

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 Rosângela 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, ressalvando 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>	61
2.2. <i>Suficiência dos elementos de prova e resultado da prova</i>	64
3. ERRO JUDICIAL E DISTRIBUIÇÃO DAS SUAS CONSEQUÊNCIAS	70
3.1. <i>Erro aparente e contornável</i>	70
3.2. <i>Erro real e de solução variável</i>	72
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*.

Capítulo I. FATO PROVADO, ENUNCIADO PROBATÓRIO E VERDADE

1. Considerações iniciais

O narrador da conhecida e clássica obra literária de Fiódor Dostoiévsk intitulada “*Os irmãos Karamázov*”, ao apresentar pela primeira vez a fatídica cena após a qual Fiódor Pávilovitch Karamázov é encontrado morto, descreve-a sob a perspectiva das perturbações sofridas por Dmitri Fiódorovitch Karamázov ou simplesmente Mítia, filho mais velho de Fiódor Pávilovitch:

“Mítia olhava de lado e não se mexia. Todo o perfil do velho, que tanto o repugnava, toda a flácida papada, o nariz em gancho, os lábios que sorriam numa expectativa melosa, tudo isso era iluminado com nitidez pela luz oblíqua da lâmpada que saía do quarto pela esquerda. Uma raiva terrível e desvairada ferveu de repente no coração de Mítia (...). O asco pessoal crescia insuportavelmente. Mítia estava fora de si e de repente arrancou do bolso a mão de pilão de cobre...”²

Imediatamente, o narrador descreve a fuga, em que o criado Grigori Vassílievitchi Kutúzov é atingido por Mítia, bem como uma sucessão de fatos que, somados a outros narrados anteriormente, como a discordância decorrente da partilha da herança da mãe de Mítia e primeira mulher de Fiódor, Adelaída Ivánovna Miússova, a disputa entre pai e filho pela conquista de Agrafiena Alieksándrovna Svietlova, ou simplesmente Grúchenka, e as juras de morte abertamente realizadas por Dmitri contra o pai em decorrência dos sucessivos desentendimentos, conduzem o leitor a uma primeira conclusão, afirmada como *fato provado* no julgamento que se segue: Dmitri matou Fiódor, cometeu o parricídio.

Certamente, o presente trabalho não é o palco adequado para uma análise literária da obra em questão, nem mesmo para um estudo das inúmeras implicações filosóficas ou metafísicas possíveis a partir de sua leitura. Contudo, se o livro em comento é considerado como a obra síntese de Dostoiévsk, ele também traz em sua trama, com riqueza de detalhes,

² DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Os irmãos Karamázov**. Trad. Paulo Bezerra. vol. 2. 1ª ed. 1ª reimp. São Paulo: Editora 34, 2008. p. 522.

a ilustração nítida do problema que nos interessa no presente trabalho, a definição de *fato provado*, tornando-o quase palpável.

Nesse sentido, em meio à narrativa, é dado ao leitor conhecer o verdadeiro assassino de Fiódor, Pável Fiódorovitch Smierdiakóv, antes mesmo de começar o julgamento de Dmitri, o qual foi descrito logo em seguida, no livro XII, intitulado justamente como “*Um erro judiciário*”. Assim, colocando de lado toda a beleza e complexidade literária da narrativa, interessa-nos a forma como a concepção de *fato provado* e o malogro na operação dessa concepção, ou seja, em descrever os fatos como eles efetivamente ocorreram, são apresentados nesse rico exemplo, na medida em que é explícito nele o desvio epistemológico cognoscitivo da decisão que determinou os fatos provados a partir do processo.

A despeito de ser produto de uma peça de ficção datada do século XIX e, por isso, apresentar peculiaridades que destoam das previsões de muitos ordenamentos jurídicos concretos e hodiernos³, podemos observar que a decisão que condenou Mítia foi definida por um júri, que apreciou livremente os elementos de prova constantes no processo e deu o seu veredicto condenatório. Esses elementos de prova, por seu turno, apontaram para o cometimento do assassinato de Fiódor por Dmitri.

Em outras palavras, o dado que nos importa no caso em questão é: ainda que não correspondesse àquilo que realmente ocorreu, a hipótese ou proposição fática (“*h*”), que pode ser descrita como “Mítia matou o pai” ou “Dmitri matou Fiódor”, foi indiscutivelmente provada no processo. Ou seja, foi provado que “*h*”, mesmo “*h*” sendo falso, conforme sabemos pelo que foi revelado pelo narrador do romance.

Assim, o exemplo ilustra a dificuldade inerente à apreciação de fatos em meio a mecanismos processuais e ressalta a necessidade de aprofundamento em questões pouco debatidas por juristas. Isso não quer dizer que os juristas não se preocupam com questões que envolvem o acertamento dos fatos na decisão, mas que estão muito apegados a discussões centrais, como a *verdade* propriamente dita, sem dar maior relevância a questões implicadas na análise da interação de conceitos e mecanismos processuais e não processuais destinados à definição fática, tais quais, a definição de enunciados fáticos e probatórios e sua relação com a *verdade*, a terminologia da prova, a epistemologia jurídica (ou jurídica

³ Por exemplo, foi considerada no julgamento uma carta enviada por Dmitri a Catierina Ivánovina Vierkhóvtzeva, sua noiva, em que ele afirma que cometeria o parricídio, apresentada por Catierina e lida na ocasião do julgamento, o que, no Brasil, não seria possível pelo disposto no art. 479 do Código de Processo Penal.

