

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIELA VIEIRA PIANCA

**ANÁLISE DA CONTAMINAÇÃO DO MAGISTRADO EM CONTATO COM AS
PROVAS ILÍCITAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS PENAIS**

**VITÓRIA
2023**

GABRIELA VIEIRA PIANCA

**ANÁLISE DA CONTAMINAÇÃO DO MAGISTRADO EM CONTATO COM AS
PROVAS ILÍCITAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS PENAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso.

Orientador: Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho.

VITÓRIA

2023

RESUMO

Busca-se, por meio deste trabalho, demonstrar a influência das provas ilícitas ao intelecto do magistrado, que com o prévio contato se torna contaminado ao exercer sua árdua função jurisdicional de proferir decisões criminais; e destaca a necessidade da adoção da epistemologia garantista ao sistema processual penal vigente. Perante o objetivo de alcançar tais pontos, é que a presente pesquisa retratou de forma detalhada a evolução histórica da regulamentação da inadmissibilidade das provas ilícitas na Constituição Federal Brasileira de 1988 e sua implementação ao Código de Processo Penal, bem como as mitigações que se perpetuaram com a importação de regulamentações norte-americanas. Respectivamente, tratou-se de todas as etapas probatórias e a relação do magistrado inserido em cada uma delas para que fique demonstrado a necessidade da adoção de limites epistemológicos e jurídicos ao sistema de valoração do livre convencimento motivado. Por fim, nos limites e dimensões de um trabalho de conclusão de curso de graduação, que pretende propor soluções para aproximar decisões criminais dos ditames que disciplinam a epistemologia garantista proposta por Luigi Ferrajoli, é que se retratou da importância da aplicação da metodologia indutiva na valoração das provas e a alteração do artigo 157, §5º, da Lei nº 13.964/2019. Ambos no intuito de obter decisões criminais que resguardem os direitos e garantias fundamentais, ante a ausência de um magistrado contaminado aos autos processuais.

Palavras-chave: provas ilícitas; contaminação do magistrado; epistemologia garantista.

ABSTRACT

The aim, through this work, is to demonstrate the influence of illicit evidence on the magistrate's intellect, which with prior contact becomes contaminated when exercising his arduous jurisdictional function of making criminal decisions; and highlights the need to adopt guarantor epistemology to the current criminal procedural system. In view of the objective of reaching these points, this research portrayed in detail the historical evolution of the regulation of the inadmissibility of illicit evidence in the Brazilian Federal Constitution of 1988 and its implementation in the Code of Criminal Procedure, as well as the mitigations that were perpetuated with the import of North American regulations. Respectively, all the evidentiary stages and the relationship of the magistrate inserted in each of them were discussed so that the need to adopt epistemological and legal limits to the system of valuing free motivated conviction was demonstrated. Finally, within the limits and dimensions of an undergraduate course conclusion work, which aims to propose solutions to bring criminal decisions closer to the dictates that govern the guarantor epistemology proposed by Luigi Ferrajoli, the importance of applying the inductive methodology in valuation was portrayed. of evidence and the amendment of article 157, §5, of Law No. 13,964/2019. Both with the aim of obtaining criminal decisions that protect fundamental rights and guarantees, in the absence of a judge contaminated in the procedural records.

Keywords: illicit evidence; contamination of the magistrate; guarantor epistemology.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 06 |
| 1 PANORAMA HISTÓRICO DA PROIBIÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS | 09 |
| 1.1 AS PROVAS ILÍCITAS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO | 10 |
| 1.2 A INADIMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL E SUAS FLEXIBILIZAÇÕES | 14 |
| 2 A CONTAMINAÇÃO DO JULGADOR EM CONTATO COM AS PROVAS ILÍCITAS | 21 |
| 2.1 REFLEXOS DO JULGADOR CONTAMINADO NO SISTEMA DE VALORAÇÃO DA PROVA PENAL E NA DECISÃO JUDICIAL | 22 |
| 2.2 LIMITES EPISTEMOLOGICOS E JURÍDICOS AO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO | 26 |
| 3 A NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE DECISÕES CRIMINAIS PAUTADAS NA EPISTEMOLOGIA GARATISTA | 30 |
| 3.1 METODOLOGIA INDUTIVA JUDICIAL FUNDADA EM PREMISSAS VERDADEIRAS E LÍCITAS | 31 |
| 3.2 DA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 157, §5º DO CODIGO DE PROCESSO PENAL E SUA IMPLEMENTAÇÃO | 34 |
| CONCLUSÃO | 39 |
| REFERÊNCIAS | 41 |

INTRODUÇÃO

O magistrado, como integrante do Poder Judiciário responsável por tomar decisões e dirimir os conflitos existentes entre partes com interesses divergentes no processo penal, realiza a sua tarefa jurisdicional de acordo com o sistema jurídico que se encontra inserido.

O exercício da sua função de proferir decisões judiciais advém da relação existente entre a valoração do conjunto probatório encartado aos autos processuais pelas partes e os fatos elencados pela acusação. Assim, devido a importância das provas no ato de proferir a decisão é que constantemente busca-se maior grau de racionalidade e regulamentação sobre elas.

Posto isso, o estudo que segue faz-se necessário por duas razões: a primeira constitui a necessidade de estabelecer uma linha cronologia da relação existente entre o magistrado e a prova desde o período inquisitorial, e as regularizações da inadmissibilidade da prova ilícita com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, o Código de Processo Penal e o Pacote Anticrime; a segunda se prende a necessidade de demonstrar concretamente a influência da prova ilícita na cognição do magistrado, propondo-se metodologias que objetivam a construção de decisões criminais pautadas na epistemologia garantista.

No primeiro aspecto desenvolvido pelo primeiro tópico do trabalho, o direito a prova tem sua origem diante de um padrão desenvolvido e instituído por ideias inquisitoriais, em que o julgador de forma arbitrária concluía o destino do sujeito submetido à eventual suspeita de conduta contrária aos ditames da ordem social da época (SAMPAIO, 2022, p. 21).

A necessidade do respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos permitiu inovações no campo jurídico, positivado com o Estado Democrático de Direito e a implementação da Constituição Federal Brasileira de 1988 que dispôs sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas (artigo 5º, LVI, CF/88).

Ato seguinte, o digesto Código de Processo Penal regulamentou a inadmissibilidade das provas ilícitas no artigo 157, prevendo seu desentranhamento dos autos processuais. Entretanto, tal regulamentação é insuficiente para proferir decisões de cunho imparcial, vez que o magistrado que a profere está contaminado pelo prévio contato com a prova ilícita.

Diante disso, foi proposto o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) prevendo as seguintes alterações legislativas: positivação da audiência de custódia (artigo 310), instituição do juiz das garantias (artigos 3º-A a 3º-F), e a descontaminação do julgado (artigo 157, §5º).

A tentativa de estabelecer a descontaminação dos julgados com o artigo 157, §5º, da Lei nº 13.964/2019, foi vetado pelas ADIs nº 6.298, 6.299 e 6.300, prevalecendo a ausência de regulamentação da temática.

Observa-se, portanto, que na contemporaneidade o julgador no processo criminal goza da discricionariedade para proferir as decisões criminais, ainda que de forma inconsciente, sendo transgredido a máxima de que a busca da verdade não é ilimitada e não representa um fim que possa ser atingido a qualquer custo no processo penal (BADÁRIO, 2021, p. 457). Ante o exposto, considerando a discricionariedade do magistrado, quem garante que as decisões criminais não estão sendo proferidas a partir de provas ilícitas, ainda que inconscientemente?

Segundo Nelson Camatta Moreira e Leonardo Zehuri Tovar (2015, p. 18), a consciência subjetiva do intérprete e sua carga histórica carregam pré-juízos, que não poderá, sob qualquer hipótese, representar arbítrio ao Magistrado em sua aplicação da lei ao caso concreto.

Nessa perspectiva, de forma oportuna o segundo tópico busca conhecer as descobertas da psicologia no campo da tomada de decisões, de modo a buscar entender como o magistrado pensa para decidir, e como raciocina para tomar decisões judiciais em seu dia a dia. Isso permite aferir os reflexos de um julgador contaminado em sua tomada de decisão e os evidentes traços do sistema inquisitorial no sistema do livre convencimento motivado.

No terceiro tópico, propõe-se demonstrar a necessidade da adoção da epistemologia garantista para a construção de decisões criminais que assegurem o respeito ao devido processo legal e ao princípio da imparcialidade que deve guiar a busca da verdade dos fatos em um processo penal pautado na aproximação dos ditames proposto pelo italiano Luigi Ferrajoli. Nesse sentido, torna-se necessária alterações no sistema processual penal vigente, entre elas a alteração da disposição do artigo 157, §5º do Pacote Anticrime, para sua devida implementação.

Portanto, o que se busca é, ao final do estudo, ter respondido o problema de pesquisa por meio do marco teórico garantista e da utilização do método dedutivo, que por sua vez, tem início nas observações gerais, para se chegar às conclusões particulares (PEREIRA, 2018, p. 25). Além disso, busca-se demonstrar metodologias que devem ser implementadas na admissibilidade das provas ao processo penal e em sua valoração, para que o magistrado se encontre descontaminado de provas ilícitas ao proferir suas decisões, as quais devem assegurar os direitos e garantias fundamentais do réu.

