jury Project, da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago.⁹¹⁰ Ante ao volume e abrangência dos dados coletados e ao rigor e perspicácia das análises, tal projeto é considerado, até hoje, a melhor fonte real de análise

⁹⁰⁷ Dentre as metodologias usualmente empregadas em tais experimentos, são comuns a simulação integral do procedimento levado a cabo em juízo, (através dos chamados *mock juries*); a infiltração de jurados fictícios em procedimentos reais (conhecidos como *shadow juries*), os quais serão submetidos às mesmas circunstâncias cognitivas dos jurados de fato (de modo a autorizar uma análise comparativa entre seus desempenhos); e, em terceiro lugar, a simples entrevista dos jurados reais, uma vez entregue o veredicto e concluída sua atividade. (MCEWAN, Jenny. *The Verdict of the Court: Passing judgment in law and psychology*. Portland: Hart Publishing, 2003, p. 4-5).

⁹⁰⁸ Jenny McEwan chama atenção para importantes considerações nesse sentido. No contexto das práticas simuladas, ante as dificuldades de uma fiel reprodução das circunstâncias fáticas de um caso real, frequentemente são apresentadas aos *mock juries* informações probatórias mais objetivas e simplificadas, por meio de procedimentos abreviados. Tal situação em muito se difere do contexto difuso, complexo e fatigante no qual as informações são transmitidas aos jurados em julgamentos reais. Tais variáveis são importantes e tendentes a gerar distorções na tentativa de reprodução da atividade cognitiva. Paralelamente, os cidadãos empregados em tais simulações não correspondem, geralmente, aos que efetivamente desenvolvem tal função perante a corte, onde se busca obter dos mesmos um caráter representativo da comunidade. Em muitos casos vale-se do apoio de estudantes universitários por sua constante disponibilidade, fator que em muito pode afetar a substância dos resultados. Por fim, o peso da responsabilidade depositado sobre os ombros dos júris reais, ante a tarefa de determinar o destino de um cidadão, além da exaustão a que são submetidos pela duração e complexidade do procedimento, não podem ser reproduzidas nas simulações, nas quais a leveza da tarefa desempenhada pode implicar na adoção de processos distintos de raciocínio e decisão. (MCEWAN, Jenny. *The Verdict... cit.*, p. 4-5).

⁹⁰⁹ McEwan sustenta a impropriedade de uma desvalorização das conclusões dos experimentos psicológicos realizados, especialmente ante a escassez de fontes alternativas de informações sobre as habilidades intelectuais dos leigos como juízes de fato. Ademais, como constata a autora, são evidentes os sinais de que juízes e legisladores estão cada vez mais atentos para as implicações dos referidos dados em meio aos movimentos de reforma das práticas e procedimentos vigentes. MCEWAN, Jenny. *The Verdict... cit.*, p. 8.

⁹¹⁰ Todos os detalhes da pesquisa, como os métodos utilizados, os resultados e as conclusões a que puderam chegar os pesquisadores a partir dos dados coletados, ensejaram a publicação da notável obra “The American Jury”, em 1966 (*op. cit.*).

sobre a competência do júri.⁹¹¹

Cientes de que o juiz presidente do tribunal do júri possui um papel crucial no curso do procedimento e que o mesmo deve acompanhar toda a instrução probatória juntamente com os jurados, os professores buscaram empreender uma análise comparativa entre a decisão efetivamente proferida pelos jurados em cada caso e aquela que hipoteticamente seria prolatada pelo juiz se coubesse a ele o julgamento monocrático. Para tanto, contaram com a cooperação de 555 magistrados de praticamente todos os estados norte-americanos, os quais se comprometeram a preencher um questionário quando os jurados se retirassem para as deliberações, pelo qual deveriam responder, antes do retorno do veredicto, qual seria sua decisão do caso na hipótese de serem responsáveis pelo julgamento. Após o retorno do júri, deveriam indicar qual fora o seu veredicto, as prováveis razões para uma eventual divergência entre os resultados, e algumas outras questões adicionais – relacionadas ao caso, à prova, às partes e a seus representantes.⁹¹²

Com base nos dados obtidos seria possível avaliar a performance dos jurados tendo o juízo hipotético do magistrado como referencial. A comparação entre as decisões levaria, conseqüentemente, à verificação do percentual de desacordo entre juiz e jurados, sendo que as fontes e as razões para tais divergências poderiam ser identificadas com base nas questões adicionais propostas no questionário.

Pois bem. Em uma amostra de 3.576 casos analisados os autores identificaram o percentual total de 78% de concordância entre juiz e jurados sendo que, desse total, 64% da coincidência deu-se em decisões absolutórias e em 14% dos casos o consenso foi no sentido da condenação. Por outro lado, a discordância ocorreu em 22% dos casos nos quais em 19% deles o juiz condenaria enquanto o júri decidiu absolver, e apenas nos 3% restantes o júri condenou enquanto o juiz teria optado por absolver.⁹¹³

Cumprido ressaltar, inicialmente, que a orientação das taxas de desacordo apontam para a tendência de que o júri seja mais propenso a absolver do que o juiz – o que, de fato, corresponde ao que historicamente se espera da instituição: a tutela da liberdade.

Paralelamente, além de se concluir que juiz e jurados adotam decisões semelhantes na grande maioria dos casos, cabe ainda – e principalmente – analisar as razões das eventuais divergências.

⁹¹¹ A conclusão é de Neil Vidmar. (VIDMAR, Neil J. Foreword: Empirical research... *cit.*, p. 4).

⁹¹² KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. *The American Jury. cit.*, p. 45.

⁹¹³ KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. *The American Jury. cit.*, p. 57-58.

Intuitivamente, a primeira hipótese a ser levantada para explicar os desacordos seria a incapacidade do júri de compreender as provas ou o direito aplicável. Dois fatores, entretanto, permitiram afastar essa suposição.

Em primeiro lugar, o questionário solicitava que os juízes classificassem a complexidade do conjunto probatório de cada caso, o que permitiu verificar que as decisões divergentes teriam ocorrido tanto em casos classificados como complexos quanto nos considerados facilmente compreensíveis. Por outro lado, os juízes eram instados a apontar as razões que consideravam responsáveis pela contraditoriedade das decisões. Dentre as razões apresentadas⁹¹⁴, quase nunca fora dito que os jurados teriam sido incapazes de compreender a prova⁹¹⁵. Segundo Kalven e Zeisel, duas proposições podem ser estabelecidas a partir de suas análises, acerca da compreensão dos jurados sobre a prova e o caso: “A primeira é simplesmente que, contrariamente a uma frequente suspeita, o júri, de modo geral, compreende os fatos e consegue apreender o caso. A segunda proposição é que a decisão do júri é movida, de forma geral, pelo valor e pela direção da prova.”⁹¹⁶

Tais conclusões são capazes, portanto, de desconstruir a tão propalada incapacidade dos jurados para uma decisão racional dos fatos.

Importa considerar, por outro lado, uma importante questão: considerando-se tratar de pesquisa realizada há sessenta anos atrás, estariam seus resultados desatualizados? Vidmar e Hans, especulam se as diversas transformações já operadas no contexto processual desde então seriam aptas a alterar a complexidade da tarefa dos jurados e, conseqüentemente, a eficiência de seu desempenho. Um grande exemplo dessas transformações mencionadas seria o caráter mais complexo das provas técnicas, frente às inovações científicas e tecnológicas recentes. Os autores concluem com um sólido “não” a tal questionamento, alegando que os

⁹¹⁴ As razões apresentadas pelos juízes como responsáveis para o desacordo, seguidas das respectivas proporções de incidência, foram as seguintes: a) fatores probatórios – divergências na valoração ou exigência pelo júri de um maior rigor probatório – 54%; b) fatos de conhecimento exclusivo do juiz – relativos a provas tidas como inadmissíveis aos jurados, cujo conteúdo fora revelado ao juiz – 2%; c) disparidade na atuação dos representantes – na medida em que a superioridade da atuação de uma das partes fosse considerada determinante para a decisão dos jurados – 4%; d) sentimento do júri quanto à pessoa do acusado – na medida em que fosse, aparentemente, determinante para sua decisão – 11%; e) sentimento do júri em relação à lei – situação na qual a decisão se baseia nos próprios valores de justiça em detrimento da lei (casos de *jury nullification*) – 29%. (KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. *The American Jury. cit.*, p. 106-115).

⁹¹⁵ “More significant, the judge almost never advances the inability of the jury to understand as a reason for disagreement. Actually there is only one clear instance out of all the disagreements where the judge states outright that the reason the jury disagreed with him was because of its inability to understand.” (KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. *The American Jury. cit.*, p. 153).

⁹¹⁶ Tradução livre. No original: “The first is simply that, contrary to an often voiced suspicion, the jury does by and large understand the facts and get the case straight. The second proposition is that the jury’s decision by and large moves with the weight and direction of the evidence.” (KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. *The American Jury. cit.*, p. 149).

resultados da pesquisa se sustentam extraordinariamente bem, apesar dos fatores considerados.⁹¹⁷

De fato, os achados de Kalven e Zeisel foram ainda corroborados por vários estudos realizados em época mais recente. Duas grandes pesquisas em 1987 englobando ao todo 257 juízes federais e 1.148 estaduais também obtiveram altos índices de apoio para os veredictos dos jurados, como relatam Vidmar e Hans. Mesmo quando os projetos tinham sob exame casos envolvendo questões de alta complexidade, os juízes geralmente reportaram que os jurados foram hábeis a alcançar decisões corretas, não demonstrando maiores problemas para aplicar de modo adequado os *standards* pertinentes ao caso.⁹¹⁸

Paralelamente, entre os anos de 2001 e 2002 uma nova pesquisa foi realizada com o apoio do National Center for State Courts (NCSC), buscando replicar parcialmente a metodologia de Kalven e Zeisel a partir de um banco de dados atualizado. Adicionalmente, procurou-se endereçar questionários não somente ao juiz, mas também aos advogados, promotores e aos próprios jurados, de modo a permitir uma perspectiva mais fiel e diversificada acerca do desempenho do júri.⁹¹⁹

Baseando-se em mais de 300 casos em quatro localidades distintas foi possível atingir um nível de concordância superior a 70% entre o veredicto do júri e as decisões hipotéticas do juiz, de modo a se obter praticamente o mesmo resultado do estudo anterior. Paralelamente, verificou-se, da mesma forma, uma maior propensão absolutória do júri dentro dos índices de divergência. Também foi constatada semelhante assimetria entre os prováveis motivos para os desacordos, sendo que a orientação geral da discordância sugeriu uma menor simpatia dos juízes pelos acusados. A hipótese de que a complexidade da prova ou das questões legais pertinentes pudesse ser o motivo para as decisões discordantes – ou por uma maior parte delas – não foi sustentada em meio aos dados obtidos.⁹²⁰

Um outro ponto a ser investigado acerca da capacidade de compreensão das particularidades do caso pelos jurados diz respeito à complexidade das provas técnicas. Não raro são feitas acusações acerca da suposta inabilidade do júri para compreender e avaliar adequadamente as questões trazidas pelos peritos, assim como para ponderar todas as

⁹¹⁷ VIDMAR, Neil; HANS, Valerie P. *American Juries... cit.*, p. 151.

⁹¹⁸ VIDMAR, Neil; HANS, Valerie P. *American Juries... cit.*, p. 151.

⁹¹⁹ EISENBERG, Theodore; HANNAFORD-AGO, Paula L; HANS, Valerie P. *et. al.* Judge-Jury Agreement in Criminal Cases: A Partial Replication of Kalven and Zeisel's The American Jury. *Journal of Empirical Legal Studies*. V. 2, n. 1, 2005, p. 171-206.

⁹²⁰ EISENBERG, Theodore; HANNAFORD-AGO, Paula L; HANS, Valerie P. *et. al.* Judge-Jury Agreement... *cit., passim*.

circunstâncias a serem levadas em consideração na valoração de tais provas. Especula-se que os mesmos seriam facilmente influenciáveis pelo argumento de autoridade, fenômeno por vezes caracterizado como “*white coat syndrome*”⁹²¹ – entendido como uma total credulidade e deferência ao perito em razão de sua especialidade.

Contrariamente a essa suposição, várias pesquisas compiladas por Vidmar e Hans foram capazes de desconstruir tal imagem, as quais puderam constatar sistematicamente que, a despeito de sua inegável dificuldade para lidar com as informações complexas, os jurados se mostraram diligentes e comprometidos em avaliar as mais diversas circunstâncias envolvidas, como as credenciais do perito, a clareza da exposição, o seu domínio do conhecimento, a completude e consistência do teor das informações, e assim por diante. A ideia básica é que, diferentemente do que se pensava, os jurados se mostraram bastante céticos e exigentes, recusando-se a aceitar cegamente as conclusões apresentadas.⁹²²

A própria habilidade do juiz para a valoração da prova científica também é, por vezes, posta em cheque, tendo sido alvo de intensas discussões a partir das decisões da Suprema Corte norte-americana por meio da célebre “trilogia Daubert”⁹²³. É evidente que a vulnerabilidade do júri é bem mais significativa do que a do juiz frente à supremacia do saber científico, embora nenhum deles tenha verdadeira capacidade técnica para uma apreciação mais profunda acerca dos exames empreendidos.

Antes de tudo, a questão principal a ser debatida acerca do papel do júri frente à prova pericial é no sentido de verificar se os raciocínios exigidos para uma adequada valoração estão além de seu alcance ou, por outro lado, além de sua capacidade intelectual, como enfatizam Vidmar e Hans. Os autores explicam que, em sua rotina, as pessoas comuns são hábeis a desenvolver raciocínios causais complexos, assim como a avaliar a representatividade de certos eventos, fazendo-o, entretanto, dentro de um certo contexto

⁹²¹ VIDMAR, Neil. Expert Evidence, the Adversary System, and the Jury. *American Journal of Public Health*. V. 95, n. S1, 2005.

⁹²² VIDMAR, Neil; HANS, Valerie P. *American Juries... cit.*, p. 177 e ss.

⁹²³ O termo *Daubert trilogy of cases* é utilizado por Neil Vidmar (VIDMAR, Neil. Expert Evidence... *cit.*, p. S137) para se referir à virada paradigmática da Suprema Corte norte-americana a partir dos casos *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.* (1993), *General Electric Co. v. Joiner* (1997) e *Kumho Tire Co. Ltd. v. Carmichael* (1999), os quais desconstruíram o posicionamento até então solidificado a partir do caso *Frye v. United States* (1923) de que a aceitabilidade geral da metodologia empregada pelo perito seria critério suficiente para que o juiz aceitasse suas conclusões como válidas. A partir do caso *Daubert* ficou reconhecido que a aceitabilidade geral seria apenas um dos critérios a serem considerados pelo juiz na avaliação, juntamente com outros hábeis a afiançar a confiabilidade e o rigor do conhecimento científico apresentado, como a margem de erro da pesquisa, a existência de publicações da matéria em revistas especializadas, se foi sujeito à avaliação pelos pares, a possibilidade de testar suas conclusões, e outros. Para uma abordagem mais precisa acerca da questão ver: MIRZA, Flávio. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. *op. cit.*

particular. Tais habilidades não são automaticamente transferidas para outros contextos, como quando encontram-se em plenário para avaliar a prova, já que não necessariamente conhecem a dinâmica específica do raciocínio a ser empregado perante essa nova configuração. Não obstante, isso não significa que não tenham a capacidade intelectual para fazê-lo uma vez devidamente orientados.⁹²⁴ Daí a importância da qualidade das instruções a serem proferidas pelo juiz.

Após realizar uma pesquisa que se propunha a investigar a capacidade do júri para avaliar provas complexas, inclusive as periciais, Richard Lempert verificou que, em geral, os jurados pareciam capazes de diferenciar entre provas científicas mais ou menos confiáveis, embora nem sempre a sua atuação tenha sido gloriosa. Em alguns casos foi possível perceber que o júri não compreendeu a prova e proferiu veredictos bastante questionáveis. Entretanto, segundo ele, em todos esses casos foi marcante também, por outro lado, uma atuação deficiente do juiz e dos representantes das partes, seja pela má-compreensão do caso ou por péssimas escolhas táticas durante o julgamento.⁹²⁵

A análise de Lempert conduz a uma perspectiva interessante e relativamente inexplorada, pela qual se extrai a necessidade de que seja dada maior ênfase no papel do juiz perante o júri, assim como às suas instruções como balizas do veredicto.

Segundo o autor, a instituição do júri deve ser compreendida como um sistema, dentro do qual tanto o juiz quanto os jurados desempenham um papel relevante na determinação do veredicto⁹²⁶. Para tanto, os mesmos devem ser considerados em conjunto e com atuação interdependente, tratando-se de equívoco uma análise separada de suas competências.

⁹²⁴ VIDMAR, Neil; HANS, Valerie P. *American Juries... cit.*, p. 176-177. É por esta razão que se põe em relevo o problema de o júri não ser devidamente instruído acerca de como proceder na avaliação das informações técnicas dessa natureza, situação na qual os mesmos podem acabar se atendo a detalhes periféricos – como a duração do depoimento, o número de argumentos utilizados ou a suposta experiência do experto. É nesse sentido que se apoia a suposição de que os jurados tendem a se render às credenciais do perito ao invés de analisar a lógica do conteúdo do testemunho.

⁹²⁵ Um exemplo citado pelo autor para o equívoco tático dos representantes foi a situação na qual um advogado do demandado em um caso envolvendo análise de responsabilidade acabou optando por não produzir prova destinada a quantificar o dano, considerando que eventual esforço nesse sentido poderia sinalizar por uma assunção da responsabilidade. Consequentemente, na medida em que o júri decidiu a favor da culpa, acabou arbitrando todo o valor requerido pelo queixoso, ainda que desproporcional, ante a ausência de qualquer prova de que seria devido um valor inferior. LEMPert, Richard. *The American Jury System... cit.*, p. 839.

⁹²⁶ Por tal motivo é comum se sustentar que, na realidade, trata-se de um juízo por juiz e jurados (*trial by judge and jury*) e não unicamente um juízo por jurados (*trial by jury*). Essa perspectiva também fora defendido por Lord Justice Auld em seu conhecido “*Review of the Criminal Courts of England and Wales*”, publicação na qual analisa profundamente os aspectos do sistema britânico de justiça criminal, sendo o capítulo 5 destinado ao júri. Segundo ele: “*We talk of ‘trial by jury’, but it is more accurately described as ‘trial by judge and jury’. It is a partnership in which the two have separate and overlapping contributions to the final outcome.*” Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.criminal-courts-review.org.uk/ccr-05.htm>. Acesso em: 24 de maio de 2016.

“Quando ambos desempenham bem seus papéis, um processo justo e um veredicto preciso são a regra e não a exceção.”⁹²⁷

Deste modo, especialmente quando diante de questões complexas, é essencial que o juiz instrua corretamente os jurados acerca do específico propósito da prova e de seu grau de relevância para o caso, de modo a lhes fornecer o contexto necessário para melhor compreender as informações. Paralelamente, é fundamental a orientação no sentido de que as declarações do perito possuem o mesmo valor que as demais provas, a despeito de sua *expertise*.

Um último ponto a ser ponderado é o que se refere às habilidades do júri para compreender as questões de direito pertinentes ao caso e aplicá-las aos fatos que consideraram provados.

Após intensa análise do processo deliberativo desenvolvido pelos jurados a partir de práticas simuladas, Phoebe Ellsworth pôde verificar uma dificuldade consideravelmente maior do júri em relação à definição dos institutos jurídicos do que na determinação das questões de fato. Entretanto, conforme destaca, as falhas na aplicação da lei não devem ser, em absoluto, interpretadas como se os mesmos não tivessem levado a sério as questões de direito, tampouco que as incompreensões sejam reflexos de suas (in)capacidades mentais. Os jurados entendiam que um aspecto fundamental da sua função era a interpretação das provas a partir das categorias jurídicas aplicáveis e, de fato, esforçavam-se para fazê-lo – o que restava claro pelas intensas discussões acerca dos institutos legais, parecendo os mesmos, por vezes, tomados por um sentimento de frustração diante da complexidade da tarefa.⁹²⁸

As instruções do juiz sobre o direito aplicável, segundo ela, não foram suficientes para lhes garantir um desempenho satisfatório do papel, seja pelo caráter técnico da linguagem utilizada, pela forma seca e descontextualizada com que as questões eram apresentadas, ou mesmo pelo momento em que recebiam algumas instruções. A autora entende mais plausível supor que o sistema esteja configurado para promover o mal-entendido⁹²⁹, o que constata após identificar uma série de obstáculos à qualidade da atuação do júri em meio ao procedimento.

Daí a necessidade de que um dado sistema esteja constantemente aberto para recepcionar novas técnicas e instrumentos voltados para o aprimoramento de seu procedimento – especialmente em âmbito probatório, com vistas a zelar pela precisão na

⁹²⁷ Tradução livre. No original: “*When they both perform well, fair trials and accurate verdicts are the rule and not the exception*” LEMPERT, Richard. *The American Jury System... cit.*, p. 840.

⁹²⁸ ELLSWORTH, Phoebe. Are 12 heads better than 1? *Law Quadrangle Notes*. V. 38, n. 2, 2005, p. 64.

⁹²⁹ ELLSWORTH, Phoebe. Are 12 heads... *cit.*, p. 64.

decisão sobre os fatos.

Diante de todo o exposto é possível concluir que, normalmente, os jurados demonstram possuir uma capacidade intelectual satisfatória para o desempenho da função, não havendo evidências de que os mesmos apresentem, em geral, qualquer deficiência significativa na compreensão do conteúdo das provas e das questões de direito aplicáveis.

De qualquer modo, também é possível supor a existência de uma relação direta entre o arranjo do procedimento probatório e o desempenho da função pelos jurados, sendo certo que o implemento de algumas técnicas processuais são hábeis a proporcionar um incremento da capacidade cognitiva do júri e, conseqüentemente, melhores condições para que decidam racionalmente os casos que lhes são submetidos.

5.4. A configuração do procedimento probatório como fator determinante para a racionalidade do juízo

Uma vez estabelecida a premissa de que os jurados são, em geral, capazes de decidir racionalmente os fatos, cumpre verificar em que medida a configuração do procedimento é capaz de influenciar essas funções cognitivas, de modo a que seja considerado mais ou menos favorável para a concretização de uma função epistêmica.

Sustentar que um determinado procedimento seja hábil ao desempenho de uma função epistêmica importa em reconhecê-lo como um instrumento logicamente estruturado para a investigação de determinados fatos a partir de um método racional, apto a provocar reações cognitivas válidas por meio do estímulo à percepção e ao raciocínio, com o escopo de se alcançar o conhecimento verdadeiro.

Conforme já explorado anteriormente, a configuração do procedimento probatório tem um grande impacto sobre a determinação da racionalidade da decisão. Outrossim, o modelo probatório mais adequado para que se possa obter decisões epistemologicamente válidas é aquele estruturado a partir dos parâmetros de uma concepção racionalista da prova, que tem como principal escopo a adequada aplicação do direito aos fatos provados como verdadeiros. Tal concepção visa inspirar a configuração de um procedimento voltado para a obtenção da verdade através de meios racionais, o que implica a adoção de pressupostos epistemológicos – sobre a possibilidade de realizar juízos atuais sobre eventos pretéritos; e pressupostos de raciocínio – sobre os princípios a serem aplicados com vistas a maximizar a probabilidade de

que tais juízos sejam precisos. A concepção racionalista reconhece que a busca da verdade possui uma alta, mas não definitiva, prioridade como um meio de garantir a justiça⁹³⁰.

Também já se destacou que a garantia da motivação das decisões é um importante fator para a verificação de seus fundamentos e controle de sua racionalidade, restando-se a discussão sobre como equacionar sua compatibilidade ao procedimento do júri.

Finalmente, a partir da presente aproximação ao modelo de procedimento realizado no âmbito dos sistemas inglês e norte-americano, especialmente à luz das pesquisas empíricas desenvolvidas nesse contexto, uma outra perspectiva parece estar sendo delineada, o que permite alavancar um terceiro fator a condicionar a precisão dos veredictos. Aparentemente, a capacidade dos jurados de desenvolver raciocínios válidos a partir das provas, com vistas a proferir decisões racionais e próximas à verdade, é diretamente influenciada pela qualidade das instruções que recebem por parte do juiz acerca de seu papel, do procedimento e do direito aplicável. De fato, nada mais lógico do que fornecer aos juízes leigos alguns parâmetros mínimos sobre como devem desempenhar esse importante papel.

Por tudo isso, partindo-se de uma análise centrada na dimensão epistêmica do processo anglo-americano perante o júri, ou seja, como um modelo epistemológico tendente a proporcionar aos jurados o conhecimento verdadeiro dos fatos com base nas provas, buscar-se-á examinar criticamente algumas das técnicas utilizadas e seu potencial para o alcance do fim pretendido. Também serão trazidas algumas inovações procedimentais fruto das reformas processuais no âmbito da *civil law*. A partir das experiências do direito comparado será possível estabelecer uma valoração epistêmica do procedimento brasileiro e empreender discussões sobre possíveis aprimoramentos em suas estruturas fundamentais.

5.4.1. A dinâmica do júri norte-americano e alguns de seus aspectos processuais relevantes

O sistema processual penal norte-americano, fruto da *common law*, é a melhor expressão do que se caracteriza por processo de partes, onde o acusador de um lado e, de outro, o acusado e seu defensor se enfrentam em igualdade de condições perante um tribunal,

⁹³⁰ ANDERSON, Terrence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of Evidence. cit.*, p. 78.

representado por um banco de jurados espectadores e com a presidência de um juiz, a quem cabe manter a ordem, decidir os incidentes e, se for o caso, fixar a pena.

Na verdade, nem se poderia falar em verdadeiro “sistema” processual norte-americano, a não ser pela organicidade e coerência de regras de conduta. Segundo relata Albergaria a partir das considerações de Amodio, no processo penal estadunidense a afirmação desses valores é contida por dois fatores desconhecidos pela moderna experiência do processo continental: a pluralidade de ordenamentos e a heterogeneidade de fontes.⁹³¹ De fato, a existência de diversos ordenamentos distintos em âmbito federal e estadual, além do papel marcante da Suprema Corte como intérprete da Constituição, saltam aos olhos do observador habituado aos padrões de *civil law*.

A própria configuração do sistema de júri pode variar entre os estados americanos, sendo que o critério federal é o da composição por doze membros que deliberam em conjunto e decidem por unanimidade. Essa composição nos estados pode ser estabelecida em, no mínimo, seis membros⁹³². Em quase todos os estados norte-americanos exige-se o requisito da unanimidade para a condenação, com exceção de Louisiana e Oregon, que somente adotam tal critério para o julgamento de crimes capitais. Com esteio nos casos *Apodaca v. Oregon* e *Johnson v. Louisiana*, ambos de 1972⁹³³, a Suprema Corte considerou que o voto de nove jurados em um júri de doze membros seria suficiente para a condenação, motivo pelo qual os dois estados sustentaram sua opção pelo critério da maioria dos votos, visando evitar os

⁹³¹ ALBERGARIA, Pedro Soares. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 11.

⁹³² No caso *Williams v. Florida* (1970), um júri composto por seis membros foi considerado apto a cumprir os requisitos do devido processo legal. Em contrapartida, no caso *Ballew v. Georgia* (1978), considerou-se que um júri de cinco membros teria privado o acusado de seu direito a julgamento por um júri de seus pares. (KING, Nancy J. *The American Criminal Jury. cit.*, p. 98, nota 32). Vale ressaltar, entretanto, que ao estabelecer os princípios gerais a nortear os procedimentos de júri, a American Bar Association estabeleceu como premissa que os júris devem ser, em regra, compostos por doze membros nos crimes com pena superior a seis meses de prisão, podendo este número ser reduzido a seis membros nas infrações apenadas com detenção por período igual ou inferior a seis meses. (American Bar Association. *Principles for Juries and Jury Trials*, 2005, p. 5. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2016).

⁹³³ Ambos disponíveis em, respectivamente em: https://scholar.google.com/scholar_case?case=17083848214568933382&hl=en&as_sdt=6&as_vis=1&oi=scholar ; https://scholar.google.com/scholar_case?case=4788944463631168530&hl=en&as_sdt=6&as_vis=1&oi=scholar . Acesso em: 30 de maio de 2016. No âmbito dos princípios estabelecidos pela American Bar Association, o requisito da unanimidade é considerado, em regra, essencial para os casos criminais. (American Bar Association. *Principles for Juries and Jury Trials*, 2005, p. 6. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2016).

inconvenientes impasses verificados na hipótese em que os jurados não entram em acordo sobre o veredicto (*hung juries*).

A adoção de critério diverso da unanimidade é frequentemente criticada por ignorar a tradição consagrada ao longo de séculos de experiência com o júri, e por violar, paralelamente, um requisito que teria sido considerado essencial pelos constituintes, com base na história e nos propósitos da Sexta Emenda. Acredita-se que, uma vez exigida a unanimidade, os jurados tendem a deliberar de modo mais profundo e cuidadoso sobre as questões que lhes são submetidas, de modo a considerar todos os pontos de vista possíveis. Por outro lado, na medida em que sabem que uma maioria de votos é suficiente, as deliberações tendem a ser mais curtas e se encerram a partir do momento em que esta maioria é obtida. Supõe-se, ainda, que afastar o requisito da unanimidade seria ignorar os posicionamentos dos grupos minoritários, sobretudo quando estão em foco temas de interesse dessas minorias, como os casos que envolvem a discussão de questões raciais.

Apesar de sua inexigibilidade em alguns estados, não se pode negar que o requisito da unanimidade desempenha um importante papel simbólico na dinâmica processual do júri anglo-americano⁹³⁴, no sentido de assegurar que o veredicto alcançado seja fruto de um processo deliberativo por meio do qual todas as vozes venham a convergir para um consenso. Opõe-se, portanto, à ideia de uma convicção individual, íntima e subjetiva – e potencialmente arbitrária.

O verdadeiro traço que distingue o modelo de júri anglo-americano daqueles que vieram a se desenvolver no continente é, todavia, a peculiaridade de seu sistema probatório.

Ao analisar o sistema probatório dos países de *common law*, Damaška⁹³⁵ apontou três características marcantes, as quais desempenham importante papel na dinâmica de seu funcionamento: a intensa complexidade da regulação em matéria probatória; uma grande preocupação em filtrar os elementos de prova a serem apresentados aos jurados e um anseio em estruturar a análise da prova.

A complexidade na regulação probatória⁹³⁶ é atribuída principalmente ao peculiar sistema de precedentes que acaba criando uma grande casuística desordenada e aparentemente

⁹³⁴ Como sustenta Mirza, o requisito da unanimidade seria uma forma de se buscar a superação da ausência de fundamentação das decisões do júri, considerando que o veredicto seria fruto de um consenso. (MIRZA, Flávio. Notas sobre a avaliação... *cit.*, p. 139).

⁹³⁵ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.

⁹³⁶ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law... cit.*, p. 8-12. Alguns fatores são hábeis a justificar, entretanto, a opção anglo-americana pela regulação em matéria probatória, ao invés de um sistema de total e irrestrita liberdade, tanto no que se refere à admissibilidade, quanto ao raciocínio e à forma de decisão a ser adotada. Em primeiro lugar destaca-se a eficiência, no sentido de que o juiz mantenha fora do processo as questões irrelevantes,

desconexa, o qual é somado às *rules of evidence* em âmbito federal e às normas próprias de cada Estado. Toda essa complexidade, que se direciona principalmente para a filtragem do material probatório hábil a ser submetido ao conhecimento dos jurados, se materializa nas *exclusionary rules*, regras que determinam as provas que serão, a princípio, inadmissíveis. Tal lógica acaba por estabelecer um estilo de investigação que se diverge de qualquer método tradicional de reconstrução fática, uma vez que se dirige para a rejeição de material probatório com conteúdo relevante para a determinação da verdade.⁹³⁷ A intensa filtragem preliminar da prova, que para os observadores de *civil law* costuma gerar certa estranheza, constitui um traço saliente do estilo anglo-americano, e se justifica tanto pelo caráter leigo de seus destinatários, quanto pelo estilo adversarial do procedimento.

Algumas das regras de exclusão de prova, como aponta Damaška⁹³⁸, não são típicas da *common law*, se mostrando presentes também no direito continental, como aquelas da inadmissibilidade da prova ilícita, o privilégio contra a autoincriminação, a proteção do sigilo profissional, dentre outras. Por outro lado, outras regras se mostram típicas da *common law*, e se destinam a não admitir provas sob o entendimento de que essa rejeição levará a uma maior precisão no processo de formação do convencimento dos jurados. Nesse sentido, algumas provas poderiam ser superestimadas pelo júri (como a do testemunho indireto); ou em alguns casos criar um injusto preconceito contra o acusado (como as provas sobre má conduta). Todo esse esforço na seleção do material probatório é visto como necessário para compensar as fragilidades emocionais e intelectuais dos amadores escalados para o papel de juízes eventuais. A partir dessa lógica, a lei deve fornecer mecanismos direcionados a corrigir a tendência dos jurados, leigos, de valorar equivocadamente alguns tipos de informação, ou até mesmo de não raciocinar apropriadamente a partir delas.⁹³⁹

Paralelamente, diante do caráter adversarial do procedimento, as regras de exclusão servem para o fim de evitar abusos por parte dos litigantes na manipulação dos fatos e na

redundantes e triviais. Além disso, algumas provas possuem um baixo valor probatório, o qual não justifica o prejuízo que podem oferecer para a qualidade da valoração, ante seu potencial distorsivo. Em segundo lugar, a exclusão destas últimas também se justifica pela busca da precisão nos resultados dos julgamentos, já que certos tipos de prova seriam aptas a comprometer a racionalidade do julgador mediante um desproporcional apelo à emoção e preconceitos. Uma terceira razão seria a busca por uma melhor alocação dos riscos de erro entre os litigantes. Paralelamente, as regras probatórias anglo-americanas ainda se encontram justificadas pela preservação de valores extrínsecos à investigação – a exemplo dos *privileges*, além daqueles necessários à manutenção da justiça do procedimento (*procedural fairness*). (ALLEN, Ronald J.; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David S.; PARDO, Michael S.; STEIN, Alex. *An Analytical Approach to Evidence... cit.*, p. 124-127).

⁹³⁷ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law... cit.*, p. 11-12.

⁹³⁸ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law... cit.*, p. 12-17

⁹³⁹ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law... cit.*, p. 28.

tentativa de distorcer a verdade, a partir da utilização de elementos com baixo valor probatório e alto potencial persuasivo. Nesse sentido, um dos principais postulados do direito probatório anglo-americano, responsável por orientar várias de suas regras de exclusão, é o que preza pela melhor prova (*best evidence rule*), segundo o qual as partes devem apresentar ao tribunal o melhor ou mais confiável elemento de prova possível sobre determinada questão fática controvertida.⁹⁴⁰

Ao lado da tendência de filtragem do material probatório situa-se o anseio de estruturar a análise da prova. Alguns instrumentos legais se destinam a restringir a liberdade dos jurados na valoração da prova, conforme mostra Damaška⁹⁴¹. Nesse sentido, as instruções fornecidas pelo juiz aos jurados para desconsiderar determinadas informações inadmissíveis e as regras de admissibilidade parcial – pelas quais certas informações somente podem ser consideradas para propósitos específicos, são algumas ilustrações.

Paralelamente, o juiz pode se valer de sua prerrogativa para fornecer aos jurados, ao final do julgamento, uma síntese das provas apresentadas, podendo ainda, em alguns tribunais estaduais e federais, tecer comentários sobre as mesmas, desde que o faça de forma imparcial e de modo que não pressione o júri a emitir um veredicto em particular. Como explica Lempert, muitos magistrados norte-americanos hesitam em desempenhar esse papel por temerem influenciar o júri, cruzando a linha entre as meras instruções e a expressão de suas opiniões – o que poderia dar ensejo a recursos contra o veredicto.⁹⁴² Na Inglaterra, todavia, essa função é comumente desempenhada pelos juízes, os quais também usualmente manifestam sua opinião sobre os fatos, consignando, entretanto, que os jurados são livres para dela divergir.

Por outro lado, constitui obrigação do magistrado instruir os jurados sobre sua função, sobre a dinâmica do procedimento e sobre as questões de direito aplicáveis (esclarecendo-se sobre a forma adequada de interpretar alguns dos conceitos jurídicos pertinentes). O júri é orientado, basicamente, sobre como lidar com a vasta gama de informações que lhe foi apresentada, bem como sobre as regras de ônus da prova e sobre o *standard* de convencimento a ser adotado.⁹⁴³ Nos casos criminais exige-se o rigor do “*evidence beyond a*

⁹⁴⁰ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto... cit.*, p. 35.

⁹⁴¹ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law... cit.*, p. 17-18.

⁹⁴² LEMPert, Richard. *The American Jury System... cit.*, p. 837.

⁹⁴³ ZANDER, Michael. *Cases and Materials on the English Legal System*. 10th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 519.

reasonable doubt” para as condenações, ou seja, é preciso que o fato reste provado além de qualquer dúvida razoável.

Como se pode observar, a imagem de total liberdade que é constantemente difundida acerca do funcionamento e da atuação do júri anglo-americano é bastante distorcida, sendo talvez por isso que seu transplante para o continente tenha gerado reproduções e concepções tão equivocadas.

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 redução do conjunto de informações que lhe serão apresentadas e das instruções que lhe são fornecidas durante todo o julgamento para nortear a sua cognição – e convicção. Esses instrumentos, sem dúvida alguma, representam formas de controle do juiz sobre a atuação do júri e se destinam a diminuir os riscos de uma condenação precária tendo em vista a falta de conhecimentos técnicos dos jurados e sua tendência a decidir emocionalmente.

Nesse ponto, as instruções do juiz, quando aliadas à deliberação dos jurados e à necessidade de um veredicto unânime contribuem para a vinculação do raciocínio do jurado a critérios racionais. Como observa Damaška, os jurados nem sempre ingressam na sala de deliberações com uma decisão formada. No entanto, mesmo os que chegam com uma opinião formada nem sempre decidem com base no entendimento inicial. Assim, diante da necessidade de uma decisão unânime, a tendência é que os argumentos racionais daqueles jurados que analisaram as provas de acordo com as instruções do juiz se sobreponham aos argumentos subjetivos, baseados meramente nas emoções ou convicções pessoais, uma vez que estes últimos não poderão ser racionalmente justificados.⁹⁴⁴

Apesar de reconhecer que, de modo geral, a opinião mais difundida é a que prega que os jurados possuem a aptidão necessária para a formulação de decisões racionais a despeito de suas limitações intrínsecas, Taruffo⁹⁴⁵ procura apresentar as duas principais razões pelas quais considera que o júri (norte-americano) não seja capaz de desempenhar uma função epistêmica.

Uma delas é justamente o fato de que, na ânsia de proteger os jurados contra o risco de valorações equivocadas, o sistema acaba excluindo de seu conhecimento uma vasta gama de provas que seriam relevantes para a apuração dos fatos.

⁹⁴⁴ DAMAŠKA, Mirjan. *op. cit.*, p. 38.

⁹⁴⁵ *Uma simples verdade... cit.*, p. 215-216.

Realmente, já se procurou destacar em capítulo anterior os perigos de se subtrair informações relevantes do conhecimento do júri, uma vez que se conhece o método típico de raciocínio por ele empreendido na análise da prova: o da construção de narrativas. Na medida em que se deparam com lacunas na estruturação das suas histórias (construídas a partir do encadeamento lógico e sequência temporal das informações disponíveis por meio das provas apresentadas), os jurados tendem a preenchê-las com dados de seu próprio estoque de conhecimentos, baseado em suas expectativas sobre como os eventos normalmente ocorrem e se desenvolvem, com amparo no senso comum. Diante disso, quanto maiores forem os espaços a serem preenchidos com base no senso comum dos jurados, devido à ausência de dados fornecidos a partir do conjunto probatório, maior a chance de que a reconstrução fática realizada por eles seja divergente da realidade.

Não se pode ignorar, contudo, o potencial que algumas provas possuem de distorcer o raciocínio dos cidadãos leigos, de modo a reforçar a influência de fatores subjetivos em sua apreciação. Tais provas, como a de caráter, pouco acrescentam na reconstrução dos fatos, dado seu baixo valor probatório, de modo que se possa considerar a exclusão sem maiores prejuízos para a descoberta da verdade. Em alguns outros casos a conveniência da exclusão deve ser ponderada com os possíveis riscos ao conhecimento dos fatos.

De qualquer forma, o que importa deixar consignado é que esse entrave epistêmico apontado por Taruffo não decorre de uma característica inerente à essência do juízo por jurados e sim de uma peculiaridade do sistema probatório anglo-americano. Desse modo, a crítica do autor não seria aplicável a um modelo de júri com procedimento probatório estruturado a partir das noções da concepção racionalista, nos moldes aqui propostos.

A outra razão para se duvidar da capacidade do júri para exercer uma função epistêmica é o caráter imperscrutável dos veredictos, segundo Taruffo. O autor se preocupa com o fato de que as decisões do júri se formem em uma espécie de *black box*, na qual não se conhecem as escolhas feitas e nem seus fundamentos. Destarte, por não serem obrigados a motivar as decisões, não se vêem induzidos a formular valorações e inferências racionais tendentes a estabelecer os fatos conforme a verdade.⁹⁴⁶

De fato, a falta de motivação dos veredictos é um problema dos mais relevantes a assombrar a expectativa de que os jurados possam ser reconhecidos como julgadores racionais, justamente pela impossibilidade de se avaliar o modo como desempenham essa função e os fundamentos determinantes para a decisão adotada.

⁹⁴⁶ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade... cit.*, p. 216.

Lempert destaca a recorrência dessa crítica, especialmente entre os observadores da *civil law*, os quais consideram esse fator tão grave e incompreensível que, somente por isso, não haveria qualquer espaço para o júri nos sistemas legais modernos. Segundo o autor, o receio de que os veredictos imotivados sejam irracionais ou a suposição de que impeçam o conhecimento de suas razões é fruto de compreensões equivocadas acerca da lógica de seu funcionamento.⁹⁴⁷

Conforme observou a Corte Europeia no caso *Taxquet* acima analisado, a tarefa do juiz de sintetizar a prova e o caso – (*summing up*), juntamente com as *instructions*, representam em si uma garantia apta a desempenhar semelhante papel à motivação nos casos em que ela não é exigida, como no júri. Por meio do conteúdo desses atos é possível ao acusado compreender o processo de raciocínio que o júri adotou no ato de decisão, já que o seu propósito é justamente fornecer aos jurados uma cadeia de raciocínio que deve ser adotada para se chegar ao veredicto.⁹⁴⁸

Lempert relembra que as mais diversas pesquisas realizadas tanto a partir de práticas simuladas quanto reais demonstraram que os jurados deliberam cuidadosa e racionalmente, fazendo com que todas as vozes sejam ouvidas. Assim, é possível conhecer as razões do veredicto considerando-se que os jurados abordam durante o ato deliberativo todos os elementos e requisitos relevantes especificados nas instruções do magistrado.⁹⁴⁹ Apesar disso, o autor concorda que não seja possível saber ao certo se, de fato, o júri se convenceu que os elementos tenham sido provados além de qualquer dúvida razoável, ou se fora a decisão influenciada por uma rejeição à figura do acusado, por exemplo. No entanto, ressalta ser

⁹⁴⁷ LEMPert, Richard. *The American Jury System... cit.*, p. 837.

⁹⁴⁸ “Na conclusão da atividade probatória, o juiz fornece uma síntese do caso aos jurados. Ele os recorda a prova que lhes foi apresentada. Fazendo isso, o juiz pode dar direções acerca da abordagem adequada a ser adotada a respeito de certas provas. Ele também fornece aos jurados informações e explicações sobre as regras jurídicas aplicáveis. Nesse contexto, o juiz esclarece os elementos do delito e estabelece a cadeia de raciocínio que deve ser seguida para alcançar um veredicto baseado nas conclusões do júri sobre os fatos.” (Tradução livre. TEDH, *Caso Taxquet v. Bélgica. cit.*, p. 16.)

⁹⁴⁹ Segundo o autor, exemplificativamente: “O júri pode, por exemplo, ser instruído no sentido de que para condenar um acusado de roubo deve-se primeiro determinar além de qualquer dúvida razoável que o acusado é a pessoa que tomou o bem de propriedade da vítima, tendo feito isso com intenção e mediante ameaça ou uso da força, e de que ele não dispunha de uma justificativa legal adequada para fazer o que fez. Se o júri condena, significa que, coletivamente, os jurados entenderam que além de qualquer dúvida razoável as acusações do réu preencheram cada um dos quatro requisitos legais para a condenação. Mais ainda, se o réu nega alguns elementos do crime – por exemplo, ser a pessoa responsável pela subtração – e outra prova ou testemunho contradiz sua afirmação, sabe-se pela circunstância da condenação que o júri não se convenceu por sua negativa, e que deu crédito à outra prova ou testemunho.” (Tradução livre. LEMPert, Richard. *The American Jury System... cit.*, p. 836.)

igualmente possível que os juízes apresentem fundamentos legalmente convincentes para suas decisões, embora os mesmos não correspondam às verdadeiras razões que as motivaram.⁹⁵⁰

A respeito dessa questão, interessante resgatar algumas das ponderações trazidas por Damaška, no que se refere à coexistência, na dinâmica do júri anglo-americano, de um prelúdio articulado e transparente – que se materializa na regulação probatória e nas instruções – com um epílogo inarticulado e impenetrável – representado pelo veredicto imotivado dos jurados. Segundo o autor, a compreensão dessa forma de racionalidade *ex ante* estabelecida em meio ao procedimento do júri deve ser precedida do reconhecimento de que o ato de fundamentação da decisão judicial não importa na descrição dos caminhos mentais percorridos pelo julgador até o alcance da decisão. Ao contrário, uma forma mais realista de se compreender o ato de motivação é a que retira a ênfase dos fatores que causaram a decisão, para realocar-lhe sobre os argumentos aptos a lhe proporcionarem um suporte racional e demonstrarem a sua precisão. Nesse sentido, o principal dever do tribunal deve ser o de demonstrar que suas constatações fáticas encontram-se firmemente fundadas nas provas disponíveis e que as conclusões tenham sido obtidas com suporte nos cânones válidos de raciocínio.⁹⁵¹

Desta forma, sabendo-se que os cidadãos leigos não possuem familiaridade com as convenções de racionalidade a serem aplicadas, não serão capazes de fornecer satisfatoriamente uma fundamentação para seu veredicto. Diante disso, o sistema procura sujeitar ao controle das partes a adequação do banco de dados fornecido aos jurados como premissa da decisão imperscrutável: se o suporte racional do produto (*output*) do processo de decisão escapa a uma supervisão, o suporte racional para o material de entrada (*input*) pode estar sujeito a ataque. Como explica o autor, a análise pode se consistir, por exemplo, na verificação de se a prova submetida ao júri possui suficiente potencial probante, ou se as instruções do juiz foram formuladas de acordo com os *standards* racionais adequados, de modo a proporcionar aos cidadãos uma estrutura lógica de raciocínio para o alcance da decisão.⁹⁵²

É justamente essa a base para o controle dos veredictos. “É através da possibilidade de influência sobre aquilo que a ‘esfinge processual’ escuta e vê, que as partes sentem que podem afetar o resultado da causa.”⁹⁵³ Todo o conjunto de informações a ser submetido ao

⁹⁵⁰ LEMPERT, Richard. *The American Jury System... cit.*, p. 836.

⁹⁵¹ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law... cit.*, p. 42-43.

⁹⁵² DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law... cit.*, p. 44.

⁹⁵³ Tradução livre. DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law... cit.*, p. 44.

júri, inclusive as instruções do juiz, é o que servirá de base para os questionamentos sobre a justiça ou injustiça do veredicto, em sede de apelação.

De todo modo, o que importa ressaltar para o momento, é que a oposição de Taruffo à possibilidade de que o júri seja capaz de realizar uma função epistêmica, no que se refere à falta de fundamentação dos veredictos, deve ser considerada à luz dessa forma distinta de se conceber a racionalidade de suas decisões. Apesar de não ignorar o papel das instruções, Taruffo não parece ceder ao seu valor como fator de racionalização dos veredictos, por não se saber ao certo se os jurados teriam chegado à decisão com base nos parâmetros ali traçados⁹⁵⁴. Nesse ponto, entretanto, vale o alerta de Damaška de que, por vezes, a motivação como fator de racionalização das decisões dos juízes profissionais pode ser um tanto quanto superestimada: “os juízes continentais valem-se de formulações pré-fixadas tão prontamente quanto seus irmãos da *common law* empregam linguagem clichê em suas instruções ao júri.”⁹⁵⁵

Seja como for, é importante que se conceba que o emprego de um corpo de leigos na administração da justiça impediu o desenvolvimento de uma prática de justificação das decisões *ex post facto*, do modo como realizado pela justiça profissional. Essa peculiaridade explica o motivo pelo qual o direito probatório anglo-americano concentra todos os esforços em policiar o recebimento das informações, não somente com a ânsia de evitar o erro na determinação dos fatos, mas também sob o anseio de fortalecer *ex ante* a legitimidade dos veredictos imotivados do júri.⁹⁵⁶

Como já ressaltado, é de suma importância que se faça possível o conhecimento das razões que determinaram o veredicto, como providência indispensável à garantia do devido processo legal. Isso seria possível, portanto, no contexto da *common law*, por meio das instruções do juiz presidente aos jurados sobre os parâmetros de valoração aplicáveis à prova produzida, conforme destacado por Lempert e pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso Taxquet. Conforme aventado em meio às pesquisas empíricas apresentadas, tais instruções desempenham um importante papel também como fator de racionalidade para os veredictos, uma vez que fornecem aos juízes ocasionais as orientações necessárias acerca dos métodos e convenções a serem adotados para um adequado julgamento dos fatos.

⁹⁵⁴ “De resto, qualquer indicação dada pelo juiz a propósito de possíveis critérios de valoração acaba por ser inevitavelmente genérica, não havendo – sobretudo – qualquer possibilidade de que se verifique se efetivamente o júri a levará em consideração. Como se disse, de fato, o veredito do júri jamais é motivado.” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade... cit.*, p. 217).

⁹⁵⁵ Tradução livre. DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law... cit.*, p. 45-46.

⁹⁵⁶ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law... cit.*, p. 46.

No que concerne ao objeto da presente investigação, mostra-se relevante uma análise mais detida acerca do conteúdo e forma de expressão dessas instruções, consideradas essenciais para o bom desempenho dos jurados no contexto da *common law*.

5.4.2. As *instructions* do júri estadunidense e o *summing-up* do procedimento inglês: a relevante e construtiva interação entre a função do juiz e a dos jurados.

Na medida em que são designados para o exercício da função jurisdicional os cidadãos são retirados de suas rotinas particulares e se vêem inseridos em uma realidade totalmente nova, especialmente formal e dominada por uma linguagem própria – com a qual não estão familiarizados. Nesse ambiente, são colocados em contato com personagens estranhas e muitas vezes intimidadoras ao mesmo tempo que uma larga massa desordenada de informações lhes será apresentada por diversas fontes, com base nas quais acusação e defesa procurarão construir versões contraditórias de um mesmo evento. Diante de tudo isso, esse grupo de cidadãos será instado a determinar o que de fato restou provado, devendo atentar-se para uma série de conceitos jurídicos complexos com vistas a decidir, ao final, pela culpa ou inocência do acusado. Essa pequena descrição visa aproximar-se minimamente das dificuldades impostas ao cidadão no contexto de sua atuação como jurado.⁹⁵⁷

É certo que o caráter leigo dos cidadãos é inerente ao juízo popular e por meio deste se espera permitir que os padrões da comunidade, juntamente com seus valores de justiça e equidade sejam aplicados aos julgamentos. Entretanto, reconhecer tais escopos não importa, segundo a lógica da *common law*, admitir que devam os jurados realizar todas as tarefas acima elencadas sem qualquer direcionamento ou orientação. Em outras palavras, o sistema anglo-americano não consente que os jurados exerçam de forma totalmente livre a atividade

⁹⁵⁷ Ademais, uma boa forma de se dimensionar tal complexidade é por meio da decomposição das diversas tarefas que se inserem na função do júri, a partir da qual se obtém os seguintes componentes, conforme apresentados por Pennington e Hastie : 1) Os membros do júri devem acompanhar os depoimentos e memorizar toda a informação recebida durante o julgamento. 2) O júri deve ser capaz de compreender e definir as categorias legais correspondentes aos fatos analisados. 3) O júri deve considerar apenas a prova admissível e ignorar os eventuais elementos de prova inadmissíveis. 4) O júri deve reconstruir a sequência fática dos eventos narrados. 5) O júri deve avaliar a credibilidade dos depoentes. 6) O júri deve avaliar a prova a partir das categorias jurídicas fornecidas pelas instruções do juiz. Certos elementos fáticos são particularmente importantes na categorização do fato punível. O júri deve identificar esses elementos e compreender como as diferenças na interpretação dos fatos podem se traduzir em diferenças na tipificação e, conseqüentemente, na determinação do veredicto. 7) O júri deve verificar se sua interpretação dos fatos e a conseqüente escolha do veredicto é viável perante o *standard* de prova aplicável, sob o ponto de vista da suficiência probatória. 8) O júri deve decidir sobre o veredicto. PENNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. Juror Decision Making Models: The Generalization Gap. In: *Psychological Bulletin*. V. 89, 1981, p. 249-255.

de valoração da prova e de decisão sobre os fatos, segundo a sua própria intuição. Ao contrário, procura fornecer aos mesmos os parâmetros legais de valoração e decisão aceitáveis, de modo que sejam capazes de lidar com a vasta gama de informações apresentada em juízo e raciocinar adequadamente a partir dela, buscando acessar o efetivo valor probatório de cada elemento sem sucumbir aos apelos persuasivos dos representantes das partes.

Como explica Hendler, esse conjunto de indicações legais constitui uma enunciação dos mais diversos princípios jurídicos aplicáveis em cada caso, os quais delimitam a discricionariedade do júri. É em torno delas que giram as questões que podem ser objeto de recursos às instâncias superiores.⁹⁵⁸ A ideia é no sentido de que a atuação do júri seja pautada pelas instruções, de modo que, ante a imperscrutabilidade dos veredictos, uma vez detectado um vício ou uma impropriedade no conteúdo daquelas, presume-se que os jurados tiveram sua função prejudicada pela falha do juiz.⁹⁵⁹

Em princípio, as *instructions* norte-americanas eram desenvolvidas casuisticamente pelo juiz, podendo atender às sugestões dos representantes das partes. Esse processo, entretanto, consumia tempo e não raro resultava em alguns textos confusos e incapazes de expressar adequadamente a lei aos jurados. Para lidar com essa situação e evitar revisões por parte dos tribunais superiores, os juízes começaram a acumular instruções tomadas literalmente de decisões das cortes de apelação, para serem utilizadas em casos futuros.⁹⁶⁰

⁹⁵⁸ HENDLER, Edmundo S. *El juicio por jurados... cit.*, p. 86.

⁹⁵⁹ Vidmar e Hans apresentam um panorama geral esclarecedor sobre o conteúdo e a função das instruções judiciais. Segundo eles: “As instruções são fornecidas no início e ao longo de todo o julgamento. Algumas instruções possuem conteúdo procedimental, como as advertências de não discutir a prova com outros jurados até o início das deliberações ou sobre como escolher um porta-voz do júri. Algumas são orientações, como aquelas que esclarecem sobre o modo como as provas técnicas devem ser avaliadas. Ainda, outras misturam orientações com conteúdo de direito substantivo. Os jurados podem ser orientados a desconsiderar provas inadmissíveis que a testemunha tenha mencionado em seu depoimento (...). Instruções limitantes determinam aos jurados como certa prova deve ou não ser apreciada e para quais propósitos. Assim, considerando que os jurados tenham tido conhecimento dos antecedentes criminais do acusado, eles serão orientados no sentido de que essa informação pode ser utilizada para avaliar a honestidade do seu testemunho, mas que ela não pode servir, por outro lado, como prova do cometimento da ofensa que lhe é imputada. Quando ambas as partes tiverem apresentado suas provas e seus argumentos finais, o juiz presidente instruirá o júri quanto à lei aplicável. Essas instruções comportam não somente questões de direito civil ou penal material mas também aquelas referentes ao ônus da prova, ao quantum de prova necessário para julgar a causa procedente ou o acusado culpado e de como calcular a eventual indenização.” (Tradução livre. VIDMAR, Neil; HANS, Valerie P. *American Juries... cit.*, p. 161.)

⁹⁶⁰ HANNAFORD-AGOR, Paula; LASSITER, Stephanie N. *Contemporary Pattern Jury Instruction Committees: A Snapshot of Current Operations and Possible Future Directions*. Disponível em: <http://www.ncsc-jurystudies.org/~media/Microsites/Files/CJS/What%20We%20Do/Contemporary%20Pattern.ashx>, p. 1. Acesso em: 13 de julho de 2016.

A Califórnia deu um passo a frente na medida em que um comitê do Tribunal de Los Angeles elaborou, em 1938, um conjunto padrão de instruções a serem utilizadas em todas as cortes do estado. Essa iniciativa teve grande repercussão, de modo que, hoje, grande parte dos tribunais estaduais e federais adotaram seus próprios modelos de instruções.⁹⁶¹ Elaborados, em sua maioria, por uma conjugação de esforços de vários grupos e entidades de advogados, magistrados, promotores e professores universitários, esses textos foram sendo constantemente objeto de revisão e aprimoramento.

Os apoiadores desses modelos pré-estabelecidos exaltam sua clareza, precisão, imparcialidade e eficiência. Os críticos dizem ser seus preceitos demasiadamente genéricos e abstratos para que possam auxiliar efetivamente os jurados.⁹⁶² No entanto, os mesmos servem unicamente como guia e sugestão aos juizes, sendo de sua inteira discricionariedade a utilização dos parâmetros propostos ou adoção de instruções próprias, segundo as peculiaridades do caso.⁹⁶³

A análise detida de alguns dos *Pattern Jury Instructions* de estados norte-americanos e das instruções concretamente apresentadas ao júri em alguns casos específicos é fundamental para que os observadores da *civil law* possam verdadeiramente aproximar-se da essência do júri anglo-americano e da preocupação do sistema com a racionalidade. A natureza enigmática dos veredictos e a hipótese de que os jurados possam, ao final, não compreender ou não seguir as instruções do juiz, não são circunstâncias capazes de afastar a premissa de que é obrigação do sistema instruí-los.

Considerando-se que a função dos jurados consiste, majoritariamente, na apreciação e decisão das questões fáticas a partir das provas produzidas, é compreensível que grande parte das instruções esteja direcionada a transmitir de modo inteligível aos cidadãos leigos os parâmetros adequados de valoração probatória. Importa destacar que no âmbito do direito inglês e norte-americano todas as questões relacionadas ao direito probatório, como os

⁹⁶¹ HANNAFORD-AGOR, Paula; LASSITER, Stephanie N. *Contemporary Pattern... cit.*, p. 1.

⁹⁶² “*Supporters praise the clarity, accuracy, impartiality, and efficiency of pattern instructions; critics say they’re too general to help jurors.*” SAMAHA, Joel. *Criminal Procedure*. 8th ed. Belmont: Wadsworth, 2012, p. 458.

⁹⁶³ Como se observa a partir da seguinte nota introdutória ao modelo de instruções preliminares aos júris criminais do estado de Nova York: “O que se segue é um guia para as instruções preliminares em um caso penal. As mesmas são elaboradas para fornecer um parâmetro ao juiz presidente de modo a que possa selecionar os comandos apropriados. A decisão sobre quando usar determinadas instruções é deixada à inteira discricionariedade do juiz presidente. (...) Deste modo, as instruções que se seguem são, em efeito, ‘modelos’ ou ‘amostras’ de comandos aplicáveis.” Tradução livre. CJI2d. Preliminary Instructions. In: New York Comitee. *Criminal Jury Instructions 2d*. Disponível em: http://www.nycourts.gov/judges/cji/5-SampleCharges/CJI2d.Preliminary_Instructions.pdf, p. i. Acesso em: 14 de julho de 2016.

aspectos de valoração, os critérios de suficiência e as regras de admissibilidade, são consideradas questões de direito. O caráter minucioso e sistemático pelo qual as regras de inferência e as diretrizes gerais em matéria de prova são apresentadas nesses modelos de instruções faz com que os mesmos constituam-se como verdadeiros compêndios de valoração racional e de decisão sobre os fatos.^{964 965}

Tão relevantes como as orientações voltadas para uma valoração probatória adequada parecem ser, por outro lado, os esforços dirigidos para que os jurados sejam efetivamente capazes de compreender todos os aspectos inerentes à sua função, o que envolve desde as orientações acerca da dinâmica do procedimento adotado, até os esclarecimentos sobre as normas jurídicas aplicáveis aos fatos em questão e os termos legais utilizados ao longo do julgamento.

⁹⁶⁴ Veja-se, como exemplo, o nível de detalhamento da instrução de número 223 do modelo adotado pelo Estado da Califórnia, que se refere à definição de prova direta e circunstancial. A mesma deve ser lida ao júri caso a acusação tenha se baseado em prova circunstancial para estabelecer algum elemento da ofensa imputada. “223. Prova Direta e Circunstancial: Definições. Os fatos podem ser provados através de prova direta ou circunstancial, ou pela combinação de ambas. A prova direta é capaz de demonstrar um fato por si mesma. Por exemplo, se uma testemunha declara ter visto estar chovendo lá fora antes de sua entrada no tribunal, este depoimento é prova direta de que estava chovendo. A prova circunstancial, também chamada prova indireta, não demonstra diretamente o fato a ser decidido, mas é prova de outro fato ou grupo de fatos dos quais se pode logicamente ou razoavelmente concluir a verdade do fato em questão. Por exemplo, se uma testemunha declara ter visto alguém entrar no tribunal vestindo uma capa de chuva coberta por gotas de água, esse testemunho é prova circunstancial porque pode suportar uma conclusão de que estava chovendo lá fora. Ambas as provas, direta e circunstancial, são tipos aceitáveis de prova capazes de comprovar ou refutar os elementos de uma acusação, inclusive intenção, estado mental e atos necessários para a condenação, sendo que nenhuma delas é necessariamente mais confiável que a outra. Nenhuma delas é detentora de maior peso que a outra. Você deve decidir se o fato em questão restou provado com base em todos os elementos de prova.” Tradução livre. Judicial Council of California. *Criminal Jury Instructions*. 2016, p. 50 e 52. Disponível em: http://www.courts.ca.gov/partners/documents/calcrim_2016_edition.pdf. Acesso em: 18 de julho de 2016.

⁹⁶⁵ Paralelamente, os cidadãos devem ser orientados sobre como avaliar e constatar a suficiência da prova circunstancial para a prova da culpa. Para tanto, a seguinte instrução proveniente do modelo adotado em Nova York é bastante minuciosa: “Uma vez que a prova circunstancial exige um raciocínio a partir de inferências, eu irei explicar a vocês o processo envolvido na análise dessas provas, e o que devem fazer antes que possam retornar com um veredicto de culpa baseado unicamente em provas circunstanciais. Inicialmente, vocês devem decidir, com amparo em todo o conjunto probatório, quais fatos, se algum, restaram provados. Quaisquer fatos sobre os quais uma inferência de culpa possa ser extraída devem estar provados além de qualquer dúvida razoável. Após terem determinado quais fatos, se algum, foram provados além de qualquer dúvida razoável, então vocês devem decidir quais conclusões, se alguma, podem ser inferidas a partir deles. Antes que vocês possam extrair uma inferência de culpa, entretanto, essa conclusão deve ser a única hábil a se extrair justa e razoavelmente a partir dos fatos provados, deve ser consistente com os mesmos, e deve fluir naturalmente, razoavelmente e logicamente a partir deles. Mais uma vez, deve estar aparente que a inferência de culpa é a única que possa ser justa e racionalmente extraída a partir dos fatos, e que a prova exclui, além de qualquer dúvida razoável, todas as hipóteses plausíveis de inocência. Se, a partir dos fatos provados, houver qualquer hipótese razoável consistente com a inocência do acusado, então vocês devem considerá-lo inocente. Se a única conclusão razoável encontrada for a que o acusado é culpado pela prática do crime imputado, e esta conclusão tenha sido estabelecida além de qualquer dúvida razoável, então vocês devem considerar o acusado culpado pela prática desse crime.” Tradução livre. CJ12d. Circumstantial Evidence. In: New York Committee. *Criminal Jury Instructions* 2d. Disponível em: http://www.nycourts.gov/judges/cji/1-General/CJ12d.Circumstantial_Evidence.pdf. Acesso em: 21 de julho de 2016.

Essa preocupação em educar os cidadãos acerca da importância da tarefa que irão desempenhar é considerada uma das funções primordiais inerentes à própria lógica da participação popular na administração da justiça. Não por acaso a American Bar Association, ao elencar os parâmetros gerais a nortear a configuração dos modelos de júri nos Estados Unidos, estabeleceu como princípio de n. 6 a relevância das orientações gerais aos cidadãos sobre o funcionamento do sistema legal e dos aspectos gerais do procedimento, além de destacar ainda a importância das instruções preliminares a serem apresentadas aos jurados em audiência, assim como seu conteúdo principal.⁹⁶⁶

Assim que o cidadão recebe a convocação para atuar como jurado já se inicia todo um processo de orientação acerca da importância da função a ser desempenhada, do funcionamento do sistema de justiça e do procedimento de seleção (*voir dire*) a que estarão sujeitos, seja a partir de cartilhas⁹⁶⁷, ou mesmo por meio da exibição de vídeos ou palestras no dia de seu comparecimento ao tribunal, antes mesmo da composição do júri.

Em seguida, após o procedimento de *voir dire* e do juramento solene, o juiz presidente fornecerá aos jurados selecionados as instruções preliminares, geralmente relacionadas à descrição do fato imputado, ao procedimento, aos parâmetros de valoração da prova e, ocasionalmente, a algumas questões legais atinentes à norma penal aplicável. Também, ao

⁹⁶⁶ “Princípio 6 – As Cortes devem educar os jurados quanto aos aspectos essenciais de um julgamento perante o Júri. A. As Cortes devem prover orientações e informações preliminares às pessoas convocadas ao serviço de júri: (...) B. Os programas de orientação devem ser: 1. Designados para o incremento da compreensão dos jurados acerca do sistema judicial e para prepará-los a servir competentemente como jurados; (...) C. Ao longo do julgamento, a corte deve prover instruções ao júri em linguagem simples e inteligível. 1. O tribunal deve fornecer instruções preliminares imediatamente após à constituição do júri, as quais expliquem o papel do júri, os procedimentos adotados (...), a natureza da prova e sua valoração, as questões a serem analisadas e os princípios legais básicos relevantes, incluindo-se os elementos da acusação e as definições de termos jurídicos que não lhes sejam familiares. (...) 3. O tribunal deve fornecer tais instruções durante o curso do julgamento à medida em que sejam necessárias para auxiliar o júri na compreensão dos fatos e das normas jurídicas referentes ao caso em análise (...).” Tradução livre. *Principles for Juries and Jury Trial*. American Bar Association, 2005. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 01/12/2015, p. 7-8.

⁹⁶⁷ Exemplos desse material são as seguintes publicações oficiais dos tribunais federais: *Handbook for trial jurors serving in the United States District Courts* e *Handbook for federal grand jurors*, sendo o primeiro destinado aos jurados que julgarão o fato (*petit jurors*) e o último destinado aos cidadãos que comporão os júris de acusação (*grand juries*), ambos disponíveis para download em: <http://www.uscourts.gov/services-forms/jury-service/learn-about-jury-service>. Acesso em: 13 de julho de 2016. O sistema inglês também adota esse processo de orientação preliminar aos cidadãos. Como observa Zander, “*Jurors now receive a good deal of information about jury service – both beforehand in the form of material sent out with the jury summons and at the start of their jury service. This includes the showing of a video. The HM Courts Service Website (www.hmcourtsservice.gov.uk) has a helpful thirty-three page booklet ‘Your Guide to Jury Service’ with sections on: preparing for your first day, your first day at court, selecting/empanelling a jury, who’s who in the court, the trial process, in the jury deliberation room, complaints, frequently asked questions and a glossary of some commonly used legal terms.*” ZANDER, Michael. *Cases and Materials on the English Legal System*. 10th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 510.

longo de todo o julgamento o juiz pode oferecer novas instruções a depender das circunstâncias e necessidades do caso.

As instruções preliminares, fornecidas pelo juiz em momento posterior ao juramento, revelam-se de fundamental importância para que os jurados comecem a ouvir a prova já com uma noção básica dos fatos a serem analisados, do modo pelo qual se desenvolverá o procedimento e de como devem absorver e interpretar as informações recebidas em juízo.

Como explica Allen, principalmente em virtude da passividade que é característica à atuação do júri, as instruções preliminares e as alegações iniciais das partes possuem valor crucial para a sua compreensão acerca do caso e de suas funções no curso do procedimento.⁹⁶⁸ Tais mecanismos são as únicas fontes de informação direcionadas ao júri na fase inicial do procedimento, com vistas a fornecer o contexto necessário para o bom desempenho da atividade valorativa.

Conforme se observa a partir dos modelos de instruções aos jurados de vários estados norte-americanos, é ponto comum que se forneça ao júri, em meio às instruções preliminares, algumas orientações acerca: da ordem do procedimento; do que se considera e o que não se considera prova; da possibilidade de se realizar anotações (embora seja frequente o alerta de que, fazendo-o, o jurado arrisca-se a perder informações importantes por estar com a atenção voltada às anotações); da presunção de inocência do acusado e do ônus da prova da acusação; da conduta do júri durante o procedimento⁹⁶⁹, entre outras. Verifica-se, por outro lado, que

⁹⁶⁸ ALLEN, Ronald J.; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David S.; PARDO, Michael S.; STEIN, Alex. *An Analytical Approach to Evidence... cit.*, p. 127.

⁹⁶⁹ No que concerne às instruções acerca da conduta do júri durante o julgamento, é interessante exemplificar com o seguinte trecho da instrução de número 101, constante do modelo de instruções criminais adotado pelo estado da Califórnia: “Nosso sistema de justiça requer que as audiências sejam conduzidas publicamente com as partes apresentando as provas e o juiz decidindo a lei que se aplica ao caso. É injusto às partes se vocês recebem informações adicionais de qualquer outra fonte, uma vez que essa informação pode não ser confiável ou relevante, e as partes não terão tido a oportunidade de examiná-la e de responder a ela. Seu veredicto deve se basear apenas na prova apresentada durante a audiência nesta corte e na lei do modo como irei apresentá-la a você. Durante o julgamento, não fale sobre o caso ou sobre qualquer pessoa ou assunto envolvido no caso com ninguém, nem mesmo com sua família, amigos, conselheiros espirituais ou terapeutas. Não compartilhe informações sobre o caso por escrito, por e-mail, por telefone, em ou por quaisquer outros meios de comunicação. Você também não deve falar sobre essas questões com outros jurados, até o momento em que se iniciarem as deliberações. (...) Mantenha a mente aberta durante o julgamento. Não se convença acerca do veredicto ou sobre qualquer questão antes que tenha discutido o caso com os outros jurados durante as deliberações. Não tome qualquer coisa que eu diga ou faça durante a audiência como uma indicação do que eu penso sobre os fatos, as testemunhas, ou sobre qual deva ser o veredicto. Não deixe que preconceitos, simpatia, parcialidades ou a opinião pública influenciem sua decisão.” Tradução livre. Judicial Council of California. *Criminal Jury Instructions*. 2016. Disponível em: http://www.courts.ca.gov/partners/documents/calcrim_2016_edition.pdf. Acesso em: 18 de julho de 2016. Veja-se que tais instruções foram redigidas de modo a não apenas advertir os jurados sobre a sua conduta esperada durante os trabalhos, mas, principalmente, procurando justificar aos mesmos os motivos das orientações. Nesse sentido, busca-se esclarecer aos cidadãos que considerar informações ou fatos alheios aos apresentados em audiência seria violar o contraditório das partes. Esse formato explicativo foi tido por algumas pesquisas

muitas das instruções procuram não apenas indicar a conduta esperada dos jurados, mas também explicitar as razões que justifiquem a imposição. Esse formato explicativo parte da ideia de que os jurados são mais propensos a seguir as instruções quando compreendem suas finalidades e propósitos.

Não obstante, um dos grandes problemas relacionados à questão das instruções é justamente a dificuldade da compreensão, pelo júri, de seu conteúdo, muitas vezes em virtude da linguagem técnica utilizada e da grande extensão das mesmas, o que dificulta a memorização de seus termos uma vez que não lhes seja entregue uma cópia escrita para consulta durante as deliberações.⁹⁷⁰ Essas constatações levaram à busca de inúmeras perspectivas destinadas a aprimorar a compreensão do júri acerca do conteúdo das instruções, motivo pelo qual uma série de medidas foram adotadas. Em geral, pode-se identificar como algumas das principais medidas, algumas já adotadas em meio aos *pattern jury instructions*: a utilização de terminologia mais simples e acessível⁹⁷¹; a disponibilização de cópia escrita das instruções para que os jurados possam acompanhar a leitura pelo juiz presidente e consultá-las em momento posterior; e a antecipação de instruções quanto ao direito material aplicável, relacionadas ao fato punível, em meio às instruções preliminares – as quais normalmente só seriam apresentadas ao final, quando já encerrada a instrução probatória.

Sobre esta última questão, vale ressaltar a importância de se apresentar ao júri as principais informações referentes ao direito material relativo ao fato imputado já no momento das instruções preliminares, para que seja possível a compreensão da prova já dentro de seu contexto legal correspondente. Valendo-se da analogia citada por Trevor Grove⁹⁷², a não

empíricas como mais produtivo, tendo-se constatado que os jurados que compreendem a finalidade e o propósito das instruções ficam mais propensos a segui-las.

⁹⁷⁰ São fatores que dificultam a performance do júri, como elenca Ellsworth: a utilização de linguagem técnica complicada; a orientação seca e abstrata das questões de direito após a vívida, concreta, e muitas vezes demorada apresentação das provas; a exigência de que os jurados interpretem a prova e compreendam os fatos antes de serem instruídos sobre como deverão enquadrá-los juridicamente; a falta de disponibilização ao júri de uma versão escrita das instruções para consultarem durante as deliberações; a falha em informar o júri sobre sua prerrogativa de solicitar auxílio quanto ao teor das instruções; o fato de que aqueles que solicitam tal auxílio habitualmente ficam desapontados ante a mera repetição dos mesmos termos incompreendidos. ELLSWORTH, Phoebe. *Are 12 heads... cit.*, p. 64.