probatória, ou, simplesmente, da prova), dentre outras que serão apreciadas e desenvolvidas nos momentos oportunos.⁴

Nesses termos, se o escopo do presente trabalho é definir critérios para a determinação do *fato provado* em uma sentença penal condenatória, não se pode olvidar a análise dessas questões pouco debatidas. Dessa forma, para este primeiro capítulo, colocam-se duas ordens de indagações iniciais atreladas à determinação dos fatos ou aos efeitos da seleção das premissas fáticas no processo, problemas não comumente apreciados por teóricos e operadores do direito⁵

A primeira delas, versa sobre a definição da concepção de *enunciado probatório*, ou seja, busca identificar o *sentido* (significado) e a *força* (o que se faz ao emitir o enunciado) da afirmação “está provado que ‘h’”, sendo “h” a *hipótese* ou proposição fática, a qual consiste no enunciado que afirma a ocorrência de um fato.⁶ Cuida-se, portanto, de uma preocupação de precisão linguística, que pretende conferir rigor técnico a expressões e conceitos muitas vezes utilizados de maneira irrefletida e equivocada na sentença condenatória.

Já a segunda ordem de indagações visa apurar qual é a relação existente entre essa concepção de *enunciado probatório* e a *verdade*⁷, o modo como ela se dá. Em outras palavras, estabelecido o que significa e qual a ação realizada pelo magistrado a partir da enunciação de que “está provado que h”, resta situar a *verdade* nesse contexto, a fim de esclarecer e desmistificar o papel da *verdade* na sentença condenatória.

Antes, a fim de melhor situarmos a abordagem do tema, impõe-se o enfrentamento de questões processuais intimamente ligadas à afirmação do *fato provado* no processo penal, com vistas a fornecer as bases para o desenvolvimento do presente estudo. Cada uma dessas questões, por si só, consiste em amplo campo de pesquisa, razão pela qual observamos que sua análise será limitada à direta repercussão de tais questões na problemática da definição do *fato provado* no processo penal.

⁴ Cf. itens II.2.5, II.3, II.4 e II.2 infra.

⁵ Conforme destacam Michele Taruffo no seu prólogo à obra de Jordi Ferrer Beltrán *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, e este último autor às p. 15-16.

⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad...* cit. p. 19-20.

⁷ Cf. concepção de *verdade* destacada no item I.2.2.

2. Questões processuais relevantes para o tema

2.1. Sistemas processuais e gestão da prova

A primeira questão a ser definida para o enfrentamento do tema diz respeito à concepção de processo penal a ser adotada. É a partir da tradicional distinção entre sistema acusatório e sistema inquisitório que se coloca a problemática da importância atribuída à definição dos fatos no processo penal, na medida em que a formulação da narrativa fática pelo julgador encontra diferentes métodos e perspectivas a partir das diferentes características de cada um desses sistemas.

De fato, como sabemos, em um processo penal acusatório temos a separação entre aquele que acusa e quem julga, ao passo que no sistema inquisitório há um mesmo acusador e julgador. Não há divergência quanto a isso.⁸

Hoje, também não há significativa divergência quanto à evolução e aperfeiçoamento dos sistemas processuais penais ao longo da história⁹, de acusatório na antiguidade, passando pelo sistema inquisitório e o chamado sistema misto, até chegar novamente no sistema acusatório, tal qual o entendemos atualmente, afastado de qualquer modelo puro, já que inevitável a adoção de características secundárias surgidas no desenvolvimento do sistema

⁸ Em que pese haja divergência quanto à suficiência dessa característica para definir o sistema acusatório, sua importância é destacada pelos mais variados autores: MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Forense, 1965. vol. I. p. 64-65; TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1977. vol. I. p. 310-311; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. vol. I. p. 113-116; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Processo Penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012. p. 50-51; e LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 72-74.

⁹ Nesse ponto, é interessante destacar a ressalva de Hélio Tornaghi quanto à leitura anacrônica dos sistemas processuais que se sucederam no tempo. Com efeito, sem poupar críticas às vicissitudes oriundas do sistema inquisitório e verificar as profundas arbitrariedades dele decorrentes, o mencionado autor nos lembra que é preciso julgar o sistema processual “*não com a mentalidade de hoje, mas com a mentalidade da época*” e arremata com a seguinte previsão: “*é possível que daqui a mil anos nos considerem bárbaros por sujeitarmos pessoas a tantos vexames num processo criminal (e por lhes impormos 30 anos de reclusão, com todos os seus consectários de abandono de cônjuge e filhos, da psicose carcerária, do problema sexual das prisões, da contaminação dos bons pelos maus etc.)*”. **Curso de processo penal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991. vol. 1. p. 15-17. Nesse sentido, ao relatar a história das ideias em matéria probatória, Carl Joseth Anton Mittermaier ressalva a inicial evolução promovida pelo sistema inquisitório: “*Arvorou-se em princípio, no processo da inquisição, ser o juiz obrigado a pesquisar a verdade por todos os meios possíveis: era o mesmo que estabelecer o sistema da verdade material; e, desde então, os meios formulados pelo direito germânico, Juízos de Deus e outros, se tornaram de todo inadmissíveis*”. **Tratado da prova em matéria criminal**. trad. da 3ª ed. (1948) por Herbert Wüntzel Heinrich. 1ª ed. 2ª tir. Campinas: Bookseller Editora, 1997. p. 21.

inquisitório (como a formalização de registro dos atos processuais, a adoção de sigilo em determinados casos, dentre outras).¹⁰

Também está decantada, no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, a constatação da opção do constituinte de 1988 pelo sistema acusatório e da consequente necessidade de leitura da legislação infraconstitucional, em especial do Código de Processo Penal de 1941, de acordo com os ditames constitucionais.¹¹

Nesse contexto, a discussão mais atual que envolve os dois sistemas destacados centra-se na definição dos contornos de uma de suas principais características, a gestão da prova. Esse é o ponto que mais nos interessa no presente trabalho.