1 PANORAMA HISTÓRICO DA PROIBIÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS

A temática da prova é dotada de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, tendo ganhado maior enfoque nos últimos anos, na medida em que foram sendo produzidas sucessivas flexibilizações e retrocessos na concepção democrática do processo penal.

No intuito de entender o panorama das provas no processo penal contemporâneo, remetem-se as origens históricas do direito a prova desde o sistema processual inquisitorial.

Nesse sistema, a ligação entre prova e verdade era algo intuitivo, uma vez que o processo servia aos interesses de se atingir a verdade (VIEIRA, 2023, p. 52). O modelo de sistema valorativo que se perpetua a época era o da íntima convicção, inexistindo a necessidade de motivar a decisão tomada pelo julgador (EBERHARDT, 2016, p. 57).

O sistema processual inquisitorial que se perpetuava no julgamento dos delitos caracterizava-se, portanto, como uma verdadeira máquina repressiva, em que a concentração de poder estava inteiramente nas mãos do órgão julgador, que detinha a gestão da prova (COUTINHO, 2001, p. 28).

Com a evolução da liberdade dos povos nos regimes políticos, esse sistema tornou-se superado pelo da prova legal ou tarifada, que, a priori, se figurava mais adequado às novas concepções filosóficas da época, como antídoto ao arbítrio e excesso de poder judicial. Cabe, portanto, conceituar esse sistema probatório nas palavras de Gomes Filho (1997, p. 119), veja: “Intrincado sistema em que cada prova tinha o seu valor previamente determinado, além do que somente a combinação delas, resultando em uma certa quantidade de prova, poderia resultar a condenação criminal”.

Assim sendo, o período compreendido entre os séculos XIII e XVII aplicou-se o sistema das provas legais ou tarifadas, como tentativa de imposição da racionalidade no campo probatório e superação dos critérios do sistema inquisitorial, de juramentos e juízos de Deus na apreciação dos fatos no processo (VIEIRA, 2023, p. 64).

Diante da rigidez da sistemática probatória vigente à época, em que mais afeta à valoração do que propriamente à obtenção e admissibilidade das provas, a grande conquista veio com o movimento iluminista do século XVIII, que consagrou o sistema da livre apreciação da prova (VIEIRA, 2023, p. 65).

Assim, não se tem mais a limitação do magistrado aos critérios estabelecidos no antigo sistema de provas legais. Perpetua-se a atuação do julgador que decidirá de forma justa e equidistante na coleta no que entender conveniente aos cabais esclarecimentos dos fatos em busca da verdade.

Segundo esse sistema de valoração da prova, o julgador terá a liberdade para apreciar as provas contidas nos autos e formar sua convicção, desde que acompanhada de suficiente fundamentação (EBERHARDT, 2016, p. 60).

Dito isso, no processo deve existir apenas a verdade judiciária, que é aquela que emerge das regras que determinam as condutas desejadas e indesejadas no ordenamento jurídico, acarretando consequência de maneira a motivar a conduta de seus destinatários (MATIDA, 2009, p. 15).

Adotaram-se, assim, a terminologia das provas ilícitas na Constituição Federal de 1988 e posteriormente no Código de Processo Penal.

Busca-se, assim, trazer ao leitor um raciocínio cronológico a fim de compreender a influência das provas ilícitas nas decisões criminais, e as barreiras enfrentadas para implantação de decisões pautadas no garantismo ferrajoliano.

1.1 AS PROVAS ILÍCITAS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A Constituição de 1988 implementou a terminologia das provas ilícitas compreendendo as provas ilícitas, propriamente ditas, e as provas ilegítimas. O enunciado inserido pelo constituinte brasileiro no artigo 5º, LVI, dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;
(BRASIL, [2023]).

Desta forma, deve-se distinguir, prova ilegítima e prova ilícita. As provas ilegítimas são aquelas produzidas com a violação de normas processuais. Diversamente, as provas ilícitas são obtidas com a violação de normas de direito material e de garantia constitucional. (LOPES JUNIOR, 2018, p. 394).

Cabe ainda trazer expressamente o conceito de provas ilícitas referida na obra de Aury Lopes Junior (2018, p. 394), segundo o qual: “Prova ilícita: é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento de sua coleta, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo)”.

Assim sendo, a prova será ilícita se houver violação aos direitos fundamentais: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (CR, art. 5º, X); inviolabilidade do domicílio (CR, art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (CR, art. 5º, XII); vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (CR, art. 5º, III);

Nesse sentido, já ensina Alexandre Morais da Rosa (2021, p. 385): “que para fins penais, somente pode ser qualificada como ‘prova’ o indicador obtido e/ou produzido em conformidade com às regras. Do contrário, a valoração da prova ilícita, tonaria letra morta a garantia constitucional”.

Esse entendimento advém de uma evolução histórica que demorou décadas, em fase anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, persistia a admissibilidade processual da prova ilícita.

Resta demonstrada tal admissibilidade em acórdão de 1951, proferido pelo Ministro Raphael de Barros Monteiro, que ratificou uma conduta arbitrária que atualmente violaria erroneamente o sistema adotado do livre convencimento motivado, sustentando que:

“os Tribunais têm de julgar conforme as provas que lhe são apresentadas e não lhes compete investigar se elas foram bem ou mal adquiridas pelo respectivo litigante. Essa investigação é estranha ao processo e o juiz que a fizer exorbitará de suas atribuições processuais.”

[...]

Diz a ementa do julgado: “Prova – Gravação de conversa telefônica – Captação por meio criminoso – Violação do sigilo da correspondência – Meio probatório não previsto em lei – Livre apreciação, todavia, pelo juiz”, RT 194, p. 157 e ss. (BRASIL, *apud* MAGALHÃES, 2006, p. 182).

O avanço para uma perspectiva constitucional das provas ilícitas no ordenamento brasileiro, deve-se, pioneiramente, a Ada Pellegrini Grinover (1976), em sua obra *Liberdades Públicas e processo penal*, escrita sob a vigência da constituição anterior a de 1988, tendo como pensamento:

Sendo inaceitável a corrente que admite a prova ilícita, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito materialmente cometido; afastada, como a fizemos a simples visão unitária que pretende superar a distinção entre ilícito material e inadmissibilidade processual em uma posição que se baseia na unidade do ordenamento jurídico, a necessária correlação entre o ato ilícito, material, da obtenção da prova e sua inadmissibilidade e ineficiência processual somente pode ser feita, como vimos, pela qualificação que os institutos processuais recebem do direito constitucional. (GRINOVER, 1976, p.199).

Em momento posterior, foi adotada a Constituição Federal de 1988, positivando o artigo. 5º, LVI, já mencionado. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Ordem Constitucional, contrapôs a garantia da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal e o velho anseio da busca da verdade real a qualquer custo, no HC 80949/RJ, observa-se:

I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. [...]. 9. A imprecisão do pe dido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cujas ilicitudes se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o

inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido. (BRASIL, 2001, p. 1-2).

Considera-se, portanto, um avanço para um sistema jurídico baseado no modelo penal garantista. Nesse modelo, exige-se a determinação da verdade dos fatos por meio de um procedimento judicial estruturado na estrita observância das garantias constitucionais limitadoras do exercício da jurisdição do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, atualmente, a doutrina dominante adota a teoria da proporcionalidade, que mitiga, de certa forma, as garantias processuais adquiridas ao passar dos séculos, transformando o processo em uma pena em si mesmo (LOPES JR, 2018, p. 397).

(...) em um Estado Democrático de Direito, diante de uma Constituição que expressa o paradigma acusatório, a manutenção da gestão e da possibilidade de produção da prova pelo juiz, a relativização banalizada da presunção de inocência e das nulidades, dentre outras premissas antidemocráticas que se materializam no hiperencarceramento, nos erros judiciais e até mesmo no lawfare, deveriam ser inaceitáveis (LAZZARI, p.2).

A luz de uma vertente jurídica, a referida doutrina não é dotada de embasamento constitucional, que advém da importação de um modelo doutrinário americano (LOPES JR, 2018, p. 397).

A relativização se dá porque a Constituição Americana, diferentemente da brasileira, não possui dispositivo exposto acerca da exclusão da prova ilícita (LOPES JR, 2018, p. 397).

Segundo o professor Raphael Boldt (2023, p. 2), é comum se desconsiderar o cenário político-filosófico do Brasil, e implementar “alternativas” eivadas de superficialidade e lastreada em experiências estrangeiras, que quase sempre, tendem a “colonizar a utilização do novo mecanismo e reduzir significativamente a sua potencialidade”.

Como conhecedora sobre o assunto, a professora Ada Pellegrini Grinover (1976) afirmou em seus postulados que: “[...] à exceção aos princípios de exclusão da prova ilícita, baseada num equilíbrio de valores fundamentais conflitantes, ou seja, no

princípio da proporcionalidade, pode, evidentemente, torna-se perigosa, por sua própria subjetividade”.

É de se aferir que a utilização da teoria da proporcionalidade constitui um risco a própria sociedade, vez que pode ser utilizada de forma a se buscar a verdade real, desrespeitando as garantias individuais. Embora o Estado seja o titular do *ius puniendi*, não pode, de forma arbitrária, cercear o *status libertatis* dos indivíduos.