⁹⁷¹ Como destaca Lempert, “*Perhaps the most important such innovation has been the effort to make jury instructions understandable. At least forty years ago, linguists and lawyers noted the difficulty even educated individuals have in understanding jury instructions, as well as ways in which instructions might be made more understandable without changing their legal meaning. Since then, numerous states have rewritten their standard jury instructions, often with expert guidance and occasionally with experimental evaluations as rewriting proceeded.*” LEMPERT, Richard. *The American Jury System... cit.*, p. 853.

⁹⁷² O autor ainda se refere às considerações de um juiz federal norte-americano, no âmbito de um artigo escrito para a *American Bar Association Journal*, no qual procura expressar a dificuldade de qualquer pessoa em realizar um raciocínio retrospectivo como o que é exigido dos jurados, uma vez que recebem as orientações para a avaliação probatória quando já finalizada a fase de instrução: “*What manner of mind can go back over a*

adoção dessa medida seria o mesmo que determinar que os jurados assistam a um jogo de baseball e decidam quem ganhou sem informá-los, até o final da partida, quais são as regras aplicáveis.

Quanto às instruções finais, a American Bar Association estabeleceu como princípio de número 14 de seus parâmetros para a configuração dos sistemas de júri, a necessidade do fornecimento das mesmas aos jurados, em linguagem simples, no momento antecedente à fase de deliberações.⁹⁷³ A disciplina dessas orientações finais é prevista no artigo 30 das Federal Rules of Criminal Procedure⁹⁷⁴, do qual se pode extrair algumas diretrizes principais.

Basicamente, é sabido que o juiz deve fornecê-las aos jurados antes que se retirem para as deliberações, em momento anterior ou posterior às alegações finais das partes, ou mesmo em ambas as oportunidades. As partes podem submeter ao juiz suas próprias sugestões de instruções sobre o direito aplicável ao caso, sendo necessário disponibilizar cópia das sugestões à parte contrária. Antes das alegações finais, o juiz deve informar às partes sua decisão sobre as sugestões, sendo cabível recurso em face de seu não acatamento ou mesmo como forma de se opor ao conteúdo de alguma instrução elaborada pelo juiz – o que pode ser feito longe da presença dos jurados.

Quanto ao conteúdo, tratam novamente de parâmetros legais aplicáveis à valoração da prova, das deliberações e critério de decisão por unanimidade (se for o caso) e, por outro lado, da definição do direito material quanto aos elementos da ofensa imputada, de modo que o júri

stream of conflicting statements of alleged facts, recall the intonations, the demeanour, or even the existence of the witnesses, and retrospectively fit all these recollections into a pattern of evaluation and judgement given him for the first time after the events?" GROVE, Trevor. *The Jurymen's Tale*. London: Bloomsbury Publishing, 2000, p. 257.

⁹⁷³ “Princípio 14 – A Corte deve instruir o júri em linguagem simples e inteligível quanto ao direito aplicável e à conduta a ser adotada nas deliberações. (...) B. Os jurados devem ser instruídos a respeito das normas jurídicas aplicáveis em momento anterior ou após os argumentos finais das partes. Cada jurado deve receber uma cópia escrita das instruções para ser utilizada enquanto o júri estiver sendo instruído e durante as deliberações. (...)” Tradução livre. *Principles for Juries and Jury Trial*. American Bar Association, 2005. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 01/12/2015, p. 20-21.

⁹⁷⁴ “Rule 30. Jury Instructions. (a) In General. Any party may request in writing that the court instruct the jury on the law as specified in the request. The request must be made at the close of the evidence or at any earlier time that the court reasonably sets. When the request is made, the requesting party must furnish a copy to every other party. (b) Ruling on a Request. The court must inform the parties before closing arguments how it intends to rule on the requested instructions. (c) Time for Giving Instructions. The court may instruct the jury before or after the arguments are completed, or at both times. (d) Objections to Instructions. A party who objects to any portion of the instructions or to a failure to give a requested instruction must inform the court of the specific objection and the grounds for the objection before the jury retires to deliberate. An opportunity must be given to object out of the jury's hearing and, on request, out of the jury's presence. Failure to object in accordance with this rule precludes appellate review, except as permitted under Rule 52(b).” Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_30. Acesso em: 14 de julho de 2016.

possa compreender e considerar todas as questões fáticas necessárias para a configuração do crime, verificando se as mesmas foram ou não, provadas segundo o *standard* aplicável.

É comum que o juiz teça alguns esclarecimentos a respeito da lógica que orienta a repartição de funções quando do julgamento, de modo a advertir os jurados sobre o seu dever de aplicar a lei conforme as suas instruções⁹⁷⁵ – não somente quanto à interpretação das questões de direito material mas, igualmente, no que se refere aos parâmetros de apreciação da prova. Embora tenha o júri, em tese, o poder conhecido como *jury nullification*, pelo qual estaria autorizado a negar aplicação da lei ao caso concreto caso a considere injusta, tal prerrogativa envolve grande polêmica e controvérsia, sendo usual entre os tribunais a diretriz de não instruí-los acerca de tal possibilidade.

No que se refere às questões de direito material, os jurados são instruídos acerca dos diversos elementos necessários para a configuração do delito imputado, os quais devem ser explicados por meio de linguagem acessível. Paralelamente, o juiz apresenta as questões fáticas que devem ter sido provadas pela acusação (além de qualquer dúvida razoável) de modo a que estejam presentes os elementos da infração e para que possa o júri considerar o acusado culpado por sua prática.⁹⁷⁶

⁹⁷⁵ Veja-se como exemplo o seguinte trecho introdutório às instruções finais, conforme modelo elaborado por juízes do Estado do Texas: “Em qualquer tribunal do júri existem, na realidade, dois julgadores. Eu sou um deles, o outro é o júri. É meu dever presidir os trabalhos e decidir quais provas são próprias para sua consideração. É também meu dever, ao final do julgamento, explicar a vocês as normas legais que devem seguir e aplicar ao alcançarem o seu veredicto. Primeiramente, eu irei dar a vocês algumas instruções gerais que se aplicam a todos os casos. Em seguida, eu lhes apresentarei algumas regras jurídicas sobre este caso em particular, e, finalmente, irei lhes explicar os procedimentos que devem seguir em suas deliberações. Vocês, como jurados, são os juízes dos fatos. Mas para determinar o que realmente aconteceu, isto é, para chegar à sua decisão quanto aos fatos, é seu dever, conforme juramento, respeitar todas as normas de direito conforme as explicarei a vocês. Vocês não possuem a faculdade de desconsiderar ou dar especial atenção a qualquer instrução em particular, nem de questionar a sabedoria ou correção de qualquer regra que eu lhes apresente. Também não devem substituir ou seguir sua própria noção ou opinião acerca do que a lei é ou deveria ser. É seu dever aplicar a lei da forma como eu explicar a vocês, independente de quais sejam as consequências. É também seu dever basear o seu veredicto unicamente nas provas que lhes foram apresentadas na corte. (...)” (Tradução livre. BERRY, Elizabeth; GALLAGHER, George. *Texas Criminal Jury Charges*. Costa Mesa: James Publishing, 2014, p. 154.)

⁹⁷⁶ A título ilustrativo, segue o conteúdo da instrução de número 60, acerca da configuração dos elementos do crime de agressão a um agente federal, constante do Pattern Jury Instructions elaborado pelo Federal Judicial Center: “O réu, _____, é acusado de (ex.: ameaçar Jones, agente especial do FBI, com uma faca). É contra a lei federal agredir [um agente do FBI] (por meio de ameaça com uma arma mortal ou perigosa). Para que você possa considerar _____ culpado por este crime, você deve estar convencido que o Estado provou cada um desses elementos além de qualquer dúvida razoável: Primeiro, que [Jones] era [agente do FBI]. Não importa se _____ sabia que [Jones] era [agente do FBI]. Segundo, que _____ intencionalmente [ameaçou Jones com uma faca]. Terceiro, que quando _____ agiu dessa forma, [Jones] estava exercendo sua função como [um agente do FBI]. Quarto, que esta [faca] era capaz de causar a morte ou um grave dano físico.” Tradução livre. Federal Judicial Center. *Pattern Criminal Jury Instructions*. 1987, p. 72. Disponível em: http://federalevidence.com/pdf/JuryInst/FJC_Crim_1987.pdf. Acesso em: 25 de julho de 2016.

Pode ocorrer a hipótese de se apresentarem viáveis distintos enquadramentos jurídicos aos fatos, a depender do entendimento do júri acerca da intenção, gravidade da conduta, etc. Em sendo este o caso, o juiz deve oferecer as instruções necessárias para que o júri compreenda os contornos de cada um e as condições fáticas que os distinguem. No momento de decidir sobre o veredicto, o júri receberá um formulário onde deve responder se considera o acusado culpado ou inocente para cada uma das alternativas de enquadramento.

Possui ainda o juiz o dever de informar os jurados sobre as causas legais que eximem o réu da responsabilidade penal, caso tenham sido sustentadas em juízo, como a hipótese de legítima defesa ou outra circunstância capaz de isentá-lo.⁹⁷⁷

As *instructions* são consideradas, como se pode ver, elemento essencial do juízo por jurados no âmbito da *common law*, desempenhando um papel fundamental em meio a um sistema destinado a conjugar a ânsia pela racionalidade com a atuação de julgadores leigos.⁹⁷⁸ Há quem sustente, inclusive, que a garantia do acusado ao julgamento pelo júri compreende seu direito a que o juiz instrua adequadamente seus membros sobre os critérios legais que devem ser atendidos para que um veredicto seja alcançado.⁹⁷⁹

Ademais, as mesmas não representam apenas os mecanismos pelos quais o juiz controla os jurados, mas também o meio pelo qual os magistrados têm sua atuação controlada pelos tribunais superiores, por meio de apelação fundada em erros nas instruções. Diferentemente dos erros judiciais relacionados a questões de admissibilidade probatória, os erros que afetam o conteúdo das instruções quase nunca são considerados inofensivos pelos tribunais de apelação⁹⁸⁰, uma vez que se considera que a atuação dos jurados em determinado caso é pautada pela atuação do juiz, a qual se manifesta, em última instância, no conteúdo dessas instruções.⁹⁸¹

⁹⁷⁷ No caso O.J. Simpson, por exemplo, foi apresentada a seguinte instrução: “Foram apresentadas provas com o propósito de demonstrar que o acusado não estava presente no tempo e lugar da prática do suposto crime que lhe é imputado. Se, após a consideração de todas as provas, você tiver uma dúvida razoável acerca de se o réu estava presente no momento em que o crime foi cometido, deve considerá-lo inocente.” Tradução livre. Disponível em: <http://www.lectlaw.com/files/cas62.htm>. Acesso em: 21 de julho de 2016.

⁹⁷⁸ ALLEN, Ronald J.; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David S.; PARDO, Michael S.; STEIN, Alex. *An Analytical Approach to Evidence... cit.*, p. 128.

⁹⁷⁹ PÉREZ CABADERA, María-Ángeles. *Las instrucciones al jurado*. 2001. 688 f. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Universidad Jaume I de Castellón. Castellón de la Plana, 2001, p. 177.

⁹⁸⁰ ALLEN, Ronald J.; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David S.; PARDO, Michael S.; STEIN, Alex. *An Analytical Approach to Evidence... cit.*, p. 128.

⁹⁸¹ É nesse contexto que se mostra relevante a seguinte observação feita por Lord Justice Auld em meio ao seu famoso relatório sobre o sistema de justiça inglês: “Falamos em ‘julgamento pelo júri’, mas ele é mais precisamente descrito como ‘julgamento por juiz e júri’. Trata-se de parceria na qual ambos exercem contribuições separadas que se sobrepõem para a determinação do resultado final. O juiz explica aos jurados

Na Inglaterra, o juiz presidente exerce ainda maior influência sobre a atividade do júri, quando comparado com o norte-americano (em geral), já que, além de instruir os jurados sobre os critérios legais de valoração, o procedimento e o direito aplicável, também é sua função resumir e comentar a prova efetivamente produzida, o que se conhece como *summing up*. Tal prática destina-se a apresentar ao júri um resumo da prova produzida, juntamente com esclarecimentos acerca de seus principais aspectos, seus possíveis desdobramentos e as conclusões que se pode extrair a partir de tais elementos. Nesse intento, é comum que o juiz, inclusive, manifeste sua opinião sobre os fatos, embora deva esclarecer que os jurados são livres para dela divergir.

Como explica Glanville Williams, o juiz, em seu *summing up*, está habilitado a “pré digerir a prova para o júri.”⁹⁸² O autor relata que, inicialmente, era comum que os juízes apenas orientassem os jurados acerca da lei aplicável, sendo somente em 1841, entretanto, que fora reconhecido como direito e dever do juiz estabelecer a impressão que a prova produzira em sua mente de modo a evitar que o júri seja levado a erro por provas sem valor. A única reserva, entretanto, é que a linguagem seja utilizada com moderação, de modo a ficar clara aos jurados a sua liberdade para estabelecer os fatos de modo diverso do indicado pelo juiz.⁹⁸³

Segundo o manual elaborado no âmbito da Crown Court para servir de orientação aos juízes em meio ao ato de instruir o júri, o propósito do *summing up* é “apresentar a lei e uma síntese da prova da forma que melhor permita ao júri atingir uma conclusão justa. Isso somente pode ser alcançado se o juiz transmite eficazmente ao júri as questões que precisam ser resolvidas e a legítima abordagem da prova relevante a essas questões.”⁹⁸⁴ É comum, em meio a esse processo, o juiz elencar os fatos incontroversos, aqueles alegados pela acusação e

qual é a lei e como ela impacta nos fatos da causa, e os mesmos aplicam esse novo conhecimento legal às suas considerações acerca desses fatos. Em relação aos fatos, apesar de ter o júri a responsabilidade primária em sua determinação, o juiz também possui participação importante. Pode o mesmo ser instado a determinar se há prova suficiente para que o júri considere o acusado culpado; pode também advertir os jurados sobre o cuidado que devem ter ao analisar determinada prova; pode direcioná-los acerca da prova circunstancial, assim como também esclarecer se é possível inferir certas conclusões em meio à prova existente; e, além disso, ele ainda resume a prova aos jurados para lhes auxiliar nas deliberações. O veredicto que resulta de tudo isso é, deste modo, um produto da parceria entre juiz e júri.” Tradução livre. (AULD, R. *Review of the Criminal Courts of England and Wales*. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.criminal-courts-review.org.uk/ccr-05.htm>, p. 136. Acesso em: 24 de maio de 2016).

⁹⁸² Tradução livre. No original: “*In his summing-up the judge is enabled, if the phrase may be permitted, to predigest the evidence for the jury.*” WILLIAMS, Glanville. *The Proof of Guilt: A Study of the English Criminal Trial*. London: Stevens & Sons, 1955, p. 237.

⁹⁸³ WILLIAMS, Glanville. *The Proof of Guilt... cit.*, p. 238.

⁹⁸⁴ Tradução livre. Judicial Studies Board. *Crown Court Bench Book: Directing the jury*. 2010, p. 1. Disponível em: https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Training/benchbook_criminal_2010.pdf. Acesso em: 25 de julho de 2016.

contestados pela defesa, assim como os principais elementos de prova que suportam as respectivas teses.⁹⁸⁵

O sumário dos fatos deve ser realizado da forma que melhor se adequar às peculiaridades do caso e de forma a facilitar a compreensão da prova como um todo, podendo ser organizado de acordo com os crimes imputados, segundo os elementos de cada ofensa, de acordo com a cronologia dos fatos, a partir de cada espécie de prova (testemunhal, pericial, etc.), ou mesmo por meio de uma mistura dessas tendências. O importante é que, por meio dele, o juiz seja capaz de proporcionar aos cidadãos, uma vez transcorridos vários dias de

⁹⁸⁵ A título de ilustração acerca do modo pelo qual os juízes ingleses desempenham a função de resumir a prova em âmbito concreto, veja-se o seguinte exemplo, que tem por objeto a análise da intenção como elemento do crime de lesões corporais graves. No caso em questão, o réu assume ter lançado um bloco de concreto de uma passarela sobre a auto-estrada no momento em que passava um veículo, negando, todavia, a intenção de provocar lesões graves ao motorista, que teve uma fratura no lado direito do crânio em virtude do capotamento. “O réu se disse muito perturbado pelo que havia feito, e que imaginava que o motorista iria desviar e parar em seguida, sem saber o que o teria atingido. A promotoria acusou-o pela prática de lesão corporal grave intencional. A acusação deve provar, primeiramente, que através desse ato ilícito o réu causou graves lesões corporais a V. O réu não contesta este fato. A verdadeira questão entre a acusação e a defesa é se o réu teve a intenção de causar lesões corporais realmente graves. Não é necessário que a acusação prove que o acusado conhecia V ou que pretendia causar lesões graves especificamente a V. Basta que se prove que o réu tinha a intenção de causar lesões corporais graves ao ocupante do veículo. (...) Quais as circunstâncias a serem consideradas? Em primeiro lugar, considere que o acusado tinha 16 anos de idade na data dos fatos. (...) Em segundo lugar, considere exatamente o que ele fez. Terceiro, considere as consequências prováveis ao que ele estava prestes a fazer. As consequências seriam óbvias a este réu de 16 anos? Quarto, considere as próprias provas do acusado sobre a sua consciência acerca das prováveis consequências de seu ato. É importante que você decida se o réu estava mentindo ou se estava a dizer a verdade. Não julgue a consciência do acusado com o benefício da retrospectiva, considere seu estado de espírito do modo como teria sido enquanto o bloco encontrava-se ainda no parapeito. Você pode considerar o ato do acusado extremamente perigoso. De fato, você pode concluir que havia uma alta probabilidade de morte ou lesão grave como resultado do ato intencional do acusado. Devo enfatizar, entretanto, que o que você está a considerar é o que o próprio réu pretendia. Se você aceitar o fato de que o réu pudesse ter apenas desejado causar em V uma surpresa desagradável, essa é prova a partir da qual você pode concluir que ele não pretendia causar lesões graves. Por outro lado, se você está certo de que o réu tinha a consciência de que era quase uma certeza que empurrar o bloco do parapeito causaria sérios danos corporais a alguém dentro do carro, está aberto a você concluir de tal modo, a despeito da negativa do acusado, mesmo que seu objetivo principal possa ter sido apenas se divertir com seu malfeito. Entretanto, você deve ter em mente a todo o momento que este acusado não é um adulto. Ele tinha 16 anos e, em muitos aspectos, ele era ainda imaturo para um jovem dessa idade. Você ouviu como prova que sua habilidade para processar informações e para antecipar eventos é prejudicada por sua dificuldade de aprendizagem. Você deve julgar não a consciência que teria um homem comum, mas se esse réu de 16 anos estava consciente das consequências do que ele estava prestes a fazer. Se era possível que o réu não tenha percebido que consequências como estas eram praticamente certas a ocorrer, você não pode concluir somente a partir das circunstâncias que ele pretendia as lesões graves. Mesmo se você estiver a concluir que o réu estava ciente de que as lesões graves seriam consequências praticamente certas do que ele estava prestes a fazer, isso não significa que você esteja obrigado a concluir que ele tinha esta intenção. Seria apenas um dos fatores, um fator importante, talvez, a partir do qual você poderia inferir sua intenção.” Tradução livre. Judicial Studies Board. *Crown Court Bench Book: Directing the jury*. 2010, op. cit., p. 45-46. Veja-se, por meio do exemplo, o modo pelo qual o juiz procura traduzir nas circunstâncias fáticas do caso concreto as questões a serem consideradas e ponderadas pelos jurados segundo a lei aplicável, assim como os parâmetros legais válidos para a apreciação da prova dos elementos da infração. Note-se também que, diferentemente do que predomina na prática das instruções norte-americanas, o entendimento dos tribunais ingleses é de que não se deve fornecer ao júri instruções tendentes a esclarecer o sentido de *reasonable doubt*, devendo ser utilizado o termo *being sure*, de modo a deixar ao senso comum dos jurados a interpretação adequada acerca dessa noção. Judicial Studies Board. *Crown Court Bench Book: Directing the jury*. 2010, op. cit., p. 16.

audiência, uma recapitulação dos pontos mais importantes a serem considerados quando da decisão.

Apesar de ser o *summing up*, em regra, apresentado oralmente pelo juiz em audiência, é possível que se ofereça aos jurados uma síntese por escrito⁹⁸⁶ dos fatos e das circunstâncias da causa, assim como os elementos da ofensa e os requisitos para que se possa considerar provado cada um deles e, paralelamente, acerca das teses defensivas alegadas e dos elementos necessários ao reconhecimento de circunstâncias de isenção de responsabilidade, como a legítima defesa.

Embora haja uma grande liberalidade quanto ao exercício desse papel pelo juiz no direito inglês, os seus excessos ou equívocos durante o *summing up* são passíveis de apelação, a qual, considerada procedente, pode dar ensejo à anulação do veredicto. De acordo com a obra Blackstone's Criminal Practice, as principais hipóteses de erros cometidos pelo juiz no *summing up*, segundo a abordagem da Court of Appeal, são: (I) instruções impróprias em matéria de direito (caso leve a uma insegurança na condenação); (II) subtração indevida de questões fáticas da apreciação do júri; (III) instruções impróprias acerca das questões fáticas (inclusive quanto às omissões no *summing up* dos fatos de especial relevância para a determinação do veredicto); (IV) comentários impróprios acerca dos fatos ou do caso da defesa (limitada aos casos em que restar inequívoca a parcialidade do juiz em prol da acusação ou de injustiça ao acusado, dada a liberdade do juiz em emitir sua opinião); (V) comentários sobre o silêncio ou a recusa do acusado a ser interrogado; (VI) comentários inapropriados acerca do caráter do acusado.⁹⁸⁷

Há de se considerar, entretanto, o poder de influência que essa descrição do caso pelo juiz exerce sobre os jurados, dependendo da ênfase dada à tese da acusação ou à da defesa. Daí a necessidade de equilíbrio e ponderação por parte do magistrado ao referir-se à prova e aos fatos da causa, de modo a transmitir as questões ao júri com lógica, clareza e imparcialidade.

Foi justamente essa constatação que levou grande parte dos estados norte-americanos a proibir o juiz de resumir a prova para os jurados, entendendo-se que tal prática seria uma

⁹⁸⁶ Uma boa exemplificação das chamadas *offence directions* pode ser encontrada no Apêndice I do *The Crown Court Compendium: Part I: Jury and Trial Management and Summing Up*, elaborado pelo Judicial College, publicação de maio de 2016. Disponível em: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/05/crown-court-compendium-part-i-jury-and-trial-management-and-summing-up.pdf>. Acesso em: 25 de julho de 2016.

⁹⁸⁷ HOOPER, Anthony; ORMEROD, David. (eds.) *Blackstone's Criminal Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 2033-2034.

violação constitucional da competência do júri como exclusivo julgador dos fatos.⁹⁸⁸ Esse controle, no entanto, é considerado por alguns o motivo do grande sucesso do júri inglês quando em comparação com o júri em outros sistemas legais, segundo Williams.⁹⁸⁹ Como já observou Fragoso, “o Júri inglês é largamente controlado pelo presidente, cuja atuação é por todos louvada.”⁹⁹⁰

Esta posição não é unânime, todavia. Os limites da atuação do juiz durante o *summing up*, no que se refere ao nível de aprofundamento de sua abordagem das questões fáticas, são controversos, e há quem defenda uma atitude mais neutra e distanciada pelo magistrado. Sugere-se ser inevitável o risco de injustiça a uma ou outra parte.

Em seu relatório sobre o sistema de justiça inglês, Lord Justice Auld defende uma radical reestruturação do *summing up*, pela qual o juiz continuasse a recordar o júri sobre as provas relevantes apresentadas, mas de uma forma mais sintética. Paralelamente, propõe que o juiz apresentasse ao júri uma série de questões fáticas escritas relacionadas ao caso, cujas respostas pudessem logicamente conduzi-los apenas a um veredicto de culpa ou inocência. Tais questões poderiam ser utilizadas meramente como auxílio aos jurados para a sua decisão sobre o veredicto ou, alternativamente, a apresentação pública das respostas poderia ser exigida de modo a que o próprio juiz venha a declarar o veredicto de acordo com as mesmas. Como considera Auld, “é chegado o momento em que os juízes, na medida em que considerem apropriado, venham a requerer ao júri que identifique o seu processo de raciocínio...”⁹⁹¹

Na verdade, a propositura de questões fáticas ao júri como forma de facilitar o seu processo de raciocínio já é prática existente e aplicável em alguns casos complexos, embora, talvez, de uma forma mais simplificada do que aquela idealizada por Auld. Fala-se em *route to verdict*. Trata-se de um roteiro fático-jurídico tendente a organizar o raciocínio, ou seja,

⁹⁸⁸ “This role for the judge is generally not seen in the United States. Judicial commentary (...) is often viewed as a violation of state constitutional provisions making the jury the exclusive trier of fact.” KADISH, Sanford H.; SCHULHOFER, Stephen J. *Criminal law and its Processes...* cit., p. 64.

⁹⁸⁹ “Looking at these strains and stresses of the jury system in other countries, we may find the comparative success of the English jury not in its ability to nullify unpopular laws, nor in its superior ability to ascertain facts, but in the fact that our system of summing up enables the judge to give the jury a lead, which the jury follows sufficiently often to give an appearance of reliability to the mode of trial.” WILLIAMS, Glanville. *The Proof of Guilt...* cit., p. 241.

⁹⁹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Questão do Júri. In: *Revista Forense*. n. 193, 1961, p. 22.

⁹⁹¹ Tradução livre. AULD, R. *Review of the Criminal Courts of England and Wales*. Cap. 11, p. 535-536. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.criminal-courts-review.org.uk/chpt11.pdf>. Acesso em: 25 de julho de 2016.

“nada mais do que uma sequência lógica de perguntas, redigidas em termos que abordem as questões legais essenciais, a serem respondidas pelo júri a fim de chegar ao seu veredicto”⁹⁹².

Em suma pode-se dizer que, enquanto as questões legais são apresentadas ao júri de modo semelhante nas *instructions* e no *summing up*, neste último vislumbra-se uma preocupação intensa em contextualizar essas diretrizes legais com base nos fatos e provas específicos da causa. Parte-se da premissa de que uma orientação deve ser construída sob medida para que o júri possa compreender sua tarefa em relação a um caso em particular.⁹⁹³

Conforme explicam Kalven e Zeisel, sempre se soube ser uma das grandes diferenças entre os sistemas de júri inglês e norte-americano o papel exercido pelo juiz presidente. Os autores relatam a existência de três padrões básicos de controle a ser exercido pelo juiz sobre o júri: “a) o juiz pode instruir o júri sobre o direito, somente; b) adicionalmente, ele pode resumir a prova; e c) ainda, pode ele tecer comentários sobre o valor de cada prova e sobre a credibilidade das testemunhas.”⁹⁹⁴

No júri inglês, como é sabido, há o exercício do padrão mais intenso. Nos Estados Unidos, por outro lado, o poder do juiz é mais modesto, sendo a situação variável, no entanto, de estado para estado: “Em todas as jurisdições americanas o juiz instrui os jurados sobre o direito; se ele pode ir além e ainda resumir ou comentar a prova, é amplamente variável entre os estados.”⁹⁹⁵ A prerrogativa de resumir e comentar a prova permanece reconhecida, entretanto, em âmbito federal.⁹⁹⁶ Mesmo onde a prática é autorizada, contudo, não é comum a sua utilização, sendo a tendência comum que o juiz somente apresente ao júri as instruções quanto às questões de direito aplicáveis ao caso.

Como assevera Robertshaw, nos Estados Unidos, a maioria dos estados retirou a análise da prova em concreto das atribuições do juiz perante júri. Como destaca o autor, a prática das instruções no contexto estadunidense emerge como produto de uma cultura jurídica constituída sobre bases distintas, na qual o princípio adversarial é largamente

⁹⁹² Tradução livre. Judicial Studies Board. *Crown Court Bench Book: Directing the jury*. 2010, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁹³ ROBERTSHAW, Paul. *Summary Justice: Judges address Juries*. London: Cassell, 1998, p. 17.

⁹⁹⁴ Tradução livre. KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. *The American Jury*. *cit.*, p. 418.

⁹⁹⁵ Tradução livre. KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. *The American Jury*. *cit.*, p. 418-419.

⁹⁹⁶ “*In a trial by jury in a federal court, the judge is not a mere moderator (...). In charging the jury, the trial judge is not limited to instructions of an abstract sort. It is within his province, whenever he thinks it necessary, to assist the jury in arriving at a just conclusion by explaining and commenting upon the evidence, by drawing their attention to the parts of it which he thinks important, and he may express his opinion upon the facts, provided he makes it clear to the jury that all matters of fact are submitted to their determination.*” *Quercia v. United States* (1933) 289 U.S. 466 (53 S.Ct. 698, 77 L.Ed. 1321). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/289/466>. Acesso em: 26 de julho de 2016.

estatuído por meio do controle das partes sobre o procedimento, e as apelações são parte rotineira desse processo. Tais circunstâncias impactaram de duas formas a discricionariedade judicial, adicionalmente à ausência de instruções sobre a prova em concreto: primeiramente, os tribunais adotaram os *Pattern Instructions* como modelos universais a serem rigorosamente seguidos. Sob esse aspecto o juiz não é mais do que um seletor e “regurgitador” dos textos pré-estabelecidos; em segundo lugar, ambas as partes podem colaborar, em maior ou menor medida, na elaboração dos termos das instruções de um caso em particular.⁹⁹⁷

A ameaça de revisão pelas cortes superiores leva os magistrados americanos a evitarem os comentários e interpretações próprios sobre a prova efetivamente produzida, tendo em vista o risco de, por meio de tal prática, acabarem emitindo sua opinião – o que não é considerado aceitável pelo risco de induzir os jurados a uma decisão específica. Na Inglaterra, ao contrário, é esperado que os juízes não somente esclareçam os jurados sobre as questões legais (referentes ao ônus, *standards*, etc.) mas, também, sobre o conjunto probatório disponível e as inferências adequadas que podem ser dele extraídas, o que torna o conteúdo do *summing up* muito mais propenso a oferecer as bases para a compreensão dos fundamentos do veredicto do que as *instructions*, ante o aspecto mais genérico dessas últimas.

5.4.3. As inovações processuais nos sistemas de júri da *civil law*: evidências de uma mudança de paradigma

Os esforços empreendidos no presente capítulo e no anterior tiveram como um de seus principais propósitos o de realizar uma investigação do sistema de júri anglo-americano, especialmente no que concerne ao trato dos aspectos probatórios relacionados à cognição dos fatos pelo júri e do processo de valoração e decisão, com ênfase na medida da liberdade envolvida nesse processo. O intuito foi o de tentar desconstruir a forma deturpada pela qual esse modelo é habitualmente retratado pelos observadores da *civil law* no que se refere à liberdade valorativa dos jurados, tal como já denunciado por Damaška.⁹⁹⁸

⁹⁹⁷ ROBERTSHAW, Paul. *Summary Justice... cit.*, p. 168.

⁹⁹⁸ “O procedimento de *common law* é usualmente considerado como o baluarte da livre apreciação da prova. Essa liberdade é sintetizada no poder do júri de emitir um veredicto imotivado (...). A partir dessa visão amplamente compartilhada, a *common law* parece celebrar a liberdade do julgador para avaliar o valor das provas e a raciocinar a partir delas. Mas essa visão da matéria é incompleta e tende a ser gravemente enganosa.” Tradução livre. DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law adrift. cit.*, p. 17.

O fato de que os jurados ingleses e americanos não estejam obrigados a expressar as razões de seus veredictos não permite concluir que estejam os mesmos autorizados a decidir conforme seus próprios critérios íntimos de certeza, sem a adoção de raciocínios lógicos e racionais a partir do conjunto probatório. Essa é uma conclusão consequencialista e não poderia estar mais equivocada, conforme se deduz de todo o esforço de sistematização que é realizado pelo juiz nas instruções, com vistas a apresentar aos jurados os critérios que devem seguir para chegarem a um veredicto. A ausência de motivação somente permite inferir que o sistema adota uma forma distinta de exercer – e conceber – o controle sobre o produto de sua decisão.

Buscou-se resgatar nas raízes históricas da instituição, a partir da experiência inglesa, as evidências para a tese de que o sistema anglo-americano nunca concebeu a ideia de que o júri decidisse os fatos de forma totalmente livre, segundo sua consciência. A noção de certeza moral foi produto da influência Iluminista, tendo sido associada ao júri pela legislação reformista da Revolução Francesa, reproduzida por todo o continente como premissa inerente ao júízo popular.

Em meio a esse processo, grande parte dos sistemas continentais de júri acabou se convertendo ao escabinato, em meio ao qual as habilidades técnicas dos juízes profissionais acabavam superando as deficiências dos leigos de modo a tornar possível a fundamentação dos juízos. Outros, por sua vez, mantiveram um modelo de composição pura, temperados pela introdução dos *special verdicts* (questionários). Entretanto, acabaram incorporando a falácia da íntima convicção, compreendendo a ausência de motivação como inexigência de racionalidade – a exemplo do Brasil. Nesse contexto, os questionários são ineficazes se não forem suficientemente criteriosos, de modo a se traduzirem em um roteiro lógico capaz de conduzir o jurado por uma cadeia de raciocínios válidos sobre os fatos a partir das provas, a fim de que a decisão possa se dizer racional.

Mas ao que parece, o verdadeiro cerne do problema não se situa propriamente na ausência de rigor dos questionários. Acima de tudo, preocupa a noção que se vê atrelada à íntima convicção de que, simplesmente, não se deve almejar qualquer controle ou interferência na decisão dos jurados, e que qualquer esforço nesse sentido comprometeria a soberania popular.

Felizmente, já se pode verificar sinais de uma mudança de paradigma. Algumas reformas processuais recentes em sistemas de origem romano-germânica evidenciam uma preocupação com a qualidade das decisões do júri, o que se expressa pela implementação de diferentes mecanismos tendentes a viabilizar um controle sobre o conteúdo dos veredictos,

assim como formas de se de garantir que sejam utilizados pelos jurados critérios racionais de valoração e análise da prova.

Essa tendência pode ser verificada, por exemplo, nos recém incorporados modelos de juízo por jurados na Rússia (1993) e Espanha (1995), os quais buscaram estabelecer um detalhado questionário fático a ser submetido aos jurados com vistas a que o juiz pudesse aproximar-se da cadeia de raciocínio que teria ensejado a decisão. A Espanha foi mais longe, exigindo que os jurados apresentassem uma sucinta explicação para as respostas das proposições, como se verá adiante.

Um modelo peculiar foi o adotado recentemente em meio à incorporação do novo sistema de júri da Coreia, em 2012. Três aspectos merecem ser destacados, nesse contexto. Em primeiro lugar, são previstas situações em que o juiz é instado a aconselhar o júri em meio às suas deliberações, podendo responder a seus questionamentos ou prestar esclarecimentos, mas restringindo-se às questões fáticas e jurídicas do caso – sem expressar opinião. Isso ocorre principalmente quando os jurados não logram obter a unanimidade dos votos, critério necessário para a condenação.⁹⁹⁹ Uma segunda grande diferença do sistema coreano é que os veredictos emitidos pelo júri possuem um caráter consultivo, não são vinculantes. A justificativa para tal opção é a conformação constitucional, já que a Carta coreana não prevê a participação de cidadãos leigos nas decisões judiciais, o que seria função exclusiva dos magistrados. A prática tem demonstrado, entretanto, que os veredictos são acolhidos em cerca de 90% dos casos.¹⁰⁰⁰ Por fim, uma terceira questão que merece destaque é o chamado *juror's guide*, entregue aos jurados logo após o processo de seleção, antes do início da fase instrutória. Nesse guia estão presentes um sumário dos fatos do caso; uma prévia dos argumentos das partes e das provas que pretendem produzir; a descrição da ofensa imputada; orientações quanto ao procedimento e quanto às deliberações.¹⁰⁰¹ Esse mecanismo vai ao encontro da conclusão, já reconhecida no contexto anglo-americano, de essas orientações prévias são fundamentais para a qualidade da atuação do júri, já que lhe fornecem o contexto necessário para a compreensão do caso.

A Bélgica, por sua vez, abalada pelo revés no âmbito da decisão do caso Taxquet, perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, tratou de alterar sua legislação para determinar que o juiz integrasse as deliberações do júri e, paralelamente, com o fito de

⁹⁹⁹ HANS, Valerie P. Reflections on the Korean Jury Trial. *Journal of Korean Law*. v. 14, 2014, p. 93.

¹⁰⁰⁰ HANS, Valerie P. Reflections on the Korean... *cit.*, p. 96.

¹⁰⁰¹ HANS, Valerie P. Reflections on the Korean... *cit.*, p. 84.

possibilitar que se formulassem as principais razões que ensejaram a decisão.^{1002 1003}

Já no âmbito latino-americano, a tradição bem sucedida da *common law*, somada ao entendimento do TEDH acerca do papel das instruções diante da falta de motivação dos veredictos, foi determinante para inspirar o modelo de júri incorporado nas províncias argentinas de Buenos Aires e Neuquén, as quais buscaram implementar o mecanismo das instruções com o mesmo rigor e critério verificado na experiência anglo-americana. Além das províncias citadas, também Rio Negro e Chaco aguardam a concretização de seus sistemas de júri, cujas leis recentemente aprovadas seguem semelhante configuração. Salta e La Rioja, por sua vez, aguardam ainda a aprovação dos projetos de lei nos respectivos parlamentos. A estréia do júri popular na Argentina, entretanto, se deu em Córdoba, mas a sua opção fora por um modelo de composição mista.

Como sustenta Nancy Marder¹⁰⁰⁴, o júri vem experimentando um renascimento em todo o mundo. Países que nunca tiveram tal sistema de justiça, ou que tiveram apenas no passado, vêm buscando nos cidadãos uma nova alternativa para a decisão dos casos criminais. Por sua vez, aqueles que desfrutam de uma duradoura tradição nesse sentido continuam a mantê-la, atentos a possíveis inovações em seus procedimentos.

Dentre as novas experiências citadas, cumpre-se destacar alguns aspectos relevantes dos modelos adotados pela Espanha e pela Província de Buenos Aires.

¹⁰⁰² Conforme a nova redação do artigo 334 do Código Processual Penal belga: “*Sans devoir répondre à l'ensemble des conclusions déposées, le collège formule les principales raisons de la décision du jury.*” Disponível em: <http://www.droitbelge.be/codes.asp#ins>. Acesso em: 03 de agosto de 2016.

¹⁰⁰³ Interessante destacar que, o texto até então exposto em local visível na sala de deliberações dos jurados, o qual também era proclamado pelo juiz presidente antes da retirada dos jurados, era a famosa instrução oriunda da legislação francesa de 1791 que originou a *intime conviction*, onde se lia: “A lei não exige prestação de contas pelos jurados dos meios pelos quais se convenceram, não lhes prescreve regras pelas quais aderir, particularmente no que tange à plenitude e suficiência de uma prova (...) ela lhes demanda que interroguem a si mesmos no silêncio e recolhimento, e que busquem, na sinceridade de sua consciência (...), ela lhe coloca tão somente uma única questão, que abrange toda a medida de seus deveres: ‘você tem uma íntima convicção?’” (Tradução livre. LECLERC, Henri. *Intime Conviction du Juge: Norme Démocratique de la Preuve*. p. 210-211. Disponível em: https://www.u-picardie.fr/.../35/henri_leclerc.../henri_leclerc.pdf. Acesso em: 06 de janeiro de 2017. p. 210-211.) A partir das reformas que se seguiram após o caso Taxquet, a instrução lida aos jurados e exibida em letras grandes na sala de deliberações passou a ser a seguinte: “A lei prevê que uma condenação somente pode ser pronunciada se resulta dos elementos de prova admitidos que o acusado é culpado dos fatos que lhe são imputados além de toda a dúvida razoável.” A nova redação deixa expresso o abandono do paradigma da prova moral em prol de um método mais racional de decisão, a partir da incorporação de um *standard* probatório. (Tradução livre. Artigo 327 da lei processual penal belga. Disponível em: <http://www.droitbelge.be/codes.asp#ins>. Acesso em: 03 de agosto de 2016.)

¹⁰⁰⁴ MARDER, Nancy S. An Introduction to Comparative Jury Systems. *Chicago-Kent Law Review*. v. 86, n. 2, 2011, p. 453.

5.4.3.1. A Espanha e sua recente reimplantação do juízo por jurados: questionário fático analítico e sucinta explicação do veredicto

Tendo marcado o fim da ditadura franquista na Espanha, a Constituição democrática de 1978 estabeleceu em seu artigo 125 o direito do cidadão de participar da administração da justiça por meio do tribunal do júri. No entanto, em seu artigo 120(3), foi garantida a motivação das decisões judiciais, o que levou juristas e políticos a debaterem por anos a viabilidade de se estabelecer um modelo de tribunais mistos, compostos por jurados leigos e juízes profissionais – seguindo a tendência continental de abandono do modelo clássico observada na França, Itália e Alemanha.¹⁰⁰⁵ Prevaleceu, por fim, a opção por um sistema puro, tendo a Lei Orgânica do Tribunal do Júri de 1995 (LOTJ) configurado um modelo *sui generis*, que compatibiliza a garantia dos cidadãos de participarem diretamente da administração da justiça com a garantia da motivação das decisões judiciais, normalmente estranha¹⁰⁰⁶ a processos conduzidos perante o júri popular.

Interessante destacar, por outro lado, que em nenhum momento a norma constitucional espanhola ou a LOTJ pretenderam atribuir ao júri o conhecido *status* de direito do acusado ao julgamento por seus pares, como garantia contra um possível arbítrio dos juízes. A intenção do legislador, bastante clara na exposição de motivos, é a concretização da participação popular nas decisões judiciais – e não a de criar uma justiça alternativa. Tal expressão impede que o acusado possa vir a renunciar ao julgamento pelo júri em favor de um processo perante o juiz togado.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁵ THAMAN, Stephen C. Spain Returns to Trial by Jury. In: *Hastings International and Comparative Law Review*. n. 21, 1997-1998, p. 242. A opção espanhola pelo modelo puro em 1995, seguindo-se à reintrodução do júri na Rússia dois anos antes – também em sua forma clássica –, sinalizou para uma mudança de perspectiva e, como sugere Thaman, levanta questões sobre se o júri pode mais uma vez servir como catalisador de um movimento em direção de um processo mais adversarial na *civil law*, assim como ocorreu à época da Revolução Francesa.

¹⁰⁰⁶ Conforme Stephen Thaman, a primeira jurisdição a reconhecer que os júris deveriam e poderiam apresentar razões para suas decisões foi a Suíça. A Corte Federal da Suíça, em 1952, declarou que os Cantões poderiam se valer do juízo por jurados se os mesmos fossem capazes de prover, suficientemente, as razões para os seus veredictos. Em seguida a tal determinação, apenas o Cantão de Genebra se empenhou a salvar seu sistema de júri, requerendo que o júri apresentasse as razões para as suas respostas ao questionário, conforme o seu Código de Processo Penal de 1977. Em janeiro de 2011, entretanto, as legislações dos Cantões fora substituída pelo Código de Processo Penal em âmbito federal, cuja omissão em relação ao júri fora interpretada como sua eliminação na Suíça. O autor lembra ainda que, embora o sistema austríaco requeira que o porta-voz do júri complete uma transcrição acerca da decisão, essas razões ou explicações não fazem parte do veredicto e seu propósito é apenas o de auxiliar o juiz profissional e os juízes de apelação na análise de seu conteúdo. (THAMAN, Stephen C. Should Criminal Juries... *cit.*, p. 626-627.)

¹⁰⁰⁷ THAMAN, Stephen C. Spain Returns... *cit.*, p. 257.

O júri espanhol é presidido por um juiz profissional e composto por nove jurados, os quais, após deliberação em sigilo, devem declarar provados ou não provados os fatos que compõem a imputação e os eventualmente alegados pela defesa, decidindo, por conseguinte, pela culpa ou inocência do imputado.¹⁰⁰⁸

Em meio a um júri oral e público, a fase instrutória é inaugurada pela leitura da imputação, após a qual as partes apresentarão suas alegações iniciais a fim de que expliquem ao júri suas considerações acerca dos fatos e das questões jurídicas envolvidas na matéria, além das conclusões que esperam que a prova será capaz de demonstrar.¹⁰⁰⁹ Essas intervenções iniciais das partes também têm o condão de fornecer ao júri, a partir de linguagem acessível, os subsídios necessários para a compreensão dos fatos e das respectivas categorias jurídicas.

Ao juiz cabe a condução dos trabalhos rumo ao esclarecimento da verdade, devendo indeferir as linhas de investigação que se mostrem impertinentes para esse propósito. Os jurados, assim como o juiz, podem fazer perguntas às testemunhas, que serão por ele mediadas. Podem também fazer anotações e examinar as provas documentais pertinentes.

Seguindo a tendência da maioria dos sistemas de júri da Europa continental, a lei espanhola rejeitou o modelo genérico de veredicto típico da *common law*, no qual os integrantes se limitam a declarar o réu culpado ou inocente após instruções do juiz acerca do direito aplicável e dos princípios que governam a análise da prova para a determinação dos fatos. A opção do legislador espanhol foi pelo modelo de *special verdict*, no qual o júri deve responder a uma série articulada de proposições elaboradas pelo juiz presidente.

Diferentemente dos questionários usuais, entretanto, o espanhol não submete aos jurados indagações para serem respondidas com “sim” ou “não”. Procura, de outro modo, apresentar uma série encadeada das proposições fáticas pertinentes alegadas, diferenciando-as entre as que se mostram favoráveis e aquelas contrárias ao acusado. A diferenciação é relevante para efeito da votação pelos jurados, na medida em que a lei exige um número distinto de votos dependendo se o fato é favorável ou contrário ao acusado. O júri deve analisar cada uma das questões e declarar se a considera provada ou não. Para considerar

¹⁰⁰⁸ Como dispõe a LOTJ em seu artigo 3º: “*Artículo 3. Función de los jurados. 1. Los jurados emitirán veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable que el Magistrado-Presidente haya determinado como tal, así como aquellos otros hechos que decidan incluir en su veredicto y no impliquen variación sustancial de aquél. 2. También proclamarán la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos respecto de los cuales el Magistrado-Presidente hubiese admitido acusación. (...)*”. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-12095>. Acesso em: 27 de julho de 2016.

¹⁰⁰⁹ Artigo 45 da LOTJ.

provada uma proposição favorável ao réu, são necessários somente cinco, dentre os nove votos. Se o fato é contrário ao réu, por outro lado, a maioria exigida é de sete votos para lhe considerar demonstrada pelos elementos probatórios.

A referida sistemática faz sentido uma vez relacionada com o chamado *auto de hechos justiciables*¹⁰¹⁰, que é a peça elaborada pelo juiz na fase preparatória para o juízo oral que contempla os fatos que acusação e defesa pretendem demonstrar em juízo, segundo suas manifestações. É também nesta oportunidade que o magistrado comunicará sobre o deferimento ou indeferimento dos meios de prova propostos.

Conforme o artigo 52 da LOTJ¹⁰¹¹, o questionário – chamado de “objeto do veredicto”, deve ser proposto para cada crime e para cada acusado e nele deve conter: (1) a narrativa dos fatos alegados pelas partes em parágrafos separados, diferenciando os que são contrários e os favoráveis ao acusado, sendo que para cada um o jurado deve declarar se restaram provados ou não; (2) seguindo os mesmos critérios de separação serão expostos os fatos alegados que possam determinar isenção de responsabilidade; (3) em seguida, serão trazidos os fatos em parágrafos sucessivos que determinem o grau de execução, participação e modificação da responsabilidade; (4) finalmente, será precisado o fato delituoso pelo qual o acusado deverá ser declarado culpado ou inocente.

Após receberem o objeto do veredicto, os jurados serão instruídos pelo juiz presidente em audiência pública sobre a função dos quesitos, as regras que regem a deliberação e votação e a forma pela qual devem refletir sobre o veredicto, conforme artigo 54 da LOTJ. Além disso, o juiz exporá a natureza dos fatos em discussão, especificando aqueles que constituem os elementos do delito e os que ensejam isenção ou modificação da responsabilidade. Por fim esclarecerá o juiz que, se os jurados permanecerem em dúvida sobre determinado fato, deverão decidir da forma mais benéfica ao acusado.

¹⁰¹⁰ “Artículo 37. *Auto de hechos justiciables, procedencia de prueba y señalamiento de día para la vista del juicio oral. Personadas las partes y resueltas, en su caso, las cuestiones propuestas, si ello no impidiese el juicio oral, el Magistrado que vaya a presidir el Tribunal del Jurado dictará auto cuyo contenido se ajustará a las siguientes reglas: a) Precizará, en párrafos separados, el hecho o hechos justiciables. En cada párrafo no se podrán incluir términos susceptibles de ser tenidos por probados unos y por no probados otros. Excluirá, asimismo, toda mención que no resulte absolutamente imprescindible para la calificación. En dicha relación se incluirán tanto los hechos alegados por las acusaciones como por la defensa. Pero, si la afirmación de uno supone la negación del otro, sólo se incluirá una proposición. b) Seguidamente, con igual criterio, se expondrán en párrafos separados los hechos que configuren el grado de ejecución del delito y el de participación del acusado, así como la posible estimación de la exención, agravación o atenuación de la responsabilidad criminal. c) A continuación, determinará el delito o delitos que dichos hechos constituyan. d) Asimismo, resolverá sobre la procedencia de los medios de prueba propuestos por las partes y sobre la anticipación de su práctica.” Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-12095>. Acesso em: 27 de julho de 2016.*

¹⁰¹¹ Disponível em: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo5-1995.html#i. Acesso em 28/11/2013.

É válido frisar que as instruções do juiz no contexto espanhol não desempenham o mesmo papel das anglo-americanas, já analisadas. Não foi a pretensão do legislador espanhol permitir que o magistrado realizasse um sumário dos fatos e das provas apresentadas, nem tampouco que os comentasse¹⁰¹², emitindo sua opinião. No que concerne às questões de direito substantivo, ambos os modelos possuem enfoques distintos quanto à forma desejável de se orientar os jurados.¹⁰¹³

As instruções norte-americanas buscam expor ao júri, basicamente, os fatos que a acusação deve ter sido capaz de demonstrar para que possa o réu ser considerado culpado, de acordo com os elementos constitutivos da ofensa imputada. Os jurados devem verificar se houve essa demonstração à luz de tudo o que fora discutido em juízo, valendo-se de todas as inferências (racionais) possíveis a partir dos elementos de prova disponíveis. As instruções espanholas, por sua vez, são limitadas ao contexto do formulário do veredicto, buscando orientar o júri sobre a natureza dos fatos em discussão conforme as proposições fáticas ali constantes, esclarecendo-se quais delas são as circunstâncias constitutivas do delito e quais se referem à exclusão ou modificação da responsabilidade, ficando a seu cargo concluir pela culpa ou inocência do acusado a partir do que considerarem provado.

Apesar de sutil a diferença, pode-se dizer que no modelo oriundo da *common law* as instruções se destinam, precisamente, a guiar o raciocínio dos jurados e delimitar sua atuação, de modo a orientá-los sobre quando estão autorizados a condenar e quando devem absolver, a partir de suas conclusões sobre os fatos. Por outro lado, na Espanha as instruções adquirem um propósito de esclarecimento, de orientação acerca da dinâmica de votação e dos elementos fáticos do delito. Não se propõem a dirigir a atuação do júri.¹⁰¹⁴ Entretanto, o magistrado espanhol possui condições efetivas de controlar essa atuação *a posteriori*, na medida em que verificar uma contradição nas respostas constantes da ata do veredicto, por exemplo. Tal verificação é impraticável no formato do *general verdict* anglo-americano, pelo qual o júri apenas se pronuncia pela culpa ou inocência do acusado.

¹⁰¹² Como se verifica da Exposição de Motivos da LOTJ, no item V, n. 2, “*se estima adecuado suprimir entre sus contenidos uno cuya inclusión determinó una gran polémica en nuestra pasada experiencia histórica: el resumen de la prueba practicada.*” Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-12095>. Acesso em: 01 de agosto de 2016.

¹⁰¹³ PÉREZ CABADERA. María-Ángeles. *Las instrucciones... cit.*, p. 654-655.

¹⁰¹⁴ O que fica explícito pelo conteúdo da Exposição de Motivos da LOTJ em seu item V, n. 2: “*Pero su justificación, que no es otra que suplir las deficiencias que puedan derivarse del desconocimiento técnico de la Ley, impide que puedan extenderse a aspectos en los que los Jurados deben y pueden actuar con espontaneidad.*” Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-12095>. Acesso em: 01 de agosto de 2016.

Em seguida às instruções, os jurados se retiram para a deliberação conjunta sigilosa, a fim de procederem à discussão e votação das questões fáticas e demais componentes do veredicto. Uma grande importância é dada à deliberação coletiva dos jurados na lei espanhola, de modo semelhante ao que acontece nos modelos inglês e norte-americano. No âmbito da LOTJ, o júri não só supõe uma sobrecarga ideológica distinta do formalismo do juiz profissional, como também, por sua natureza, formula sua decisão coletivamente, como grupo. O veredicto se constitui, pois, em uma resposta consensual, produto de uma discussão coletiva das provas produzidas. Não é por acaso que as instruções dirigidas aos jurados nos modelos puros tradicionais destaquem a importância da deliberação como fenômeno coletivo.¹⁰¹⁵

A ata de votação é composta por cinco partes distintas, conforme a LOTJ em seu artigo 61. Na primeira, são listados os fatos tidos como provados, na segunda parte, os fatos tidos por não provados, em obediência à maioria exigida em lei. A terceira parte contém a declaração dos jurados no sentido de considerarem o acusado culpado ou inocente. A quarta, que representa a maior inovação do sistema de júri espanhol, pretende que seja fornecida uma sucinta explicação do veredicto, com as razões pelas quais tenham os jurados declarado ou se recusado a declarar determinados fatos como provados, e a prova na qual se basearam. A quinta e última parte contém o registro dos eventos que ocorreram durante as discussões, evitando qualquer identificação que possa infringir o sigilo das deliberações.

O formato do veredicto espanhol (de proposições fáticas) leva, invariavelmente, à redução do papel do júri na determinação da culpa, uma vez que limita sua atuação à verificação fática de que o acusado tenha cometido ou não um determinado ‘ato criminoso’, ao invés da verificação de que um ‘crime’ tenha sido cometido, em um sentido jurídico, como destaca Thaman, para quem essa abordagem teria um claro propósito *anti-nullification*.¹⁰¹⁶ O autor ainda realiza uma comparação interessante entre os modelos de decisão espanhol e anglo-americano:

Poderia ser dito que os júris espanhóis são colocados em uma “camisa de força fática” pelas alegações das partes, conforme as mesmas são concretizadas nas detalhadas proposições do formulário do veredicto. Limitados pelo material fático estabelecido nas questões, eles não são livres como os júris anglo-americanos para discutir entre si os variados arranjos factuais dos elementos probatórios, com vistas a atingir um veredicto (...). Os júris anglo-americanos, por outro lado, se deparam com uma “camisa de

¹⁰¹⁵ VÉLEZ RODRÍGUEZ, Enrique. *op. cit.*, p. X.

¹⁰¹⁶ THAMAN, Stephen C. Europe’s New Jury Systems: The Cases of Spain and Russia. In: VIDMAR, Neil. (ed.) *World Jury Systems*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 341.

força legal”, tanto no aspecto material quanto no processual, considerando que os fatos à sua disposição são limitados pelas regras de admissibilidade probatória, e sua interpretação é limitada pelas instruções de direito vinculantes do juiz presidente.¹⁰¹⁷

Há de se destacar, no entanto, que os jurados espanhóis possuem a prerrogativa de incluir questões fáticas no objeto do veredicto, ou mesmo alterar o conteúdo das proposições formuladas caso não consigam obter a maioria necessária dos votos. Isso é possível desde que essa alteração ou inclusão não dê origem a uma variação substancial do conteúdo fático e desde que não represente alteração ou agravamento da responsabilização criminal pleiteada pela acusação. A intenção é proporcionar ao júri uma certa flexibilidade de modo a permitir-lhe a maior aproximação possível à sua percepção das questões. Paralelamente, busca-se evitar absolvições inesperadas, dada a hipótese de se ver o jurado surpreendido pela rigidez ou suposta contradição nas questões formuladas.¹⁰¹⁸

A prática demonstra, todavia, uma grande disparidade de tendências por parte dos magistrados na construção do objeto do veredicto. Enquanto alguns procuram limitar as proposições àqueles fatos considerados absolutamente necessários para a caracterização dos elementos da ofensa, além das circunstâncias agravantes e atenuantes, outros submeteram à apreciação dos jurados praticamente todas as asserções fáticas contidas nas alegações das partes, já tendo-se registros de formulários com mais de 150 questões.¹⁰¹⁹

O grande número de proposições, no entanto, tem um efeito contraproducente no raciocínio dos jurados. Em primeiro lugar, ao contrário do que possa parecer, um questionário reduzido não significa uma análise mais abreviada dos fatos, mas tem o efeito de levar a reflexões mais aprofundadas e detidas sobre o conteúdo de cada formulação. Um questionário extenso, por sua vez, tende a ensejar raciocínios mais abreviados em meio à busca pela otimização do tempo. Em segundo lugar, quanto mais numerosas as proposições, mais difícil será para o júri encadeá-las e compreendê-las dentro de um mesmo contexto, em sua relação com a ofensa imputada – o que prejudicará, conseqüentemente, o raciocínio a ser empregado

¹⁰¹⁷ Tradução livre. THAMAN, Stephen C. *Spain Returns... cit.*, p. 325-326, nota 371.

¹⁰¹⁸ Conforme item V, 1, “c” da Exposição de Motivos da LOTJ: “*Permitiendo al Jurado una flexibilidad, que, sin abdicar de la obligada respuesta a la cuestión que le es formulada, pueda introducir las matizaciones o complementos que permita adecuar el veredicto a su conciencia en el examen del hecho. Lo que, además, conseguirá evitar previsibles veredictos sorprendentes de inculpabilidad a que llevaría la rigidez en la exigencia de respuesta que situase al Jurado en insoportables incomodidades para expresar su opinión. Con ello se elude el catálogo de preguntas a contestar con monosílabos, porque éste no puede recoger la total opinión del Jurado, pero se evita el sistema ya rechazado por una doctrina cualificada de conferir a éste la carga de la redacción del hecho probado.*” Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-12095>. Acesso em: 01 de agosto de 2016.

¹⁰¹⁹ THAMAN, Stephen C. *Europe’s New Jury Systems... cit.*, p. 342.

para a conclusão sobre a culpa ou inocência do acusado. Vale ressaltar que o magistrado deve devolver a ata de votação ao júri para novas deliberações caso verifique, entre outras hipóteses¹⁰²⁰, alguma contradição entre os fatos considerados provados ou entre estes e a declaração do júri pelo reconhecimento da culpa do acusado.

Quanto à motivação do veredicto na LOTJ, a medida encarna algo que vinha sendo tradicionalmente exigido a partir da recepção no direito processual das exigências do Estado liberal. Com a possibilidade de se conhecer os seus fundamentos, pretende-se que o processo de aplicação da norma se exteriorize e se faça explícito, principalmente para o próprio cidadão acusado.¹⁰²¹ Ademais, é explícito o interesse em estabelecer um processo racional de decisão, passível de controle, por meio da conjugação da fundamentação do veredicto com a articulação dos fatos no questionário.¹⁰²²

É claro que a incorporação dessa exigência de fundamentação deve ter em mente as particularidades do júri, especialmente, a falta de conhecimentos técnicos dos jurados, o que demanda uma adaptação ao modelo tradicional de motivação. Desta forma, o Tribunal Constitucional manifestou-se no sentido de que a exigência de motivação não é a mesma para magistrados profissionais e juízes leigos. Supõe-se que os jurados vão utilizar-se de expressões próprias de seu nível cultural e linguagem comum¹⁰²³. Além disso, segundo o

¹⁰²⁰ Conforme artigo 63 da LOTJ: “*El Magistrado-Presidente devolverá el acta al Jurado si, a la vista de la copia de la misma, apreciase alguna de las siguientes circunstancias: a) Que no se ha pronunciado sobre la totalidad de los hechos. b) Que no se ha pronunciado sobre la culpabilidad o inculpabilidad de todos los acusados y respecto de la totalidad de los hechos delictivos imputados. c) Que no se ha obtenido en alguna de las votaciones sobre dichos puntos la mayoría necesaria. d) Que los diversos pronunciamientos son contradictorios, bien los relativos a los hechos declarados probados entre sí, bien el pronunciamiento de culpabilidad respecto de dicha declaración de hechos probados. e) Que se ha incurrido en algún defecto relevante en el procedimiento de deliberación y votación.*” Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-12095>. Acesso em: 01 de agosto de 2016.

¹⁰²¹ VÉLEZ RODRÍGUEZ, Enrique. *op. cit.*, p. XII.

¹⁰²² Conforme se depreende da Exposição de Motivos da LOTJ: “Em nosso sistema, o jurado deve sujeitar-se, inexoravelmente, ao comando do legislador. E essa conformação só é suscetível de controle na medida em que o veredicto exteriorize o percurso argumentativo que lhe motivou. É isso que pretende a Lei: a) Confirmando ao magistrado a articulação racional dos fatos a proclamar como provados em uma sequência lógica; b) Exigindo como critério a necessária inequívocidade da questão; (...) d) Exigindo do jurado que sua demonstrada capacidade para decidir-se por uma ou outra versão alcance o grau necessário para a exposição de seus motivos. É certo que a exposição do que se considerou provado explicita a argumentação da conclusão de culpabilidade ou inocência. Mas hoje, a exigência constitucional de motivação não se satisfaz com isso. Também a motivação desses argumentos é necessária. E desde logo possível, se se considera que de modo algum requer habilidade especial, e que conta o jurado, em todo caso, com a possibilidade de solicitar o assessoramento necessário. (...)” Tradução livre. Item V, n. 1 da Exposição de Motivos da LOTJ. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-12095>. Acesso em: 01 de agosto de 2016.

¹⁰²³ “*La exigencia de motivación que les impone el art. 61.1 d) LOTJ no puede ser la misma que la que deriva del art. 120.3 CE para los órganos judiciales, pues lo que el citado precepto legal demanda de los Jurados es una "sucinta explicación", "debiendo entenderse por tal aquella en la que los Jurados, utilizando las expresiones propias de su nivel cultural y su lenguaje común, manifiestan de manera concisa cuáles han sido los elementos probatorios que les han llevado a estimar como probados o no los hechos que constan en el objeto del*

Tribunal Constitucional, a exigência de motivação se satisfaz quando se pode compreender os elementos probatórios que sustentam a consideração dos fatos tidos como provados, sem que seja exigível uma fundamentação exaustiva ou pormenorizada de todos os aspectos envolvidos nessa análise. O importante é que se possa verificar que a decisão adotada tenha sido produto de uma detida análise dos fatos com suporte nos elementos probatórios, alheia a qualquer arbitrariedade.

De posse da ata de votação, o magistrado deverá proferir a sentença, incluindo os fatos considerados provados e não provados pelo júri, e o delito objeto de absolvição ou condenação. Nesta última hipótese, deve ainda o juiz materializar na sentença a existência de prova incriminatória exigida pela garantia constitucional de presunção de inocência, de acordo com o artigo 70 da LOTJ.

Verifica-se que, mesmo sucinta, a fundamentação que emana dos jurados é um mecanismo hábil a cumprir com as exigências colocadas pela Corte Europeia no caso *Taxquet v. Bélgica*. Por meio dela, permite-se que o acusado conheça, entenda e aceite as razões pelas quais o júri o condenou ou absolveu, bem como quais foram os fatos considerados provados e quais foram as provas determinantes para que chegassem a tal conclusão. A articulação do questionário fático analítico com a exigência de apresentação das sucintas razões permite verificar a coerência do raciocínio dos jurados, no sentido da compatibilidade entre os fatos considerados provados com a decisão pela condenação ou absolvição.

Ademais, em sendo o veredicto produto de uma deliberação coletiva – pela qual os jurados devem analisar cada um dos fatos alegados pelas partes a partir do conjunto probatório –, tem-se como resultado uma vinculação de seu raciocínio às provas produzidas, reduzindo-se as chances de se ver preponderar quaisquer influências subjetivas, de modo a que a decisão seja dotada de maior racionalidade.

5.4.3.2. A Argentina rumo ao sistema de júri clássico: o papel central das instruções aos jurados no modelo processual da província de Buenos Aires

Em busca da efetivação de um mandamento constitucional latente desde 1853,¹⁰²⁴ a Província de Buenos Aires, juntamente com a de Neuquén, foram as primeiras a implementar, em terras argentinas, um sistema clássico¹⁰²⁵ de juízo por jurados, desencadeando, conseqüentemente, um movimento nesse sentido também em outras províncias.

Com base na Lei 14.543 de 28 de novembro de 2013 inaugurou-se na justiça bonaerense um sistema de júri intensamente inspirado pela tradição anglo-americana, composto por doze cidadãos leigos e voltado para o julgamento de crimes considerados de especial gravidade. A opção por este modelo, entretanto, não se deu de forma pacífica. A própria ideia de se concretizar em definitivo o juízo por jurados não foi livre de resistências¹⁰²⁶, o que fica evidente pela transcurso de 161 anos entre a proposta constitucional e sua efetiva implementação.

Os opositores ao juízo popular procuravam sustentar que a população não estaria preparada para o encargo, uma vez que a instituição seria alheia à sua tradição jurídica, ou mesmo que o julgamento pelo júri não seria seguro pelos prejuízos e parcialidades do cidadão leigo, de modo a constituir-se como um juízo de pior qualidade. Também se argumentava, com especial ênfase, a inconveniência da falta de motivação dos veredictos, o que, supostamente, impediria a satisfação do direito ao recurso. Os anseios em prol do cumprimento da vontade constitucional, por fim, prevaleceram, respaldados por um intenso movimento doutrinário engajado na desconstrução dos mais diversos mitos e objeções que rondavam a instituição.

¹⁰²⁴ A Constituição Argentina de 1853 dispõe em seu artigo 24 o seguinte: “*El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados.*” Paralelamente, o artigo 118 estabelece ainda mais enfaticamente que “*Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. (...)*” Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>. Acesso em: 27 de julho de 2016.

¹⁰²⁵ A Província de Córdoba já adota desde 2005 um sistema de júri popular para o julgamento de crimes econômicos, atos de corrupção e os delitos considerados “*aberrantes*”, tratando-se, entretanto, de um juízo misto ou escabinado, composto por três juízes togados e oito cidadãos leigos.

¹⁰²⁶ Para uma análise exaustiva das objeções que, historicamente, impediram a concretização do juízo por jurados na Argentina, seguidas das respectivas desconstruções, ver: PENNA, Cristian D. Prejuicios y Falsos Conocimientos: Historia de los Cuestionamientos al Juicio por Jurados en Argentina. In: *Juicio por Jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Buenos Aires: Jusbaire, 2014, p. 83 a 126.

O Tribunal do júri bonaerense é composto por um juiz presidente, doze jurados titulares e seis suplentes, os quais devem se fazer presentes durante todo o procedimento oral, sendo liberados no momento em que os titulares iniciam o processo de deliberação. Para que emitam um veredicto de culpabilidade são necessários 10 votos afirmativos sobre as questões suscitadas, salvo no caso de ser o crime punível com prisão perpétua, hipótese em que se exige a unanimidade. Os jurados serão questionados acerca da existência do fato em que se sustenta a acusação e sobre a participação do imputado em sua prática, sendo irrecorrível a sentença absolutória fundada em um veredicto de não culpabilidade.¹⁰²⁷

Para além da clara inspiração norte-americana, o sistema em questão se mostra relevante pelo significado atribuído às instruções do juiz-presidente, bem como pelo intuito de fazer com fossem as mesmas capazes de se traduzir como um instrumento apto a encarnar as funções próprias da motivação.

Embora pareça tratar-se de prática corriqueira em grande parte dos procedimentos de júri, inclusive no âmbito da *civil law*, a função do juiz de instruir os jurados pode se apresentar com alcance e propósitos bastante distintos. Daí se sustentar que não é comum que os sistemas de origem romano-germânica atribuam a tal prerrogativa o mesmo propósito que se verifica no júri de sistemas de *common law*. Arrisca-se a dizer, inclusive, que a real dimensão do significado e alcance das instruções anglo-americanas seja até mesmo desconhecida por boa parte dos juristas continentais, ante a escassez de obras que façam referência a essa prática.

O caso *Taxquet v. Bélgica*, entretanto, no qual a Corte Europeia de Direitos Humanos se debruçou sobre a falta de motivação dos veredictos do júri, foi determinante para que as reformas processuais argentinas compreendessem o significado das instruções como mecanismo capaz de compensar a deficiência de razões por parte dessas decisões. A referência expressa a esse julgado é feita nos fundamentos de um dos projetos de lei encaminhados à apreciação legislativa.¹⁰²⁸

Pretendeu-se, desse modo, que as instruções fossem revestidas de uma necessária formalidade e elaboradas sob suficiente critério, de modo a “permitir que o público em geral

¹⁰²⁷ Conforme artigo 371 quáter, do Código Processual Penal de Buenos Aires, incorporado pela Lei 14543. Disponível em: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-11922.html>. Acesso em 02 de agosto de 2016.

¹⁰²⁸ O referido projeto foi elaborado por uma comissão de especialistas designada por iniciativa do Conselho da Magistratura, na qual reuniu-se legisladores, juizes, promotores, defensores, professores e juristas. A íntegra do trabalho está disponível em: https://drive.google.com/file/d/0B2yvs_8DQr4dY3JEOGExYURma3Jld0ZBMkt5NUxTTV9FQmNv/edit?pref=2&pli=1. Acesso em: 02 de agosto de 2016.

e, em especial, o acusado, possam entender o significado e os fundamentos do veredicto que o jurado tem de pronunciar com base nessas indicações.”¹⁰²⁹ Nesse sentido, o Código Processual Penal de Buenos Aires disciplina os elementos que devem estar contidos nessas instruções, por meio dos quais pode-se dizer que a prática foi consagrada em solo argentino em sentido semelhante ao que se consolidou no contexto norte-americano.¹⁰³⁰

Por outro lado, um outro interessante enfoque foi dado às instruções quanto à sua relação com a garantia da motivação. A transcrição dessas instruções quanto às disposições aplicáveis ao caso serão parte integrante da sentença proferida pelo juiz a partir do veredicto dos jurados, ocupando o lugar destinado à fundamentação. A ideia é no sentido de que, uma vez estabelecida a premissa de que os jurados devem decidir respeitando-se as instruções do juiz, o controle do veredicto será possível a partir do acesso ao conteúdo daquelas em conjunto com o registro integral dos atos em audiência, através de meios taquigráficos, áudio e/ou vídeo.

Ademais, valendo-se do raciocínio de Nicolás Schiavo sobre a questão, a conjunção do veredicto imotivado com o estabelecimento de um *standard* probatório em termos objetivos (além da dúvida razoável), leva a uma definição prévia dos graus de convicção, antes que os jurados possam estabelecer um juízo subjetivo de certeza acerca dos fatos. Assim, a fundamentação da decisão deixa de residir sobre uma possível explicação sobre a ‘certeza moral’ de quem emite o juízo para se alocar objetivamente sobre a prova, de modo a que a decisão somente possa ser aceita se solidamente conectada com os elementos probatórios que a sustentam.¹⁰³¹

¹⁰²⁹ Tradução livre. No original: “*Las instrucciones impartidas por el juez deben estar redactadas de manera de permitir que el público en general y, en especial, el acusado, puedan entender el significado y los fundamentos del veredicto que el jurado tiene que pronunciar en base a esas indicaciones.*” (Artigo 6º do Projeto de Lei de iniciativa do Conselho da Magistratura, disponível em: https://drive.google.com/file/d/0B2yvs_8DQr4dY3JEOGExYURma3Jld0ZBMkt5NUxTTV9FQmNv/edit?pref=2&pli=1. Acesso em: 02 de agosto de 2016.

¹⁰³⁰ Estabelece o artigo 371, no que se refere à função do juiz de instruir os jurados: “(...) Primeiro, explicará aos jurados as normas que regem a deliberação, lhes entregará uma cópia das mesmas por escrito, juntamente com as instruções, lhes explicará como se confecciona o veredicto e lhes informará sobre seu dever de pronunciar um veredicto em sessão secreta e contínua. Lhes explicará em que consiste a presunção de inocência, e que para declarar uma pessoa culpada é preciso que se prove sua autoria além de toda dúvida razoável. Lhes informará que a acusação é quem tem o encargo de demonstrar a culpabilidade do acusado, lhes explicará o alcance constitucional do direito ao silêncio do acusado e que somente poderão considerar a prova produzida em juízo. Lhes explicará o direito aplicável ao caso, as causas de justificação e análogas se foram objeto de debate, e as questões atinentes à valoração da prova. Para isso, utilizará o juiz uma linguagem clara e acessível. (...)” Tradução livre. Artigo 371 ter, Disponível em: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-11922.html>. Acesso em 02 de agosto de 2016.

¹⁰³¹ SCHIAVO, Nicolás. *Fundamentos Conceptuales del Veredicto Inmotivado: contribución al proyecto remitido por el Ministerio de Justicia propiciando la implementación del Juicio por Jurados en la Provincia de*

Essa definição prévia do *standard* também serve como forma de influir no próprio processo de raciocínio do jurado, pois, uma vez ciente de que não está totalmente livre para decidir como bem entender, mas que, ao contrário, tem um parâmetro objetivo a alcançar, tenderá a concentrar-se na análise da suficiência do conjunto probatório e não na mera intuição.

No que concerne à recorribilidade do veredicto imotivado, Andrés Harfuch procura demonstrar a falácia que reside na ideia de que haveria um entrave no direito de recorrer em virtude da ausência de fundamentação expressa. De fato, novamente o problema reside na falta de compreensão acerca do papel das instruções. A partir da noção anglo-americana de que as questões de suficiência probatória são consideradas questões de direito, relacionadas ao *standard* aplicável, o autor esclarece que os juízes estão autorizados a analisar em grau de recurso, a partir da prova disponível, se o júri respeitou tal exigência.^{1032 1033}

Não se pode negar o avanço do modelo, especialmente no que concerne à valorização do papel das instruções e no reconhecimento da necessidade de que o júri seja educado acerca dos critérios que devem orientar suas decisões. A ideia de se incorporar as instruções na sentença, no local destinado à motivação, é interessante, especialmente por demonstrar a compreensão de que as decisões do júri precisam ser controladas. Entretanto, para que sirvam efetivamente a tal propósito, as instruções devem ser contextualizadas aos fatos concretos.