Isso porque, a gestão da prova ganha destaque na definição do chamado núcleo ou princípio do sistema processual, capaz de torná-lo de matriz acusatória ou inquisitória¹², e possui reflexo direto na maneira como os fatos e sua prova são encarados no processo, mormente quando se discute se, e em que medida, o julgador pode participar do processo, mais do que afirmando ou negando a prova dos fatos, propondo provas com o escopo de melhor precisar o resultado probatório.¹³

Em uma primeira aproximação, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz parece desnecessária face à atribuição da acusação a uma parte “fabricada” para tanto (art. 129, I, CRFB)¹⁴ e à denominada “norma de juízo” decorrente do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB) consubstanciada na conhecida expressão latina *in dubio pro reo*¹⁵. Em outras palavras, diante desse desenho normativo constitucional do sistema processual penal brasileiro, parece evidente que a acusação deve se preocupar com a demonstração do objeto da imputação, é dizer, dos fatos criminosos imputados ao réu, e se,

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo...** op. cit. vol. I. p. 118-120; LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal...** op. cit. p. 57-58; e 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, p. 107-109.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Correlação entre acusação e sentença.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 35.

¹² Como destaca Jacinto Nelson de Miranda Coutinho em diversos trabalhos, dentre eles, **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.

¹³ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 91-93.

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003. p. 215-221.

¹⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 402-406 e 468-475.

após a instrução processual à luz do contraditório, restar dúvida acerca da hipótese acusatória, o réu deverá ser absolvido.

Contudo, a questão não é tão simples, já que a dúvida, muitas vezes, pode ser afastada por meio da atividade subsidiária e complementar do julgador que, não buscando fontes de prova, mas tendo conhecimento da sua existência, determina a produção do meio de prova correspondente¹⁶. Ora, diante de um sistema processual de raiz continental, em que há maior apreço pela constatação dos fatos tal qual eles ocorreram, parece-nos sobre humano exigir do julgador brasileiro uma postura própria de sistemas de matriz anglo-americana, em que prevalece uma lógica estritamente adversarial.¹⁷

2.2. Verdade

Sobressai, nesse ponto, outra questão processual amplamente discutida e de importante relevo para o desenvolvimento do tema, a *verdade*. Ressalta-se, de qualquer forma, que não é o escopo do presente trabalho repetir os passos que nos levaram à discussão e conclusão que chegamos acerca da concepção de *verdade* em outro estudo¹⁸, já que nos importa muito mais o enfrentamento da relação existente entre *verdade* e *enunciado probatório*, conforme melhor desenvolvido adiante.¹⁹

Faz-se destacar, contudo, a concepção de *verdade* empregada na dissertação, a saber, *verdade* como correspondência (concepção *correspondentista*), segundo a qual “*a realidade externa existe e constitui a medida, o critério de referência que determina a veracidade ou falsidade dos enunciados que dela se ocupam*”.²⁰ Não se trata, propriamente, da clássica definição aristotélica de *verdade* como correspondência (“*dizer que aquilo que é, é, e dizer que aquilo que não é, não é*”), mas de conceito inerente ao modelo *epistemológico cognoscitivista* de processo por nós adotado no presente trabalho, *segundo o qual os*

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Processo Penal...** cit. p. 51-52; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Ônus da prova...** cit. p. 167-168. Cumpre destacar, contudo, que a questão é muito controversa e encontra respeitável posição contrária em COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório...**p. 111-114.; e LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal...** p.68-70.

¹⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a reconstrução dos fatos.** Trad. Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 131-138; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Ônus da prova...** cit. p. 22.

¹⁸ 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, p. 194-207.

¹⁹ Cf. item I.4.

²⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** p. 100-101.

*procedimentos de fixação de fatos se dirigem à formulação de enunciados fáticos que sejam verdadeiros se os fatos que descrevem ocorreram e falsos em caso contrário.*²¹

Assim, sem ignorar a importância de correntes céticas para a problematização da noção de *verdade*²², entendemos que a nossa posição deve evoluir no sentido de retirar o enfoque da impossibilidade de o processo chegar a uma “*verdade absoluta*” (que nos aproximava daquilo que Michele Taruffo denominou de “*absolutistas ou perfeccionistas desiludidos*”), para reforçar a necessidade de admitir a relevância da concepção de *verdade* como critério de justiça no âmbito do processo²³, seja pela importância do valor *verdade* no contexto ético-político da administração da justiça, seja pela frequência com que o binômio “*verdade e justiça*” aparece na linguagem comum e no inconsciente coletivo.²⁴

Não se quer, com isso, negar as diversas limitações impostas por variados fatores que dificultam a obtenção da *verdade* concebida em termos de correspondência ao real²⁵, mas destacar que não se pode vislumbrar uma decisão *justa* que não seja fruto de uma verificação correta dos fatos. De outra maneira, não haveria por que os sistemas processuais preverem mecanismos de impugnações de decisões errôneas sobre os fatos, inclusive, após o trânsito em julgado.²⁶

²¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el Derecho: Bases argumentales de la prueba**. 3ª ed. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010. p. 49 e 59-67. Para uma maior precisão acerca da noção de *enunciado* ou *proposição fática*, cf. item I.2.5. Sobre o conceito de *epistemologia* adotado no presente trabalho, cf. II.2.1.

