THIAGO ALESSANDRO FATTORI

**O Fato Provado e Sentença Condenatória:
Critérios para sua Determinação**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Maurício Zanoide de Moraes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2016

THIAGO ALESSANDRO FATTORI

**O Fato Provado e Sentença Condenatória:
Critérios para sua Determinação**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual Penal, sob orientação do Prof. Associado Dr. Maurício Zanoide de Moraes

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo – SP

2016

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Fattori, Thiago Alessandro

O Fato Provado e Sentença Condenatória: Critérios para sua Determinação / Thiago Alessandro Fattori; orientador Maurício Zanoide de Moraes -- São Paulo, 2016.

xii, 86 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

1. Direito. 2. Direito Processual. 3. Direito Processual Penal. 4. Prova (Processo Penal). 5. Sentença Penal. I. Zanoide de Moraes, Maurício, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

A Deus agradeço por todas as graças recebidas, decorrentes de sua infinita misericórdia, sempre disposta a relevar a miséria e pequenez do meu coração.

Agradeço aos meus pais, José Pedro e Bernadette, porque nunca deixaram de colocar a formação e educação de seus filhos à frente de qualquer comodidade ou interesse próprio, ensinando-os, mediante o exemplo, a enfrentar os sacrifícios impostos pelo amor desinteressado. A meu pai, de modo especial, sou grato por ter me conduzido e guiado neste mundo até as derradeiras palavras lançadas na presente dissertação. É triste e doloroso não poder mais contar com seus afagos, sorrisos, conselhos e ponderações, mas nossos corações encontram força no referido amor que vivemos em família e na esperança de que, agora, ele vive em plenitude. Também sou grato aos meus irmãos, Karina e Lucas, porque não cessam de corresponder e alimentar o mencionado amor, com o qual fomos cumulados. De igual sorte, aponto a minha gratidão pelo carinho com que meus sogros Paulo e Miriam me receberam na sua família.

Ao professor Maurício Zanoide de Moraes, agradeço por toda a confiança depositada na pesquisa que culminou no presente trabalho. Além disso, agradeço a orientação realizada com rigor acadêmico e todos os ensinamentos que extrapolaram o direito processual penal e sempre serão considerados como balizas em decisões a serem tomadas ao longo da minha vida. Ademais, agradeço aos professores do curso de graduação e do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), em especial aos professores Antonio Magalhães Gomes Filho, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Marta Cristina Cury Saad Gimenes, dedicados estudiosos que estimulam a busca de aperfeiçoamento naqueles que os ouvem.

Sou profundamente grato aos procuradores da República com quem tive e tenho o prazer de trabalhar diretamente na Procuradoria da República no Estado de São Paulo (PR-SP), Roberto Antonio Dassié Diana e Maurício Fabretti, por serem entusiastas do desenvolvimento pessoal e profissional dos servidores e estagiários de seus gabinetes, assim como por serem zelosos profissionais, verdadeiros exemplos de atuação funcional. Destaco, ainda, o meu grande apreço pelos ex-colegas e colegas de gabinete, Andrea, Jussara, Amanda, Ana Paula, Gabriela, Marcus e Letícia, os quais tornavam e tornam o trabalho cotidiano menos penoso e mais proveitoso.

Registro, ainda, a minha gratidão pelo auxílio prestado no desenvolvimento do presente trabalho pelas equipes de biblioteca da FDUSP, na pessoa de minha conterrânea itatibense Rosangela Aparecida Ventura Pupo, e da PR-SP, na pessoa da colega Maristela Simon Szpeiter Lopes de Oliveira.

Também agradeço aos poucos e grandes amigos que tenho, em especial ao suporte prestado nos últimos anos por Felipe Mack e Lucas Degani, amigos desde tenra infância, por Hugo Napoleão Reinaldi e Danilo Keiti Goto, amigos que se propuseram a revisar o trabalho, bem como por Amauri Cruz, Amanda Guimarães, Daniel Salgado, Felipe James Arruda Pinto, Felipe Rangel, Marcelo Frullani Lopes, Renata do Vale Elias, Victor Magalhães Gadelha e Vitor Hugo Chiuzuli, amigos formados nos bancos acadêmicos. Aos padres Caio Chaves e Paulo Oriente, agradeço, igualmente, por todo auxílio prestado.

Por fim, mas certamente não por último, deixo consignado o meu agradecimento à Ana Beatriz, esposa amorosa e fonte inesgotável de felicidade. Em meio à pesquisa do presente trabalho, tivemos a felicidade de nos casar, confiando em um projeto de vida comum. Assim, espelhados na alegria familiar de nossos pais, rejeitamos o bem-estar individual e a busca de admiração por méritos próprios, para optarmos pelo desenvolvimento conjunto de nossas vidas. Dessa forma, agradeço por todo o seu desprendimento e empenho na construção de um lar ao meu lado.

Dedico este trabalho a meus pais, José Pedro e Bernadette.

Para meus irmãos, Karina e Lucas, e
minha esposa, Ana Beatriz.