É preciso que o juiz seja capaz de encontrar um meio termo entre os comentários e opiniões sobre a prova produzida – vedados pelo sistema – e as simples proposições genéricas sobre as questões de direito, desvinculadas do caso em análise. Não se pode esquecer que quando o TEDH, no caso Taxquet, referiu-se a essa prática como alternativa à motivação,

Buenos Aires. Disponível em: <http://www.juicioporjurados.org/2012/08/fundamentos-conceptuales-del-veredicto.html>. Acesso em: 02 de agosto de 2016.

¹⁰³² E explica: “*El medio para hacer operativo el recurso sobre esos puntos son, precisamente y tal como señala “Taxquet”, las instrucciones del juez al jurado y el estándar de duda razonable que el jurado necesariamente debe superar. Es tarea del juez del juicio explicarle al jurado en las instrucciones cómo funciona este estándar, en qué consiste, cómo se valora la prueba, qué es prueba directa, qué es prueba circunstancial, si el móvil se puede probar con indicios, cuándo hay duda razonable, cuándo no la hay y a qué conclusiones debería el jurado obligatoriamente llegar. Es tarea de los jueces de recurso valorar, reexaminar y decidir si la prueba y el peso de la misma fue suficiente para condenar a la persona más allá de toda duda razonable y si las instrucciones del juez al jurado sobre este punto crucial fueron correctas y claras.*” HARFUCH, Andrés. Inmotivación, Secreto y Recurso Amplio en el Juicio por Jurados Clásico. In: *Derecho Penal - Participación Ciudadana en la Justicia*. Ano I, n. 3, 2012, p. 131-132.

¹⁰³³ Nesse sentido, a legislação juradista de Buenos Aires procurou incluir entre as hipóteses de recurso contra a sentença condenatória estabelecida a partir do veredicto as seguintes situações, previstas no artigo 448 bis: “c) Cuando se hubieran cuestionado las instrucciones al jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar su decisión; d) Cuando la sentencia condenatoria se derive del veredicto de culpabilidad que se apartare manifestamente de la prueba producida en el debate.” Disponível em: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-11922.html>. Acesso em 02 de agosto de 2016.

estava a considerar o modelo inglês de *summing up* (e não o norte-americano, por óbvio, já que desvinculado do contexto europeu), pelo qual os fatos e as provas produzidas são inteiramente esmiuçados aos jurados.

Todas as experiências apresentadas no presente capítulo devem ser cuidadosamente sopesadas e confrontadas com a lógica do modelo de júri adotado pelo sistema processual brasileiro. Espera-se, em primeiro lugar, demonstrar o quão deficiente é o procedimento pátrio – em relação aos demais aqui tratados – no que diz respeito ao potencial de proporcionar uma atuação racional e esclarecida dos jurados, a despeito de sua falta de conhecimentos jurídicos. Paralelamente, busca-se desconstruir os mitos que aqui se fortalecem em defesa da decisão por íntima convicção, o que se liga à ideia de impossibilidade de se exigir do júri um veredicto estritamente vinculado ao conjunto probatório e alcançado a partir de parâmetros válidos de raciocínio.

Por fim, o intuito é o de sinalizar em direção a alguns dos possíveis caminhos a inspirar as reformas processuais brasileiras.

6. O PROCEDIMENTO BRASILEIRO DO JÚRI E SEUS TRAÇOS CONTRAEPISTÊMICOS

Ao longo dos capítulos iniciais, os esforços foram concentrados na expectativa de idealizar uma releitura do fenômeno probatório a partir da reunião das principais premissas teóricas que convergem para o que se identificou como uma concepção racionalista da prova. Esta, por sua vez, encontra-se inserida no contexto de um modelo racional de processo, voltado para a justa aplicação do direito sobre pressupostos fáticos verdadeiros.

Por outro lado, ciente de que a justiça processual pressupõe o inescusável respeito ao conteúdo material das garantias do devido processo legal, e em sendo a garantia da motivação das decisões judiciais dotada de valor não apenas garantístico, mas também epistêmico, no sentido de controle da racionalidade do juízo de fato, buscou-se desconstruir a tese de que os veredictos dos jurados estariam imunes à observância de seus preceitos. A falta de motivação expressa deve ser suprida por meio de mecanismos processuais aptos a desempenhar semelhante papel, de modo que o procedimento como um todo seja capaz de produzir resultados justos, compatíveis com os anseios da Constituição.

Para tanto fez-se necessário, em primeiro lugar, desconstruir toda uma gama de discursos e concepções irracionais fundados em uma visão simbólica da instituição do júri, segundo os quais a soberania da vontade popular seria capaz de afastar qualquer tentativa de se estabelecer um controle sobre a racionalidade do juízo de fato. Tendo-se demonstrado, portanto, com base na experiência comparada, que os esforços nesse sentido são frequentes e desejáveis, cumpre-se voltar o olhar para a lógica do modelo brasileiro, a fim de destacar seus pontos frágeis, suas incoerências e deturpações – até então respaldados pela inquestionável soberania da íntima convicção.

Pretende-se analisar, nesse sentido, se o procedimento aplicável aos crimes de competência do juízo popular é capaz de responder satisfatoriamente às exigências de um processo justo – seja no que se refere ao contraditório em sua acepção de influência, na motivação como mecanismo de controle e compreensão dos fundamentos da decisão, ou no próprio sistema probatório, no sentido de estimular os jurados a decidir racionalmente a partir das provas, proporcionando aos mesmos as condições efetivas que lhe capacitem a fazê-lo.

6.1. Breve retrospectiva histórica do júri em âmbito constitucional e a lógica que orienta o sistema processual penal brasileiro

A instituição do júri fora estabelecida no Brasil pela Lei de 18 de julho de 1822, antes mesmo de sua independência de Portugal. Na época, o órgão era composto por 24 cidadãos selecionados “dentre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas”,¹⁰³⁴ aos quais cabia o julgamento dos crimes de imprensa.

A Constituição Política do Império de 1824, por sua vez, dizia ser o Poder Judicial composto por juízes e jurados – com competência cível e criminal (art. 151), cabendo a estes a decisão dos fatos e àqueles a aplicação da lei (art. 152). Em meio a esse contexto, a Lei de 20 de setembro de 1830 ampliou sobremaneira suas atribuições, estabelecendo, à semelhança do modelo inglês, o júri de acusação¹⁰³⁵ (grande júri) e o júri de julgamento (pequeno júri), sendo o primeiro composto por 23 membros, voltado para o juízo de admissibilidade da acusação, e o segundo, com 12 membros, voltado para o julgamento do fato. Segundo o Código de Processo Criminal do Império de 1832, estariam aptos a serem jurados os cidadãos que pudessem ser eleitores, os quais tivessem reconhecidos bom senso e probidade. A decisão sobre o veredicto era precedida de discussão da causa entre os jurados.

Há quem defenda que, levando em consideração a sociedade da época, a configuração do júri no Império teria sido a mais democrática já experimentada pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente por sua forte inspiração inglesa.¹⁰³⁶ De fato, isso é verdade na medida em que se considera que o povo era responsável não somente pela decisão final – após a oportunidade de deliberar em conjunto, diga-se de passagem – , mas também pela decisão da suficiência ou não da acusação – a cargo do grande júri.

¹⁰³⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-18-7-1822.htm. Acesso em: 08 de agosto de 2016. Destaca-se a falta de representatividade popular em sua composição, já que, em meio a uma sociedade escravocrata, só podiam ser jurados os cidadãos pertencentes às camadas dominantes, como aponta Streck. (STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 87).

¹⁰³⁵ Paulo Rangel ressalta o caráter verdadeiramente democrático da decisão do júri de acusação, especialmente por pautar-se no debate entre os cidadãos, de modo a lhe garantir maior transparência e legitimidade. “A sociedade é quem dizia se o réu devia ir ou não a julgamento popular. Era um mecanismo de controle popular sobre o exercício abusivo da acusação do Estado absolutista de levar um de seus súditos ao banco dos réus, sem que houvesse um mínimo de provas autorizadoras.” (RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 64).

¹⁰³⁶ Essa é a conclusão de Paulo Rangel. (RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 65).

A figura do grande júri, contudo, teve rápida passagem pelo sistema brasileiro, tendo sua extinção determinada pela Lei 261, de dezembro de 1841, ocasião em que a formação da culpa e a sentença de pronúncia tornaram-se incumbências de autoridades policiais e juízes municipais.¹⁰³⁷ Juntamente com a eliminação da participação popular na admissibilidade da causa, também houve uma certa elitização dos cidadãos aptos a atuar no júri, cuja lista passou a ser controlada por órgãos governamentais.

Como aponta Choukr, essas medidas se fizeram presentes em um momento de centralização do poder e conseqüente esvaziamento da participação popular, as quais formam as bases do sistema de jurados que perdura nos dias atuais. O autor acrescenta, inclusive, que a imposição dessas medidas – e sua permanência ao longo do tempo –, leva à necessidade de se suscitar algumas questões: (I) até que ponto a filtragem dos casos por juízes togados, em sede de juízo de admissibilidade, não vem a ofender o primado constitucional do juiz natural? e (II) qual o limite de conhecimento da causa pelo juiz togado no juízo de admissibilidade?¹⁰³⁸ Tais questionamentos mostram-se de grande relevância para a presente análise e serão objeto de enfrentamento posterior.

Com a promulgação da Constituição de 1891, em seguida à proclamação da República, ficou estabelecida em termos breves a manutenção da instituição do júri em meio aos direitos fundamentais consagrados, o que deu ensejo às mais variadas interpretações e discussões em relação à necessidade ou não de preservação da estrutura anterior (sendo Rui Barbosa um dos defensores do posicionamento afirmativo)¹⁰³⁹. Um acórdão do Supremo Tribunal Federal, em 1899, veio a dirimir a controvérsia e estabelecer os caracteres inerentes ao juízo popular.¹⁰⁴⁰

¹⁰³⁷ TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do Júri: Origem, evolução, características e perspectivas. In: _____. (coord.) *Tribunal do Júri: Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 32.

¹⁰³⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri: Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 10-11.

¹⁰³⁹ O jurista defendia que a expressão constitucional não permitia que se fizesse qualquer modificação em sua essência, como se verifica no parecer que redigiu à época: “Quando a Constituição diz: ‘É mantida a instituição do júri’ (art. 72, § 31), sua intenção manifesta é determinar que ele, nos seus elementos substanciais, continue a existir tal e qual era sob o regimen de que saímos. A frase ‘é mantida’ exprime evidentemente um laço de continuidade, e tem por fim obstar à solução dela. Não quis o legislador constituinte simplesmente que a república fosse dotada com a instituição do júri, a que, sob esse nome, se pudessem infligir modificações de caráter: manteve a existente instituição, isto é, prolongou a duração a uma entidade precriada, consolidou-a, perpetuou-a, fixou-a.” (In: *Obras Completas de Rui Barbosa*. V. XXIII, Tomo III, 1896, p. 141. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/ruibarbosa/18428/pdf/18428.pdf>).

¹⁰⁴⁰ Nos seguintes termos, conforme esclarece Frederico Marques: “São características do Tribunal do Júri: I – quanto à composição dos jurados, a) composta de cidadãos qualificados periodicamente por autoridades designadas pela lei, tirados de todas as classes sociais, tendo as qualidades legais previamente estabelecidas para as funções de juiz de fato, com recurso de admissão e inadmissão na respectiva lista, e b) o conselho de

A Constituição de 1934, por sua vez, se limitou a repetir a previsão anterior quanto à manutenção do júri, acrescentando, entretanto, a abertura para que o legislador viesse a configurar sua organização e atribuições. Ademais, perdeu este seu *status* de garantia individual e deslocou-se para o capítulo do Poder Judiciário. A Carta de 1937, por outro lado, silenciou-se quanto à matéria, a qual somente fora regulamentada no ano seguinte, a partir do Decreto-Lei 167, de janeiro de 1938. Em meio às modificações em sua estrutura, destaca-se a abolição da soberania dos veredictos, os quais poderiam ser objeto de apelação quanto ao mérito se verificada injustiça ou divergência com a prova dos autos, cabendo ao próprio Tribunal estabelecer a nova pena ou absolver o acusado (art. 96).

Com histórico de altos e baixos, refletindo os fatores políticos que se destacavam no decorrer da história, a instituição do júri volta a ostentar, permanentemente, o *status* de garantia individual à luz da Constituição de 1946, a qual também restabelece a soberania dos veredictos. Estatuiu, ademais, o §28, do artigo 141, a composição por número ímpar de seus membros, além da observância do sigilo das votações, da plenitude de defesa e da competência para os crimes dolosos contra a vida. Percebe-se, outrossim, uma grande aproximação à configuração constitucional atual.

A partir da nova ordem constitucional, por meio da Carta Política de 1967, manteve-se a previsão do júri e de sua soberania, silenciando-se quanto à plenitude de defesa e ao sigilo das votações. Na Emenda Constitucional de outubro de 1969, fora omitida também a referência à soberania dos veredictos, tendo sido mantida a reserva quanto à competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Nesse contexto, apesar dos argumentos que propugnavam pela suposta abolição daquele princípio, o entendimento jurisprudencial que prevalecera fora o de que o júri não se compreendia sem a sua soberania. O silêncio do legislador levou à manutenção das disposições vigentes, previstas no Código de Processo Penal.¹⁰⁴¹

julgamento, composto de certo número de juízes, escolhidos à sorte, de entre o corpo dos jurados, em número triplice ou quádruplo, com antecedência sorteados para servirem em certa sessão, previamente marcada por quem a tiver de presidir, e depurados pela aceitação ou recusação das partes, limitadas as recusações a um número tal que por elas não seja esgotada a urna dos jurados convocados para a sessão; II – quanto ao funcionamento, a) incomunicabilidade dos jurados com pessoas estranhas ao Conselho, para evitar sugestões alheias, b) alegações e provas da acusação e defesa produzidas publicamente perante ele, c) atribuição de julgarem estes jurados segundo sua consciência, e d) irresponsabilidade do voto emitido contra ou a favor do réu. (MARQUES. José Frederico. *A Instituição do Júri*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 22-23).

¹⁰⁴¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. *História do Tribunal do Júri – Origem e Evolução no Sistema Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=6373b58b-39ec-4648-8fed-837e155b76ff&groupId=10136. Acesso em: 08 de agosto de 2016.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988, paralelamente à exigência de motivação das decisões judiciais, consagrou em seu artigo 5º, XXXVIII a instituição do júri como cláusula pétrea, com a organização que lhe der a lei, sendo assegurada a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, além das garantias mínimas da plenitude de defesa, soberania dos veredictos e sigilo das votações.

Veja-se diante disso que a instituição do júri nunca mais voltou a ostentar os mesmos caracteres democráticos que lhe eram marcantes no período Imperial, especialmente no que se refere à possibilidade de controle do povo sobre o exercício da acusação, à oportunidade de discussão entre os jurados e a uma composição estabelecida a partir de um número maior de integrantes. No período ditatorial, os impactos negativos oriundos dessa ideologia foram capazes de comprometer seriamente sua pretensão ao título de instituição democrática. Foram medidas estabelecidas nesse momento de enfraquecimento da soberania popular, as quais formam as bases, ainda vigentes, da configuração do júri: a imposição da incomunicabilidade entre os jurados; a redução do número de integrantes, com a estipulação do número ímpar para a composição do conselho de sentença¹⁰⁴²; a supressão do júri de acusação, passando aos juízes togados a decisão sobre a admissibilidade dos casos a serem submetidos ao júri.

Além disso, em que pese o caráter garantista da Constituição de 1988, o Código de Processo Penal ora em vigor não consegue ocultar suas inspirações autoritárias, as quais permanecem explícitas ao longo de seu texto a despeito das inúmeras reformas pontuais sofridas.

A partir desse panorama sobressai-se uma grande tensão ideológica entre os princípios estruturantes do modelo de processo a ser adotado. Enquanto a Constituição demonstra a opção por um modelo acusatório – o que se verifica não somente por meio de seu artigo 129, I¹⁰⁴³, mas também pelo conjunto de todas as garantias fundamentais do processo – , o Código de Processo Penal se orienta a partir de uma ideologia predominantemente inquisitorial, sem disfarçar a pouca deferência que emprega no trato com o acusado¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴² “Neste passo, contrariou a Constituição, a tendência predominante do Júri, que é a do número par de julgadores, para que as decisões condenatórias sejam mais difíceis por exigirem sempre uma diferença mínima de dois votos. O número tradicional é aliás o doze.” (FREDERICO MARQUES, José. *A Instituição... cit.*, p. 27.)

¹⁰⁴³ Por meio do qual atribui ao Ministério Público a titularidade da função acusatória: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

¹⁰⁴⁴ Perspectiva que fica evidente a partir da análise da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de 8 de setembro de 1941, de autoria do então Ministro da Justiça, Francisco Campos. Destaca-se o seguinte trecho: “As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode

A persecução penal brasileira, a partir dessa orientação, fora configurada em duas etapas. A primeira delas, de investigação, tem caráter autônomo e dispensável, sendo presidida, em regra, pela Polícia Judiciária. É importante que o processo penal seja precedido de uma fase preparatória, a fim de investigar e reunir elementos que justifiquem ou não a sua propositura. Entretanto, o procedimento que fora concebido se desenvolve sem um apego ao contraditório e à ampla defesa, com verdadeiro caráter inquisitório, sob o pretexto de que a produção da prova se realizará oportunamente, na etapa processual. Tratando-se o inquérito de ato de investigação oficial, acaba propenso a ser tendencioso em favor do órgão acusatório, a quem cabe, ademais, o controle externo da atividade policial. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que a lei processual atribui ao Ministério Público a prerrogativa de requisitar diligências à autoridade policial, como providência indispensável ao exercício da ação penal, a mesma normativa concede a esta última a discricionariedade para acatar ou não os requerimentos do indiciado, a despeito de se tratar de providência igualmente indispensável ao exercício de sua defesa. É patente, como se pode observar, o desequilíbrio entre as partes processuais no que concerne ao manejo da prova.

Na etapa desenvolvida perante o juízo, por outro lado, verifica-se a separação das funções de acusar, defender e julgar, o que contribui para a dialética de um contraditório bem exercido. No entanto, de nada vale tal esforço se o juiz da causa tem ampla atuação na etapa investigatória, bem como, ainda, se toda a prova produzida no ambiente inquisitorial vem a ser aproveitada na fase subsequente, de modo a transformá-la em encenação, com mera aparência de acusatoriedade.

Diante dos problemas relativos à realidade inquisitória entranhada no Código de Processo Penal, várias reformas pontuais foram realizadas em caráter emergencial, na tentativa de moldar o sistema à luz do modelo acusatório forjado pela Constituição de 1988. Destacam-se, nesse contexto, as reformas realizadas em 2008, por meio das Leis 11.689/08 (que alterou o procedimento do Júri), 11.690/08 (que alterou a disciplina da prova), 11.719/08 (relativa aos procedimentos) e, posteriormente, em 2011, pela Lei 12.403 (que deu nova

continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código.”

disciplina às medidas cautelares pessoais). No entanto, permanece ainda a precariedade de um Código totalmente sem identidade, fincado em um núcleo fundante inquisitório.¹⁰⁴⁵

Não por outro motivo, a comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Penal (PLS n. 156/09) optou por situar a base do modelo em um sistema preponderantemente acusatório¹⁰⁴⁶, embora permeado por elementos inquisitórios na fase investigatória. Um dos maiores benefícios com a adoção no PLS 156/09 de uma base acusatória será o estabelecimento do lugar definido de cada parte no processo, seguindo as normas constitucionais. O juiz assumirá a função de garante, essencial em Estados de democracia tardia em que os cidadãos tiveram com frequência vilipendiados seus direitos.¹⁰⁴⁷

No que se refere à investigação, atentando-se para a necessidade de proporcionar à defesa os mecanismos que lhe permitam atuar em igualdade de condições com o órgão acusatório, o projeto contemplou, ainda que de forma contida, o instituto da investigação defensiva. Por meio dela, a defesa poderá realizar sua própria investigação, inclusive ouvindo testemunhas, e juntar o resultado aos autos de inquérito policial.

Quanto ao júri, entretanto, os avanços não foram positivos. Movido por um já antigo e conhecido clamor pela simplificação dos quesitos, acabou o projeto por acatar o formato de quesito único, contendo unicamente a questão sobre “se o acusado deve ser absolvido”. Diante de uma resposta negativa, serão formuladas questões acerca da incidência de qualificadoras, causas de diminuição ou aumento de pena. Deste modo, esvazia-se por completo o potencial do questionário de proporcionar um controle sobre o processo de raciocínio dos jurados. O que já era duvidoso, sob o aspecto da tutela das garantias do

¹⁰⁴⁵ O que mantém incrivelmente atual o desabafo de Frederico Marques, o qual já em 1963 se queixava não apenas das deficiências do modelo de júri, mas, sobretudo, do caráter ultrapassado da legislação processual: Infelizmente, o processo penal no Brasil sempre foi ciência jurídica de poucos cultores. Por essa razão, na mesma época em que o processo civil se renovava com um código calcado em princípios modernos e científicos, (...) – o processo penal era consubstanciado num estatuto obsoleto, antiquado, insuficiente e atrasadíssimo. (...) Mas isso não há de servir de pretexto para se acobertarem os erros clamorosos do Júri. (...) Se pretendemos manter o tribunal popular, urge que o reformemos *de fond en comble*. A Constituição precisa, neste passo, ser retocada para que se possibilite ao legislador ordinário, uma regulamentação mais racional da participação dos jurados na justiça criminal.” MARQUES, José Frederico. *A Instituição... cit.*, p. 7-8.

¹⁰⁴⁶ A regra que já vem disciplinada no artigo 4º estatui que “o processo terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” Tal dispositivo deixa expresso que a gestão da prova escapa do comando direto do juiz, acabando de vez com a sobreposição de funções entre o órgão jurisdicional e o acusador. Daí por relevante a figura do Juiz de Garantias para a investigação preliminar, que terá como função precípua controlar eventual invasão indevida no campo dos direitos e garantias individuais. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1, p. 14-15.

¹⁰⁴⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório... *cit.*, p. 16.

contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões, dentre outras, tende a se tornar ainda mais periclitante.

Nesse contexto, para que se possa seguir para uma crítica mais detalhada, cumpre-se analisar a disciplina do júri dentro do modelo processual vigente, atentando-se, contudo, às perspectivas que se colocam frente às discussões e aos esboços da futura normativa, ora em tramitação.

6.2. Visão geral do procedimento brasileiro de júri

O juízo por jurados no Brasil é estruturado a partir de um procedimento bifásico, sendo a primeira etapa destinada à instrução preliminar (*judicium accusationis*), perante o juiz togado, e a segunda ao julgamento em plenário (*judicium causae*), perante os jurados. A lógica dessa configuração se deve à ideia de que o juiz irá exercer um controle prévio sobre o conteúdo da pretensão acusatória, de modo a filtrar os fatos a serem submetidos ao julgamento popular. A pronúncia importa em seu acolhimento provisório¹⁰⁴⁸, oportunidade em que o processo seguirá para a segunda fase.

Paralelamente ao juízo de admissibilidade já realizado quando do recebimento da peça inicial acusatória, momento no qual verifica o magistrado a existência de justa causa para a ação penal, a análise realizada ao final da primeira fase tem como pressuposto a produção de provas em contraditório, em meio a um procedimento que muito se assemelha ao rito ordinário tradicional.

Na audiência de instrução, serão ouvidas, eventualmente, a vítima, as testemunhas arroladas (limitadas ao número de oito para cada parte, para cada fato imputado), e os peritos. Podem também ser realizadas outras diligências, como acareações e reconhecimentos, seguindo-se ao interrogatório do acusado. Em seguida, têm lugar as alegações finais orais das partes, que podem ser substituídas, excepcionalmente, por memoriais escritos. Finalmente, cabe ao juiz decidir pela pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária.

A decisão de pronúncia, nesse contexto, será a adotada na medida em que o juiz estiver “convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”¹⁰⁴⁹, sendo a única hipótese capaz de submeter o fato à apreciação do júri.

¹⁰⁴⁸ LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. *cit.*, p. 1008.

¹⁰⁴⁹ Conforme redação do artigo 413 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, servirá de base para a elaboração dos quesitos, na medida em que tem o efeito de limitar os termos da acusação. Infeliz, nesse contexto, a fixação pelo legislador de um critério subjetivo de decisão, pautado unicamente no convencimento do magistrado. A vagueza de tal critério, aliada à ideia de que a fundamentação deve ser sucinta¹⁰⁵⁰ (para que não influencie os jurados), deixa margens para indesejáveis interpretações.

Por outro lado, se o juiz não se convence acerca da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou participação deverá, fundamentadamente, impronunciar o acusado – o que tem como consequência a extinção do processo sem que se impeça uma nova acusação na posse de novas provas, enquanto não extinta a punibilidade. Se o magistrado considera provada a inexistência do fato, a negativa da autoria, ou a incidência de causa de isenção de pena ou de exclusão do crime, a lei indica que a decisão deva ser pela absolvição sumária, providência que também se imporá caso o fato em análise não constitua infração penal. Ainda pode o juiz desclassificar o fato, caso considere tratar-se de crime diverso dos que se inserem na competência do júri popular.

Superado o juízo de pronúncia, a segunda fase tem início em meio às providências necessárias para a preparação do processo para o julgamento em plenário. Nessa etapa inicial, acusação e defesa apresentam as provas que pretendem produzir, juntam aos autos os documentos que desejam exhibir aos jurados e arrolam suas testemunhas (limitadas agora, em regra, ao número de 5 para cada parte). Ao juiz caberá, por sua vez, elaborar “relatório sucinto do processo”¹⁰⁵¹ e determinar sua inclusão na pauta de julgamentos.

O Tribunal do Júri é composto por um juiz togado e vinte e cinco jurados, dos quais sete serão sorteados para compor o conselho de sentença em cada sessão de julgamento. Levado a cabo todo o procedimento de sorteio e seleção – ao longo do qual faculta-se às partes realizar recusas motivadas e imotivadas –, e escolhidos os sete cidadãos que atuarão como jurados, o juiz presidente exortará o conteúdo do juramento, nos seguintes termos: “Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.”¹⁰⁵² Nessa oportunidade, cada jurado, em chamada nominal, responderá: “Assim o prometo”. Prestado o compromisso,

¹⁰⁵⁰ Nos termos do §1º, do artigo 413: “A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.”

¹⁰⁵¹ Conforme artigo 423, II, do CPP.

¹⁰⁵² Conforme artigo 472, do CPP.

os jurados recebem cópia da decisão de pronúncia e do sucinto relatório do processo, elaborado pelo juiz presidente.

O próximo passo é o início da instrução em plenário, que, consideradas as limitações quantitativas impostas às partes sobre as testemunhas a serem ouvidas, é mais abreviada do que a que tem lugar perante o juiz profissional, no curso da fase antecedente. As pessoas ouvidas em plenário terão seu depoimento tomado diretamente pelas partes. O procedimento previsto pela Lei 11.689/08, entretanto, se difere do regramento do procedimento comum ordinário, no qual o juiz apenas complementa a arguição iniciada pelas partes. No âmbito do plenário, como dispõe a recente normativa, caberia ao magistrado inaugurar a inquirição, sendo sucedido pelas partes¹⁰⁵³. Por sua vez, admite-se também que os jurados submetam perguntas, o que será feito por intermédio do juiz presidente.

A reforma do procedimento do júri pela Lei n. 11.689/08, uma das poucas operadas nessa disciplina desde a entrada em vigor do Código em 1942, prezou não só pela celeridade, como também, acima de tudo, pela oralidade. Uma das medidas adotadas nesse sentido foi a restrição ao requerimento de leitura de peças em plenário, o que somente seria admitido em relação às provas colhidas por precatória e àquelas cautelares, antecipadas ou não repetíveis. A inovação é de extrema relevância e vem a evitar, ademais, a longa e exaustiva leitura de peças relativas às provas produzidas em momento anterior, o que desestimulava a efetiva renovação dos atos perante o júri. Subsiste o entendimento de que a prática seguiria admissível, por outro lado, ao longo do tempo destinado às partes para os debates orais – com o que não se pode concordar, conforme se discutirá adiante.

Finalmente, o novo procedimento contempla a prática do interrogatório como último ato da instrução, em consonância com a orientação adotada pelo procedimento ordinário, que procurou reconhecê-lo como instrumento de defesa. Badaró, entretanto, discorda da opção legislativa para o caso específico do júri, sustentando que a busca de coerência não teria sido a melhor opção¹⁰⁵⁴. A justificativa é no sentido de que aos jurados não são apresentadas as teses defensivas já no momento inicial do julgamento, de modo que terão contato com toda a

¹⁰⁵³ Segundo Badaró, “Tais regras são especiais para a instrução em plenário, e provavelmente se justificam pela peculiaridade de a colheita da prova ter por destinatário juízes leigos.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Tribunal do Júri: Lei 11.689, de 09.06.2008*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As Reformas no Processo Penal: As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 66). Desse modo, o autor especula que o propósito da inauguração pelo juiz seria evitar que as partes possam iniciar a inquirição com perguntas sugestivas ou capciosas, induzindo o Conselho de Sentença a erro. Por outro lado, Aury Lopes Jr. considera não ter havido divergência, devendo-se observar o procedimento previsto pelo artigo 212, do CPP, pelo qual o juiz apenas complementa a inquirição. (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. cit., p. 1040.) No mesmo sentido: RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 108-109.

¹⁰⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 179-180.

prova acusatória antes mesmo que possam conhecer os fundamentos sobre os quais se apoiará a defesa – o que pode ser extremamente prejudicial ao acusado. De fato, há que se concordar com o autor nesse ponto, mas a falha deve ser atribuída – acredita-se – à própria dinâmica do procedimento, que não procura proporcionar ao júri as mínimas condições para que compreenda o caso que estará a julgar.

Encerrada a instrução, terão início os debates, oportunidade em que as partes disporão do prazo de uma hora e meia, cada, para apresentarem suas alegações finais. Paralelamente, a lei também prevê o prazo de uma hora para réplica e outro tanto para tréplica. Destaca-se, nesse ponto, a significativa diferença entre a fase de formação da culpa e a de julgamento no que se refere ao decurso temporal das alegações finais – na etapa anterior o prazo total previsto é de apenas 30 minutos para cada parte. Em meio a esse período de sustentação oral perante os jurados, são previstas algumas poucas restrições legais visando o controle do excesso argumentativo dos representantes das partes. São vedadas, nesse sentido, a referência à decisão de pronúncia, ao eventual uso de algemas, ao silêncio do acusado ou à hipótese de não realização de seu interrogatório. Quanto ao controle sobre o conteúdo da exposição, por outro lado, permite-se à parte contrária ou ao jurado que requeiram ao orador a indicação da folha dos autos a que se refere, além de se facultar ao júri, ademais, a solicitação de esclarecimentos sobre fatos que venham a ser alegados. De todo modo, cabe ao juiz presidente intervir no caso de abuso ou excesso de linguagem, além da regulamentação dos apartes solicitados.

Uma vez que as partes tenham finalizado a exposição de suas teses, o juiz deverá indagar aos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos, hipótese em que a lei determina ao magistrado prestá-los “à vista dos autos”¹⁰⁵⁵ – o que, supostamente, lhe restringe a margem de explanação. Não há qualquer mandamento legal que imponha ao juiz o dever geral de prestar aos jurados esclarecimentos mínimos sobre os fatos em questão, sobre a lei aplicável, a presunção de inocência do acusado ou mesmo o ônus probatório da acusação. A única previsão nesse sentido é quanto ao conteúdo dos quesitos, na medida em que o juiz deva explicar ao júri o significado de cada um.

Quanto aos quesitos, a reforma de 2008 buscou atender a um clamor já há muito anunciado, no sentido de sua simplificação. O sistema previsto anteriormente era considerado excessivamente complexo, atentando-se para diversos aspectos jurídicos relacionados à

¹⁰⁵⁵ Como dispõe o Código de Processo Penal: “Art. 480. (...) § 1o Concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos. § 2o Se houver dúvida sobre questão de fato, o presidente prestará esclarecimentos à vista dos autos. (...)”

imputação ou ao afastamento da responsabilidade penal, ao invés de focar-se, em maior medida, nas questões fáticas. Por tal motivo, era visto como uma das principais fontes de nulidade dos julgamentos perante o júri. A solução adotada, por conseguinte, foi a previsão de quesitação tratando, sucessivamente, da materialidade do fato, da autoria ou participação e, em terceiro lugar, uma indagação genérica no sentido de se o acusado deve ser absolvido. Esse quesito genérico visa compreender todas as eventuais teses de defesa alegadas no que tange à exclusão da responsabilidade, as quais não serão mais objeto de quesitos específicos. Ademais, é por meio dele que se faculta ao júri a absolvição por pura clemência.

Se, porventura, o júri responder negativamente ao quesito genérico – hipótese em que já estará o réu condenado –, deverá o juiz presidente questionar sobre a existência de causa de diminuição de pena que tenha sido alegada, e, por outro lado, sobre a existência de qualificadoras ou causas de aumento oportunamente reconhecidas na decisão de pronúncia. É importante frisar, ademais, que a elaboração dos quesitos terá como base a pronúncia, quanto à delimitação do objeto da acusação (ou as decisões posteriores que a mantenham ou modifiquem), além do interrogatório do acusado e a alegação das partes.

Os jurados deverão responder aos quesitos de forma sigilosa, em sala secreta, sendo mantida sua incomunicabilidade ao longo de todo o procedimento, desde o plenário. Para a decisão sobre cada ponto, vale a maioria simples de votos – quatro, dos sete jurados. Importante inovação no aspecto da votação fora no tocante à preservação do princípio constitucional do sigilo das votações. Nesse sentido, não mais serão lidos os votos subsequentes uma vez já alcançada a maioria prevista, de modo a evitar o conhecimento de eventual unanimidade. Por fim, o juiz proferirá a sentença e estabelecerá a pena, se for o caso, atendendo aos critérios legais e às respostas dos jurados aos quesitos.

Sobre a decisão final prolatada nesta sede, caberá recurso de apelação limitado às hipóteses de nulidade verificadas após a pronúncia; de erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou medida de segurança; de contrariedade da decisão do juiz à lei expressa ou às respostas dos jurados aos quesitos; e, finalmente, de manifesta contrariedade das respostas dos jurados às provas constantes dos autos. Esta última hipótese, frisa-se, é a única capaz de desconstituir diretamente o veredicto do júri, o que terá como consequência a submissão do fato a julgamento por um novo corpo de jurados. Entretanto, em face do princípio constitucional da soberania dos veredictos, a opção do legislador foi por restringir a invocação desse fundamento recursal a uma única vez, o que leva à consequência de ser a decisão do segundo júri soberana mesmo que manifestamente contrária à prova dos autos.

6.3. Considerações críticas acerca da atual normativa processual e das perspectivas de reforma a partir do Projeto de novo Código de Processo Penal

O breve panorama delineado nos tópicos anteriores acerca da normativa constitucional e processual brasileira aplicável ao júri possui a singela pretensão de contextualizar as críticas que serão aqui desenvolvidas – acerca da ineficácia da dinâmica processual vigente para proporcionar minimamente aos cidadãos leigos o conhecimento dos fatos e as condições necessárias para que possam julgar racionalmente e com justiça. Além disso, o intuito é também o de denunciar a passividade da comunidade jurídica quanto ao enfrentamento do tema sob o enfoque aqui proposto.

O modelo de júri adotado no Brasil, à exceção daquele vigente no período da Constituição Imperial, não fora diretamente inspirado na tradição inglesa, mas sim, em grande medida, no modelo estruturado pelo Código Napoleônico, a partir da malfadada importação da instituição levada a cabo pela Assembleia Constituinte francesa¹⁰⁵⁶. Deste modo, a referência que se tem do juízo popular no sistema pátrio remonta, essencialmente, à ideologia francesa de total liberdade de consciência do jurado – que lhe desobriga até mesmo da consideração à prova, ressalta-se. Isso fica bastante claro quando se verificam serem praticamente inexplorados pela doutrina nacional – para não se dizer desconhecidos – os mecanismos da *common law* destinados a estabelecer formas de controle e de racionalidade às decisões do júri, os quais são considerados indissociáveis à instituição naquele contexto.

Além do mais, grande parte dos problemas apontados anteriormente no tocante às desinteligências históricas que marcaram o transplante do júri para o continente, desvirtuando-o do modelo tradicional, se vêem, em alguma medida, refletidos na concepção que por aqui é atribuída ao juízo popular. Um grande exemplo é a noção que se encontra sedimentada no sentido de que o jurado deve decidir de forma introspectiva, na solidão de sua consciência¹⁰⁵⁷, o que se coaduna perfeitamente à noção francesa de *preuve morale*. Ao

¹⁰⁵⁶ “O nosso júri foi uma cópia do júri francês que, por sua vez, já era deturpação dos sistemas inglês e norteamericano. Tivemos a habilidade, ainda, de deformar o próprio paradigma francês, pouco restando, entre nós dos modelos originais.” LIMA, Alcides de Mendonça. Júri: Instituição Nociva e Arcaica. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Doutrinas Essenciais: Processo Penal*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 57.

¹⁰⁵⁷ Essa dicotomia é comprovada pela ferrenha oposição de parte da doutrina brasileira à previsão constante do Projeto de novo Código de Processo Penal, em tramitação na Câmara dos Deputados, de um momento deliberativo entre os integrantes do Conselho de Sentença antes da votação sigilosa dos quesitos. As críticas têm

contrário, a ideia essencial do júri anglo-americano é a de que a decisão deve ser fruto de uma deliberação coletiva, racional e, preferencialmente, unânime. Nem mesmo a França, responsável por atrelar ao júri a ideia de decisão por íntima convicção, manteve vigente tal sistema de apreciação, eis que acabou optando pelo modelo escabinado e pela segurança de suas decisões motivadas.

No Brasil, a noção de íntima convicção fora sedimentada de forma plena, passando a ser atrelada ao próprio princípio constitucional da soberania dos veredictos¹⁰⁵⁸. Essa concepção teve consideráveis impactos negativos sobre a lógica que orienta a configuração do procedimento do júri.

Em primeiro lugar, a consagração de uma ampla e irrestrita liberdade de decisão pelo jurado a partir de sua consciência, sem o necessário apego à lei ou à prova, acabou contribuindo para o desprestígio da atividade probatória no procedimento do júri – a qual cedeu espaço para as estratégias persuasivas e manipulações retóricas, permeadas pelo apelo aos argumentos morais.

Por outro lado, a noção da íntima convicção acabou por revestir a consciência do jurado com uma profunda aura de intangibilidade, gerando uma tendência a demonizar certas práticas processuais relevantes sob o pretexto de evitar interferências indevidas no convencimento dos cidadãos leigos, como é o caso da imposição da incomunicabilidade entre os jurados.

Essa lógica converge, por sua vez, para a imposição ao magistrado de um dever de autocontenção em relação ao júri, a fim de evitar que seus atos possam ser interpretados como

como um de seus principais fundamentos a ideia de que a oportunidade de deliberação violaria o preceito constitucional que garante o sigilo das votações. Além disso, alegam possível prejuízo à imparcialidade, dado que a comunicação entre os membros daria margem para que jurados mais articulados convencessem os demais a mudar de opinião ignorando, por outro lado, que um debate franco e equilibrado entre posições antagônicas é uma das mais relevantes expressões da noção de democracia. Veja-se, por exemplo: ZOMER, Ana Paula. Tribunal do júri e direito comparado: sugestões para um modelo brasileiro. *Boletim IBCCRIM*. N. 95, 2000. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2375-Tribunal-do-juri-e-direito-comparado---%20Sugestoes-para-um-modelo-brasileiro. Acesso em: 13 de dezembro de 2016; TASSE, Adel El. *O novo rito do tribunal do júri: em conformidade com a Lei 11.689/2008*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 100; LOPES FILHO, Mário Rocha. O tribunal do júri e algumas variáveis potenciais de influência. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 31.

¹⁰⁵⁸ Sobre esse ponto, referindo-se à soberania, veja-se Maurício Lopes: “Expressão dessa qualidade não é apenas a imodificabilidade do decidido, salvo por outro júri (...) mas também a liberdade de decidir segundo a convicção íntima, em sigilo, e, portanto, sem o dever de expressar os motivos do convencimento.” (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Do Sigilo e da Incomunicabilidade no Júri. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (coords.) *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 280.)

sugestivos de sua opinião – o que já se verifica desde a etapa da decisão de pronúncia, para a qual a própria lei lhe restringe a exposição dos fundamentos¹⁰⁵⁹.

Não é preciso muito esforço para antecipar a conclusão de que o modelo processual vigente não é capaz de fornecer aos cidadãos as condições mínimas para que possam exercer com qualidade a função de julgar.

A despeito disso, a maior parte das críticas à instituição recaem sobre a condição leiga dos julgadores, especialmente no que concerne às suas fragilidades emocionais e intelectuais, e a um suposto despreparo que lhes colocaria em condição de inferioridade frente ao juiz togado, o qual se presume dotado de melhores atributos que lhe habilitariam a decidir de forma mais técnica e racional.¹⁰⁶⁰ As discussões se situam, deste modo, muito mais sobre as capacidades de quem decide do que sobre o contexto processual dentro do qual essas decisões são tomadas.

E isso é bastante problemático na medida em que se considera que o jurado não é, essencialmente, um ser menos racional do que o juiz togado¹⁰⁶¹, estando ambos igualmente sujeitos às influências de suas emoções ou de seus valores morais. O que se verifica é uma

¹⁰⁵⁹ Nos termos do artigo 413, §1º, do CPP. Sobre o tema, ademais, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: “Na pronúncia, o dever de fundamentação imposto ao magistrado é de ser cumprido dentro de limites estreitos. Fundamentação que é de se restringir à comprovação da materialidade do fato criminoso e à indicação dos indícios da autoria delitiva. Tudo o mais, todas as teses defensivas, todos os elementos de prova já coligidos não de ser sopesados pelo próprio Conselho de Sentença, que é soberano em tema de crimes dolosos contra a vida. É vedado ao juízo de pronúncia o exame conclusivo dos elementos probatórios constantes dos autos. Além de se esperar que esse juízo pronunciante seja externado em linguagem sóbria, comedida, para que os jurados não sofram nenhuma influência na formação do seu convencimento. É dizer: o Conselho de Sentença deve mesmo desfrutar de total independência no exercício de seu múnus constitucional.” (STF, 1ª Turma, HC n. 94.274/SP, Rel. Min. Ayres Britto, *DJ* 01/12/2009.) E ainda: “Fere o princípio da soberania dos veredictos a afirmação peremptória do magistrado, na sentença de pronúncia, que se diz convencido da autoria do delito. A decisão de pronúncia deve guardar correlação, moderação e comedimento com a fase de mera admissibilidade e encaminhamento da ação penal ao Tribunal do Júri.” (STF, 1ª Turma, HC n. 93.299/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* 16/09/2008.)

¹⁰⁶⁰ Como já discutido em tópico anterior, as pesquisas empíricas de que se dispõe – especialmente a realizada por Kalven e Zeisel – puderam demonstrar uma forte tendência a que juiz e jurados decidam de modo semelhante.

¹⁰⁶¹ Conforme Figueira: “Durante o trabalho de campo pude constatar que os jurados não decidem simplesmente com a “emoção”. O que está em jogo no julgamento dos jurados é a operacionalização, muitas vezes, de uma outra racionalidade para alcançar o veredicto. Os jurados, em suas decisões, levam em conta: a) as provas produzidas e apresentadas pelas partes; b) a credibilidade da pessoa que está produzindo o discurso; c) a credibilidade interna do discurso, ou seja, sua capacidade de produzir efeitos de verdade; d) as biografias do réu e da vítima, para um julgamento moral dos tipos sociais que eles representam (homem honesto, trabalhador, pai de família x bandido, vagabundo, traficante); e) os motivos (justificativa moral) que levaram à prática do crime; f) a performance ou desempenho cênico dos atores sociais. (...) Por outro lado, dizer, simplesmente, que o ‘juiz togado’ decide tecnicamente, não é dizer tudo. Os elementos morais de um processo penal (...) são partes constitutivas do juízo de valor realizado pelos juízes de direito. (...) A construção de sua decisão judicial, muitas vezes, encontra-se permeada de avaliações subjetivas e pessoais acerca de qual seria a decisão mais justa para o caso em julgamento.” (FIGUEIRA, Luiz Eduardo de Vasconcellos. *O ritual judiciário do tribunal do júri: o caso do ônibus 174*. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007, p. 218-219).

forte tendência dos juízes, em meio à sua atividade, a ocultar qualquer traço de humanidade, evitando que seus juízos morais fiquem explícitos em suas decisões. Não que os sentimentos e valores morais sejam afastados de seu julgamento – o que definitivamente não são, como demonstraram as pesquisas de Bárbara Lupetti Batista¹⁰⁶². No entanto, é crucial que a decisão judicial tomada subjetivamente seja representada tecnicamente por meio de uma justificação racional. O propósito é o de preservar o mito da imparcialidade da justiça, segundo a autora.

Paralelamente, não é razoável apoiar as críticas nas fragilidades emocionais do jurado e em sua grande suscetibilidade às influências externas se o próprio procedimento é configurado para exaltar tais desvios, de modo a consentir que tais influências se internalizem no processo e ocupem o lugar que seria reservado à prova. São raras, portanto, as denúncias e críticas direcionadas especificamente ao contexto irracional dentro do qual as decisões do júri são tomadas¹⁰⁶³.

É importante frisar que não se pretende, de modo algum, defender a instituição do júri ou exaltar as qualidades dos cidadãos leigos no exercício da função de julgar. O que se busca é chamar a atenção para a necessidade de alterar o foco dos debates, de modo a que os esforços sejam concentrados em aprimorar o que a Constituição efetivamente deixou ao alcance do legislador.

Ademais, um aspecto que não será aqui debatido – por fugir aos limites do recorte temático proposto – mas que merece breve menção, é o da seleção dos cidadãos que integrarão o conselho de sentença. Sem dúvidas, uma adequada técnica de seleção dos jurados constitui-se como um importante fator de racionalização dos veredictos, o que também é fundamental para que se possa sustentar o caráter democrático da instituição. Nesse sentido, são inegáveis as deficiências do sistema brasileiro em garantir, no âmbito do corpo de jurados, uma adequada representatividade social, o que faz cair por terra a ideia de que o acusado

¹⁰⁶² “O campo não admite a explicitação de sentimentos genuínos dos seus magistrados, como se esconder a sua humanidade levasse à sua automática imparcialidade. (...) O Judiciário, para manter a crença na imparcialidade, esconde a realidade e constrói um mito. Talvez por isso mesmo, os meus interlocutores tenham manifestado de forma recorrente que a ‘imparcialidade é uma meta, um exercício, uma utopia’; ‘a gente trabalha para atingi-la, mas nem sempre conseguimos’ Mesmo assim, o importante é dizer que ela existe. Isso sim é fundamental.” (BATISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial: entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2013, p. 273). E ainda: “... o mais interessante foi perceber, após a análise sistemática de todo o material empírico, que as entrevistas sempre começavam com os magistrados dizendo que são ‘racionais’, ‘imparciais’, ‘objetivos’, julgam apenas ‘com o que está nos autos’, não podem ‘se condoer com as causas’, tem de se ‘afastar das emoções’. E sempre terminavam com eles dizendo que nem sempre é possível ‘racionalizar’, que julgam ‘com o coração’, que ‘imparcialidade não existe’, que eles sentem ‘raiva’, ‘pena’, ‘amor’ e ‘ódio’.” (*Idem*, p. 298).

¹⁰⁶³ Constituindo-se como uma das poucas vozes a alertar para a necessidade de se proporcionar aos jurados uma cognição probatória adequada, veja-se Fábio Rodrigues Goulart. (GOULART, Fábio Rodrigues. *Tribunal do Júri: Aspectos Críticos Relacionados à Prova*. São Paulo: Atlas, 2008.)

estaria sendo julgado por seus pares, ou mesmo segundo o senso de justiça da comunidade onde se encontra inserido. E isso tem consequências gravíssimas já que, como bem destacou Streck, “a partir da composição do corpo de jurados delineia-se o padrão de comportamento social a ser exigido do restante da sociedade.”¹⁰⁶⁴ Por isso mesmo é que permanece atual o alerta de Frederico Marques, para quem o jurado “escolhido pela sorte, numa lista onde os nomes são lançados segundo o critério do magistrado profissional incumbido dessa função, (...) não é representante do povo, nem recebe incumbência alguma da sociedade para o exercício de sua missão.” E conclui, sustentando a impropriedade de se “invocar os postulados da democracia para justificar a instituição do Júri.”¹⁰⁶⁵

De fato, a temática do alistamento e da seleção de jurados está estritamente relacionada ao escopo de racionalização das decisões dos jurados. É indubitável, ainda, que o procedimento de *voir dire* exerce, no contexto anglo-americano, importante papel no sentido de contribuir para a racionalidade dos veredictos, especialmente por seu potencial de excluir do conselho de sentença os jurados que decidiriam a causa com parcialidade ou com base em fatores estranhos aos autos. O tema, no entanto, foge ao corte metodológico realizado pela presente pesquisa, que se restringe à análise dos aspectos probatórios do procedimento do júri. Assim como diversas outras questões de igual relevância, necessitaria de uma cuidadosa apreciação no contexto de um projeto mais amplo, que tenha por proposta a reconfiguração geral do juízo por jurados.

Deste modo, o que será abordado nos tópicos seguintes é o que se refere essencialmente ao procedimento probatório e, conseqüentemente, aos aspectos relacionados ao método de decisão a ser adotado pelos jurados, de modo a que o foco esteja direcionado aos limites e possibilidades para a concretização de uma função epistêmica.

6.3.1. A dinâmica do procedimento bifásico e a função cognitiva do juízo

O exame realizado anteriormente acerca da experiência anglo-americana com o júri popular, apesar de superficial, permitiu extrair algumas conclusões acerca da lógica que

¹⁰⁶⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 100.

¹⁰⁶⁵ FREDERICO MARQUES, José. *A Instituição... cit.*, p. 88.

orienta a configuração de seu procedimento, especialmente no que se refere à cognição probatória pelos jurados.

Em linhas gerais, diante da impossibilidade de se desvendar as razões que levaram os jurados a um determinado veredicto – o que impede, portanto, a verificação sobre o acerto e a racionalidade da decisão por meio do exame de seus motivos – a ideia geral é a de que se deve fiscalizar com afincamento todo o conjunto de informações que é levado ao conhecimento dos jurados durante a sessão de julgamento, já que é a partir desses elementos que a decisão será alcançada. Se não se pode controlar o produto da decisão, deve-se controlar a qualidade e a racionalidade de suas premissas, daquilo que lhe servirá como fundamento.

Situam-se nesse contexto, por um lado, os esforços da *law of evidence* destinados a selecionar o material probatório admissível, excluindo-se os elementos com potencial distorsivo, e, por outro, a atividade do juiz de apresentar aos jurados algumas importantes diretrizes que lhes auxiliarão no exercício de sua função – a partir das quais analisarão com maior prudência o conjunto probatório e as alegações orais das partes.

O procedimento de júri brasileiro, inspirado que foi no modelo francês, adota lógica bastante distinta. Um eventual controle sobre o conjunto informativo talvez não pudesse se compatibilizar com a ampla margem de liberdade decisória contida na ideia de íntima convicção, segundo a qual nem mesmo a prova dos autos é baliza para o veredicto – só o é a própria consciência do jurado¹⁰⁶⁶. Por tal motivo, o sistema se abstém de zelar ativamente pela qualidade/idoneidade das informações a serem apresentadas aos jurados – deixando às partes uma margem considerável de liberdade para influir em sua convicção. Opta, por outro lado, por realizar uma filtragem dos casos aptos a serem submetidos a julgamento popular.

A lógica que subjaz à configuração bifásica de seu procedimento especial situa-se, portanto, no propósito de estabelecer um controle judicial sobre os fatos passíveis de serem julgados pelo júri, de modo a evitar que potenciais inocentes sejam submetidos às incertezas de um juízo por jurados – o que acaba denunciando o clima de desconfiança que paira sobre a capacidade de decisão dos cidadãos¹⁰⁶⁷. Nesse contexto, ao invés de se buscar, minimamente,

¹⁰⁶⁶ Conforme apregoa o teor do juramento a ser exortado em plenário, previsto no artigo 472 do CPP: “Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.” Em sentido diametralmente oposto, como discutido em tópico anterior, as instruções aos jurados nos Estados Unidos têm como ponto comum a advertência de que não podem os mesmos considerar quaisquer informações em seu julgamento além daquelas apresentadas e discutidas em audiência.

¹⁰⁶⁷ Essa desconfiança é característica do sistema configurado sob a égide do regime autoritário do Estado Novo, cujas linhas mestras ainda governam a lógica da regulamentação atual. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Júri: Projetos de Reforma. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 58, 2006, pp. 280-288.)

a correção das possíveis distorções inerentes ao caráter leigo dos julgadores, a ideia principal é a de se estabelecer um criterioso filtro de admissibilidade sobre os casos que lhes serão submetidos à análise.

É curioso que, diversamente do que ocorre no sistema anglo-americano, a ideia que emerge do procedimento brasileiro tido como escalonado é a do estabelecimento de uma presunção oficiosa de culpabilidade¹⁰⁶⁸, o que se expressa por meio de todas as etapas de controle que antecedem a submissão do fato ao julgamento por jurados. O júri somente pode julgar os fatos que tenham passado pelo filtro do promotor, na decisão pela denúncia ou arquivamento; do juiz, pelo recebimento ou rejeição da inicial acusatória; e novamente do magistrado, após instrução probatória, no âmbito da pronúncia.

Ao contrário, no modelo da *common law* o julgamento pelo júri é a própria expressão da presunção de inocência: o acusado pode renunciar a ela, declarando-se culpado e recebendo a imposição imediata de pena pelo juiz, ou se declarar inocente, pugnando pelo direito a ser julgado por seus pares.

Desta forma, apesar de sua previsão constitucional no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, não parece que o sistema brasileiro permita que seja o júri considerado verdadeiramente uma garantia do acusado, ou um direito subjetivo¹⁰⁶⁹. Seria uma contradição ideológica sustentar, de um lado, a essência do júri como direito fundamental do acusado e, de outro, atribuir ao juiz o exercício de um rígido controle sobre os casos que chegarão à sua apreciação, com vistas a “evitar que um inocente seja jogado ‘às feras’”, nas palavras de Vicente Greco Filho.¹⁰⁷⁰ É igualmente sem sentido tratar o júízo popular como direito

¹⁰⁶⁸ “Aqui [no Brasil] esse julgamento é a culminância de vários procedimentos em que o acusado foi progressiva e sistematicamente indiciado na polícia e sucessivamente denunciado e indiciado no processo judicial, decidindo-se, finalmente, ‘pronunciá-lo’ e inscrever seu nome no ‘rol dos culpados’. A presunção oficiosa, portanto, é de culpa, não de inocência, o oposto do que ocorre no *trial by jury* americano.” (LIMA, Roberto Kant de. Direitos Cíveis e Direitos Humanos: Uma tradição judiciária pré-republicana? *In: São Paulo em Perspectiva*. V. 18, n. 1, 2004, p. 55.)

¹⁰⁶⁹ Nesse sentido, segundo Tornaghi: “Que o Júri seja hoje uma garantia individual é coisa que não mais se pode sustentar. As razões históricas que, em pleno feudalismo, fizeram com que ele assumisse o papel de *paládio da liberdade*, dando a todos um julgamento por seus pares, desapareceram nas sociedades modernas. Não há, pois, motivo para que figure na Constituição no capítulo ‘dos direitos e das garantias individuais’. Fosse essa a única razão de ser do Júri e ele deveria ser imediatamente abolido.” (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 308.)

¹⁰⁷⁰ O autor procura sustentar, inclusive, que a função da pronúncia é a de “evitar que alguém que não mereça ser condenado possa sê-lo em virtude do julgamento soberano, em decisão, quiçá, de vingança pessoal ou social.” (GRECO FILHO, Vicente. Tribunal do Júri: questões polêmicas sobre a pronúncia. *In: TUCCI, Rogério Lauria*. (coord.). *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: RT, 1999, p. 118-119.)

fundamental se não é dada ao acusado a prerrogativa de renúncia¹⁰⁷¹, mediante a opção de ser julgado pelo juiz togado¹⁰⁷², a exemplo do que se verifica em diversos ordenamentos¹⁰⁷³.

Conforme destacado no tópico anterior, o procedimento previsto para o processamento dos crimes dolosos contra a vida é composto por uma fase inicial, correspondente ao juízo de formação da culpa – na qual verifica-se a admissibilidade da acusação e estabelecem-se os limites para seu exercício –, e de uma fase de julgamento, desenvolvida em plenário, perante o Conselho de Sentença.

É natural e justificável que sejam implementados mecanismos processuais tendentes a evitar os riscos de uma acusação temerária, já que o próprio processo penal encerra em si uma pena¹⁰⁷⁴ para aquele que se vê na condição de réu. Entretanto, a dinâmica do *judicium accusationis* não parece ter lugar apenas para a consecução de tal escopo. Até porque a fase instrutória que tem lugar nessa etapa já seria hábil a sujeitar o acusado aos mesmos constrangimentos e dissabores de qualquer outro procedimento criminal.¹⁰⁷⁵

A análise que se desenvolve na etapa da pronúncia não se restringe a um juízo de admissibilidade da acusação, o qual, inclusive, já é realizado quando do recebimento da peça inicial acusatória – para o que já se exige a verificação da existência de prova de materialidade e indícios suficientes de autoria como pressuposto da presença de justa causa para ação penal.

A verdadeira função do juízo de pronúncia, como explica Vicente Greco Filho, é a de impedir que um inocente seja submetido aos riscos do julgamento social irrestrito e

¹⁰⁷¹ “Se o júri no Brasil é um direito garantido, se é um direito individual por classificação constitucional, não pode ser impositivo; não pode ser obrigatório. A nova doutrina dos direitos e garantias individuais contempla a renúncia a eles.” RIBEIRO, Diaulas Costa. Júri: um direito ou uma imposição? Disponível em: http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=213&p_ch=. Acesso em 26 de outubro de 2016.

¹⁰⁷² Isso faz sentido na medida em que se considera que a soberania dos veredictos limita as hipóteses de sua revisão e que a falta de motivação das decisões afronta não só a referida garantia, como também as do contraditório e ampla defesa. Seria razoável, dentro dessa lógica, permitir que o acusado pudesse optar pelo julgamento de um juiz profissional, oportunidade em que teria melhores condições de recurso e poderia compreender adequadamente os fundamentos da decisão.

¹⁰⁷³ A exemplo de Portugal, Estados Unidos e Reino Unido (à exceção da Escócia, onde apenas o Ministério Público tem essa alternativa). Cf. RIBEIRO, Diaulas Costa. Júri: um direito... *cit.*

¹⁰⁷⁴ “*La pena de banquillo*”, segundo Aury Lopes Jr., referindo-se à expressão consagrada no sistema espanhol para designar a pena processual que corresponde ao “sentar-se no banco dos réus”. Como explica o autor, “É uma pena autônoma, que cobra um alto preço por si mesma, independentemente de futura pena privativa de liberdade (que não compensa nem justifica, senão que acresce o caráter punitivo de todo o ritual judiciário).” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 190.)

¹⁰⁷⁵ DUCLERC, Elmir. O Novo Procedimento do Tribunal do Júri e sua Conformidade Constitucional: Avanços e Retrocessos com a Reforma Processual de 2008. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. (orgs.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 98.

incensurável. Tal prudência é justificada, segundo ele, “em sendo o veredicto do júri qualificado pela soberania, que se consubstancia em sua irreformabilidade em algumas circunstâncias, e tendo em vista a ausência de fundamentação da decisão.” E completa, aduzindo caber ao “juiz na fase de pronúncia excluir do julgamento popular aquele que não deva sofrer a repressão penal.”¹⁰⁷⁶ Não deixa de ser questionável, nesse ponto, a larga margem de que disporia o magistrado para subtrair do juiz natural o julgamento dos fatos inseridos em sua competência por determinação constitucional.

Como ponderou Choukr, até que ponto a filtragem dos casos por juízes togados, em sede de juízo de admissibilidade, não vem a ofender o primado constitucional do juiz natural?¹⁰⁷⁷ Como adverte o autor, apesar dos esforços retóricos destinados a negar qualquer juízo de mérito nesta etapa, fato é que as hipóteses de absolvição sumária conduzem a tal análise.¹⁰⁷⁸ Isso leva ao seu segundo questionamento: qual o limite de conhecimento da causa pelo juiz togado nesse juízo de admissibilidade? Nos idos de 1942, época em que o Código de Processo Penal entrou em vigor, tais indagações não faziam parte do cenário jurídico, especialmente em face do contexto político vigente. Depois, acostumou-se a não fazê-las.¹⁰⁷⁹

A Constituição da República, como pontua Geraldo Prado, “estabelece o júri como juiz natural da causa e nós, presos à tradição de que o júri não pode ser o juiz natural da causa por inúmeras razões, queremos ainda assim, assegurar no início uma espécie de delimitação do modo de conhecimento dos jurados da matéria.”¹⁰⁸⁰

Questão bastante polêmica nesse sentido é a que recai sobre o grau de convencimento exigível para que o magistrado possa submeter o fato ao julgamento pelo júri. Parcela significativa da doutrina sustenta que o princípio orientador, nesse caso, seria o *in dubio pro societate*¹⁰⁸¹. Por meio dele, a dúvida acerca da existência da materialidade ou da presença de

¹⁰⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente. Tribunal do Júri: questões polêmicas sobre a pronúncia. In: TUCCI, Rogério Lauria. (coord.). *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: RT, 1999, p. 118-119.

¹⁰⁷⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri: Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 10-11.

¹⁰⁷⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri: Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 111.

¹⁰⁷⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri: Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 10-11.

¹⁰⁸⁰ PRADO, Geraldo. Tribunal do Júri: propostas e alternativas. In: _____. *Em Torno da Jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 89.

¹⁰⁸¹ Nesse sentido, Heráclito Mossin: “... levando-se em consideração que somente em situações excepcionais é que se pode subtrair do júri, juízo natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, sempre que houver dúvida no sentido da materialidade delitiva ou dos indícios de autoria, cumpre ao magistrado pronunciar o imputado, por força do princípio do *in dubio pro societate*.” MOSSIN, Heráclito

indícios suficientes de autoria, demandaria uma decisão de pronúncia, com vistas a submeter a questão à apreciação e julgamento da sociedade. Nesse sentido, sustenta-se que somente em face de prova robusta poderia o juiz subtrair o processo do júri, seu juiz natural.

Em sentido contrário, uma expressiva corrente¹⁰⁸² destaca a carência de base legal daquele princípio, cuja incidência nessa hipótese seria hábil a violar a presunção constitucional de inocência. Desse modo, a conduta do juiz frente à situação de dúvida, em virtude da falta de elementos probatórios suficientes, seria pela decisão de impronúncia ou, eventualmente, de absolvição sumária.

Sobre esse ponto, há de se concordar com a segunda corrente no que concerne à não incidência do brocardo *in dubio pro societate* na fase de pronúncia, mas não pelas mesmas razões invocadas, no sentido de preservação da presunção de inocência. Sua refutação pode ser sustentada, simplesmente, pela total ausência de sentido técnico no emprego do termo em âmbito probatório, conforme destacou Pitombo.¹⁰⁸³

Antônio. Júri: Crimes e Processo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 272. Ademais, também vale mencionar decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido: “A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que, nessa fase processual, as questões resolvem-se a favor da sociedade.” (STJ, 5ª Turma, REsp n. 1.279.458/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 04/09/2012.) E também do Supremo Tribunal Federal: “Para a prolação da sentença de pronúncia, não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza a respeito da autoria do crime. Exige-se prova da materialidade do delito, mas basta, nos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal, que haja indícios de sua autoria. 3. A aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, pautada nesse juízo de probabilidade da autoria, destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri. 4. Considerando, portanto, que a sentença de pronúncia submete a causa ao seu Juiz natural e pressupõe, necessariamente, a valoração dos elementos de prova dos autos, não há como sustentar que o aforismo *in dubio pro societate* consubstancie violação do princípio da presunção de inocência.” (STF, 1ª Turma, RE n. 540.999/SP, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 22/04/2008.)

¹⁰⁸² Nesse sentido, Gustavo Badaró: “Prevalece na doutrina o entendimento de que, se houver dúvida ao término da primeira fase, o acusado deve ser pronunciado, posto que a regra de julgamento seria *in dubio pro societate*. Discorda-se de tal entendimento. (...) Aplica-se, pois, na pronúncia, o *in dubio pro reo*.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012, p. 475). Também Aury Lopes Jr., “não se pode admitir que os juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição, para, burocraticamente, pronunciar réus, enviando-lhes para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário.” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal. cit.*, p. 1012).

¹⁰⁸³ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Pronúncia *in dubio pro societate*. In: *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 4, n. 1, 2003, p. 13. Como explica o autor, o *in dubio pro reo* guarda por destinatário o juiz e situa-se no campo da valoração da prova. A dúvida a que se refere o brocardo seria aquele estado de incerteza insuperável que desponta como resultado das provas, na medida em que as mesmas se contradizem em quantidade e qualidade. Ademais, segundo Pitombo, “o que se soluciona mediante o senso comum não produz dúvida ponderável” e, paralelamente, falta de provas para se condenar não importa em dúvida, mas certeza da improcedência da acusação. Diante dessas considerações, esclarece a respeito do *in dubio pro societate*: “É fácil, na seqüência, perceber que a expressão *in dubio pro societate* não exhibe o menor sentido técnico. Em tema de direito probatório, afirmar-se ‘na dúvida, em favor da sociedade’ consiste em absurdo lógico-jurídico. Veja-se: em face da contingente dúvida, sem remédio, no tocante à prova — ou melhor, imaginada incerteza — decide-se em prol da sociedade. Dizendo de outro modo: se o acusador não conseguiu comprovar o fato, constitutivo do direito afirmado, posto que conflitante despontou a prova, então se soluciona a seu favor, por absurdo. Ainda porque não provou ele o alegado, em face do acusado, deve decidir-se contra o último. Ao talante, por mercê

Considerando que a decisão de pronúncia exige, conforme disposição legal, que o juiz esteja “convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”¹⁰⁸⁴, não parece comportar a superveniência de dúvida, seja quanto à existência do crime – a qual deve restar demonstrada, ou da suficiência dos indícios de autoria, de modo a serem aptos a embasar uma eventual condenação.

Essa interpretação do dispositivo em comento parece ser, de fato, a mais fiel e adequada no contexto da configuração processual adotada, em meio a um modelo de juízo popular carente de qualquer mecanismo hábil a proporcionar um controle sobre o processo de formação do convencimento dos cidadãos, ou mesmo de se compreender os fundamentos subjacentes à sua decisão. Dentro dessa sistemática, faz sentido o estabelecimento de um rigoroso critério quanto à filtragem dos casos que serão submetidos a seu julgamento.

No entanto, admitir a coerência entre seus métodos e propósitos não significa considerar acertada a lógica que orienta a configuração do modelo.

A opção do sistema por estabelecer esse rígido controle judicial sobre a admissibilidade da acusação perante o júri acabou contribuindo para a irracionalidade do procedimento como um todo, sob o aspecto de sua total inaptidão para a produção de uma cognição adequada perante o juiz natural.

Em primeiro lugar, tal mecanismo de filtragem baseado em um juízo antecipado acerca da existência do fato e da probabilidade de autoria, denuncia que o próprio sistema não confia na capacidade de decisão dos cidadãos leigos¹⁰⁸⁵ e deposita, portanto, nesta etapa, toda a expectativa de controle possível no sentido de evitar injustas condenações.

Greco Filho chega a atribuir à pronúncia a função de garantia da liberdade no âmbito do júri, que nos procedimentos perante o juiz singular estaria tutelada pela garantia da motivação e pela ampla recorribilidade das decisões: “No procedimento do júri, em virtude da

judicial o vencido vence, a pretexto de que se favorece a sociedade: *in dubio contra reum*.” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Pronúncia... *cit.*, p. 11.)

¹⁰⁸⁴ Artigo 413, do CPP.

¹⁰⁸⁵ Essa desconfiança sobre a capacidade de decisão dos jurados fica clara através do posicionamento de Aury Lopes Jr., que defende, por isso, a necessidade de se controlar com rigor os casos a lhes serem submetidos a julgamento: “Pensamos que os juízes devem assumir uma postura mais responsável e menos burocrática na condução dos processos submetidos a esse rito, pois, inegavelmente, o júri representa um imenso risco para a administração da justiça. Se não se pode desconsiderar a soberania constitucional do júri, de um lado, não se pode, por outro, fechar os olhos para essa realidade. Mais grave ainda é não se dar conta de que o júri não é bem uma ‘garantia’ do cidadão, senão uma imposição, pois o réu não pode escolher se quer ou não ser julgado por ele. Em suma, pensamos que os juízes devem exercer, a partir da presunção constitucional de inocência e do decorrente *in dubio pro reo*, um papel mais efetivo de filtro processual, evitando submeter alguém a esse tipo de julgamento quando a prova autoriza outra medida (como a absolvição sumária, impronúncia ou desclassificação).” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal... cit.*, p. 1024.)

soberania e do julgamento por convicção íntima sem fundamentação, a garantia da liberdade somente pode estar na decisão de pronúncia.”¹⁰⁸⁶

No entanto, ainda que se compreenda a pronúncia como garantia da liberdade do acusado no contexto do júri, não se pode concordar com o autor de que seria essa a única forma de se contornar o problema da ausência de fundamentação dos veredictos. Considerando que a motivação é garantia processual de efetividade da cognição judicial, segundo Gomes Filho¹⁰⁸⁷, já que é por meio dela que se exige do julgador a consideração efetiva de todos os elementos trazidos ao processo, pode-se dizer que a opção por depositar neste juízo de pronúncia todas as expectativas possíveis de controle – juntamente com a alocação da instrução principal nesta fase, ressalta-se – presta um desserviço à garantia.

Isso porque, abdicando de qualquer zelo sobre o conteúdo informativo que servirá de base ao veredicto, a lógica do procedimento supõe que a essência da instrução probatória tenha lugar na primeira fase, perante o juiz togado – e como pressuposto para a sua decisão de pronúncia – , de modo que os jurados, verdadeiros julgadores do fato, não terão o conhecimento direto do conjunto probatório disponível. Como consequência, os debates orais travados entre as partes constituem-se como a principal fonte de conhecimento¹⁰⁸⁸ sobre as questões a serem decididas pelo júri, já que a possibilidade de se explorar livremente a prova anteriormente produzida gera um desestímulo à sua reprodução em plenário. Some-se a isso a ampla margem de liberdade de que dispõem os representantes das partes, em meio a essas manifestações, para recorrer à argumentação extrajurídica e de apelo emocional a fim de obter a persuasão dos jurados.

Como explica Gomes Filho, “a menos que se considere o processo uma pura encenação destinada a conferir apenas aparência de legitimidade à função jurisdicional, para decidir o juiz precisa de fato *conhecer* o material trazido ao processo (...)”¹⁰⁸⁹.

Para tanto, a fim de evitar que a fase de julgamento perante o júri se transforme em mera representação, é imprescindível que o procedimento esteja configurado de modo a

¹⁰⁸⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 119.

¹⁰⁸⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 81.

¹⁰⁸⁸ Como fica claro a partir das considerações de Frederico Marques: “Vêm depois os debates orais, a que os jurados devem dar a máxima atenção, pois que aí encontrarão a fonte principal para formarem o seu convencimento a respeito do litígio penal.” (MARQUES, José Frederico. *A Instituição... cit.*, p. 114.)

¹⁰⁸⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 81-82.

proporcionar uma cognição adequada¹⁰⁹⁰ ao juiz natural – no caso, o conselho de sentença. Tal providência, paralelamente a um juízo de admissibilidade da acusação, se revela fundamental como forma de controle, tendente a assegurar a racionalidade do juízo fático. “A cautela a ser adotada diz respeito à verificação do regular e adequado exercício do saber. Comodamente ajustada ao fim a que se destina, a atividade intelectual assegurará não o acerto da decisão em si, mas a legitimidade ao modo de proceder do intelecto.”¹⁰⁹¹

Uma primeira questão a ser considerada, nesse sentido, é a de que a prova deve ser efetivamente produzida em plenário, ciente de que o valor da oralidade, segundo Ferrajoli – com apoio em Chiovenda e Calamandrei – “reside essencialmente nos seus corolários da *imediação e concentração do juízo*”. Ainda nesse sentido, a oralidade comporta “o diálogo direto das partes entre si e com o juiz, de modo que este conheça a causa ‘não com base em escrituras mortas, mas com base na impressão recebida’.”¹⁰⁹²

Entretanto, o que se verifica é a consagração de uma dinâmica procedimental que parece atribuir ao juiz a verificação dos fatos ao final da primeira fase do procedimento – ainda que por uma cognição limitada, em tese, na extensão –, permitindo que o acusado, não obstante já tido como culpado, dirija-se ao júri para buscar a misericórdia popular¹⁰⁹³ – imagem que fica bastante factível diante da preponderância, na segunda fase, da retórica e do apelo persuasivo dos argumentos morais.

Comentando sobre os projetos de reforma do júri que vieram a culminar, posteriormente, na edição da Lei n. 11.689/08, Gomes Filho questiona o motivo da

¹⁰⁹⁰ Nesse sentido, Fábio Rodrigues Goulart adverte: “Se, por um lado, revela-se inviável o controle da racionalidade das decisões, surge o entendimento de que ao jurado deve-se garantir melhor condição de julgar o caso debatido entre as partes. E melhor condição de julgar implica, em última análise, proporcionar-lhe meio idôneo para considerar, analisar e avaliar todo o material probatório existente. (...) Exigir que a produção da prova seja feita na presença dos jurados é medida que melhor atende, pelo aspecto da imediatividade, a consideração, a análise e a avaliação dos elementos de convicção existentes, favoráveis e desfavoráveis aos interesses do acusado.” (GOULART, Fábio Rodrigues. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 41.)

¹⁰⁹¹ GOULART, Fábio Rodrigues. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 47.

¹⁰⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão... cit.*, p. 570-571.