²² Expostas em diversas obras sobre o tema, dentre as quais merecem destaque: GUZMÁN, Nicolas. **La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006; e KHALED JR, Salah. **Ambição de verdade no processo penal**. 1ª ed. Salvador: Editora Jus Pdivm, 2009.

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Ônus da prova...** cit. p. 24-27. Ademais, como já nos lembrava José Frederico Marques: “*a finalidade concreta da jurisdição e do processo é por isso mesmo, como diz Roux, não deixar impunes os crimes e impedir que inocentes sejam condenados. Solucionando com exatidão o litígio penal, o juiz aplica, com justiça, o Direito objetivo; e para isto imprescindível se torna um perfeito conhecimento, pelo magistrado, dos fatos que devam ser enquadrados nas normas penais, para atuar os seus poderes jurisdicionais em harmonia com a vontade concreta da lei.*” **Elementos...** cit. p. 61.

²⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** cit. p. 120-122.

²⁵ Pelo contrário, em grande medida, essa é a razão de ser do presente trabalho e será objeto do seu capítulo 2. Por ora, destaca-se que essas dificuldades são bem sumariadas por Francisco Muñoz Conde na obra **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2003. p. 110-120 e podem ser sintetizadas da seguinte maneira: “impurezas processuais ou institucionais”; razões de caráter político, social ou ideológico que determinam os delitos objeto da persecução penal (como o custo dessa persecução, escolhas valorativas de seus encarregados, atitude da vítima, dentre outras); credibilidade dos elementos de prova obtidos (em especial no que diz respeito ao testemunho); e a necessidade de assegurar as garantias e direitos fundamentais. Faz-se observar, contudo, que essas dificuldades de adoção da *verdade* em termos *correspondentistas* levam o autor em questão a adotar a *verdade* como consenso ou teoria consensual da verdade.

²⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora RT, 1997. p. 54.

O perigo, contudo, da valorização do conceito de *verdade* no contexto processual penal sempre foi a sua deturpação, justamente pelo seu apelo emocional²⁷, mormente quando se confere poderes instrutórios ao juiz, ainda que subsidiários. Assim, a definição do conceito de *verdade* e a atuação do magistrado no campo probatório podem convergir, se manejados arbitrariamente, para um dos maiores temores dos idealizadores de um sistema processual que se pretende democrático, preconizado pelo devido processo legal, fruto do Estado de Direito: a perda da imparcialidade do julgador, que, sob o pretexto de buscar a “verdade”, deixa de atuar subsidiariamente e começa a procurar “provas” que confirmem a *sua* visão dos fatos, que denominamos no presente trabalho de *certeza*.²⁸

De toda forma, sem prejuízo da gravidade do perigo destacado, observamos que sua efetivação advém da deturpação do conceito de *verdade* no âmbito do processo penal, não propriamente de sua definição em termos de correspondência ao real, conforme ora postulado.

2.3. Garantias processuais e direitos fundamentais

A fim de evitar a referida deturpação do conceito de *verdade* no contexto do processo penal, vislumbramos a necessidade de dar amplo destaque aos parâmetros historicamente desenvolvidos e reconhecidos nos modernos sistemas democráticos e constitucionais, justamente com o escopo de evitar a arbitrariedade estatal: as garantias e direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à persecução penal. Dentre tais direitos e garantias, no que importa aos propósitos do presente trabalho, estão a *imparcialidade* (art. 8.1, CADH), a *presunção de inocência* (art. 5º, LVII, CRFB; art. 8.2, CADH), o *contraditório* (art. 5º, LV, CRFB; arts. 8.1 e 8.2, CADH), o *direito à prova*, a *legalidade probatória* e a *vedação da prova ilícita* (art. 5º, LVI, CRFB).

Quando pensamos em um sistema de administração da justiça, a necessidade de assegurar a *imparcialidade* surge naturalmente como pressuposta, já que é uma obviedade que o juiz deva ser imparcial.

²⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova...** cit. p. 42.

²⁸ Crítica constante nos trabalhos de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, dentre os quais **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. p. 256-257. Sobre a *certeza*, cf. itens II.1 e II.2.