RESUMO

FATTORI, Thiago Alessandro. **O Fato Provado e Sentença Penal Condenatória: Critérios para sua Determinação**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

O propósito do presente trabalho é realizar uma discussão pragmática sobre a prova no processo penal, notadamente da prova enquanto resultado fático probatório declarado em uma sentença penal condenatória. Assim, sem olvidar a importância de desenvolvimentos técnicos e teóricos alcançados por aprofundadas correntes dogmáticas e filosóficas acerca do tema, procuramos estabelecer critérios mais claros para balizar a determinação judicial do fato provado em juízo. Em outras palavras, buscamos definir em que condições o julgador deve declarar que um fato afirmado em juízo está suficientemente provado, a ponto de ensejar a prolação de uma sentença penal condenatória. Para tanto, o processo penal é analisado no trabalho enquanto instrumento epistemológico cognoscitivo, isto é, enquanto procedimento ou mecanismo apto a revelar o conhecimento da *verdade* sobre os fatos. Nesses termos, em um primeiro momento, é estabelecida a clara definição de conceitos como *verdade* e *prova*, dentre outros, bem como a relação existente entre esses conceitos, sem nos perdermos em divagações filosóficas acerca dos pressupostos teóricos desses conceitos. Ademais, o significado e o papel atribuído à *certeza* do magistrado e ao *convencimento judicial* (ou *convencimento racional* do juiz) na determinação de fatos em juízo são esclarecidos, assim como, nesse contexto, a questão de garantias ou parâmetros processuais chamados *contra-epistêmicos* por não possuir a definição fática como finalidade precípua. A partir de então, sustentamos a *aceitação* como a atitude proposicional que se espera do julgador na apreciação de enunciados fáticos no processo penal, ressaltando que tais enunciados fáticos apenas deverão ser declarados como provados em uma sentença penal condenatória quando possuírem justificativa lastreada na *suficiência* de elementos de prova constantes no processo. Por fim, a presente dissertação de mestrado possui o escopo de melhor precisar a noção de *erro judicial* e a distribuição de suas consequências.

Palavras-chave: prova (processo penal); verdade; fato provado (resultado probatório); epistemologia jurídica probatória; certeza; convencimento judicial; aceitação (atitude proposicional); suficiência; sentença condenatória; erro judicial.

ABSTRACT

FATTORI, Thiago Alessandro. **The proof and conviction: criteria for its determination.** Thesis (master's degree) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

The purpose of this master's thesis is to conduct a pragmatic discussion about the proof. Thus, without denying the importance of technical and theoretical developments reached by dogmatic and philosophical currents on the subject, we seek to establish clearer criteria to guide the judicial determination of the proof. In other words, we intend to define under what conditions a judge or jury must declare that a fact affirmed in court is enough to establish, by evidence, the point of a conviction. For this, we analyze the criminal procedure as an epistemic and cognitive instrument, as a mechanism able to reveal the knowledge of the truth about the facts. In these terms, we can establish a clear definition of concepts such as *truth* and *proof*. We can also establish the relation between these concepts. In addition, we clarify the meaning of *moral certainty* and *convincing*. The question of guarantees or procedural parameters is called non-epistemic because it does not have the determination of facts as the primary purpose. From then on, we support *acceptance* as the propositional attitude that is expected of a judge or a jury in the analysis of statements in court, which is justified when the conviction is based on *sufficient* evidence required by the standard of proof beyond a reasonable doubt. Finally, this master's thesis has the scope to better specify the notion of *error* and *error distribution* in a criminal system of justice.

Key-words: law of evidence (criminal procedure); truth; proof; legal epistemology; moral certainty; acceptance (propositional attitude); conviction; error.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BARD – Beyond a Reasonable Doubt (“acima de qualquer dúvida razoável”)

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CP – Código Penal Brasileiro

CPP – Código de Processo Penal Brasileiro

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DNA – Deoxyribonucleic Acid (Ácido Desoxirribonucleico)