A única exceção passível de aceitabilidade, já pacificada tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, é o caso da aceitação da prova ilícita pro reo.

A cerca disso, cabe frisar, o entendimento do jurista Thiago Ávila (2007), o qual concorda e aduz que não restariam dúvidas quanto a utilização da prova ilícita para comprovar a inocência de um acusado. Deve-se ponderar entre a ampla defesa, princípio constitucional para buscar a verdade e inocentar o réu acusado injustamente e outra garantia constitucional que proíbe a prova obtida ilicitamente.

Com base em todo o exposto, conclui-se um marco histórico de evolução com a positivação da Constituição Federal Brasileira de 1988, utilizada como base pela doutrina e jurisprudência para tratamento das provas ilícitas.

Todavia, vivencia-se atualmente um cenário de mitigações que é fortemente retratado, e inaceitável quando esbarra com a hierarquia da Carta Magna.

1.2 A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PELAN E SUAS FLEXIBILIZAÇÕES

Após o advento da previsão sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas em sede Constitucional, o legislador estendeu-a para o Código de Processo Penal com a introdução da lei nº 11.690/2008, que previu a inclusão da redação do artigo 157, com a seguinte disposição:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO) (BRASIL, [2022]).

O *caput* desse artigo denuncia uma falha processual e sistemática que permite o ingresso do conteúdo informacional trazido pela prova ilícita ao caderno processual penal.

No que se refere ao §1º e §2º, respetivamente tratam-se da fonte independente e da descoberta inevitável da prova, os quais segundo o jurista Walter Nunes da Silva Junior em sua obra “Curso de Direito Processual Penal: Teoria (constitucional) do Processo Penal” constitui uma das doze exceções a teoria dos frutos da árvore envenenada, uma sistematização de origem norte americana que se implementou ao Código de Processo Penal Brasileiro, e que cabe ser mencionada a fim de corroborar para a temática aqui discutida.

Conceitua-se, portanto, a fonte independente como sendo a prova lícita, que advém independente da ilícita. Enquanto a descoberta inevitável é a prova que chegou ao processo por uma fonte ilícita, contudo surgiria naturalmente ao curso das investigações.

A doutrina da descoberta inevitável, ganha força com o julgamento de *Nix vs. Williams* nos Estados Unidos, em 1984, no qual o suspeito de violentar e matar uma criança, sofre violações policiais para confessar onde encontrava-se o corpo, prova claramente ilícita, adotada sob a argumentação da acusação que onde foi encontrado o corpo seria vistoriado em pouco tempo pela polícia (ROSA, 2021, p. 386).

É um jogo processual de mera retórica hipotética, dotada de ilegalidade, pois transporta ao regime brasileiro, decisões americanas, sem o devido controle da constitucionalidade material que se pauta o regime jurídico brasileiro.

No que tange ao §3º do artigo 157, em conjunto com o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo ser admissível a utilização das provas obtidas por meios ilícitos em favor do réu. Essa é a única condição que se entende de forma pacífica utilizar o princípio da proporcionalidade para as provas ilícitas, se sobrepondo de forma certa o direito à liberdade e à ampla defesa.

Assim, a fim de assegurar o devido processo legal, a reforma no processo penal pela Lei nº 11.690/2008, incluiu o §4º ao artigo em análise, prevendo que: “§4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acordo. (vetado).” (BRASIL, [2008]).

No entanto o referido parágrafo foi objeto de veto pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sob o argumento de que:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente, substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada. (BRASIL, [2008]).

A fundamentação simplista e sem embasamento pautado na Carta Magna de 1988, priorizou a chamada “celeridade processual”, que até a data atual é uma falsa celeridade, em prol dos direitos e garantias fundamentais do réu. É um discurso pautado em jogo político, a fim de reduzir as verbas que deveriam ser direcionadas para construção de um sistema penal que se enquadre ao Estado Democrático de Direito.

Sobre o veto do §4º, Gomes (2008), diz que:

[...] o dispositivo foi vetado por razões de eficácia do processo (celeridade, simplicidade, troca de juiz, etc.). Mas jamais a lei processual penal cumpre bem o seu papel quando deixa de conciliar a eficácia com as garantias do

acusado. A eficácia cede quando se depara com uma garantia absolutamente imprescindível, como é a da imparcialidade do juiz.

Luiz Flávio Gomes (2008) afirma que a fundamentação do veto do referido dispositivo, baseia-se explicitamente no direito penal do inimigo, onde o Estado trata o sujeito não como cidadão e sim como inimigo, conforme sua lição:

O direito penal do inimigo é uma teoria enunciada por Gunther Jakobs, um doutrinador alemão que sustenta tal teoria desde 1985, com base nas políticas públicas de combate à criminalidade nacional e/ou internacional.

A tese de Jakobs está fundada sob três pilares, a saber a) antecipação da punição do inimigo; b) desproporcionalidade das penas e a relativização e/ou supressão de certas garantias processuais; c) criação de leis severas direcionadas à clientela (terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros) dessa específica engenharia de controle social.

Jakobs refere-se ao inimigo como alguém que não admite ingressar no Estado e assim não pode ter o tratamento destinado ao cidadão, não podendo beneficiar-se dos conceitos de pessoa. A distinção, portanto, entre o cidadão (o qual, quando infringe a Lei Penal, torna-se alvo do direito penal) e o inimigo (nessa acepção como inimigo do Estado, da sociedade) é fundamental para entender as idéias de Jakobs (GOMES, 2005).

Com o veto do §4º, o curso do processo penal continuou igual como sempre foi: diante de uma prova declarada inadmissível, o magistrado apenas deveria desentranhá-la dos autos, continuando ele competente para o julgamento da causa, em especial em razão do princípio da identidade física do juiz.

Diante desse cenário, foi implementado o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), com o objetivo de assegurar eficazmente as partes os direitos e garantias fundamentais, além de adequar o diploma à realidade do século XXI.

O Pacote Anticrime foi resultado da união da proposta coordenada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, e outra proposta liderada pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro.

As principais mudanças promovidas pelo Pacote Anticrime (lei nº 13.964/2019), trata-se da positivação da audiência de custódia (artigo 310) e a instituição do juiz das garantias (artigos 3º - A a 3º-F), além da descontaminação do julgador (artigo 157, §5º).

A tentativa de estabelecer a descontaminação do julgador, tema do presente estudo, não é novidade no direito brasileiro, tendo em vista a reforma do Código de Processo Penal, promovido pela Lei nº 11.690/2008, já abordado ao longo do texto.

Nesse sentido, foi instituído pelo Pacote Anticrime o §5º ao artigo 157, com a mesma disposição que era prevista no §4º: “§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.299) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)” (BRASIL, [2022]).

Dentre os defensores da constitucionalidade do §5º, está Aury Lopes Júnior, para quem a inclusão do referido parágrafo vem ao encontro da garantia da imparcialidade do julgador (LOPES JR, 2018).

Diversamente, em face do dispositivo de Lei nº 13.964/2019 foram ajuizadas quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), sendo elas: 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

A ADI nº 6.299 é a que versa sobre a impugnação dos artigos 3º-A a 3ºF, além do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, protocolada na data de 28.12.2019. Referente a essa Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proferida liminar pelo Ministro Luiz Fux em 23.09.2021, suspendendo sua eficácia, veja:

Ex positis, concedo a medida cautelar requerida para suspender a eficácia do artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal (CPP), na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019. [...] Ex positis, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos: (a) Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); (b) Concedo a medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28,

caput, Código de Processo Penal); (b2) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal); Nos termos do artigo 10, §2º, da Lei n. 9868/95, a concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data. Aguardem-se as informações já solicitadas aos requeridos, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Após, retornem os autos para a análise dos pedidos de ingresso na lide dos amici curae e a designação oportuna de audiências públicas. Publique-se. Intimem-se. (BRASIL, 2021).

Em 03.02.2020 foi proferida decisão monocrática suspendendo o §5º do artigo 157, sob a alegação de violação ao princípio da identidade física do juiz, podendo acarretar prejuízos a ampla defesa.

“a medida pode ter o condão de prejudicar o próprio jurisdicionado réu em seu direito à ampla defesa, uma vez que o distanciamento entre a prova e o magistrado sentenciante prejudica a formação de um quadro probatório coeso e harmônico, colocando em xeque um dos escopos do processo penal, que é a busca da verdade material” (ADI nº 6.299); (BRASIL, 2020, p. 8).

Além disso, o Ministro Fux na decisão apontou que o disposto é dotado de extrema vagueza, gerando inúmeras dúvidas e inseguranças jurídicas, levantando os seguintes questionamentos:

O que significa “conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível”? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório? Como se materializaria a demonstração desse “conhecimento”? O juiz, após “conhecer” do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou ficará impedido desde logo?

A ausência de clareza do preceito é também capaz de gerar situações inusitadas. Imagine-se o juiz que, ao proferir a sentença, se depare com uma prova ilícita e a declare como tal. Nesse caso, ele interrompe a prolação da sentença e, em seguida, remete os autos ao juiz que o substituirá? Imagine-se, agora, que a câmara de um tribunal decida anular um processo por ilicitude da prova e determine o retorno dos autos à origem. Nesse caso, a câmara ficará impedida de julgar nova apelação? (BRASIL, 2020, p. 26-27).