¹⁰⁹³ Essa ideia deturpada fica muito clara através do que defende Guilherme de Souza Nucci, para quem a sistemática adotada pela legislação brasileira demanda que “Somente deve seguir a julgamento pelo Tribunal Popular o caso que comporte, de algum modo, conforme a valoração subjetiva das provas, um decreto condenatório. O raciocínio é simples: o juiz da fase da pronúncia remete a julgamento em plenário o processo que ele, em tese, poderia condenar, se fosse o competente. Não é questão de se demandar *certeza* de culpa do réu. Porém, deve-se reclamar provas *suficientes*. Havendo a referida *suficiência*, caberá ao Conselho de Sentença decidir se condena ou absolve.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 87.) Da forma como colocado pelo autor, juntamente com o fato de que, na prática, é rara a instrução probatória em plenário, tem-se a impressão de que é o juiz o verdadeiro responsável por julgar a procedência ou improcedência da acusação a partir das provas, sendo que ao jurado caberia tão somente decidir se o réu, já tido como culpado, merece ser condenado ou absolvido – o que avaliará a partir dos argumentos morais e da retórica persuasiva das partes. Não se pode concordar com tal ponto de vista.

manutenção de uma fase de instrução preparatória judicial, especialmente diante dos propósitos explícitos de simplificação e celeridade que nortearam as propostas. Na época das discussões, tramitava em paralelo um projeto de reforma que propunha um novo esquema procedimental em geral, no qual se pretendia oportunizar o contraditório em momento anterior ao recebimento da peça acusatória, inclusive com a eventual realização de diligências determinadas pelo juiz, podendo ouvir testemunhas e interrogar o acusado.¹⁰⁹⁴ Nesse contexto, conforme o acertado raciocínio do autor, se para a pronúncia será necessário unicamente o convencimento do juiz acerca da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação, os elementos do inquérito – e, eventualmente, outros cuja necessidade tenha sido verificada na forma do projeto citado – seriam suficientes para a decisão sobre a admissibilidade da acusação.¹⁰⁹⁵

Com razão, Gomes Filho defende que “não se vê, portanto, a necessidade de manter-se essa fase procedimental, principalmente tendo em conta o desejado objetivo de simplificação.”¹⁰⁹⁶ Muito mais razoável teria sido, portanto, o acolhimento da proposta de um contraditório prévio, aliado à possibilidade de realização de eventuais diligências – até mesmo em audiência, se necessário for –, de modo a compor uma etapa única de admissibilidade da acusação, conforme o entendimento do autor.

O intuito não seria o de alargar o filtro dos casos a serem submetidos a júri, mas sim o de deixar claro que a pronúncia é mero juízo de admissibilidade e, portanto, não deve depender de uma fase instrutória exaustiva. Da forma como se desenvolve atualmente, esse controle judicial acaba por se aproximar, grosso modo, a um juízo antecipado de culpa, especialmente pelo fato de que a instrução probatória que lhe precede é mais aprofundada do que a que se desenvolve em plenário, perante o júri.

Como ressalta Geraldo Prado, em alusão ao descompasso verificado entre os projetos de reforma do júri e dos demais procedimentos, no que se refere à lógica probatória: “Ali há uma atividade probatória que em minha opinião nada mais é do que o retorno à ideia central,

¹⁰⁹⁴ O Projeto de Lei n. 4.207/2001 estabelecia para os procedimentos ordinário e sumário uma fase intermediária que tinha como escopo aprimorar o juízo de admissibilidade da acusação, de modo que o recebimento da denúncia ou queixa somente ocorreria após a manifestação da defesa, podendo o juiz, inclusive, determinar a produção de diligências, ouvir testemunhas e interrogar o acusado. Entretanto, a Lei aprovada frustrou as expectativas dos processualistas que anseavam pelo fim dos “recebimentos automáticos de denúncias infundadas” (cf. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. *cit.*, p. 937.), ficando mantido o modelo anterior de admissão da acusação sem contraditório prévio.

¹⁰⁹⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Júri: Projetos de Reforma. *cit.*, p. 280-288.

¹⁰⁹⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Júri: Projetos de Reforma. *cit.*, p. 280-288.

inquisitorial, de que os jurados não têm condição, a capacidade de fazer uma avaliação probatória do material que as partes irão lhes apresentar para então decidir a causa.”¹⁰⁹⁷

Por tal motivo, diante dos jurados terá lugar uma instrução mais abreviada, como a própria lei deixa transparecer – ao contrário do limite de oito testemunhas para a fase preliminar, a lei fixa em apenas cinco o limite para a fase de julgamento¹⁰⁹⁸. Paralelamente, ao lado de uma instrução mais ampla na primeira fase, seguem-se os debates orais com duração mais enxuta: é estabelecido o prazo de vinte minutos para cada parte, prorrogáveis por mais dez minutos. Por outro lado, na sessão de julgamento, associa-se uma fase instrutória mais abreviada a um extenso período de debates orais: cada parte terá o período de uma hora e meia e, eventualmente, uma hora para réplica e outro tanto para tréplica. Aparentemente sutil, essa desproporção evidencia uma grande inversão de valores, eis que o sistema acaba por impor limitações probatórias quantitativas mais severas na fase em que ocorre o verdadeiro juízo de mérito sobre os fatos, destinando, por outro lado, um período excessivamente longo para as alegações finais.

O propósito das alegações finais deveria ser o de proporcionar às partes a possibilidade de explorar o acervo probatório efetivamente produzido diante do julgador, e buscar interpretar tais elementos a partir de suas respectivas hipóteses fáticas e as teses jurídicas correspondentes. Não se destinam, por outro lado, a suprir a ausência da etapa instrutória, especialmente quando a não produção da prova em plenário constitui uma estratégia da parte para assegurar que os fatos sejam transmitidos aos jurados de forma seletiva, dentro do que melhor se acomode às suas pretensões¹⁰⁹⁹ – evitando eventuais surpresas e imprevistos naturais à produção da prova oral.

Para piorar o cenário, destaca-se o hábito bastante comum em meio à rotina judiciária de desistência pelas partes da oitiva das testemunhas arroladas¹¹⁰⁰. Deste modo, grande parte

¹⁰⁹⁷ PRADO, Geraldo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 89.

¹⁰⁹⁸ Conforme artigos 406, parágrafos 2º e 3º; e 422, do Código de Processo Penal.

¹⁰⁹⁹ “Como os jurados não acompanham a produção das provas – exceto o interrogatório e a inquirição de alguma testemunha em plenário – o contato que eles têm com os denominados ‘fatos’ (do acontecimento interpretado como crime) decorre das narrativas produzidas durante os debates orais entre defesa e acusação. As provas são apresentadas aos jurados pelos debatedores que, obviamente, possuem interesses estratégicos num contexto de disputas argumentativas.” (FIGUEIRA, Luiz Eduardo de Vasconcellos. *O ritual judiciário... cit.*, p. 147.)

¹¹⁰⁰ Como já denunciou Geraldo Prado, “uma das maiores reclamações na prática, no cotidiano, são os famosos júris sem produção de prova testemunhal; são os júris em que as partes ficam lendo termos de depoimentos de testemunhas a um juiz presidente, em que, na realidade, o vencedor desse confronto, desse duelo intelectual entre o Ministério Público e a Defesa é quem melhor interpreta um texto de alguma coisa que é depoimento de testemunha a que os jurados não tiveram acesso.” E completa o autor: “Não é improvável (embora seja indesejável) ver o Supremo Tribunal Federal decidindo: ‘não! É válida a decisão condenatória do júri, ainda que

das sessões de julgamento se resume ao interrogatório do réu e aos debates, o que representa um enorme contrassenso, considerando que o júri deverá decidir os fatos sem que qualquer prova tenha sido produzida em sua presença.

Ademais, essa desistência de produção da prova oral encontra-se, por vezes, amparada em acordos de bastidores¹¹⁰¹ entre acusação e defesa, que embora despidos de respaldo legal, ocorrem de forma velada e bastante recorrente. Por meio desses ajustes, os representantes das partes buscam abreviar o procedimento na medida em que acordam em realizar concessões recíprocas acerca das teses a serem sustentadas, o que leva, por conseguinte, à desistência da produção de provas em plenário. Não é preciso maiores esforços para se constatar o quão subversiva é essa prática para o fim processual de concretização de um ideal de justiça. Ao subtraírem do conhecimento dos jurados aspectos essenciais do caso julgado, sincronizando suas alegações segundo os termos pactuados no acordo – que permanece desconhecido e à margem de um controle social – as partes transformam todo o procedimento em mera encenação teatral despida de propósito, violando a soberania dos veredictos¹¹⁰² e anulando o fundamento cognitivo da jurisdição.

nenhuma prova oral tenha sido produzida em plenário, porque o fundamento daquela decisão foi justamente o depoimento de alguém que prestou esse depoimento a um juiz, com o defensor e com o Ministério Público ali atuando’.” (PRADO, Geraldo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 89-90.)

¹¹⁰¹ Por se realizarem extraoficialmente, já que despidos de autorização legal, não costumam receber tratamento pela doutrina tradicional. Sua abordagem, entretanto, é bastante comum em meio aos trabalhos etnográficos que têm como objeto o estudo do tribunal do júri, conforme se observam a partir das seguintes referências: “Trata-se de um ajuste, de uma combinação prévia – antes dos debates em plenário – realizada entre os profissionais da defesa e da acusação com o objetivo de estabelecer as teses que serão sustentadas durante os debates orais. Pelo que pude constatar, um dos acordos mais frequentes é aquele em que a acusação retira, em plenário, as ‘qualificadoras’ e, por sua vez, a defesa reconhece a autoria do crime e pede, também, para os jurados não reconhecerem as ‘qualificadoras’. Segundo os promotores, esses acordos são feitos, via de regra, com os defensores públicos, pois estes trabalham no dia-a-dia junto com o promotor.” (FIGUEIRA, Luiz Eduardo de Vasconcellos. *O ritual judiciário... cit.*, p. 197). E ainda: “Nos bastidores do Júri pode ter sido estabelecido um acordo entre promotor e defensor, em torna da absolvição e condenação do réu, assim como das qualificadoras e privilégios que podem incidir sobre o crime que lhe está imputado pelo estado. (...) Pelo que se pode depreender das informações prestadas o acordo é uma prática há muito costumeira no julgamento dos crimes dolosos contra a vida em nossa sociedade, dele às vezes não participando os clientes – só sabendo em caso de serem defendidos por advogados particulares – e jamais os jurados que, entretanto, de acordo com alguns entrevistados, dele desconfiam quando o pedido da promotoria e da defensoria coincidem. (...) Por tudo o que foi exposto das entrevistas, (...) percebe-se que a extensão da negociação é tanta que o percentual deixado ao arbítrio do jurado é muito pequeno.” (MOREIRA-LEITE, Angela M. F. *Tribunal do Júri: O Julgamento da Morte no Mundo dos Vivos*. Tese (Doutorado em Sociologia e Antropologia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, pp. 237 e 241).

¹¹⁰² “Na prática, antes mesmo de ingressar em plenário, muitas vezes com a complacência do juiz presidente, as partes já chegaram a um consenso quanto ao destino do processo. ‘Resolvem’ ser mais indicada a absolvição do acusado ou a sua condenação por homicídio simples, sem a aplicação das qualificadoras constantes da pronúncia, por exemplo. Ora, a legislação penal não acolhe a transação nessas hipóteses. Ademais, cuida-se de princípio constitucional da soberania dos veredictos, valendo dizer que o Conselho de Sentença é o órgão supremo a deliberar sobre a imputação. (...) Não há soberania alguma caso o Conselho de Sentença deixe de obter subsídios para a apreciação da prova.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri. cit.*, p. 262-263.)

Conforme disposição acertada presente no Projeto de Lei 4.203/2001, as provas produzidas na fase da investigação e no *judicium accusationis*, salvo se antecipadas, cautelares ou irrepitíveis, não deveriam ser levadas ao conhecimento dos jurados na sessão de julgamento. A ideia era a de cristalizar a premissa de que a prova deve ser efetivamente produzida perante o jurado (que tem inclusive o direito de fazer perguntas), como pressuposto das garantias da oralidade e imediação.

Entretanto, é de se constatar que a cultura prático-processual brasileira de júri se desenvolveu a partir da lógica de que a produção da prova tem lugar essencialmente perante o juiz, na primeira fase do procedimento, cabendo aos representantes das partes transmitir aos jurados o conhecimento do que considerem relevante. Era essa a dinâmica da configuração anterior à reforma de 2008, ocasião em que a rotina da audiência em plenário era marcada pela enfadonha e exaustiva leitura de peças correspondentes aos elementos colhidos em fases antecedentes. Permitia-se, em tese, que um processo fosse lido integralmente aos jurados, provocando-lhes um excessivo desgaste e cansaço tendentes a prejudicar sua atenção e raciocínio.

Conforme Frederico Marques, para quem o júri deveria obedecer aos cânones da mais ampla oralidade, a realidade do procedimento brasileiro é bem diferente, o qual somente guarda da oralidade o torneio dialético que se trava entre acusação e defesa. Referindo-se à legislação revogada, lamenta que seja muito difícil que haja inquirição em plenário, uma vez que o Código admite que sejam dispensados os depoimentos já ouvidos na instrução do *judicium accusationis* e declara facultativo arrolarem-se testemunhas no libelo ou na contrariedade. Conclui o autor reconhecendo que “o jurado se vê assim na contingência de decidir, com o seu livre convencimento, baseado apenas em peças escritas do processo, ou no que lhe dizem a acusação e a defesa.”¹¹⁰³

De fato, a Lei 11.689/08 limitou o requerimento de leitura de peças àquelas que se refiram, exclusivamente, a provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, mas não acolheu, por outro lado, a previsão de que os demais elementos fossem desentranhados dos autos¹¹⁰⁴. Diante disso, vem predominando o entendimento de que a restrição se refere unicamente à prerrogativa das partes de requerer ao juiz a leitura de peças, como parte da etapa instrutória, o que não impediria que acusação e

¹¹⁰³ MARQUES, José Frederico. *A Instituição... cit.*, p. 45-46.

¹¹⁰⁴ O Projeto de Lei n. 4.203/2001 determinava em seu artigo 421, o encaminhamento dos autos ao Tribunal do Júri, após a pronúncia, apenas com as provas antecipadas, cautelares e irrepitíveis.

defesa, no curso dos debates, procedessem diretamente à leitura de quaisquer peças constantes dos autos.¹¹⁰⁵

Essa interpretação é claramente capaz de subverter o objetivo da reforma, como defende acertadamente Badaró, para quem a lei “procurou, claramente, estabelecer uma verdadeira oralidade na sessão de julgamento. Entender que as partes não podem ‘requerer a leitura’ dos depoimentos mas podem ‘ler’ os depoimentos é sofismar.”¹¹⁰⁶

Por outro lado é válido ressaltar que o propósito da restrição não é somente o de impedir a exploração do conteúdo de elementos informativos oriundos da fase investigatória. É claro que, no tocante aos mesmos, a leitura se revela muito mais censurável, motivo pelo qual deveria ser considerada totalmente inadmissível caso não se trate das exceções previstas no dispositivo em comento. Nesse caso, a lesão ao contraditório é irreparável, considerando que não serão conhecidas as razões da decisão dos jurados e, portanto, não se poderá avaliar o impacto que tais elementos tiveram na formação de seu convencimento – e, conseqüentemente, se levaram em consideração, também, os elementos produzidos em contraditório¹¹⁰⁷. O escopo é, também, o de impedir a apresentação do conteúdo dos elementos provenientes da instrução do juízo de formação de culpa. Isso porque, o fundamento não é somente o da proteção ao contraditório, mas também o de assegurar que a produção da prova se realize perante o juiz natural para o julgamento do fato: o Conselho de Sentença, a quem cabe, inclusive, a prerrogativa de fazer perguntas às testemunhas, medida essencial para sanar eventuais dúvidas relacionadas ao conteúdo das informações apresentadas.

¹¹⁰⁵ Esse é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci: “Elimina-se, com o atual dispositivo, a leitura desgastante de peças inúteis ou de interesse reduzido para a apuração da verdade real. (...) Se tiver interesse, a parte, durante o seu tempo de manifestação, promoverá a leitura do que bem quiser.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 236). No mesmo sentido, Aury Lopes Jr.: “Agora, com a restrição das peças passíveis de leitura, incumbe às partes, no tempo que possuem para o debate, ler e referir o que acharem necessário. Mas isso impõe uma boa estratégia e administração do tempo.” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal. cit.*, p. 1041).

¹¹⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 176-177.

¹¹⁰⁷ Assim, não se revela cabível justificar tal possibilidade com base no artigo 155 do CPP como fazem alguns, considerando que o dispositivo deixa claro o papel da motivação para se verificar os fundamentos da convicção do juiz – “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Como exemplo desse posicionamento aqui combatido, veja-se Renato Brasileiro de Lima: “... não se pode perder de vista o quanto disposto no art. 155, *caput*, do CPP, que prevê que o juiz – aí incluído o jurado – formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, sem prejuízo da utilização subsidiária dos elementos informativos colhidos na investigação.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 1333.)

Nesse sentido interessa destacar que a prática da leitura de peças incriminatórias referentes aos depoimentos colhidos em fases anteriores viola o direito ao confronto do acusado – ainda que prestados em contraditório, em meio ao juízo de formação da culpa. Isso porque, como explica Diogo Malan, o direito ao confronto não se confunde com a referida garantia, “são institutos ontologicamente distintos, possuindo conteúdos normativos que apresentam diferenças significativas entre si.”¹¹⁰⁸ Para a efetivação do direito ao confronto não basta que a produção da prova se dê na presença e sob a garantia de participação do acusado, mas deve ser observada uma série de corolários lógicos que compõem o seu conteúdo normativo multifacetado, conforme Malan. Em meio a tais corolários insere-se o direito fundamental do acusado, quanto à prova oral incriminadora, de que seja produzida na presença do julgador do mérito da causa.¹¹⁰⁹

Segundo o autor, a ideia central é a de que todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração seja produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição deste último.¹¹¹⁰ Desta forma, a exigência de produção da prova diante dos jurados é imprescindível na medida em que o juízo de valor sobre a credibilidade do testemunho não é formado somente com base em seu conteúdo, mas também a partir da observação do comportamento do depoente ao prestá-lo¹¹¹¹ – motivo pelo qual a mera leitura do termo seria imprestável para a consecução dos fins pretendidos.

A prática continua a evidenciar, deste modo, uma forte tendência ao esvaziamento da instrução probatória em plenário, eternizando a ideia de que a prova interessa ao juiz de instrução, enquanto ao júri interessa o ritual teatralizado, a manipulação pelas partes do conjunto probatório a partir da retórica. Como reconhece Aury Lopes Jr.: “Assim deveria funcionar o júri: prova produzida na frente dos jurados. Infelizmente a instrução em plenário é

¹¹⁰⁸ MALAN, Diogo. *Direito ao confronto... cit.*, p. 104.

¹¹⁰⁹ “Por sua vez, o *right of confrontation* exige a presença do acusado no momento da produção da prova oral incriminadora, dentre diversos outros corolários lógicos estranhos ao contraditório (...).” (MALAN, Diogo. *Direito ao confronto... cit.*, p. 104.) Segundo o autor, tais corolários se consubstanciam no direito fundamental do acusado: “(i) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) a presenciar a produção da prova testemunhal; (iii) à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) à imposição do compromisso de dizer à verdade às testemunhas; (v) a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal; (vi) a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal. A esse rol parece razoável acrescentar o direito do acusado a se comunicar de forma livre, reservada e ininterrupta com o seu defensor técnico, durante a inquirição das testemunhas.” (*Idem*, p. 86).

¹¹¹⁰ MALAN, Diogo. *Direito ao confronto... cit.*, p. 78.

¹¹¹¹ MALAN, Diogo. *Direito ao confronto... cit.*, p. 86.

uma exceção. A regra é a patologia: prova produzida na primeira fase, diante do juiz presidente, e mera leitura de peças em plenário.”¹¹¹²

Diante disso é lícito dizer que há uma clara deturpação do procedimento no que se refere ao seu propósito cognitivo, motivo pelo qual não é o mesmo capaz de proporcionar aos jurados o exercício de uma função epistêmica. Não se pode conceber um procedimento que prima pela oralidade¹¹¹³ e imediação no qual toda a prova oral seja dispensada, resumindo-se à leitura de peças e a longas horas de debates orais.¹¹¹⁴

6.3.2. A valoração das provas e a decisão dos jurados

É certo que, como destacou Goulart, “nem todo aquele que emite um juízo de valor o faz com a seriedade e o rigor necessários que o caso submetido a julgamento, por vezes, exige”¹¹¹⁵, o que, no caso do júri, ao contrário do que frequentemente se clama, deve-se muito menos à falta de capacidade ou comprometimento de quem julga e muito mais, por outro

¹¹¹² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal. cit.*, p. 1041. No mesmo sentido, Fragoso: “A oralidade do processo é, sem qualquer dúvida possível, um dos mais genuínos e importantes elementos do julgamento pelo Júri. O sistema da oralidade faz com que as declarações perante os tribunais só sejam válidas, quando feitas oralmente. Entre nós, salvo casos excepcionais, os jurados não ouvem as testemunhas e os peritos, tomando conhecimento de suas declarações escritas através da longa, monótona e enfadonha leitura feita pelo juiz-presidente, a quem não se permite sublinhar o que é importante. (...) A oralidade, entre nós, é apenas do debate feito pelas partes, o qual é necessariamente tendencioso, visando cada uma à vitória de sua causa.” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *A questão... cit.*, p. 25.)

¹¹¹³ Como observam Almeida e Bakrokar, um dos pressupostos básicos que definem o juízo popular é o cenário necessariamente oral no qual deve desenvolver-se, sendo certo que o júri e os registros escritos não podem conviver: “*Leerle un expediente al jurado implica atender contra su eficaz funcionamiento, a la vez que asegura un fracaso rotundo del juicio. El jurado debe escuchar, observar, sentir, en definitiva captar con sus sentidos qué es lo que ocurre en la sala de audiencias. Y esto únicamente es posible en el marco de un juicio oral, en donde cada parte desplegará sus destrezas a efectos de persuadir al pueblo de que su postura es la reviste mayor credibilidad. De este modo, el juicio, será una contienda entre el acusador y el acusado, quienes deberán confrontar sus intereses frente al jurado, mediante las pruebas. Éstas, operan como un método cognoscitivo de la verdad, ya que constituyen los únicos instrumentos que le permitirán al jurado afirmar que un hecho pasado, ocurrió en un determinado tiempo y lugar, sin tener en cuenta los conocimientos previos de la causa.*” (Tradução livre. ALMEIDA, Vanina; BAKROKAR, Denise. *El Jurado Clásico como Institución Garantizadora de la Imparcialidad. In: Juicio por Jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2015, p. 133-134.)

¹¹¹⁴ Nesse sentido, vale tecer uma analogia com as observações críticas de Ferrajoli acerca da lógica do procedimento bifásico oriundo do Código Napoleônico – do qual o sistema brasileiro sofreu profunda influência: “É claro que a *oralidade parcial* desse sistema precário – instrução escrita e debates orais – não tem maior valor que sua *publicidade parcial*: os depoimentos orais produzidos na fase dos debates são de fato inevitavelmente prejudicados pelos depoimentos escritos e verbalizados na fase instrutória, acabando frequentemente por se tornarem confirmações rituais.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão... cit.*, p. 570.)

¹¹¹⁵ GOULART, Fábio Rodrigues. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 44.

lado, à ausência da devida informação – juntamente com outros fatores desfavoráveis à realização de tal tarefa.

Conforme se buscou demonstrar no tópico antecedente, um grande obstáculo para a consecução da função epistêmica do processo perante os jurados é identificado na própria lógica da configuração bifásica do procedimento. Isso porque, ao instituir uma fase instrutória anterior ao juízo de admissibilidade da acusação – mais ampla, inclusive, do que a que se desenvolve na fase de julgamento – cria-se um grande desestímulo à produção da prova diante do júri, especialmente por se admitir que os oradores, em meio aos debates, procedam livremente à leitura e exploração das peças correspondentes às provas anteriormente produzidas. Desta forma, contrariando os propósitos da reforma processual, vencem o comodismo e as manobras estratégicas das partes no sentido de não arriscar um depoimento em plenário quando já dispõem de um anteriormente prestado que lhes seja satisfatório¹¹¹⁶, o que acaba por se traduzir em sessões de julgamento sem a produção de prova oral.

O abuso dessa prática faz com que grande parte do conhecimento que chega aos jurados acerca dos fatos seja mediado não somente pelas impressões da testemunha que presta as informações, como, ainda, pela leitura seletiva e parcial dos representantes das partes, de modo que seu conteúdo já venha acompanhado da interpretação que melhor convém a seus interesses no processo. Não é dada ao jurado, portanto, a oportunidade de avaliar por si mesmo o conteúdo da prova por meio da apreciação direta do seu ato de produção, para, somente então, ouvir as partes quanto ao contexto a partir do qual entendem que devam ser tais informações compreendidas. A valoração probatória realizada pelo júri se converte, a partir dessa prática, na mera eleição da melhor narrativa, conforme o desempenho dos oradores no momento dos debates.

Paralelamente, um outro aspecto da sistemática brasileira de júri que se mostra prejudicial à formação do convencimento dos jurados é a ausência de critérios específicos tendentes a disciplinar a admissibilidade do material probatório a lhes ser apresentado. Isso é especialmente problemático diante da maior suscetibilidade dos julgadores leigos aos efeitos persuasivos de determinados elementos, especialmente aqueles cujo apelo emocional se sobreponha ao próprio conteúdo informativo da prova, de modo a tornar contraproducente sua admissão.

¹¹¹⁶ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal. cit.*, p. 504. Conforme sublinha, a nova sistemática adotada pela reforma de 2008 pretende “que o júri seja verdadeiramente oral, com imediatidade e o contato direto dos jurados com a prova oral que terão de valorar para a formação do seu convencimento.” Não parece ser este o resultado provável da consecução da nova lei com as interpretações que vêm preponderando, no sentido de não haver óbice para a leitura das peças em meio aos debates – conforme discutido no tópico anterior.

Com muita propriedade, Gomes Filho explica que é no pronunciamento judicial sobre a admissão – e à efetiva permissão para o ingresso do elemento pretendido pelo interessado – que se encontra o verdadeiro núcleo do direito à prova. Tal constatação põe em relevo a importância de uma disciplina legal clara acerca das hipóteses de rejeição, especialmente se se considera que a restrição do direito à prova de uma das partes assegura, em última análise, o direito da parte contrária a um material probatório corretamente obtido, produzido e valorado. Pode-se falar, segundo o autor, que o direito à prova pressupõe o direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes e irrelevantes.¹¹¹⁷

No contexto do sistema de júri anglo-americano, como destacado em tópico anterior, o processo de seleção dos elementos probatórios a partir dos critérios rigorosos de admissibilidade da *law of evidence* é medida salutar, que juntamente com as instruções do juiz se destinam a contrabalançar a liberdade valorativa que é atribuída aos jurados. Dada a dificuldade de se reparar os erros ou injustiças dos veredictos, uma vez encerrado o julgamento, o sistema se esforça para evitar que tais desvios ocorram – motivo pelo qual as medidas de controle adotadas adquirem um caráter profilático – no caso das provas, evitando-se que cheguem ao conhecimento do júri informações enganosas, que possam induzi-los ao erro¹¹¹⁸.

No sistema brasileiro, por sua vez, a tônica que governa essa admissão é francamente oposta.

Na etapa da preparação do processo para julgamento em plenário, as partes deverão apresentar o rol de testemunhas a serem ouvidas perante os jurados, ocasião em que poderão juntar documentos e requerer diligências, cabendo ao juiz deliberar sobre tais requerimentos, conforme disposição legal¹¹¹⁹. Não há, entretanto, previsão legal nesta etapa relativa ao indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Apesar de não se descartar a possibilidade de que o juiz se valha, para tanto, do teor do disposto para a instrução preliminar, não parece ter havido a intenção de se estabelecer nesta fase um juízo criterioso quanto à admissibilidade do conjunto probatório a ser exibido ou produzido em plenário.

Ademais, a noção de que os valores morais e o senso próprio de justiça de cada cidadão seriam fatores legítimos para nortear o convencimento dos jurados, leva a que se

¹¹¹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 88-89.

¹¹¹⁸ LANGBEIN, John H. *Historical Foundations... cit.*, p. 1195.

¹¹¹⁹ Artigos 422 e 423, *caput*, do Código de Processo Penal.

considere plenamente legítimo o manejo da prova segundo esses pretextos. Paralelamente, é comum considerar essa argumentação metajurídica uma prerrogativa decorrente do princípio constitucional da plenitude de defesa¹¹²⁰ – o que fortalece a tolerância com a introdução no processo de elementos de prova sem qualquer conteúdo demonstrativo.

Não é demais recordar que toda essa lógica é produto do mal entendido histórico que permeou a importação da instituição do júri para o continente. Conforme discutido anteriormente, a ânsia pela superação do sistema de prova legal e a conseqüente exaltação das virtudes da decisão pela consciência, foram projetadas convenientemente na imagem do júri como o símbolo de tal liberdade de decisão. Entretanto, o ideal iluminista da *preuve morale* não poderia coexistir com as formas de controle intrínsecas ao júri praticadas na Inglaterra, motivo pelo qual sua incorporação se deu de forma incompleta, desvinculada das ferramentas consideradas fundamentais para assegurar o bom desempenho dos jurados no sistema originário.

A única preocupação da lei em assegurar uma certa prudência por parte dos representantes da acusação e defesa, visando evitar um excessivo apelo persuasivo sobre os jurados, é no sentido de impor-lhes algumas limitações argumentativas no momento dos debates, proibindo que sejam feitas referências à decisão de pronúncia (para evitar a tentativa de influenciar o júri com base em um argumento de autoridade); e também à condição do acusado em plenário, seja no que se refere ao uso de algemas, seja no que tange à ausência de interrogatório ou à invocação do direito ao silêncio.¹¹²¹

Não se verifica, por outro lado, a mesma inquietação no que se refere ao manejo dos elementos probatórios, os quais podem ser largamente explorados sob pretexto meramente persuasivo.

O artigo 479 do Código de Processo penal estabelece que “Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos

¹¹²⁰ Veja-se, nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima, sobre a plenitude de defesa, a qual compreende, segundo o autor, a plenitude de defesa técnica e plenitude de autodefesa, sendo que, no que concerne à primeira: “o advogado de defesa não precisa se restringir a uma atuação exclusivamente técnica, ou seja, é perfeitamente possível que o defensor também utilize argumentação extrajurídica, valendo-se de razões de ordem social, emocional, de política criminal, etc.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual... cit.*, p. 1267.) Da mesma forma, segundo Choukr: “Surge da ideia da plenitude da defesa diante da nova forma de quesitação (...), que a pessoa acusada pode se valer, tanto na autodefesa quanto na defesa técnica, além dos argumentos jurídicos, daqueles metajurídicos, notadamente o pedido de ‘clemência’ diante da redação do terceiro quesito (o jurado absolve o réu?), cujo conteúdo, aberto, induz a essa conclusão.” (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri... cit.*, p. 143.)

¹¹²¹ Vale consignar que, a despeito do comedimento do legislador, essas hipóteses não podem ser interpretadas como taxativas, sob pena de se deixar o caminho aberto para a frustração de seus propósitos. É imperioso que se vejam igualmente proibidas, por exemplo, referências aos eventuais juízos contidos em decretações de medidas cautelares – como argumento de autoridade em favor de uma presunção de culpa do acusado. Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal. cit.*, p. 510.)

autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.” E em seu parágrafo único: “Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.”

É de se verificar que o legislador somente se preocupou em destacar a necessidade de cuidado com a garantia do contraditório, deixando amplo espaço para interpretações em prol de uma admissibilidade quase que irrestrita de tais elementos – no sentido de uma permissão para que as partes explorem livremente seu conteúdo perante o júri independente de qualquer análise judicial de relevância. Há quem defenda, sob esse prisma, que a intenção do parágrafo único seria a de explicitar que a restrição do contraditório somente se aplicaria aos elementos que versem sobre a matéria fática em análise, autorizando, de outro lado, a exibição ao júri de materiais que nada tenham a ver com o fato independentemente de sua prévia juntada aos autos.¹¹²² Com isso não se pode concordar. Se não relacionada aos fatos em análise trata-se de prova, em tese, impertinente – quiçá irrelevante¹¹²³ –, o que deveria conduzir à sua inadmissão.¹¹²⁴ Inflar os debates orais com a exibição de documentos que não digam respeito

¹¹²² Guilherme de Souza Nucci, nesse sentido, aduz que “há determinados escritos não concernentes, diretamente, ao fato em julgamento. Por tal motivo, dispôs o artigo 479 do CPP estarem imunes à proibição os jornais e outros escritos, bem como vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui e outros meios semelhantes, cujo conteúdo não versar sobre a matéria de fato discutida no processo. Exemplo disso é a exibição aos jurados de reportagens que cuidam da violência urbana, com o objetivo de evidenciar o perigo do porte e do uso de arma de fogo. (...) Ora, a reportagem em questão não diz respeito à imputação formulada na denúncia ou queixa, referindo-se a uma discussão genérica sobre os níveis de violência da sociedade atual. Inexiste vedação para sua apresentação em plenário, ainda que não tenha sido juntada aos autos previamente.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri. cit.*, p. 242.) Veja-se que o próprio exemplo do autor é indicativo de que tais provas podem ser utilizadas sob pretexto meramente persuasivo, de modo a desviar o foco dos jurados das questões fáticas que devem ser efetivamente objeto de demonstração em juízo. Em sentido semelhante, Renato Brasileiro sustenta que “só estão sujeitos à restrição do art. 479 do CPP documentos e/ou objetos que guardem relação com a *matéria de fato* versada no processo. Logo, se se tratar de questão genérica, sem qualquer relação com os fatos imputados ao acusado, a exibição é autorizada independentemente de prévia comunicação à parte contrária.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual... cit.*, p. 1339.)

¹¹²³ Embora frequentemente empregados indistintamente, segundo Gomes Filho, a pertinência se refere à conexão entre a prova oferecida e os fatos controvertidos. Já a relevância é o critério por meio do qual se verifica a aptidão da prova oferecida para estabelecer a existência ou inexistência, verdade ou falsidade, de um outro fato, através do qual seja possível realizar uma inferência lógica – sua aplicação é, portanto, tipicamente relacionada à prova indireta. Ambos são critérios lógicos destinados a verificar se a prova é útil ao julgamento ou se, ao contrário, representa perda de tempo ou fator de confusão para o raciocínio do julgador. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova... cit.*, p. 130.)

¹¹²⁴ Nesse sentido, Choukr defende que “como toda prova, sua pertinência para com o caso deve ser aferida pelo Magistrado. A juntada não acarreta, necessariamente, a manutenção do documento nos autos, ainda que tenha sido encartado no tríduo legal antecedente.” (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri... cit.*, p. 148.) Desta forma, sobre a ressalva constante do parágrafo único do artigo 479, entende o autor ter havido, na verdade, unicamente “a ampliação e explicitação de objetos vedados a serem apresentados em plenário sem que a parte contrária deles tenha conhecimento no termo anterior de três dias.” Entretanto, assevera que “além dessa limitação temporal, há

diretamente aos fatos somente poderia servir a propósitos escusos, de modo a obstaculizar uma análise racional dos elementos que efetivamente devem ser demonstrados para a configuração do ilícito penal.

Em meio à lógica do júízo por jurados na *common law*, como explica Gomes Filho, especialmente quanto às regras de exclusão de elementos probatórios, assume particular significação a determinação da relevância, que se consubstancia como o requisito lógico para que se admita a apresentação da prova ao júri. Assim, procura-se evitar que a multiplicação de questões possa desvirtuar os jurados da questão principal a ser decidida.¹¹²⁵

Paralelamente, mesmo que o conteúdo da prova esteja relacionado aos fatos em questão, sua admissibilidade poderia ser ainda questionada devido ao impacto negativo que pode causar no júízo do cidadão leigo. Como explica Malan, a partir da lógica extraída da experiência anglo-americana, a exclusão da prova seria justificável caso seu valor probante seja suficientemente suplantado pelo potencial de gerar preconceito, confusão ou engano do júri, de modo a prejudicar a precisão da reconstrução histórica dos fatos.¹¹²⁶

Contrariando essa lógica, o sistema brasileiro não parece se preocupar com os efeitos deletérios da apresentação aos jurados de prova dos antecedentes criminais do acusado, ainda que somente se preste para reforçar uma visão preconceituosa sobre a pessoa do réu, desviando, portanto, a atenção dos fatos efetivamente em análise. Da mesma forma, é bastante criticável a prática amplamente aceita¹¹²⁷ de exibição aos jurados de vídeos e documentos contendo a cobertura televisiva ou jornalística acerca do delito – não raro desprovidos de qualquer conteúdo informativo confiável. A influência midiática já se revela extremamente prejudicial para a imparcialidade do jurado de forma indireta, nos casos em que o fato recebeu grande repercussão. Desta forma, ciente de que o apelo sensacionalista normalmente não faz mais do que sepultar qualquer expectativa de presunção de inocência, além de provocar o alarme social em razão da prática do crime, não se vislumbra qualquer fundamento lógico capaz de justificar a admissão dessas provas em plenário.

de ser verificada a pertinência da apresentação do objeto, tarefa esta que caberá ao Juiz Presidente.” (*idem*, p. 149)

¹¹²⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova... cit.*, p. 38.

¹¹²⁶ MALAN, Diogo. *Direito ao Confronto... cit.*, p. 39.

¹¹²⁷ Já tendo sido, inclusive, objeto de manifestação do Superior Tribunal de Justiça: “1. Hipótese em que se sustenta ilegalidade na exibição de fita de vídeo do programa ‘Linha Direta’, no qual se reconstituiu crime cuja autoria é imputada ao paciente, na Sessão Plenária do Tribunal do Júri. 2. O conteúdo da referida fita não se apresenta como prova surpresa, não esperada pela defesa, ao contrário, trata-se de prova submetida ao crivo do contraditório. 3. A simples exibição de fita de vídeo contendo programa de televisão, em Sessão Plenária de Júri, não é suficiente para caracterizar a perda da parcialidade dos jurados. Precedente desta Corte.” (STJ, 5ª Turma, HC n. 65.144/BA, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 15/09/2009.)

Toda essa complacência se agrava diante da falta de uma atuação mais diretiva por parte do juiz, tanto no sentido de zelar pela qualidade dos elementos informativos a serem apresentados aos jurados, quanto, especialmente, no de orientá-los sobre como lidar com a vasta gama de informações recebidas, para que decidam os fatos de forma justa.

É certo que a lei processual não deixa uma abertura suficiente para que o magistrado exerça essa função de forma adequada. O sistema brasileiro ignora, por assim dizer, que “*el juicio por jurados, en cualquiera de sus formas, es siempre una tarea de cooperación entre un juez profesional y un cuerpo de ciudadanos*”, como assinala Binder. É o juiz profissional “*quien preside el juicio, controla la producción de la prueba y la regularidad del litigio*”, além de ser também sua responsabilidade “*orientar al jurado con instrucciones previas*”, o que, para ele, “*es parte central del profesionalismo del juez*”.¹¹²⁸

Entretanto, há um grande receio de que qualquer comportamento do juiz que extrapole a condução mecânica dos trabalhos possa ser interpretado como influência indevida sobre o convencimento dos cidadãos, de forma a macular a soberania dos veredictos. Em vista disso, tende-se a exigir uma certa autocontenção por parte do magistrado¹¹²⁹ em meio às suas atribuições frente aos jurados, o que frustra, todavia, a expectativa de que os mesmos disponham de uma compreensão básica acerca de questões fundamentais ao desempenho de sua função.

Em primeiro lugar, é importante que sejam fornecidas aos jurados as informações básicas sobre os fatos que estarão a apreciar, bem como sobre os principais fundamentos que servirão de base às teses acusatórias e defensivas. Esses dados são apresentados ao conselho de sentença por meio de um relatório do processo, elaborado pelo juiz presidente. Entretanto, no contexto de um procedimento em que as provas não são, obrigatoriamente, produzidas perante o juiz natural, esse instrumento acaba adquirindo o propósito principal de informar o

¹¹²⁸ BINDER, Alberto M. Crítica a la justicia profesional. *In: Derecho Penal. Participación Ciudadana en la Justicia*. N. 3, 2012, p. 65.

¹¹²⁹ A exigência de uma atuação mais comedida do juiz, a fim de evitar influência indevida sobre o júri, pode ser verificada em alguns trechos da lei processual, a exemplo da imposição de limites à fundamentação da pronúncia (art. 413, §1º, CPP) e dos esclarecimentos solicitados pelo conselho de sentença ao juiz sobre as questões de fato, os quais a lei exige que sejam prestados “à vista dos autos” (art. 480, § 2º, CPP). Essa visão restritiva do trato entre juiz e jurados é também reforçada pela doutrina. Referindo-se às explicações que deve prestar o juiz ao júri acerca do conteúdo dos quesitos, Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco advertem: “É óbvio que o magistrado deverá atuar, nessa tarefa, com extrema objetividade, evitando qualquer consideração que possa, de algum modo, influir na convicção dos Jurados.” (MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e Prática do Júri*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 473).

júri sobre todos os atos já realizados em fases anteriores, de modo que tenha conhecimento da causa e possa acompanhar os debates¹¹³⁰.

Antes da reforma de 2008 a lei determinava ao juiz que apresentasse oralmente aos jurados um relatório do processo no momento inicial da etapa instrutória¹¹³¹. Sem qualquer manifestação sobre o mérito da acusação ou defesa, seu contendo deveria contemplar a exposição dos fatos, com o esclarecimento aos jurados acerca das provas a eles correspondentes e, por fim, as respectivas conclusões das partes.

O procedimento reformado¹¹³², entretanto, alterou essa sistemática, de modo que agora, ao invés de ser lido em plenário, o relatório será apenas entregue aos jurados, juntamente com a cópia da decisão de pronúncia. Não há como assegurar que os mesmos realizarão a análise da peça e nem que compreenderão seu conteúdo. A leitura em plenário favorece a publicidade do ato e proporciona um melhor controle das partes e do público sobre seu teor, fazendo com que o juiz tenha maior cuidado em assegurar seu caráter inteligível, especialmente quanto à clareza de seu conteúdo e à acessibilidade de seus termos, além da objetividade necessária para garantir a compreensão pelos jurados.

Nesse ponto em especial, as circunstâncias do procedimento terão papel fundamental: a palavra falada e a presença física do público a que a mensagem é dirigida são fatores que contribuem para a diligência do juiz em assegurar o caráter inteligível de seu conteúdo.

Diante disso, considerando que a supressão da oralidade do ato representa um prejuízo de caráter cognitivo, não foi justificável a opção do legislador pela celeridade da sessão de julgamento.

Paralelamente, se é verdade que o sistema jurídico almeja que o júri popular seja capaz de produzir decisões justas, seria também desejável que se proporcionasse aos jurados alguns esclarecimentos básicos sobre as questões de direito envolvidas no julgamento (tanto no que concerne aos aspectos materiais relativos à infração, quanto sobre os parâmetros processuais para uma adequada valoração da prova).

¹¹³⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri... cit.*, p. 122.

¹¹³¹ Conforme a redação anterior do artigo 466 do CPP: “Feito e assinado o interrogatório, o presidente, sem manifestar sua opinião sobre o mérito da acusação ou da defesa, fará o relatório do processo e exporá o fato, as provas e as conclusões das partes.”

¹¹³² Como se depreende do artigo 423 do CPP: “Art. 423. Deliberando sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do júri, e adotadas as providências devidas, o juiz presidente: (...) II – fará relatório sucinto do processo, determinando sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri.” Paralelamente, o artigo 472 determina em seu parágrafo único que o jurado, após o juramento solene, “receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo”.

Quanto ao direito material, trata-se de explicar ao conselho de sentença, no mínimo, qual é o fato delituoso que está sendo imputado ao acusado e, principalmente, quais são os elementos que compõem a sua definição jurídica. É de suma importância que os jurados compreendam que a condenação somente é cabível na medida em que cada um desses elementos da infração penal tenham sido demonstrados. Em sendo o caso, também serão importantes os esclarecimentos acerca das circunstâncias que excluem a responsabilidade penal. Quanto ao direito processual, impõe-se que o juiz instrua os jurados ao menos sobre a presunção de inocência do acusado, o que leva ao ônus da acusação de demonstrar a presença de cada um dos elementos do delito – caso contrário, não estarão autorizados a decidir pela condenação.

O conhecimento de tais informações é essencial para que os cidadãos possam desempenhar tão relevante função sem desprezitar garantias básicas asseguradas na Constituição. E nem se diga que por meio dessas instruções estar-se-ia maculando a soberania dos veredictos ou desprezitando a liberdade de consciência do jurado. Afinal, “somente pode ser *realmente* soberano o Conselho de Sentença bem informado, possuindo ampla noção das provas dos autos e tendo recebido do órgão acusatório os elementos indispensáveis à formação do seu convencimento.”¹¹³³

Entretanto, diferentemente do que se consagrou na prática anglo-americana, não se considera ser esta uma função essencial do magistrado brasileiro¹¹³⁴. Ressalvado o seu dever de explicar ao conselho de sentença o conteúdo de cada quesito no momento anterior à votação¹¹³⁵, o juiz presidente somente deverá prestar esclarecimentos ao Conselho de Sentença caso seja solicitado, na medida em que seus membros dependam dos mesmos para que se sintam habilitados a julgar¹¹³⁶.

¹¹³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri. cit.*, p. 437.

¹¹³⁴ Como destaca Urbina, acerca do papel do juiz norte-americano: “O juiz decide antes e durante o julgamento quais provas propostas pelos advogados poderão ou não ser consideradas pelo júri. Nesse sentido, o juiz dá instruções aos membros do júri no início, durante e no final do julgamento com o intuito de guiá-los no processo de consideração justa dos depoimentos, dos documentos e de outras provas do caso. O juiz, por seu próprio exemplo, motiva os jurados a considerar as questões com neutralidade enquanto esperam pela conclusão do julgamento.” (URBINA, Ricardo M. O Papel do Juiz. *In: E-Journal USA: Anatomia de um Tribunal de Júri*. V. 14, n. 7, 2009, p. 15. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/ijde0709.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2017). O Código de Processo Penal, em seu artigo 497, apresenta, em linhas gerais, as atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri. Apesar de se tratar de rol exemplificativo, é de se notar a ausência da previsão de uma atribuição de fornecer instruções ao conselho de sentença.

¹¹³⁵ Cf. art. 484, parágrafo único, do CPP

¹¹³⁶ Conforme a disposição constante do artigo 480 do CPP, em seus parágrafos 1º e 2º: “§ 1o Concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos. § 2o Se houver dúvida sobre questão de fato, o presidente prestará esclarecimentos à vista dos autos.” Apesar do silêncio da lei quanto às dúvidas sobre questões de direito, acredita-se plenamente admissível,

Como consequência, esse papel acaba assumido pelos próprios representantes das partes, o que leva a resultados insatisfatórios. O conhecimento que era para ser transmitido ao júri de forma imparcial e incontroversa é relegado à arena da disputa argumentativa, sujeito a manipulações e distorções inerentes às estratégias dos sujeitos parciais.

A falta de uma atuação do juiz no sentido de esclarecer aos jurados os parâmetros básicos para o adequado exercício de sua função acaba desequilibrando os sujeitos parciais, deixando espaço para uma prática bastante usual por parte do órgão acusatório. Valendo-se retoricamente da condição falaciosa de “parte imparcial”, o promotor coloca-se em posição de defensor do interesse público – submetendo o advogado, em contrapartida, à condição infame de defensor do interesse privado do acusado. Essa estratégia acaba por identificar os interesses da acusação com os da sociedade – representada pelos jurados –, o que confere maior credibilidade a seus argumentos e desqualifica, por outro lado, a atuação da defesa.¹¹³⁷

Diante de todas essas constatações pode-se sustentar que, da forma como proposta pelo Código e consolidada pela experiência, a lógica da estrutura vigente não apenas tem como pressuposto que as decisões do júri serão irracionais – daí o motivo do rigoroso controle por meio da pronúncia – como também contribui para o incremento dessa irracionalidade do juízo, na medida em que não adota medidas para aprimorar a cognição dos jurados. O usual descrédito arraigado na cultura processual brasileira acerca da capacidade do júri de valorar racionalmente as provas leva às partes, por sua vez, a deixarem de lado os esforços na demonstração dos fatos por meio da produção de provas, para focarem-se na tentativa de influenciar o júri a partir de argumentos retórico-persuasivos. Não é necessária uma análise mais aprofundada para se constatar que em um procedimento com esses contornos resta, de fato, muito improvável, que o júri encontre sozinho a racionalidade que não lhe fora apresentada oportunamente.

É de se destacar ainda que, contrariando uma tendência muito comum entre os sistemas de júri, no Brasil não há uma fase de deliberação, na qual os jurados discutiriam as

assim como necessário, que o magistrado preste os devidos esclarecimentos na medida em que haja manifestação dos jurados nesse sentido. Na verdade, ao que parece, a menção expressa às questões fáticas no parágrafo segundo foi motivada pelo intuito de deixar expressa a necessidade de que o juiz atenda-se aos autos para elucidá-las, evitando apreciações pessoais. Nesse sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri. cit.*, p. 278. Em sentido contrário, pela impossibilidade de que o magistrado preste esclarecimentos solicitados pelo júri sobre questões de direito, RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 238.

¹¹³⁷ De acordo com Luiz Eduardo Figueira, “O objetivo central dessa estratégia é conferir maior credibilidade ao discurso do representante do Ministério Público e estabelecer uma identificação dos interesses da acusação, com os interesses da sociedade representada simbolicamente pelos jurados.” (FIGUEIRA, Luiz Eduardo de Vasconcellos. *O ritual judiciário do tribunal do júri: o caso do ônibus 174*. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007, p. 192.)

provas e suas impressões acerca das teses acusatórias e defensivas. Ao contrário, a legislação infraconstitucional estabelece que os jurados devem permanecer incomunicáveis durante todo o julgamento, sob pena de exclusão do conselho de sentença e multa a ser aplicada pelo juiz presidente¹¹³⁸, sendo que sua violação acarreta a nulidade do julgamento¹¹³⁹.

A incomunicabilidade entre os jurados, entretanto, nem sempre esteve presente na configuração do júri brasileiro. Como mostra Rangel, no contexto da primeira Constituição da história do Brasil, durante o Império, a instituição do júri sofreu grandes influências da Inglaterra e, tendo em vista a sociedade da época, sua estrutura foi a mais democrática já tida no ordenamento jurídico brasileiro¹¹⁴⁰. Porém, conforme o autor, quando Vargas assumiu o poder, cristalizou seus ideais também no júri, pela imposição da incomunicabilidade¹¹⁴¹, a qual seria, portanto, fruto da postura autoritária do modelo ditatorial adotado.

Segundo o autor, a justificativa de que a incomunicabilidade é necessária para que um jurado não venha a influir no voto de outro é falsa e desprovida de sentido e explicação histórica, tratando-se de medida arbitrária que não espelha a realidade do significado do tribunal do júri, enquanto instituição democrática.¹¹⁴²

Não se deve tratar a deliberação em termos de influência indevida de um jurado sobre outro. Acima de tudo, deve-se vislumbrar esta fase como uma oportunidade de racionalização da convicção, considerando que o intercâmbio de razões e argumentos acerca dos fatos apresentados é de grande valia para que possam os jurados efetivamente ponderar os diversos aspectos do caso, de modo que a decisão alcançada seja equilibrada, justa e legítima.

A influência, tida como maléfica, é da essência da democracia.¹¹⁴³ Nesse sentido, em sendo o júri uma instituição considerada democrática especialmente pela participação popular na administração da justiça, é pertinente a comparação entre a discussão do caso pelos jurados com o processo de deliberação em âmbito político. Como aduz Offe¹¹⁴⁴ acerca da formação das decisões políticas, também a decisão do jurado não deve se tratar apenas de uma questão

¹¹³⁸ Nos termos do artigo 466, §1º, do Código de Processo Penal.

¹¹³⁹ Artigo 564, III, j, do CPP.

¹¹⁴⁰ Contemplava, em sua configuração, a eleição popular do jurado, um juízo de admissibilidade popular, por meio do grande júri, e a discussão da causa entre os jurados, três medidas extremamente democráticas que foram abandonadas e jamais resgatadas em período posterior. RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 65-66.

¹¹⁴¹ RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 85.

¹¹⁴² RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 87.

¹¹⁴³ RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 221.

¹¹⁴⁴ OFFE, Claus. Crisis and Innovation of Liberal Democracy. Can Deliberation be Institutionalized? In: *Czech Sociological Research*. v. 47, n. 3, p. 447-472, 2011.

de consideração e reflexão intra-pessoal, que teria lugar em algum foro interno. Ao contrário, trata-se de um processo social, onde se dá um intercâmbio não estratégico de informações e de raciocínio público, no curso do qual as convicções iniciais de cada um podem ser revistas.

Conforme Amartya Sen, “*el proceso de toma de decisiones a través de la discusión puede enriquecer la información, respecto de una sociedad, sobre las preferencias individuales, las cuales pueden modificarse en el proceso de deliberación pública.*”¹¹⁴⁵

Nesse sentido, os jurados tendentes a decidir irracionalmente, seja por não terem compreendido ou considerado devidamente o que fora apresentado em plenário, seja por um descompromisso com a função, são levados a raciocinar a partir da discussão e da argumentação em conjunto, o que acaba por vincular a sua reflexão às provas apresentadas e a diminuir a incidência de votos impulsivos e emocionais.

Na esteira deste raciocínio, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei que visa à reforma total do Código de Processo Penal, o PL 8.045/2010, que prevê, dentre algumas modificações no procedimento do júri, a possibilidade de os jurados se reunirem por até uma hora a fim de deliberarem antes da votação sigilosa. Ao que parece, já se pode louvar o avanço de se considerar, ao menos, a possibilidade de comunicação entre os jurados, o que por muito tempo nem se cogitava. Entretanto, limitar a duração do ato deliberativo ao período de uma hora não parece uma boa solução. Além de tal prazo ser bastante inferior à duração total dos debates orais, essa necessidade pode variar conforme a complexidade do caso e das questões em julgamento.

Frise-se que a incomunicabilidade dos jurados é medida de caráter infraconstitucional, motivo pelo qual não deve ser considerada necessariamente relacionada ao princípio do sigilo das votações. A oportunidade de discussão do caso – que naturalmente se daria de forma sigilosa em sala secreta, restrita à presença dos jurados –, não deve ser confundida com a publicização dos votos, visto que os jurados poderiam trocar impressões sem, contudo, divulgar o seu voto pessoal. Deste modo, nada impede que a votação continue a ser realizada na presença do juiz, visando assegurar o aludido sigilo.

Sobre o tema das votações, inclusive, também merece críticas a opção do legislador por autorizar a condenação mediante a aferição da simples maioria dos votos dos jurados. A maior dificuldade ou facilidade com que a lei admite que o tribunal popular determine a condenação de um indivíduo é reflexo de uma política estatal mais liberal ou repressiva,

¹¹⁴⁵ SEN, Amartya. *El valor de la democracia*. Tradução de Javier Lomelí Ponce. Barcelona: El Viejo Topo, 2006, p. 13.

conforme Rangel.¹¹⁴⁶ Nesse sentido, considerando-se todos os pontos falhos do procedimento, principalmente sob o aspecto da cognição, é motivo de perplexidade que o voto de apenas um jurado seja hábil a determinar o destino do acusado.

Quando os jurados decidem pela condenação do réu por 4x3, como aduz Aury Lopes Jr.¹¹⁴⁷, está evidenciada a dúvida razoável, em sentido processual, o que significa dizer que existe apenas 57,14% de consenso, de convencimento. E isso é problemático em âmbito penal, já que a sentença condenatória exige prova robusta, alto grau de convencimento, como expressão da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*. É no mínimo contraditório, desta forma, que um sistema tão preocupado em filtrar os casos que serão julgados pelo júri, a fim de evitar injustiças, consinta com uma condenação estabelecida a partir de uma maioria simples de votos.

É de se destacar, sobre esse aspecto, que a versão original do projeto de reforma do Código de Processo Penal, consubstanciada no PLS n. 156/2009, previa o aumento do número de integrantes do conselho de sentença, que passaria a ser de oito membros¹¹⁴⁸. De tal forma, o eventual empate nos votos levaria à absolvição do acusado, de modo que seria necessária uma margem de dois votos de diferença (5x3) para determinar a condenação. Essa proposta, contudo, fora rejeitada em meio ao debate político levado a efeito no âmbito da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal no Senado, quando optou-se por manter em sete o número de membros, além da decisão por maioria simples.¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁶ RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 77.

¹¹⁴⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal. cit.*, p. 1065.

¹¹⁴⁸ “Art. 349. O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 8 (oito) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.” E, paralelamente: “Art. 391. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos, prevalecendo a decisão mais favorável ao acusado, no caso de empate.” Nesse sentido, nos termos da Exposição de Motivos do referido projeto: “A elevação do número de jurados de sete para oito demonstra a cautela com que se move o anteprojeto em temas de maior sensibilidade social. O julgamento por maioria mínima é e sempre será problemático, diante da incerteza quanto ao convencimento que se expressa na pequena margem majoritária. Naturalmente, tais observações somente fazem sentido em relação ao Tribunal do Júri, no qual se decide sem qualquer necessidade de fundamentação do julgado. Nos demais órgãos colegiados do Judiciário, o contingente minoritário vitorioso vem acompanhado de razões e motivações argumentativas, de modo a permitir, não só o controle recursal da decisão, mas, sobretudo, a sua aceitação. Não é o que ocorre no julgamento popular. Imponderáveis são as razões da condenação e da absolvição, tudo a depender de uma série de fatores não submetidos a exame jurídico de procedência.” Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>. Acesso em: 02 de janeiro de 2017.

¹¹⁴⁹ Conforme o Parecer Final n. 2.630/2009: “Embora nutríssemos simpatia pela proposta, fato é que ela foi combatida não só pela Senadora Serys Slhessarenko, mas também pelo Senador Demóstenes Torres. Assim, no esforço que todos fizemos para construção de um acordo em torno do Substitutivo ao projeto de Código, cedemos às ponderações dos ilustres parlamentares para avançarmos em relação ao texto final. Assim, em nome do consenso, acolhemos a sugestão dos ilustres Senadores no sentido de manter a composição do Conselho de Sentença em 7 jurados, como prevê o art. 447 do atual CPP. Para tanto, promovemos alterações nos arts. 349, caput, 371, §1o, 388 e 391 do projeto de Código.” Disponível em:

Novamente, a solução brasileira se coloca em total descompasso com a experiência de tradição anglo-americana, que vê nas deliberações e na exigência de unanimidade como critério de decisão seus principais fatores de racionalidade¹¹⁵⁰.

Uma reforma do sistema brasileiro de júri deveria cuidar de proporcionar, paralelamente ao aumento do número de integrantes do conselho de sentença, o estabelecimento de uma margem bem próxima ao consenso, que somente não poderia ser exigido em virtude da necessidade de preservação do sigilo das votações – constitucionalmente assegurado.

Tamanha cautela se justifica como medida de prudência em face do princípio da soberania dos veredictos, o qual é capaz de tornar definitiva a decisão de um segundo júri ainda que manifestamente contrária à prova dos autos – considerando que o recurso de apelação por este fundamento só é cabível uma única vez.

6.3.3. A ausência de motivação e de controle sobre a racionalidade dos veredictos

De modo geral, conforme discutido em tópicos anteriores, os jurados em um sistema clássico não possuem o dever de expressar os fundamentos determinantes para a formação do veredicto. Isso não quer dizer, entretanto, que tais decisões devam ser irracionais ou alcançadas sem a consideração atenta, por seus membros, dos fatos e fundamentos jurídicos apresentados no processo.

Conforme estatuiu a Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Taxquet v. Bélgica*¹¹⁵¹, para que as exigências do processo justo sejam satisfeitas no âmbito do juízo por jurados – dos quais sobrevenha decisão imotivada –, é preciso que estejam presentes mecanismos hábeis a proporcionar ao acusado e também ao público a compreensão do veredicto dado. Esta seria uma garantia vital contra arbitrariedades.

Segundo a Corte, seriam exemplos de mecanismos processuais hábeis a compensar

<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=71657&tp=1>. Acesso em: 02 de janeiro de 2017.

¹¹⁵⁰ Nesse sentido, Mirza: “Interessante notar que no modelo de júri norte-americano, essa ausência de fundamentação procura ser superada pela existência de uma decisão consensual, ou melhor, unânime...” (MIRZA, Flávio. *Valoração da Prova... cit.*, p. 131.)

¹¹⁵¹ A publicação do inteiro teor da decisão proferida pela *Grand Chamber* está disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101739>. Acesso em: 16 de novembro de 2017.

suficientemente a ausência de fundamentação dos veredictos: um questionário preciso e detalhado submetido ao júri, capaz de se consubstanciar em um roteiro lógico para a formação de sua decisão, cujas respostas forneceriam a compreensão da cadeia de raciocínio por eles seguida; as instruções fornecidas aos jurados pelo juiz presidente, tratando das provas apresentadas, dos parâmetros de valoração adequados e das questões legais envolvidas no julgamento, as quais são concebidas como uma estrutura sobre a qual se fundará o veredicto.

Assim como a garantia da motivação tem o propósito de demonstrar que as partes foram ouvidas, permitindo a compreensão dos fundamentos que serviram de base à decisão e obrigando os juízes a apoiar seu raciocínio em argumentos objetivos, os mecanismos a serem implementados no procedimento do júri também devem ser capazes de servir a tais intentos. As instruções ou o questionário, desta forma, não somente devem ser capazes de permitir a compreensão do veredicto, mas também de assegurar que ele seja alcançado a partir de raciocínios objetivos, com base na prudente apreciação do conjunto probatório disponível.

Essas considerações reforçam substancialmente a hipótese de que o procedimento brasileiro de júri não reúne as condições necessárias para compensar, suficientemente, a ausência de motivação dos veredictos, conforme se buscará demonstrar.

Como não há, no sistema pátrio, a previsão de qualquer mecanismo similar às instruções do juiz presidente, nos moldes praticados pela *common law*, todas as expectativas de consecução dos escopos delineados acima recaem sobre o questionário. Diretamente influenciado pelo modelo francês, o júri brasileiro expressa seu veredicto por meio de respostas a uma série de questões que lhe são submetidas, as quais são elaboradas pelo juiz presidente a partir das pretensões manifestadas pelas partes. É com base neste conjunto de quesitos e respostas, portanto, que se extrai a compreensão da decisão do conselho de sentença.

A disciplina legal relativa à quesitação foi profundamente modificada por ocasião da reforma processual de 2008, em atendimento às inúmeras queixas relativas à complexidade da sistemática então vigente. A existência de vícios na formulação dos quesitos era uma das grandes fontes de nulidade dos julgamentos do Tribunal do Júri, motivo pelo qual a necessidade de simplificação era uma unanimidade na doutrina.¹¹⁵²

¹¹⁵² Conforme Gustavo Badaró (Tribunal do Júri... *cit.*, p. 203). No mesmo sentido, René Ariel Dotti: “Com a experiência cotidiana e as decisões que anulam o Júri, pela deficiência de redação dos quesitos ou contrariedade nas respostas, tornou-se um truísmo a conclusão de que a sexagenária fórmula continua sendo – como tenho dito reiteradamente – uma das usinas de nulidade.” (DOTTI, René Ariel. *Um novo e democrático Tribunal do Júri (V): Breves notas em torno da Lei n. 11.689, de 9 de julho de 2008*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI65652,41046-Um+novo+e+democratico+Tribunal+do+Juri+V>. Acesso em: 16 de novembro de 2017). Esta também é a conclusão de Gomes Filho: “O sistema atual, como é

De fato, o roteiro que norteava a elaboração dos quesitos no modelo anterior¹¹⁵³, além de bastante complexo, apresentava o grave inconveniente de contemplar matérias de conteúdo estritamente técnico-jurídico em meio às questões a serem dirigidas ao juiz leigo¹¹⁵⁴. Apesar de ser impraticável uma separação rigorosa entre as questões de fato e as questões de direito, sendo certo que estas últimas também serão, inevitavelmente, objeto de decisão dos jurados, é imperioso que as proposições sejam elaboradas de modo a conter apenas considerações de conteúdo fático, ainda que terminem por refletir, indiretamente, matérias de direito¹¹⁵⁵.

Essa distorção não passou despercebida no contexto da aludida reforma. Com o advento da Lei n. 11.689/08, fica explícito por meio do artigo 482 do CPP que o Conselho de Sentença será questionado sobre “matéria de fato”.

O sistema de quesitação fora, nesta oportunidade, profundamente simplificado, passando a contemplar, essencialmente, três quesitos básicos: o primeiro a indagar sobre a materialidade; o segundo, sobre a autoria ou participação; e o terceiro, de cunho genérico,

notório, tem sido gerador de numerosos casos em que os tribunais reconhecem a nulidade do julgamento, por vícios na formulação ou na votação dos quesitos. Em algumas situações, nem mesmo a jurisprudência consagra orientações seguras para evitar-se esses inconvenientes.” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Júri: Projetos de Reforma. cit.*, p. 280-288).

¹¹⁵³ Conforme redação anterior do 484 do Código de Processo Penal: “Art. 484 - Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras: I - o primeiro versará sobre o fato principal, de conformidade com o libelo; II - se entender que alguma circunstância, exposta no libelo, não tem conexão essencial com o fato ou é dele separável, de maneira que este possa existir ou subsistir sem ela, o juiz desdobrará o quesito em tantos quantos forem necessários; III - se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude; IV - se for alegada a existência de causa que determine aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de determinados limites, ou de causa que determine ou faculte diminuição de pena, nas mesmas condições, o juiz formulará os quesitos correspondentes a cada uma das causas alegadas; V - se forem um ou mais réus, o juiz formulará tantas séries de quesitos quantos forem eles. Também serão formuladas séries distintas, quando diversos os pontos de acusação; VI - quando o juiz tiver que fazer diferentes quesitos, sempre os formulará em proposições simples e bem distintas, de maneira que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza. Parágrafo único: Serão formulados quesitos relativamente às circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 44, 45 e 48 do Código Penal, observado o seguinte: I - para cada circunstância agravante, articulada no libelo, o juiz formulará um quesito; II - se resultar dos debates o conhecimento da existência de alguma circunstância agravante, não articulada no libelo, o juiz, a requerimento do acusador, formulará o quesito a ela relativo; III - o juiz formulará, sempre, um quesito sobre a existência de circunstâncias atenuantes, ou alegadas; IV - se o júri afirmar a existência de circunstâncias atenuantes, o juiz o questionará a respeito das que lhe parecerem aplicáveis ao caso, fazendo escrever os quesitos respondidos afirmativamente, com as respectivas respostas.”

¹¹⁵⁴ Segundo René Ariel Dotti, referindo-se ao modelo de quesitação anterior à reforma de 2008: “O jurado deve decidir apenas as chamadas questões de fato, distintas das questões de direito. Mas assim não ocorre em muitas situações do modelo ainda vigente, quando o juiz popular responde questão tipicamente jurídica.” DOTTI, René Ariel. *Um novo e democrático Tribunal do Júri (V)... op. cit.* No mesmo sentido, referindo-se à recorrência no reconhecimento de nulidades dos julgamentos por vícios na formulação ou na votação dos quesitos, Gomes Filho destaca: “Na raiz dessa questão parece estar a idéia de que o jurado, embora por definição leigo em direito, deva decidir sobre matéria jurídica.” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Júri: Projetos de Reforma. cit.*, p. 280-288).

¹¹⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri. cit.*, p. 288.

questionará o júri se o réu deve ser absolvido. A resposta negativa, por maioria de votos, a qualquer dos dois primeiros, encerra a votação e implica a absolvição do acusado, o que também irá ocorrer mediante a resposta positiva ao quesito genérico. Por outro lado, se a esta proposição responderem negativamente a maioria dos jurados, condenado estará o réu, devendo o juiz presidente questionar o júri sobre a existência de causas de diminuição de pena eventualmente alegadas e sobre as circunstâncias qualificadoras e causas de aumento de pena, caso reconhecidas na decisão de pronúncia.

A previsão de um quesito genérico que indaga ao júri se o acusado deve ser absolvido foi um importante aspecto da inovação. De formulação obrigatória, o quesito pretende abranger todo e qualquer conteúdo defensivo em favor da absolvição do acusado, de modo a afastar a necessidade de individualização das respectivas teses em proposições específicas. Assim, se o júri deseja acolher eventual alegação de legítima defesa sustentada em plenário, por exemplo, deverá responder “sim” para o quesito genérico.

A obrigatoriedade de sua formulação também para os casos em que a negativa de autoria venha a ser a única tese defensiva sustentada¹¹⁵⁶, deixa clara a prerrogativa dos jurados de absolver o acusado por simples ato de clemência – considerando que tal questionamento somente será proposto diante da resposta positiva ao quesito relativo à autoria ou participação. Sustenta-se ter havido, a partir dessa sistemática, uma tentativa sutil de aproximação ao modelo de decisão do júri anglo-americano¹¹⁵⁷¹¹⁵⁸, pelo qual os jurados

¹¹⁵⁶ Cf. BADARÓ, Gustavo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 204. No mesmo sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: “Nos termos do § 2º do artigo 483 do CPP, reconhecida a autoria e a materialidade pelo Conselho de Sentença, deve-se indagar, obrigatoriamente, se ‘o jurado absolve o acusado?’. Trata-se, pois, de quesito genérico de absolvição, que deve ser formulado independente das teses defensivas sustentadas em Plenário. (...) Cuida-se de quesito obrigatório, cuja ausência de formulação induz à nulidade absoluta do julgamento, mesmo que a tese defensiva tenha repercussão diversa da absolvição, atraindo, assim, a incidência da Súmula n. 156/STF.” (STJ, 6ª Turma, HC n. 137.710/GO, Rel. Min. OG Fernandes, DJ 16/12/2010.)

¹¹⁵⁷ Nucci, nesse sentido, afirma: “A reforma do Tribunal do Júri aproximou, relativamente, o modelo de votação do sistema norte-americano, consubstanciado no veredicto único em relação à culpa ou inocência. No Brasil, passa-se a indagar se o réu deve ser absolvido ou condenado.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 288.) Também Ansanelli Jr.: “A indagação aos jurados sobre se o réu deve ser absolvido ou condenado guarda certa semelhança com o sistema norte-americano do *guilty* ou *not guilty*.” (ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. *O Tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 84.) Exaltando as qualidades do referido modelo, Gomes Filho chega a defender a conveniência de uma aproximação ainda mais notável, pela qual o júri brasileiro seria indagado unicamente se o réu deve ser condenado ou absolvido. Segundo o autor, as duas primeiras questões, atinentes à materialidade e à autoria, estariam implícitas na terceira: “se o Júri entende que o réu deve ser condenado é porque supõe que o fato existiu e que o acusado é o seu autor ou partícipe”. Ainda, segundo o mestre paulista, as indagações seguintes (atinentes às causas de diminuição e de aumento de pena, além da presença de qualificadoras) versariam sobre questões técnicas relacionadas à aplicação da pena, motivo pelo qual deveriam ser deixadas à apreciação do juiz-presidente. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Júri: Projetos de Reforma. cit.*, p. 280-288).

¹¹⁵⁸ Destaca-se que a busca pela aproximação ao modelo de decisão adotado pelo sistema norte-americano já fora objeto de proposta anterior, como lembra Aramis Nassif. Na ocasião do processo de revisão constitucional de 1993, intentava-se alterar a redação da alínea “c” do artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição, para alocar, ao

respondem unicamente se consideram o acusado culpado ou inocente. Essa aproximação tende a se acentuar, por outro lado, se concretizadas as perspectivas de alteração do júri traçadas pelas propostas de reforma global do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, o Projeto de Lei n. 8.045/2010 (antigo PLS n. 156/2009) responde de forma ainda mais contundente à ânsia pela simplificação do questionário, que motivou também a reforma anterior: em relação à definição da culpa, prevê a adoção de um único quesito a indagar ao conselho de sentença se deve o acusado ser absolvido. Novos quesitos serão formulados unicamente para tratar de circunstâncias relacionadas à definição da pena¹¹⁵⁹, nada tendo a ver com a decisão sobre a culpa ou inocência do acusado. Fica evidente, desta forma, a opção pela fórmula genérica tipicamente inglesa: *guilty* ou *not guilty*.

É importante ressaltar, em primeiro lugar, a impropriedade de se pautar a proposta de simplificação do sistema de decisão do júri brasileiro à lógica do sistema anglo-americano, sob pena de incidir, novamente, no erro histórico perpetrado pela Assembleia Constituinte francesa quando do transplante do júri para o continente.

Não se deve pretender importar, de forma fragmentada, os mecanismos que somente adquirem sentido no contexto mais amplo do sistema em que se encontram inseridos. Assim, o modelo de decisão da *common law*, pelo qual o júri se limita a declarar o acusado como culpado ou inocente, deve ser compreendido em conjunto com os demais instrumentos indissociáveis da lógica do júri anglo-americano, tendentes a assegurar a racionalidade dos veredictos. Nas palavras de Aramis Nassif, “o Júri norte-americano não se esgota no *guilty or not guilty*”¹¹⁶⁰.

Tais mecanismos compreendem: a filtragem do material probatório a ser apresentado ao júri; a seleção prévia dos jurados pelas partes (*voir dire*); as instruções do juiz aos jurados; a previsão de uma etapa de deliberação entre os cidadãos; e, finalmente, a exigência de

lado da soberania dos veredictos, a decisão do júri por meio de declaração de culpa ou inocência do acusado. A justificativa era a almejada redução da complexidade do sistema de quesitação ora vigente. Em contrariedade a tal proposta foram apresentadas emendas supressivas pelo deputado Adroaldo Streck. Em síntese, aduzia o parlamentar ser impossível e desaconselhável a adoção da fórmula norte-americana por sua incompatibilidade com o sistema francês, adotado pelo sistema brasileiro, no qual a decisão não é precedida de discussão da causa entre os jurados. (NASSIF, Aramis. *Júri: Instrumento da Soberania Popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 145-146.)

¹¹⁵⁹ Conforme se depreende da redação do artigo 396, do Projeto de Lei n. 8045/10, ora em tramitação na Câmara dos Deputados: “Os quesitos serão formulados na ordem que segue e indagarão sobre: I – se deve o acusado ser absolvido; II – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; III – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia. (...)” Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 21 de novembro de 2016.

¹¹⁶⁰ NASSIF, Aramis. *Júri... cit.*, p. 148.

unanimidade para a decisão condenatória – ou, no mínimo, uma maioria mais qualificada. Todos esses instrumentos, em conjunto, compõem o todo coerente de um sistema voltado para estabelecer um controle prévio das decisões do júri, de modo a assegurar que o processo de decisão, desde a sua origem, se desenvolva racionalmente.