FDUSP – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

PR-SP – Procuradoria da República no Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I. FATO PROVADO, ENUNCIADO PROBATÓRIO E VERDADE	7
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	7
2. QUESTÕES PROCESSUAIS RELEVANTES PARA O TEMA	10
2.1. <i>Sistemas processuais e gestão da prova.....</i>	<i>10</i>
2.2. <i>Verdade.....</i>	<i>12</i>
2.3. <i>Garantias processuais e direitos fundamentais</i>	<i>14</i>
2.4. <i>Do direito à prova ao fato provado.....</i>	<i>16</i>
2.5. <i>Apontamentos terminológicos</i>	<i>17</i>
3. ENUNCIADO PROBATÓRIO	19
3.1. <i>Enunciado probatório (“está provado que ‘h’”) e proposição fática (“h”)</i>	<i>19</i>
3.2. <i>Sentidos do enunciado probatório.....</i>	<i>20</i>
3.2.1. <i>Prova de “h” como o estabelecimento da verdade de “h”</i>	<i>20</i>
3.2.2. <i>Prova de “h” como o convencimento do juiz que “h” ocorreu.....</i>	<i>21</i>
3.2.3. <i>Prova de “h” como a existência de elementos suficientes a favor de “h” no processo</i>	<i>23</i>
3.3. <i>Força do enunciado probatório</i>	<i>24</i>
3.3.1. <i>Enunciado probatório como enunciado constitutivo</i>	<i>25</i>
3.3.2. <i>Enunciado probatório como enunciado normativo.....</i>	<i>26</i>
3.3.3. <i>Enunciado probatório como enunciado descritivo.....</i>	<i>27</i>
4. PROVA E VERDADE: PRINCIPAIS RELAÇÕES ESTABELECIDAS NO PROCESSO	29
4.1. <i>Relação conceitual</i>	<i>30</i>
4.2. <i>Relação teleológica</i>	<i>31</i>
CAPÍTULO II. LIMITES DA PROVA DE UM FATO NO PROCESSO	33
1. INCONGRUÊNCIA ENTRE O ENUNCIADO PROBATÓRIO (ESTÁ PROVADO QUE “H”) E OS FATOS PROPRIAMENTE DITOS (AFIRMADOS POR “H”)	33
2. IDEOLOGIA, EPISTEMOLOGIA E FATO PROVADO NO PROCESSO	36
2.1. <i>Influxos ideológicos no processo.....</i>	<i>36</i>
2.2. <i>Parâmetros (ditos) contra-epistêmicos que (eventualmente) limitam a definição dos fatos</i>	<i>41</i>
2.3. <i>Devido processo legal como instrumento adequado para definir os fatos</i>	<i>45</i>
3. REGRAMENTO PROCESSUAL DA PROVA	47
3.1. <i>Seleção e admissibilidade da prova</i>	<i>47</i>
3.2. <i>Produção da prova.....</i>	<i>51</i>
3.3. <i>Valoração da prova.....</i>	<i>53</i>
CAPÍTULO III. DECISÃO SOBRE OS FATOS	57
1. ATITUDES PROPOSICIONAIS	57
1.1. <i>A crença em “h” por parte do juiz.....</i>	<i>58</i>
1.2. <i>O conhecimento de “h” por parte do juiz.....</i>	<i>59</i>
1.3. <i>A aceitação de “h” por parte do juiz</i>	<i>60</i>

2. AFIRMAÇÃO JUSTIFICADA DA PROPOSIÇÃO FÁTICA (“H”)	61
2.1. <i>Novamente, valoração da prova.....</i>	<i>61</i>
2.2. <i>Suficiência dos elementos de prova e resultado da prova.....</i>	<i>64</i>
3. ERRO JUDICIAL E DISTRIBUIÇÃO DAS SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	70
3.1. <i>Erro aparente e contornável.....</i>	<i>70</i>
3.2. <i>Erro real e de solução variável</i>	<i>72</i>
CONCLUSÃO	75
BIBLIOGRAFIA.....	83

INTRODUÇÃO

1. Importância do tema

O *fato provado* faz parte do cotidiano de juristas. Sejam eles operadores ou teóricos do direito, grande parte do seu ofício envolve *enunciados fáticos* e *provas*. Contudo, raramente essa temática é objeto de estudo mais detido sob o enfoque preciso das peculiaridades da prova de fatos em procedimentos judiciais.

Isso porque, muitas vezes, a discussão da prova fática em sistemas processuais está subentendida em trabalhos dogmáticos sobre o regramento probatório ou, então, como é mais comum, subaproveitada em trabalhos de cunho mais filosófico, voltados para a definição do conceito de *verdade* e seus desdobramentos teóricos no campo do direito. Sem prejuízo da contribuição dessas perspectivas para o desenvolvimento da técnica e do pensamento jurídico, observa-se a necessidade de colocar o tema da prova do fato no processo em termos mais diretos ou pragmáticos (isto é, nem tão dogmáticos, tampouco excessivamente filosóficos), como na indagação: em que condições o julgador pode – quais são os critérios para – declarar que um fato afirmado em juízo está provado – determinar o *fato provado* no processo?

Nessa indagação, ao lado de tradicionais questões procedimentais e teóricas, foca-se na definição possível de resultados fático probatórios em juízo. Em outras palavras, sem se perder na exposição de regramentos probatórios, nem em formulações excessivamente teórico-filosóficas sobre a *verdade* ou a *racionalidade/subjetividade* da decisão, dentre outras, parte-se para a análise do processo enquanto instrumento epistemológico cognoscitivo, ou seja, como mecanismo ou procedimento apto a captar os fatos tal qual eles ocorreram.

Assim, as referidas temáticas tradicionais ou clássicas são contidas em um propósito bem definido, na medida em que devem ser trabalhadas com o escopo de apontar critérios de determinação (da *suficiência*) da prova dos fatos afirmados em juízo, sem divagações acerca de seus próprios postulados técnicos ou teóricos. Nesses termos, no âmbito do direito processual penal, volta-se para a análise do contexto que cerca e propicia uma das finalidades ou objetivos mais destacados da persecução penal de qualquer sistema de justiça criminal, a saber: apuração da existência (concreta) de condutas criminosas (abstratamente descritas na

norma penal incriminadora) e, caso existentes, identificação da sua autoria (com o escopo de aplicar a pena – consequência jurídica – prevista na norma penal incriminadora).