Ato seguinte, a matéria prevista na ADI nº 2.699 foi rediscutida na decisão de julgamento publicada na data de 24.08.2023, onde foi julgado por maioria unânime a constitucionalidade da implementação do juiz de garantias ao sistema processual penal vigente. Diversamente, por maioria dos votos foi declarada a inconstitucionalidade do §5º do artigo 157, do CPP, vencido, em parte, o Ministro Cristiano Zanin, que propunha interpretação conforme o dispositivo.

Diante desse recente cenário que manteve inerte o dispositivo previsto no artigo 157, §5º do CPP, corrobora-se a necessidade do presente trabalho de tratar de forma individual e específica os argumentos suscitados para inconstitucionalidade aferida, sendo eles: violação ao princípio da identidade física do juiz, violação ao princípio da legalidade e da segurança jurídica.

O “Princípio da Identidade Física do Juiz”, vincula o juiz instrutor do processo à sentença. Observa-se que esse princípio tem sido abandonado em nações, que no passado vivenciaram uma tradição de fortes sistemas processuais penais inquisitoriais e que optaram por transitar contemporaneamente a processos penais preponderantemente acusatórios (CASTRO; GHILARDI, 2020, p. 2).

O princípio da identidade física do juiz, embora tenha sido interpretado como uma garantia processual ao réu, é um mecanismo que pode trazer consequências de arbitrariedades judiciais, pois os julgadores são induzidos de forma inconsciente por diversas lacunas existentes no sistema.

As lacunas evidenciadas no sistema processual penal condizem com a ausência de regularizações e critérios metodológicos para valorização probatória e para admissibilidade de provas aos autos processuais.

Nesse sentido, e com base nas considerações de Eduardo José da Fonseca Costa (2016), diante das ilusões cognitivas que acometem os julgadores, a construção de um novo modelo, que desvincule o juiz que instrui o feito daquele que prolata a sentença, um “[...] modelo normativo algorítmico de reengenharia precaucional anti-enviesante” (COSTA, 2016, p. 141), torna-se urgente para levar realmente a sério a imparcialidade do julgador no processo penal.

Desse modo, necessário se faz adentrar ao estudo da psicologia cognitiva, e da racionalidade do julgador ao proferir suas decisões, no intuito de evidenciar a necessidade de um juiz específico para a admissibilidade probatória e um juiz que julgará a causa.

2 A CONTAMINAÇÃO DO JULGADOR EM CONTATO COM AS PROVAS ILÍCITAS

Os julgadores realizam a árdua tarefa jurisdicional de tomada de decisão baseando-se no sistema do livre convencimento motivado, aplicado no direito processual penal brasileiro contemporâneo.

Segundo Ibáñez (2006), os juízes se surpreenderiam caso se tornassem conscientes da densidade de questões epistemológicas e de complexidade dos processos lógicos implícitos no raciocínio de que fazem uso para tomar suas decisões. E, considera lamentável que as práticas judiciais ocorram com certo vazio epistemológico.

No viés da psicologia cognitiva, a resolução do problema e a tomada de decisões pelo julgador se influi diretamente em suas memórias armazenadas, ou seja, abrange a atividade de se recordar e de recuperar informações que estão armazenadas na memória (ANDRADE, 2023, p. 514).

Assim como qualquer outro ser humano, o juiz possui emoções, sentimentos e razão, e que inferem em sua tomada de decisão. Diante dessas inferências, o ato decisório deve ser precedido de raciocínio e ponderação, avaliando os pros e os contras de uma escolha. Deve a decisão seguir critério lógicos, utilizando-se da metodologia indutiva para se fazer a escolha mais racional e certa (ANDRADE, 2023, p. 520).

Para tanto, cabe propor ao julgador a valoração das provas mediante critérios racionais, estes funcionando como uma garantia de não-arbitrariedade no exercício de sua atividade jurisdicional (MATIDA, 2009, p. 14). Chega-se à valoração da prova a partir da conformação do conjunto de elementos em juízo, ou seja, é a primeira etapa probatória que tem por objetivo filtrar as provas lícitas e ilícitas do processo.

A problemática aqui apresentada, advém do julgador que desentranhou a prova ilícita dos autos processuais, ser o mesmo que irá proferir a decisão criminal, que desde já não está pautada no princípio da presunção de inocência.

Sendo assim, sempre que a vantagem cognitiva tiver sido auferida mediante a violação de escolhas valorativas já implementadas pelo ordenamento jurídico, como a inviolabilidade de domicílio (artigo 5º, inciso XI, CRFB de 1988), cabe passivelmente nulidade da decisão, a fim de resguardar os direitos fundamentais do acusado.

A verdade é um dos propósitos do processo, não o único. A ela, visa-se primeiramente o respeito aos direitos fundamentais e ao devido processo legal. Nesse sentido, a presença dessas regras limitadoras a busca da verdade, constitui uma evolução ao sistema punitivista.

Portanto, mesmo que o entendimento pacificado seja que ao se deparar com uma decisão proferida mediante violação das regras de direito material ela seja nula, muitas vezes a violação não está evidente, e sim nas entrelinhas da decisão. A fim de conter esse cenário é que o legislador previu no artigo 157, §5º, do Pacote Anticrime, a separação do julgador que teve contato com as provas ilícitas do julgador que irá julgar a causa.

Observa-se que as decisões criminais proferidas por julgadores que obtiveram contato com as provas ilícitas, ainda que inconscientemente, criam sua convicção baseada nelas. Contudo, o debate acerca da racionalidade de qualquer forma de interpretação e aplicação do direito é a percepção de que não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade (OLIVEIRA, 2014, p. 22).

Desse modo, os pronunciamentos judiciais devem ser construídos a partir de uma maior cientificidade, de modo a afastar os decisionismo e voluntarismo jurídicos. Não se pretende defender que os pronunciamentos judiciais sejam divorciados da subjetividade, visto que é impossível tal condição, todavia, que a subjetividade seja reduzida ao máximo possível para aplicação de um saber jurídico técnico (SANTANA; MENEZES, 2019, p. 2).

2.1 REFLEXOS DO JULGADOR CONTAMINADO NO SISTEMA DE VALORAÇÃO DA PROVA PENAL E NA DECISÃO JUDICIAL

Seguindo a vertente histórica já brevemente sintetizada ao escrito, identifica-se a existência de três sistemas de valoração das provas pelo magistrado, iniciou-se com a íntima convicção, e posteriormente foi adotado o sistema da prova tarifada ou prova legal. Por fim, no século XXI é utilizado o sistema do livre convencimento do julgador ou também chamado persuasão racional (SAMPAIO, 2022, p. 46).

A fase probatória no sistema do livre convencimento do julgador se divide em três momentos respectivamente, sendo eles: a conformação do conjunto de elementos em juízo, a valoração desses elementos e a decisão sobre os fatos.

Na conformação do conjunto de elementos do juízo, verifica-se as regras de inclusão e exclusão probatória, almejando obter um conjunto de provas o mais rico possível, seguindo o filtro da admissibilidade. Ou seja, ainda que a prova seja relevante, ela pode ter sua produção negada por não seguir os critérios constitucionais.

Trata-se de conferir a dignidade dos direitos fundamentais ao direito à prova, que pode ser limitado tão somente por outros critérios fundados na necessidade de coordenação desse direito com outros tutelados pelo ordenamento jurídico, desde que se reconheça a prioridade da proteção desses outros direitos em relação ao direito à prova (CAMBI, 2006, p. 36).

Nessa vertente, a admissibilidade constitui a uma escolha política que o legislador faz e o julgador deve seguir. Assim, a prova ilícita trata-se de uma valoração legislativa, que, em determinadas situações, a despeito da relevância da prova é proibida sua entrada no processo (MATIDA, 2009, p. 55).

Todavia, a emblemática encontra-se com a disposição do artigo 157 da Lei nº 11.690/2008, onde ocorre o mero desentranhamento da prova ilícita, ante a ausência da troca do julgador que a desentranhou.

Dessa forma, mesmo a prova sendo ilícita e havendo seu desentranhamento dos autos processuais, o juiz, ao conhecer do seu conteúdo, leva-a mesmo que inconscientemente em consideração na etapa probatória valorativa. Corrobora-se a afirmativa com as palavras de Pedrosa citado por Ferreira e Neves (2011, p. 22), em que sustenta que se trata de uma “[...] ingenuidade tratar cartesianamente essa

questão, como se a contaminação só atingisse a prova: o maior afetado por ela é o julgador, ainda que inconscientemente.”

Em outras palavras, o ato de julgar não é algo compartimentalizado, mecânico, de que se pudesse excluir alguma peça sem comprometer o funcionamento do motor (LOPES JUNIOR, 2018, p. 193).

A etapa de valoração da prova é o núcleo base do raciocínio probatório, momento em que o julgador procura maior correspondência possível com o mundo exterior. Por isso, desconsiderar que a prova ilícita contamina psicologicamente o magistrado através do veto do §5º imposto pelo Pacote Anticrime é fruto de um sistema inquisitorial.