Assim, pode-se dizer que este modelo de veredicto, limitado à indicação da culpa ou inocência do acusado, somente faz sentido na medida em que inseridos em um sistema voltado a controlar substancialmente o material informativo disponível e a restringir, a todo o tempo, a liberdade dos jurados de apreciação da prova e decisão dos fatos¹¹⁶¹. Definitivamente, não é esse o caso do modelo brasileiro, pelo que já se demonstrou.

Por outro lado, a questão deve ser observada sob o enfoque das garantias fundamentais do processo. É imperioso que se verifique se o modelo de quesitação em vigor e, ainda, aquele esboçado pelo projeto de reforma do CPP, são hábeis a responder satisfatoriamente às exigências do processo justo considerando que os veredictos serão, ao final, imotivados.

Uma vez que o procedimento brasileiro não contempla um sistema de instruções semelhante ao da *common law*, é sobre o questionário que se depositam todas as expectativas de controle sobre a racionalidade dos veredictos. Somente se pode assegurar às partes e ao público uma compreensão mínima do que motivou o júri a decidir de tal ou qual forma, se a especificidade das questões a eles endereçada permitir acompanhar, com base nas respostas correspondentes, a cadeia de raciocínio adotada. Entretanto, tais perspectivas são potencialmente frustradas no contexto do modelo de quesitação em vigor, e serão, ainda mais profundamente, se implementado o sistema previsto no projeto de novo CPP.

Ao que parece, a busca pela redução da complexidade do questionário foi interpretada em termos de redução da especificidade das proposições a serem endereçadas ao júri, o que vem ensejando, como consequência, uma tendência à adoção de quesitos cada vez mais abrangentes e genéricos. Do modo como vem se esboçando gradualmente, a tendência à simplificação trará altos custos para o sistema brasileiro de júri, tanto no que concerne à racionalidade dos veredictos quanto, principalmente, para a tutela das garantias do processo justo.

Reduzir a complexidade do questionário não significa reduzir numericamente os quesitos ou abreviar a votação. A simplificação pretendida deveria ter como objeto o teor das formulações, visando endereçar ao júri unicamente questões com conteúdo fático, redigidas de modo compreensível ao leigos, mas sem deixar de contemplar, satisfatoriamente, as teses

¹¹⁶¹ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law adrift. cit.*, p. 17 e ss.

relevantes sustentadas em plenário.

O modelo atual, como visto, acerca da definição da culpa, contempla questões relativas à: (I) materialidade; (II) autoria ou participação; e (III) se deve o réu ser absolvido. Porém, cada um desses quesitos pode abranger a apreciação de mais de uma tese defensiva, de modo que não será possível desvendar, a partir da resposta dos jurados, qual teria sido o raciocínio por eles seguido, nem tampouco a tese que fora acolhida ou rejeitada. No quesito que versa sobre a materialidade, por exemplo, considera-se abrangida, além da tese de inexistência do fato, a da inexistência do nexo causal¹¹⁶². Por outro lado, o quesito genérico de absolvição pretende englobar todas as teses defensivas sustentadas sob este propósito, não mais havendo a possibilidade de desdobramento em proposições específicas, com vistas à individualização de cada alegação¹¹⁶³.

Não há como ignorar os prejuízos que essa sistemática impõe às garantias do contraditório e da motivação¹¹⁶⁴, além de contribuir para que as decisões dos jurados sejam tomadas de forma apressada, sem a devida consideração e prudência. Dentro dessa lógica, baseada em uma memorização universal, diluem-se os detalhes fáticos eficazes para a condenação ou absolvição no resíduo fixado pela pressão dos debatedores¹¹⁶⁵.

Além de não ser possível verificar qual teria sido o fundamento acolhido pelo júri, em caso de absolvição, também não há como compreender o motivo da condenação diante da ausência de resposta individualizada a cada uma das teses defensivas.¹¹⁶⁶ É a quesitação

¹¹⁶² “Quando a defesa alegar a inexistência do nexo causal (art. 13, §1º, do Código Penal), a questão poderá ser resolvida com a recusa a esse primeiro quesito, como também aqui será decidida a causa penal quando a tese defensiva for de inexistência do fato.” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal. cit.*, p. 1047).

¹¹⁶³ Cf. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal. cit.*, p. 1048. Também BADARÓ, Gustavo. Tribunal do Júri... *cit.*, p. 204.

¹¹⁶⁴ Nesse sentido, conforme Copetti Santos, “Com as reformas no procedimento de competência do Tribunal do Júri, introduzidas no CPP pela Lei 11.689/2008, a necessidade de fundamentação das decisões foi ainda mais violada. No procedimento anterior a esta reforma, o detalhamento dos quesitos da tese de defesa no momento da votação, permitia ao réu, ainda que de forma precária, saber alguns dos fundamentos de sua condenação. (...) Entretanto, com a nova sistemática do Júri, as já precárias possibilidades de conhecimento dos motivos da condenação ficaram ainda mais nebulosas. (...) Com isto, substituiu-se um modelo anorético em termos de justificação por outro em que a motivação da decisão ficou no grau zero.” (SANTOS, André Leonardo Copetti. *A Incompatibilidade das Decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com o Estado Democrático de Direito: uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma interpretação entre filosofia e direito. In: Sistema Penal e Violência. v. 3, n. 1, 2011, p. 42).*

¹¹⁶⁵ NASSIF, Aramis. *Júri... cit.*, p. 149.

¹¹⁶⁶ Cabe destacar que foi justamente a elaboração dos quesitos em termos vagos e genéricos que contribuiu para a condenação da Bélgica pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso Taxquet, anteriormente citado. Concluiu-se, naquela oportunidade, ter havido violação ao conteúdo do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos uma vez que as questões propostas ao júri foram formuladas de tal modo que não era possível determinar o motivo de terem sido respondidas afirmativamente quando o acusado havia negado qualquer envolvimento pessoal nas infrações. A Corte considerou que tais respostas lacônicas a perguntas vagas e genéricas poderiam ter deixado o réu com a impressão de ter sido submetido a uma justiça arbitrária e sem

detalhada que define para a sociedade os pontos cruciais da condenação ou da absolvição, como preceitua Nassif¹¹⁶⁷. Sem ela não há sequer como assegurar, em caso de condenação, que os jurados efetivamente consideraram os argumentos ventilados pela defesa em plenário, como exigência do contraditório – o que é ainda mais grave.

É de se ressaltar que a aludida simplificação dos quesitos apresenta-se em desconformidade com o modelo constitucional de processo, o qual fora substancialmente aperfeiçoado a partir da entrada em vigor do novo diploma processual civil. O destaque é para o reforço do conteúdo da garantia do contraditório, que não mais se limita à contraposição de teses, mas compreende também o direito de influência e de não surpresa nas decisões judiciais.

A sistemática da quesitação genérica é profundamente contrária a tais avanços garantísticos, eis que subtrai das partes as condições necessárias para verificar se suas teses, provas e argumentos foram efetivamente considerados pelos julgadores. Paralelamente, a ausência de resposta individualizada a cada manifestação é fator que dificulta sobremaneira o manejo dos meios recursais, uma vez que impede a compreensão dos fundamentos do veredicto e torna igualmente genérica, portanto, a pretensão ao apelo.

O respeito às garantias do processo justo no contexto do júri somente será possível na medida em que o questionário seja capaz de fazer com que os jurados enfrentem todos os argumentos e provas inerentes às teses defensivas e acusatórias sustentadas. Assim como a fundamentação das decisões do juiz profissional, a quesitação também deve ser analítica, compreendendo-se como um ato culminante do processo dialógico intrínseco ao método do contraditório. No mesmo sentido, a tendência, expressa a partir do novo Código de Processo Civil, é pela exigência de maior rigor quanto à motivação¹¹⁶⁸, no sentido de concretizar ao máximo a garantia processual e de não tolerar qualquer decisão que se mostre vaga ou genérica, o que reafirma a necessidade de reformulação do método de quesitação para que as decisões do júri se conformem a esses padrões.

Ademais, em se tratando de matérias que afetam diretamente o conteúdo do modelo constitucional de processo, é inconcebível que as reformas processuais no âmbito civil e penal se manifestem em sentido francamente oposto. O novo Código de Processo Civil deve ser compreendido, nesse sentido, como um parâmetro interpretativo das garantias fundamentais

transparência. (Cf. TEDH, Caso Taxquet v. Bélgica, 2010, p. 18. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101739>. Acesso em: 16 de novembro de 2016.)

¹¹⁶⁷ NASSIF, Aramis. *Júri... cit.*, p. 150.

¹¹⁶⁸ Conforme se extrai da redação do artigo 489, parágrafo 1º do Código de Processo Civil.

do contraditório e da motivação, em seu potencial de expressar a mais moderna concepção acerca de seu conteúdo, ao qual também deverá se conformar o diploma processual penal. Diante disso, podem-se reputar inconstitucionais tanto o modelo de questionário em vigor, quanto, principalmente, o que consta do projeto de novo CPP.

Desta forma, em que pesem os equívocos e nulidades gerados por meio do sistema de quesitos anterior à reforma de 2008, não se pode considerar acertada a solução simplificadora proposta pela Lei 11.689/08, ora em vigor. Tampouco podem ser celebradas as perspectivas anunciadas por meio do projeto de reforma global da lei processual penal, ora em tramitação.

Uma última observação deve ser feita quanto às perspectivas para o controle da racionalidade dos veredictos a partir dos modelos de quesitação em análise.

Püschel e Aribi definem como racional a decisão fundada em um conjunto de razões completo e consistente. Nesse sentido, completo é o conjunto de razões que inclui uma posição em relação a todos os pressupostos da decisão, de modo que todas as proposições relevantes sejam enfrentadas. Por outro lado, consistente é o conjunto de razões que não é contraditório, de modo a impedir que contenha simultaneamente a afirmação de uma proposição e a sua negação¹¹⁶⁹. Esses seriam dois critérios mínimos para que se possa dizer que uma decisão é racional, embora sejam insuficientes, naturalmente, para garantir que a mesma seja bem fundamentada.

Com base nessas premissas, sustentam os autores que a lógica que orientava a quesitação antes da reforma de 2008 era mais propensa a resultar em decisões racionais do que a que vigora atualmente. Como explicam, o sistema consistia justamente em colher dos jurados as razões da condenação ou da absolvição, já que a partir da especificidade dos quesitos, endereçavam-se ao júri indagações sobre cada um dos pressupostos necessários para a decisão de condenação e sobre cada uma das teses defensivas sustentadas. Deste modo, além de favorecer uma maior objetividade das decisões, o método conduzia os cidadãos, passo a passo, pelos raciocínios lógicos necessários para uma decisão completa e livre de contradições.¹¹⁷⁰

Nesse sentido, os inúmeros casos de contradição denunciados por meio das severas críticas ao modelo podem ser consideradas decorrentes, em maior medida, da falta de compreensão dos jurados sobre o conteúdo dos quesitos ou de sua formulação equivocada no

¹¹⁶⁹ PÜSCHEL, Flavia Portella; ARIBI, Tomaz. A Racionalidade do Tribunal do Júri: Reflexão sobre a compatibilidade dos princípios constitucionais do sigilo das votações e da fundamentação das decisões judiciais. In: MENEZES, Carlos Alberto; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo Cesar Correa. (coords.) *Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 224.

¹¹⁷⁰ PÜSCHEL, Flavia Portella; ARIBI, Tomaz. A Racionalidade... *cit.*, p. 232-233.

caso concreto¹¹⁷¹. Sobre esse ponto, sobressaem os inconvenientes relativos à falta de instruções mais contundentes aos jurados e à formulação das proposições em termos jurídicos, quando deveriam submeter apenas conteúdo fático à análise do conselho de sentença.

Entretanto, apesar de todos os defeitos práticos – os quais não se pretende relevar, há de se reconhecer que a metodologia desse sistema de quesitação é a mais adequada para a consecução dos escopos inerentes à garantia da motivação das decisões judiciais, conforme orientações expressas pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Não se está a defender, com isso, a adoção de um mecanismo complexo de quesitação, apenas intenta-se destacar que a redução da complexidade deve ter como foco o conteúdo e a linguagem das proposições, sem que com isso seja abandonada a metodologia sistemática de sua formulação, cujo encadeamento das questões seja capaz de conduzir a uma decisão racionalmente orientada a partir da consideração de todos os fundamentos relevantes.

Ademais, o detalhamento dos quesitos e, conseqüentemente, a possibilidade de decomposição de seu conteúdo em proposições mais específicas, servem como importante fator de racionalização do veredicto, especialmente nos casos de especial complexidade. O método seriado faz com que sejam forçosamente rememoradas todas as questões relevantes que devem ser consideradas pelos jurados, as quais podem passar despercebidas no modelo de quesito genérico. Por outro lado, cumpre também o escopo de evitar que determinadas questões de direito sejam decididas intuitivamente pelos cidadãos leigos, sem uma verificação atenta da presença de seus requisitos fáticos. Como alerta Aramis Nassif, existem figuras de direito penal que não podem ser apresentadas aos jurados de forma integral, a fim de que procedam à sua identificação no caso concreto, de modo que a decomposição de seus elementos fáticos em quesitos específicos é medida essencial para assegurar a justiça das decisões.¹¹⁷²

Desta forma pode-se dizer, com relação ao modelo processual brasileiro de júri, que além de ter ficado imune ao controle *ex ante* do juiz relativo à filtragem dos elementos probatórios e às instruções, paralelamente à exigência de uma decisão tomada por unanimidade após um processo deliberativo, como se verifica na *common law*, também não se rendeu a um controle *ex post* por meio da motivação, como o que fora naturalmente

¹¹⁷¹ PÜSCHEL, Flavia Portella; ARIBI, Tomaz. A Racionalidade... *cit.*, p. 233-234.

¹¹⁷² O autor apresenta, como exemplo, a hipótese da legítima defesa, cuja configuração exige a verificação da presença de diversos elementos fáticos, como a existência da agressão, sua injustiça, a contemporaneidade dela com a reação, os meios empregados, sua necessidade e moderação. Nesse sentido, se não submetidas tais figuras de maneira decomposta aos jurados, certamente sua decisão não será precedida de uma verificação adequada acerca de sua incidência, uma vez que, naturalmente, não terá apreendido conceitualmente o instituto. (NASSIF, Aramis. *Júri... cit.*, p. 149.)

desenvolvido pela *civil law* no contexto da adoção de júrios escabinados. A única forma de controle, em tese, possível, a partir da quesitação, vem sendo gradativamente esvaziada por meio das reformas processuais. O que se esboça a partir daí é um modelo de processo totalmente aberto à irracionalidade e ao arbítrio, ficando as partes à mercê de uma íntima e enigmática convicção dos jurados¹¹⁷³.

¹¹⁷³ Como muito bem destaca Aury Lopes Jr.: “O golpe fatal no júri está na absoluta falta de motivação do ato decisório. A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. (...) O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado. (...) Essa qualidade na aquisição do saber é condição essencial para legitimidade do atuar jurisdicional. A decisão dos jurados é absolutamente ilegítima porque carecedora de motivação. Não há a menor justificação (fundamentação) para seus atos. Trata-se de puro arbítrio, no mais absoluto predomínio do poder sobre a razão, absolutamente incompatível com o nível de evolução civilizatória do processo penal, pois poder sem razão é prepotência.” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal. cit.*, p. 1063.)

7. PERSPECTIVAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE UMA FUNÇÃO EPISTÊMICA NO ÂMBITO DO JUÍZO POR JURADOS NO BRASIL À LUZ DA CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA

Uma investigação racional dos fatos é condição necessária para assegurar a justiça das decisões. A estruturação de um modelo processual capaz de realizá-la perpassa por vários estágios e exige que toda a normativa legal esteja orientada, em maior ou menor medida, pelos mesmos parâmetros racionalistas, sem que isso implique em descuidar das garantias do devido processo legal ou dos direitos fundamentais do acusado. É certo que esses valores poderão representar, em alguns momentos, obstáculos à consecução dos fins epistêmicos. Entretanto, o respeito a essas imposições proporcionará, ainda que indiretamente, uma cognição de melhor qualidade, de modo a que não somente o resultado da investigação, mas também todo o processo em si mesmo possa ser considerado justo. Valendo-se das palavras de Greco: um “meio justo para um fim justo, ou melhor, como meio justo sem o qual não haverá possibilidade de reconhecer que o resultado seja justo”¹¹⁷⁴.

Sobre este último ponto, mais do que uma conformação descompromissada da legislação processual ao conteúdo mínimo de tais garantias, é imperioso que se proceda a uma reflexão permanente acerca da aptidão de um dado modelo processual para corresponder às expectativas constitucionais. É dentro deste contexto que se inserem os escopos do Direito Processual Constitucional, compreendido como um movimento (ou esforço) metodológico que procura abandonar a visão infraconstitucional do processo em prol de um tratamento constitucional, de modo a estabelecer uma relação estreita dessa disciplina com temas como cidadania, democracia, direitos fundamentais, legitimidade das decisões, princípios constitucionais e funções do Estado.¹¹⁷⁵

¹¹⁷⁴ Embora o autor se refira à necessidade de observância do contraditório, considera-se a expressão adequada também para o contexto acima, no qual a referida garantia também se encontra inserido. Conforme o autor: “Hoje o direito de influir eficazmente na prestação jurisdicional, seja qual for a sua natureza, com todos os meios aptos a alcançar esse resultado, é uma garantia da qual não pode ser privado qualquer cidadão, como exigência de participação eficaz, (...) seja qual for o procedimento (Trocker). (...) Recupera-se, assim, o caráter lógico-formal e metodológico do contraditório como instrumento da ordem judiciária, daquela ritualidade mínima que legitima o processo como revelador da vontade coletiva, como meio justo para um fim justo, ou melhor, como meio justo sem o qual não haverá possibilidade de reconhecer que o resultado seja justo.” (GRECO, Leonardo. O Princípio do Contraditório. *op. cit.*)

¹¹⁷⁵ MADEIRA, Dhenis Cruz. A Influência do Processo Constitucional sobre o Novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (org.). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 190.

Essa parece ter sido a orientação ideológica do projeto que estabeleceu o novo Código de Processo Civil, o qual se destacou pelos esforços em promover uma compreensão vanguardista das garantias constitucionais, a exemplo do contraditório e da motivação das decisões judiciais. Sobre essas questões em particular, é de se destacar que a tendência verificada por meio das reformas do processo penal, especificamente no contexto do júri, segue direção francamente oposta. É motivo de grande preocupação que os avanços garantistas da justiça civil não se reproduzam, na mesma medida, no contexto do processo penal, cujas decisões podem proporcionar severas restrições aos direitos individuais.

Considerado um grande expoente do Direito Processual Constitucional, Eduardo Couture¹¹⁷⁶ defende uma tutela constitucional do processo, de modo a assegurar que seja o mesmo capaz de desempenhar eficazmente a função de tutela de direitos. Este enfoque, segundo o autor, parte de algumas premissas fundamentais. Em primeiro lugar, a Constituição pressupõe a existência de um processo como forma de garantia da pessoa humana, cabendo à lei o desenvolvimento normativo de seus preceitos. Nesse sentido, não é admissível o procedimento que torne ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição, de modo que será inconstitucional a lei responsável por instituir uma estrutura processual que possa privar o indivíduo de uma razoável oportunidade de fazer valer seus direitos.¹¹⁷⁷ Situa-se, neste contexto, a teoria da inconstitucionalidade da lei processual, compreendida como construção jurídica destinada a determinar o âmbito de validade do produto legislativo.¹¹⁷⁸

Face a isso, pelo que se demonstrou no capítulo anterior, é legítimo sustentar que o procedimento brasileiro de júri não reproduz a concepção de processo garantida pela Constituição, o que acaba por comprometer, conseqüentemente, a tutela dos direitos e das liberdades dos que se verão afetados por suas decisões. Pode-se afirmar, portanto, que do modo como está configurado no Código de Processo Penal, o procedimento do júri é inconstitucional¹¹⁷⁹.

A uma, pois ignora frontalmente a garantia da motivação, tanto pela ausência de fundamentação expressa dos veredictos, quanto pela incapacidade de proporcionar, por meio do questionário, o respeito ao conteúdo essencial da garantia – nos moldes propostos pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

¹¹⁷⁶ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958, p. 148 e ss.

¹¹⁷⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos... cit.*, p. 149-150.

¹¹⁷⁸ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos... cit.*, p. 153.

¹¹⁷⁹ Também nesse sentido: ALBERNAZ, Flávio Boechat. O Princípio da Motivação das Decisões do Conselho de Sentença. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 19, 1997, p. 125.

A duas, considerando que a falta de motivação enseja igualmente a violação da garantia do contraditório, especialmente na perspectiva do direito de influência, eis que as partes não têm como saber se foram efetivamente ouvidas por desconhecerem os fundamentos da decisão. O mesmo se pode dizer para as garantias da ampla defesa, da imparcialidade do julgador e de uma série de outras, cujas modernas concepções foram desconsideradas em troca da preservação dos mitos e rituais que se supõem indissociáveis ao julgamento popular.

A três, pela falta de compromisso com a determinação dos fatos conforme à verdade, pressuposto fundamental da justiça das decisões. O procedimento é falho na medida em que não proporciona aos julgadores leigos as condições mínimas para que decidam de forma racional e objetiva, a partir de uma adequada cognição dos fatos. Além disso, a suficiência de uma maioria simples de votos para a condenação constitui sério risco à garantia da presunção de inocência.

É preciso abandonar as paixões e deixar de lado o apego por um modelo de júri que, além de não se conformar aos padrões constitucionais, de modo a assegurar às partes um devido processo legal, não reúne as premissas necessárias para que suas decisões sejam justas e racionais. As considerações de Mittermaier, nesse sentido, parecem bastante atuais e relevantes, já há muito destacando a necessidade de conformar o júri aos padrões modernos:

Se, pois, o Júri, como qualquer outra instituição, é suscetível de progresso e de aperfeiçoamento, por que haverá de ater-se sempre às formas primitivas, criadas em uma época em que não reinava na legislação nenhum espírito de sistema, quando a sentença era pronunciada em massa pelos escabinos isentos de qualquer regra de prova? Um legislador sábio deve aproveitar-se da experiência dos tempos e revestir as instituições antigas de formas novas que as enobreçam.¹¹⁸⁰

Uma empreitada nesse sentido encontra pleno respaldo constitucional. Na medida em que reconhece a instituição do júri, a Carta confere ao legislador a missão de determinar sua organização e procedimento com a única restrição de que sejam respeitados os princípios essenciais da soberania dos veredictos, sigilo das votações, plenitude de defesa e competência mínima para o processo dos crimes dolosos contra a vida¹¹⁸¹.

Tarefa especialmente difícil é a tentativa de incorporar os parâmetros necessários para garantir uma racionalidade probatória na dinâmica do procedimento do júri, no qual a função de decidir as questões de fato relacionadas ao caso fica a cargo de cidadãos leigos.

¹¹⁸⁰ Tradução livre. MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la Prueba ... cit.*, p. 99.

¹¹⁸¹ Cf. artigo 5º, inciso XXXVIII, da CF.

É certo que a configuração de um modelo processual, em geral, não se exaure em uma dimensão puramente técnica. A técnica processual tem, sim, importância primordial. O processo é essencialmente um instrumento, voltado para a consecução de determinados fins, de modo que a falta de uma técnica adequada conduzirá à sua ineficiência. Esses fins que o processo deve perseguir, por sua vez, são determinados a partir de opções sócio-políticas e culturais de um dado sistema jurídico, tratando-se de questão com cunho essencialmente ideológico. Diante disso, conforme Taruffo, um modelo processual nasce da combinação de escolhas ideológicas e de instrumentação técnica¹¹⁸².

Sob essa perspectiva ideológica é imperioso reconhecer que o principal escopo do processo penal brasileiro não pode ser outro que não a produção de decisões justas, por meio da correta aplicação da lei aos fatos estabelecidos conforme a verdade. Diante disso, a prova deve ser concebida como o instrumento de que se serve o processo para o acerto da verdade, o que põe em relevo o cuidado em assegurar a racionalidade instrumental¹¹⁸³ das normas que regulam o procedimento probatório com base no emprego de um método epistemologicamente adequado.

A instituição do juízo popular para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida não deve alterar os escopos ideológicos do processo, o qual há de permanecer comprometido em assegurar a justiça das decisões também nesse contexto específico. Nesse sentido, em se tratando de um procedimento cujos julgadores são leigos, o desafio será compatibilizar as perspectivas metodológicas para o desenvolvimento de uma função epistêmica com as peculiaridades que caracterizam o juízo popular.

Como já visto, a tradição racionalista da prova, capitaneada por Bentham, estabelece como escopo fundamental do processo o de proporcionar uma decisão justa, sendo que o meio necessário para tanto é o da busca da verdade através da razão. De acordo com essa concepção, a melhor forma de se alcançar a verdade por meio do processo é com base em um sistema natural de conhecimento, próprio do senso comum, das regras da experiência e dos

¹¹⁸² “*In sostanza, il processo non è pura tecnica e la sua conoscenza non si esaurisce nella cultura tecnica. La tecnica serve a fabbricare lo strumento processuale, mentre l’ideologia determina gli scopi che il processo dovrebbe conseguire. Entrambe sono congiuntamente necessarie e disgiuntamente insufficienti: la tecnica senza l’ideologia è vuota, mentre l’ideologia senza la tecnica è impotente.*” (TARUFFO, Michele. *Cultura e Processo*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIII, Milano: Giuffrè, 2009, p. 71.)

¹¹⁸³ Segundo Beltrán, pode-se utilizar uma noção de racionalidade teleológica ou instrumental para avaliar as normas processuais empregadas para regular a atividade probatória, no sentido de verificar se são as mesmas metodologicamente adequadas para alcançar a finalidade proposta. (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional... cit.*, p. 67.) No mesmo sentido, Taruffo considera possível dizer que uma lei processual é racional em sentido instrumental na medida em que regula um procedimento que responde de maneira adequada aos fins da administração da justiça. (TARUFFO, Michele. *Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal*. In: _____. *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la Justicia Civil. cit.*, p. 46.)

ditames gerais da epistemologia. Sendo assim, um cidadão leigo (em direito), não está, em absoluto, incapacitado a exercer racionalmente a função de decidir os fatos a partir da apreciação das provas, contanto que a dinâmica processual seja apta a lhe proporcionar uma cognição adequada.

Como já visto, a configuração do procedimento probatório é fator condicionante da racionalidade do juízo, de modo que a lógica de sua estrutura deve estar direcionada para provocar reações cognitivas válidas por meio do estímulo à percepção e ao raciocínio, com o escopo de proporcionar o alcance do conhecimento verdadeiro. Com base nessas conclusões e nos preceitos da tradição racionalista, acredita-se possível estimular o júri a decidir racionalmente os fatos a partir de um procedimento especialmente configurado para tal fim.

Desta forma, cumpre-se delinear as principais premissas tendentes a inspirar uma proposta de reforma do procedimento brasileiro de júri, especificamente no que concerne à dinâmica probatória e ao método de decisão a ser adotado. Para tanto, pretende-se alinhar as perspectivas traçadas pela concepção racionalista da prova, estabelecidas anteriormente, às especificidades do contexto brasileiro. A ideia central é oferecer aos jurados as condições necessárias para que alcancem decisões justas e, ao mesmo tempo, assegurar às partes e ao público os mecanismos necessários para a compreensão de seus fundamentos.

7.1. Aspectos para o aperfeiçoamento da cognição

Em sendo a prova concebida como um instrumento essencial para a descoberta da verdade e, na medida em que se adota uma perspectiva racionalista, torna-se relevante a discussão sobre os métodos a serem incorporados pelo sistema processual a fim de orientar essa investigação. Emerge assim, conforme Taruffo¹¹⁸⁴, uma dimensão epistêmica do fenômeno probatório, na qual se analisa a prova sob o ponto de vista de sua capacidade de proporcionar o conhecimento da verdade fática.

O aperfeiçoamento dessa função epistemológica do processo, entretanto, depende de uma configuração processual capaz de proporcionar ao julgador o exercício de uma cognição

¹¹⁸⁴ TARUFFO, Michele. *Cultura e Processo... cit.*, p. 82.

de qualidade que lhe permita determinar a verdade dos fatos em análise, sem o que não estará em condições de decidir com justiça¹¹⁸⁵.

7.1.1. Por uma necessária reconfiguração do procedimento bifásico

De modo geral, o procedimento se desenvolve a partir do encadeamento lógico de algumas fases, cada qual com propósitos específicos mas interligadas entre si para o alcance do resultado final. Tais fases, por sua vez, podem estar configuradas a partir de uma estrutura procedimental bifásica.

No procedimento de júri brasileiro, conforme se destacou, o propósito dessa orientação bipartida é a realização, na primeira fase, de um criterioso juízo de admissibilidade da acusação perante o tribunal popular. De fato, um procedimento que pretenda cumprir eficazmente a função de garantia do acusado em face do poder estatal deve assegurar, ao mesmo tempo, o direito de tomar conhecimento, de forma inequívoca, do conteúdo da imputação, e os meios efetivos para evitar que uma acusação infundada seja sequer admitida pelo órgão jurisdicional.¹¹⁸⁶

Verificou-se, entretanto, que a instrução preliminar configurada para servir de base a esse juízo acaba usurpando a função instrutória que deveria ter lugar na fase principal. Isto é especialmente grave na medida em que os jurados – a quem compete a decisão sobre os fatos – não participam desta etapa antecedente, o que acaba por gerar uma barreira entre a prova e os julgadores.

Paralelamente, foi possível identificar a ausência de um maior zelo quanto ao conjunto probatório que é apresentado ao conselho de sentença em plenário, tanto no que se refere à suficiência, quanto à qualidade dos elementos de prova. A possibilidade de se explorar livremente o conteúdo de provas produzidas em etapas anteriores (ainda que durante os debates orais) leva a que, em alguns casos, quase nenhuma prova seja produzida diante do

¹¹⁸⁵ ARAÚJO, José Aurélio de. A eficácia epistêmica da fase preparatória do processo bifásico. *In: Revista de Processo*. v. 241, 2015, pp. 369-410.

¹¹⁸⁶ DUCLERC, Elmir. O Novo Procedimento do Tribunal do Júri e sua Conformidade Constitucional: Avanços e Retrocessos com a Reforma Processual de 2008. *In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. (orgs.). Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 98.

júri. Paralelamente, a falta de um controle eficaz quanto à admissibilidade desses elementos estimula o manejo da prova com propósito meramente persuasivo.

Todo esse contexto permite concluir que a atual configuração das fases procedimentais é responsável, em alguma medida, pela incapacidade do sistema em proporcionar ao júri uma cognição adequada. Uma possível proposta de solução passa pela necessidade de se reconfigurar a fase preliminar para que seja concebida como uma etapa essencialmente preparatória. Tal funcionalidade é considerada em muitos sistemas como a via mestra para a eficiência do processo bifásico, além de possuir fundamental importância para a qualificação da função epistêmica do processo¹¹⁸⁷.

A tendência evolutiva dos sistemas processuais contemporâneos, conforme destaca Trocker, é no sentido da adoção de um modelo processual composto por duas fases, uma destinada à preparação (e eventual resolução antecipada da causa), outra destinada à assunção da prova e ao julgamento final.¹¹⁸⁸ O intuito desse movimento, segundo o autor, é o de dar funcionalidade à organização do processo. Nesse contexto, a fase preparatória adquire função essencial para a racionalização do procedimento como um todo. Serve tanto às partes em sua preparação para a audiência, como também ao juiz, com vistas a que esteja em condições de exercer uma função diretiva tendente a assegurar que somente os aspectos relevantes da controvérsia sejam objeto de discussão na etapa principal¹¹⁸⁹.

No contexto específico do processo penal, por sua vez, essa cisão adquire importância peculiar, no sentido de evitar que o julgamento seja contaminado pelo que fora realizado nas etapas anteriores. A sentença, segundo essa lógica, somente pode se fundar nos elementos colhidos na fase de instrução, debates e julgamento, como explica Scarance Fernandes. As fases anteriores, de investigação e intermediária, destinam-se a preparar o julgamento, não a influenciar no seu resultado¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁷ ARAÚJO, José Aurélio de. A eficácia epistêmica da fase preparatória do processo bifásico. *In: Revista de Processo*. v. 241, 2015, pp. 369-410.

¹¹⁸⁸ TROCKER, Nicoló. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 321.

¹¹⁸⁹ TROCKER, Nicoló. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 322. A reforma processual civil brasileira, também seguiu a mesma tendência. Embora existam diferenças substanciais, nesse ponto, entre a lógica adequada para o processo civil e a que seria válida para o processo penal, é possível compreender a dinâmica de seu funcionamento para adaptar ao contexto do júri os aspectos procedimentais que sejam favoráveis às suas especificidades.

¹¹⁹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 15-16. Esse raciocínio é premissa para duas das três importantes linhas que orientam as principais inovações das reformas processuais penais contemporâneas, segundo Amodio. Em primeiro lugar, situam-se os esforços em assegurar maior rigor quanto à imparcialidade, buscando-se evitar que o julgador tenha conhecimento do produto das etapas anteriores. Por outro lado, destaca-se a valorização da fase *dibattimentale*, na qual tem lugar a aquisição da prova em contraditório. Esta última orientação teria influências

Uma forma de se valorizar a eficácia epistêmica da fase de julgamento em plenário no júri é evitando que as etapas de investigação e de instrução preliminar se desenvolvam com pretensão exaustiva, o que também vai ao encontro dos propósitos de simplificação e celeridade que inspiram as recentes reformas processuais¹¹⁹¹.

Deste modo, a ideia seria estruturar o juízo de admissibilidade da acusação a partir de um procedimento mais abreviado, a fim de prestigiar a produção da prova em plenário. Não se ignora que o procedimento já preveja, em tese, que a prova deva ser produzida perante os jurados, na medida em que estabelece restrições à leitura de peças na fase instrutória. Entretanto, a configuração de uma fase preliminar de instrução mais aprofundada do que a principal, associada à possibilidade de que as partes utilizem esses elementos durante sua fala no período dos debates, serve como desestímulo à produção de provas perante o júri.

Uma solução possível seria antecipar o juízo de pronúncia, estabelecendo-se um procedimento intermediário em contraditório logo após o oferecimento da peça inicial acusatória¹¹⁹². Deste modo, não sendo o caso de rejeição liminar desta, o Ministério Público valer-se-ia dos elementos colhidos por meio da investigação preliminar e à defesa seriam proporcionadas as condições efetivas para responder à inculpação, garantindo-lhe não somente o contraditório sobre os elementos investigativos, mas também a eventual produção de provas e a realização das diligências pertinentes para a demonstração da inconsistência do pedido acusatório. Nesse caso, a designação de audiência seria possível se necessário para a formação do juízo de admissibilidade da acusação. Após a manifestação da acusação acerca da resposta e eventuais documentos e diligências requeridos pela defesa, o juiz decidiria pela admissibilidade da acusação com submissão do caso ao júri; pela rejeição da pretensão acusatória, ou, ainda, pela absolvição sumária.

Afinal, como já constatou Aramis Nassif, a decisão de pronúncia é um juízo de admissibilidade da pretensão acusatória, o qual não se difere, em substância, do que sucede o

da *common law* no sentido da centralização do juízo oral, como aponta o autor. A terceira delas é direcionada à obtenção de maior celeridade nos trâmites processuais, em cujo contexto se inserem as medidas que buscam a simplificação dos procedimentos. AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 35.

¹¹⁹¹ No Brasil, a simplificação do procedimento do júri é frequentemente escopo das reformas, tendo motivado, inclusive, a simplificação do método de votação inserido no questionário.

¹¹⁹² Essa é, também, a proposta de Fábio Rodrigues Goulart, com vistas a estimular a produção de provas perante os jurados e aprimorar a cognição. (GOULART, Fábio Rodrigues. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 132-133).

oferecimento da acusação, tratando-se de “verdadeiro ‘re-recebimento’ da denúncia, agora qualificado pela instrução judicializada”.¹¹⁹³

Nesse sentido, com vistas a conciliar eficiência e celeridade com garantismo, é imperioso que esta fase sirva, de fato, para o controle judicial sobre a decisão do Ministério Público em proceder com a acusação perante o júri popular e não como um suplemento da etapa de investigação¹¹⁹⁴. As medidas de caráter instrutório a se realizarem nesta etapa devem estar, para tanto, vinculadas ao estrito propósito da verificação da admissibilidade da pretensão acusatória. Ademais, a decisão do Ministério Público pela propositura da ação penal não pode prescindir do apoio de um lastro probatório mínimo, já que se dispõe de um procedimento investigatório especialmente configurado para lhe fornecer esses elementos informativos necessários. Entretanto, considerando-se o caráter inquisitivo da investigação preliminar, a configuração desta etapa intermediária deve ser moldada especialmente a partir das necessidades defensivas.

De todo modo, a fim de tutelar mais solidamente a proteção do inocente contra os riscos de uma condenação infundada, seria possível estabelecer ainda a possibilidade de que o juiz dissolva o conselho de sentença e absolva o acusado ao final da etapa instrutória na segunda fase do procedimento, uma vez que se verifique a manifesta insuficiência de base para uma condenação.

¹¹⁹³ NASSIF, Aramis. *O Novo Júri Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 56. Em sentido semelhante, Badaró sustenta, referindo-se às hipóteses de absolvição sumária: “... exceto em relação à hipótese de absolvição sumária, por estar provado que o acusado não foi o autor do fato, as demais inovações deverão ser de difícil aplicação, na medida em que caracterizam casos que já autorizariam, previamente, a rejeição liminar da denúncia, como, por exemplo, no caso em que a denúncia narra um fato atípico, impondo-se sua rejeição, nos termos do novo art. 395, III, do CPP. Da mesma forma, com relação à inexistência material do fato, a hipótese será de difícil ocorrência, na medida em que, para o recebimento da denúncia, imprescindível será a prova da existência do fato, sob pena de rejeição, por falta de justa causa.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do Júri: Lei 11.689, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As Reformas no Processo Penal: As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 90).

¹¹⁹⁴ Essa ideia é a que se mostra por trás da passagem do sistema misto para o acusatório em alguns países da Europa, como mostra Scarance Fernandes, o que tem como consequência a alteração da finalidade da fase intermediária. Esta não mais se destina à apuração dos fatos pelo juiz instrutor, mas a proporcionar ao acusado a reação defensiva e o controle do juiz sobre a acusação proposta. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 113-114.) Não se ignora, nesse sentido, as diferenças essenciais entre o juízo de instrução que se desenvolve, por essência, nos sistemas mistos, perante o juiz instrutor, daquele que se realiza na primeira fase do procedimento brasileiro de júri. Entretanto, julga-se que a comparação é, ainda assim, pertinente, considerando-se os semelhantes escopos buscados pelas reformas processuais e a necessidade de se preservar, em ambos os casos, a valorização da produção da prova no juízo oral, evitando-se os prejuízos decorrentes do aproveitamento de elementos produzidos em etapas anteriores.

Essa medida, tradicionalmente adotada no âmbito do sistema de júri norte-americano¹¹⁹⁵ e prevista também pelo modelo processual espanhol¹¹⁹⁶, não pretende substituir o juízo dos jurados pelo do juiz. Caberia ao magistrado, neste momento, unicamente avaliar a suficiência probatória, partindo-se de um juízo hipotético no sentido de se seria o conjunto probatório disponível capaz de justificar um decreto condenatório eventualmente proclamado pelo veredicto – na medida em que o mesmo não será motivado.

Deste modo, a atribuição de tal prerrogativa ao magistrado seria relevante não apenas para a tutela da presunção de inocência, mas, também, para proporcionar uma proteção extra diante das decisões imotivadas do conselho de sentença. No entanto, sua maior virtude seria a possibilidade de instaurar um verdadeiro controle sobre a qualidade e eficiência da acusação, uma vez que exigirá maior comprometimento do órgão acusatório na demonstração dos fatos que sustentam a imputação, restando, por sua vez, práticas escusas como os acordos de bastidores¹¹⁹⁷. Ademais, a atuação ministerial deverá se concretizar por meio da efetiva produção da prova em plenário, na medida em que os esforços retórico-persuasivos considerados eficazes perante os jurados não serão suficientes em face do controle judicial.

Superada a etapa de controle e considerada admissível a acusação – pela presença de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou participação em crime doloso contra a vida –, não estaria concluída a primeira fase, eis que teriam lugar, a partir deste momento, as providências de cunho preparatório.

¹¹⁹⁵ Conforme disposição constante das *Federal Rules of Criminal Procedure*, a defesa pode interpor uma medida requerendo que o juiz determine a absolvição do acusado: “*Rule 29. Motion for a Judgment of Acquittal (a) Before Submission to the Jury. After the government closes its evidence or after the close of all the evidence, the court on the defendant's motion must enter a judgment of acquittal of any offense for which the evidence is insufficient to sustain a conviction. The court may on its own consider whether the evidence is insufficient to sustain a conviction. If the court denies a motion for a judgment of acquittal at the close of the government's evidence, the defendant may offer evidence without having reserved the right to do so.*” Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_29. Acesso em: 30 de dezembro de 2016.

¹¹⁹⁶ Como explica Stephen Thaman, a lei espanhola permite que o juiz controle, em certa medida, o risco de condenação do inocente. O fundamento primário da atribuição ao juiz desse poder é, segundo o autor, o de evitar que os jurados possam deliberar a respeito de casos fundados em provas frágeis. THAMAN, Stephen C. *Should Criminal Juries... cit.*, p. 630. O dispositivo da Lei Orgânica do Tribunal do Júri em questão dispõe: “*Artículo 49 Disolución anticipada del Jurado Una vez concluidos los informes de la acusación, la defensa puede solicitar del Magistrado-Presidente, o éste decidir de oficio, la disolución del Jurado si estima que del juicio no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado. Si la inexistencia de prueba de cargo sólo afecta a algunos hechos o acusados, el Magistrado-Presidente podrá decidir que no ha lugar a emitir veredicto en relación con los mismos. En tales supuestos se dictará, dentro de tercero día, sentencia absolutoria motivada.*” Disponível em: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-12095&p=20150331&tn=1#a49>. Acesso em: 30 de dezembro de 2016.

¹¹⁹⁷ Por meio dos quais os representantes da acusação e da defesa fazem concessões recíprocas em suas pretensões e desistem, em contrapartida, da produção de prova oral em plenário, em prol da abreviação do procedimento – Vide nota n. 1095.

7.1.2. O aprimoramento da etapa preparatória

A lei processual em vigor aplicável ao júri é especialmente deficiente no que se refere à efetividade de uma função preparatória, com vistas a otimizar o julgamento em plenário – algumas simples medidas são previstas sob este propósito já na segunda fase do procedimento. A lógica que orienta a configuração processual, entretanto, contribui para que esta importante funcionalidade acabe esvaziada e convertida em mero formalismo.

O sistema não exige das partes um maior comprometimento quanto à consistência fática e probatória de suas alegações e tampouco atribui ao magistrado os mecanismos necessários para que exerça de forma mais consistente a direção do processo. Esses fatores contribuem para que o mesmo se converta em um jogo de estratégias, pelo qual as partes ocultam suas provas e linhas argumentativas¹¹⁹⁸ em busca de uma posição de vantagem que somente o elemento surpresa é capaz de proporcionar.

A expectativa de racionalizar o juízo de fato, entretanto, não se compatibiliza com esta abordagem. Ao contrário, depende do emprego de mecanismos capazes de aprimorar a capacidade do processo de produzir conhecimento¹¹⁹⁹, o que demanda uma atuação das partes pautada pela previsibilidade e precisão de suas formulações. Como destaca Larry Laudan, o reconhecimento de que o elemento surpresa não favorece o descobrimento da verdade conduz à adoção de providências preparatórias para o juízo oral, tendentes a evitar esse tipo de comportamento das partes.¹²⁰⁰

Calamandrei afirma, nesse sentido, que se se pretende voltar a considerar o processo como instrumento de razão, e não como estéril e árido jogo de força e de destreza, deve-se reconhecê-lo como um método de cognição, isto é, de conhecimento da verdade. Para tanto,

¹¹⁹⁸ O que é considerado legítimo, inclusive, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “A desistência da oitiva de testemunhas arroladas pela própria defesa, que inclusive poderiam vir a ser inquiridas em plenário caso algo de relevante tivessem a dizer, e o não oferecimento das alegações finais em procedimento da competência do Tribunal do Júri constituem adequada tática da acusação e da defesa de deixarem os argumentos de que dispõem para apresentação no plenário, ocasião em que poderão surtir melhor efeito, por não serem previamente conhecidos pela parte adversária.” (STF, 1ª Turma, HC n. 103.569/CE, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 24/08/2010.)

¹¹⁹⁹ Conforme destaca José Aurelio de Araújo, “quando observamos o processo, na sua integralidade, como um método – no seu percurso e não só na sua finalidade de prestar jurisdição – de “seleção, controle e utilização de informações”, tornam-se relevantes epistemicamente, além das normas essencialmente probatórias, outras normas e práticas processuais.” (...) “Ou seja, todas as normas e práticas processuais podem influenciar positiva ou negativamente a capacidade do processo de gerir o fluxo de conhecimento necessário à obtenção da verdade dos fatos.” (ARAÚJO, José Aurélio de. *A eficácia epistêmica... op. cit.*).

¹²⁰⁰ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal... cit.*, p. 205.

importa reconhecer que os meios probatórios estão dirigidos e podem efetivamente servir para alcançar e fixar a verdade – não as verdades últimas e supremas, que escapam dos homens, mas aquela verdade humilde e diária que se discute nos debates judiciais, aquela que os homens normais e honestos, conforme a comum prudência e segundo a boa-fé, chamam e sempre chamaram de verdade.¹²⁰¹

Para tanto, a exemplo do direito inglês, o modelo deve se inspirar no ideal proveniente da máxima *all cards on the table approach*, que se caracteriza pela valorização da fase inicial de articulados, de modo que a instrução subsequente se concentre na prática de atos probatórios de conteúdo em grande parte previsível, vinculados precisamente a fatos determinados¹²⁰².

Embora na *common law* esse princípio esteja inserido no contexto de uma mais abrangente função de *case management* por parte dos juízes, na qual se pressupõe, por outro lado, maiores poderes investigativos à defesa e deveres de *disclosure* entre os sujeitos parciais, é preciso considerar os impactos positivos dessa lógica de procedimento na preparação de um caso para o julgamento por jurados. A forma objetiva e criteriosa com que são precisados os fundamentos das postulações das partes e a racionalidade inerente à seleção do material probatório, podem em muito contribuir para a qualidade da instrução probatória desenvolvida em plenário e para o incremento da cognição dos jurados.

Para tanto, algumas providências essenciais deverão integrar a dinâmica da fase preparatória no contexto brasileiro.

Em primeiro lugar, deverão ser especificados, de forma completa e objetiva, os fatos que servem de base à pretensão acusatória¹²⁰³, os quais podem ser facilmente delineados à

¹²⁰¹ CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Justicia*. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973, v. III, p. 215.

¹²⁰² Nos termos do Projeto de Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro, elaborado pelo Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. A aproximação a essa dinâmica foi considerada pelo Grupo como medida fundamental para o êxito de qualquer reforma do direito probatório no sentido do aperfeiçoamento da instrução probatória. Cf. GRECO, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro: Primeira parte. In: *Revista de Processo*. V. 240, 2015, p. 61-136. Essa ideologia, típica de um processo dialógico pautado pelos princípios da lealdade e boa-fé, serviu de inspiração para algumas inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, pelo qual se pretende efetivar um modelo de processo cooperativo.

¹²⁰³ Diferentemente do processo civil, no qual a tarefa do julgador consiste em avaliar a procedência de ambas as hipóteses fáticas alternativas sustentadas pelas partes, o processo penal é movido unicamente em torno da hipótese acusatória, devendo o juiz verificar a existência de cada um dos elementos constitutivos do delito para que possa afastar hipótese de inocência, ainda que nenhuma tese nesse sentido tenha sido sustentada. Essa peculiaridade se relaciona ao caráter instrumental do processo penal, o qual se constitui como o fundamento de sua existência: o exercício do poder punitivo do Estado depende da declaração do delito e da determinação da sanção por meio do devido processo penal, motivo pelo qual se considera que o fundamento dessa instrumentalidade é, em maior medida, a proteção dos direitos e garantias fundamentais. (Cf. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. cit., p. 75 e ss.) Ademais, a tutela da liberdade do réu e a garantia da presunção de

vista dos elementos que compõem a definição jurídica do delito e das circunstâncias que influem na determinação da responsabilidade do agente e na medida da sanção.

É interessante, para isso, que sejam esses fatos apresentados pelo órgão acusatório em proposições claras e distintas – apartados, portanto, do contexto da narrativa – , especificando-se detalhadamente cada fato ou circunstância relevante para a determinação do ilícito, os quais deverão ser correlacionados, por sua vez, com as provas pelas quais se pretende demonstrá-los. Essa formulação articulada será de grande utilidade tanto para racionalizar a atividade de valoração das provas pelo júri (como se verá adiante), quanto para a elaboração do questionário pelo juiz presidente, (a ser respondido pelos jurados como base para o veredicto).

Quanto ao acusado, por outro lado, cumpre-se analisar a questão no contexto da inexistência de um dever de defesa a lhe ser imposto, o que lhe exime do imperativo de produzir provas para a demonstração de sua inocência. Deste modo, não lhe seria exigível a apresentação de uma articulação fática precisa, eis que não possui o encargo de sustentar qualquer tese defensiva¹²⁰⁴. A indicação dos fatos será necessária, todavia, na medida em que pretenda produzir provas em plenário, para o que se recomenda a sua contextualização com as respectivas teses defensivas a serem adotadas.

Paralelamente, as partes deverão indicar as provas que pretendem produzir e/ou exibir em plenário. Para que o juiz esteja em condições de avaliar a relevância e decidir sobre a admissibilidade da prova, é preciso que cada proposição esteja correlacionada com os fatos que com ela se pretende demonstrar, além de conter uma breve descrição de seu conteúdo previsto.¹²⁰⁵ A necessária definição das fontes probatórias e sua correlação com os enunciados

inocência constituem-se como fundamentos para a imposição de todo o ônus probatório à acusação: “a presunção de inocência é uma regra de julgamento, que estabelece o critério a ser seguido pelo julgador quando houver dúvida sobre fato relevante para a decisão da causa. Um aspecto relevante da presunção de inocência enquanto regra de julgamento é que, no processo penal, diversamente do que ocorre no campo civil, não há verdadeira repartição do ônus da prova.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova... cit.*, p. 295.)

¹²⁰⁴ Conforme Badaró: “Com relação a suas alegações, seja pessoalmente, por meio da autodefesa, seja por meio da defesa-técnica, as mesmas não podem ser vistas como ônus. É perfeitamente possível que o acusado permaneça em silêncio, sem apresentar qualquer versão defensiva sobre os fatos e, mesmo assim, que o juiz venha a absolvê-lo, com base em fatos por ele não alegados, como a legítima defesa ou a inimputabilidade. Não há nem mesmo preclusão quanto à atividade defensiva do ponto de vista argumentativo.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova... cit.*, p. 231.)

¹²⁰⁵ O Projeto de Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro, elaborado pelo Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, incorpora de forma bastante substancial esta prática, na medida em que propõe a criação de regra determinando a apresentação de formulários padronizados que destaquem objetivamente esta correlação entre as provas que se pretende produzir e os fatos a serem demonstrados: “Art. 49. (...) § 5.º Acompanharão igualmente a petição inicial e a resposta do réu formulários contendo: I – a descrição concisa e articulada dos elementos individualizadores da demanda ou dos fundamentos da defesa; II – a síntese

fáticos é medida fundamental para o modelo epistêmico, contrapondo-se ao usual pedido genérico e desinteressado dos advogados¹²⁰⁶. Por meio dessa articulação, pretende-se que as partes estejam sujeitas, desde logo, a um dever de racionalidade, de modo que suas postulações estejam sempre vinculadas a propósitos claros e específicos. Ademais, tem a vantagem de impedir que os esforços probatórios se dispersem, evitando que recaiam sobre circunstâncias irrelevantes para o julgamento da causa^{1207 1208}.

Uma terceira providência de cunho preparatório será o controle exercido pelo juiz sobre a admissibilidade das provas requeridas, atentando-se para a relevância como o critério epistemologicamente válido para selecionar as provas admissíveis. Ciente de que a relevância nunca pode ser verificada pela análise isolada do elemento probatório, eis que seu conceito implica uma relação lógica entre a prova e o fato probando, o juiz somente estará habilitado a tal análise se lhe for indicado claramente esse contexto fático subjacente, como proposto acima.

Ao final da etapa preparatória, o processo deve seguir para a segunda fase acompanhado apenas das provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas¹²⁰⁹, a fim de tornar concreta a imposição de que somente o conteúdo destas possa ser levado ao conhecimento do júri através de leitura em plenário, mesmo que durante os debates.

do conteúdo de cada prova requerida, vinculada ao fato que visa a demonstrar; III – índice dos documentos anexados”. (GRECO, Leonardo. *A Reforma do Direito Probatório... cit.*)

¹²⁰⁶ ARAÚJO, José Aurélio de. *A eficácia epistêmica... op. cit.*

¹²⁰⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições... cit.*, p. 80.

¹²⁰⁸ Veja-se que a proposta de manifestação das partes nesse momento, após o juízo de admissibilidade da acusação, poderia ser considerada semelhante aos já sepultados “libelo-crime acusatório” e “contrariedade ao libelo”, presentes na configuração processual anterior à reforma de 2008. É certo que o libelo também consistia na exposição articulada da imputação, no sentido de que a acusação deve ser apresentada ao júri sob a ótica do acusador – e não do juiz, através da decisão de pronúncia. Entretanto, essas manifestações acabaram perdendo o sentido no contexto de uma etapa preparatória sem maiores rigores ou critérios, juntamente com a proposta de simplificação do questionário.

¹²⁰⁹ Esta medida constava da redação original do Projeto de Lei n. 4.203/2001, que determinava o desentranhamento tanto dos elementos informativos produzidos durante o inquérito policial, quanto das provas produzidas durante o *judicium accusationis*, os quais pudessem ser renovados perante o júri. Sua rejeição foi fundada no argumento de que a supressão dessas informações seria um favorecimento à impunidade, considerando-se a dificuldade de reprodução das provas em plenário e, ainda, pela impossibilidade de se contrapor os depoimentos colhidos nas diversas fases, uma vez identificadas inconsistências em seu conteúdo. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 173) Não obstante, tais argumentos não merecem guarida. Na medida em que se verificar a impossibilidade concreta de reprodução da prova em plenário estar-se-á diante de prova irrepetível, o que justifica sua manutenção nos autos. Em relação à hipótese de eventual contrariedade entre as versões dos depoimentos, a sua exclusão física dos autos do processo não obstará que as partes continuem de posse de seu conteúdo, o qual será útil para nortear sua atuação em plenário. Nesse sentido, uma vez que se identifique inconsistência entre as versões do depoimento, a parte interessada poderia apontá-la durante a inquirição pelo exame cruzado, com o intuito de esclarecer o fato ou mesmo de demonstrar o descrédito da testemunha, requerendo ao juiz a juntada da versão anterior. Destaca-se que, desta forma, a exemplo do que se verifica na prática adversarial, autoriza-se o uso dos elementos somente em caráter excepcional, nunca para substituir a produção da prova.

7.1.3. A formação do conjunto probatório

No âmbito do júízo por jurados, onde não são explicitadas as razões pelas quais se determinou a condenação ou a absolvição do acusado, ganham especial destaque as medidas tendentes a proporcionar formas alternativas de controle sobre a atuação dos cidadãos leigos. É nesse contexto que se inserem os esforços da *common law* no sentido de zelar pela qualidade do acervo de informações a ser disponibilizado aos jurados, consubstanciando-se como uma medida de controle preventivo da racionalidade do julgamento – ainda que com isso seja necessária a exclusão de determinados elementos de prova. O sistema brasileiro deve se inspirar nesse cuidado com a garantia de uma racionalidade prévia, de modo que a decisão seja alcançada a partir da consideração de um conjunto probatório consistente e confiável, uma vez que também não é capaz de assegurar plenamente um controle posterior sobre o acerto dos veredictos.

Nesse sentido, impõe-se, em primeiro lugar, uma criteriosa análise da relevância da prova que se pretende produzir, como indicado acima. Inflar o júízo oral com a produção de provas irrelevantes é medida prática tendente a desviar a atenção dos jurados para aspectos e circunstâncias que não interessam ao caso em julgamento, de modo a prejudicar a análise das questões que lhe são essenciais. Dada a dificuldade natural dos cidadãos leigos em identificar essas questões fáticas relevantes, uma vez que desconhecem a definição jurídica correspondente ao delito, um rigoroso controle da relevância é, pois, medida essencial para os propósitos epistêmicos.

No que concerne à verificação da credibilidade da prova, a especificidade do júízo popular demandará um certo cuidado especial, ainda que seja esta uma análise própria ao momento de valoração e não da etapa de decisão sobre a sua admissibilidade. Nesse sentido, ciente de que o amadorismo do julgador leigo possa levar-lhe a valorar equivocadamente certos tipos de informação, são justificáveis as restrições tendentes a impedir que algumas provas tidas como pouco confiáveis sejam submetidas à sua apreciação. Deste modo, algumas limitações probatórias poderão determinar a inadmissão de provas relevantes, dado o impacto negativo que podem causar sobre o convencimento dos jurados.

Apesar de seu caráter aparentemente contrário aos ideais da concepção racionalista, os quais prezam pela completude do material probatório como forma de se zelar pelo acerto da decisão sobre os fatos, há que se considerar o potencial distorsivo de alguns desses elementos

sobre o raciocínio dos cidadãos. Isso é especialmente relevante no contexto de um procedimento tipicamente adversarial, no qual a iniciativa probatória incumbe aos sujeitos parciais – que não estão necessariamente comprometidos com a busca da verdade.

Se não é adequado sustentar uma indiferença do modelo adversarial com o estabelecimento da verdade, conforme se procurou sustentar anteriormente, os instrumentos de que o sistema dispõe para corrigir as eventuais distorções ao alcance de tal finalidade não devem ser ignorados. Embora não se configure como um modelo puramente adversarial, é certo que o sistema brasileiro de júri também está sujeito a distorções – basta verificar a deturpação prática da sessão de julgamento em plenário, na qual os debates adquirem maior destaque que a própria instrução probatória.

Nesse sentido, as limitações às provas consideradas suspeitas servem para evitar que alguns elementos probatórios sejam utilizados com propósitos meramente persuasivos, principalmente nos casos em que o potencial distorsivo da prova sobre o convencimento dos jurados se sobreponha à sua capacidade de demonstrar os fatos. Por tal motivo é lícito dizer que a exclusão da prova, nesses casos, é medida de caráter epistêmico, eis que voltada para o escopo de apurar a decisão sobre os fatos.

Situam-se, nesse contexto, a inadmissibilidade: da ficha criminal do acusado, a qual somente prestaria ao propósito de provocar nos jurados um preconceito em relação à suposta periculosidade do réu; do testemunho indireto, que além de impossibilitar o contraditório, tem grande potencial de ser avaliado de modo impróprio pelo júri; de vídeos provenientes de cobertura midiática do fato em apreço, normalmente produzidos para o claro propósito sensacionalista, no sentido de inflamar a opinião pública sem maior comprometimento com a veracidade do que é divulgado; de imagens fortes e apelativas da vítima ou da cena do crime, desde que não demonstrado o estrito propósito elucidativo, dentre outros exemplos.

De qualquer modo, é interessante que as normas destinadas a estabelecer as referidas restrições sejam criteriosas o suficiente para atuarem como diretrizes ao magistrado, de modo a nortear o juízo de admissibilidade, considerando as fragilidades dos julgadores leigos. Funcionarão, deste modo, como um alerta para que se dê preferência, sempre que possível, à prova de melhor qualidade e maior potencial demonstrativo, daí a necessidade de que os requerimentos das partes indiquem concretamente o que se pretende provar a partir de cada elemento proposto.

Essa previsibilidade proporcionada pela etapa preparatória será hábil a fornecer ao juiz uma visão geral do conjunto probatório disponível e seu contraste com as necessidades do

caso concreto. Nesse ponto, vale recordar o alerta de Vidmar e MacKillop¹²¹⁰ acerca dos perigos de oferecer ao júri um material probatório incompleto e impreciso, esperando que os mesmos desenvolvam um raciocínio completo e apurado acerca dos fatos. Ciente de que os cidadãos tenderão a preencher as lacunas com dados de seu próprio senso comum, o que aumenta as chances de um juízo subjetivo e impreciso, deverá o magistrado zelar pela completude do material probatório produzido em plenário. Essa iniciativa instrutória, contudo, será sempre subsidiária, precedida, preferencialmente, de advertência à parte interessada sobre a conveniência de produção de determinado elemento probatório, tudo no contexto dialógico que deve marcar o desenvolvimento da etapa preparatória¹²¹¹.

Ademais, por meio desse controle exercido pelo juiz, busca-se impedir que as partes se utilizem de certos instrumentos ou recursos tendentes a inflamar o ânimo dos jurados e a obstaculizar os propósitos epistêmicos.

Paralelamente à análise da relevância e da credibilidade da prova, devem ser também consideradas inadmissíveis as provas cuja obtenção ou produção atente contra direitos fundamentais. Apesar de seu caráter essencialmente contra-epistêmico, as limitações probatórias fundadas no intuito de preservação a esses direitos são relevantes para a tutela da qualidade do material probatório sobre o qual será alcançada a decisão sobre os fatos.

Finalmente, na linha das considerações traçadas anteriormente, as limitações probatórias fundadas no anseio de ordenar o desenvolvimento do processo, especialmente as que impõem abstratamente restrições quantitativas (a exemplo do número de testemunhas admitidas) e temporais (pela rigidez dos prazos de manifestações das partes) são impróprias para os fins epistêmicos. É certo que no contexto da concepção racionalista, devem ser impostas limitações voltadas para evitar demora, despesa e aflição injustificadas¹²¹². Entretanto, tal análise deve estar adstrita às necessidades probatórias do caso concreto, de modo que o juiz deverá determinar em conjunto com as partes o número de testemunhas a serem ouvidas e o tempo de duração das respectivas manifestações orais. Um mínimo de flexibilidade em certos aspectos do procedimento, à vista de sua instrumentalidade, é

¹²¹⁰ MACKILLOP, Kara; VIDMAR, Neil. *Decision-Making in the Dark...* cit., p. 962-963. Ver tópico antecedente, sobre as Limitações probatórias fundadas no repúdio a provas consideradas suspeitas.

¹²¹¹ Nos moldes previstos no Projeto de Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro, elaborado pelo Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”: “A iniciativa probatória do juiz (...) passa a ser subsidiária (art. 11), devendo ser antecedida de advertência à parte interessada sobre a conveniência da produção da prova (§ 2.º). Essa fórmula procura instaurar um diálogo humano entre o juiz e as partes, restando qualquer impulso autoritário do magistrado e permitindo-lhe mais bem avaliar a necessidade da sua própria iniciativa.” (GRECO, Leonardo. *A Reforma do Direito Probatório...* cit.)

¹²¹² “*delay, expense, and vexation*”, conforme Jeremy Bentham. (BENTHAM, Jeremy. *A Treatise...* cit., p. 229.)

interessante para uma melhor conformidade às especificidades do caso e dos fatos sobre os quais recaiam as respectivas pretensões das partes.

7.1.4. A produção da prova oral em plenário

Sobre o método de inquirição a ser adotado para a produção da prova oral em plenário, algumas considerações merecem ser pontuadas. Conforme se procurou destacar anteriormente, tanto a forma presidencialista, oriunda dos modelos de *civil law*, quanto a de *cross-examination*, típica da *common law*, apresentam vantagens e desvantagens.

Atribuir ao juiz a prerrogativa de iniciar os questionamentos pode ser favorável ao estabelecimento de um clima de maior prudência e abertura para a investigação imparcial, especialmente no âmbito do júri, onde essa moderação é exigível ante a maior suscetibilidade dos leigos às estratégias persuasivas dos sujeitos parciais. No entanto, a condução pelo juiz pode ser bastante inconveniente para a parte interessada na prova, já que muitas vezes a obtenção das informações pretendidas depende da adoção de uma determinada linha interrogativa, sem que isso implique o uso de práticas capciosas ou estratégias de manipulação. Além disso, são conhecidas as distorções cognitivas inerentes ao desempenho simultâneo das funções de investigar e julgar, embora as mesmas percam um pouco o sentido no presente caso – em que cabe ao júri a decisão sobre os fatos. Por outro lado, deve ser sopesada a hipótese de que a inquirição iniciada pelo juiz possa ser levada pela tendência natural – e por vezes inconsciente – de buscar confirmação para a pretensão acusatória, de modo a prejudicar os interesses da defesa. Mesmo que o julgamento caiba aos cidadãos, uma atuação do juiz nesse sentido será consideravelmente prejudicial, por influir diretamente nos rumos da inquirição e determinar o resultado da prova.

Por sua vez, a inquirição pelas partes, a partir da *cross-examination*, pode ser também arriscada para a avaliação dos jurados, especialmente quando são utilizadas estratégias para provocar confusão, dúvida e nervosismo no depoente, com vistas a desacreditá-lo perante o júri. Por sua inexperiência, os cidadãos podem não ser levados a desconsiderar esse nervosismo – natural a qualquer pessoa exposta a tal formalidade – e a eventual dúvida ou reticência quanto aos questionamentos – plenamente normais diante do decurso de tempo entre o fato e o julgamento – , de modo a interpretá-los como sinais de falsidade das informações prestadas. Isso poderia ser temperado, contudo, pelas instruções do juiz

presidente.

Apesar de a técnica narrativa se mostrar interessante para que a testemunha apresente os fatos do modo como se recorda, evitando que as informações sejam colhidas de forma fragmentada ou distorcida pelo direcionamento desejado pelo inquiridor, é de se considerar que admite uma demasiada amplitude e abrangência das informações prestadas, o que pode implicar na perda da objetividade e na dissipação das questões relevantes, prejudicando o raciocínio dos jurados. Tende a favorecer, ainda, o apego a um raciocínio holístico, fundado em narrativas, o que pode comprometer a racionalidade da avaliação probatória.

Diante dessas considerações, a hipótese que se afigura mais adequada ao contexto brasileiro de juízo por jurados, diante de todos os caracteres anteriormente sopesados, seria a manutenção do modelo de inquirição pelo método direto e cruzado, conforme a dinâmica anglo-americana que inspirou a legislação processual penal em vigor¹²¹³.

Não obstante, a plena efetividade da técnica dependeria de alguns fatores a serem melhor trabalhados no contexto brasileiro.

Em primeiro lugar, seria preciso incrementar os poderes investigatórios da defesa, ciente de que um exame cruzado efetivo depende da previsibilidade do conteúdo da prova, mediante a reunião prévia de informações relevantes acerca da própria testemunha e do que tem a dizer sobre os fatos. Para tanto, seria recomendável também inspirar-se nos *disclosure rights* do imputado, conforme a dinâmica anglo-americana¹²¹⁴.

Em segundo lugar, seria recomendável incentivar programas de capacitação dos profissionais para o juízo oral¹²¹⁵, no sentido das técnicas da *direct* e *cross-examination*, cuja

¹²¹³ Nos termos do Código de Processo Penal: “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

¹²¹⁴ Ver tópico 2.1.4.

¹²¹⁵ Práticas nesse sentido já vêm sendo realizadas, por exemplo, pelo Centro de Estudos de Justiça das Américas, organização internacional que procura desenvolver tanto atividades direcionadas para nortear as Reformas Processuais, promovendo intercâmbio de experiências entre os Estados americanos, quanto de capacitação dos profissionais a respeito das práticas estabelecidas. O programa de capacitação dos profissionais para o juízo oral desenvolvido nesta sede é apresentado nos seguintes termos: “*La justicia penal de América Latina ha experimentado un profundo proceso de cambios en los últimos veinticinco años, en particular, en lo relacionado con la implementación de sistemas procesales de corte acusatorio. Esta transformación implicó un reajuste general de las instituciones del sector judicial, que debieron reorganizarse para cumplir con las exigencias de dicha reforma. Entre sus cambios, este nuevo paradigma trajo consigo la instauración de un sistema por audiencias como espacio de trabajo para la producción de información entre las partes, en presencia del juez. Es así que se produjo un cambio radical en la forma de tomar las decisiones judiciales, en tanto se reemplazó el expediente escrito y secreto, por la audiencia oral y pública. Este nuevo escenario significó la necesidad de desarrollar y aprender destrezas que permitiesen trabajar en un modelo oral, tales como las técnicas de litigio. (...) aún se observa la necesidad de consolidar un espacio académico y de formación que pueda consolidar la transmisión e intercambio de experiencias en torno a todas las audiencias*”

dinâmica parece não ser tão bem compreendida e aceita no âmbito da prática processual atual.¹²¹⁶ Isso é natural, dadas as peculiaridades culturais que, por vezes, dificultam que transplantes como tal adquiram a mesma feição que ostentam no sistema originário.¹²¹⁷

Finalmente, seria necessária uma atuação mais contundente do juiz no sentido de mediar a atuação das partes, evitando excessos, intimidações, e eventuais deturpações da finalidade de alcançar a verdade. Ademais, o magistrado teria a prerrogativa de complementar a inquirição iniciada pelas partes, de modo que teria melhores condições para explorar eventuais hipóteses alternativas à acusatória.

Acima de tudo, destaca-se, deve ser preservada e incentivada a prerrogativa dos jurados de submeterem perguntas por escrito aos depoentes, por intermédio do juiz.¹²¹⁸

que están implicadas en un sistema adversarial de carácter oral y público (...).” Disponível em: <https://www.wcl.american.edu/trial/litigacionoral/>. Acesso em: 18 de janeiro de 2017.

¹²¹⁶ O fato é que uma considerável parcela dos juízes continua, na prática forense, ignorando a ordem de inquirição estabelecida no novo artigo 212 do Código de Processo Penal e inaugurando-a, mantendo-se o sistema presidencialista que se pretendeu afastar e relegando às partes o simples trabalho de complementar a inquirição. Somando-se a isto, pode-se apontar grande parte de julgados dos tribunais superiores entendendo que a inversão dessa ordem não constitui nulidade absoluta e sim relativa, devendo a parte demonstrar a existência de prejuízo. Como exemplo, pode-se citar a seguinte decisão do STJ: “Processual Penal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Lei n. 11.690/08. Interpretação do art. 212 do CPP. Inversão na ordem de formulação de perguntas. Nulidade. Inocorrência. (...) Ainda que se admita que a nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão (...)” (STJ, 6ª Turma, Recurso Ordinário em HC n. 27.555/PR, Rel. Min. OG Fernandes, DJ 11/05/2010.) O STF, no mesmo sentido, também já apresentou posicionamento semelhante: “O Ministério Público Federal, ora recorrente, sustentava que a magistrada de 1º grau, ao elaborar suas perguntas em primeiro lugar, teria afrontado os princípios do devido processo legal, do contraditório e da iniciativa daquele órgão para a ação penal pública (...). Asseverou-se que, conforme assentada jurisprudência deste Tribunal, para o reconhecimento de eventual nulidade, necessário demonstrar-se o prejuízo por essa pretensa inversão no rito inaugurado por alteração no CPP, o que não teria ocorrido.” RHC 110623/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 13/03/2012. Por outro lado, parte da própria doutrina ainda se mostra reticente à mudança, conforme se pode verificar a partir do posicionamento de Guilherme Nucci: “Tal inovação, entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. A nova redação dada ao art. 212 manteve o básico. Se, antes, dizia-se que ‘as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha’, agora se diz que ‘as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha [...]’. Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado. Porém, quanto às perguntas das partes (denominadas reperguntas na prática forense), em lugar de passarem pela intermediação do juiz, serão dirigidas diretamente às testemunhas. Depois que o magistrado esgota suas indagações, passa a palavra à parte que arrolou a pessoa depoente.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 479-480.)

¹²¹⁷ Como ponderou Damaška, o sucesso da maior parte das inovações processuais depende menos da excelência das normas do que os juristas gostam de pensar. Isso porque, conforme o autor, o sentido e o impacto da norma se altera em condições externas, de acordo com o contexto institucional na qual a justiça é administrada. Até mesmo redações idênticas podem adquirir sentidos distintos e produzir consequências diversas quando alterado o contexto institucional. Em outras palavras, “*the music of the law changes, so to speak, when the musical instruments and the players are no longer the same.*” (DAMAŠKA, Mirjan. *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*. In: *American Journal of Comparative Law*. n. 45, p. 839-840.)

¹²¹⁸ A autorização para que os jurados submetam perguntas às testemunhas (por escrito e por intermédio do juiz presidente) pode ser considerada providência de extrema importância para garantir aos mesmos os

7.1.5. O contraditório como método epistêmico

Um modelo processual comprometido em assegurar a eficácia de sua função epistêmica por meio do aprimoramento das normas e dos procedimentos que afetam a atividade probatória, deixa clara a importância atribuída à verdade como premissa fundamental para a garantia da justiça de suas decisões.

Nesse sentido, grande parte das perspectivas aqui delineadas para o sistema brasileiro têm como propósito sepultar a tão sedimentada ideia de que o juízo por jurados não teria a verdade como princípio-guia de sua dinâmica processual. Para tanto, grande ênfase tem de ser dada aos mecanismos voltados para destacar a função demonstrativa da prova e às práticas capazes de orientar o processo segundo este propósito, uma vez que a persuasão e a retórica exercem absoluto domínio no modelo atual.

Isso não importa, por outro lado, em desconsiderar que a prova também deva exercer uma função argumentativa, a qual é inerente à garantia de um contraditório efetivo e ao direito de defesa. No contexto de um procedimento democrático, marcado pela participação dialética das partes em meio a um ambiente de diálogo recíproco entre estas e o juiz, a prova deve ser produzida com profundo apoio nas garantias do contraditório e da ampla defesa.

Não obstante, ao lado dessa dimensão subjetiva do contraditório, que se relaciona ao direito à prova, situa-se uma dimensão objetiva, a qual transcende os interesses das partes e se configura como um método destinado a orientar a investigação da verdade no contexto processual¹²¹⁹. Deste modo, Tuzet se respalda na concepção de Ferrua para negar qualquer tipo de incompatibilidade entre o contraditório e a busca da verdade: a verdade é um dos escopos processuais, e o contraditório, por sua vez, não é um meio que serve a fim diverso.

esclarecimentos necessários para a formação de seu convencimento, evitando que, na sua impossibilidade, os mesmos acabem preenchendo as lacunas de informação com seu próprio estoque de conhecimento privado – que nem sempre corresponderá à realidade dos fatos. Paralelamente, a prática prestigia uma aproximação entre os jurados e o conjunto probatório, facilitando a apreensão das questões de fato. Embora admitida no atual sistema processual brasileiro, nos Estados Unidos a faculdade é recomendada no âmbito do júri civil, sendo ainda controversa, embora recomendada, a admissibilidade no júri criminal, como se depreende da compilação dos princípios e recomendações da *American Bar Association* para a configuração dos procedimentos de júri no sistema norte-americano. (*Principles for Juries and Jury Trial*. American Bar Association, 2005. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 01/12/2015

¹²¹⁹ TUZET, Giovanni. *Filosofia... cit.*, p. 228-229.