Além disso, como nos ensina Michele Taruffo, a garantia da *imparcialidade* ganha novos contornos no contexto processual quando pensada sob o aspecto da obtenção da *verdade*, podendo-se falar em uma concepção epistemológica da *imparcialidade*²⁹. Nesses termos, além de ser uma *condição necessária* da decisão, a *imparcialidade* consiste em uma *parte integrante* da obtenção da *verdade*. Em outras palavras, o juiz imparcial é aquele que busca de modo objetivo a *verdade* dos fatos, tornando-a o efetivo fundamento racional da decisão.³⁰

A *presunção de inocência*, como já tivemos a oportunidade de destacar em trabalho precedente³¹, baseados no minudente estudo levado a cabo por Maurício Zanoide de Moraes, deve ser encarada como o princípio reitor do processo penal. Assim, sob os influxos da *presunção de inocência*, em seu já destacado significado de “norma de juízo”, o julgador deve determinar a *suficiência* da atividade probatória apenas se capaz de reverter o “estado de inocência” constitucionalmente conferido ao cidadão.³²

O *contraditório*, por sua vez, surge com o escopo de fomentar o diálogo entre as partes e, assim, evitar que a decisão, mormente na verificação da referida *suficiência*, seja um ato unilateral do juiz. Isso implica, no campo probatório, admissibilidade, produção e valoração contraditória de provas.³³ Nesses termos, é lembrada por diversos autores a tradicional definição em dois momentos, “informação” e “reação”, do contraditório³⁴, conforme formulado por Joaquim Canuto Mendes de Almeida, segundo o qual o contraditório consiste em “*ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-las*”.³⁵

De fato, apenas a partir do conhecimento das partes acerca de tudo aquilo que é produzido no processo com o escopo de influenciar a decisão sobre os fatos, mesmo no que diz respeito a matérias submetidas ao chamado “contraditório diferido”, por impedimentos lógicos (como no caso de meios de obtenção de prova em curso que dependem do fator

²⁹ Sobre *epistemologia*, cf. item II.2.

³⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** cit. p. 143-146.

³¹ FATTORI, Thiago Alessandro. **Subjetividade e processo penal...** cit. p. 230-242.

³² ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência...** cit. p. 424-475; 469. Sobre *suficiência*, cf. item III.2.2.

³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova...** cit. p. 135-137, 147-148.

³⁴ Dentre os quais podemos destacar autores de diversas gerações como MARQUES, José Frederico. **Elementos...** cit. p. 82-83; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova...** cit. p. 137; e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Correlação...** cit. p. 33.

³⁵ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais de processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 82.

surpresa – busca e apreensão, interceptação telefônica, etc. – ou de provas pré-constituídas tal qual a prova documental), bem como da ampla possibilidade de tecer as suas considerações a respeito daquilo que se tomou conhecimento, será assegurada uma posição mais equidistante ao juiz. Este não dependerá, assim, apenas do seu ponto de vista, nem será contaminado pelo ponto de vista de apenas uma das partes, mas poderá melhor aquilatar a prova produzida no processo, sempre tendo como referência o “estado de inocência” do imputado.

2.4. Do direito à prova ao fato provado

Disso decorre a necessidade de dar amplo destaque ao *direito à prova*, considerado, conforme entendimento de Antonio Magalhães Gomes Filho, como aspecto dos próprios direitos de ação e de defesa de titularidade das partes, por meio do qual estas buscam influir na definição dos fatos no processo. Cuida-se, portanto, de direito subjetivo cuja dimensão positiva representa a garantia de todos os poderes capazes de influir na decisão do juiz acerca dos fatos. Nesses termos, ainda segundo os ensinamentos do mencionado autor, o conteúdo do direito à prova perpassa todos os momentos da prova e engloba o direito à investigação, proposição, admissão (e conseqüente inadmissão de provas ilícitas), produção e valoração da prova.³⁶

Ora, se a prova é o instrumento que produz elementos com o escopo de confirmar ou negar uma hipótese relativa à existência de um fato³⁷, a atividade probatória *legalmente desenvolvida* com a finalidade de verificar os fatos deve ser amplamente assegurada às partes. Legalmente desenvolvida, porque imprescindível a *legalidade probatória*, já que também o processo deve ser encarado como meio, instrumento, de verificação dos fatos, não como um fim em si mesmo.³⁸

Em outras palavras, em um Estado Democrático de Direito, espera-se que a atividade probatória seja legalmente pautada, a fim de que a decisão que define os fatos esteja lastreada

³⁶ **Direito à prova...** cit. p. 83-89.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Ônus da prova...** cit. p. 62.

³⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** cit. p. 138-139. A importância do regramento processual da prova na definição dos fatos no processo é melhor desenvolvida no capítulo II.

em elementos de prova idôneos, cujas regras previamente estabelecidas de obtenção e introdução foram devidamente respeitadas.³⁹

Nesse contexto, especial destaque é conferido à *vedação da prova ilícita*. Considerado como o reverso da medalha cujo anverso consiste no direito à prova, essa vedação consiste em limite extraprocessual da atividade probatória e possui o escopo de assegurar interesses dignos de proteção pela ordem jurídica.⁴⁰ É dizer, o direito à prova implica, necessariamente, na licitude probatória, o que será melhor apreciado em momento oportuno.⁴¹

Paralelamente, o direito à prova garante que a gestão da prova seja conferida precipuamente às partes, bem como que o juiz apenas atue no campo probatório de maneira subsidiária e complementar. Logo, a própria manutenção do sistema processual acusatório depende, em grande medida, do direito à prova.

Nesse contexto, preocupa-nos na presente dissertação o acertamento do fato verificado pelo juiz por meio de princípios racionais ou critérios lógicos, a partir do embate entre acusação e defesa qualificado pela prova. Em outras palavras, interessa-nos a reconstrução do fato histórico fundamentada em provas, que não necessariamente é “perfeita”, ou seja, atinge a *verdade*, mas sempre deve respeitar parâmetros lógicos, legais e, vale ressaltar, as garantias e direitos fundamentais⁴², para só então atingir o *fato provado*.