A desconsideração de que se opera uma grave contaminação psicológica (consciente e inconsciente) do julgador faz com que a discussão seja ainda mais reducionista. Esse conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar deveria merecer atenção muito maior por parte dos juristas, especialmente dos tribunais, cuja postura até agora tem se pautado por uma visão positivista, cartesiana até, na medida em que separa emoção e razão, o que se revela absolutamente equivocado no atual nível de evolução do processo (LOPES JUNIOR, 2018, p. 408).

Nessa fase, o enfoque é a busca pela imparcialidade, tendo por seguimento a linha exposta por Ferrajoli (2004, p. 46), em que é atemporal a afirmativa posta por Beccaria do juiz como “investigador imparcial do verdadeiro” (BECCARIA, introdução).

Ou seja, da mesma forma que é impossível chegar à verdade absoluta, é impossível a imparcialidade plena do julgador, portanto, almeja-se a tentativa de se chegar o mais perto possível de tal imparcialidade, sendo jamais possível vê-la através de uma formação decisória absoluta. A decisão é proferida por homens e deles sairão todas as suas emoções. E a defesa dessa permanência é que torna humana a ciência jurídica (FERRAJOLI, 2014, p. 9-10).

Pelo juiz ser alguém que julga com a emoção e com suas noções de mundo exterior, ao acostar uma prova ilícita em seu campo de visão, ela tende a ser valorada, e para se chegar à imparcialidade possível proposta por Ferrajoli, o juiz ao ter contato com a

prova ilícita deve desentranhá-la e imediatamente remetê-la para que outro magistrado profira qualquer tipo de decisão.

A conduta aqui almejada para resguardar o devido processo legal não deve ser posta em segundo plano em prol da manutenção do princípio da identidade física do juiz. Esse princípio de acordo com a tese de doutorado de Décio Luiz Alonso Gomes (2013, p. 04) surgiu na segunda metade do século XX, servindo para pôr em ordem os papéis dos sujeitos processuais no tocante a atividade probatória e, também, para estabelecer um profundo relacionamento metodológico entre o juiz e o conteúdo probatório.

A identidade física do juiz integrou o Código de Processo Penal com a reforma de 2008, em seu artigo 399, §2º, da Lei nº 11.719/2008:

Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). (BRASIL, [2022]).

Ocorre que, conferir ao magistrado amplos poderes de gestão de prova criminal é um marco profundo de traços de inquisitorialidade, em que a vida de um acusado está nas mãos de um único homem, que detém concepções pré-estabelecidas, e que não vive as mazelas da sociedade.

A postura do juiz diante das provas do processo seria, portanto, o ponto sensível da questão, na medida em que, no sistema acusatório, corresponde-se a um juiz espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial a valoração dos fatos; No sistema inquisitorial, por sua vez, um juiz ator, representante do interesse punitivo, versado no procedimento e dotado de capacidade ilimitada de investigação (FERRAJOLI, 2014, p. 175).

Assim, constitui importante nesse cenário, um juiz com funções de instruir e um juiz com funções de julgar, o que se fez possível com a atual adoção do juiz de garantias, o que desde já enfraquece o argumento do princípio da identidade física do juiz.

No entanto, só cabe falar em prova com a existência do contraditório, e isso ocorre no momento processual. Posto isso, a norma criada pelo artigo 157, §5º é correta, mas insuficiente, visto que:

A exclusão do juiz, por impedimento, não deveria se dar apenas para que ele proferisse sentença ou acordão. Uma vez tomando contato com a prova posteriormente reconhecida como ilícita, deveria haver a imediata substituição do julgador impedido. Por exemplo, se o juiz toma contato, no início da instrução, com uma prova ilícita, não deverá continuar instruindo o feito para, somente no momento derradeiro da sentença se afastar. Isso, inclusive, ocasionará indevida restrição identidade física do juiz (CPP, art. 399, §2º), pois o juiz que instruiu o feito não irá sentenciá-lo. Melhor, portanto, que o julgador se afaste do feito tão logo seja reconhecido que teve contato com prova declarada ilícita (BADARÓ, 2021, p. 457).

Dada a realidade brasileira, entende-se a necessidade da separação do juiz que profere decisão e o juiz que obteve contato com as prova tidas como ilícitas. Isso se deve, especialmente, pelo fato de que juízes instrutores, se veem afetados pela heurística da representatividade, no sentido de que, ao participarem diretamente da instrução probatória, podem produzir hipótese mentais que conduziram, mesmo inconscientemente, a indução de prova ilícita como argumento da decisão criminal. O lugar comum da hipótese mental pode levar a uma conclusão falsa (COUTINHO, 2001, p. 25-26).

2.2 LIMITES EPISTEMOLÓGICOS E JURÍDICOS AO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Pensar em chegar a uma decisão que seja justa, racional e descontaminada no processo penal, é aferir a necessidade de conciliar fundamentos epistemológicos e jurídicos para as atividades desenvolvidas ao longo da persecução penal: investigação das fontes de prova, produção dos meios de prova e valoração da prova penal.

No cenário de um regime processual democrático não se pretende punir de qualquer modo e a qualquer custo. O respeito ao devido processo legal é condição necessária para tentar alcançar uma decisão que se titule como justa.

Assim, o direito à prova nas palavras de Gustavo Badaró, constitui um aspecto fundamental do contraditório, pois sua inobservância representa a negação da própria ação e da defesa para a jurisdição, não podendo haver outra fonte de conhecimento para a decisão (BADARÓ, 2019, p. 43).

Em outras palavras, o contraditório possibilita o funcionamento de uma estrutura dialética, em que há a formulação de tese e verificação de hipóteses contrárias levantadas pela acusação, possibilitando a produção de provas para sustentar as teses levantadas pelas partes. Tal direito é de extrema importância epistêmica para diminuição de erros na decisão, conforme retratado por Popper (1980, p. 104-105):

[...] exatamente porque nosso objetivo é o de formular teorias tão perfeitas quanto possível, devemos submetê-las a teses tão severas quanto possível, ou seja, devemos tentar identificar erros que nelas se contenham, devemos tentar falseá-las. [...] Com efeito, se não formos críticos, sempre encontraremos aquilo que desejamos: buscaremos e encontraremos confirmações, e não procuraremos nem veremos o que possa mostrar-se ameaçador para as teorias que nos agradam.

Como as provas constitui pilar essencial na construção e justificação da decisão proferido pelo julgador, esta sujeira a limites legais e constitucionais que afetam a admissão e a produção de provas. Isso permite que o processo atinja uma “verdade judicialmente condicionada” (IBÁÑEZ, 2006, p. 128).

Entre as etapas probatórias, existem dois momentos que devem ser tratados de forma distinta, o primeiro é uma fase de investigação prévia, que não se dá perante o julgador. Já o segundo momento é a fase de produção de provas que se dá perante o juiz que irá julgar a causa, com a presença do contraditório e da ampla defesa (BADARÓ, 2019, p. 55).

O momento investigativo é uma hipótese fática inicial, onde as provas que advém dessa etapa terá seu filtro de validade/legalidade realizado pelo juiz de garantias, implementado recentemente ao sistema processual penal brasileiro (ADI 6299).

Concluída a investigação e oferecida/proposta a denúncia, segue-se a produção de provas em contraditório perante o juiz que julgará a causa.

Iniciada a instrução na ação penal, é realizado o juízo de admissibilidade das provas acostadas aos autos pelas partes, cabe aqui frisar novamente a etapa da admissibilidade pelas palavras do renomado professor Gustavo Badaró:

Trata-se de etapa em que há abundantes regras jurídicas governando a aceitação ou não de um meio de prova ou meio de obtenção de prova requeridos pelas partes. Assim é que cabe à lei disciplinar quem tem legitimidade para requer o experimento probatório, qual o prazo para o fazer, quais situações em que é vedado um meio de prova etc. (BADARÓ, 2018, p. 58)

Conforme foi afirmado, na Constituição Federal de 1988 e nas conseqüentes leis ordinárias existem previsões legais da proibição de admitir determinadas provas no processo penal, como a proibição da introdução das provas ilícitas.

O caso das provas ilícitas trata-se de um limite extraprocessual ou político lógico de produção de prova, que busca equilibrar bons fatos, boas normas e bom processo, os quais constituem fins institucionais que devem ser respeitados.

“Trata-se de difícil equilíbrio para se conseguir a realização simultânea das três condições necessárias para uma decisão justa: um correto juízo de fato, um correto juízo de direito e o respeito ao devido processo legal” (BADARÓ, 2019, p. 169).

Os meios de prova constitucionais e legais produzidos darão ao julgador os elementos probatórios a serem valorados racionalmente, para que se decida se serão consideradas as alegações da acusação ou as da defesa, que integrarão o conteúdo da decisão final sobre os fatos. (BADARÓ, 2019, p. 147).

Essas etapas da produção e valoração não apresentam previsão legal de métodos para que os julgadores possam construir uma decisão justa (SAMPAIO, 2022, p. 330).

Nesse sentido, busca-se manter o livre convencimento motivado com o estabelecimento de mecanismos racionais e procedimentais que possam assegurar o bom uso da discricionariedade, reduzida a máxima medida possível.