Ao contrário, “o contraditório é um dos meios mais eficazes para a verdade e o conhecimento no processo, enquanto consente em adquirir pública e criticamente os elementos de prova sobre os quais se baseará a decisão final”¹²²⁰. O autor sustenta, desse modo, o valor epistêmico do contraditório, na medida em que se dirige para a tutela da função cognitiva do processo.

Assim, no que tange ao estabelecimento das questões fáticas no processo, é certo que os julgadores devem atentar-se ao fim processual da busca da verdade e, também, é fato que a prova deve ser compreendida segundo sua função demonstrativa. No entanto, ciente da falibilidade, imprecisão e possível falta de credibilidade das fontes de prova, o método mais adequado para se empreender tal intento é o do efetivo contraditório, nos moldes adotados pelo novo Código de Processo Civil. Assim, pode-se sustentar com Conte¹²²¹ que o contraditório é um importante instrumento operativo para melhor se alcançar a verdade: “quanto maior for o diálogo judicial aberto, mais amplas as oportunidades de dizer e de contradizer, tanto maior será a possibilidade de se alcançar a verdade substancial. O monólogo jamais conduzirá à verdade.”

Defender a dialética do contraditório não significa sustentar que o julgador deva se deixar convencer pelos esforços persuasivos das partes, nem tampouco que a retórica exercerá papel determinante para seu julgamento. A importância do contraditório se justifica, dentre outros motivos, pela necessidade de que as hipóteses contrapostas aventadas pelas partes sejam sujeitas à teste e à efetiva possibilidade de serem falseadas por outras provas, nos moldes do que ocorre em qualquer método de investigação científica.

Desta forma, uma hipótese que resista ao contraditório, ou que emerja desse confronto dialético, a partir do qual seja provada como verdadeira, ostentará uma qualidade epistêmica diversa daquelas hipóteses formuladas isoladamente, longe do debate público capaz de lhe proporcionar justificação, conforme estatui Tuzet¹²²². É no contraditório compreendido como método de conhecimento que parecem convergir as funções demonstrativa e argumentativa da prova.¹²²³

¹²²⁰ Tradução livre. TUZET, Giovanni. *Filosofia... cit.*, p. 231.

¹²²¹ CONTE, Francesco. *Contraditório como dever... cit.*, p. 646.

¹²²² TUZET, Giovanni. *Filosofia... cit.*, p. 233. No mesmo sentido, conforme José Aurélio Araújo: “O modelo dialético de processo é mais eficiente epistemologicamente que o processo autoritário; não para valorizar o discurso ou a narrativa dos advogados e do juiz, mas para, de acordo com Calamandrei, encontrar através do contraditório ‘la verità tutt’intera’”. (ARAÚJO, José Aurélio de. *A eficácia epistêmica... cit.*)

¹²²³ GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 438.

Diante dessas considerações, o aperfeiçoamento do modelo processual deve prestigiar os mecanismos voltados para o incremento da participação, da cooperação e da influência das partes nas decisões dos jurados, especialmente na medida em que não sejam os veredictos motivados. Da mesma forma, é essencial que o sistema se abra para a incorporação de instrumentos destinados ao aprimoramento da compreensão e do raciocínio dos cidadãos leigos acerca das questões envolvidas no julgamento, valorizando, ademais, a oralidade e a imediação. O processo deve se adaptar às necessidades e demandas específicas dos jurados uma vez que pretenda concretizar o ideal de justiça com base no caráter cognitivo – e não potestativo do juízo¹²²⁴.

Nesse sentido, desponta ainda a função do contraditório como meio de controle procedimental preventivo da decisão, conforme Taruffo¹²²⁵, o que é especialmente relevante diante da ausência de expressa motivação dos veredictos. Esse controle compreende a atuação das partes no processo de seleção do material probatório que será admitido em juízo e servirá de base à decisão, como também pela efetiva participação no ato de sua produção. Paralelamente, é ainda mais marcante no que concerne à prerrogativa das partes de intervir e manifestar-se previamente acerca de todos os aspectos relevantes para a decisão, conciliando-se com a perspectiva de garantia de influência e de não surpresa nos termos previstos pelo novo Código de Processo Civil¹²²⁶.

Entretanto, para que o controle preventivo proporcionado por meio do contraditório possa atuar em prol da racionalização da decisão judicial e da redução da discricionariedade dos jurados na determinação dos fatos, importa que as partes desenvolvam sua argumentação em matéria probatória com base em critérios de racionalidade. Como explica Taruffo, abrem-se os espaços indefinidos de discricionariedade incontrolada sempre que o contraditório se transforma em uma luta desenfreada, ou mesmo em um exercício de retórica dirigido a persuadir o julgador, ao invés de submeter-lhe argumentos racionais¹²²⁷. E especialmente o júri – pode-se dizer com apoio nas conclusões do autor – necessita que as partes sejam racionais em suas argumentações a fim de seja, por sua vez, racional na apreciação das provas.

¹²²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 46-47.

¹²²⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 427 e ss.

¹²²⁶ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

¹²²⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos. cit.*, p. 434.

7.2. Aspectos para uma valoração racional da prova pelos jurados e para uma decisão em consonância com a verdade

Superado o momento da composição do conjunto probatório, a atenção deve estar voltada para a atividade de valoração desses elementos disponíveis no processo, com vistas a alcançar uma decisão justa – e, para tanto, suficientemente próxima à verdade dos fatos.

Ciente de que o ordenamento jurídico não impõe aos jurados qualquer regra estrita tendente a governar a análise das informações recebidas em plenário, é correto afirmar que se está diante de um sistema de livre apreciação da prova. Sobre essa questão, importa tecer algumas considerações a partir de tudo o que já fora ressaltado até aqui, de modo a sintentizar os argumentos construídos ao longo do estudo e formalizar algumas desconstruções pretendidas.

Não se deve vincular de modo acrítico o juízo por jurados à adoção de um sistema de íntima convicção – no sentido de completa liberdade na apreciação das provas, pelo qual as mesmas não seriam nem mesmo determinantes para a decisão – como se fosse tal modelo invariavelmente adstrito à participação popular na administração da justiça. Não obstante, essa associação é bastante frequente em meio ao senso comum teórico, o que parece denunciar uma noção equivocada sobre a dinâmica do júri anglo-americano e das diversas formas pelas quais esse sistema interfere e controla a formação do convencimento dos cidadãos.

Conforme se buscou demonstrar por meio da breve digressão histórica realizada, desde que assumiram propriamente o papel de juízes do fato na *common law*, o júri nunca se viu em um contexto de plena liberdade para a formação de sua convicção. A prova e as instruções do juiz presidente sempre funcionaram, em alguma medida, como balizas para o veredicto. É incorreto, deste modo, associar a decisão por íntima convicção à própria essência do juízo popular, o que somente fazia sentido enquanto os cidadãos eram concebidos como testemunhas do fato, condição que lhes autorizava a decidir com base em seu conhecimento privado. A origem desta tendência em tempos mais modernos, como também se procurou destacar, foi a incorporação do júri pela França, ocasião em que se considerou oportuno aplicar à instituição do júri as ideias de prova moral oriundas da influência Iluminista.

Não é incomum, todavia, considerar-se justamente esta descaracterização como o principal motivo da falência do modelo clássico de júri na experiência da *civil law*, apontando-se, ao mesmo tempo, as regras probatórias e as instruções inglesas como o motivo de seu sucesso naquele contexto.¹²²⁸

Ademais, o sistema da íntima convicção peca, conforme Moacyr Amaral Santos, por ofender dois princípios fundamentais de justiça: o de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido e o da sociabilidade do convencimento. Quanto ao primeiro, considerando-se que o julgador decide a partir de seu próprio testemunho, as partes ficam inibidas de contrariá-lo e debatê-lo, já que nem mesmo o conhecem. Sacrifica-se, pois, o contraditório. Pelo segundo, aproxima-se de um juízo aleatório, já que a decisão do julgador, fundada em conhecimentos e apreciações pessoais, não ostenta validade intersubjetiva.¹²²⁹

Por todas essas questões, a busca por uma configuração processual orientada para o incremento da racionalidade da decisão dos jurados acerca dos fatos, segundo os propósitos epistêmicos, não se coaduna com a adoção do sistema de apreciação da prova fundado na íntima convicção. A concepção racionalista da prova tem como premissa que a atividade de valoração deve ser livre de restrições jurídicas, mas baseada nos métodos naturais de raciocínio que os cidadãos em geral empregam nas decisões de fatos de seu cotidiano. Esses raciocínios, deste modo, devem estar orientados por preceitos lógico-rationais, de reconhecimento e validade geral, a fim de que a decisão não se converta em arbítrio.

¹²²⁸ Isso fica bastante claro nos apontamentos de Mittermaier: “*Quisiéramos, pues, que la ley criminal arreglara en tiempo y lugar la admisibilidad de los diversos medios de prueba, así como la manera de ad ministrarlos ; que determinara los casos de admisibilidad de testigos, y que comprendiera instrucciones precisas que pudieran guiar la apreciacion que deben hacer los jurados del mayor ó menor crédito debido á los medios aducidos en la causa ; instrucciones , en fin, en un todo análogas á la doctrina de los criminalistas ingleses. Bajo este supuesto, las reglas contenidas en los Códigos de Alemania se hallarian de nuevo inscritas en la ley, aunque modificadas en lo que tienen de demasiado absolutas ; y en vez de encadenar á los jurados, se limitarian únicamente á estimular su atencion. Por la fórmula de su mismo juramento, deberian estos sujetarse á examinar las pruebas en conformidad con las instrucciones legales, y á fundar su veredicto exclusivamente en los resultados de este exámen. (...) Esto seria dar el golpe de muerte á la preocupacion funesta, que quiere que los jurados no sigan más que sus propias inspiraciones ; y en efecto , dado en la forma que acabamos de indicar, su veredicto tendria toda la autoridad de una sentencia fundada en la racional apreciacion de los elementos de conviccion. De lo dicho debemos inferir, que para obtener toda la eficacia posible, el jurado debe reunir ciertas condiciones, cuya existencia, preciso es decirlo, la ley no ha garantizado en Francia de ningun modo.*” MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la Prueba... cit.*, p. 97-98.

¹²²⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas... cit.*, p. 382.

7.2.1. A relevância da atribuição ao juiz de um dever de instrução dos jurados

O fato de não serem explicitados os fundamentos das decisões dos jurados não significa que não devam ser tais decisões baseadas em fundamentos válidos e racionais. Para isso, entretanto, é preciso que os cidadãos tenham conhecimento do que se espera de sua atuação em júízo. Devem ser informados, portanto, sobre os parâmetros gerais a serem observados durante o desempenho da função de apreciação da prova, além de ser também necessário que sejam instruídos sobre alguns dos principais conceitos jurídicos envolvidos no caso e sobre os elementos fáticos necessários para a configuração dos delitos imputados.

É essencial que esse conjunto de informações seja disponibilizado ao júri pelo magistrado de forma imparcial, completa, didática e compreensível. Os cidadãos devem ser informados de que esses parâmetros gerais devem ser seguidos como pressuposto necessário da justiça de suas decisões.

Não se desconsidera a provável resistência da comunidade jurídica em relação a essa proposta. Arrisca-se a sustentar que a cultura de valoração probatória da *civil law*, embora conduzida por juízes profissionais, é aparentemente de maior liberdade do que a da *common law*, ainda que seja esta dominada pelos sistemas de júri. Embora a primeira proclame uma maior racionalidade (em vista da exigência de motivação), o ato propriamente da valoração é totalmente livre, carente de parâmetros e critérios racionais que sirvam de orientação aos juízes. São bastante comuns, inclusive, as queixas de que os juízes primeiro decidem segundo seus sentimentos ou sua consciência, para, somente então, buscarem o apoio dos elementos probatórios capazes de fonecer uma justificação¹²³⁰. Por outro lado, é certo que na *common law* a decisão dos jurados não tem seus fundamentos conhecidos, mas a cultura do sistema é de uma profunda inclinação à elaboração de critérios e parâmetros valorativos para orientar o júízo de fato, os quais se materializam nas *instructions* e costumam ser estabelecidos por meio dos precedentes.

É relevante, deste modo, render-se à experiência anglo-americana de instrução aos jurados, considerada um dos grandes fatores que garantem o bom funcionamento do sistema. Longe de representarem influências indevidas ao convencimento dos cidadãos, as mesmas são voltadas a proporcionar-lhes as condições necessárias para o exercício de sua própria função.

¹²³⁰ O que revela franca postura decisionista, partindo da ideia de que sentença vem de *sentire*, conforme Flávio Mirza, que destaca que “qualquer pessoa minimamente esclarecida sabe que é possível conseguir argumentos para uma tese x ou y.” (MIRZA, Flávio. Valoração da Prova... *cit.*, p. 136.)

Desse modo, para que as suas decisões correspondam, tanto quanto possível, à verdade dos fatos, é preciso que sejam capazes de identificar os elementos relevantes para a configuração da ofensa imputada e que compreendam algumas premissas gerais relativas à apreciação racional da prova.

Um procedimento capaz de estimular o júri a decidir com racionalidade deve estar configurado de modo a satisfazer essas expectativas cognitivas. O conhecimento deve ser apresentado segundo uma dinâmica favorável à compreensão de indivíduos que não estão familiarizados com as formalidades e os rituais próprios do contexto judiciário, os quais dificultam essa experiência e deixam os cidadãos pouco confortáveis. O juiz, deste modo, deve cuidar para que os jurados sejam capazes de acompanhar o desenvolvimento dos atos na audiência, o que pode demandar que algumas instruções sejam fornecidas em momentos variados. Não obstante, duas são as ocasiões em que deverá o magistrado, necessariamente, apresentar instruções específicas: no início da sessão plenária, logo após formado o conselho de sentença e exortado o juramento solene; e ao final dos trabalhos, após os debates orais e antes da retirada dos jurados para a deliberação.

As instruções iniciais são as principais responsáveis por orientar o raciocínio dos jurados, já que lhes permite acompanhar a produção das provas tendo ciência de todo o contexto fático subjacente e das principais diretrizes para a interpretação e avaliação daquelas informações – o que lhes coloca em melhores condições para decidir com racionalidade. Têm como fim principal, portanto, contextualizar o júri sobre o fato que irão julgar, sobre a dinâmica do procedimento, sua função como jurado, algumas premissas de valoração da prova e uma breve noção sobre o que deve ser provado para a configuração do delito imputado.

São essas, portanto, as que se mostram mais relevantes para os escopos da presente pesquisa, motivo pelo qual lhes será dado maior destaque. No apêndice deste trabalho, buscou-se realizar um esboço das principais instruções a serem fornecidas pelo juiz quando da inauguração dos trabalhos, cuja construção parte de algumas das principais orientações extraídas do sistema norte-americano – adaptadas à dinâmica do modelo brasileiro segundo as propostas aqui delineadas. De qualquer modo, apresentam-se a seguir algumas de suas mais importantes premissas.

A apresentação do fato em julgamento deve ser feita em termos gerais, indicando-se o nome do acusado e de seu defensor, a infração penal na qual se considera incurso o réu, os nomes da vítima, do membro do Ministério Público e, se for o caso, do assistente da acusação. Em seguida, o juiz faria um breve relato dos fatos conforme a narrativa apresentada pelo

órgão acusatório, a fim de que os jurados possam compreender as circunstâncias da imputação e acompanhar os atos instrutórios que se realizarão em seguida.

O procedimento brasileiro de júri apenas estabelece que o magistrado deverá entregar aos cidadãos cópias da pronúncia e do relatório, conforme já discutido, partindo-se diretamente para o início dos atos instrutórios. Entretanto, essa apresentação oral é de grande relevância para favorecer a cognição. Da mesma forma, é interessante que se ofereça às partes (por meio de seus representantes) a oportunidade de se dirigir ao júri por um breve período de tempo, a fim de que apresentem as linhas gerais do que pretendem demonstrar por meio das provas que serão produzidas. Essa exposição, que teria lugar após as instruções iniciais do juiz, é fundamental para que os jurados tenham ciência das pretensões das partes, de modo que possam compreender a linha de argumentação adotada por cada uma delas e acompanhar o desenvolvimento dos trabalhos de forma mais atenta.

Quanto aos aspectos sobre o procedimento, deverá o magistrado informar sobre a ordem dos trabalhos, a duração prevista e os momentos de recesso, alertando-os sobre a possibilidade de interromper a sessão por alguns momentos em caso de necessidade. É nesse momento também que devem ser os cidadãos informados sobre seu direito de redigir perguntas por escrito às testemunhas, as quais passarão pelo crivo do juiz.

De suma importância para a garantia da racionalidade do veredicto são as instruções relativas à função dos jurados, especialmente sobre seu dever de decidir apenas com base no que houver sido apresentado em audiência. Sobre esse ponto, é interessante que o juiz cuide sempre de explicar o motivo de algumas das imposições: a compreensão de seus propósitos e das consequências de sua inobservância é fator que contribui para que sejam seguidas as orientações fornecidas. Nesse sentido, o juiz deve esclarecer que caso o júri decida com base em informações obtidas do exterior, seja advindas da imprensa, seja por quaisquer outras fontes, estaria sendo cometida uma grave injustiça. Em primeiro lugar, pois as informações podem não ser confiáveis, em segundo, pois as partes não terão tido a oportunidade de examiná-las e apresentar seu contraponto.

Paralelamente, são relevantes as instruções sobre a imparcialidade, no sentido de que a sociedade espera do júri uma decisão justa e imparcial com base nas provas, livre de quaisquer preconceitos acerca de questões como raça, classe social, religião, gênero, idade ou mesmo de influências da opinião pública. É preciso também que os jurados sejam informados sobre a impossibilidade de comunicação entre si – até o momento de deliberações – e com o exterior.

No que concerne às diretrizes para nortear a apreciação da prova, especial destaque

merece ser dado à presunção de inocência do acusado, o que impõe esclarecimentos quanto ao ônus probatório da acusação, quanto ao *standard* probatório aplicável e, eventualmente, quanto à impossibilidade de interpretar determinadas circunstâncias em prejuízo do réu (como a prisão ou medidas cautelares eventualmente impostas, a mera circunstância de estar sendo julgado, o silêncio do acusado durante o interrogatório, dentre outras).

O juiz deve esclarecer sobre o que, efetivamente, possui valor probatório, dentre todas as informações que lhes serão apresentadas na audiência. Deve deixar claro que o teor da narrativa acusatória, as insinuações eventualmente contidas nas perguntas de ambas as partes, ou mesmo no conteúdo de suas alegações orais, não se constituem como provas e, portanto, não podem ser considerados verdadeiros se não confirmados pelo conjunto probatório disponível. Essa advertência é especialmente necessária para proporcionar um equilíbrio entre acusação e defesa em plenário, evitando-se que o representante da acusação busque valer-se retoricamente da condição de “parte imparcial” para alinhar seus interesses com os da sociedade – e, conseqüentemente, aos do júri –, de modo a obter maior credibilidade em sua argumentação.

Paralelamente, são interessantes alguns alertas sobre a necessidade de que não formem seu convencimento antecipadamente, enquanto não tenham sido apresentadas todas as provas e manifestações das partes. O júri deve manter sua mente aberta para a consideração séria das informações e alegações da acusação e da defesa, certos de que lhes cabe a avaliação imparcial da credibilidade de cada elemento e que nenhuma prova possui, *a priori*, valor superior às demais.

Ao final dessas instruções preliminares, o magistrado deverá apresentar algumas informações sobre a definição jurídica do fato imputado, a fim de que os jurados possam saber quais são os elementos fáticos determinantes para a comprovação da prática criminosa. Essas instruções não pretendem ser exaustivas, nem intentam explorar demasiadamente os conceitos técnico-jurídicos correspondentes. Entretanto, a falta de uma contextualização mínima nesse sentido prejudica a efetividade da cognição: a falta da identificação prévia dos pressupostos fáticos considerados relevantes poderá fazer com que os jurados não lhes atribuam a devida atenção na medida em que as informações venham à tona no curso da instrução. Ademais, deve-lhes ser informado que os referidos pressupostos necessitam de comprovação além de qualquer dúvida razoável, a fim de que se possa afastar qualquer possibilidade concreta de inocência do réu.

Julga-se que as instruções iniciais sejam as mais importantes para a racionalização do juízo de fato, uma vez que são elas as capazes de contextualizar a recepção do conhecimento

com vistas a orientar diretamente a formação da convicção. As instruções finais, por outro lado, embora também de fundamental relevância, são fornecidas quando já encerrada a etapa instrutória e já apresentadas as alegações finais das partes, o que reduz sua eficácia como base de orientação para a cognição. Entretanto, adquirem especial relevância como mecanismo tendente a racionalizar as deliberações e a votação dos quesitos – motivo pelo qual se retornará a esse tema em seguida.

Para que se possa, de fato, garantir a efetividade dessa função de orientação ao conselho de sentença, é essencial que sejam conjugados os esforços dos diversos setores interessados¹²³¹ com vistas à elaboração de um manual prático direcionado aos magistrados, contendo as principais diretrizes para guiá-los na formulação das instruções (conforme as especificidades do caso concreto), além de alguns modelos gerais, previamente estabelecidos. O intuito desse trabalho de compilação (sujeito a constante aprimoramento) é, em um primeiro momento, o de assegurar que essas medidas de vital importância não acabem deturpadas pelos vícios da prática judiciária, ou esvaziadas por efeito da resistência dos atores processuais em incorporá-las. Paralelamente, também visam fixar um conjunto mínimo dos esclarecimentos gerais que devem ser apresentados aos jurados, além daqueles que se fazem indispensáveis na presença de algumas circunstâncias especiais do caso.

Os parâmetros contidos nesse manual serviriam apenas como diretrizes aos magistrados acerca da melhor forma de instruir os jurados sobre as diversas questões enfrentadas no curso de sua atividade. A busca por uma uniformidade das formulações, na medida do possível, é interessante para evitar qualquer suspeita de parcialidade sobre o juiz, no sentido de estar exercendo influência indevida sobre o conselho de sentença acerca dos elementos concretos do caso. Também nesse sentido, é indicado que a escolha ou formulação das proposições se realize em um ambiente de diálogo no qual as partes tenham a oportunidade de se manifestar previamente acerca de seu conteúdo, podendo requerer a supressão ou a alteração de alguns dos termos ou a inclusão de outros à luz das necessidades específicas.

¹²³¹ Como as entidades representativas da Magistratura, Defensoria Pública, Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil, além da essencial colaboração da academia. A responsabilidade pela elaboração, atualização e interpretação desse conteúdo poderia ficar a cargo do Conselho Nacional de Justiça

7.2.2. A proposição articulada dos fatos e elementos probatórios

Paralelamente às instruções, alguns mecanismos processuais podem ser úteis para estimular a compreensão dos jurados acerca das informações disponibilizadas no curso da sessão de julgamento, de modo que sejam capazes de memorizar os dados relevantes e que decidam de forma racional e equilibrada, com base em uma adequada apreciação dos elementos probatórios. A valoração da prova é tarefa complexa, especialmente em um contexto onde são fornecidas informações contraditórias em defesa de teses e pretensões conflitantes. Faz-se relevante, deste modo, a busca por técnicas e mecanismos capazes de oferecer melhores condições para seu desempenho segundo os critérios adequados de racionalidade.

Conforme discutido no capítulo próprio, a concepção racionalista da prova se coaduna, em maior medida, com um método atomista de valoração, segundo o qual cada elemento de prova deve ser avaliado individualmente a partir do efeito que exerce sobre os fatos contidos nas hipóteses sustentadas, no sentido de torná-los mais ou menos prováveis. Ao final, deve o julgador analisar o grau de corroboração que o conjunto probatório aporta a cada uma das hipóteses fáticas em conflito¹²³² para, à vista do *standard* aplicável, decidir qual delas está autorizado a considerar como verdadeira.

Entretanto, também a partir das considerações anteriores, verificou-se que o raciocínio usualmente empregado pelos jurados apoia-se no método holista, pelo qual procuram valer-se de estruturas narrativas com vistas a facilitar a compreensão dos fatos da causa. Deste modo, as informações recebidas são encadeadas em sequência temporal de modo a configurar-se como uma narrativa histórica, hábil a explicar os eventos em discussão. A prova é valorada, nesse contexto, em função do sentido que adquirem em meio à narrativa, e na medida em que correspondem às expectativas dos sujeitos segundo seu próprio estoque de conhecimentos e experiências pessoais. A decisão consiste na eleição da narrativa que apresente maior coerência interna e maior plausibilidade a partir do conjunto probatório.

O perigo dessa forma de raciocínio, conforme se destacou, reside no seu caráter profundamente intuitivo e subjetivo, em meio ao qual as interpretações e apreciações pessoais do julgador adquirem papel de destaque na avaliação da plausibilidade das hipóteses. Entretanto, nem sempre a história mais plausível e coerente é a verdadeira, de modo que o

¹²³² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración... cit.*, p. 91.

papel ativo exercido pelo sujeito na construção e interpretação dessas histórias pode ser responsável por gerar sérias distorções cognitivas indesejáveis.

O recurso às narrativas é estratégia persuasiva frequentemente utilizada pelos representantes das partes durante os debates, à qual os jurados se mostram bastante suscetíveis. Para tanto, buscam construir uma representação histórica convincente, com o apoio de algumas das provas disponíveis e de algumas generalizações do senso comum familiares ao cotidiano dos jurados. A ideia é que a narrativa construída se mostre capaz de fornecer uma explicação plausível para os fatos do caso do modo que melhor se adapte às suas pretensões. Não obstante, essa técnica acaba fazendo com que a análise dos jurados recaia sobre a própria história – em detrimento do conjunto probatório. Satisfaz-se com a sua consistência e com o fato de estar ancorada em alguns poucos elementos de prova. Ignora-se, contudo, que outros tantos elementos sejam capazes de infirmá-la e a conduzir a conclusões opostas – o que denuncia a fragilidade do raciocínio.

Desta forma, apesar de sua utilidade no contexto do júri, por sua capacidade de facilitar a compreensão do caso e a contextualização das informações recebidas, as narrativas são essencialmente perigosas na medida em que configurem estratégia persuasiva, uma vez que podem ser utilizadas para afastar os parâmetros lógicos de raciocínio, apelar para a emoção em vez da razão, e subverter o conteúdo dos princípios e convenções legais.¹²³³

Os efeitos deletérios dessa prática não podem ser evitados por completo, uma vez que as partes possuem legitimamente a prerrogativa de valerem-se do método narrativo e da retórica para a apresentação de seus argumentos e a sustentação de suas pretensões¹²³⁴. Igualmente, por certo, procurarão tirar proveito das informações apresentadas na fase instrutória do modo como lhes convier, ainda que por meio da exploração da prova em sua função persuasiva.

Assim, em contraposição a essa tendência, os esforços processuais devem estar orientados para impulsionar os jurados a raciocinar estritamente sobre o conjunto probatório disponível, fornecendo-lhes as bases para uma valoração racional.

Nesse ponto, a configuração atual do procedimento brasileiro de júri é especialmente deficiente, na medida em que consente que a sessão plenária seja tomada quase que inteiramente pelos debates orais, sem que sejam produzidas as provas na presença dos

¹²³³ TWINING, William. Narrative and Generalizations in Argumentation about Questions of Fact. In: _____. *Rethinking Evidence... cit.*, p. 336.

¹²³⁴ Cabendo ao juiz, entretanto, coibir eventuais abusos – sob a fiscalização atenta da parte contrária e até mesmo dos próprios jurados (conforme artigo 480, do Código de Processo Penal).

jurados. Nesta etapa, os oradores exploram livremente as provas produzidas em etapas anteriores no que tiverem de relevante para dar plausibilidade às suas narrativas. Uma vez que os jurados não terão conhecimento da completude do conjunto probatório – salvo pelo que lhes fora convenientemente apresentado – , não terão condições de avaliar qual das narrativas detém o maior suporte corroborativo.

A racionalização da atividade de valoração depende, pois, de mecanismos processuais capazes de estimular um raciocínio analítico a partir do conjunto probatório apresentado, com base no método atomista. Não se ignora a dificuldade e complexidade desse tipo de raciocínio, conforme já se ponderou anteriormente. Não obstante, algumas medidas podem servir como facilitadoras para esse tipo de compreensão.

Busca-se, nesse sentido, estabelecer uma dinâmica processual capaz de organizar de forma lógica o raciocínio dos jurados, tendo como premissa a necessária correlação entre fatos, provas e quesitos.

Para tanto, em primeiro lugar, parte-se da ideia esboçada há pouco acerca da estrutura de uma etapa preparatória. Conforme se destacou, devem ser indicados, precisamente, cada um dos elementos fáticos que se constituam como pressuposto necessário para a efetivação da responsabilização penal e da definição da sanção correspondente, além dos eventualmente apresentados pela defesa como integrantes das hipóteses defensivas alegadas – sobre todos os quais recairão os respectivos esforços probatórios. A especificação dos fatos deverá ser estruturada por meio de proposições individuais e distintas, cada uma das quais indicando um elemento fático que integra a hipótese sustentada e que se constitua como objeto de prova. Deve-se evitar, portanto, a estrutura narrativa que é tipicamente utilizada na elaboração da peça inicial acusatória.

Em segundo lugar, faz-se necessário estabelecer uma desejável previsibilidade¹²³⁵ – do ponto de vista do júri – acerca da atividade probatória a ser desenvolvida em plenário, a fim

¹²³⁵ Em pesquisas empíricas realizadas no contexto do sistema de júri anglo-americano, diversos jurados se queixaram da pouca informação que receberam no início do julgamento, relativas aos fatos e aos elementos jurídicos da classificação do delito. Segundo eles, nem sempre foi possível compreender a linha que seria adotada pela acusação a partir de suas alegações iniciais, de modo que assistiam à produção das provas sem saber bem o que deveriam considerar importante. Conforme conclui Yvette Tinsley: *“All of this suggests that more needs to be done to provide jurors with a coherent factual framework in the early stages of the trial and with a clear outline of the legal structure into which the facts must be fitted. At the least, this should include a written summary by the judge of the legal ingredients of the offence, the meaning of key legal terms and the standard opening directions on such matters as the burden and standard of proof. It should also include the provision by the Crown of lists of witnesses and exhibits and the charges to which they relate; flowcharts, diagrams and other visual material to put the case in context; and a written chronology of alleged events.”* (TINSLEY, Yvette. Juror Decision-Making: A Look Inside the Jury Room. In: TARLING, Roger. (ed.) *The British Criminology Conference: Selected Proceedings*. V. 4. London: The British Society of Criminology, 2001. Disponível em: <http://www.britsoccrim.org/publications/pbcc/>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.)

de que possa avaliar com clareza e objetividade o seu resultado. Desta forma, cada fato descrito nos termos acima deverá ser correlacionado com as provas que serão produzidas a fim de demonstrá-los. Paralelamente, cada prova que se pretende produzir deverá ter seu conteúdo especificado, indicando-se os fatos que por meio dela se pretende demonstrar.

Todas essas informações devem ser dispostas de forma ordenada, preferencialmente por meio da adoção de um sistema de formulários, a serem preenchidos pelas partes a partir de modelos previamente estabelecidos¹²³⁶. Nesse sentido, a ideia seria a compilação de um material informativo a ser entregue a cada jurado¹²³⁷, contendo os articulados das partes, com as informações sobre os fatos e as provas a serem produzidas; uma cópia das instruções preliminares lidas pelo juiz no início dos trabalhos – a fim de que possam ser consultadas em caso de dúvida ou quando julgarem necessário; além de outros documentos que

¹²³⁶ O método dos formulários foi proposto no Projeto de Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro, elaborado pelo Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, coordenado pelo Prof. Leonardo Greco. Conforme se extrai das justificativas do professor: “... são sugeridos modelos de formulários, a fim de propiciar a mais completa objetivação das questões fáticas e jurídicas constantes dos articulados iniciais e dos atos de proposição de provas (...), parecendo ao Grupo que a complementariedade desses formulários constituirá um mecanismo indispensável para o êxito do almejado procedimento bifásico e a melhoria da qualidade da cognição probatória.” E ainda: “A proposição de cada prova deverá ser correlacionada com os fatos que com ela se pretende demonstrar. Para auxiliar na objetividade das alegações e da proposição de provas, acompanharão a inicial e a contestação formulários que sintetizarão os elementos da demanda e os fundamentos da defesa, resumirão o conteúdo previsto de cada prova requerida, vinculando-a ao fato a que ela corresponde e apresentarão um índice dos documentos anexados”. (GRECO, Leonardo. *A Reforma do Direito Probatório... cit.*). Em meio à dinâmica processual inglesa também é comum o uso de formulários para os mais diversos propósitos e nas diversas etapas da persecução penal. No curso da etapa de preparação para o juízo oral, por exemplo, nos casos em que o acusado se declara inocente, as partes devem preencher um extenso formulário com os diversos aspectos do caso e de suas pretensões, a ser apresentado na audiência preliminar (*Plea and Trial Preparation Hearings*) de modo a facilitar o exercício da função de *case management*. Os principais formulários aplicáveis ao processo penal se encontram disponíveis em: <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/criminal/forms-2015#Anchor4>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

¹²³⁷ É prática habitual no procedimento inglês a disponibilização aos jurados de um material denominado *jury bundle*, o qual se consubstancia na reunião dos principais documentos do caso, desde cópia da peça acusatória e da manifestação defensiva, até fotos, mapas, diagramas e reprodução das evidências documentais sobre os quais as partes pretendem fazer referência ao longo do julgamento. Seu propósito é o de aprimorar a compreensão dos jurados, especialmente no momento em que esses documentos são citados no curso dos trabalhos, ocasião em que a página correspondente é informada para que possam acompanhar o raciocínio desenvolvido. Além disso, estão sujeitos a suplementação, caso necessário. Para mais informações sobre esse mecanismo, ver: MARDER, Nancy S. Two Weeks at the Old Bailey: Jury Lessons from England. *In: Chicago Kent Law Review*. v. 86, n. 2, 2013, p. 539-543. Prática semelhante é recomendada pela American Bar Association em seus princípios destinados a orientar a configuração dos sistemas de júri, no contexto norte-americano. Dentre as medidas inseridas em meio ao dever do tribunal e das partes no sentido de promover vigorosamente a compreensão dos jurados acerca dos fatos e do direito (Princípio n. 13), consta a seguinte indicação: “*B. Jurors should, in appropriate cases, be supplied with identical trial notebooks which may include such items as the court’s preliminary instructions, selected exhibits which have been ruled admissible, stipulations of the parties and other relevant materials not subject to genuine dispute. 1. At the time of distribution, the court should instruct the jurors concerning the purpose and use of their trial notebooks. 2. During the trial, the court may permit the parties to supplement the materials contained in the notebooks with additional material that has been admitted in evidence. 3. The trial notebooks should be available to jurors during deliberations as well as during the trial.*” American Bar Association. *Principles for Juries and Jury Trials*, 2005, p. 18. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>.

eventualmente se considere relevante disponibilizar aos cidadãos, como forma de auxiliá-los na compreensão dos fatos e dos atos instrutórios¹²³⁸.

Tais indicações, além de servirem como base para o juízo sobre a relevância das provas pretendidas, serão hábeis a proporcionar ao júri melhores condições para a compreensão do caso e das pretensões das partes¹²³⁹, além de contribuir para uma valoração racional dos elementos probatórios. Seria possível facultar às partes na abertura do juízo instrutório a possibilidade de apresentar oralmente suas pretensões, explicando nesse contexto a finalidade de cada elemento de prova proposto, e quais fatos serão demonstrados a partir dos mesmos, assim como sucede no contexto do procedimento espanhol¹²⁴⁰.

Ademais, a exposição detalhada dos fatos pelas partes também servirá como parâmetro para a elaboração dos quesitos pelo juiz. A quesitação deverá seguir o mesmo método analítico de proposições, uma para cada fato constante das hipóteses sustentadas pelas partes, sendo que para cada uma delas os jurados deverão responder se restaram provadas ou não provadas – conforme se discutirá com mais detalhes no tópico seguinte.

Pretende-se estabelecer, deste modo, uma correlação entre os fatos sustentados nas hipóteses, as provas que lhes correspondem, e os quesitos elaborados analiticamente a partir das proposições fáticas alegadas – aos quais o júri deverá responder se restaram demonstradas ou não. Espera-se que a proposta de uma atividade probatória estruturada a partir de uma

¹²³⁸ A inclusão de cópias de elementos de prova constantes dos autos, como laudos periciais, fotografias, mapas, diagramas, dentre outros documentos, estaria sujeita à análise da relevância de sua disponibilização aos jurados, sendo necessário à parte interessada demonstrar, à luz do contraditório, a necessidade de facilitar esse acesso na medida em que imprescindível para facilitar a compreensão de algum depoimento ou argumento a ser apresentado em audiência. A ideia, nesse sentido, não é transformar esse material em um novo processo físico, mas sim de tornar acessíveis aos jurados materiais sobre os quais se desenvolverão as argumentações das partes, de modo que sua análise concomitante à exposição oral seja essencial à compreensão de seu contexto e conteúdo.

¹²³⁹ Atentando-se para as dificuldades enfrentadas pelos jurados em compreender a dinâmica do procedimento, a matéria em discussão, os conceitos jurídicos empregados e os escopos perseguidos pelos representantes das partes ao longo da instrução probatória, Lord Justice Auld recomenda a implementação pelo sistema de júri inglês de mecanismos capazes de apresentar essas informações ao conselho de sentença logo no início dos trabalhos. Deste modo, sugere que as partes preparem um sumário dos fatos e das questões envolvidas no caso para uso do juiz e do júri, contendo, dentre outras questões: a natureza das acusações, os fatos em disputa e aqueles acordados e, paralelamente, uma lista com algumas das questões que deverão ser decididas pelos jurados, sem maiores referências ao direito aplicável. (Lord Justice Auld. *Review of the Criminal Courts of England and Wales*. Cap. 11, p. 521. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.criminal-courts-review.org.uk/chpt5.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2016.)

¹²⁴⁰ Conforme explica Raquel López Jiménez, “*Junto con la facultad que tienen las partes de explicar a los jurados el contenido de sus respectivos escritos de calificación tienen también el de explicar la finalidad de la prueba que han propuesto. Al igual que la ley encomienda a las partes ilustrar a los jurados del objeto del juicio, les encomienda que expliquen la finalidad de la prueba que han propuesto. Por tanto, las partes deben exponer a los jurados por qué han propuesto cada concreta prueba y qué hechos pretenden probar con ella.*” (LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel. *La Prueba en el Juicio por Jurados*. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000, p. 53.)

dinâmica mais lógica e racional seja capaz de estimular os jurados a raciocinar a partir desses mesmos critérios.

Essa estrutura também é capaz de favorecer e facilitar a valoração da prova a partir do método atomista, já que todos os pressupostos fáticos e as provas que lhes correspondem são apresentados aos jurados com base nessa configuração. Deste modo, ainda que as partes venham a estruturar suas alegações orais sob a forma de narrativas, os jurados já estarão com o foco direcionado para o conjunto probatório, de modo que dificilmente decidirão unicamente pela consideração da plausibilidade ou coerência interna dessas construções históricas. Da mesma forma, por estarem mais bem informados sobre os aspectos do caso e das pretensões das partes, restarão menos suscetíveis aos efeitos adversos das estratégias persuasivas dos oradores, tanto no momento da inquirição das testemunhas, como no dos debates.

Diante disso, a ideia é que a configuração proposta seja capaz de estimular o júri a confrontar as narrativas apresentadas pelas partes com o conjunto probatório disponível, de modo a aceitarem como verdadeira apenas aquela que estiver suficientemente ancorada nesses elementos. Isso é necessário para afastar uma das grandes distorções capazes de comprometer o raciocínio decisório, conforme as observações dos psicólogos holandeses capitaneados por Willem Wagenaar: o perigo de se criar uma ilusão de veracidade pela boa qualidade da história, a qual se mostre capaz de explicar os fatos, embora pouco ancorada nos elementos probatórios – por vezes até mesmo refutada por grande parte deles¹²⁴¹.

Paralelamente, a indicação detalhada pelo juiz, nas instruções iniciais, dos elementos fáticos essenciais para a configuração da infração penal, associada às manifestações das partes em forma articulada, correlacionando os fatos probandos com as provas correspondentes, contribuirá para evitar outra anomalia muito frequente em meio a essa atividade valorativa. Segundo os autores, é comum que se busque ancorar diversos aspectos da narrativa nas provas produzidas, mas não necessariamente aqueles considerados os elementos principais do tipo penal^{1242 1243}. Deste modo, as instruções do juiz também deverão ser claras sobre a

¹²⁴¹ Isso é muito comum, segundo eles, na medida em que as generalizações do senso comum ocupem o lugar da prova empírica na demonstração dos elementos essenciais para a classificação jurídica da infração. (WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit.*, p. 267 e ss.)

¹²⁴² WAGENAAR, Willem A. *Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning... cit.*, p. 272-273.

¹²⁴³ Na tentativa de evitar os efeitos prejudiciais destas e de algumas outras distorções comuns à valoração e à consequente decisão sobre os fatos, os autores trazem algumas diretrizes interessantes para orientar o raciocínio do julgador em meio a essa atividade, conforme se destacou no capítulo próprio. Entretanto, alguns presupõem um raciocínio que se julga demasiado complexo para o contexto do júri, além de adotarem como premissa a necessidade de que os juízes sejam motivados – o que não se pretende incorporar em meio às presentes

necessidade de que cada um deles tenha sido efetivamente demonstrado além de qualquer dúvida razoável para que possa ser considerada verdadeira a tese acusatória, o que se relaciona com a necessária instrução acerca desse *standard* probatório em termos objetivos.

7.2.3. A definição de um *standard* probatório em termos objetivos

A questão da previsão de um *standard* probatório para as decisões no âmbito penal merece especial consideração pela doutrina brasileira, especialmente no âmbito do júri por jurados. Essa preocupação insere-se no contexto das medidas destinadas a racionalizar a decisão do júri *ex ante*, ainda que, ao final, não se disponha dos meios hábeis a fiscalizar a correção dos raciocínios efetivamente empregados. Entretanto, como já sustentado, a falta desse efetivo controle posterior não deve desencorajar os esforços dirigidos a orientar os cidadãos acerca do rumo a ser seguido nesse processo de valoração.

É insuficiente, para esse propósito, que se instrua os jurados a decidir com base no emprego do brocardo “*in dubio pro reo*”, por seu caráter vago e extremamente subjetivo. No sistema brasileiro, onde se parte da aplicação dessa máxima, não há uma preocupação em se estabelecer (ou definir) o que seria uma dúvida favorável ao réu. Naturalmente, é totalmente improvável que se adquira um grau absoluto de certeza na reconstrução dos fatos a partir das provas, de tal modo que sempre haverá dúvida.

É preciso deixar claro para os jurados, no entanto, qual é a dúvida de que se fala, sendo insuficiente deixar essa interpretação para o plano psicológico e introspectivo. Conforme já se ressaltou, o preceito que estabelece que a superveniência de dúvida deve implicar em uma decisão que favoreça o réu não permite deduzir a exigência de maior solidez probatória para a condenação. Seu comando tem como pressuposto a existência de dúvida, de modo que é ineficaz para evitar os riscos de erro inerentes a um convencimento infundado: supondo-se que o jurado não esteja em dúvida, mas que tenha se convencido da culpa do acusado, não se disporá de critérios para norteá-lo sobre a solidez exigida para que possa decidir pela condenação. Desta forma, faz-se necessário estabelecer quando está o jurado autorizado a considerar provada a hipótese fática acusatória ou, em outros termos, quando se pode considerar superada a presunção de inocência do acusado.

propostas, pelos motivos que serão expostos no tópico seguinte. Não obstante, seu conteúdo poderá se mostrar bastante útil para orientar a elaboração das instruções aos jurados. (Ver tópico 2.2.2.)

Conforme Tuzet, é comum definir-se filosoficamente o conhecimento como crença verdadeira e justificada. Deste modo, compõe-se necessariamente de uma condição subjetiva (a crença), uma objetiva (a verdade), e uma intersubjetiva (a justificação).¹²⁴⁴ A prova, nesse sentido, configura-se como a justificação da crença. Entretanto, na medida em que se dispõe, no processo, de provas capazes de apoiar ambas as hipóteses, e em sendo desconhecida a condição objetiva (a verdade), faz-se necessário estabelecer um critério capaz de definir quando a crença é justificada, ou seja, quando se está autorizado a crer em determinada hipótese, o que demanda a fixação de um *standard* probatório.

Uma vez que se pretende afastar das concepções subjetivas de verdade, as quais vinculam-na a critérios subjetivos de convicção, deve-se buscar uma definição do *standard* em termos objetivos, claros e precisos¹²⁴⁵, sem qualquer alusão à ideia de crença ou certeza. Isso porque, no contexto do processo, para o qual interessa a verdade objetiva, é irrelevante a opinião pessoal de quem julga, mas sim o que a comunidade relevante reconhece como justificação, de modo que venha o *standard* a definir os termos dessa condição intersubjetiva do conhecimento¹²⁴⁶. Deste modo, o seu conteúdo deve ser estabelecido no contexto das práticas sociais vigentes e segundo os bens jurídicos impactados, a partir da lógica da distribuição entre as partes das chances de erro.

Nesse sentido, seria possível utilizar um *standard* como o anglo-americano, de prova “além da dúvida razoável”. O importante, entretanto, é que o juiz oriente os jurados, de forma didática e compreensível, acerca da forma adequada de se interpretar o conceito de dúvida razoável e sobre como aplicar esse parâmetro de decisão, esclarecendo-lhes sobre a importância de buscarem unicamente na prova a fonte de seu convencimento. Deste modo, ainda que não se possa ignorar a dificuldade enfrentada pelos jurados a aplicar de forma adequada esses critérios, como aponta Damaška, as instruções do juiz servem para induzir os cidadãos a refletirem se suas crenças são capazes de resistir ante a um exame racional. Conforme o autor, essa reflexão lhes induzirá a confrontar as conclusões suportadas por suas crenças subjetivas com as conclusões impostas por uma análise imparcial da prova, de modo que a decisão pode emergir da tentativa de encontrar um equilíbrio entre essas duas

¹²⁴⁴ TUZET, Giovanni. *Filosofia... cit.*, p. 72-73.

¹²⁴⁵ O epistemólogo Larry Laudan já alertou para as inconveniências de se estabelecer o *standard* probatório em termos subjetivos e ambíguos. Cf. LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba... *cit.*, *passim.*; e _____. *Verdad, error y proceso penal... cit.*, p. 59 e ss.

¹²⁴⁶ TUZET, Giovanni. *Filosofia... cit.*, p. 73.

situações.¹²⁴⁷

Todas essas medidas e mecanismos ora propostos direcionam-se, conforme se espera, ao propósito de tornar mais racionais e objetivas as operações mentais realizadas pelos jurados quando da valoração da prova e da reconstrução dos fatos, de modo que a decisão obtida corresponda o mais próximo quanto possível à verdade fenomênica. Entretanto, para que se possa alcançar, de fato, uma desejável intersubjetividade no resultado dessa apreciação, é essencial que se considere com seriedade o estabelecimento de uma etapa deliberativa entre os jurados no procedimento brasileiro.

7.2.4. A previsão de um momento deliberativo entre os membros do conselho de sentença e a exigência de margem mais segura de votos para a condenação

Assim como previsto originalmente no PL n. 8.045/2010¹²⁴⁸, considera-se necessário o estabelecimento de uma etapa deliberativa entre os cidadãos¹²⁴⁹, no momento anterior à votação dos quesitos, para o fim de que sejam as decisões do júri mais racionais e democráticas. Essa proposta encontra profunda resistência em meio à doutrina tradicional brasileira, motivo pelo qual deve-se buscar desconstruir algumas premissas.

Conforme já destacado, a incomunicabilidade do conselho de sentença foi uma medida imposta no contexto de uma ideologia autoritária, inerente ao período ditatorial vivenciado¹²⁵⁰. Não obstante, até hoje é considerada providência de especial relevância para assegurar que os jurados decidam em conformidade com sua consciência¹²⁵¹ e, deste modo,

¹²⁴⁷ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. cit., p. 36-37.

¹²⁴⁸ “Art. 398. Não havendo dúvida a ser esclarecida, os jurados deverão se reunir reservadamente em sala especial, por até 1 (uma) hora, a fim de deliberarem sobre a votação. Parágrafo único. Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que todos se retirem, permanecendo no recinto somente os jurados.” Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=10A8D7F5014151A686FBDD38617F5A31.proposicoesWebExterno2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 19 de dezembro de 2016.

¹²⁴⁹ Não obstante, acredita-se não ser adequado limitar ao período de uma hora a duração dessas deliberações, conforme disposto no referido projeto. Uma vez que as votações ocorrerão fora desse contexto, é até razoável estabelecer um período para a duração do ato. Entretanto, uma vez que as partes possuem, em regra, o período de uma hora e meia cada para as alegações finais orais, além do período de uma hora para réplica e outro tanto para tréplica, seria razoável a previsão de um lapso mais extenso para as deliberações: cerca de três horas.

¹²⁵⁰ Cf. RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri...* cit., p. 85 e ss.

¹²⁵¹ Segundo Hermínio Marques Porto, deve ser entendida como “garantia à ausência de interferência de um jurado na formação de convicção de outro”. (PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 326.) Da mesma forma,

garantir a justiça das decisões.

Nesse sentido, os defensores da medida¹²⁵² alegam potencial prejuízo à íntima convicção caso se permitisse a comunicação entre os membros do conselho de sentença, a qual, supostamente, abriria espaço para que jurados mais articulados convencessem os demais a mudar de opinião. Supõe-se, ainda, que a oportunidade de discussão prévia do caso pelos membros do júri seria contrária ao preceito constitucional que garante o sigilo das votações.

No quadro das proposições aventadas por meio do presente trabalho, considerando-se que a função do júri consiste, em tese, no julgamento dos fatos, o que importa não é assegurar que o veredicto esteja em conformidade com a consciência dos jurados, mas sim que suas premissas fáticas correspondam à verdade, sem o que se estará diante de uma substancial injustiça.

Nesse sentido, somente seria razoável defender a incomunicabilidade do júri e, conseqüentemente, a preservação da íntima convicção dos jurados, caso se parta do pressuposto de que os cidadãos são, essencialmente, bons julgadores, e que sua decisão individual será necessariamente desvinculada de suas preferências pessoais, estigmas e preconceitos¹²⁵³ – o que não se pode garantir. Em outras palavras, sustentar a manutenção da incomunicabilidade implicaria assumir que a aferição da maioria simples das convicções formadas individualmente é método mais seguro e, portanto, com maior probabilidade de acerto, do que o da decisão tomada após uma deliberação coletiva¹²⁵⁴.

Como esclarece Damaška em referência ao júri anglo-americano, os jurados não correspondem à imagem dos cidadãos de Rousseau, em busca da “vontade geral”: eles não

conforme Aramis Nassif: “... preservados o sigilo das votações e a incomunicabilidade dos jurados, evita-se a influência entre os julgadores de fato. Isto é, a contaminação da vontade do jurado, já intimamente convicto, é evitada. Poupa-se-lhe, inclusive, de sofrer a influência da ‘lei do mais forte’, da ditadura do intelectual, da sedução e de tantas outras hipóteses opressivas possíveis de ocorrer sob o regime anglo-americano.” (NASSIF, Aramis. *Júri: Instrumento... cit.*, p. 150.)

¹²⁵² Veja-se, por exemplo: PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimentos... cit.*, p. 44 e 326; NASSIF, Aramis. *Júri: Instrumento... cit.*, p. 149-150; ZOMER, Ana Paula. Tribunal do júri e direito comparado: sugestões para um modelo brasileiro. *Boletim IBCCRIM*. N. 95, 2000. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2375-Tribunal-do-juri-e-direito-comparado---%20Sugestoes-para-um-modelo-brasileiro. Acesso em: 13 de dezembro de 2016; TASSE, Adel El. *O novo rito do tribunal do júri: em conformidade com a Lei 11.689/2008*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 100; LOPES FILHO, Mário Rocha. O tribunal do júri e algumas variáveis potenciais de influência. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 31.

¹²⁵³ Essa ponderação é feita por Eric Jasper, que procura desconstruir a ideia de que os cidadãos são bons julgadores para, então, defender a deliberação como método mais seguro para assegurar a justiça das decisões do júri. JASPER, Eric Hadmann. A Ausência de Deliberação no Tribunal do Júri Brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*. v. 878, 2008, p. 455-470. No mesmo sentido, ver: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Tribunal do Júri na Justiça Criminal Brasileira: Críticas e Propostas de Reforma para a Restituição de sua Função de Garantia no Processo Penal Democrático. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 13, 2014, p. 915.

¹²⁵⁴ JASPER, Eric Hadmann. A Ausência de Deliberação... *cit.*

decidem na privacidade e no isolamento de seus próprios pensamentos. Afinal, trata-se de uma instituição do júri e não de uma instituição do jurado: espera-se que o veredicto emergja de um intercâmbio ativo entre cidadãos iguais trabalhando para solucionar suas divergências.¹²⁵⁵

No Brasil, ao contrário, prioriza-se a convicção individual¹²⁵⁶, como se, conforme Rousseau, a “vontade geral” obtida pela maioria dos votos correspondesse necessariamente à melhor solução, à resposta correta¹²⁵⁷. Ocorre que, ainda que sejam os cidadãos bons julgadores, vale repetir, não há garantia de que decidirão segundo a verdade, e não segundo suas preferências ou preconceitos¹²⁵⁸.

Nesse sentido, um debate franco e equilibrado entre posições antagônicas é uma forma muito mais própria para o alcance de uma decisão racional e ponderada, assim como a deliberação pública é uma das mais relevantes condições para a legitimidade de uma decisão no contexto democrático. A analogia é interessante para que se possa compreender a deliberação como fator de racionalização da decisão no contexto de um processo democrático.

O ideal da democracia deliberativa não apenas sugere que as decisões devam derivar da vontade coletiva de seus membros, mas também insiste em alocar em primeiro plano a própria dinâmica do processo de tomada de decisão, a partir da fundamentação pública por seus membros.¹²⁵⁹

A deliberação que aqui se mostra relevante não resulta de um processo agregativo das preferências fixas, onde as partes se organizam para satisfazer preferências individuais, mas de um processo de comunicação que antecede e auxilia a própria formação da vontade dos

¹²⁵⁵ DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift. cit.*, p. 37.

¹²⁵⁶ “Apesar de algumas similitudes não essenciais, os dois sistemas divergem frontalmente num ponto: enquanto no sistema brasileiro os jurados devem manter a incomunicabilidade e não trocam reflexões sobre a prova e as teses de defesa e acusação, no sistema norte-americano o Conselho de Sentença se reúne para deliberação a portas fechadas, o que poderá perdurar por algumas horas ou dias, onde discutirão sobre o veredicto que deverá ser unânime; após a reunir-se o Conselho, ninguém mais tem permissão para entrar na sala de deliberação dos jurados, eis que terão que chegar ao veredicto, discutindo, entre si, as provas e teses produzidas durante os debates. A diferença é relevantíssima: enquanto no brasileiro a decisão é manifestamente individualizada e totalmente secreta, no modelo norte-americano é coletiva e resulta de uma socialização da decisão entre os jurados, o que confere a este segundo modelo um viés democrático não encontrado no nosso.” (SANTOS, André Leonardo Copetti. *A Incompatibilidade... cit.*, p. 44.)

¹²⁵⁷ “If, when the people, being furnished with adequate information, held its deliberations, the citizens had no communication one with another, the grand total of the small differences would always give the general will, and the decision would always be good.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *On The Social Contract*. London: Dover Thrift, 2003, p. 18.)

¹²⁵⁸ JASPER, Eric Hadmann. *A Ausência de Deliberação... cit.*

¹²⁵⁹ BUTTON, Mark. RYFE, David M. What can we learn from the practice of Deliberative Democracy? In: GASTIL, John. LEVINE, Peter. *The Deliberative Democracy Handbook: Strategies for Effective Civic Engagement in the Twenty-First Century*. São Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 20.

cidadãos.¹²⁶⁰ Conforme Gastil, quando pessoas deliberam, elas cuidadosamente examinam um problema e chegam a uma bem fundamentada solução após um período de consideração atenta de diversos pontos de vista.¹²⁶¹

O conceito de deliberação dentro da teoria democrática pode comportar diferentes significações, sendo as duas principais: aquela que prioriza o momento de tomada de decisão e dentro da qual mecanismos como o voto têm especial destaque¹²⁶²; e aquela que enxerga no processo comunicativo que precede a decisão a verdadeira razão de sua legitimidade¹²⁶³.

No entanto, a legitimidade de uma decisão não se satisfaz meramente por traduzir a vontade da maioria, como consequência do voto. Considerando-se a importância do processo de amadurecimento das convicções pessoais por meio do intercâmbio de distintos pontos de vista, o cidadão somente estaria hábil a se dizer detentor de uma opinião após ser confrontado pelos demais argumentos¹²⁶⁴.

No júri, a fase comunicativa das deliberações é importante para sedimentar o entendimento dos jurados acerca das provas apresentadas, constituindo-se como um momento pelo qual seus membros são chamados a testar o acerto e a força de suas próprias convicções, de modo que a decisão seja produto de uma razão coletiva. Por meio do diálogo os mesmos irão fundamentar e exteriorizar suas impressões sobre os fatos objeto do processo, evitando o arbítrio e qualquer decisão estigmatizada¹²⁶⁵.

É nesse sentido que se pode aludir a um valor epistêmico das deliberações, diante de seu potencial de aprimorar a qualidade das informações e argumentos que servirão de base à decisão. Além disso, o ato é importante como parte de uma concepção de justiça que busca

¹²⁶⁰ FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. *Lua Nova*. São Paulo, n. 50, p. 47-68, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452000000200004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 de abril de 2015.

¹²⁶¹ GASTIL, John. *Political Communication and Deliberation*. Los Angeles: Sage Publications, 2008, p. 8.

¹²⁶² A exemplo da posição de Rousseau, acerca da vontade geral. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *On The Social Contract... cit., passim*.)

¹²⁶³ Três expoentes dessa concepção são Jürgen Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997), Joshua Cohen (COHEN, Joshua. *Deliberation and democratic legitimacy*. In: BOHMAN, James. REHG, W. *Deliberative Democracy*. Cambridge: MIT Press, 1989) e James Bohman (BOHMAN, James. *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2000).

¹²⁶⁴ Em outras palavras: “você sabe o que quer somente após saber o que os outros querem e após saber e considerar as razões pelas quais esses outros baseiam suas preferências. Em termos práticos, saber sobre as preferências dos outros e suas razões para sustentá-las pode encorajar a formação e clarificação da própria preferência pessoal na matéria que se encontra em deliberação conjunta.” Tradução livre. OFFE, Claus. *Crisis and Innovation of Liberal Democracy. Can Deliberation be Institutionalized?* In: *Czech Sociological Research*. v. 47, n. 3, 2011, p. 447-472.

¹²⁶⁵ RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 87.

restringir a autoridade dos jurados ao exigir que as convicções sejam justificadas por meio de razões aceitáveis para os cidadãos investidos no poder de decisão, ainda que fora do alcance e conhecimento dos demais¹²⁶⁶.

Conforme Bohman, o processo deliberativo força o cidadão a justificar suas decisões e opiniões argumentando em termos racionais de um modo que todos possam concordar dentro de um debate público. Como resultado, a decisão coletiva subsequente deve, de alguma forma, ser passível de fundamentação pública por argumentos racionais, considerados aqueles razoáveis a todos os participantes do processo de deliberação.¹²⁶⁷

Ademais, esse processo comunicativo pode se mostrar favorável para combater certas distorções típicas dos processos cognitivos, comuns ao processo de tomada de decisão em diversos contextos.

Um desses fenômenos, conhecido como avareza cognitiva¹²⁶⁸, aponta que as pessoas não querem gastar mais energia mental do que é necessário para tomar uma decisão, motivo pelo qual tentam simplificar o máximo possível na hora de organizar seu pensamento social. No entanto, essa simplificação exagerada leva a pensamentos equivocados, estereotipados por preconceito e discriminação.¹²⁶⁹ Nesse sentido, mostra-se extremamente perigosa a sistemática adotada pela legislação brasileira acerca do método de decisão, com base na simples indicação de respostas “sim” ou “não” para os quesitos formulados, sem que se proporcione previamente um momento para troca de impressões entre os jurados ou um mecanismo pelo qual se possa conhecer os seus fundamentos. Estimula-se, desse modo, a votação apressada e irreflexiva, sem maior engajamento na consideração e análise das provas e argumentos propostos pelas partes¹²⁷⁰.

¹²⁶⁶ ERASTUS-OBILO, Bethel G. A. *Reason Curve, Jury Competence, and the English Criminal Justice System: The Case for a 21st Century Approach*. Boca Raton: Universal Publishers, 2009, p. 157.

¹²⁶⁷ BOHMAN, James. *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2000, p. 5.

¹²⁶⁸ O conceito, de acordo com Andrew Colman, foi introduzido pelo jornalista norte-americano Walter Lippmann em seu livro *Opinião Pública* em 1922, e faz menção a uma interpretação de estereótipos como mecanismo psicológico que visa economizar o tempo e esforço gastos no processamento de informações por meio da simplificação da realidade social, que de outra forma oprime as nossas capacidades cognitivas com a sua complexidade. (COLMAN, Andrew M. *A Dictionary of Psychology*. 3 ed. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 145.)

¹²⁶⁹ RYFE, David M. Does Deliberative Democracy Work? In: *Annual Review of Political Science*, v. 8: 49-71, New York: Oxford University Press, 2005, p. 51.

¹²⁷⁰ No mesmo sentido, destaca Chaves: “Entende-se que a falta de discursividade prejudicaria a compreensão do procedimento e das teses de defesa e acusação. O simples ‘sim’ ou ‘não’ do voto sem fundamento, ou seja, sem comunicação pode representar o descaso dos jurados que desejam apenas acabar com ‘aquilo’ de qualquer forma. Como descobrir se houve desídia dos jurados com a blindagem da proibição da comunicação e da falta de fundamentação? Quem poderia afirmar que o ‘sim’ ou ‘não’ dos votos representaria a compreensão exata das

Além disso, são também bastante comuns nesse processo de decisão os recursos heurísticos tendentes a abreviar o raciocínio. Em poucas palavras, a ideia é que, em qualquer situação, as pessoas vão raciocinar usando sinais de informação. Em vez de receber e avaliar todas as informações relevantes, os indivíduos tomam um atalho de informações, para simplificar o julgamento. Quando diante de questões de difícil decisão, as pessoas normalmente fazem substituições por questões mais fáceis a fim de buscar soluções viáveis, embora por vezes incorretas. Algumas pesquisas mostraram que os cidadãos fazem julgamentos precipitados baseados na identificação da parte, ideologia, influência da mídia, raça, dentre outros.¹²⁷¹

Essa constatação é bastante aplicável ao júri, já que os preconceitos de raça, classe social, antecedentes criminais, influência da mídia e a própria condição de acusado costumam influenciar a decisão dos jurados, o que é causa de grande preocupação. Diante disso, um procedimento tendente a vincular o júri a uma análise mais aprofundada das provas e dados concretos parece interessante, ainda que não seja possível eliminar totalmente os riscos dessas distorções.

Independente de sua precisa formulação, a dinâmica do processo deliberativo, nos moldes previstos para as decisões no âmbito político, pode também ser colocada em prática para nortear a formação das decisões do conselho de sentença no Tribunal do Júri¹²⁷².

teses ou provas postas em plenário? Sem fundamentação ou comunicação, isso é impossível de ser detectado.” (CHAVES, Charley Teixeira. *O povo... cit.*, p. 351.)

¹²⁷¹ RYFE, David M. *op. cit.*, p. 55

¹²⁷² A partir da análise de John Dewey sobre como as pessoas raciocinam através dos problemas (DEWEY, John. *How we Think*. Mineola: Dover Publications, 1997.), Gastil e Black buscam traçar por meio de cinco etapas o aspecto analítico das deliberações em geral, o que é posteriormente contextualizado para adaptar-se às peculiaridades de uma deliberação entre jurados. (GASTIL, John. BLACK, Laura W. *Public Deliberation as the Organizing Principle of Political Communication Research*. In: *Journal of Public Deliberation*. V. 4: n. 1, 2008, Art. 3, p. 3-4.) Primeiramente, a deliberação começa com a criação de uma base sólida de informações para certificar-se que os participantes compreendem a natureza do problema em questão. Cumpre-se reunir e considerar todas as informações acerca dos fatos obtidos por meio dos testemunhos e das demais provas levadas ao conhecimento dos jurados. Nesse processo, devem os membros do júri esforçarem-se para excluir desse contexto suas experiências pessoais, pré-julgamentos e preconceitos (Idem, p. 20). Para tanto, a proposta de apresentação pelas partes dos articulados e formulários com indicações dos fatos probandos e as provas correlatas, associados às instruções finais fornecidas pelo juiz presidente, serão mecanismos de grande valia. Em segundo lugar, os participantes devem identificar e priorizar os valores fundamentais em jogo. Para isso, é importante levar em conta uma vasta gama de valores a fim de considerar plenamente os interesses das diferentes pessoas afetadas pela questão a ser deliberada (Idem, p. 3). Conforme Gastil e Black, os mesmos já são bem definidos no caso do júri, quais sejam, a garantia da justiça e do Estado de Direito (Idem, p. 20). Em terceiro lugar, os participantes identificam uma ampla gama de soluções possíveis para a questão, as quais, no contexto ora em análise, serão os quesitos fornecidos pelo magistrado como base para o veredicto. Em regra, à luz da disposição constante do PL n. 8.045/2010, os quesitos serão lidos ao júri pelo magistrado, o qual prestará esclarecimentos acerca do significado de cada um antes que seus membros se retirem para as deliberações (Conforme artigos 397 e 398, do PL n. 8.045/2010). Preferencialmente, seria relevante que dispusessem, ainda, de uma cópia escrita de seus termos, a fim de evitar que a dificuldade de memorização constitua óbice à consideração atenta de seu conteúdo. Em quarto lugar, os participantes devem ponderar cuidadosamente as

Para estabelecer um rigor quanto ao método a ser utilizado nas deliberações e a fim de auxiliar na formação da cadeia de raciocínio adequada ao caso, interessante se faz a elaboração do questionário a partir de um método semelhante ao espanhol, por meio do qual submete-se ao júri um rol com todos os fatos alegados pela acusação e pela defesa – para que analisem se cada um deles restou provado ou não. Esse questionário deverá ser lido aos jurados pelo juiz presidente, antes de sua retirada para as deliberações. Adicionalmente, importa que uma cópia escrita lhes seja entregue para nortear as discussões.

Tal mecanismo favorece o desenvolvimento de um raciocínio apurado, em conexão com as provas produzidas. Consequentemente, reduz-se a incidência dos julgamentos superficiais e em bloco, por meio de atalhos de informação, típicos dos “avarentos cognitivos”. Além disso, de suma importância são também as instruções finais do juiz, anteriores à etapa deliberativa – especialmente aquelas que definem o *standard* probatório aplicável, as quais deverão guiar os jurados no curso desse processo.

Ademais, não havendo a necessidade de se atingir a unanimidade, não há que se falar em pressões ou influências indevidas de um jurado sobre o outro, visto que cada um tem o direito de manter-se firme em suas convicções. É certo, entretanto, que a falta desse requisito poderá dificultar o engajamento dos cidadãos na defesa de seus pontos de vista, considerando-se que a votação se desenvolverá independente do resultado das discussões.

Por outro lado, não é demais voltar a sustentar que a previsão de um momento deliberativo não é capaz de ofender o princípio constitucional do sigilo das votações¹²⁷³. Encerradas as deliberações, os jurados retornariam à presença do juiz e dos representantes das

possíveis respostas alternativas às questões colocadas pelo juiz, sopesando todas as informações conflitantes recebidas e as implicações entre as soluções identificadas, aplicando sistematicamente os seus conhecimentos e métodos de raciocínio para a análise de cada alternativa. Um grupo terá de fato deliberado a este respeito se enfrentou as implicações inerentes às diferentes opções (reconhecendo que nenhuma solução é perfeita), e tentou lidar com dados e informações conflitantes (Idem, p. 3). Cumpre-se ao júri verificar se a prova suporta ou refuta cada uma das alternativas constantes nessas proposições fornecidas pelo juiz. Finalmente, os jurados devem chegar à melhor decisão possível, aplicando os *standards* da prova além da dúvida razoável e outros critérios apropriados (Idem, p. 20). Outro fator importante mencionado por Gastil e Black se refere ao processo social da deliberação. Neste aspecto, exsurge a necessidade de assegurar uma igualdade de oportunidades de manifestação durante a deliberação, de modo que todos os pontos de vista sejam analisados. Para isso, mais importante ainda é garantir que todos compreendam o que está sendo discutido. As manifestações devem se dar de uma forma que todos possam entender e, a partir daí, todos têm a obrigação de considerar cuidadosamente o que está sendo dito. (Idem, p. 3-4.) Finalmente, o processo deliberativo exige dos participantes a manutenção de um grau de respeito por si mesmos e seus colegas participantes, reconhecendo uns aos outros como indivíduos competentes e sinceros, ainda que discordarem acerca dos fatos do caso ou da interpretação e aplicação dos estatutos legais pertinentes. (Idem, p. 19-20)

¹²⁷³ Conforme paulo Rangel, “há uma enorme confusão entre a incomunicabilidade e o sigilo do voto. O sigilo visa evitar que se exerça pressão sobre a votação dos jurados, seja com perseguições, ameaças, chantagens, vantagens ou qualquer outro expediente que possa perturbar a livre manifestação do conselho de sentença. (...) O sigilo, portanto, é externo, para o público e para as partes, não, necessariamente, entre os jurados.” (RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 82-83.)

partes para proceder à votação dos quesitos, o que seria feito de modo sigiloso. Ademais, a oportunidade de discussão do caso não enseja a necessidade de exteriorização da convicção final de cada membro, apenas permite a troca de impressões para que decidam após uma reflexão mais aprofundada. Frisa-se, não obstante, que as deliberações também estariam protegidas pelo sigilo externo, sendo vedada a divulgação do conteúdo das discussões por seus membros. Sobre esse ponto, ademais, é interessante frisar que a mesma preocupação ostentada pelo sistema brasileiro com a proteção do sigilo das votações – e, da mesma forma, com o sigilo da própria convicção por meio da imposição da incomunicabilidade – é compreendida no âmbito da *common law* por meio do sigilo imposto sobre as deliberações dos jurados, o qual se reveste de importância sacramental naquele contexto.

Assume-se que esse processo deliberativo será capaz de fazer com que os jurados submetam suas convicções à prova, na medida em que serão levados a fundamentá-las perante seus pares, ao mesmo tempo em que deverão estar abertos a considerar outras posições e argumentos. Nesse contexto, as conclusões apoiadas em apreciações subjetivas terão sua fragilidade demonstrada na medida em que confrontadas com as que se fizerem apoiar numa apreciação racional da prova. Ao final, a decisão alcançada como resultado desse processo deliberativo poderá ser considerada uma decisão mais representativa¹²⁷⁴ e fundamentada, embora não venham a ser tais fundamentos publicizados.

Uma última questão que merece ser debatida, no contexto das medidas propostas para aproximar a decisão do júri à verdade dos fatos, refere-se à composição do conselho de sentença, assim como o número de votos necessários para autorizar a condenação do acusado. Mais propriamente, as questões relativas ao quórum de votação inserem-se no contexto daquelas medidas voltadas para a distribuição do erro¹²⁷⁵, segundo os critérios de política criminal adotados.

Nesse sentido, em sendo a proteção do inocente um compromisso necessariamente assumido por um Estado Democrático de Direito, deve-se buscar mecanismos capazes de evitar ao máximo as chances de condenações equivocadas, mesmo que se assumam, em contrapartida, o risco de absolvição de eventuais culpados. Essa é a orientação ideológica que se encontra por trás da adoção de *standards* de prova mais rigorosos para condenação. É também por tal motivo que se mostra insatisfatória a previsão de uma simples maioria de

¹²⁷⁴ “No júri, quanto maior for a discussão da causa, mais representativa será a decisão dos jurados.” (RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 88.)

¹²⁷⁵ Conforme a classificação a que se refere Laudan, segundo o grupo de valores que orientam os sistemas de justiça penal e que determinam a configuração do respectivo modelo de processo. (LAUDAN, Larry. *Verdad, error... cit.*, p. 21 e ss.)

votos como apta a determinar a condenação do acusado, nos moldes previstos pela legislação processual brasileira. Não há como se desconsiderar que um panorama de quatro votos contra três, no contexto de um corpo de jurados que não deliberam entre si, é a mais clara expressão do que se compreende como dúvida razoável¹²⁷⁶, por meio da qual se mostra injustificada a imposição de um decreto condenatório.

Em primeiro lugar, uma vez que os cidadãos que compõem o júri devem representar uma micrografia da comunidade na qual o acusado está inserido, de modo a que seja julgado verdadeiramente por seus pares, é preciso que haja uma verdadeira representatividade para que os mais diversos pontos de vista estejam inseridos no momento da deliberação¹²⁷⁷, o que põe em relevo a reflexão sobre o número ideal de integrantes e sobre o processo pelo qual serão os cidadãos selecionados.

Embora não tenha sido o processo de seleção dos jurados objeto de considerações no contexto do presente trabalho, deve-se frisar a importância de se reconsiderar a sistemática atual, a qual se mostra inapta para proporcionar uma desejável representatividade do conselho de sentença. Não se pode deixar de considerar, nesse sentido, que o procedimento de *voir dire*, pelo qual são selecionados os jurados no âmbito do júri anglo-americano, se revela como um importante instrumento de racionalização das decisões naquele contexto¹²⁷⁸.

¹²⁷⁶ “A condenação por 4 x 3 é a própria expressão da dúvida e jamais poderia ser admitida.” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *A Questão... cit.*, p. 25.)