2.5. Apontamentos terminológicos

Até aqui as expressões *prova* e *fato provado* foram utilizadas indistintamente fazendo referência à apuração dos fatos no processo, mas é necessária uma observação acerca da precisão terminológica quanto ao emprego dessas duas expressões no presente trabalho. Obviamente, em uma primeira aproximação, as expressões em questão não são sinônimas. Contudo, se tomarmos *prova* como *resultado probatório*, poderemos utilizá-la no mesmo contexto que *fato provado*.

³⁹ Cf. noção de legitimidade presente no desenvolvimento do conceito de *convencimento judicial*. Itens II.1 e II.3 infra.

⁴⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova...** cit. p. 98-104. Sobre limites extraprocessuais à atividade probatória cf. itens II.1 e II.2 infra.

⁴¹ Cf. fundamentos e desdobramentos dessa conclusão nos subitens do item II.3 infra.

⁴² TONINI, Paolo. **A prova...** cit. p. 48-50; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Ônus da prova...** cit. p. 61-62.

Em outras palavras, valendo-nos de uma conhecida distinção terminológica da prova⁴³, dada a polissemia da palavra *prova*, destacamos que, quando nos referimos simplesmente a “prova”, fazemos referência ao “resultado da atividade probatória nos autos processuais”, é dizer, ao “fato provado” no âmbito judicial. Os demais sentidos de “prova” serão devidamente especificados mediante as demais expressões cabíveis, como “elementos de prova”, “meios de prova”, “meios de obtenção de prova”, dentre outras.⁴⁴

Além disso, embora as expressões utilizadas até o momento e a delimitação do tema do presente trabalho denotem que não estamos tratando de toda a persecução penal, mas apenas do âmbito processual, mais especificamente, da fase decisória, é necessário deixar expresso que não nos preocupamos com a fase pré-processual ou de investigação preliminar. Isso porque, em que pese indiscutivelmente o aporte dos elementos de informação colhidos na fase de investigação reflitam na posterior definição do *fato provado*, mormente se considerarmos os já citados *meios de obtenção de prova* e *prova pré-constituída*⁴⁵, o estudo da apuração de um fato a partir da investigação e *se, como* ou *qual* deve ser o reflexo dessa apuração na posterior fase processual constitui outro amplo campo de pesquisa que foge aos escopos da dissertação.

Faz-se ressaltar também, nesse ponto, que o produto da atividade probatória das partes, eventualmente complementada pelo juiz, destina-se a esclarecer as alegações dos fatos (proposições fáticas) relevantes para o julgamento do processo. Assim, como bem observa Cândido Rangel Dinamarco, “*objeto da prova é o conjunto das alegações controvertida das partes em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a serem feitos no processo*”⁴⁶. Nessa mesma linha, ao abordar a finalidade da prova, Francisco

⁴³ Nos moldes propostos por Antonio Magalhães Gomes Filho em **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.

⁴⁴ Nesse sentido, ensina-nos Antonio Magalhães Gomes Filho que: “elementos de prova” consistem nos “dados objetivos *que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa*”; “meios de prova” são os “instrumentos ou atividades *por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova)*”; e “meios de obtenção de prova” ou “meios de pesquisa ou investigação da prova” consistem em “*procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de obter provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo)*”. **Notas sobre a terminologia...** p. 307-310.

⁴⁵ Considerações a respeito do contraditório diferido no item I.2.3 supra.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. vol. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 57.

Cavalcanti Pontes de Miranda inseriu a categoria do *enunciado* de fato, destacando que é para esse tipo de enunciado que se dirige a prova.⁴⁷

Ao se posicionarem nesse sentido, os referidos autores fazem uma inicial distinção entre os *fatos* e os *enunciados* que deles se ocupam. Dessa maneira, pontua-se a primeira grande questão de ordem lógica-linguística que merece destaque no presente trabalho: afirma-se a veracidade ou falsidade de um *enunciado* (proposição fática), os fatos propriamente ditos apenas existem ou não.⁴⁸

Nesse sentido, a questão da prova dos fatos no processo ganha nova dimensão, na medida em que não se confunde a ocorrência dos fatos com a (im)possibilidade de se estabelecer a veracidade ou falsidade do *enunciado* que os descreve.

3. Enunciado probatório

3.1. Enunciado probatório (“está provado que ‘h’”) e proposição fática (“h”)

Outro ponto referente à precisão terminológica já tangenciado nas linhas acima, mas que merece ser melhor destacado antes de qualquer especificação a respeito do sentido e da força que atribuídos ao *enunciado probatório*, consiste na distinção entre o enunciado que afirma o *fato provado*, que o representa (está provado que “h”), e a proposição fática afirmada por esse enunciado (“h”). A rigor, partindo para uma segunda importante distinção de ordem lógica-linguística, estamos lidando com dois enunciados relacionados metalinguisticamente⁴⁹: o enunciado fático ou proposição fática, que alega a existência de um fato, e o enunciado probatório, que afirma a existência do *fato provado*, de *prova* ou do resultado probatório que aponta para a proposição fática.