Assim, para que essa margem de incerteza e, conseqüentemente, de discricionariedade, seja reduzida na máxima medida possível, é fundamental que a inferência probatória tenha sempre um referencial empírico identificável, que haja possibilidade de comprovação e refutação dos enunciados fáticos por meio de provas e contraprovas, e que a escolha da hipótese tida como provada seja fruto da aplicação de regras e métodos que sejam lógica e racionalmente controláveis. Para tudo isso, a epistemologia se mostra fundamental no campo judicial. (BADARÓ, 2019, 140).

Assim, cabe propor ao processo penal um modelo de epistemologia judiciária.

A epistemologia judiciária se assenta como uma concepção racionalista, que deve trabalhar com as seguintes premissas: a epistemologia é cognitivista em vez de cética; a teoria da verdade como correspondência é preferível à teoria da verdade como coerência; o modelo de tomada de decisão deve ser racional; o modelo de raciocínio para tanto é o indutivo; a busca da verdade é um meio para a decisão justa, tendo um valor elevado, ainda que insuperável (BADARÓ, 2019, 136).

Assim, o método epistemológico ideal na instrução probatória, é separar a valoração da prova, do ato da decisão. A atividade da valoração da prova é regida por critérios epistemológicos, decidindo a lei o modelo de standard de prova para considerar que um enunciado fático está provado. Já o ato de decisão, é uma escolha de valor feita pelo legislador (BADARÓ, 2019, p. 148).

Assim, se o garantismo busca elaborar técnicas - limites, garantias, condições de legitimidade do exercício do poder judicial – no plano teórico e no plano prático, é preciso que se volte as baterias da adoção de critérios as etapas que levam a como os juízes valoram e no fim decidem sobre uma vida humana (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2012, p. 124).

3 A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE DECISÕES CRIMINAIS PAUTADAS NA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA

Tratada as etapas probatórias processuais e extraprocessuais, bem como a atuação do juiz em cada uma delas, adota-se a epistemologia garantista para se aproximar ao modelo ideal de decisões justas e que assegurem os direitos fundamentais do réu no processo penal.

A epistemologia garantista serve como sistema para identificar desvio penais e de maneira a assegurar, simultaneamente, “[...] o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitar o poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.” (FERRAJOLI, 2014, p. 30).

Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade (FERRAJOLI, 2014, p. 312).

O resultado do processo penal somente será justo e legítimo se respeitados direitos e garantias das partes, entre elas merece destaque a presunção de inocência do réu, possível apenas diante da imparcialidade do magistrado.

O que se pretende com isso é que a pena não seja cumprida antes de um julgamento prévio, construído com grau de certeza probatória suficiente para se considerar o réu culpado e destruir seu status de inocência. Daí que não havendo certeza probatória, o que vale é o princípio do *favor rei* ou *in dubio pro reo* (EBERHARDT, 2016, p. 38, grifo do autor).

Como ponto de partida, a natureza epistemológica é cumprida com a delimitação do ingresso de formas válidas de conhecimento ao processo penal. O juiz só pode valorar o que é produto de regular obtenção e de regular admissão (VIEIRA, 2023, p. 41).

Isso permite aproximar-se de uma decisão de cunho imparcial no processo penal, vez que o nas palavras de Ferrajoli o cognitivismo processual afeta as motivações dos pronunciamentos judiciais, ou seja, as razões de fato e de direito que motivam a

decisão judicial (FERRAJOLI, 2014, p. 31-32). Significa, pois, que as provas em contato com o julgador formam sua convicção, e em contato com provas ilícitas tendem a conduzir seu juízo de valor.

Michele Taruffo (2012) em sua doutrina corrobora com a temática ao chamar atenção para as regras de exclusão do sistema probatório, asseverando que deve ser excluídos elementos de prova e de meios de provas como forma de prevenção de erros na valoração, evitando-se atividades probatórias inúteis e ilícitas.

Nesse contexto, o objeto da epistemologia judiciária além de compreender os critérios e instrumentos usados pelos julgados para obtenção do material probatório, também abarca a metodologia utilizada na etapa de valoração, com base na qual realizará o julgador sua escolha decisória (BADARÓ, 2019, p. 137).

Portanto, no intuito de conter o abuso do poder punitivo estatal é que deve adota-se métodos racionais para a valoração da prova e para o controle de sua admissibilidade ao processo penal, tratados de formas respectivas as melhores propostas que visam a imparcialidade do julgador.

3.1 METODOLOGIA INDUTIVA JUDICIAL FUNDADA EM PREMISSAS VERDADEIRAS E LÍCITAS

Luigi Ferrajoli, assegura ao indivíduo a primazia de seus direitos fundamentais, com um modelo de decisão estruturado na estrita legalidade, em que interrelacionam o plano epistemológico, político e o jurídico.

O que se deve fazer, é na medida do possível, reduzir ao máximo a dose de subjetividade, por meio de métodos racionais de valoração e de decisão, além de se exigir uma justificação/motivação da decisão (BADARÓ, p. 240).

Para que o julgador se torne apto para tomar a sua decisão acerca de cada caso, é necessário empreender o método indutivo na valoração das provas, bem como ao final só haver condenação caso haja um *standard* de prova de elevadíssima certeza.

Os standards representam as escolhas éticas feitas pelo legislador na tarefa de distribuir o risco das decisões equivocadas. Até que ponto um ordenamento jurídico julga ser aceitável o risco de decisões injustas, obrigando efeitos jurídicos, indesejáveis a quem não merece (MATIDA, 2009, p. 89).

A busca por decisões que sigam essas regras procedimentais epistemológicas, e que tragam uma justificação que seja fundamentada na prova concreta, ao invés de serem pautadas no mero subconsciente do julgador, é uma tarefa recente e ainda em pauta de discussão.

Nesse sentido, a justificação/motivação da decisão trata-se de uma importante atividade jurisdicional para diminuir o máximo de risco de uma sentença injusta ou arbitrária, pois o processo penal garantista busca desvelar a verdade processual condicionada pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa (FERRAJOLI, 2014, p. 48).

A metodologia indutiva utilizada para se chegar a uma decisão depende do suporte que lhe prestam as provas, utilizadas com vistas a atingir um conhecimento graduado em termos probabilísticos.

A prova constitui a base do raciocínio judicial e determina o tipo de conclusão que se pode validamente extrair. Com base nos elementos de prova disponíveis, o magistrado deve valorar o grau de fundamento, isto é, de suporte que o meio de prova dá para uma hipótese sobre um evento particular, irrepetível e desconhecido (BADARÓ, 2019, p. 228).

No raciocínio probatório, tenta-se falsear de diversas formas possíveis a hipótese fática trazida na denúncia pela acusação, e com base numa probabilidade indutiva chegar à conclusão se a hipótese fática conseguiu devidamente ser demonstrada pelo *standard* probatório.

Para Gustavo Badaró a condenação só pode ser imputada ao acusado se no *standard* probatório há elementos de prova que confirmem com elevadíssima probabilidade todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação, bem como não haver elementos de prova que tornem possível ter ocorrido fato diverso que qualquer proposição fática que integra a imputação.

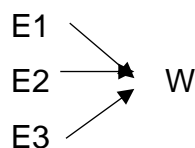
O julgador deve assumir uma posição de incredulidade constante diante da hipótese acusatória, submetendo os fatos narrados na denúncia a sistemáticas tentativas de refutação.

Uma das tentativas de refutação pelo raciocínio indutivo é a inferência probatória a partir do esquema de argumentação de Stephen Toulmin, o qual propõe a seguinte esquematização:



Em suma, a prova obtida com a produção do meio de prova, passará pela regra inferencial, ou seja, será analisada a sua valoração por meio de leis científicas jurídicas ou máximas de experiências, e isso permitirá que se conclua de que forma essa prova levantada pela parte fundamenta o enunciado fático a ser provado (TOULMIN, 2012, p. 98).

Cabe aplicar o método a uma exemplificação prática para consolidar o entendimento, como a narrativa da acusação de um homicídio por X em que a vítima foi encontrada com feridas que aparentava ter sido praticada por instrumento cortante (W). Em primeiro momento obtêm-se o depoimento de uma testemunha que narra ter visto X com uma faca que aparentava estar suja de sangue (E1). O juiz autoriza uma busca e apreensão na casa de X, tendo sido apreendida a faca suja de sangue, com observância as regras procedimentais para validar a prova (E2). Realiza-se um teste de DNA, e verifica-se compatibilidade com o sangue da vítima (E3) (BADARÓ, 2019, p. 236).



Nessa situação a fato encontra-se provado pela existência de provas “fortes” que corroboram para criar um standard probatório que sustente o fato da acusação.

Assim, ao final de cada inferência probatória será firmado qual o nível de intensidade que a prova tem para justificar o enunciado fático levantado pela acusação, sendo eles “inexistentes”, “fracos”, “suficientes”, “fortes”.

Quanto melhores forem as provas, melhor e maior será a probabilidade da hipótese. Quanto mais bem fundadas as regras de inferência, mais elevada será a probabilidade da hipótese. Provas fortes e regras de inferência bem fundadas levarão a uma elevadíssima probabilidade de ocorrência do enunciado fático (BADARÓ, 2019, p. 235).