¹²⁷⁷ Embora não tenha sido objeto das considerações do presente trabalho, não se pode deixar de considerar que o processo de seleção de jurados, da forma como prevista pelo Código de Processo Penal e da forma como concretizado na prática, é extremamente incapaz de conduzir a uma composição minimamente representativa, motivo pelo qual merece ser objeto de reavaliação. Em um primeiro momento já se pode identificar um problema na dificuldade de se estabelecer o que seja ao certo a notória idoneidade exigida pela lei. Conforme Streck, a noção do que seja um cidadão de notória idoneidade passa necessariamente por uma definição persuasiva que expressa as crenças valorativas e ideológicas do juiz que escolhe os jurados e da sociedade na qual estão inseridos. (STRECK, Lênio. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 145.) Sendo assim, deve-se evitar qualquer escolha preconceituosa e que reflita algum tipo de segregação de determinado grupo ou classe social. O que a prática tem demonstrado, por sua vez, é o total desvirtuamento do caráter democrático do júri, uma vez que os jurados acabam por representar segmentos bem definidos da sociedade, como servidores públicos, aposentados, donas de casa, estudantes de direito, ou seja, como bem pontuou Aury Lopes Jr., “aqueles cuja ocupação (ou ausência de) lhes permite perder um dia inteiro (ou mais) em um julgamento.” E continua o autor, afirmando haver uma espécie de condescendência por parte dos juízes com as pessoas mais ocupadas, como médicos, diretores de empresas ou aqueles com situação social mais favorecida, contribuindo para solidificar a ideia de que a tarefa de ser jurado deveria ficar reservada para pessoas que não tenham outra atividade mais importante. (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.030.) Enfim, a diversidade é importante, indivíduos confrontados com uma maior diversidade de ideias tendem a ter a mente mais aberta para saber mais dos outros e para se engajar mais profundamente na consideração das questões pertinentes ao caso, ou seja, a ser mais deliberativos. (RYFE, David M. *op. cit.*, p. 52.)

¹²⁷⁸ O chamado *voir dire* é o procedimento que se desenvolve na dinâmica da *common law* pelo qual os cidadãos são selecionados para atuar no júri. Por meio dele, segundo Clay Conrad, o juiz e os advogados de ambas as partes questionam os jurados em potencial acerca de suas qualificações, opiniões, seu histórico, valores e atitudes, com o propósito de dispensar os considerados inaptos e aqueles nos quais são identificados sinais de preconceitos e estigmas. Na realidade, a despeito de se fundar no propósito da busca pela imparcialidade do

Quanto ao número de integrantes, os júris são compostos, tradicionalmente, por doze membros, sendo esta a recomendação constante dentre os princípios gerais estabelecidos pela American Bar Association para o julgamento de crimes com pena superior a seis meses de reclusão¹²⁷⁹. No Brasil, essa foi também a configuração adotada originalmente, à luz da influência inglesa, a qual somente veio a ser substituída no contexto repressivo do Estado Novo¹²⁸⁰. Deste modo, enquanto seriam necessários, no mínimo, sete dos doze votos para autorizar a condenação segundo a configuração anterior, o número ímpar de sete jurados do novo modelo passou a conceber a condenação pela diferença de apenas um voto, o que se mostrava mais conveniente aos anseios punitivistas relacionados à conjuntura política vigente¹²⁸¹.

Apesar de não haver óbices concretos a um júri composto por sete membros – tendo a própria Suprema Corte norte-americana considerado que um júri de seis membros é apto a satisfazer as exigências da Sexta Emenda¹²⁸² –, é certo que um conselho de sentença mais numeroso terá melhores condições para garantir maior representatividade. Entretanto, mais relevante do que o aumento do número de integrantes é a previsão de um quórum de votação mais rigoroso para a imposição do decreto condenatório.

No âmbito da *common law*, a exigência de unanimidade nas decisões do júri é medida tradicionalmente voltada para o propósito da racionalização dos veredictos e de maximização da eficácia das deliberações, apesar de já ter tido seu rigor afastado em diversos contextos¹²⁸³.

conselho de sentença, é possível concordar com Conrad no sentido de que aos representantes das partes não interessa um júri imparcial, mas um júri tendencioso em favor de sua causa. (CONRAD, Clay S. *Jury Nullification: the evolution of a doctrine*. Washington: Cato Institute, 2014, p. 274.) A própria dinâmica adversarial sinaliza para essa realidade, já que clima de disputa também se reflete no momento de seleção de jurados. No entanto, acredita-se que a soma das parcialidades nas escolhas dos membros acabará se contrabalanceando, formando, como consequência, um corpo imparcial de jurados.

¹²⁷⁹ “Principle 3 – Juries should have 12 members. (...) B. Juries in criminal cases should consist of: 1. Twelve persons if a penalty of confinement for more than six months may be imposed upon conviction.” American Bar Association. Principles for Juries and Jury Trials, 2005, p. 5. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2016

¹²⁸⁰ A partir do Decreto n. 167, de 05 de janeiro de 1938.

¹²⁸¹ Cf. RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 79-80.

¹²⁸² Conforme já observado em tópico anterior, no caso *Williams v. Florida* (1970), um júri composto por seis membros foi considerado apto a cumprir os requisitos do devido processo legal, enquanto no caso *Ballew v. Georgia* (1978), considerou-se que um júri de cinco membros teria privado o acusado de seu direito a julgamento por um júri de seus pares. (KING, Nancy J. *The American Criminal Jury. cit.*, p. 98, nota 32).

¹²⁸³ Conforme Nancy Marder, aludindo ao procedimento inglês de júri no âmbito criminal: “At the end of a trial at the Old Bailey, the jury (...) is instructed by the judge that it should reach a unanimous verdict. After the jury has deliberated for at least two hours and has reported to the judge that it is having difficulty reaching a unanimous verdict, the judge can decide to accept a majority verdict.” (MARDER, Nancy S. *Two Weeks at the Old Bailey... cit.*, p. 579-580). A autora lembra, ainda, que os estados norte-americanos de Oregon e Louisiana

Nesse sentido, a consciência da necessidade de se atingir um consenso leva a um maior engajamento nas deliberações por parte dos jurados, uma vez que deverão estar mais abertos a questionar suas próprias convicções ou ao menos sustentá-las oralmente perante os demais.

De fato, não se pode desconsiderar a importância da exigência de unanimidade como fator de racionalização das deliberações, especialmente quando associada às instruções do juiz e inserida no contexto de um procedimento voltado para proporcionar uma apreciação racional da prova, nos moldes aqui propostos. Entretanto, a perspectiva de incorporação desse critério ao procedimento brasileiro seria inevitavelmente obstaculizada pela garantia constitucional do sigilo das votações.

Diante disso, uma solução possível seria a fixação de um critério igualmente rigoroso para o reconhecimento da procedência da pretensão condenatória, sem que importe, entretanto, na exigência de consenso, a fim de que se possa proteger o sigilo do voto dos jurados¹²⁸⁴. Entretanto, seria recomendável estipular um período mínimo de duração para as deliberações, a fim de evitar que a desnecessidade de se chegar a um consenso – ou mesmo de se aferir o alcance da maioria de votos no próprio ambiente deliberativo – se traduza em fator capaz de desencorajá-los a deliberar de forma efetiva. No mesmo sentido, a indicação para que elejam um líder pode também ser eficaz no sentido de promover maior engajamento na discussão do caso.

Interessante, nesse sentido, recordar a sistemática adotada pelo procedimento espanhol aplicável ao júri por jurados, conforme exposto no capítulo anterior. Composto por nove integrantes, o júri espanhol deverá responder se considera terem sido provados ou não cada um dos fatos constantes do questionário elaborado pelo juiz. Para que se considerem provados aqueles que se mostrem favoráveis ao acusado, são necessários ao menos cinco votos, enquanto para que sejam considerados provados os que lhe sejam desfavoráveis, é preciso que sete jurados assim o declarem.

permitem a decisão por um veredicto não unânime, enquanto a tendência geral verificada inclusive nas cortes federais permanece no sentido da exigência desse critério. (*Idem*, p. 581.) Insere-se dentre as recomendações estabelecidas pela American Bar Association para nortear a configuração dos sistemas de júri, o princípio de n. 4, “B”, o qual estipula que as decisões do júri devem ser unânimes em todos os casos criminais. American Bar Association. *Principles for Juries and Jury Trials*, 2005, p. 6. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>.

¹²⁸⁴ Nesse sentido, Rangel: “Em verdade, há de entender que se deveria adotar a chamada maioria qualificada, ou seja, com doze jurados o resultado condenatório somente poderia se dar, pelo menos, por 10 x 2, desde que, como já foi dito, os jurados pudessem se comunicar entre si, discutindo e debatendo o fato/caso penal. Assim, eliminar-se-ia a chamada *dúvida aritmética* (Heleno Fragoso), como hoje ocorre quando a votação é por 4 votos a 3, condenando o réu.” (RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri... cit.*, p. 209.)

Assim, caso seja mantido no procedimento brasileiro o número de sete integrantes para a composição do conselho de sentença, poder-se-ia propor o mínimo de cinco votos para que se possa considerar provados os fatos que integram a tese acusatória, a fim de que se possa, ao final, condenar o acusado. Desse modo, adota-se uma solução compatível com os anseios de proteção do inocente, por meio da distribuição não equitativa das chances de erro. Afasta-se, deste modo, de uma margem limítrofe entre os votos favoráveis e contrários à condenação, a qual poderia ser interpretada como indicativo de dúvida e fragilidade da medida imposta.

Em defesa dessa proposta, é importante sustentar como hipótese que o critério de votação a ser adotado no contexto de um procedimento no qual se prevê a deliberação entre os jurados deve, necessariamente, ser mais rigoroso do que aquele previsto para um procedimento regido pela incomunicabilidade. Isso porque, na medida em que os jurados deliberam, deve-se entender que o produto desse convencimento se estabeleceu após o compartilhamento de um mesmo conjunto de informações e premissas, de modo que os votos minoritários devem ser compreendidos como efetivamente divergentes dos demais. Ao contrário, na medida em que há a incomunicabilidade, o jurado forma sua convicção na introspecção de sua própria consciência, e cada qual se constitui como um conjunto próprio e não necessariamente homogêneo de premissas e informações absorvidas da sessão de julgamento, segundo as próprias impressões. Nesse contexto, os votos divergentes não necessariamente implicam desacordo, mas podem ser consequência da apreciação incompleta ou equivocada dos fatos e provas disponíveis – o que denuncia a fragilidade de tal sistemática.

7.3. Mecanismos para possibilitar um controle da racionalidade das decisões dos jurados

A forma até então impenetrável por meio da qual os júris tradicionalmente alcançam seus veredictos vem sendo alvo de constantes ataques, especialmente na medida em que a aplicação de *standards* e valores da comunidade se torna problemática no contexto de sociedades cada vez menos homogêneas. Os receios também recaem sobre a suspeita de parcialidade nas decisões, conquanto os preconceitos e estereótipos dos jurados em relação à figura do réu, da vítima ou do próprio crime influenciem seu julgamento sobre os fatos¹²⁸⁵.

¹²⁸⁵ JACKSON, John D. Making Juries Accountable. *cit.*, p. 479.

Tudo isso, como sustenta John Jackson, vem alimentando no âmbito da *common law* as discussões em torno da conveniência de se implementar medidas voltadas para tornar os jurados mais responsáveis por suas decisões¹²⁸⁶.

No contexto da *civil law*, especialmente nos países que mantiveram o júri em sua configuração original¹²⁸⁷ ou naqueles que voltaram a adotar, recentemente, formas de participação popular na administração da justiça, a discussão se situa no plano das garantias processuais. Essencialmente, a hipótese principal é no sentido da impossibilidade de se garantir o direito a um processo justo por meio de seus veredictos imotivados, uma vez que a exigência de fundamentação das decisões judiciais se consolidou em meio à tradição continental como medida essencial para a legitimidade da função jurisdicional.

Como sistema europeu de tradição romano-germânica, a Espanha é um bom exemplo dessa segunda perspectiva, tendo adotado um modelo processual de júri que demanda dos cidadãos uma sucinta explicação do veredicto, paralelamente às respostas a um questionário formulado pelo juiz. Por outro lado, a Província de Buenos Aires procurou configurar seu recente sistema de júri por meio de um modelo fiel à tradição anglo-americana, a despeito de suas raízes processuais de *civil law*.

O júri brasileiro, embora tenha construído uma estrutura própria ao longo de sua trajetória, vem igualmente enfrentando diversas críticas acerca de seus veredictos imperscrutáveis, algumas das quais seguidas de propostas voltadas para a exigência de fundamentação por parte dos jurados¹²⁸⁸. De fato, conforme se procurou destacar, não há qualquer óbice sob a perspectiva constitucional para a exigência de que os jurados apresentem os fundamentos de sua decisão, contanto que o façam de forma sigilosa.

A ausência de motivação dos veredictos dos jurados impede o exercício de um necessário controle pelas partes e pela sociedade sobre o conteúdo dessas decisões e sobre a correção dos raciocínios empregados para o alcance da conclusão, de modo que não será

¹²⁸⁶ JACKSON, John D. Making Juries Accountable. *cit.*, p. 482. No mesmo sentido: LIPPKE, Richard L. The Case for Reasoned Criminal Trial Verdicts. *In: Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. V. 22, n. 2, 2009, p. 313 e ss.

¹²⁸⁷ Conforme a Corte Europeia de Direitos Humanos, apesar das diversas particularidades culturais e históricas que se refletem na estruturação dos sistemas de júri de cada Estado, o fator que define um modelo como “tradicional” é a impossibilidade de que os juízes profissionais tenham assento juntamente com os jurados nas deliberações sobre o veredicto. (Cf. TEDH, Caso Taxquet v. Bélgica, 2010, p. 15. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101739>. Acesso em: 16 de novembro de 2016.)

¹²⁸⁸ Veja-se, por exemplo: ALBERNAZ, Flávio Boechat. O Princípio da Motivação... *cit.*; CHAVES, Charley Teixeira. *O Povo... cit.*, p. 326-327; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Tribunal do Júri na Justiça Criminal Brasileira: Críticas e Propostas de Reforma para a Restituição de sua Função de Garantia no Processo Penal Democrático. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 13, 2014, p. 913-914.

possível saber se as provas foram corretamente valoradas e se os argumentos apresentados foram efetivamente considerados. Ademais, não é exigida dos cidadãos a prestação de contas pela decisão alcançada, o que denuncia a falta de transparência do ato e pode deixar a impressão de uma justiça arbitrária e mal administrada.

Entretanto, toda a proposta do presente trabalho partiu da lógica de que a simples previsão legal da exigência de fundamentação dos veredictos, ainda que em termos simplificados, não seria capaz de solucionar os problemas do júri brasileiro relativos à irracionalidade de suas decisões. Ao contrário, pensa-se que a publicização dos fundamentos eventualmente apresentados pelos jurados somente levaria a um maior descrédito da instituição, considerando que todo o procedimento de cognição atualmente estabelecido contribui para que as suas decisões sejam profundamente irracionais. Em face dessa constatação, o conjunto de soluções apresentado tem como proposta a racionalização de todo o procedimento probatório, de modo que se proporcione aos jurados as condições necessárias para a compreensão da lógica do procedimento e de seu papel nesse contexto, fazendo com que a prova seja concebida a partir de sua função demonstrativa e fornecendo-lhes os parâmetros adequados para uma valoração racional.

Nesse sentido, após todos os esforços empreendidos para denunciar as deturpações operadas na lógica da instituição quando de seu transplante para o continente, a fim de desconstruir a falácia da íntima convicção e justificar a legitimidade dos mecanismos de controle aqui propostos, seria um tanto quanto contraditório recomendar a transposição mecânica e irreflexiva ao júri de um instituto concebido exclusivamente para o contexto das decisões do juiz togado, como o é, de fato, a exigência de fundamentação¹²⁸⁹.

Não se está a sugerir, com isso, que seja impróprio buscar reformas capazes de conformar as instituições e suas práticas às novas demandas constitucionais, mormente quando forem aquelas imprescindíveis para a garantia de direitos essenciais nesse contexto. Entretanto, essas reformas devem buscar, tanto quanto possível, o alcance desses objetivos sem desrespeitar a essência ou as peculiaridades próprias da instituição, motivo pelo qual

¹²⁸⁹ Como procura explicar Andrés Harfuch, exigir que os jurados fundamentem seus veredictos é incidir em grave erro, na medida em que se coloca em um plano de igualdade as decisões dos juízes profissionais e as dos cidadãos leigos, o que demonstra completa falta de compreensão acerca das peculiaridades que as distinguem. Segundo o autor, a imposição do encargo de motivação foi verificada logo após a incorporação dos sistemas de júri pela França, na medida em que os juízes profissionais, já liberados dos rigores do sistema de prova legal, também passaram a decidir por íntima convicção, assim como os jurados. No entanto, diante da falta dos requisitos presentes no juízo popular, os quais garantem a legitimidade de suas decisões (representação popular, superioridade do número de membros, decisões por unanimidade, possibilidade de recusas peremptórias de seus integrantes, dentre outros), impôs-se-lhes o dever de motivar como forma de compensar essa debilidade institucional. (HARFUCH, Andrés. *Inmotivación... cit.*, p. 122-123.)

considera-se não ser a melhor solução a proposta de fundamentação expressa dos veredictos, mas sim a incorporação de suas funções a partir de outros mecanismos processuais.

A ideia é que se possa acomodar os escopos garantísticos subjacentes ao dever de motivação à dinâmica processual particular do júri por jurados, de modo que se alcance o propósito da garantia sem que se produzam deturpações na essência da instituição. Para tanto, será de grande valia a consideração das orientações emanadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Taxquet v. Bélgica*, já discutido, além da experiência comparada e de algumas contribuições doutrinárias sedimentadas em pesquisas empíricas.

Interessante retornar, nesse ponto, às considerações de John Jackson, na medida em que o autor trata a questão da falta de *accountability* dos jurados e as possíveis propostas de solução a partir de uma compreensão do júri em seu próprio contexto original, a partir das percepções de seus próprios operadores – sem, portanto, o olhar tendencioso dos observadores da *civil law*. Nada impede, todavia, que se estabeleça uma relação entre essas perspectivas com as demandas fundadas na garantia da motivação, a fim de que as propostas de aprimoramento do júri brasileiro possam buscar satisfazê-las sem que importem, contudo, em desrespeito à essência da instituição.

Adotando-se uma compreensão de *accountability* como o dever de transparência e prestação de contas imposto a quem compete decidir questões de interesse público, no sentido de explicar, legitimar e justificar as decisões tomadas¹²⁹⁰, o autor elenca alguns aspectos por meio dos quais pode-se considerar o júri incapaz de responder por suas decisões, os quais merecem ser aqui pontuados e analisados à luz das possíveis perspectivas de solução.

Em primeiro lugar, Jackson alude à ausência de *accountability* no aspecto cognitivo, dada a passividade do conselho de sentença no curso da sessão de julgamento. Essa característica impede qualquer tipo de diálogo entre as partes e os jurados, o que resulta na impossibilidade de compreensão e exame pelos primeiros dos processos de raciocínio desenvolvidos pelos cidadãos à medida em que os mesmos assimilam as provas e os argumentos apresentados, enigma que perdurará até a divulgação do veredicto¹²⁹¹.

¹²⁹⁰ No que concerne à compreensão do conteúdo do dever de prestação de contas em razão das decisões tomadas por quem desempenha funções públicas, Jackson alude a perspectivas mais leves e mais moderadas. As perspectivas mais incisivas compreendem medidas drásticas como o afastamento do sujeito de suas funções na medida em que suas decisões se revelem inaceitáveis. As medidas mais leves podem envolver a demanda por processos de decisão mais transparentes e justificadas, assim como que sejam os sujeitos capazes de representar os anseios da comunidade. No que concerne às formas de controle possíveis, as medidas podem variar desde a demanda por explicações e transparência no processo de decisão, até a própria revogação da medida. JACKSON, John D. *Making Juries Accountable. cit.*, p. 483.

¹²⁹¹ JACKSON, John D. *Making Juries Accountable. cit.*, p. 488.

O problema da falta de transparência dos processos de raciocínio empregados pelos jurados no contexto da atividade de cognição, nos termos indicados por Jackson, é bastante problemático diante da garantia constitucional a um contraditório efetivo, segundo a concepção consagrada no sistema brasileiro por meio do novo Código de Processo Civil¹²⁹².

Nesse contexto, o modelo de processo em contraditório não consente com decisões baseadas em fundamentos estranhos ao debate, a respeito dos quais as partes não tenham tido a oportunidade de se manifestar. Pressupõe, ao contrário, a concretização de uma estrutura dialógica situada em um ambiente de cooperação entre as partes e o julgador para o alcance da decisão. Para tanto, impõe-se que este último abandone a postura passiva e enigmática e estabeleça uma satisfatória interlocução com os sujeitos parciais.

Apesar das particularidades do juízo popular, as quais possam dificultar uma adequada satisfação desses parâmetros, não é válido defender a adoção de uma lógica completamente distinta nesse contexto, o que se coaduna com o alerta de John Jackson no sentido da necessidade de se garantir uma maior *accountability* do júri no aspecto cognitivo. Como sustenta o autor, “para que as partes tenham a garantia de que os jurados estão, de fato, compreendendo suas provas e argumentos, seria válido proporcionar melhores oportunidades de diálogo entre elas e os jurados antes de sua retirada para as deliberações.”¹²⁹³

Isso é especialmente relevante diante da constatação de que os jurados não exercem essa atividade de forma tão passiva quanto se imaginava – os estudos empíricos de Pennington e Hastie¹²⁹⁴ são referências na demonstração do quão ativos eles podem ser durante o processo de interpretação e encadeamento das informações recebidas, o que fazem por meio de seus próprios esquemas e a partir da construção de narrativas. Valem-se inclusive, no curso dessa atividade, de dados oriundos de seu próprio senso comum para suprir as lacunas não preenchidas pelas informações provenientes do conjunto probatório¹²⁹⁵.

¹²⁹² Apesar da resistência identificada em parte da doutrina processual penal à aceitação de uma teoria geral do processo, considera-se possível – e desejável – a aproximação entre os ramos processuais no que se refere à identificação do núcleo garantístico essencial tendente a assegurar que o processo possa efetivamente corresponder aos anseios constitucionais. Nesse sentido, a importância do novo Código de Processo Civil se traduz em seu potencial de expressar a mais recente concepção acerca do conteúdo e amplitude de algumas das mais relevantes garantias processuais, ou seja, servirá como parâmetro interpretativo ao qual o processo penal também deverá se conformar, especialmente dado o caráter defasado de seu texto.

¹²⁹³ Tradução livre. No original: “*In order for interested parties to be satisfied that jurors are truly understanding their evidence and arguments, it may be argued that there should be greater opportunities for dialogue between them and the jury before the jury retire to deliberate.*” (JACKSON, John D. *Making Juries Accountable. cit.*, p. 525.)

¹²⁹⁴ PENNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. *The story model... cit., passim.*

¹²⁹⁵ MACKILLOP, Kara. VIDMAR, Neil. *Decision-Making in the Dark... cit., passim.*

Diante disso, Jackson aponta a tendência que se mostra cada vez mais evidente em diversos sistemas, no sentido da adoção de medidas voltadas para promover uma postura mais ativa por parte dos jurados ao longo do desempenho dessa função cognitiva¹²⁹⁶. Em geral, a lógica subjacente a essas medidas é a de que as partes possam dispor de algumas pistas sobre o desenvolvimento do processo de raciocínio dos jurados, a fim de que tenham condições de identificar os eventuais pontos falhos na compreensão das informações a tempo de corrigi-los – consoante à *ratio* do contraditório, no sentido de evitar as decisões-surpresa. Paralelamente, visam proporcionar ao júri alguns meios para melhor compreender, memorizar e raciocinar sobre a base de informações disponível.

Destaca-se, nesse contexto, a previsão de que possam os membros do júri elaborar perguntas a serem dirigidas aos depoentes – por escrito e por intermédio do juiz presidente –, além da possibilidade de realizarem anotações durante o curso do juízo oral, sendo-lhes disponibilizados os meios e recursos para tanto¹²⁹⁷. Também se recomenda não apenas a permissão, mas, sobretudo, o encorajamento no sentido de que solicitem auxílio durante as deliberações, especialmente na medida em que enfrentarem dúvidas quanto à interpretação dos quesitos ou de questões de direito envolvidas no julgamento. Ainda no contexto das deliberações, seria interessante permitir que solicitem a leitura de trechos das transcrições referentes aos depoimentos colhidos em plenário, a fim de que sejam sanadas eventuais dúvidas acerca do conteúdo de determinada prova.

¹²⁹⁶ JACKSON, John D. Making Juries Accountable. *cit.*, p. 493. Enquanto os jurados eram concebidos como testemunhas do fato, atuando com base em seu próprio conhecimento privado acerca da matéria em questão, os veredictos podiam continuar com sua característica oracular, assim como eram os resultados das ordálias. Isso pela impossibilidade de se desafiar a autoridade dos que mais conheciam o caso, de modo que não precisavam prestar contas de suas decisões. À medida em que se tornaram juízes do fato passou-se a questionar a autoridade dos veredictos baseados na simples avaliação da prova apresentada no tribunal, método considerado incapaz de garantir a mesma certeza que o conhecimento direto dos fatos. Entretanto, como toda a base informativa que se constituía como o produto da decisão estava à disposição da Corte, os juízes podiam exercer um maior controle e uma maior influência sobre as decisões. Paralelamente, a partir da introdução dos profissionais como representantes das partes e com o fortalecimento da *law of evidence*, incrementou-se o controle sobre a base informativa apresentada ao júri como pressuposto da decisão. Essa conjuntura sedimentada na lógica de um controle prévio aliviou, por muito tempo, as demandas pelo reforço da chamada *cognitive accountability* dos jurados, especialmente diante da passividade dos membros ao longo do julgamento. A constatação de que os mesmos não são como esponjas que meramente absorvem as informações recebidas, mas, ao contrário, aplicam seus próprios métodos e esquemas de interpretação com vistas a facilitar a compreensão desses dados, leva à necessidade de se buscar mecanismos capazes de promover um melhor controle sobre esse processo de raciocínio. (*Idem*, p. 490-493.)

¹²⁹⁷ Tais medidas integram o conjunto de recomendações da American Bar Association para o aprimoramento dos sistemas de júri no contexto norte-americano. Mais especificamente, estão previstas em meio ao dever do Tribunal e das partes de promover a compreensão dos jurados acerca dos fatos e do direito em análise. *Cf.* American Bar Association. Principles for Juries and Jury Trials, 2005, p. 17 e ss. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>.

Também se inserem no âmbito do aprimoramento da cognição algumas das sugestões já propostas, como a articulação pelas partes dos fatos sobre os quais fundam suas pretensões com as provas que pretendem produzir, além da disponibilização ao júri de cópia escrita das instruções fornecidas pelo juiz em plenário e dos quesitos que deverão responder como base para o veredicto.

O sistema brasileiro, como se viu, já prevê a possibilidade de formulação de perguntas pelos jurados às testemunhas, além de também autorizar que peçam esclarecimentos ao juiz presidente caso sobrevenha dúvida acerca de questão de fato, ao final da instrução, ou sobre o conteúdo dos quesitos, antes de proceder à votação. Entretanto, há de se considerar que o procedimento no qual essas medidas estão inseridas não prevê outras formas pelas quais o júri deveria obter orientações confiáveis e não contraditórias – através do juiz, portanto – , a fim de que realmente estejam aptos a compreender toda a complexidade da tarefa que devem desempenhar.

Para que se possa dimensionar a relevância dessa recomendação, interessante valer-se da analogia entre o tribunal do júri e uma sala de aula¹²⁹⁸, na qual espera-se que os estudantes aprendam da mesma forma que os jurados. Partindo-se dessa ideia, basta imaginar um ambiente de aprendizado no qual as informações são apresentadas oralmente por diferentes professores, os quais constantemente divergem nos fatos e perspectivas apresentados, sem que se tenha acesso a qualquer livro ou material, e sem que se possa tomar notas, fazer perguntas, ou discutir o assunto com os outros alunos. De acordo com a lógica do procedimento brasileiro, ainda seria possível apontar a inconveniência de não serem os estudantes orientados acerca da forma adequada de se avaliar essas informações conflitantes e de como interpretá-las à luz dos conceitos técnicos apresentados, os quais, por sua vez, não serão explicados. Não obstante, a partir das informações memorizadas, deverão decidir quais delas são verdadeiras, a fim de que alcancem uma conclusão a ser apresentada quando do exame final. Não é difícil concluir, com base nesse panorama, que a dinâmica empregada nos procedimentos não contribui para o acerto e a qualidade dos veredictos, embora frequentemente se busque atribuir as deficiências do sistema ao caráter leigo dos julgadores.

¹²⁹⁸ Essa representação foi ilustrada através do vídeo intitulado *Order in the Classroom*, produzido pela International Association of Defense Counsel, com o intuito de representar por meio de um quadro satírico os problemas inerentes à dinâmica dos sistemas de júri. A ideia é suscitar discussões em torno do tópico das possíveis inovações voltadas para o aprimoramento da instituição. *Order in the Classroom*. Foundation of the International Association of Defense Counsel, 1998. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=oM6nwGPKX2Q>. Acesso em: 28 de dezembro de 2016.

É inegável, portanto, a importância de se buscar incorporar ao sistema os instrumentos e mecanismos voltados para proporcionar aos jurados um ambiente mais propício à aquisição do conhecimento, condição esta indispensável para assegurar a qualidade de suas decisões.

Uma segunda deficiência apontada por Jackson é no que o autor se refere como *due process accountability*¹²⁹⁹. Isso se deve ao sigilo que protege o conteúdo das deliberações, de modo que não há como se saber como os jurados chegaram à decisão. A impossibilidade de se conhecer o processo de raciocínio do júri levanta dúvidas sobre a correção de seus parâmetros e dos critérios utilizados, de modo que não se saberá se a decisão foi tomada, de fato, com base numa prudente apreciação das provas ou se foi influenciada por fatores subjetivos e inclinações pessoais.

No caso do procedimento brasileiro, a perspectiva é ainda pior, na medida em que todo esse processo de decisão se desenvolve integralmente na mente do jurado, em razão da incomunicabilidade imposta por lei. Desta forma, já se pode considerar um grande avanço nesse sentido a previsão de uma fase deliberativa que permita a comunicação entre os membros do conselho de sentença no momento que antecede a votação do questionário. Na medida em que se estimula, no contexto desse ambiente deliberativo, a exteriorização do processo de raciocínio que fundamenta as convicções dos jurados, a sua solidez é colocada à prova perante o escrutínio dos demais membros, de modo que aquelas fundadas numa apreciação racional da prova serão mais propensas a se verem justificadas e acolhidas – como já discutido no tópico anterior.

Busca-se efetivar, desse modo, um aspecto que se considera ínsito à função endógena da motivação: a implementação de um autocontrole preventivo e racional do julgador sobre seu próprio juízo¹³⁰⁰, no caso, consubstanciada na hipótese de os jurados se questionarem acerca da racionalidade de suas próprias convicções e dos fundamentos que as sustentam, na

¹²⁹⁹ JACKSON, John D. Making Juries Accountable. *cit.*, p. 488.

¹³⁰⁰ Conforme sustenta Harfuch: “El control endógeno o endoprocesal lo obtiene de la abrumadora superioridad de su número de integrantes, de la maximización de la garantía de la deliberación y de la exigencia de unanimidad.” (HARFUCH, Andrés. Inmotivación... *cit.*, p. 126.) Sobre as funções endoprocessual e extraprocessual da motivação, ver TARUFFO, Michele. *La Motivación de la Sentencia... cit.*, p. 335 e ss. No mesmo sentido, Iacoviello assim se refere à aludida função endoprocessual: “La funzione processuale della motivazione è in realtà duplice: una di prevenzione e l'altra di controllo. C'è una funzione di controllo. Questa, in un sistema giudiziario a gradi gerarchici, consente al giudice superiore di snidare l'errore di decisione della sentenza impugnata. Ma, ancor prima, la motivazione svolge una funzione di cautela preventiva contro il rischio di errore.” (IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La Cassazione Penale: fatto, diritto e motivazione*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 298.)

medida em que confrontadas com os argumentos de seus pares e com as instruções fornecidas pelo juiz presidente¹³⁰¹.

Vale lembrar, ademais, que essas instruções indicarão aos membros do conselho de sentença os princípios e parâmetros gerais que deverão ser utilizados para nortear a atividade de valoração probatória, a fim de que as conclusões alcançadas sejam aceitáveis e justificadas à luz dos critérios racionais. Por meio delas o juiz proclama publicamente os valores de justiça e racionalidade que governam a apreciação da prova e a correta interpretação do direito material aplicável, de modo que sua expressão formal diante do público e das partes antes da adoção da decisão tem o condão de reforçar a legitimidade desse veredicto que se formará a partir daquele conteúdo. Por outro lado, o mesmo não acontece com as decisões motivadas do juiz togado, como sustenta Sean Doran¹³⁰². Apesar dos mesmos apresentarem, por meio da fundamentação, as razões que determinaram a decisão, além de expressarem formalmente os valores de justiça que devem orientar os julgamentos, o fato de serem os mesmos articulados *ex post facto*, ou seja, após a decisão ter sido tomada, priva-lhe dessa legitimidade externa vislumbrada por meio da sistemática do júri.

É válido afirmar, contudo, que as instruções podem ser insuficientes como mecanismo de controle preciso sobre os fundamentos que efetivamente influenciaram a decisão do júri. Não se poderá saber ao certo se os julgadores leigos, de fato, se orientaram a partir do

¹³⁰¹ Apesar das denúncias de Jackson recaírem sobre um contexto em que já se vislumbra tal ambiente deliberativo, para o qual são discutidas as repercussões de uma eventual ruptura do sigilo desse processo decisório nos casos em que surjam suspeitas de má-conduta por parte de algum jurado, não se pode negar que a simples previsão desta comunicabilidade no momento das deliberações para o veredicto já representará um avanço significativo na conjuntura do procedimento brasileiro, no qual as decisões são tomadas introspectivamente. Um maior avanço nas propostas poderia implicar em seu total descrédito pelos operadores.

¹³⁰² Doran se refere, nesse sentido, à função simbólica das instruções. (DORAN, Sean. The Symbolic Function of the Summing-Up in the Criminal Trial: Can the Diplock Judgment Compensate? *In: Northern Ireland Legal Quarterly*. V. 42, n. 4, 1991, p. 368-369.) Em sentido semelhante, Nicholas Schiavo esclarece: “*La conjunción del concepto de ‘veredicto inmotivado’ con el estándar probatorio anglosajón de la condena ‘más allá de toda duda razonable’, nos conduce a la discusión de fijar grados de certeza previos a la posibilidad de emitir un subjetivo juicio de convicción. Es decir al no exigirse una explicación de la “certeza moral” de quien emite el juicio, lo que se reduce es el campo de acción del mismo, imponiéndose la necesidad de que sea la evidencia la que suministre un estándar de prueba objetivo de entidad tal que permita sustentar, por fuera de cualquier duda, a la hipótesis de acusación. Esta forma de razonar es propia de cualquier campo del conocimiento, donde se exige que una afirmación únicamente pueda ser aceptada cuando la misma se encuentra sólidamente conectada con la evidencia que la sustenta; el derecho pareciera ser el único campo en que la ‘subjetiva convicción’ de una afirmación fuera una prueba de la hipótesis, algo así como afirmar que un evento es cierto por estar profundamente persuadido de su existencia.*” (SCHIAVO, Nicolas. Fundamentos Conceptuales del Veredicto Inmotivado: Contribución al proyecto remitido por el Ministerio de Justicia propiciando la implementación del Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires. Disponível em: <http://www.juicioporjurados.org/2012/08/fundamentos-conceptuales-del-veredicto.html>. Acesso em: 29 de dezembro de 2016.

conteúdo das instruções do juiz para o alcance de determinada conclusão¹³⁰³, e tampouco se a mesma foi obtida com base na análise racional do conjunto probatório. Seria cabível indagar, ainda, que o fato de terem deliberado entre si não é garantia de que seus preconceitos, estigmas e emoções serão desconsiderados no momento da votação sigilosa dos quesitos. Entretanto, nem mesmo a exigência de motivação seria capaz de proporcionar tais garantias.

É importante considerar, nesse ponto, que o juiz profissional está sujeito à mesma carga emocional, às mesmas influências externas e aos mesmos preconceitos que o jurado, não sendo a exigibilidade de motivação capaz de blindar a decisão contra os efeitos de tais desvios. Os juízes podem apresentar um discurso justificativo completo e coerente, o que não é garantia de que sua decisão tenha sido orientada, de fato, a partir desses parâmetros.

É de se destacar, deste modo, que a motivação não pretende ser concebida como uma prestação de contas acerca do *iter* psicológico seguido pelo julgador para a formulação de sua decisão, como se fosse possível efetuar um registro de todas as operações mentais empreendidas para a determinação das conclusões alcançadas. Ao contrário, como aponta Taruffo, a garantia de fundamentação das decisões deve ser compreendida, acima de tudo, como um argumento de justificação, no sentido de proporcionar os fundamentos racionais pelos quais a decisão do juiz resulta objetivamente aceitável à luz dos critérios de valoração e de juízo que se aplicam em termos gerais, para estabelecer se uma verdade determinada tem fundamento sobre a informação disponível e também para precisar se uma interpretação determinada da norma de direito é correta ou não¹³⁰⁴.

Essa perspectiva pode ser melhor identificada com o que Jackson se refere, no contexto do júri, como carência de *public accountability*, devido à impossibilidade de se identificar, em meio ao caráter genérico e enigmático dos veredictos, os fatos que os jurados consideraram provados e os fundamentos que determinaram o alcance de sua conclusão. Nesse sentido, a ausência de razões impede o controle do público acerca do acerto de seu conteúdo, além de obstaculizar o direito das partes de compreenderem os motivos da rejeição ou do acolhimento de suas pretensões – o que por sua vez dificulta uma eventual pretensão recursal¹³⁰⁵.

¹³⁰³ Ainda que se adote uma postura cética acerca da probabilidade de que os jurados sigam, de fato, essas instruções, não se deve desconsiderar o mérito de todas essas medidas – oriundas da lógica anglo-americana – no sentido de minimizar a importância da crença subjetiva como critério para as conclusões sobre a prova, como pontua Damaška: as instruções podem induzir o cidadão a questionar-se sobre a solidez de suas crenças, ou seja, se as mesmas podem sobreviver a um escrutínio racional. DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence law... cit.*, p. 36.

¹³⁰⁴ TARUFFO, Michele. *La Motivación de la Decisión... cit.*, p. 97.

¹³⁰⁵ JACKSON, John D. *Making Juries Accountable. cit.*, p. 488.

A ausência dessa expressa justificação racional no contexto do júri não constitui, por si só, óbice a um controle racional sobre o produto de suas decisões. Não obstante, demanda que se empregue uma lógica distinta para realizá-lo: deve-se retirar o foco dos fatores que conduziram o julgador à adoção de uma determinada decisão para alocar-lhe sobre os fundamentos capazes de lhe proporcionar um suporte racional. Cumpre-se verificar se as constatações fáticas dos jurados encontram-se apoiadas nas provas disponíveis e se essas conclusões podem ser amparadas pela aplicação dos parâmetros de raciocínio e valoração probatória que lhes foram apresentados pelo juiz.

Diante disso, o controle a ser exercido pelas partes incide, em maior grau, sobre o conjunto informativo disponibilizado ao conselho de sentença, o qual deve ser contrastado com o conteúdo do veredicto. Na medida em que não será expressa a fundamentação, cabe avaliar se a base de informações disponível é capaz de conduzir racionalmente os julgadores a conclusões acertadas¹³⁰⁶. Deste modo, a contextualização do dever de motivação ao universo peculiar do júri deve pressupor a compreensão de sua lógica própria, fundada no estabelecimento de uma racionalidade prévia em meio ao procedimento.

Há que se destacar, paralelamente, a utilidade do questionário como método de decisão no contexto do júri¹³⁰⁷. A despeito de já ter sido empregado, no passado, com o intuito de restringir a liberdade de decisão dos jurados, na medida em que cabia ao juiz extrair a conclusão final a partir das respostas dos jurados¹³⁰⁸, sua utilização no presente contexto é justificada por escopos distintos.

Em primeiro lugar, busca-se orientar o raciocínio dos cidadãos para que sua decisão final seja alcançada por meio da apreciação de todos os elementos fáticos que integram as

¹³⁰⁶ “É através da possibilidade de influência sobre aquilo que a ‘esfinge processual’ escuta e vê, que as partes sentem que podem afetar o resultado da causa.” Tradução livre. DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law... cit.*, p. 44. Como explica o autor, a análise pode se consistir, por exemplo, na verificação de se a prova submetida ao júri possui suficiente potencial probante, ou se as instruções do juiz foram formuladas de acordo com os *standards* racionais adequados, de modo a proporcionar aos cidadãos uma estrutura lógica de raciocínio para o alcance da decisão.

¹³⁰⁷ É de se destacar que sua implementação chegou a ser sugerida por Lord Justice Auld no contexto de sua revisão sobre o sistema de justiça inglês, na qual propõe recomendações para o aprimoramento das práticas das cortes de justiça criminal. Essa proposta, movida pela necessidade de adequar o júri às garantias do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, foi inspirada na lógica do questionário adotado pelo sistema espanhol, assim como o aqui proposto. “*In my view, the time has come for the trial judge in each case to give the jury a series of written factual questions, tailored to the law as he knows it to be and to the issues and evidence in the case. The answers to these questions should logically lead only to a verdict of guilty or not guilty. (...) I go on to recommend that, where the judge considers it appropriate, he should be permitted to require a jury to answer publicly each of his questions.*” (Lord Justice Auld. *Review of the Criminal Courts of England and Wales*. Cap. 5, p. 172. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.criminal-courts-review.org.uk/chpt5.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2016.)

¹³⁰⁸ Conforme discutido no tópico 4.4.

pretensões contrapostas, considerando que sejam estes contemplados pelas proposições formuladas. Pretende-se tutelar, deste modo, o direito das partes ao contraditório sob a perspectiva do direito de influência.

Por outro lado, permite-se um maior controle sobre os fundamentos da decisão, uma vez que a conjugação das proposições formuladas com as respostas apresentadas leva à exteriorização, em certa medida, do processo de raciocínio dos jurados para o alcance da conclusão final. A formulação de questões pelo juiz como base para o veredicto é uma das formas pelas quais a Corte Europeia de Direitos Humanos considera ser possível suprir a ausência de motivação¹³⁰⁹. Naturalmente, isso é certo contanto que sejam as mesmas precisas e inequívocas, aptas a formar uma trama capaz de servir de fundamento às decisões ou a compensar adequadamente o caráter genérico das respostas apresentadas pelos jurados¹³¹⁰.

O modelo de questionário mais apropriado para o alcance desses escopos deve estar orientado de modo que cada uma de suas proposições submeta ao júri um único fato, em termos simples, claros e precisos, e que seu conjunto compreenda todos os elementos fáticos necessários para a caracterização da infração penal – além dos que influenciarão na quantificação da pena – e aqueles que se constituam como premissas das teses defensivas alegadas. A proposta se difere da formulação que se encontra atualmente em vigor na medida em que pretende estabelecer um modelo mais analítico, capaz de contemplar de modo individualizado cada um dos elementos necessários para a caracterização do delito – não se restringindo, destarte, aos quesitos de materialidade e autoria. Ademais, destaca-se a relevância da quesitação dos elementos fáticos subjacentes às teses da defesa, os quais se encontram, atualmente, difusos em meio ao quesito genérico de absolvição.

Seguindo a lógica adotada pelo sistema espanhol, para cada uma das proposições o jurado responderá se considera ter sido o fato nela constante provado ou não provado a partir do *standard* probatório aplicável – o qual será apresentado pelo juiz em meio às instruções.

¹³⁰⁹ A outra via apontada na aludida decisão é por meio das instruções do juiz presidente acerca das questões de fato, o que se consubstancia no papel do juiz de resumir as pretensões das partes e comentar a prova produzida, além de indicar aos jurados as possíveis conclusões a serem extraídas de seu conteúdo. Considera-se que as mesmas são capazes de exteriorizar o processo de raciocínio a ser percorrido com base nas provas efetivamente produzidas – diferentemente das instruções sobre as questões de direito, que, a despeito de sua importância, apresentam conteúdo essencialmente abstrato. A inconveniência dessa prática é a suspeita de que o juiz possa influenciar os jurados a atingirem uma determinada conclusão, na medida em que apresentará a sua interpretação acerca do que fora produzido em plenário. Não é à toa que muitos dos estados norte-americanos aboliram o exercício de tal prerrogativa.

¹³¹⁰ “A properly constructed question list will shed considerable light on how the jury decided the case because it reveals, at least, which facts have been proved to its satisfaction.” (THAMAN, Stephen C. *Should Criminal Juries... cit.*, p. 646.

Intenta-se, por essa sistemática, retirar a ênfase da convicção subjetiva do cidadão e direcionar-lhe para a suficiência da prova produzida.

Nada obsta que seja-lhes endereçado um quesito genérico abrindo a possibilidade para que absolvam o acusado, ainda que tenham considerado provados todos os fatos que correspondem aos elementos da ofensa. O intuito é o de preservar a autonomia de decisão do júri e sua prerrogativa de nulificar a lei – no sentido de absolver o acusado ainda que considerem que tenha o mesmo praticado o fato imputado. Entretanto, esse direito somente pode ser exercido em prol da absolvição, nunca voltado para a condenação de quem não tenha tido a culpa veementemente demonstrada. A previsão desse quesito genérico seria interessante para refrear os argumentos comuns no sentido de que o questionário – ou outras medidas tendentes a controlar o processo de raciocínio dos jurados – poderia obstaculizar o exercício desta prerrogativa, considerada inerente à função do juízo popular¹³¹¹.

Apesar do caráter mais aberto da presente proposta de questionário, o que se deve ao caráter contextual de seu conteúdo fático, não se desconsidera a utilidade da previsão de um roteiro na lei processual, o qual deverá ter sua estrutura estabelecida em conformidade com os elementos específicos da definição legal do delito. Como lembra Badaró, “para a imposição da sanção penal é necessário que o fato concreto imputado reste comprovado e que sua autoria seja certa. Além disso, não podem estar presentes as causas de exclusão de ilicitude e culpabilidade. Por fim, deve estar presente, ainda, a punibilidade.”¹³¹² Disso se extrai que os quesitos devem ser formulados de modo que os jurados tenham que considerar provados – ou não – cada um dos fatos concretos que correspondem aos elementos do tipo penal invocado, incluindo a ação ou omissão, o nexa causal, o resultado naturalístico, além do elemento subjetivo.

Pode ser interessante, ainda, a elaboração de diretrizes aos magistrados para uma quesitação adequada de acordo com as especificidades dos delitos de competência do júri, de modo semelhante ao que fora sugerido para as instruções. Essa medida seria interessante tanto para auxiliar os julgadores, como para evitar que a prática acabe por deturpar a finalidade de garantia do modelo, no sentido de assegurar o controle sobre o conteúdo dos veredictos.

¹³¹¹ Nesse sentido: “*In the view of some, juries must remain free to reject enforcement of unpopular laws or perfectly acceptable laws that jurors believe are being manipulated by prosecutors in order to secure conviction and punishment of the undeserving. It could be argued that requiring juries to give the reasons for their verdicts in such cases would discourage them from acting according to their consciences, or worse, intimidate them against doing so. Since juries are, in some cases, the last bastion against oppressive or arbitrarily enforced laws, we should reject any measures that might interfere with their autonomous operation. Though important, I do not find this objection convincing.*” (LIPPKE, Richard L. *The Case for Reasoned... cit.*, p. 326.)

¹³¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova... cit.*, p. 304-304.

Diante dessas considerações, julga-se possível suprir adequadamente a ausência de fundamentação da decisão dos jurados no contexto brasileiro e, ao mesmo tempo, garantir uma maior racionalidade desses veredictos, na medida em que se estabeleça, ao mesmo tempo, o dever do juiz de instruir os cidadãos sobre os parâmetros de valoração e de decisão a serem adotados, além dos elementos fáticos necessários para a caracterização do delito, paralelamente à previsão de um questionário criterioso, capaz de compreender em suas proposições cada uma das questões fáticas que se constituam como elemento da ofensa, além daquelas objeto das teses defensivas.

A elaboração dos quesitos se tornará uma atividade mais complexa, de fato, o que exigirá maior comprometimento do juiz e a atuação colaborativa das partes – considerando que as proposições fáticas nele constantes terão origem, em grande parte, nos articulados apresentados na etapa preparatória. O incremento dessa complexidade para o juiz, e mesmo para as partes, é um preço razoável a se pagar diante da perspectiva de racionalização da atividade decisória dos jurados, além da garantia de maior controlabilidade sobre o conteúdo de seus veredictos.

Por outro lado, será preciso abandonar a visão tradicional que busca blindar os jurados no curso do processo contra qualquer tipo de influência que se julga capaz de afetar sua liberdade de consciência, em prol do estabelecimento de uma lógica centrada na divisão de tarefas entre juiz e jurados.

O que importa para o processo, no que concerne à fixação dos fatos, não é a expressão da crença subjetiva e individual dos cidadãos, e sim a verdade, a qual deve ser estabelecida por meio dos esforços de um grupo de cidadãos aplicando os critérios racionais e os parâmetros lógicos de decisão a partir da análise do conjunto probatório. Isso exige do juiz que lhes apresente de forma adequada o conjunto dos critérios lógicos e parâmetros jurídicos destinados a orientar seu raciocínio. Nada obsta que, após o estabelecimento dos fatos pelos meios racionais, o júri decida por absolver o acusado com base em seus critérios próprios de justiça, negando a aplicação da lei ao caso concreto.

Essa divisão de tarefas promove um ambiente de cooperação entre juiz e jurados e ressalta a interdependência de suas funções, e é assim que a instituição deve ser concebida: aos jurados cabe decidir os fatos e determinar a culpa com base nas instruções sobre o direito dadas pelo juiz presidente, a este cabe, por sua vez, decidir a pena a partir dos fatos tidos como provados pelos cidadãos.

CONCLUSÕES

O principal escopo do presente trabalho foi o de estabelecer as perspectivas essenciais para uma proposta de situar a atividade dos jurados – de cognição e decisão dos fatos – sobre bases racionais, paralelamente à instrumentalização dos meios capazes de proporcionar um efetivo controle dos fundamentos desse juízo.

Os parâmetros que serviram de base para fundamentar a crítica ao procedimento brasileiro de júri em vigor – e às perspectivas de reforma já anunciadas – foram estabelecidos por meio da reunião das mais relevantes premissas teóricas da concepção racionalista da prova, as quais foram também determinantes para a elaboração das propostas de aprimoramento, expostas no capítulo final.

Partindo-se do pressuposto de que o estabelecimento da verdade dos fatos é condição fundamental para a concreta atuação do direito material e para a realização da justiça, buscou-se demonstrar que a concepção de verdade como correspondência é a que importa ao processo, no sentido de sinalizar para um ideal a ser buscado por meio da atividade probatória. Para tanto, não se descarta o recurso às ideias de coerência narrativa, aceitabilidade justificada e demais acepções pertinentes, para atuarem como possíveis critérios de decisão. Nesse sentido, a partir de uma concepção metajurídica, a prova adquire função preponderantemente demonstrativa, a ser situada no contexto de um modelo de processo orientado segundo os parâmetros epistemológicos válidos.

Partindo-se dessa compreensão, os esforços foram concentrados na expectativa de idealizar uma releitura do fenômeno probatório com base na reunião das mais relevantes premissas teóricas que convergem para o que se identificou como concepção racionalista da prova, sem descuidar das peculiaridades específicas de um procedimento a ser conduzido perante julgadores leigos. A análise fora realizada a partir dos diferentes momentos da atividade probatória: a formação do conjunto probatório e a dinâmica do procedimento para sua produção, a valoração racional da prova produzida e a decisão conforme à verdade dos fatos. Em sequência, a motivação foi compreendida como garantia de valor epistêmico, uma vez que se destina ao controle da racionalidade do juízo fático desenvolvido.

A proposta de racionalizar o procedimento brasileiro não estaria apta a ser sequer discutida sem que fossem, inicialmente, desconstruídas algumas premissas ideológicas que desfiguram a imagem do tribunal do júri na cultura brasileira, as quais parecem dispor de uma aceitação acrítica por grande parte da doutrina jurídica. Essas falácias são perigosas na

medida em que dominam o pensamento comum e desencorajam as críticas de base às estruturas vigentes, o que acaba por dar suporte à manutenção de práticas e procedimentos que não mais se justificam racionalmente no contexto em que se encontram inseridos.

Diante disso buscou-se demonstrar, em primeiro lugar, que não existe qualquer disposição constitucional capaz de sustentar o entendimento de que as decisões dos jurados estariam dispensadas do dever de fundamentação. Foi possível verificar, inclusive, uma grande tendência da doutrina em interpretar os dispositivos constitucionais relativos aos princípios do júri à luz da tradição consolidada pela prática, no sentido de reafirmá-la, e não o contrário. Entretanto, o que se revela apropriado é a adaptação das práticas aos mandamentos constitucionais, os quais, por sua vez, devem ser interpretados à luz do sistema unitário em que se encontram inseridos, de modo a evitar qualquer contradição interna. Nesse sentido, os estudos demonstraram que não existe qualquer incompatibilidade entre o conteúdo da garantia da motivação das decisões judiciais e dos princípios inerentes ao juízo popular, os quais podem ser perfeitamente harmonizados em âmbito infraconstitucional.

Ademais, valendo-se da orientação da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre como a motivação deve ser efetivada nos processos perante o júri popular, foi possível concluir que o procedimento brasileiro, nesse aspecto, não somente é inconstitucional, como tende a um esvaziamento gradual do conteúdo da garantia a partir do que sinalizam as prospectivas reformas processuais.

A argumentação desenvolvida pela Corte Europeia na decisão do caso *Taxquet v. Bélgica* evidenciou um grande potencial no sentido de orientar os possíveis rumos das propostas de aprimoramento do procedimento brasileiro no que se refere à carência de fundamentação do veredicto. Verificou-se que a preocupação da Corte não era apenas em proporcionar ao público o conhecimento das razões da decisão, mas também em assegurar que a mesma tenha sido alcançada a partir de raciocínios válidos sobre o conjunto probatório disponível, a fim de evitar arbitrariedade. Essa perspectiva expõe a vulnerabilidade da ideia difundida no Brasil de que seria da essência do júri a decisão por íntima convicção – entendida no sentido de decisão pelos ditames da consciência, associada a uma prerrogativa para desconsiderar a prova como seu fundamento necessário.

Entretanto, a verdadeira desconstrução dessa premissa somente foi possível a partir de uma incursão histórica pelos métodos de apreciação da prova nos contextos da *common law* e da *civil law*, o que permitiu verificar o quanto essas diferentes trajetórias foram responsáveis por desencadear diferentes concepções acerca do papel do júri e de seu modo de atuação nesses dois contextos. Paralelamente, é marcante a forma distinta pela qual essa instituição

influenciou e foi influenciada à luz da conjuntura histórica subjacente ao desenvolvimento de cada um dos respectivos sistemas probatórios.

Na *common law* a adoção do júri se deu naturalmente, durante o gradual abandono dos métodos irracionais de prova, e seu funcionamento fora moldado gradativamente a partir da experiência adquirida por séculos. Inicialmente concebidos como testemunhas do fato, que pertenciam à comunidade e levavam seu conhecimento das questões a um juiz itinerante, os jurados passaram a assumir propriamente o papel de julgadores do fato na medida em que se deu a separação entre o júri de acusação e o júri de julgamento, o que contribuiu para a introdução das testemunhas em juízo. Entretanto, os cidadãos ainda julgavam a partir de seu conhecimento particular dos fatos, o que dificultava o controle sobre suas decisões. Tornou-se conveniente que as informações que servissem como base para a decisão do júri também estivessem disponíveis ao juiz, a fim de lhe assegurar um mais amplo e efetivo domínio sobre a atuação dos cidadãos. Disso resultou uma espécie de dever moral imposto ao júri de que nada soubesse acerca dos fatos, exceto pelo que houvesse sido declarado no curso da audiência pública. Foi possível concluir, a partir dessa análise, que toda a lógica do procedimento anglo-americano, especialmente no que concerne às regras de prova, foi moldada de acordo com os anseios de se controlar as decisões do júri, seja evitando que conhecessem certos tipos de prova, seja por meio das instruções do juiz presidente, ou mesmo de forma indireta, controlando-se os eventuais excessos dos advogados e suas possíveis influências indesejáveis sobre o júri popular.

Na *civil law*, por sua vez, a superação das ordálias proporcionou o desenvolvimento do sistema de prova legal, no qual a tortura acabou sendo legitimada como método para a busca da verdade por meio da confissão, à luz da influência do direito canônico. No período da Revolução Francesa, a importação da instituição do júri pareceu conveniente para frear os abusos de um poder centralizador e arbitrário, o que se deu por expressa inspiração na experiência inglesa. O cerne da divergência entre os modelos, entretanto, se deu a partir da descaracterização da instituição do júri – segundo a lógica inglesa – quando desse transplante. Os ideais iluministas de valorização da consciência individual e o repúdio aos métodos praticados no curso do sistema de prova legal foram determinantes para que o transplante se desse de forma fragmentada, prestigiando a participação popular mas ignorando, em contrapartida, toda a lógica de controle adotada no contexto inglês. A ideologia correspondente àquela conjuntura histórica não foi receptiva aos métodos pelos quais os juízes influenciavam a decisão dos cidadãos no sistema inglês.

Uma análise da instituição do júri segundo sua lógica original, no âmbito da tradição anglo-americana, permitiu verificar o quão dissonante é a forma de se conceber o papel dos jurados no contexto brasileiro, e do quão deturpada é a visão que se tem, por aqui, daquela prática. Todo o foco que é comumente dirigido aos veredictos genéricos acaba por mascarar a compreensão sobre como o sistema interfere, por outros meios, na liberdade dos jurados para avaliar a prova e decidir os fatos. A prática anglo-americana é configurada de modo a suprir a ausência de motivação por meio do estabelecimento de uma racionalidade *ex ante* pelo procedimento.

Na *civil law*, por outro lado, a exaltação de uma absoluta liberdade valorativa como reação de repúdio ao sistema de provas legais não concebia qualquer possibilidade de interferência por parte do juiz ou do legislador nessa atividade, passando a compreender até mesmo a prerrogativa para desconsiderar a prova em prol de uma decisão com base nos ditames da consciência – o que, de certo modo, encontra similaridades com a versão primitiva do júri da *common law*, enquanto ainda autoinformativo. Essa ideia de liberdade sem critérios acabou se convertendo em verdadeira negligência do sistema com o conteúdo dos veredictos, uma vez que a falta de qualquer controle implica um conformismo com decisões potencialmente intuitivas e arbitrárias.

Daí a ser equivocado sustentar que a íntima convicção como princípio de apreciação da prova seja intrínseca à essência do juízo popular, uma vez que não provém de seu contexto originário, segundo a tradição da *common law*. Ao contrário, é ela produto da cultura da *civil law*, consagrada como sistema de valoração a partir da introdução do júri na Europa continental, por influência iluminista. O modelo de júri que se consolidou ao longo da experiência anglo-americana ostenta grande preocupação com a racionalidade dos veredictos e abertamente emprega os diversos instrumentos processuais desenvolvidos pelo sistema para o escopo de influenciar a análise da prova. Essa perspectiva ficou bastante clara a partir do exame de algumas das instruções fornecidas pelo juiz no sistema norte-americano quanto ao *standard* de prova. Em muitas delas os jurados são desencorajados a decidir conforme suas crenças subjetivas e levados a considerar qual seria a decisão de uma pessoa razoável, a partir das informações disponíveis.

Em sendo na tradição da *common law* que a instituição tem suas principais raízes, tendo se desenvolvido com maior destaque no âmbito da experiência norte-americana, não se pode desconsiderar seu modelo processual como um importante referencial a determinar a lógica que deve governar a participação popular na administração da justiça. Com base na compreensão dos principais aspectos desse sistema e do papel do júri nesse contexto, foi

possível concluir que, paralelamente às diversas funções que lhe podem ser atribuídas, não se nega que o júízo popular também tenha como escopo fundamental o desenvolvimento de uma função epistêmica. Afinal, todos os esforços do sistema em controlar a atividade dos jurados e influenciar sua forma de raciocínio não podem ter outra finalidade que não a busca por decisões corretas, o que implica a valorização da verdade como escopo a ser alcançado pelo júízo.

Por outro lado, contrariando a ideia sedimentada no senso comum de que os jurados estariam em desvantagem perante o juiz togado no que se refere à capacidade de desenvolver raciocínios válidos a partir das provas, buscou-se demonstrar com respaldo em pesquisas empíricas que não há, a rigor, esse suposto desequilíbrio. As conclusões de destacadas pesquisas indicaram que, na grande maioria dos casos, a decisão adotada pelo júri seria a mesma que o juiz proferiria caso lhe coubesse o julgamento do fato. As eventuais dificuldades do júri em compreender as questões complexas discutidas em júízo não foram interpretadas pelos pesquisadores como sinais de sua inaptidão para o exercício da função. Ao contrário, foram consideradas como indícios de falhas do juiz em lhes prover uma orientação adequada no curso do procedimento, ou mesmo do próprio sistema em lhes fornecer instrumentos e mecanismos capazes de simplificar ou otimizar essa atividade de cognição.

Essa perspectiva é bastante interessante por indicar uma necessária transferência de responsabilidade ao sistema processual pelas eventuais deficiências do júízo popular, servindo para corroborar a tese defendida no sentido de que a configuração do procedimento – especialmente no aspecto probatório – é fator determinante e diretamente responsável pela racionalidade do júízo de fato. Ademais, o argumento serviu para reforçar ainda mais a hipótese de que o aprimoramento do júri brasileiro não dependeria somente da efetivação da garantia da motivação – mas demandaria uma reestruturação mais ampla de seu procedimento, o qual não se mostra favorável para o desempenho de uma função epistêmica.

A função do juiz de instruir os jurados no curso do procedimento foi identificada como um importante mecanismo pelo qual se assegura a racionalidade dos veredictos no sistema de júri anglo-americano. Não obstante esta constatação, é de se destacar que esse papel do juiz, assim como o conteúdo de suas instruções, é praticamente inexplorado pelos processualistas brasileiros que se dedicam ao estudo do júri popular. Uma análise mais concreta do conteúdo dessas formulações permitiu compreender o motivo pelo qual a Corte Europeia de Direitos Humanos considera serem estes mecanismos os responsáveis por exercer o papel da fundamentação no contexto dos veredictos genéricos, característicos do júri da *common law*.

A motivação tem o propósito de justificar racionalmente a decisão do juiz profissional e, da mesma forma, pode-se dizer que as instruções desempenham uma função simbólica no âmbito do júri popular. Por meio delas o magistrado proclama publicamente os valores que governam a apreciação da prova e a correta interpretação do direito material aplicável, de modo que sua expressão formal diante do público e das partes no momento anterior à adoção da decisão tem o condão de reforçar a legitimidade desse veredicto que se formará a partir daquele conteúdo. O argumento de que os jurados não necessariamente decidirão com base nesses fundamentos pode ser facilmente rebatido a partir da consideração de que, igualmente, não há garantias de que a justificação expressa pela motivação indique os reais fatores que determinaram a decisão do juiz togado. De todo modo, as instruções servem para reavivar nos cidadãos o senso de responsabilidade sobre a função a ser desenvolvida – a qual obedece a parâmetros lógicos e racionais – , dissipando a noção de que seus juízos possam ser intuitivos por não terem que prestar contas de seus fundamentos.

Ademais, a breve referência a alguns sistemas provenientes da tradição de *civil law*, que tiveram modelos de júri recém-implantados, procurou demonstrar que a busca pela racionalidade dos veredictos tem sido preocupação relevante a determinar a estrutura dos respectivos procedimentos, o que reafirma a necessidade de se rever a lógica que orienta o modelo brasileiro e vai ao encontro das propostas ora defendidas.

No Brasil, são diversos os aspectos que demonstram a incompatibilidade do procedimento do júri aos parâmetros estabelecidos a partir de uma concepção racionalista do fenômeno probatório, o que evidencia os riscos de que conduza a resultados distantes do ideal de verdade almejado.

Basicamente, toda a lógica de sua estrutura bifásica pressupõe que a essência da instrução probatória se realize na etapa preliminar, antes mesmo da composição do conselho de sentença. Disso resulta o grave inconveniente de que os jurados não decidirão, na maioria das vezes, a partir de um contato direto com a prova, mas somente com base na transcrição das provas já produzidas em etapas antecedentes. Toda a estrutura do procedimento em plenário acaba por prestigiar a retórica dos representantes das partes como principal fonte da decisão, em cujo contexto os extratos de provas anteriores são lidos aos jurados com finalidade preponderantemente persuasiva. Tudo isso culmina com um veredicto fulcrado na consciência individual de cada jurado, com base na aferição da maioria das respostas a cada quesito genericamente formulado. A simplificação do questionário, por sua vez, não só impede que se assegure que todos os principais argumentos foram apreciados, como também obsta que se compreenda, minimamente, os fundamentos das respostas apresentadas.

Diante dessas considerações, a proposta de aprimoramento do procedimento brasileiro segundo os propósitos epistêmicos foi concebida a partir dos parâmetros da concepção racionalista da prova, conforme estabelecidos no segundo capítulo – a seguir sucintamente expostos no que trazem de mais relevante aos escopos pretendidos.

A primeira dimensão proposta – relativa à admissão processual dos elementos probatórios – , tem sua plena efetividade condicionada à contenção das regras jurídicas que impõem limitações à admissão da prova. Essa compreensão se coaduna com uma dimensão fundamentalmente epistêmica do processo, segundo a qual, estando ele direcionado para a descoberta da verdade, não comportaria a exclusão de provas relevantes para tal ensejo.

Entretanto, em se tratando de um processo penal a ser conduzido perante julgadores leigos, algumas limitações probatórias acabam por adquirir finalidade epistêmica, a exemplo das restrições às provas consideradas suspeitas. Ciente de que esse aspecto costuma ser negligenciado no procedimento brasileiro, no qual diversos elementos probatórios são explorados com caráter meramente persuasivo, tais limitações devem ser impostas a fim de evitar juízos equivocados, movidos por reações emocionais, preconceitos ou estigmas.

No contexto da formação do conjunto probatório pode-se identificar, ainda, a garantia da efetiva produção da prova considerada admissível. Nesse contexto, a determinação do respectivo procedimento é fator de extrema relevância para a racionalidade de seu resultado, o que põe em relevo o aspecto do contraditório como método epistêmico. A noção de que a prova deve adquirir função demonstrativa, rumo ao estabelecimento da verdade, não afasta que seja o contraditório o melhor método processual para o alcance de tal finalidade. Ademais, o potencial desequilíbrio estrutural inerente à relação jurídica processual penal – que fragiliza a posição de defesa do acusado – torna desaconselhável a adoção de um sistema presidencialista de inquirição, diante do risco de uma atuação do magistrado dirigida à confirmação da hipótese acusatória. Nesse contexto, a dinâmica da *direct* e *cross-examination* assume um propósito de garantia e destaca-se como mais adequada ao contexto do júri para determinar a produção da prova oral.

Uma segunda dimensão do direito à prova refere-se à prerrogativa de uma valoração racional. A atividade de valoração deve ser livre de intromissões por parte do legislador, revelando-se indesejáveis as regras de prova legal que engessam o raciocínio e que partem de inferências genéricas pré-estabelecidas. Isso não significa, entretanto, que essa atividade possa residir no âmbito exclusivo da subjetividade de quem tenha que decidir os fatos, ainda que se trate de um júri popular.

A valoração racional pressupõe que todas as provas produzidas sejam levadas em consideração para justificar a decisão adotada, e que essa apreciação seja empreendida por meios racionais. O raciocínio atomista, apesar de mais complexo, é o mais adequado aos parâmetros da concepção racionalista e para o escopo da determinação da verdade como correspondência, uma vez que pressupõe uma estrita vinculação das conclusões aos elementos probatórios disponíveis, segundo seu efeito de corroboração ou refutação das hipóteses fáticas em conflito. Entretanto, por ser mais intuitivo, é o método holista o mais utilizado pelos cidadãos, correspondendo ao modo pelo qual se raciocina hodiernamente sobre fatos da vida. A partir de pesquisas empíricas, demonstrou-se que os jurados tendem a construir narrativas plausíveis a fim de encadear em sequência lógica e temporal as informações recebidas, o que fazem para facilitar o raciocínio. Entretanto, a despeito da função heurística, esse método se torna arriscado pela tendência de que as histórias criadas adquiram autonomia em relação às provas concretas, na medida em que os cidadãos passem a desconsiderar o conjunto probatório e concentrar as atenções na qualidade da própria narrativa, de modo a decidir pela mais coerente – embora não necessariamente verdadeira. Desse modo, o procedimento deve buscar, na medida do possível, vincular o raciocínio dos jurados à estrita consideração dos elementos probatórios disponíveis.

Por conseguinte, o terceiro momento da atividade probatória refere-se ao da decisão, para o qual fora ressaltada a relevância dos *standards* probatórios como métodos de constatação da verdade, os quais devem ser configurados com base em parâmetros objetivos e efetivados no juízo por jurados a partir das criteriosas instruções a serem fornecidas pelo juiz presidente.

Finalmente, é de se considerar que o direito à prova abrange igualmente o direito à justificação racional dos resultados de sua apreciação. A motivação das decisões judiciais é garantia de fundamental importância para possibilitar um controle da racionalidade decisória e da correção das inferências realizadas pelo julgador. No contexto do juízo popular, as funções tuteladas pela garantia da fundamentação devem ser acomodadas em meio às especificidades do procedimento, seja a partir de um criterioso questionário analítico, contendo cada um dos elementos fáticos a serem apreciados, ou por meio de minuciosas instruções do juiz presidente, pelas quais sejam expostas as perspectivas para a adequada valoração da prova concretamente produzida.

A conjugação dessas premissas com algumas inspirações de práticas oriundas da experiência comparada permitiram concretizar, no capítulo final, uma série de propostas destinadas a proporcionar melhores condições para o exercício de uma função epistêmica no

contexto do júri por jurados no Brasil, de modo que o procedimento possa ser situado sobre bases mais racionais.

Para tanto, uma primeira demanda seria a consagração da produção da prova integralmente perante os jurados, como medida inescusável da qual todas as demais estariam condicionadas. A partir da compreensão das deturpações práticas que acabam por frustrar os escopos pretendidos pela norma processual, concluiu-se que a efetivação desta exigência somente seria possível por meio da sumarização do júri de pronúncia, ciente de que o mesmo não se difere, em substância, daquele desenvolvido quando do recebimento da peça inicial acusatória – salvo por se basear na prova judicializada. Deste modo, propôs-se a realização de um contraditório subsequente ao oferecimento da denúncia, para cuja efetivação poderia ser oportunizada, excepcionalmente, a realização de diligências e a designação de audiência, considerado o caráter inquisitivo da investigação preliminar. Frisa-se que tal configuração não teria o condão de reduzir o caráter garantístico da pronúncia, uma vez que se propôs, conjuntamente, a possibilidade de que o juiz venha a absolver o acusado ao final da etapa instrutória em plenário – paralelamente à dissolução do conselho de sentença. Essa medida seria condicionada à verificação de que a prova concretamente produzida é incapaz de conduzir racionalmente a uma decisão condenatória. Com isso, proporciona-se um melhor controle da suficiência da acusação perante o júri, assegurando-se que a prova seja efetivamente produzida na presença dos cidadãos.

Ciente dos perigos do recurso aos métodos holísticos, a lógica que se pretende configurar para estimular os jurados a aproximarem-se de um raciocínio atomista está situada sobre uma necessária correlação fática a ser estabelecida entre os articulados, as provas, e o questionário. A ideia é que as partes apresentem no curso de uma etapa preparatória a lista dos fatos que pretendem demonstrar para a comprovação de suas hipóteses, os quais devem estar correlacionados aos elementos probatórios por meio dos quais esperam fazê-lo. Os jurados devem acompanhar a produção das provas cientes do propósito de cada uma e do impacto que as partes esperam que produzam às suas hipóteses ou nas do adversário, no sentido de torná-las mais ou menos prováveis. Essa previsibilidade é essencial para que se lhes possa garantir uma plena compreensão da dinâmica do júri oral.

Ao final, a elaboração do questionário terá como principal suporte os referidos elementos, cabendo aos jurados considerar cada fato identificado individualmente nas proposições e responder se foram provados à luz do *standard* probatório aplicável. É importante que, por meio das proposições, sejam direcionados à apreciação do júri todos os

elementos necessários para a configuração do delito, bem como aqueles sobre os quais apoiam-se as teses defensivas alegadas.

O equacionamento dos propósitos acima estaria sujeito à efetivação de uma etapa preparatória na sequência do juízo de admissibilidade da acusação, a qual é praticamente inexpressiva no contexto do procedimento vigente. Por meio desta fase pretende-se que o juiz possa realizar um adequado juízo de admissibilidade sobre as provas a serem produzidas em plenário, a fim de evitar que o júri esteja suscetível às influências indevidas daquelas consideradas potencialmente suspeitas, por seu potencial preponderantemente persuasivo.

Sobre o procedimento desenvolvido em plenário, sublinhou-se a necessidade da estrita observância ao contraditório, não apenas em sua feição subjetiva de garantia, mas também como método adequado aos propósitos epistêmicos. Além disso, propôs-se a atribuição ao juiz de uma importante função de instruir os jurados no início e ao final do juízo oral, de modo que possam compreender o que se espera de sua atuação, quais os parâmetros lógicos e racionais que devem nortear a sua apreciação da prova, quais os elementos fáticos que devem restar provados como condição para a configuração do delito imputado, além de uma explicação em termos objetivos do *standard* probatório aplicável. Todas essas instruções devem ser apresentadas de forma simples, clara e inteligível, sem prejuízo da disponibilização de uma cópia escrita para posterior consulta. Uma breve construção das principais instruções a serem fornecidas no contexto das propostas aqui delineadas segue como apêndice ao presente trabalho.

Ademais, considerou-se pertinente a oportunização de um momento deliberativo entre os membros do conselho de sentença e a fixação de um número mais elevado de votos para a imposição de um decreto condenatório, uma vez que tais medidas convergem para o escopo de estabelecer bases mais racionais para as decisões do júri.

A deliberação contribui para que os jurados sejam levados a fundamentar suas posições perante os demais membros, de modo que se questionem sobre a racionalidade de suas próprias convicções na medida em que não puderem se sustentar diante do debate aberto. Para tanto, a disponibilização de cópia escrita dos quesitos nesse momento permitirá que as discussões sejam concentradas na consideração dos fatos relevantes. As respostas aos quesitos, no entanto, somente serão apresentadas em momento subsequente, perante o juiz, a fim de que não seja maculado o sigilo das votações.