Além disso, destaca-se a contemporaneidade desse enfoque temático do *fato provado* no processo penal, notadamente se considerarmos os novos contornos dados à (sempre tensionada) relação existente entre garantias processuais e eficiência da persecução penal no atual panorama de enfrentamento de crimes inseridos no denominado *combate à corrupção*. Nesse contexto, o propósito do presente trabalho é desenvolver a resposta para a indagação posta no âmbito de um Estado Democrático de Direito, buscando posições serenas e desapaixonadas para contribuir com o enriquecimento do debate acerca dos critérios ou pressupostos necessários para a determinação do *fato provado* em juízo, discussão que transcende o direito e, ao menos na atual conjuntura brasileira, está presente no noticiário diário e nos assuntos mais comentados de nossas conversas cotidianas.

2. Delimitação do tema

O desenvolvimento do presente trabalho, primeiramente, limita-se a uma análise voltada para a determinação do *fato provado* no direito processual penal. Isso porque, além da obviedade de esse ser o nosso campo de pesquisa, a nossa área de concentração, tem-se que todo o estudo considera a fixação de fatos criminosos em juízo, desconsiderando, até mesmo, as diversas formas de justiça negociada existentes em muitos sistemas de justiça criminal.

Dessa forma, muito embora algumas das reflexões a serem realizadas no trabalho sejam aproveitáveis em outras áreas ou ramos do direito, observamos que teremos sempre em mente a apuração fática que tende a chegar o mais próximo possível da realidade ocorrida, muito em função da indisponibilidade dos direitos envolvidos na persecução penal (essencialmente, *ius puniendi* estatal e liberdade dos indivíduos), o que pode dificultar a leitura do trabalho sob outras perspectivas.

Além disso, dada a enorme amplitude de ocasiões em que a persecução penal lida, em maior ou menor medida, com a determinação de fatos (por exemplo, deferimento ou indeferimento de medidas cautelares, recebimento ou rejeição da denúncia, sentença absolutória, dentre outras), optamos por restringir a nossa análise na declaração do *fato provado* realizada na sentença penal condenatória. Isso porque, por um lado, é na *sentença* que se dá a valoração definitiva da prova por parte do julgador, a análise do conjunto

probatório acerca dos fatos alegados em juízo, por outro lado, é na sentença *condenatória* que o juiz afasta o estado de inocência constitucionalmente conferido ao acusado por concluir como provado o fato criminoso a ele imputado.

Em outras palavras, a *sentença condenatória* exige elevado grau epistêmico cognoscitivo, já que apenas é prolatada em caso de destacada *suficiência* probatória, razão pela qual a análise do *fato provado* em seu contexto oferece campo fértil e bem delimitado de pesquisa. Sem prejuízo, ressalvadas as destacadas peculiaridades, muito do que iremos expor na presente dissertação poderá ser objeto de consideração para outras decisões fáticas tomadas ao longo do processo, o que, inclusive, pode ser desenvolvido em eventual futuro trabalho.

3. Desenvolvimento do trabalho

Diferentemente do que pode parecer à primeira vista, à luz do sentido vulgar da palavra “critérios” presente na especificação do subtítulo da dissertação, não procuraremos estabelecer regras, normas de confronto ou fórmulas para a determinação da prova de fatos em juízo. Isso porque, simplesmente, não há como fazê-lo. Não há como prever uma “fórmula probatória”, prévia e infalível, para a apuração e fixação de fatos no processo.

Dessa maneira, destaca-se que empregamos no trabalho a palavra “critérios” em seu sentido filosófico, de “*princípios ou conceitos apropriados para a determinação de uma série de distinções fundamentais*”¹. Assim, nosso intento será o de trabalhar e estabelecer balizas ou conceitos do direito processual penal mais apropriados para a determinação da prova de fatos, especificamente na sentença penal condenatória, tal qual eles ocorreram, em que pese as dificuldades inerentes a essa determinação.

Para tanto, sob a ótica do processo penal enquanto instrumento epistemológico cognoscitivo, destacaremos no primeiro capítulo questões processuais relevantes para o desenvolvimento do tema, com especial atenção para a obtenção de desejável precisão terminológica, a fim de delimitar o que denominamos de “morfologia” (estrutura, estática) do sistema probatório no processo penal. Dessa forma, inicialmente, trabalharemos precipuamente com noções relacionadas aos conceitos de *verdade* e *prova*.

¹ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2009.

Nesse sentido, por um lado, definiremos o sistema processual penal em que a gestão da prova propicia o melhor contexto para a determinação fática em juízo, o conceito de *verdade* que melhor serve a essa determinação dos fatos no processo penal e as garantias processuais e direitos fundamentais mais voltados a essa finalidade. Por outro lado, esclareceremos a terminologia que melhor especifica os termos *prova*, *enunciado fático* ou *proposição fática* (“*h*”) e *enunciado probatório* ou *fato provado* (“está provado que ‘*h*’”).

Ademais, ainda no primeiro capítulo, o *enunciado probatório* receberá análise com o escopo de determinar seu sentido (significado de “está provado que *h*”) e sua força (o que o juiz faz ao enunciar “está provado que ‘*h*’”). Além disso, os conceitos de *prova* e *verdade* serão retomados no primeiro capítulo para a definição da relação estabelecida entre ambos no processo.

Colocadas as premissas conceituais e terminológicas que embasam a denominada “morfologia” (estrutura, estática) do sistema probatório e iniciado o estudo do que chamamos de “fisiologia” (regular funcionamento, dinâmica) desse sistema por meio do estabelecimento da relação entre *prova* e *verdade*, especificaremos mais no segundo capítulo essa “fisiologia” ou “modo de funcionamento regular” da determinação do *fato provado*. Além disso, daremos especial relevo a sua “patologia” (irregular ou mau funcionamento), com o escopo de esclarecer os alegados limites da prova de um fato no processo penal.