Portanto, apenas poderá proferir o magistrado uma sentença condenatória que seja devidamente justificada quando atingir o nível “forte” de intensidade na valoração das provas.

Verifica-se um *standard* probatório que transmite elevadíssima certeza, e mesmo assim deverá conter a justificação de como o julgador chegou a essa certeza, visto que é de direito do acusado recorrer aos recursos processuais penais quando se vê injustiçado com a decisão proferida.

3.2 DA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 157, § 5º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA IMPLEMENTAÇÃO

Ainda no intuito da adoção da epistemologia garantista ao processo penal, é que se propõe além da adoção de uma metodologia indutiva para a valoração probatória, a adoção de método para admissibilidade das provas ao processo penal, ambos no intuito de se alcançarem uma decisão de cunho imparcial e descontaminada.

Só se deve valorar, portanto, o que tenha sido depurado e filtrado, atendida as regras processuais que estabelecem formas de ingresso admissíveis – e, evidentemente, previsões sobre natureza de controle a ser exercido por autoridades judiciais – das informações no processo penal, por autoridade prevista para exercer tal controle (VIEIRA, 2023, p. 247).

Nessa perspectiva, a descontaminação do julgado proposta pelo Pacote Anticrime no artigo 157, §5º previu em sua redação a proibição do magistrado proferir sentenças e acordão ao conhecer do conteúdo das provas declaradas inadmissíveis, a fim de assegurar a imparcialidade do julgador.

No julgamento de mérito da ADI nº 6.289, o referido parágrafo foi vetado. Existe, pois, uma corrente doutrinária que defende pela inconstitucionalidade do artigo 157, §5º do Pacote Anticrime, bem como existe uma corrente doutrinária que defende pela sua constitucionalidade.

A análise dos argumentos trazidos pela doutrina a favor e contra a constitucionalidade do instituto, são de extrema importância para tentar achar uma solução metodológica a controvérsia que melhor se adapte ao sistema Processual Penal vigente.

Entre os doutrinadores que defendem pela inconstitucionalidade do dispositivo encontra-se Guilherme de Souza Nucci, que defende em seus postulados que a inconstitucionalidade do §5º ocorre em razão do comando legal criar uma hipótese de presunção de parcialidade do julgador que terá contato com as provas ilícitas. Para o autor a regra é a presunção de imparcialidade do órgão julgador, e não o contrário.

A presunção é um instituto delicado, que somente deve ser usado em situações especialíssimas, tais como a presunção de inocência em favor dos réus em processos criminais; mas, ao contrário do disposto naquele § 5º, a presunção de imparcialidade é que vigora para os magistrados – e não a presunção de parcialidade (NUCCI, 2023).

Todavia, observa-se que na prática jurisdicional brasileira, o que ocorre é diverso ao que foi alegado pelo autor. Ainda que, aparentemente, no campo abstrato a afirmação do princípio da imparcialidade é o ideal assimilado pelos ordenamentos constitucionais de inspiração liberal, no plano da efetividade, a garantia da imparcialidade ainda não é um consenso na dinâmica processual. (PEREIRA, 2014, p. 74)

Corroborar-se com o que diz Guilherme Madeira Dezem (*apud* VIEIRA, 2023), que “não se trata de desconfiar do juiz, ou seja, não se trata de imaginar que o juiz seja alguém predeterminado a atuar contra o investigado”, também é correto o entendimento segundo o qual:

em sede de imparcialidade, não interessa a real capacidade de o magistrado se manter imparcial no julgamento (impossibilitando a aferição do ânimo do magistrado, aspecto interno), mas a identificação de situações objetivas

quem geram a suspeita ou o risco da parcialidade (função de prevenção ou proteção da administração da justiça). (FULLER, *apud* CAMPOS; TIZZO, 2022, p. 9798).

O autor Renato Brasileiro Lima (2021, p. 706) questiona a vagueza da disposição prevista no §5º, pois de acordo com o seu entender a abrangência do artigo iria ao confronto com o princípio da legalidade. Nas palavras do autor, o ordenamento jurídico brasileiro não descreve o que são provas ilícitas.

De modo diverso, a inadmissibilidade das provas ilícitas é regulada como cláusula pétrea pelo artigo 5º, LVI, da CF/88, bem como é disposta na redação do artigo 157 do digesto Código de Processo Penal.

Em relação a como se identificar uma prova ilícita, isso cabe da análise de cada caso concreto, com o controle dos meios de obtenção da prova, considerando-se, pois, somente atos de provas aqueles praticados à luz da garantia da jurisdição e regras do devido processo legal (LOPES JUNIOR, 2018, p. 353).

Outrossim, aos que defendem pela inconstitucionalidade do artigo, utilizam-se dos fundamentos proferidos pelo Ministro Luiz Fux do STF quando entendeu que era imperiosa a suspensão da eficácia do artigo, sendo respectivamente vetado. Veja as palavras do Ministro Fux:

De início, anoto que a norma em tela é extremamente vaga, gerando inúmeras dúvidas. O que significa “conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível”? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório? Como se materializaria a demonstração desse “conhecimento”? O juiz, após “conhecer” do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou ficará impedido desde logo? (BRASIL, 2020, p. 26)

Em breves palavras, tem por entendimento que a não implementação do artigo 157, §5º do Pacote Anticrime no Código de Processo Penal decorre da ausência de parâmetros claros de seu funcionamento. Para tanto, evidencia-se aqui a problemática propondo-se ao final sugerir um modelo que supra a vagueza alegada.

Continuadamente, dentre os defensores da constitucionalidade do §5º como disposto está Aury Lopes Junior (2018), para quem a inclusão do referido parágrafo vem ao

encontro da garantia da imparcialidade do julgador. Em seus postulados o autor manifesta expressamente a problemática de uma ausência de regulamentação efetiva, *in verbis*:

[...] são comuns os acórdãos dos tribunais brasileiros que, reconhecendo que no processo existe uma prova ilícita (ou nulidade processual), não anulam a sentença por entenderem que não ficou demonstrado que a decisão se baseou nas provas ilícitas. Assim, se o juiz não mencionou expressamente na fundamentação a prova, demonstrando a importância na formação de sua convicção, dificilmente a sentença será anulada (LOPES JUNIOR, 2018, p. 408).

Nessa mesma corrente está incluso Alexandre Morais da Rosa (2021, p. 388), que reconhece a necessidade de alteração do juiz que obteve contato com a prova ilícita daquele juiz que julgará a causa:

A razão forte da regra da exclusão é a de que se evite, no futuro, violações legais, apurando-se os crimes dentro das regras de obtenção e de produção. Pensar o contrário é transformar as garantias constitucionais em promessas de amor lançadas ao vento.

Diante da proposta de diversos autores, cabe dar enfoque ao autor Renato Stanzola Vieira (2023), que em sua obra “Controle da Prova Penal”, propôs a extensão da competência do juiz de garantias.

Com o deferimento do juiz de garantias projetado pela lei n. 13.964/2019, ao juiz de garantia limita-se exercer o controle sobre a justificativa para a existência ou continuidade de persecuções penais, e sobre a produção de informações na esfera policial, sendo remetido posteriormente o processo ao juiz da causa, que receberá ou rejeitará a denúncia.

O autor propõe uma alteração legislativa do artigo 157 do Código de Processo Penal, tendo como alteração a complementação do caput, e implementação do artigo 157-A, que disporá:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais ou legais. Uma vez declarada inadmissível, a respectiva prova não pode ser objeto de valoração judicial para qualquer fim.
[...]

Art. 157-A. Sempre que se deparar com pedido de produção probatória, em qualquer fase processual, o juiz verificará se a prova cuja produção se requer aparenta ser formalmente lícita e, depois, relevante, pertinente e não protelatória. Ao final, o juiz motivará sua decisão de admissibilidade ou não da respectiva produção probatória (VIEIRA, 2023).

Propõe-se a extensão da competência do juiz de garantias para que se exerça o controle de admissibilidade da prova, sendo de sua alçada receber ou rejeitar a denúncia, para que haja uma fase específica de controle prévio ao iniciar a instrução processual (VIEIRA, 2023, p. 247).

Só se deve valorar, portanto, o que tenha sido depurado e filtrado, atendidas as regras processuais que estabelecem formas de ingresso admissíveis – e, evidentemente, previsões sobre natureza de controle a ser exercido por autoridades judiciais – das informações no processo penal, por autoridade prevista para exercer tal controle (VIEIRA, 2023, p. 247).

E é nesse sentido de alteração que cabe atribuir ao juiz de garantias realizar o filtro epistemológico das provas que adentrarão aos autos processuais para análise do juiz da causa.

A emblemática da metodologia proposta pelo autor pautada a partir da análise de diversas metodologias probatórias existentes no mundo, é a ausência de especificação se é o juiz da causa, ou o juiz de garantias que realizará a admissibilidade das provas na fase da instrução processual.

Desse modo, sugere que as partes ao dispor de provas na instrução processual, realize o pedido de produção probatória, o qual recairá ao juiz de garantias previamente exercer o controle quanto ao preenchimento de seus requisitos de admissibilidade. Para tanto, requer a existência de um caderno apartado de provas.