⁴⁷ Destaca um dos maiores juristas brasileiros: “*As provas destinam-se a convencer da verdade; tal o fim. Aludem a algum enunciado de fato (tema probatório), que se há de provar.*”. **Tratado de direito privado**. Atual. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Júnior. 1ª ed. tomo III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 523. Além disso, o referido autor utiliza a terminologia destacada sempre que trata do tema, referindo-se a *enunciado* ou *afirmação* do fato em suas obras. **Tratado de direito privado...** cit. p. 525; e **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958. p. 276.

⁴⁸ Para Cândido Rangel Dinamarco: “(...) provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O *fato* existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações”. **Instituições...** cit. p. 57. De igual sorte, Nicolas Guzmán faz a mesma observação em **La verdad...** cit. p. 18.

⁴⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad...** cit. p. 95.

Foi nesse sentido que, no exemplo supracitado⁵⁰, destacamos a diferença entre as afirmações “Dmitri matou Fiódor”, proposição fática que denominamos “*h*”, e “está provado que ‘*h*’”, ou seja, “a proposição fática ‘*Dmitri matou o pai*’ foi provada”, ou ainda, “o resultado probatório confirmou que ‘*Dmitri matou o pai*’” (enunciado probatório).

3.2. Sentidos do enunciado probatório

Feitas as ressalvas pertinentes, cabe-nos esclarecer, primeiramente, os possíveis sentidos (significados) que podem ser atribuídos ao enunciado probatório. Nesses termos, pautados pela classificação estipulada por Jordi Ferrer Beltrán, sem qualquer pretensão de exaustividade, buscamos apontar as concepções mais comuns que podem estar por trás da afirmação “está provado que ‘*h*’”, a saber, (i) o estabelecimento da *verdade*, (ii) o convencimento do juiz e (iii) a existência de suficientes elementos de prova da proposição fática no processo.

3.2.1. Prova de “*h*” como o estabelecimento da verdade de “*h*”

A definição da demonstração da ocorrência ou não de um fato em juízo nos remete comumente, em um primeiro momento, à conceituação de *prova* como *verdade*. Dessa maneira, afirmar que algo está provado (enunciado probatório) seria o mesmo que predicar a *verdade* àquilo que se considera provado (proposição fática).⁵¹

Contudo, extraímos do nosso exemplo da literatura⁵² uma nítida dificuldade para essa automática atribuição do predicado de veracidade a tudo que é afirmado como provado: muitas vezes o *fato provado* (afirmado pelo enunciado probatório), baseado nos elementos de prova existentes no processo, corresponde à proposição fática, mas esta não corresponde àquilo que realmente ocorreu⁵³. Assim, Dmitri não matou o pai, mas foi provado no processo que ele o fez, o resultado probatório confirmou a hipótese (proposição fática) formulada pela acusação.

⁵⁰ Cf. item I.1 supra.

⁵¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad** ... cit. p. 29.

⁵² Cf. item I.1 supra.

⁵³ O que denominamos de *erro real e de solução variável* no item III.3.2 infra.

Isso não quer dizer que a prova processual não possui qualquer relação com a *verdade*. Com efeito, o posicionamento que adotamos no presente trabalho, de *verdade* como correspondência e de processo como instrumento epistemológico cognoscitivo⁵⁴, pressupõe a busca processual da *verdade*, mas não a infalibilidade dessa busca. Portanto, no exemplo, se atentarmos para a descrição da instrução do processo existente na obra de Fiódor Dostoiévsk⁵⁵, verificamos que houve a produção das provas com a finalidade de apurar a veracidade da proposição fática “Dmitri matou Fiódor”, mas, ao fim, não houve êxito em se atingir esse escopo, já que a proposição fática em questão foi provada, os elementos de prova colhidos nos autos a confirmaram, mesmo sem ter ocorrido o parricídio “na realidade”.

Em outras palavras, em termos gerais, tem-se que a prova, enquanto *atividade probatória*, é o meio processual mediante o qual se busca determinar a veracidade de uma proposição fática, mas, considerando que esse meio encontra limitações (processuais e não processuais)⁵⁶, isso não determina necessariamente a obtenção do fim almejado, a saber, a correta definição da veracidade da proposição fática estabelecida no *fato provado*, como *resultado probatório*.⁵⁷ Não se sustenta, dessa forma, a atribuição do significado de *verdade* de “*h*” (proposição, enunciado ou hipótese fática) ao enunciado probatório (está provado que “*h*”).

3.2.2. Prova de “*h*” como o convencimento do juiz que “*h*” ocorreu

Diante disso, poder-se-ia aventar o cabimento da concepção de fato provado muito difundida entre céticos sobre a possibilidade de se chegar ao conhecimento dos fatos a partir do processo, a saber, aquela que define o enunciado “está provado que ‘*h*’” como sinônimo de “o juiz estabeleceu que ‘*h*’”. De forma mais sutil, poder-se-ia dizer também, de acordo com esse postulado, que a convicção do juiz é a condição essencial e bastante, à qual são

⁵⁴ Cf. item II.2.2 supra.

⁵⁵ Trata-se aqui de instrução processual tal qual estabelecida pelo legislador ou determinado pela teoria geral do processo, que inspirou a narrativa do romance, não se podendo confundi-la com o mero conjunto das provas efetivamente produzidas segundo descrito pelo narrador.