Para isso, os conceitos de *certeza* e *convencimento racional* ou *judicial* serão trabalhados com a finalidade de expor as perspectivas *humana* e *funcional* da determinação dos fatos em juízo. Assim, situaremos a questão da *subjetividade* no contexto da decisão fática e apresentaremos critérios de *verificação objetiva* do *fato provado* que conferem legitimidade a tal decisão.

No terceiro e último capítulo, uma vez estabelecidas as principais questões relacionadas à estática e à dinâmica do sistema probatório, aprofundaremos questões destacadas de passagem nos capítulos precedentes, mas que merecem análise mais detida no contexto da determinação do *fato provado* na sentença penal condenatória.

Dessa forma, primeiramente, considerando os apontamentos realizados acerca da dinâmica ou modo de funcionamento do sistema probatório na fixação de fatos em juízo, estabeleceremos qual deve ser a postura ou estado mental do julgador (*atitude proposicional*) diante do enunciado ou proposição fática (“*h*”) e dos elementos de prova que o circundam. Além disso, será abordada a *justificação* necessária para a definição do *enunciado probatório* por parte do juiz, oportunidade em que apreciaremos melhor a noção de

suficiência probatória. Por fim, tendo em vista a falibilidade da decisão fática, abordaremos o *erro* na determinação do *fato provado*, classificando-o em evitável (*aparente*) ou não (*real*) e esclarecendo as questões envolvidas na distribuição das consequências do *erro judicial*.

CONCLUSÃO

O presente trabalho possui uma pergunta propositalmente simples e audaciosa, a saber: quais são os critérios envolvidos na determinação do fato provado na sentença penal condenatória? A simplicidade dessa indagação não decorre de solução fácil, mas da recorrência com que ela se coloca no cotidiano de juristas. Já a sua audácia não reside na tentativa de estabelecer uma fórmula abstrata ou regra de definição dos fatos em juízo, afastada de início como inatingível, mas na análise de noções e conceitos interdisciplinares, na medida de nossa capacidade e com a finalidade pragmática de esclarecer o arcabouço estrutural e funcional inerente à decisão judicial sobre os fatos alegados no processo penal, notadamente no âmbito da sentença penal condenatória.

Assim, a começar pela noção de *verdade*, optamos por não realizar divagações conceituais que não auxiliam a solução do problema colocado à frente do juiz em qualquer sistema de justiça criminal: analisar as provas com escopo de verificar se houve uma conduta criminosa e, em caso positivo, identificar o autor dessa conduta. Nesses termos, considerando que cabe ao julgador determinar por meio do processo a ocorrência ou não de um fato (alegado em um *enunciado*) previsto em uma norma penal incriminadora, optamos por definir a *verdade* simplesmente como a *correspondência ao ocorrido* ou *àquilo que aconteceu*.

Nesse contexto, orientados por uma visão epistemológica cognoscitiva do processo penal, outras questões processuais relevantes para o desenvolvimento da dissertação foram trabalhadas com essa perspectiva.

Inicialmente, observamos a pressuposição do sistema processual acusatório, no qual a gestão da prova está precipuamente a cargo das partes, sem prejuízo de atividade subsidiária do juiz no sentido de determinar a produção de meios de prova correspondentes a fontes de prova que se tem notícia em meio à instrução processual. Ademais, esclarecido o conceito de *verdade* por nós adotado, destacamos as principais garantias processuais e direitos fundamentais que evitam sua deturpação e degeneração em mero arbítrio: a *imparcialidade* como fundamento racional da decisão; a *presunção de inocência* enquanto “*norma de juízo*”, que exige *suficiência* probatória para a reversão do “estado de inocência” constitucionalmente conferido ao cidadão; o contraditório como instrumento mais apto a aferir tal *suficiência*; e o *direito à prova*, que assegura às partes atividade probatória

legalmente desenvolvida com o escopo de verificar hipóteses relativas à existência de fatos alegados em juízo.

A partir de então, impõe-se o estabelecimento de precisão técnica e terminológica para melhor esclarecimento da estrutura (“morfologia”, estática) do sistema probatório no âmbito do processo penal.

Dessa forma, em um primeiro momento, destacamos que os termos *prova* e *fato provado*, em que pese a polissemia da palavra “prova”, podem ser tomados como “resultado probatório” expresso no *enunciado probatório* (“está provado que *h*”). Este, por sua vez, refere-se a outro *enunciado* (*fático* ou *proposição fática* – “*h*”), ressalvada a diferença entre os fatos propriamente ditos e os *enunciados* que deles se ocupam (“*h*”).

Além disso, a fim de atribuir sentido (significado) ao *enunciado probatório* declarado na sentença penal condenatória, optamos por defini-lo como a declaração de “*existência de elementos de prova suficientes a favor de determinada proposição fática* (‘*h*’). Ademais, com o escopo de determinar o que o julgador faz ao enunciar determinado fato como provado (força do *enunciado probatório*), optamos por estabelecer que, muito embora ao fim da sentença condenatória seja formulado um *enunciado performativo* (“...isto posto, julgo procedente a ação penal para condenar...”), na determinação do *fato provado* o juiz apenas *descreve* a existência de elementos de prova *suficientes* a favor de dada proposição fática (“*h*”).