Ao final, pretende-se que a estrutura do questionário se mostre hábil a fornecer o contexto para a compreensão das respostas sintéticas apresentadas pelos jurados, de modo que as partes e o público possam analisar as respostas dos cidadãos em vista da estrutura lógica

subjacente às suas formulações. Por outro lado, espera-se que esse encadeamento dos fatos em proposições analíticas seja capaz de atuar como um roteiro para direcionar o raciocínio dos jurados. A configuração das questões sob a forma de proposições fáticas afirmativas, para serem respondidas no sentido de terem sido provadas ou não à luz do *standard* probatório aplicável, demanda uma necessária reflexão à luz do conjunto probatório, além de deixar expresso que o sistema não está interessado em uma convicção subjetiva.

Espera-se que toda essa dinâmica seja capaz de promover um satisfatório controle da racionalidade do veredicto, de modo a suprir, na medida do possível, a ausência de uma fundamentação expressa.

Vale destacar, contudo, que as perspectivas sugeridas no capítulo final não devem ser compreendidas como uma proposta de modelo rígido e fechado, mas tão somente como diretrizes destinadas a orientar os rumos das propostas de reforma processual no contexto do júri. Buscam, acima de tudo, estabelecer uma nova forma de se conceber o juízo por jurados e de promover uma mudança de paradigma sobre os valores que permeiam a compreensão da instituição, no sentido de atribuir uma responsabilidade ao próprio sistema processual no sentido de zelar pelo acerto dos veredictos. Por isso mesmo, nem todas as perspectivas delineadas no contexto do capítulo segundo, relativas ao modelo de procedimento probatório racional – foram necessariamente acomodadas nas propostas finais, o que sinaliza para a existência de um campo muito mais vasto a ser explorado.

Deste modo, por mais utópicas que possam parecer as perspectivas de conduzir cidadãos amadores a decisões racionais com base em uma criteriosa avaliação da prova, não parece razoável – nem mesmo racional – permanecer ao abrigo de um ceticismo conformista, apoiado na ideia de que esse sistema deva adquirir uma feição meramente teatral e simbólica, em cujo contexto toda a sorte do acusado é confiada ao juízo de pronúncia.

Mesmo que se considere que o júri não seja capaz de corresponder às expectativas pretendidas, malgrado todos os esforços empregados pelo procedimento, não se pode afastar o dever do sistema de lhe proporcionar todas as condições para que possa, eficazmente, desempenhar sua função. Essa imposição presume uma instrução adequada e um contato direto com o conjunto probatório. Tal compromisso é condição essencial para a legitimidade do juízo popular no contexto do Estado Democrático de Direito, no qual decisões arbitrárias e infundadas não podem ser sustentadas pelo simples fato de derivarem da vontade popular.

REFERÊNCIAS

ABRAMSON, Jeffrey. *We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

ALBERGARIA, Pedro Soares. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007.

ALBERNAZ, Flávio Boechat. O Princípio da Motivação das Decisões do Conselho de Sentença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 19, 1997.

ALLEN, Ronald J. The Perils of Comparative Law Research. *Northwestern Public Law and Legal Theory Research*. n.15-22, 2015.

_____.; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David S.; PARDO, Michael S.; STEIN, Alex. *An Analytical Approach to Evidence: Text, Problems and Cases*. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2016.

ALMEIDA, Vanina; BAKROKAR, Denise. El Jurado Clásico como Institución Garantizadora de la Imparcialidad. In: *Juicio por Jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2015.

American Bar Association. *Principles for Juries and Jury Trial*, 2005. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 01 de dezembro de 2015.

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

_____. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003.

ANDERSON, Terrence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of Evidence*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2005.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 12, 1992.

ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. *O Tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAÚJO, José Aurélio de; ROQUE, Andre Vasconcelos. *et. al.* A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro - Terceira Parte. *Revista de Processo*. v. 242, 2015.

_____. A eficácia epistêmica da fase preparatória do processo bifásico. *Revista de Processo*. v. 241, 2015.

AULD, R. *Review of the Criminal Courts of England and Wales*. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.criminal-courts-review.org.uk/ccr-05.htm>. Acesso em: 24 de maio de 2016

AUSTIN, John L. Truth. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4106745>. Acesso em: 21 de junho de 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Tribunal do Júri: Lei 11.689, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As Reformas no Processo Penal: As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

BARBER, Jeremy W. The Jury is still out: The Role of Jury Science in the Modern American Courtroom. In: *American Criminal Law Review*. n. 31, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas. In: *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: *Temas de Direito Processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: *Temas de Direito Processual: sétima Série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Prueba y Motivación de la Sentencia. In: _____. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial: entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2013.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Saraiva, 1999.

BENTHAM, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence*. Extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham. Esq. by M. Dumont. London: Messrs. Baldwin, Cradock, and Joy, Paternoster-Row, 1825.

_____. Rationale of Judicial Evidence In: BOWRING, John. (ed.) *The Works of Jeremy Bentham*. vol VII. Edinburgh: Simpkin, Marshall & Co, 1838-43.

BERRY, Elizabeth; GALLAGHER, George. *Texas Criminal Jury Charges*. Costa Mesa: James Publishing, 2014.

BINDER, Alberto M. Crítica a la justicia profesional. In: *Derecho Penal. Participación Ciudadana en la Justicia*. n. 3, 2012.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOHMAN, James. *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2000.

BRADLEY, Francis Herbert. *Essays on Truth and Reality*. Oxford: Oxford University Press, 1914.

BUTTON, Mark. RYFE, David M. What can we learn from the practice of Deliberative Democracy? In: GASTIL, John. LEVINE, Peter. *The Deliberative Democracy Handbook: Strategies for Effective Civic Engagement in the Twenty-First Century*. São Francisco: Jossey-Bass, 2005.

BUZAID, Alfredo. Processo e Verdade no Direito Brasileiro. *Revista de Processo*. v. 47, p. 92-99, jul-set 1987.

CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*. Ano LX, n. 02, 2005.

CALAMANDREI, Piero. Proceso y Justicia. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, v. III., 1973.

_____. Processo e giustizia. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 5, 1950.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARLSON, Kurt A.; RUSSO, J. Edward. Biased Interpretation of Evidence by Mock Jurors. In: *Journal of Experimental Psychology: Applied*. v. 07, n. 02, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. 2. ed. Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1947.

_____. *Sistema de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, v. I, 2004.

CARRATTA, Antonio. Il diritto come discorso e la funzione dimostrativa della prova. A proposito del libro di Aurelio Gentili. *Diritto e Questioni Pubbliche – Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*. n. 14, 2014.

CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. New York: New York University Press, 2005.

CHAVES, Charley Teixeira. *O Povo e o Tribunal do Júri*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, v. I, 2000.

CHOO, Andrew L. T. England and Wales: Fair Trial Analysis and the Presumed Admissibility of Physical Evidence. In: CAMMACK, Mark E; THAMAN, Stephen C. (ed.). *Exclusionary Rules in Comparative Law*. Dordrecht: Springer, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Júri: Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, James. REHG, W. *Deliberative Democracy*. Cambridge: MIT Press, 1989.

COHEN, L. Jonathan. Inductive Logic 1945-1977. In: COHEN, L. Jonathan. LOGUE, James (ed.) *Knowledge and Language*. Selected essays of L. Jonathan Cohen. Dordrecht: Springer, 2002.

_____. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

COLMAN, Andrew M. *A Dictionary of Psychology*. 3 ed. Nova York: Oxford University Press, 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Art. 116 – Valutazione delle Prove. In: COMOGLIO, Luigi Paolo; CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno; VACCARELLA, Romano. *Commentario del Codice di Procedura Civile*. Assago: Utet, v. II, 2012.

_____. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

CONRAD, Clay S. *Jury Nullification: the evolution of a doctrine*. Washington: Cato Institute, 2014.

CONTE, Francesco. Contraditório como dever e a boa-fé processual. In: FUX, Luiz. (coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2010.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

DAMAŠKA, Mirjan. Epistemology and legal regulation of proof. In: *Law, probability and risk*. n. 02, 2003.

_____. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.

_____. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, 1972-1973.

_____. Free Proof and its Detractors. *In: American Journal of Comparative Law*. v. 43, n. 03, 1995.

_____. *The Faces of Justice and State Authority*. A Comparative Approach to the Legal Process. New Haven: Yale University Press, 1986.

_____. The jury and the law of evidence: real and imagined interconnections. *Law, Probability and Risk*. n. 5, 2006.

_____. The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments. *In: American Journal of Comparative Law*. v. 45, 1997.

_____. Truth in adjudication. *In: Hastings Law Journal*, n. 49, 1998.

DAUER, Francis W. In Defence of the Coherence Theory of Truth. *In: Journal of Philosophy*, n. 71, 1974.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. A Expulsão do Livre Convencimento Motivado do Novo CPC: Por que a razão está com os hermenêutas? *In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (org.). Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: Processo de Conhecimento – Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

DENNIS, Ian. *The Law of Evidence*. 4. ed. London: Sweet & Maxwell, 2010.

DERSHOWITZ, Alan M. *Dubbi Ragionevoli: Il sistema della giustizia penale e il caso O.J. Simpson*. Tradução de Michele Materni e Renata Schisano. Milano: Giuffrè, 2007.

DEVINE, Dennis J. *Jury Decision Making: the state of the science*. New York: New York University Press, 2012.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, n/d.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DONOVAN, James M. *Juries and the Transformation of Criminal Justice in France in the Nineteenth and Twentieth Centuries*. Chapel Hill: North Carolina University Press, 2010.

DORAN, Sean. The Symbolic Function of the Summing-Up in the Criminal Trial: Can the Diplock Judgment Compensate? *Northern Ireland Legal Quarterly*. v. 42, n. 4, 1991.

DOTTI, René Ariel. *Um novo e democrático Tribunal do Júri (V)*: Breves notas em torno da Lei n. 11.689, de 9 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI65652,41046-Um+novo+e+democratico+Tribunal+do+Juri+V>. Acesso em: 16 de novembro de 2017.

DRESSLER, Joshua; TOMAS, III, George C. *Criminal Procedure: Prosecuting Crime*. St. Paul: West, 2006.

DUCLERC, Elmir. O Novo Procedimento do Tribunal do Júri e sua Conformidade Constitucional: Avanços e Retrocessos com a Reforma Processual de 2008. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. (orgs.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

EISENBERG, Theodore; HANNAFORD-AGO, Paula L; HANS, Valerie P. *et. al.* Judge-Jury Agreement in Criminal Cases: A Partial Replication of Kalven and Zeisel's The American Jury. *Journal of Empirical Legal Studies*. v. 2, n. 1, 2005.

ELLSWORTH, Phoebe. Are 12 heads better than 1? *Law Quadrangle Notes*. v. 38, n. 2, 2005.

ERASTUS-OBILO, Bethel G. A. *Reason Curve, Jury Competence, and the English Criminal Justice System: The Case for a 21st Century Approach*. Boca Raton: Universal Publishers, 2009.

FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. *Lua Nova*. São Paulo, n. 50, p. 47-68, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452000000200004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 de abril de 2015.

FARIA JÚNIOR, Cesar de. Ruy Barbosa, o júri e a responsabilidade penal dos juízes – O crime de hermenêutica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 34, abr-jun de 2001.

FARIA, Márcio Carvalho. A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização na busca de soluções à crise do processo. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. VI, n. 06, 2010.

_____. O princípio do contraditório, as matérias cognoscíveis de ofício e as decisões judiciais de fixação de honorários de sucumbência. In: FUX, Luiz (coord). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____; GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; HARTMANN, Guilherme Kronenberg; GUEDES, Clarissa Diniz; *et. al.* A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro - segunda parte. Anteprojeto do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais" Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro In: *Revista de Processo*. v. 241, pp. 111-201, 2015.

Federal Judicial Center. *Pattern Criminal Jury Instructions*. 1987, p. 72. Disponível em: http://federalevidence.com/pdf/JuryInst/FJC_Crim_1987.pdf. Acesso em: 25 de julho de 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *In: Jueces para la Democracia – Información y Debate*. n. 47, jul. 2003.

_____. La Prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana. *In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.) Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FIGUEIRA, Luiz Eduardo de Vasconcellos. *O ritual judiciário do tribunal do júri: o caso do ônibus 174*. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

Foundation of the International Association of Defense Counsel. *Order in the Classroom*, 1998. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=oM6nwGPKX2Q>. Acesso em: 28 de dezembro de 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Questão do Júri. *Revista Forense*. n. 193, 1961.

FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão Dinâmica do Contraditório, Fundamentação Decisória e Conotação Ética do Processo Justo: Breve Reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC. *In: Revista de Processo*. v. 247, 2015.

GARAPON, Antoine. PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Lógica del descubrimiento para la prueba? *In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; RAÚL BONORINO, Pablo. (Coords.) Prueba y razonamiento probatorio en Derecho: Debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014.

_____. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005.

GASTIL, John. BLACK, Laura W. Public Deliberation as the Organizing Principle of Political Communication Research. *In: Journal of Public Deliberation*. v. 4: n. 1, 2008.

_____. *Political Communication and Deliberation*. Los Angeles: Sage Publications, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A garantia da motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988. *In: Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

_____. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Júri: Projetos de Reforma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 58, 2006.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. Provas. Lei 11.690 de 09/06/2008. *In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (coord.) As Reformas no Processo Penal. As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Presunción de Inocencia, Verdad y Objetividad. *In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; RAÚL BONORINO, Pablo. (Coords.) Prueba y razonamiento probatorio en Derecho: Debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014.

GORPHE, François. Reform of the Jury System in European Countries: England. *Journal of Criminal Law and Criminology*. v. 27, n. 1, 1936.

GOULART, Fábio Rodrigues. *Tribunal do Júri: Aspectos Críticos Relacionados à Prova*. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. Tribunal do Júri: questões polêmicas sobre a pronúncia. *In: TUCCI, Rogério Lauria. (coord.) Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: RT, 1999.

GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1.973 ao novo Código Civil. *In: _____ . Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro: Primeira parte do Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”. *Revista de Processo*. v. 240, 2015.

_____. A Verdade no Estado Democrático de Direito. *In: Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2010.

_____. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. *In: Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 2011.

_____. Limitações probatórias no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. ano 3, v. IV, jul-dez. 2009.

_____. O conceito de prova. *In: Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Anos IV e V, n. 4-5. Campos dos Goytacazes: FDC, 2003-2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Democratização dos Tribunais Penais: Participação Popular. *In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA: Maria Thereza Rocha de Assis. (orgs.). Doutrinas Essenciais: Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2012.

_____. *O Processo: III Série – Estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GROVE, Trevor. *The Juryman's Tale*. London: Bloomsbury Publishing, 2000.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

GUERRA, Marcelo Lima. *Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf>. Acesso em 23 de junho de 2015.

GUINCHARD, Serge. *et. al. Droit Processuel – Droits Fondamentaux du Procès*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2013.

GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal: Una contribución a la epistemología jurídica*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011.

HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora Unesp. 2002.

_____. Justice, Truth, and Proof: not so simple, after all. Disponível em: https://www.academia.edu/18877239/Justice_Truth_and_Proof_Not_So_Simple_After_All_in_press_. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

_____. Nothing Fancy: Some Simple Truths about Truth in the Law. *In: Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Teorías de la verdad. *In: NICOLÁS, Juan Antonio; FRÁPOLLI, María José. (eds.) Teorías de la Verdad en el Siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1997.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

HANNAFORD-AGOR, Paula; LASSITER, Stephanie N. *Contemporary Pattern Jury Instruction Committees: A Snapshot of Current Operations and Possible Future Directions*. Disponível em: <http://www.ncsc-jurystudies.org/~media/Microsites/Files/CJS/What%20We%20Do/Contemporary%20Pattern.ashx>, p. 1. Acesso em: 13 de julho de 2016.

HANS, Valerie P; VIDMAR, Neil. *Judging the Jury*. New York: Plenum Press, 1986.

_____. Reflections on the Korean Jury Trial. *Journal of Korean Law*. v. 14, 2014.

HARFUCH, Andrés. Inmotivación, Secreto y Recurso Amplio en el Juicio por Jurados Clásico. *In: Derecho Penal - Participación Ciudadana en la Justicia*. Ano I, n. 3, 2012.

HELLER, Francis H. The Colonies Embrace Trial by Jury. *In: WINTERS, Robert. The Right to a Trial by Jury*. Farmington Hills: Greenhaven Press, 2005.

HENDLER, Edmundo S. *El juicio por jurados: Significados, genealogías, incógnitas*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. Tradução de António Correia. 7. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1980.

HOOPER, Anthony; ORMEROD, David. (eds.) *Blackstone's Criminal Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

IACOBONI, Alessandro. *Prova legale e libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 2006.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La Cassazione Penale: fatto, diritto e motivazione*. Milano: Giuffrè, 2013.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Prolongaciones a partir de Laudan. *In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005.

_____. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Palestra/Temis, 2014.

ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LAFAVE, Wayne R. *et. al. Criminal Procedure and the Constitution: Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*. St. Paul: West Academic Publishing, 2013.

JACKSON, John D. Analysing the New Evidence Scholarship: Towards a new conception of the Law of Evidence. *In: Oxford Journal of Legal Studies*. v. 16, 1996.

_____. Making Juries Accountable. *In: The American Journal of Comparative Law*. n. 50, 2002.

_____. SUMMERS, Sarah J. *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

JASPER, Eric Hadmann. A Ausência de Deliberação no Tribunal do Júri Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. v. 878, 2008.

Judicial College. *The Crown Court Compendium: Part I: Jury and Trial Management and Summing Up*, maio de 2016. Disponível em: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/05/crown-court-compedium-part-i-jury-and-trial-management-and-summing-up.pdf>. Acesso em: 25 de julho de 2016.

Judicial Council of California. *Criminal Jury Instructions*. 2016. Disponível em: http://www.courts.ca.gov/partners/documents/calcrim_2016_edition.pdf. Acesso em: 18 de julho de 2016.

Judicial Studies Board. *Crown Court Benchbook: Directing the Jury*. 2010. Disponível em: https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Training/benchbook_criminal_2010.pdf. Acesso em: 23 de agosto de 2016.

KADISH, Sanford H.; SCHULHOFER, Stephen J. *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 1995.

KHALED JR., Salah H. *A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. *The American Jury*. Boston: Little, Brown & Company, 1966.

KING, Nancy J. The American Criminal Jury. *In: VIDMAR, Neil. (ed.) World Jury Systems*. New York: Oxford University Press, 2003.

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

_____. Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.

LANGBEIN, John H. Historical Foundations of the Law of Evidence: A view from the Ryder sources. *In: Columbia Law Review*. n. 96, 1996.

_____. The Criminal Trial before the Lawyers. *In: The University of Chicago Law Review*. v. 45, n. 02, 1978.

_____. *Torture and the Law of Proof: Europe and the Ancien Régime*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations. *In: THAMAN, Stephen C. World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina University Press, 2010.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005.

_____. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LECLERC, Henri. *Intime Conviction du Juge: Norme Démocratique de la Preuve*. p. 210-211. Disponível em: https://www.u-picardie.fr/.../35/henri_leclerc.../henri_leclerc.pdf. Acesso em: 06 de janeiro de 2017.

LEMPERT, Richard. The American Jury System: a synthetic overview. *Chicago-Kent Law Review*. v. 90, 2015.

LEVY, Leonard W. The Medieval Origins of Trial by Jury. *In: WINTERS, Robert. The Right to a Trial by Jury*. Farmington Hills: Greenhaven Press, 2005.

LIMA, Alcides de Mendonça. Júri: Instituição Nociva e Arcaica. *In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Doutrinas Essenciais: Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. IV, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LIMA, Roberto Kant de. Direitos Cíveis e Direitos Humanos: Uma tradição judiciária pré-republicana? *In: São Paulo em Perspectiva*. v. 18, n. 1, 2004.

LIPPKE, Richard L. The Case for Reasoned Criminal Trial Verdicts. *In: Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. v. 22, n. 2, 2009.

LOFTUS, Elizabeth. Our changeable memories: legal and practice implications. *In: Nature Reviews Neuroscience*. v. 4, 2003.

LOPES FILHO, Mário Rocha. *O tribunal do júri e algumas variáveis potenciais de influência*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Tribunal do júri precisa passar por uma reengenharia processual. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-08/limite-penal-tribunal-juri-passar-reengenharia-processual>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

LOPES, José António Mouraz. *A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português: Legitimar, Diferenciar, Simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Do Sigilo e da Incomunicabilidade no Júri. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (coords.) *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel. *La Prueba en el Juicio por Jurados*. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000.

MAARTENS, P. J.; SCHIWIKKARD, P. J. A Juryless Jurisdiction and the Epistemic Rules of Evidence. *The South African Law Journal*. n. 128, 2011.

MACCORMICK, Neil. Coherence in Legal Justification. In: PECZENIK, Aleksander; LINDAHL, Lars; ROERMUND, Bert Van. (eds.) *Theory of Legal Science*. Dordrecht: D. Reidel, 1984

MACKILLOP, Kara. VIDMAR, Neil. Decision-Making in the Dark: How Pre-Trial Errors Change the Narrative in Criminal Jury Trials. *Chicago Kent Law Review*. v. 90, n. 03, 2015.

MADEIRA, Dhenis Cruz. A Influência do Processo Constitucional sobre o Novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (org.). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: parte geral*. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2015.

MALAN, Diogo Rudge. *O Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Caso Escher e outros vs. Brasil e sua importância para o processo penal brasileiro. In: *Boletim Informativo IBRASPP*. v. 03, 2012.

MANNHEIM, Hermann. Trial by Jury in Modern Continental Criminal Law. *Law Quarterly Review*. n. LIII, 1937.

MARDER, Nancy S. An Introduction to Comparative Jury Systems. *Chicago-Kent Law Review*. v. 86, n. 2, 2011.

_____. Two Weeks at the Old Bailey: Jury Lessons from England. *Chicago Kent Law Review*. v. 86, n. 2, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1. 2007.

MARQUES, José Frederico. *A Instituição do Júri*. São Paulo: Bookseller, 1995.

_____. *A Instituição do Júri*. São Paulo: Saraiva, 1963.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e Prática do Júri*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MCEWAN, Jenny. *The Verdict of the Court: Passing judgment in law and psychology*. Portland: Hart Publishing, 2003.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 2004.

_____. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

_____. La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. Mai, 2010.

MIRZA, Flávio. Considerações sobre Questões de Direito Probatório (em matéria penal). *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 12, 2013.

_____. Notas sobre a Avaliação da Prova Pericial: Resgatando a Causalidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 14, 2014.

_____. Notas sobre a questão da verdade no direito processual. In: SILVEIRA, Carlos Frederico Gurgel Calvet da; SALLES, Sergio de Souza; ROSA, Waleska Marcy. (org.). *Ensaio sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II*. Petrópolis: UCP, 2009.

_____. *Prova Pericial: Em busca de um novo paradigma*. 2007. 177 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2007.

_____. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. In: BASTOS, Marcelo Lessa. AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Valoração da Prova: reflexões sobre os sistemas de apreciação. In: _____. (org.). *Direito Processual*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal ó Exposición Comparada de los Principios en Materia Criminal y de sus Diversas Aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc.* 3. ed. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1877.

MONTELEONE, Girolamo. Alle origini del principio del libero convincimento del giudice. In: CIPRIANI, Franco. *Stato di diritto e garanzie processuali: Atti delle II Giornate internazionali di Diritto processuale civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

MONTERO AROCA, Juan. Valoración de la Prueba, Reglas Legales, Garantía y Libertad en el Proceso Civil. In: CIPRIANI, Franco. *Stato di diritto e garanzie processuali: Atti delle II*

Giornate internazionali di Diritto processuale civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. Paris: Garnier-Frères, 1871.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA-LEITE, Angela M. F. *Tribunal do Júri: O Julgamento da Morte no Mundo dos Vivos*. Tese (Doutorado em Sociologia e Antropologia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri: Crimes e Processo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NASSIF, Aramis. *Júri: Instrumento da Soberania Popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *O Novo Júri Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

New York Committee. *Criminal Jury Instructions 2d*. Disponível em: <http://www.nycourts.gov/judges/cji/index.shtml>. Acesso em: 17 de janeiro de 2017.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

NIZER, Louis. *My Life in Court*. New York: Jove, 1978.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Tribunal do Júri*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Obras Completas de Rui Barbosa. v. 23, Tomo 3, 1896, p. 141. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/ruibarbosa/18428/pdf/18428.pdf>.

OFFE, Claus. Crisis and Innovation of Liberal Democracy. Can Deliberation be Institutionalized? In: *Czech Sociological Research*. v. 47, n. 3, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEIRCE, Charles S. *How to make our ideas clear*. Disponível em: <http://www.peirce.org/writings/p119.html>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

PENNA, Cristian D. Prejuicios y Falsos Conocimientos: Historia de los Cuestionamientos al Juicio por Jurados en Argentina. In: *Juicio por Jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Buenos Aires: Jusbairens, 2014.

PENNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. Juror Decision Making Models: The Generalization Gap. *In: Psychological Bulletin*. v. 89, 1981.

_____; HASTIE, Reid. The story model for juror decision making. *In: HASTIE, Reid. Inside the Juror: the psychology of juror decision making*. New York: Cambridge University Press, 1993.

PEREIRA, Renato Machado. *Concepção Semântica de Verdade Segundo Alfred Tarski*. 100f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Educação e Ciências Humanas. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2009.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PÉREZ CABADERA, María-Ángeles. *Las instrucciones al jurado*. 2001. 688 f. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Universidad Jaume I de Castellón. Castellón de la Plana, 2001.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El Derecho Constitucional a la Prueba y su Configuración Legal en el Nuevo Proceso Civil Español*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2554/31.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Pronúncia *in dubio pro societate*. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 4, n. 1, 2003.

POLE, J. R. A Quest of Thoughts: Representation and Moral Agency in the Early Anglo-American Jury. *In: CAIRNS, John W.; McLEOD, Grant. (ed.). The Dearest Birth Right of the People of England: The Jury in the History of the Common Law*. Portland: Hart Publishing, 2002.

POPPER, Karl R. *Conjeturas y Refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico*. Tradução de Néstor Míguez. Barcelona: Ediciones Paidós, 1991.

_____. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2001.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

PRADEL, Jean. Le jury en France une histoire jamais terminée. *In: Revue Internationale de Droit Pénal: Le jury dans le procès pénal au XXIè siècle*. v. 72, n. 1-2, 2001.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Tribunal do Júri: propostas e alternativas. *In: _____ Em Torno da Jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PÜSCHEL, Flavia Portella; ARIBI, Tomaz. A Racionalidade do Tribunal do Júri: Reflexão sobre a compatibilidade dos princípios constitucionais do sigilo das votações e da fundamentação das decisões judiciais. In: MENEZES, Carlos Alberto; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo Cesar Correa. (coords.) *Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RESCHER, Nicholas. *The Coherence Theory of Truth*. Oxford: Oxford University Press, 1973.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Júri: um direito ou uma imposição? Disponível em: http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=213&p_ch=. Acesso em 26 de outubro de 2016.

RICCI, Gian Franco. Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano LIV, Milano: Giuffrè, 2000.

ROBERTS, Paul. Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials? In: *Human Rights Law Review*. n. 11, 2011.

_____. ZUCKERMAN, Adrian. *Criminal Evidence*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ROBERTSHAW, Paul. *Summary Justice: Judges adress Juries*. London: Cassell, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *On The Social Contract*. London: Dover Thrift, 2003.

RYFE, David M. Does Deliberative Democracy Work? In: *Annual Review of Political Science*, v. 8: 49-71, New York: Oxford University Press, 2005.

SAMAHA, Joel. *Criminal Procedure*. 8. ed. Belmont: Wadsworth, 2012.

SANTOS, André Leonardo Copetti. A Incompatibilidade das Decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com o Estado Democrático de Direito: uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma interpretação entre filosofia e direito. In: *Sistema Penal e Violência*. v. 3, n. 1, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1994.

_____. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, v. 1, 1952.

SCHAUER, Frederick. On the supposed jury-dependence of evidence law. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 155, 2006.

SCHIAVO, Nicolas. *Fundamentos Conceptuales del Veredicto Inmotivado: Contribución al proyecto remitido por el Ministerio de Justicia propiciando la implementación del Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires*. Disponível em:

<http://www.juicioporjurados.org/2012/08/fundamentos-conceptuales-del-veredicto.html>. Acesso em: 29 de dezembro de 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: _____.; GRECO, Luís. (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SEN, Amartya. *El valor de la democracia*. Tradução de Javier Lomelí Ponce. Barcelona: El Viejo Topo, 2006.

SHAPIRO, Barbara J. *A culture of fact: England 1550-1720*. Ithaca: Cornell University Press, 2000.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *História do Tribunal do Júri – Origem e Evolução no Sistema Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=6373b58b-39ec-4648-8fed-837e155b76ff&groupId=10136. Acesso em: 08 de agosto de 2016.

STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità*. La protezione dell'inocente e la tutela delle vittime. Milano: Giuffrè, 2003.

STEPHEN, James Fitzjames. *A History of the Common Law in England*. London: Macmillan and Co., v. 1, 1883.

STRECK, Lênio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52, n. 206, 2015.

_____. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. A Interpretação da Constituição no Brasil: breve balanço crítico. *Revista Paradigma*. Ano XVII, n. 21, p. 2-35, jan./dez. 2012.

_____. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2016.

_____. O Livre Convencimento e sua Incompatibilidade com o dever de Accountability Hermenêutica: o sistema acusatório e a proteção dos direitos fundamentais no processo penal. In: LEITE, Jorge Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel. (org.). *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011.

TARSKI, Alfred. La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica. In: SANZ, María José Frápolli; MARÍN, Juan-Antonio Nicolás. *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1997.

TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Ano 38, n. 114, 2005.

_____. Consideraciones sobre prueba y motivación. *In: TARUFFO, Michele; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; CANDAU PÉREZ, Alfonso. Consideraciones sobre la prueba judicial.* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

_____. Considerazioni su prova e motivazione. *In: Revista de Processo.* Ano 32. n. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Cultura e Processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIII, Milano: Giuffrè, 2009.

_____. Funciones de la Prueba: La Función Demostrativa. *In: TARUFFO, Michele. Sobre las Fronteras. Escritos sobre la Justicia Civil.* Tradução de Beatriz Quintero. Bogotá: Têmis, 2006.

_____. La Motivación de La Decisión sobre los Hechos. *In: _____, Proceso y Decisión. Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal.* Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. *La motivazione della sentenza civile.* Cedam: Padova, 1975.

_____. *La prueba de los hechos.* Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2011.

_____. La prueba del nexo causal. *In: _____, La Prueba.* Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. *La Prueba.* Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. La valoración racional de la prueba. *In: _____, Proceso y Decisión. Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal.* Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. La Verdad como Valor Social y Jurídico. *In: _____, Proceso y Decisión: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal.* Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. *Proceso y decisión: Lecciones mexicanas de Derecho Procesal.* Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal. *In: _____, Sobre las Fronteras. Escritos sobre la Justicia Civil.* Tradução de Beatriz Quintero. Bogotá: Têmis, 2006.

_____. Rethinking the Standards of Proof. *American Journal of Comparative Law.* n. 51, 2003.

_____. Sentido Común, Experiencia y Ciencia en el Razonamiento del Juez. *In: _____, Sobre las Fronteras: Escritos sobre la Justicia Civil.* Tradução de Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2006.

_____. Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 28, 2005.

_____. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TASSE, Adel El. *O novo rito do tribunal do júri: em conformidade com a Lei 11.689/2008*. Curitiba: Juruá, 2008.

THAMAN, Stephen C. *Comparative Criminal Procedure: a casebook approach*. 2. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2008.

_____. (ed.). *Exclusionary Rules in Comparative Law*. Dordrecht: Springer, 2013.

_____. Europe's New Jury Systems: The Cases of Spain and Russia. In: VIDMAR, Neil. (ed.) *World Jury Systems*. New York: Oxford University Press, 2000.

_____. Should Criminal Juries Give Reasons for Their Verdicts: The Spanish Experience and the Implications of the European Court of Human Rights Decision in *Taxquet v. Belgium*. In: *Chicago Kent Law Review*. v. 86. n. 2, 2011.

_____. Spain Returns to Trial by Jury. *Hastings International and Comparative Law Review*. n. 21, 1997-1998.

THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Boston: Little, Brown, and Company, 1898.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>, acesso em 31 de agosto de 2015.

TINSLEY, Yvette. Juror Decision-Making: A Look Inside the Jury Room. In: TARLING, Roger. (ed.) *The British Criminology Conference: Selected Proceedings*. v. 4. London: The British Society of Criminology, 2001. Disponível em: <http://www.britisocrim.org/publications/pbcc/>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America: Historical-Critical Edition of "De La Démocratie en Amérique"*. Tradução de James T. Schleifer. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2012.

TRIBE, Laurence H. Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process. In: *Harvard Law Review*. v. 84, n. 6, 1971.

TROCKER, Nicolò. *La formazione del diritto processuale europeo*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011.

_____. VARANO, Vincent. *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, ed. Giappichelli, Torino, 2005.

_____. *Processo Civile e Costituzione*. Problemi di Diritto Tedesco e Italiano. Giuffrè, Milano, 1974.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Tribunal do Júri: Origem, evolução, características e perspectivas. In: _____. (coord.) *Tribunal do Júri: Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

TWINING, William. Anchored Narratives: a comment. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. v. 3, 1995.

_____. Evidence and Legal Theory. *The Modern Law Review*. v. 47, n. 3, maio de 1984.

_____. Legal Reasoning and Argumentation. In: _____. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. Narrative and Generalizations in Argumentation about Questions of Fact. In: *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. Some Scepticism about some scepticisms. In: _____. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. Stories and argument. In: _____. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. Taking Facts Seriously. In: _____. *Retinking Evidence: Exploratory Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. Taking Facts Seriously – Again. In: ROBERTS, Paul; REDMAYNE, Mike. *Innovations in Evidence and Proof: integrating theory, research and teaching*. Portland: Hart Publishing, 2009.

_____. The Rationalist Tradition of evidence scholarship. In: _____. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. The Story of a Project. In: _____. *Rethinking Evidence: Exploratory essays*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*. Londres: Weidenfeld and Nicolson, 1985.

URBINA, Ricardo M. O Papel do Juiz. *In: E-Journal USA: Anatomia de um Tribunal de Júri*. Vol. 14, n. 7, 2009, p. 15. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/ijde0709.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Tribunal do Júri na Justiça Criminal Brasileira: Críticas e Propostas de Reforma para a Restituição de sua Função de Garantia no Processo Penal Democrático. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 13, 2014.

VÉLEZ RODRÍGUEZ, Enrique. *La Motivación y Racionalidad del Veredicto en el Derecho Español y en el Derecho Norteamericano*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2007.

VIDMAR, Neil J. Foreword: Empirical research and the issue of jury competence. *Law and Contemporary Problems*. v. 52, n. 4, 1989.

_____; HANS, Valerie P. *American Juries: the verdict*. New York: Prometheus Books, 2007.

_____. Expert Evidence, the Adversary System, and the Jury. *American Journal of Public Health*. v. 95, n. S1, 2005.

WAGENAAR, Willem A. Anchored Narratives: a Theory of Judicial Reasoning and its Consequences. *In: DAVIES, Graham M. (ed.), et. al. Psychology, Law and Criminal Justice: international developments in research and practice*. Berlin: de Gruyter, 1995.

_____. VAN KOPPEN, Peter J. CROMBAG, Hans F. M. *Anchored narratives: The psychology of criminal evidence*. London: Harvester Wheatsheaf, 1993.

WATSON, Alan. *Legal Transplants: An approach to Comparative Law*. 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

WIGMORE, John Henry. A General Survey of the History of the Rules of Evidence. *In: Select Essays in Anglo-American Legal History*. v. 2. Boston: Little, Brown, and Company, 1908.

WILLIAMS, Glanville. *The Proof of Guilt: A Study of the English Criminal Trial*. London: Stevens & Sons, 1955.

WINTER, Ryan J. GREENE, Edith. Juror Decision-Making. *In: DURSO, Francis. (ed.) Handbook of Applied Cognition*. 2. ed. Chichester: John Wiley & Sons, 2001.

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

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZOMER, Ana Paula. Tribunal do júri e direito comparado: sugestões para um modelo brasileiro. *Boletim IBCCRIM*. n. 95, 2000. Disponível em:

http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/2375-Tribunal-do-juri-e-direito-comparado---%20Sugestoes-para-um-modelo-brasileiro. Acesso em: 13 de dezembro de 2016.

ZUCKERMAN, Adrian. Law, Fact or Justice? *Boston University Law Review*. v. 66, 1986.

APÊNDICE – Modelo de instruções iniciais aos jurados

Os parâmetros a seguir foram elaborados a partir de uma reunião das principais orientações aos jurados do sistema norte-americano, com base na consulta aos modelos compilados por diversas cortes estaduais e federais, além de alguns casos julgados. Tais instruções foram adaptadas ao procedimento brasileiro conforme idealizado a partir das premissas defendidas neste trabalho. Referem-se unicamente aos esclarecimentos a serem fornecidos pelo juiz no início do procedimento, objetivando proporcionar aos membros do júri melhores condições para decidir com racionalidade.

Tendo sido composto o conselho de sentença e realizado seu juramento solene, o juiz presidente passará a instruir os jurados, nos termos seguintes.

1. Apresentação do caso e instruções sobre o teor da acusação

Membros do júri, o(s) Réu(s) _____, representado pelo defensor Dr. _____, está sendo julgado na data de hoje pela suposta prática do crime de _____. O Ministério Público, aqui representado pelo promotor de justiça, Dr. _____, propôs a acusação nos seguintes termos:

“No dia xxx, às xxx horas, o acusado ...” (breve narrativa dos fatos, nos termos na acusação)¹³¹³

Devo lhes advertir que este relato representa unicamente a versão da acusação sobre os fatos e serve como indicativo do que o órgão pretende provar no curso do processo. Seu papel como membro do júri é o de considerar atentamente ambas as versões – da acusação e da defesa – para somente então, com base no que as provas permitirem concluir, chegar a uma decisão.

¹³¹³ Diferentemente do modelo de instruções adotado pelo Estado da Califórnia (citação abaixo), o Federal Judicial Center, ao elaborar o modelo de instruções a serem aplicadas em procedimentos penais perante as Cortes Federais (citação abaixo), entendeu por bem não apresentar aos jurados a descrição fática contida no ato formal de acusação. Isso porque acredita o comitê que essa prática poderia confundir o júri e seria melhor representada pela descrição sintética feita pelo próprio juiz acerca dos fatos acusatórios. Entretanto, após ponderar sobre ambas as opções, considerou-se a primeira como a mais adequada pelo fato de ser hábil a fornecer aos jurados, literalmente, o objeto e os limites do contexto fático acusatório, dentro dos quais incidirá o ônus probatório do órgão ministerial. A adoção de uma forma narrativa para essa descrição, além de peculiar à peça inicial acusatória, será importante nesse momento para permitir uma melhor compreensão do caso pelos jurados, de forma contextualizada, uma vez que esse será o seu primeiro contato com os fatos.

1.1. Instrução adicional para a eventualidade de se contar com mais de um acusado:

Os acusados estão sendo julgados em conjunto pois o Ministério Público considerou que ambos teriam concorrido para a prática dos fatos descritos. Entretanto, pode ocorrer que um deles seja culpado e o outro inocente, o que exige que vocês analisem separadamente a participação de cada um. Ao final, deverão julgar cada um deles em separado.¹³¹⁴

2. Instruções Gerais Iniciais

Antes de começarmos, eu lhes darei algumas instruções para que possam compreender como o procedimento será desenvolvido, qual a sua função como jurado e o modo como deverão se comportar durante o julgamento.¹³¹⁵ Vocês receberão uma cópia impressa¹³¹⁶ dessas orientações para consultarem sempre que necessário.

¹³¹⁴ Instrução inspirada no modelo elaborado pelo Federal Judicial Center, nos seguintes termos: “*The defendants are being tried together because the government has charged that they worked together to commit the crime of _____. But you will have to give separate consideration to the case against each defendant. Each is entitled to your separate consideration. Do not think of them as a group.*” Federal Judicial Center. Pattern Criminal Jury Instructions, 1987, p. 1-2. Disponível em: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/crimjury.pdf/\\$file/crimjury.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/crimjury.pdf/$file/crimjury.pdf). Acesso em: 06 de junho de 2016.

¹³¹⁵ No âmbito do direito norte-americano a American Bar Association editou alguns princípios gerais que devem ser verificados com vistas a orientar a condução dos procedimentos perante o júri, tanto em casos civis quanto criminais. É possível identificar uma grande preocupação, nesse contexto, com a compreensão dos jurados acerca do procedimento e de seu papel nesse contexto. Destaca-se, por exemplo, o teor do princípio de n. 6: “*Courts should educate jurors regarding the essential aspects of a jury trial. (...) C. Throughout the course of the trial, the court should provide instructions to the jury in plain and understandable language. (1). The court should give preliminary instructions directly following empanelment of the jury that explain the jury’s role, the trial procedures including note-taking and questioning by jurors, the nature of evidence and its evaluation, the issues to be addressed, and the basic relevant legal principles, including the elements of the charges and claims and definitions of unfamiliar legal terms. (2). The court should advise jurors that once they have been selected to serve as jurors or alternates in a trial, they are under an obligation to refrain from talking about the case outside the jury room until the trial is over and the jury has reached a verdict. (...). (3). The court should give such instructions during the course of the trial as are necessary to assist the jury in understanding the facts and law of the case being tried as described in Standard 13 D. 2. (4). Prior to deliberations, the court should give such instructions as are described in Standard 14 regarding the applicable law and the conduct of deliberations.*” (American Bar Association. Principles for Juries and Jury Trials, 2005, p. 7-8. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2016).

¹³¹⁶ A disponibilização de cópia impressa das instruções é medida tendente a facilitar a compreensão das instruções pelos jurados já que, muitas vezes, diante da grande quantidade de informações apresentadas oralmente, os mesmos podem não ser capazes de absorvê-las integralmente. Assim, poderão fazer a leitura da versão impressa sempre que tiverem dúvidas sobre algum aspecto de seu conteúdo. Essa medida foi considerada pela American Bar Association como de grande importância para orientar o aprimoramento dos procedimentos de júri norte-americanos, como se pode ver através dos seguintes princípios gerais: “*Principle 13 - The Court and parties should vigorously promote juror understanding of the facts and the law. (...) B. Jurors should, in appropriate cases, be supplied with identical trial notebooks which may include such items as the court’s preliminary instructions (...). Principle 14 - The Court should instruct the jury in plain and understandable*

2.1. Instruções sobre o procedimento

Para que tenham melhores condições de compreender a finalidade de cada prova e analisar seu resultado a partir das hipóteses sustentadas pelas partes, vocês receberão formulários elaborados por elas contendo a relação das provas a serem produzidas. Cada prova indicada encontra-se relacionada aos fatos que, com ela, pretendem demonstrar¹³¹⁷.

O procedimento se desenvolverá da seguinte forma:

Tanto a acusação quanto a defesa terão um breve momento introdutório para lhes apresentar os seus respectivos argumentos iniciais¹³¹⁸, oportunidade em que poderão sustentar resumidamente suas versões dos fatos em análise e esclarecer-lhes sobre o conteúdo do formulário, indicando o que pretendem demonstrar no curso da audiência. Assim como lhes indiquei que o teor da acusação não é considerado indicativo de que tais fatos ocorreram, também as alegações iniciais não têm um valor de prova.¹³¹⁹ O seu propósito é o de lhes fornecer uma visão geral sobre o que as partes esperam que a prova será capaz de demonstrar, bem como servir de auxílio para a compreensão da linha de argumentação que será adotada por elas na defesa de suas pretensões.

A acusação apresentará suas provas primeiro, uma vez que cabe ao Estado o dever de demonstrar a culpa do acusado. Por sua vez, o acusado é presumido inocente e, portanto, não

language regarding the applicable law and the conduct of deliberations. (...) Each juror should be provided with a written copy of instructions for use while the jury is being instructed and during deliberations.” (American Bar Association. Principles for Juries and Jury Trials, 2005, p. 18-21. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2016).

¹³¹⁷ Diante da presunção de inocência, caso a defesa não pretenda produzir provas, o conteúdo da instrução poderá ser reformulado a fim de evitar que o júri interprete essa circunstância como reforço à hipótese acusatória, o que não se pode admitir em sendo o ônus probatório integralmente da acusação.

¹³¹⁸ Igualmente, caso a defesa não pretenda adotar tese específica ou produzir prova em plenário, poderia optar por não apresentar alegações iniciais, hipótese em que a instrução seria modificada. Caberia-lhe ainda decidir o melhor momento para apresentar suas alegações (após às da acusação ou antes de iniciar a produção de suas provas) conforme o que considere a melhor estratégia para o seu caso. Conforme previsão do CALCRIM n. 100, nos seguintes termos: “*The trial will (then/now) proceed as follows: The People may present an opening statement. The defense is not required to present an opening statement, but if it chooses to do so, it may give it either after the People’s opening statement or at the beginning of the defense case. The purpose of an opening statement is to give you an overview of what the attorneys expect the evidence will show.*” Judicial Council of California Criminal Jury Instructions (2016 edition). Disponível em: http://www.courts.ca.gov/partners/documents/calcrim_2016_edition.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2016.

¹³¹⁹ Consideração presente no modelo de instruções elaborado pelo Federal Judicial Center: “*Just as the indictment is not evidence, neither is the opening statement evidence. Its purpose is only to help you understand what the evidence will be and what the government will try to prove.*” Federal Judicial Center. Pattern Criminal Jury Instructions, 1987, p. 2. Disponível em: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/crimjury.pdf/\\$file/crimjury.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/crimjury.pdf/$file/crimjury.pdf). Acesso em: 06 de junho de 2016.

tem a obrigação de produzir qualquer prova dessa condição. Se optar por fazê-lo, entretanto, apresentará as mesmas após as da acusação.¹³²⁰

Uma vez que todas as provas forem produzidas, as partes apresentarão suas alegações finais, que também não são consideradas provas. Seu intuito é o de lhes oferecer um panorama geral sobre os fatos a partir do resultado das provas, buscando influenciar suas conclusões. Basicamente, cada parte discorrerá sobre como esperam que vocês interpretem o conjunto probatório à luz de suas respectivas pretensões.

Em seguida, eu lhes fornecerei algumas instruções finais a fim de prepará-los para o momento da decisão, após as quais vocês se encaminharão para uma sala secreta a fim de deliberarem sobre os fatos. Por fim, retornarão à minha presença para procedermos à votação secreta dos quesitos.

Obs. 1: Se, por algum motivo, qualquer membro do júri entender que um recesso seja necessário, não se sintam constrangidos em solicitá-lo. É melhor que seja o procedimento interrompido por alguns minutos diante de tal circunstância, de modo que não haja o risco de que se distraiam com outros pensamentos ou preocupações durante a apresentação das provas.

Obs. 2: Igualmente, se for de seu interesse realizar anotações durante o curso do julgamento, é permitido fazê-lo, e caso seja de seu desejo, o tribunal lhe fornecerá o material necessário. Entretanto, devo lhe precaver sobre o risco de que a preocupação em anotar possa distrai-lo e afetar sua capacidade de ouvir cuidadosamente os depoimentos e de observar as testemunhas enquanto elas prestam suas declarações. Há o risco de que suas anotações se mostrem, ao final, incompletas ou imprecisas.¹³²¹ Também devo advertir-lhe que o caderno de anotações será de uso exclusivamente pessoal, o qual não poderá ser retirado do tribunal. O mesmo será destruído após o fim do julgamento. Se, eventualmente, optar por não fazer anotações, deverá atentar-se cuidadosamente para as provas apresentadas, sendo de sua inteira

¹³²⁰ Conforme previsão do CALCRIM n. 100, nos seguintes termos: “*After the People present their evidence, the defense may also present evidence but is not required to do so. Because (he/she/they) (is/are) presumed innocent, the defendant[s] (does/ do) not have to prove that (he/she/they) (is/are) not guilty.*” Judicial Council of California Criminal Jury Instructions (2016 edition). Disponível em: http://www.courts.ca.gov/partners/documents/calcrim_2016_edition.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2016. No mesmo sentido dispõe o modelo de instruções elaborado pelo Federal Judicial Center: “*I remind you that the defendant is presumed innocent and the government must prove the guilt of the defendant beyond a reasonable doubt. The defendant does not have to prove his innocence.*” Federal Judicial Center. Pattern Criminal Jury Instructions, 1987, p. 2. Disponível em: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/crimjury.pdf/\\$file/crimjury.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/crimjury.pdf/$file/crimjury.pdf). Acesso em: 06 de junho de 2016.

¹³²¹ De modo semelhante, ver instruções sobre a possibilidade de fazer anotações no âmbito do modelo de instruções criminais aplicáveis ao Estado de Nova York. New York Courts. Criminal Jury Instructions. Model Instructions: Preliminary Instructions, p. 19. Disponível em: http://www.nycourts.gov/judges/cji/5-SampleCharges/CJI2d.Preliminary_Instructions.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2016.

responsabilidade recordar-se sobre o que fora declarado e provado, não sendo permitido que venha a recorrer às anotações dos outros membros do júri.¹³²²

Obs. 3: Durante os depoimentos orais, se você estiver em dúvida sobre algum fato ou considerar que uma questão importante não tenha sido esclarecida, poderá formular uma pergunta por escrito e solicitar que seja a mesma entregue a mim. Se a dúvida for relevante para a elucidação dos fatos, dirigirei o questionamento à testemunha.¹³²³

2.2. Instruções sobre a função do júri

Nosso sistema de justiça requer que os julgamentos sejam realizados em audiência pública, com as partes apresentando as provas, o júri decidindo os fatos a partir dessas provas e o juiz determinando a lei que se aplica ao caso.

É injusto para as partes se vocês, jurados, recebem informações adicionais de qualquer outra fonte e se deixem influenciar por elas em sua decisão. Essas informações podem não ser confiáveis, podem ser irrelevantes, e os sujeitos não terão a oportunidade de examiná-las e se manifestar sobre seu conteúdo. Seu veredicto deve basear-se apenas nas provas produzidas durante o julgamento e na lei, do modo como eu irei apresentá-la a vocês.¹³²⁴

¹³²² É interessante acrescentar o trecho final, constante das instruções federais, que adverte sobre a inconveniência do ato de não realizar anotações: (“*If you choose not to take notes, remember it is your own individual responsibility to listen carefully to the evidence. You cannot give this responsibility to someone who is taking notes. We depend on the judgment of all members of the jury; you must all remember the evidence in this case.*” Federal Judicial Center. Pattern Criminal Jury Instructions, 1987, p. 8-9. Disponível em: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/crimjury.pdf/\\$file/crimjury.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/crimjury.pdf/$file/crimjury.pdf). Acesso em: 06 de junho de 2016.) Caso somente se destacasse as inconveniências de se realizar as anotações, poderiam os jurados interpretar como um desencorajamento a fazê-lo.

¹³²³ A prerrogativa de elaboração de perguntas às testemunhas pelos jurados é bastante polêmica no contexto norte-americano. No Brasil, entretanto, é aceita sem maiores problemas, motivo pelo qual optou-se por informar ao júri sobre tal possibilidade, o que se fez nos moldes da seguinte instrução federal: (“*Generally only the lawyers and I ask questions of witnesses. If you feel that an important question has not been asked, you may put the question in writing and have it handed to me. I will then decide if the question is a proper one. If it is, I will ask the question of the witness.*” Federal Judicial Center. Pattern Criminal Jury Instructions, 1987, p. 7. Disponível em: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/crimjury.pdf/\\$file/crimjury.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/crimjury.pdf/$file/crimjury.pdf). Acesso em: 06 de junho de 2016.

¹³²⁴ Esta instrução segue modelo proposto pelo CALCRIM, n. 101: (“*Our system of justice requires that trials be conducted in open court with the parties presenting evidence and the judge deciding the law that applies to the case. It is unfair to the parties if you receive additional information from any other source because that information may be unreliable or irrelevant and the parties will not have had the opportunity to examine and respond to it. Your verdict must be based only on the evidence presented during trial in this court and the law as I provide it to you.*” [Judicial Council of California Criminal Jury Instructions (2016 edition). Disponível em: http://www.courts.ca.gov/partners/documents/calcrim_2016_edition.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2016.] Pode-se perceber que há uma preocupação em, não somente apresentar ao júri a instrução, mas, ainda, justificar o propósito da orientação. Essa lógica se conforma a algumas pesquisas empíricas realizadas sobre a capacidade do júri de compreender e seguir as instruções, em cujo contexto pode-se concluir que a sua eficácia é maior se os jurados compreendem o seu propósito.

O tribunal está ciente de que muitos de vocês podem ter tido acesso a informações sobre este caso antes de serem selecionados como jurados. No entanto, cada um de vocês está comprometido a basear seu veredicto unicamente nas provas que lhes serão apresentadas em audiência. Para a garantia de um julgamento justo é de vital importância que vocês permaneçam fiéis a este compromisso.¹³²⁵

Nada que aconteça fora deste plenário deve afetar a sua decisão. Durante o julgamento, não leia, ouça ou assista a qualquer notícia ou comentário sobre o caso por qualquer outra fonte. Não discuta detalhes ou opiniões sobre o caso com qualquer pessoa, seja alguém envolvido no caso, seja qualquer membro de sua família. Mantenha desligados os seus dispositivos eletrônicos.

Da mesma forma, vocês não devem conversar entre si sobre o fato ao longo do procedimento até que se retirem para as deliberações, o que se realizará em reunião fechada e sigilosa, em sala secreta do júri.

2.3. Instruções sobre a prova

2.3.1. Presunção de Inocência

Passarei a lhes explicar a Presunção de Inocência do acusado e o dever¹³²⁶ que possui a acusação de provar todos os fatos que constituem os elementos do crime.

Todas as pessoas têm o direito a serem presumidas inocentes, o que significa que, para serem condenadas, cabe à acusação o dever de provar os fatos, e não ao acusado a prova de sua inocência. É muito grave o risco de se condenar um inocente, portanto, para a condenação, é necessário que as provas apontem para uma alta probabilidade de que os fatos incriminatórios sejam verdadeiros. Não basta que a acusação demonstre que o acusado seja

¹³²⁵ Instrução apresentada aos jurados no caso *State of Wisconsin v. Avery*, Steven A., p. 21-22: “*The Court is aware that many of you have been exposed to publicity concerning this case before you were selected to serve as a juror. Each of you has committed to base your verdict only on the evidence introduced during the trial. It is of vital importance to the parties and to the sanctity of the court process that you remain true to this commitment.*” Disponível em: <http://www.stevenaverycase.org/wp-content/uploads/2016/01/Jury-Trial-Transcript-Day-1-2007Feb12.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2016.

¹³²⁶ Embora se esteja ciente da diferença substancial entre as noções de ônus e dever no âmbito do direito probatório, pensa-se mais apropriado para a compreensão dos jurados a utilização do termo “dever” para se referir ao ônus probatório da acusação, a fim de que consigam apreender o sentido da expressão.

provavelmente culpado. A prova deve ser mais forte que isso, deve ser capaz de afastar qualquer dúvida razoável sobre a hipótese de que o réu seja inocente.¹³²⁷

Portanto, se após a análise detida de todas as provas apresentadas vocês conseguirem vislumbrar uma chance razoável de que o acusado seja inocente, não estarão autorizados a condená-lo. Seu papel como jurado é o de verificar se o conjunto de todas as provas produzidas permite afirmar de modo decisivo que os fatos sustentados pela acusação correspondem ao que verdadeiramente ocorreu na realidade. Essa conclusão somente será válida se não for possível extrair desse mesmo conjunto de provas qualquer explicação alternativa razoável para os fatos – a qual aponte para a inocência do acusado.

2.3.2. Generalidades sobre a prova

Consideram-se prova todos os depoimentos das pessoas que testemunham perante o júri, os documentos em geral que podem incluir fotografias, gravações de áudio e/ou vídeo, objetos relacionados ao crime, etc., além dos laudos dos exames periciais realizados e tudo o mais que eu lhes instruir para que classifiquem como tal.

¹³²⁷ Quanto à descrição do *standard* e do *burden of proof*, as instruções previstas genericamente pelo modelo oficial do Estado de Nova York são bastante claras e minuciosas. Apesar de se ter optado por, em um primeiro momento, fornecer tal instrução de modo sucinto, na oportunidade da apresentação das instruções finais considera-se válido apresentá-la de forma detalhada, a exemplo do modelo nova-iorquino: “*What does our law mean when it requires proof of guilt "beyond a reasonable doubt"? The law uses the term, "proof beyond a reasonable doubt," to tell you how convincing the evidence of guilt must be to permit a verdict of guilty. The law recognizes that, in dealing with human affairs, there are very few things in this world that we know with absolute certainty. Therefore, the law does not require the People to prove a defendant guilty beyond all possible doubt. On the other hand, it is not sufficient to prove that the defendant is probably guilty. In a criminal case, the proof of guilt must be stronger than that. It must be beyond a reasonable doubt. A reasonable doubt is an honest doubt of the defendant's guilt for which a reason exists based upon the nature and quality of the evidence. It is an actual doubt, not an imaginary doubt. It is a doubt that a reasonable person, acting in a matter of this importance, would be likely to entertain because of the evidence that was presented or because of the lack of convincing evidence. Proof of guilt beyond a reasonable doubt is proof that leaves you so firmly convinced of the defendant's guilt that you have no reasonable doubt of the existence of any element of the crime or of the defendant's identity as the person who committed the crime. In determining whether or not the People have proven the defendant's guilt beyond a reasonable doubt, you should be guided solely by a full and fair evaluation of the evidence. After carefully evaluating the evidence, each of you must decide whether or not that evidence convinces you beyond a reasonable doubt of the defendant's guilt. Whatever your verdict may be, it must not rest upon baseless speculations. Nor may it be influenced in any way by bias, prejudice, sympathy, or by a desire to bring an end to your deliberations or to avoid an unpleasant duty. If you are not convinced beyond a reasonable doubt that the defendant is guilty of a charged crime, you must find the defendant not guilty of that crime. If you are convinced beyond a reasonable doubt that the defendant is guilty of a charged crime, you must find the defendant guilty of that crime.* New York Courts. Criminal Jury Instructions. Model Instructions: Preliminary Instructions, p. 14-15. Disponível em: http://www.nycourts.gov/judges/cji/5-SampleCharges/CJI2d.Preliminary_Instructions.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2016.

O fato de que uma acusação criminal foi proposta contra o acusado não é prova de que ela seja verdadeira. Você não deve ser tendencioso contra o réu pelo fato de ter sido o mesmo preso ou levado a julgamento.

De modo semelhante, o fato de que o réu tenha se recusado a depor ou que tenha permanecido em silêncio durante o interrogatório não pode ser interpretado como prova ou indício de que ele seja culpado.¹³²⁸ Trata-se de um direito que é garantido a todos pela Constituição.

O nosso sistema de justiça admite que o acusado seja preso provisoriamente durante o processo, o que pode ser necessário por vários motivos. Entretanto, a simples probabilidade de que ele seja culpado, por mais alta que seja, não é hipótese que autoriza essa prisão anterior ao julgamento. Por esse motivo, vocês não devem considerar a prisão como um indício de que seja o réu culpado.

Não deixe que sentimentos pessoais de simpatia, preconceito acerca de questões como raça, classe social, religião, gênero, idade ou a opinião pública influenciem sua decisão.¹³²⁹ A sociedade espera do júri um julgamento justo e imparcial, com base nas provas apresentadas em audiência.

Nenhuma declaração ou argumentação apresentada pelos representantes das partes (promotor/defensor) pode ser considerada como prova¹³³⁰ da verdade dos fatos. Durante o

¹³²⁸ A referida instrução é prevista de modo semelhante pelo modelo de instruções criminais do Estado de Nova York, a qual estabelecida nos seguintes termos: “*That a defendant does not testify as a witness is not a factor from which any inference unfavorable to the defendant may be drawn.*” New York Courts. Criminal Jury Instructions. Model Instructions: Preliminary Instructions, p. 12. Disponível em: http://www.nycourts.gov/judges/cji/5-SampleCharges/CJI2d.Preliminary_Instructions.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2016.

¹³²⁹ Ao contrário do que se possa imaginar, é comum no júri norte-americano a instrução aos jurados para afastarem de seu julgamento as considerações pessoais, com algumas exceções, como no caso da Califórnia, especificamente em crimes capitais. Veja-se a instrução constante do CALCRIM n. 101: “*Do not let bias, sympathy, prejudice, or public opinion influence your decision.*” Também consta da instrução de n. 103: “*The fact that a criminal charge has been filed against the defendant[s] is not evidence that the charge is true. You must not be biased against the defendant[s] just because (he/she/they) (has/have) been arrested, charged with a crime, or brought to trial.*” [Judicial Council of California Criminal Jury Instructions (2016 edition). Disponível em: http://www.courts.ca.gov/partners/documents/calcrim_2016_edition.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2016.] São geralmente relacionadas à garantia da presunção de inocência a necessidade de se instruir o júri, em termos gerais, sobre a necessidade de que se baseiem unicamente na prova para a consideração da culpa, afastando-se eventuais inferências sobre a hipótese de prisão anterior à condenação, sobre a acusação que pesa sobre ele, sobre a sua presença ou seu silêncio durante a audiência, bem como a influência de preconceitos e sentimentos pessoais. Não há, entretanto, uma rigidez acerca do modo pelo qual o juiz deva tratar da questão na instrução, bastando que demonstre aos jurados o seu dever de analisar se a acusação foi capaz de provar os fatos além de qualquer dúvida razoável, conforme o caso *People v. Hawthorne* (1992). Disponível em: <http://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/4/43.html>. Acesso em: 06 de junho de 2016.

¹³³⁰ É importante que se faça tal advertência no âmbito do procedimento brasileiro já que os jurados podem ter uma tendência a serem influenciados em maior medida pelas declarações do Ministério Público, em face de sua posição como órgão oficial do Estado e pelo próprio caráter simbólico do local de destaque que normalmente é ocupado pela acusação no plenário do Júri, ao lado do juiz. A presente instrução fora retirada do registro do caso

procedimento, o promotor e o defensor discutirão o caso, mas esses comentários não constituem elementos de prova, apenas visam apresentar uma interpretação do conjunto probatório que seja condizente com a sua versão dos fatos, cabendo a você verificar qual delas está mais próxima da verdade. Da mesma forma, as perguntas formuladas às testemunhas não são, em si mesmas, provas. Vocês não devem suspeitar que qualquer insinuação feita a partir das perguntas seja verdadeira quando não confirmada pela resposta do depoente. As perguntas devem ser consideradas apenas na medida em que forneçam um sentido para a compreensão da resposta da testemunha, a qual, somente ela, possui potencial de provar um fato.¹³³¹

2.3.3. Sobre a valoração da prova

Ao apreciar as provas que serão aqui produzidas você deve ser guiado por algumas orientações importantes, que passarei a apresentar.

A. Mantenha a mente aberta durante todo o julgamento. Não forme sua convicção sobre a culpa ou inocência do réu ou sobre qualquer questão do caso enquanto não tenham sido apresentadas todas as provas e manifestações das partes.

B. Esteja aberto a considerar com a mesma seriedade as informações e alegações apresentadas por ambas as partes. Seja imparcial e razoável em suas apreciações.

C. Não tome qualquer coisa que eu diga ou faça durante o julgamento como uma indicação do que eu penso sobre os fatos, sobre as testemunhas, ou sobre qual deva ser o seu veredicto. Durante a audiência eu posso sentir a necessidade de questionar os depoentes sobre alguma questão relevante, mas isso não indica que eu tenha alguma opinião sobre o caso.¹³³²

People v. Johnson, (...). Optou-se, ademais, por suprimir o trecho: “...*except that if counsel agree or stipulate to any fact you must regard such fact as being conclusively proved*”, uma vez que se pressupõe uma noção da verdade como correspondência a partir do que fora demonstrado através dos elementos probatórios, afastando-se um ideal de verdade como consenso.

¹³³¹ A presente instrução, no que se refere ao valor probatório dos questionamentos, fora retirada do registro do caso People v. Johnson, (...). Tais instruções também se encontram previstas pelo modelo de instruções criminais do Estado da Califórnia (CALCRIM), n. 104: “*Evidence’ is the sworn testimony of witnesses, the exhibits admitted into evidence, and anything else I tell you to consider as evidence. The fact that the defendant was arrested, charged with a crime, or brought to trial is not evidence of guilt. Nothing that the attorneys say is evidence. In their opening statements and closing arguments, the attorneys will discuss the case, but their remarks are not evidence. Their questions are not evidence. Only the witnesses’ answers are evidence. The attorneys’ questions are significant only if they help you understand the witnesses’ answers. Do not assume that something is true just because one of the attorneys asks a question that suggests it is true.*” [Judicial Council of California Criminal Jury Instructions (2016 edition). Disponível em: http://www.courts.ca.gov/partners/documents/calcrim_2016_edition.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2016.]

¹³³² A observação de que o júri não deve especular sobre o motivo das perguntas eventualmente elaboradas pelo juiz consta do modelo norte-americano de instruções em âmbito federal: “*During the course of the trial I may*

D. Como juízes do fato, cabe somente a vocês a análise da veracidade e da precisão do depoimento das testemunhas, assim como a verificação de sua credibilidade. Você deve decidir se o depoente disse a verdade ou se apresentou informações falsas. É também possível acreditar no testemunho apenas em parte. Para isso, use seu senso comum e experiência, do mesmo modo como o faz no dia-a-dia para avaliar os fatos e a veracidade das informações que recebe. Lembre-se que é a qualidade e credibilidade do depoimento que importa, não a quantidade de testemunhas que vierem a depor.¹³³³

E. Considere, entretanto, que as pessoas realmente se esquecem ou se equivocam a respeito de alguns fatos, principalmente quando já passado muito tempo e diante do nervosismo de estar sob pressão perante o juízo. Reflita sobre isso antes de desconsiderar o testemunho com base em sua avaliação sobre a postura da testemunha.

F. Na dúvida, procure confrontar o teor de suas declarações com as demais provas apresentadas, a fim de verificar sua razoabilidade e coerência. Também é interessante refletir se a testemunha tinha boas condições para ver, ouvir ou de qualquer forma perceber as informações que ora apresenta ao juízo. Ainda, na presença de qualquer suspeita sobre sua credibilidade, é interessante verificar se a mesma tem alguma razão para falsear seu depoimento ou ocultar informações relevantes.¹³³⁴

ask a question of a witness. If I do, that does not indicate I have any opinion about the facts in the case.” Federal Judicial Center. Pattern Criminal Jury Instructions, 1987, p. 4. Disponível em: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/crimjury.pdf/\\$file/crimjury.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/crimjury.pdf/$file/crimjury.pdf). Acesso em: 06 de junho de 2016. Essa advertência é ainda mais relevante no contexto brasileiro, no qual o juiz assume habitualmente um papel mais ativo na gestão da prova, podendo, com isso, sugerir ao júri implicitamente sua convicção sobre o caso.

¹³³³ A referida instrução é produto da fusão do texto presente no modelo da Califórnia com o modelo novaiorquino, os quais apresentam a seguinte redação, respectivamente: CALCRIM n. 105: *“You alone must judge the credibility or believability of the witnesses. In deciding whether testimony is true and accurate, use your common sense and experience. You must judge the testimony of each witness by the same standards, setting aside any bias or prejudice you may have. You may believe all, part, or none of any witness’s testimony. Consider the testimony of each witness and decide how much of it you believe. In evaluating a witness’s testimony, you may consider anything that reasonably tends to prove or disprove the truth or accuracy of that testimony.”* [Judicial Council of California Criminal Jury Instructions (2016 edition). Disponível em: http://www.courts.ca.gov/partners/documents/calcrim_2016_edition.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2016.] Preliminary Instructions, Credibility of Witness: *“As judges of the facts, you alone determine the truthfulness*

and accuracy of the testimony of each witness. You must decide whether a witness told the truth and was accurate, or instead, testified falsely or was mistaken. You must also decide what importance to give to the testimony you accept as truthful and accurate. It is the quality of the testimony that is controlling, not the number of witnesses who testify.” New York Courts. Criminal Jury Instructions. Model Instructions, p. 22. Disponível em: http://www.nycourts.gov/judges/cji/5-SampleCharges/CJI2d.Preliminary_Instructions.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2016.

¹³³⁴ É importante que os jurados realizem suas apreciações pessoais acerca da credibilidade das testemunhas, mas é importante que sejam instruídos sobre a falibilidade dessas avaliações abstratas e a chance de que estejam erradas. O nervosismo é comum em juízo e nem sempre deve ser interpretado como falsidade do depoimento. As instruções sobre esses pontos no CALCRIM são ainda mais minuciosas, embora por sua extensão possam ser de difícil absorção pelo júri. Seu conteúdo, entretanto, é de extrema utilidade como parâmetro para a apreciação da prova testemunhal: *“Among the factors that you may consider are: - How well could the witness see, hear, or*

G. Nenhuma das provas possui valor superior às demais, cabendo unicamente a você analisar qual ou quais delas serão determinantes para a formação de sua convicção. No entanto, para que você possa desconsiderar uma ou mais provas em favor de outras, deve fazê-lo segundo um motivo razoável, ou seja, se tiver boas razões para desacreditar em seu conteúdo. Veja você que, para uma decisão ser mais próxima possível da verdade, não pode se basear numa escolha aleatória das provas que confirmem uma dada história. Da mesma forma como se raciocina no dia-a-dia, a existência de provas confiáveis que apontam para possíveis explicações contrárias é motivo para se duvidar da veracidade da história, ainda que outros elementos a confirmem.

H. Ao final, caberá somente a você determinar o valor de cada prova e a capacidade de todo o conjunto probatório para a comprovação dos fatos presentes na acusação contra o réu.

2.4. Instruções sobre os elementos fáticos necessários para a configuração do crime¹³³⁵

otherwise perceive the things about which the witness testified? - How well was the witness able to remember and describe what happened? - What was the witness's behavior while testifying? - Did the witness understand the questions and answer them directly? - Was the witness's testimony influenced by a factor such as bias or prejudice, a personal relationship with someone involved in the case, or a personal interest in how the case is decided? - What was the witness's attitude about the case or about testifying? - Did the witness make a statement in the past that is consistent or inconsistent with his or her testimony? - How reasonable is the testimony when you consider all the other evidence in the case? - [Did other evidence prove or disprove any fact about which the witness testified?] (...). Do not automatically reject testimony just because of inconsistencies or conflicts. Consider whether the differences are important or not. People sometimes honestly forget things or make mistakes about what they remember. Also, two people may witness the same event yet see or hear it differently. [Judicial Council of California Criminal Jury Instructions (2016 edition). Disponível em: http://www.courts.ca.gov/partners/documents/calcrim_2016_edition.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2016.]

¹³³⁵ Ainda que o veredicto venha a ser extraído a partir da resposta dos jurados aos quesitos, os quais conterão unicamente questões de fato em suas formulações, a presença de um quesito genérico – indagando-lhes se absolvem o acusado – impõe a necessidade de que compreendam, em termos gerais, o conteúdo da classificação jurídica do delito e os elementos que o compõem. Até porque, é tênue a separação entre as questões de fato e as de direito. Em regra, no procedimento norte-americano, as instruções acerca do direito material aplicável são fornecidas aos jurados somente ao final da fase instrutória, antes de os jurados se retirarem para as deliberações. Entretanto, algumas dificuldades dos jurados acerca da compreensão e aplicação das questões de direito foi atribuída ao fato de que esses esclarecimentos somente eram apresentados quando já encerrada a produção da prova, o que parecia contraproducente. Conforme a analogia apresentada por Trevor Grove em sua obra “The Jurymen’s Tale”, isso é o mesmo que “pedir aos jurados que assistam a um jogo de *baseball* e decidam quem ganhou, sem dizer a eles quais são as regras até o encerramento da partida.” Tradução livre. No original: “*telling jurors to watch a baseball game and decide who won without telling them what the rules are until the end of the game*”. GROVE, Trevor. *The Jurymen’s Tale*. London: Bloomsbury Publishing, 2000, p. 257. Paralelamente a isso, o comitê responsável pela elaboração das instruções em procedimentos federais, no âmbito do Federal Judicial Center, já considerava importante a antecipação dos elementos do crime aos jurados a fim de auxiliá-los no processo de apreciação da prova, contanto que os representantes das partes sejam consultados: “*The committee believes that the fullest possible disclosure of the elements of the offense and any defenses will assist the jury in understanding the evidence. The committee recognizes, however, that detailing the elements is not always practicable before trial. It is important that counsel be consulted before the specific elements are discussed with the jury.*” Federal Judicial Center. Pattern Criminal Jury Instructions, 1987, p. 5. Disponível em: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/crimjury.pdf/\\$file/crimjury.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/crimjury.pdf/$file/crimjury.pdf). Acesso em: 06 de junho de 2016.

Senhores jurados, o réu está sendo acusado pela prática de um crime de (...).

Quando terminada a produção de provas, eu lhes fornecerei, de modo detalhado, as instruções acerca de como a lei caracteriza este crime e sobre como vocês devem compreender suas circunstâncias e os elementos que o compõem. Também lhes orientarei sobre como proceder durante as deliberações e de como será realizada a votação do questionário.

Entretanto, com vistas a auxiliá-los ao longo da atividade de apreciação das provas, apresentarei brevemente os principais elementos que devem ser provados pela acusação, além de qualquer dúvida razoável, para que possam considerar o acusado culpado pela prática deste crime, nos termos da lei. Isso servirá apenas para que vocês possam acompanhar a produção das provas cientes dos principais aspectos para os quais devem direcionar suas atenções.

Devo lhes esclarecer, primeiramente, que a lei penal procurou estabelecer, para cada crime, uma definição criteriosa, na qual podem ser identificados alguns elementos de fato necessários para sua configuração. Deste modo, para que se possa dizer que alguém praticou um crime, de modo a que venha a sofrer a pena prevista, é preciso que o órgão acusatório prove além de qualquer dúvida razoável, que cada um desses elementos de fato realmente ocorreu na realidade. Também deve provar, com o mesmo rigor, que o acusado foi o seu autor.

Se qualquer dos elementos essenciais não é suficientemente demonstrado, o crime como um todo não pode ser considerado provado, por mais que existam provas suficientes dos demais elementos. Assim, se isso ocorrer, o acusado deve ser absolvido.

Passarei a lhes instruir, então, sobre o que importa ser demonstrado pela acusação no presente caso.

[Neste momento, deve o magistrado apresentar as instruções preliminares sobre os elementos do crime, as quais devem ser elaboradas dependendo das peculiaridades do delito imputado]