Portanto, sugere-se que para suprir as lacunas do artigo 157, §5º do Pacote Anticrime, seja implementado em sua substituição o artigo 157-A proposto pelo autor Renato Stanziola Vieira, adotando como alteração a especificação do juiz de garantias ao enunciado normativo.

CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso na medida e dimensão de um trabalho acadêmico de graduação tinha como desafio demonstrar a contaminação do magistrado que obteve prévio contato com as provas declaradas ilícitas, propondo soluções nas etapas probatórias para a construção de decisões judiciais pautadas na epistemologia garantista. Para discutir a temática, o trabalho foi estruturado em 3 itens intitulados “Panorama histórico da proibição das provas ilícitas”, “A contaminação do julgador em contato com as provas ilícitas” e “A necessidade da construção de decisões criminais pautadas na epistemologia garantista”.

No primeiro item objetivou-se analisar as origens históricas do direito à prova, criando uma sequência cronológica de evolução dos sistemas valorativos, até o sistema do livre convencimento motivado empregado pelos magistrados ao proferir suas decisões na contemporaneidade. A fim de delimitar a temática, aprofundou-se na regulamentação da inadmissibilidade da valoração das provas ilícitas na Constituição Federal Brasileira de 1988 e posteriormente no Código de Processo Penal.

A partir dessa delimitação para situar o leitor sobre o objeto do presente trabalho, coube frisar as alterações realizadas com a proposta do Pacote Anticrime, entre elas o artigo 157, §5º do antigo Código de Processo Penal, o qual recentemente foi vetado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em decisão publicada no dia 24.08.2023.

Os argumentos para o veto trata-se da violação ao princípio da identidade física do juiz, violação ao princípio da legalidade e da segurança jurídica. Inicialmente no primeiro tópico, se restringiu a debater acerca do princípio da identidade física do juiz, que não deve prevalecer em um Estado Democrático de Direito, que adota o sistema acusatório como pilar judicial.

Nesse sentido, não há espaço para práticas antigarantistas, marcadas por um poder punitivo arbitrário e abusivo. Dessa forma, prevalece a tutela dos direitos e garantias fundamentais do acusado.

O segundo item tem a finalidade de explorar a atividade cognitiva do magistrado em contato com as provas ilícitas, reafirmando diversas vezes a inferência desse contato em sua imparcialidade ao proferir os atos judiciais. Segue-se, portanto, passeando pelas diversas etapas probatórias existentes durante o processo penal e as lacunas de regulamentação efetiva para reduzir ao máximo a discricionariedade do magistrado. Assim, se faz de extrema importância a adoção de limites epistemológicos e jurídicos ao sistema do livre convencimento motivado.

Por fim, o terceiro e último item, inicia-se propondo a construção de decisões criminais pautadas na epistemologia garantista, a qual tem como pai fundador de seus ideais o italiano Luigi Ferrajoli. A finalidade da proposta é regulamentar as tarefas jurisdicionais para que as decisões resguardem os direitos e garantias do acusado de forma efetiva.

Para tanto, propôs inicialmente a regulamentação da atividade valorativa com a adoção do raciocínio indutivo esquematizado por Stephen Toulmin. Nesse raciocínio será firmado qual o nível de intensidade que a prova tem para justificar o enunciado fático levantado pela acusação, sendo eles “inexistentes”, “fracos”, “suficientes”, “fortes”. Isso corrobora para que apenas haja a acusação quando existentes “fortes” indícios que o fato realmente tenha ocorrido da forma disposta pela acusação.

Para se chegar à valoração da prova é necessário passar primeiramente pela verificação da licitude da prova proposta pelas partes. Portanto, para que o juiz da causa valora de forma imparcial, necessário se faz que ele não tenha contato com a prova declarada ilícita.

Assim, propôs a extensão da competência do juiz de garantias, atuando este na admissibilidade das provas tanto na fase policial, quanto na instrução processual. Assim previu a introdução do artigo 157-A ao Código de Processo Penal em substituição ao artigo 157, §5º, do Pacote Anticrime, ambos com o intuito de descontaminação do julgador no ato de valorar as provas e conseqüentemente decidir sobre a vida do réu.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>. Acesso em: 13 nov. 2023.

ÁVILA, Thiago Pierobom. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n.1, p. 43-80, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Disponível em: 13 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Poder Executivo. **Mensagem nº 350, de 9 de junho de 2008**. [Veto parcial ao Projeto de Lei nº 4.205, de 2001 e suas razões]. Brasília: Presidência da República, [2008]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1 Turma). **Habeas Corpus 80949 RJ**. Paciente: Francisco Agathos Trivelas. Impetrantes: Fernando Augusto Fernandes e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 30 de outubro de 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78579>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros e outro. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux, 22 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299 Distrito Federal**. Requerentes: Partido Trabalhista Nacional e outro(a/s). Interessados: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Luiz Fux, 15 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342138711&ext=.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BOLDT, Raphael. **Justiça restaurativa e Democracia: fundamentos jurídico-filosóficos para a superação da razão punitivista**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, V. 196/2023, p. 93-122, maio – jun. /2023.

CASTRO, Matheus Felipe; GHILARDI, Daniel. Precisamos falar sobre “identidade física” do juiz: modelo de imparcialidade objetiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 174, dez. 2020.

CADEMARTORI, Sérgio Urqhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema Garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

CAMPOS, Giancarlo Teixeira de; TIZZO, Luis Gustavo Liberato. Juiz das garantias: direito fundamental assegurado na Constituição da República. **Brazilian Journal of Development**, v. 8, n. 2, p. 9792-9806, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.34117/bjdv8n2-088>. Acesso em: 13 nov. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Nota Dez Editora, 2001.

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

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016.

187 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em:

<https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/6986>. Acesso em: 13 nov. 2023.

DIVAN, Gabriel Antinolfi; KHALED JR., Salah H. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 156, n. 27, p. 395-423, jun. 2019.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal**: análise crítica doutrinária e jurisprudencial. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemologia Jurídica y Garantismo**. Trad. José Juan Moreso. Coyoacán: Fontamara, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: a teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 1976. Tese (Professora Titular em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1976.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal). **Revista Jurídica Unicoc**, [S. l.], v. 2, n. 2, 2005.

GOMES, Décio Luiz Alonso. **Mediação processual penal**: definição do conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. 2013. 254 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.2.2013.tde-07102014-144304>. Acesso em: 13 nov. 2023.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. “**Carpintaria**” da sentença penal (valoração em matéria de fato): valoração da prova e sentença penal. Traduzido por Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro, 2006.

LAZZARI, Felipe. Perspectivas sobre a inquisitorialidade no processo penal brasileiro: heranças do tecnicismo-fascista. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 24, n.1, 2023. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/issue/view/50>. Acesso em: 22 out. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAGALHÃES, Antônio Gomes Filho. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MATIDA, Janaina Roland. **O problema da verdade no processo**: a relação entre o fato e a prova. Dissertação (Mestrado em direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp120031.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2023.

MACHADO, Vitor Paczek; MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. Standards probatórios: remédio ou veneno? É uma questão de lugar! **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 171, n. 28, p. 351-388, set. 2020.

MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. A evolução da avaliação processual das provas ilícitas. **Revista do Ministério Público**, n. 23, p. 179–193, jan./jun., 2006. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2764825/Maria_Cristina_Faria_Magalhaes.pdf. Acesso em: 13 nov. 2023.

MOREIRA, Nelson Camatta; TOVAR, Leonardo Zehuri. **Hermenêutica e decisão judicial: em busca de respostas adequadas à constituição**. 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5460339.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2023.

NEVES, Lara; FERREIRA, Ohara da Silva. **A prova ilícita do processo penal**. 2011. 32f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade do Sul da Bahia, Teixeira de Freiras, 2011. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/ccristiano-monografiaformatada1.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Existe juiz contaminado por prova ilícita? Análise do novo § 5º do art. 157 do CPP. **Gen Jurídico**, [s.l.], 6 nov. 2023. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processopenal/juiz-contaminado-por-prova-ilicita/>. Acesso em: 17 out. 2023.

OLIVEIRA, Heletícia Leão. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade jurídica nas decisões judiciais brasileiras**: uma leitura a partir de Robert Alexy. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/513/223>. Acesso em: 09 jul. 2023.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PEREIRA, José Matias. **Manual de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2018.

POPPER, Karl. **A miséria do historicismo**. Traduzido por Octany S. Mota e Leônidas Hegenbert. São Paulo: Cultrix, 1980.

ROSA, Alexandre Morais. **Guia do processo penal estratégico**: de acordo com a teoria dos jogos e mcda-a. Florianópolis: Emais, 2021.

SAMPAIO, Denis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. Florianópolis: Emais Editora, 2022.

SANTANA, Ana Carolina; MENEZES, Carlos Alberto. Discricionariedade judicial e linguagem jurídico penal: os limites semânticos e jurídicos entre cognitivismo e decisionismo. **Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, Goiânia, v. 5, n.1, Jan/jun. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9601/2019.v5i1.5662>. Acesso em: 13 nov. 2023.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes. **Curso de Direito Processual Penal**: teoria (constitucional) do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Traduzido por Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TOULMIN, Stephen. **O uso dos argumentos**. Traduzido por Ronaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Controle da prova penal**: obtenção e admissibilidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.