Assim, retornando às noções de *verdade* e *prova*, destacamos a existência de uma relação *teleológica* entre esses conceitos. Dessa maneira, coloca-se a *verdade* enquanto correspondência como escopo da *atividade probatória* e evita-se a atribuição de infalibilidade ao *resultado probatório*, na medida em que a afirmação do *enunciado probatório* depende da *aceitabilidade* da proposição fática, justificada na *suficiência probatória*, não propriamente de sua *verdade* ou *falsidade*.

Reconhecida, portanto, a falibilidade da determinação dos fatos em juízo, faz-se necessário maior esclarecimento da dinâmica ou regular funcionamento (“fisiologia”) dessa determinação, bem como pontuar os seus limites ensejadores de falha, *erro* (“patologia” ou mau funcionamento).

Nesse ponto, pautados pela mesma orientação ou finalidade pragmática que nos determinou a estabelecer a *verdade* como “correspondência ao real”, procuramos não nos perder no menosprezo à *subjetividade*, a fim de delimitarmos a sua influência imprescindível na definição fática e buscarmos a racionalidade da decisão fática em parâmetros

objetivamente verificáveis. Para tanto, socorremo-nos das noções de *certeza* e *convencimento judicial* ou *racional*.

Sob o juízo da *certeza* está o que chamamos de *perspectiva humana* da decisão dos fatos em juízo. Sob o crivo do *convencimento judicial*, o que denominamos de *perspectiva funcional*.

Definimos a *certeza* como “*crença na posse da verdade*”, destacando-a como um *estado subjetivo* instável que é, ou não, formado e reformado ao longo da instrução probatória por um procedimento *circular e poroso* de inferências lógicas realizadas a partir de elementos captados pelos *sentidos* e relacionados entre si pelo *raciocínio*. Dessa forma, asseveramos a necessidade de cuidado com possíveis entraves ao regular procedimento de formação da *certeza*, haja vista o atingimento de seus pilares representados pela *fidelidade dos sentidos* e pelo *raciocínio inferencial* pautado em elementos concretos, notadamente quando ocorre a fixação da *certeza* pela *evidência*.

A *evidência* consiste na “*justificação centrada em si mesmo*” e é formada a partir de probabilidade positiva que, lastreada em forte raciocínio lógico abstrato (*aquilo que geralmente ocorre*), é tomada, de pronto, como *certeza*. Assim, muito embora o raciocínio da *evidência* possua elementos concretos altamente persuasivos (conversas interceptadas, documentos apreendidos, etc.) como ponto de partida, tal raciocínio permanece tão somente no plano abstrato, desconsiderando qualquer hipótese de imprevisibilidade da realidade (raciocínio lógico concreto).

Nesse contexto, foi justamente com o escopo de preservar o juízo da *certeza* (*perspectiva humana* da decisão fática) da *contaminação pela evidência* que introduzimos no trabalho a questão de limites ou parâmetros processuais que impõem vedações de admissibilidade e regramento de produção e valoração probatória, tidos muitas vezes como *contra-epistêmicos* por privilegiarem outros valores processuais que não propriamente a correta determinação dos fatos em juízo. Dessa forma, adotamos posição pouco comum ao sustentar que, em verdade, tais parâmetros também possuem certa finalidade epistêmica, na medida em que asseguram o regular procedimento de formação da *certeza*, sem prejuízo de sua finalidade *não epistêmica* mais destacada no âmbito do que denominamos de *convencimento judicial* (*perspectiva funcional* da decisão fática), no sentido de conferir legitimidade legal e constitucional pela inviolabilidade de valores políticos *não epistêmicos* (como *integridade física e moral, intimidade, liberdade*, dentre outros), fundamentais à preservação do Estado Democrático de Direito, na definição do resultado probatório.

Assim, no âmbito da chamada *epistemologia jurídica probatória* sustentamos o devido processo legal como instrumento adequado para definir os fatos em juízo, justamente por esse tipo de processo evitar a precipitada fixação da *certeza* pela *evidência*.

É dizer, sem prejuízo da salvaguarda, em princípio, de valores políticos não epistêmicos pelos parâmetros tidos como *contra-epistêmicos*, concluímos que tais parâmetros também colaboram com as finalidades epistêmicas do processo (a saber, redução de *erros* e adequada *distribuição de erros* inevitáveis). Isso porque, sem o enrijecimento da *certeza* prematuramente estabelecido pela *evidência*, o julgador está aberto a um amplo espectro de hipóteses fáticas admitidas e consideradas para a definição dos fatos, sem qualquer limitação abstrata desse espectro pela hipótese *evidente*. Daí sugerirmos a denominação “limites ou parâmetros *contra-intuitivos*”, muito embora tenhamos mantido a tradicional expressão “limites ou parâmetros *contra-epistêmicos*” no presente trabalho.

Nesse diapasão, retornando à perspectiva *funcional* da determinação dos fatos em juízo, definimos o *convencimento judicial* ou *racional* como juízo integrativo de legitimidade da *certeza* eventualmente formada após a regular instrução processual. Para tanto, sustentamos que, sob o crivo do *convencimento*, encerrada a instrução processual e inaugurada a fase decisória, nenhuma *certeza* está apta a ser fixada na sentença penal condenatória se não possuir razões que sejam intersubjetivas ou externamente verificáveis e não afastar todas as outras hipóteses fáticas possíveis para o esclarecimento dos fatos.

Mais do que isso, a fim de que seja realizado efetivo juízo de legitimidade da *certeza* obtida, sustentamos que a formação do *convencimento judicial* na sentença penal condenatória pressupõe a consideração *objetivamente verificável* de provas lícitas e incriminadoras, ou seja, admitidas, produzidas e valoradas de acordo com o regramento processual constitucional e legalmente estabelecido e cujo conteúdo aponta para a prática da conduta criminosa.

Assim, a *admissão* não deve se pautar só pela *relevância* do elemento de prova a ser produzido, mas também pela já mencionada inviolabilidade de valores políticos *não epistêmicos* assegurados pelo ordenamento jurídico. A *produção*, por sua vez, deve ser o campo oportuno do *contraditório*, assegurando-se também, sempre que possível, a *imediatez do juiz* e a *concentração dos atos processuais*. Já a *valoração* deve se dar no âmbito do sistema do *livre convencimento* ou *persuasão racional*, evitando-se a inflexível atribuição de valores pré-fixados pelo legislador, bem como a volátil atribuição de valores não verificáveis pela íntima convicção do julgador.

Dessa maneira, em suma, sob o crivo do *convencimento judicial* o julgador deve avaliar a eventual *certeza* formada a respeito dos *enunciados fáticos*, sempre à luz do aporte *suficiente* de elementos de prova regularmente constantes nos autos e, inclusive, verificando se não há outra *hipótese* fática (divergente dos enunciados inicialmente formulados) sustentável por esses elementos. Somente a partir de então, ou seja, dessa integração entre os juízos da *certeza* e do *convencimento* (perspectivas *humana* e *funcional* da decisão fática), é que vislumbramos acertada a afirmação do resultado probatório (*fato provado* ou *enunciado probatório* – “está provado que ‘h’”) na sentença penal.

Para tanto, dito de outra forma, considerando que o magistrado deve atuar *voluntariamente* no sentido de determinar a *contextualização* do *enunciado fático* (“h”) a partir de elementos de prova existentes nos autos, entendemos que a postura ou estado mental adequado à tendencialmente correta apreciação das proposições fáticas (“h”) objeto da atividade probatória deve ser a *aceitação*. Essa deve ser, portanto, a *atitude proposicional* do julgador na enunciação do *fato provado*, é dizer, o juiz apenas pode declarar um *enunciado probatório* (está provado que “h”) diante da *aceitação* da *proposição fática* (“h”) proporcionada por elementos de prova *suficientes* disponíveis nesse sentido.

Frisa-se, nesse ponto, que a *aceitação* possui justificação lastreada na *suficiência* probatória.

Recorrentemente mencionada no presente trabalho, a *suficiência* ganha especial destaque na medida em que, no contexto do princípio (negativo) de valoração consistente no *livre convencimento*, ela é colocada como critério (positivo) de valoração de provas. Daí falarmos sempre em “*elementos de prova suficientes*”, “*suficientemente provado*” ou “*suficiência probatória*”.

A *suficiência*, contudo, não possui padrões quantitativos (número mínimo de provas) ou qualitativos (meio mais eficaz de prova) preestabelecidos, já que varia conforme o caso analisado. Ainda assim, sem chegarmos ao ponto de afirmar a necessidade de utilização de conceitos da probabilidade *matemática estatística* para conferir racionalidade à análise da *suficiência probatória*, entendemos que em cada caso concreto é possível a análise racional dessa *suficiência* a partir da adoção de esquemas de confirmação baseados na probabilidade *lógica indutiva* (não matemática, mas *causal*), que é, na verdade, um modelo de racionalização do procedimento de tomada de decisão fática baseado no procedimento de eliminação de hipóteses.

Nesses termos, considerando regras gerais de causalidade (*aquilo que geralmente ocorre*) e havendo abertura à refutação de tais regras por causas incomuns ou dissonantes (*aquilo que concretamente ocorreu*), é estabelecida a *conexão lógica* e o *grau de confirmação* conferidos pelos elementos de prova existentes no processo às hipóteses fáticas vislumbradas.

Nota-se, portanto, que na fase decisória do processo o procedimento de definição da *suficiência* probatória se confunde essencialmente com o procedimento de determinação da *certeza*, possuindo viés notadamente subjetivo, na medida em que varia caso a caso e depende da satisfação do julgador, mas não infirma a *verificação objetiva* representada pelo juízo do *convencimento judicial*, uma vez que nessa fase processual é apenas aquilo que é respaldado pela legitimidade de ser admitido, produzido e valorado de acordo com o regramento processual, com escopo de afastar a contaminação da *certeza* pela *evidência*, que pode ser considerado a título de elemento de prova, ou seja, elemento apto a influenciar a determinação dos fatos pelo julgador. Ademais, persiste a necessidade de correção intersubjetiva da decisão fática, pautada também pelo afastamento de todas as demais hipóteses fáticas vislumbradas para o caso.

De qualquer maneira, ainda assim, o principal problema que cabe ao julgador resolver no contexto do processo, especialmente da sentença penal, é decidir se há nos autos elementos probatórios *suficientes* para estabelecer que determinados fatos ocorreram realmente e, assim, condenar o réu. Dessa forma, eventualmente, *erros* são inevitáveis.

Dentre os *erros* possíveis na determinação dos fatos na sentença penal condenatória, há dois tipos bem definidos: *erro do julgador* e *erro judicial*.

Denominamos o primeiro deles de *erro aparente* e *contornável*, uma vez que sua causa é a afirmação do *fato provado* (*enunciado probatório* – “está provado que “h”) sem a efetiva justificação da *aceitação* da *proposição fática* (“h”) na *suficiência* probatória. Nesses termos, sem prejuízo de dificuldades de sua constatação e consequência, o *erro do julgador* pode ser corrigido pela via recursal.

Já o segundo tipo de erro foi chamado por nós de *erro real* e *de solução variável*, na medida em que decorre da situação em que há constatação de *suficiência* de elementos de prova *objetivamente verificável*, que leva à *aceitação* da *proposição fática* plasmada no *enunciado probatório*, mas os fatos propriamente ditos ocorreram de outra maneira. Em outras palavras, esse último tipo de *erro* decorre da (indesejável, mas) natural falibilidade do processo enquanto instrumento epistemológico cognoscitivo.

Assim, no contexto de um Estado Democrático de Direito, assumir essa inevitável falibilidade impõe fundamento pragmático para a escolha moral e política de estabelecer a distribuição do *erro* no processo penal que evita mais condenações erradas do que absolvições equivocadas.

Dessa maneira, em que pese muitos sistemas de justiça criminal, de tempos em tempos, sofram críticas teórico-filosóficas e dogmáticas no sentido de destacar a insustentabilidade de regras com o escopo de preservar a referida forma de distribuição do *erro judicial*, em detrimento de elementos ou mecanismos supostamente mais aptos a esclarecer os fatos e, portanto, contribuir para a diminuição do *erro judicial*, ressaltamos que essa crítica está inserida no amplo debate acerca do equilíbrio entre *eficiência da persecução penal* e *garantias processuais*. Nesses termos, a procedência ou não dessas críticas não depende somente de questões técnicas de maior ou menor possibilidade de *erro* decorrente do regramento probatório adotado ou de eventual proposta de reforma desse regramento, mas também de questões morais e políticas variáveis de acordo com a maturidade constitucional e democrática do sistema de justiça criminal de cada Estado.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais de processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words**. 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Ônus da prova no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Editora RT, 2014.

_. **Correlação entre acusação e sentença**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_. **Processo penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CALAMANDREI, Pietro. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. 1ª ed. 5ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

COHEN, L. Jonathan. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977.

COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, 183, p. 103-115, jul./set., 2009.

_. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Boletim, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 188, jul. 2008.

_. **Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o CPP, de todo inquisitorial**. in PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

DAMASIO, Antonio. **O erro de Descartes – emoção, razão e cérebro humano**. Trad. de Dora Vicente e Georgina Segurado. 2ª ed. 3º reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. vol. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FATTORI, Thiago Alessandro. **Subjetividade e processo penal: assumindo a complexidade ínsita à decisão**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 103, p. 191-244, jul./ago., 2013. (c.)

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FRIEDMAN, Richard D. **Assessing Evidence**. Michigan Law Review. 94, 6; 1810-1838, 1996.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el Derecho: Bases argumentales de la prueba**. 3ª ed. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.

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

_. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)**. in ZANOIDE DE MORAES, Maurício; YARSHELL, Flávio Luiz (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 303-318.

GUZMÁN, Nicolas. **La verdad en el proceso penal: una contribución de la epistemología jurídica**. 1ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

KHALED JR, Salah. **Ambição de verdade no processo penal**. 1ª ed. Salvador: Editora Jus Pdivm, 2009.

LAUDAN, Larry. **Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es un estándar**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, 28, p. 95-113, 2005.

_. **Truth, error and criminal law. An essay in legal epistemology**. 1ª ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. trad. da 3ª ed. (1912) por Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: Conan Editora, 1995.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Forense, 1965.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito. The brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITTERMAIER, Carl Joseth Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. trad. da 3ª ed. (1848) por Herbert Wüntzel Heinrich. 1ª ed. 2ª tir. Campinas: Bookseller Editora, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2003.

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Empr. Nacional, 1857.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Atual. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Júnior. 1ª ed. tomo III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958. (c.)

RAMALHO, Joaquim Ignácio de. **Elementos de processo criminal**. 1ª ed. São Paulo: Typogrthia Dous de Dezembro. 1856.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal**. in FERNANDES, Antonio Scarance; GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coord.). **Sigilo no processo**

penal: eficiência e garantismo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 9-28. (c.)

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal.** 2. ed. São Paulo: Livraria e Oficina Magalhães, 1917.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

_. **Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es un estándar”, de Larry Laudan.** Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, 28, p. 115-126, 2005.

_. **Uma simples verdade. O juiz e a reconstrução dos fatos.** Trad. Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

_. **Curso de processo penal.** 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 35ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. vol. I.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.