⁵⁶ Esse assunto será objeto de melhor desenvolvimento no capítulo II. Por ora, podemos destacar que os limites não processuais são representados por condicionamentos (considerados como *não-epistêmicos*), justificáveis ou não, oriundos de escolhas ideológicas (do legislador, ao introduzir normas processuais no ordenamento jurídico, da doutrina e da jurisprudência, ao darem interpretação e aplicação a essas normas processuais). Já os limites processuais são encontrados nas próprias normas que regulam a seleção, admissibilidade, produção e valoração das provas no processo. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** cit. p. 159-165, 180-196; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova...** cit. p. 96-98.

⁵⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad** ... cit. p. 31. Sobre o assunto, cf. item III.3 infra.

meramente acrescentados critérios de racionalidade, pautados pela lógica e legalidade, para a prova dos fatos. De qualquer maneira, em ambas as formulações a convicção psicológica do juiz seria o *único* critério definidor da demonstração dos fatos.

Essa concepção, aparentemente, aponta para a possível origem da conclusão que culminou na condenação equivocada de Dmitri Karamázov. Nesses termos, uma vez que os jurados foram convencidos de que ele cometeu o crime, esse fato foi provado e ele foi, portanto, condenado. Contudo, obviamente, essa noção não elucida a perplexidade causada pela condenação injusta. Pelo contrário, complica-a ainda mais, na medida em que impede qualquer forma de discussão de sua correção. Isso porque, transportando o exemplo para a nossa realidade processual penal, a interposição de qualquer recurso ou o ajuizamento de revisão criminal estaria atrelada ao mero “convencimento”⁵⁸ contrário do órgão jurisdicional superior, em nada importando o fato de Dmitri não ter efetivamente matado Fiódor.

O principal problema dessa concepção, portanto, é atribuir apenas ao estado psicológico e subjetivo do julgador (sua *certeza*) a definição do *fato provado*, do resultado probatório, impossibilitando qualquer forma de verificação ou controle racional da decisão proferida. Em outros termos, não é possível, à luz dessa concepção de enunciado probatório, a crítica da decisão pautada na afirmação de que foi provado a proposição fática (“*h*”), ou a sua negação interna (“*não-h*”), no processo, mas o fato não ocorreu ou o juiz não teve a proposição fática como provada. É dizer, o processo não foi capaz de captar a realidade tal qual ela ocorreu ou isso foi possível, mas o julgador desconsiderou o resultado probatório⁵⁹.

Não por outro motivo é apontada a utilidade da distinção entre as noções de *verdade* e *certeza*⁶⁰ no âmbito do processo. A *verdade*, partindo-se de um conceito correspondentista⁶¹, é objetiva, determinada pela realidade dos fatos afirmados. Já a *certeza*, por sua vez, refere-se ao *status* subjetivo e corresponde à *crença na posse da verdade* por

⁵⁸ Em que pese alguns autores, como Jordi Ferrer Beltrán, não vislumbrem a distinção entre *convencimento* ou *convicção* e *certeza*, entendendo que não está claro os limites que diferenciariam esses conceitos, entendemos, como Nicola Framino dei MALATESTA, que há diferenças significativas entre os conceitos em questão, conforme explicitado no segundo capítulo do presente trabalho. FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad** ... cit. p. 67. 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. p. 50-56.

⁵⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad** ... cit. p. 33-34. Vide desenvolvimento dessas formulações no que denominamos de *erro aparente e contornável* e *erro real e de solução variável* nos subitens do item III.3 infra.

⁶⁰ Cf. nota 54 supra.

⁶¹ Cf. item I.2.2 infra.

parte do julgador.⁶² Dessa forma, independentemente do quão elevado seja o grau de coerência narrativa dos fatos baseado na *certeza*, ela jamais será a própria *verdade* e, desse modo, deve ser passível de efetiva aferição racional⁶³, sob pena de minar qualquer possibilidade de controle intersubjetivo ou crítica (interna ou externa) da decisão sobre se os fatos estão provados ou não.⁶⁴

Nesses termos, também não se sustenta o “convencimento” ou, mais precisamente, o atingimento da *certeza* de que os fatos alegados na proposição fática efetivamente ocorreram como o significado do *enunciado fático* formulado na determinação do resultado probatório pelo juiz.

3.2.3. Prova de “h” como a existência de elementos suficientes a favor de “h” no processo

Resta, portanto, o significado estipulado por aqueles que entendem o enunciado “está provado que ‘h’” como “há elementos de prova suficientes a favor de ‘h’”. Nessa concepção, a definição do enunciado probatório, a declaração do *fato provado*, depende da existência de elementos de prova suficientes que corroboram a hipótese sobre os fatos expressa na proposição fática.

De fato, essa concepção demonstra-se acertada, na medida em que não há confusão entre *prova* e *verdade* da proposição fática, sendo aquela desejável como produto desta, mas a relação entre ambas não é imprescindível ou conceitual, daí porque uma hipótese sobre os fatos pode resultar provada, ainda que seja falsa, e vice-versa⁶⁵.

O enunciado declaratório do fato provado, nesse sentido, é um enunciado relacional, uma vez que depende de um conjunto de elementos de prova perfeitamente identificado. Dessa maneira, tal enunciado depende dos meios de prova admitidos e efetivamente utilizados e dos elementos probatórios decorrentes da utilização de cada um deles.

Distingue-se, assim, a *verdade* ou *falsidade* de um enunciado probatório da *verdade* ou *falsidade* da proposição fática, ou enunciado fático, ao qual o enunciado probatório se

⁶² MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas** ... cit. p. 21-22; 50-56; e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Ônus da prova**... cit. p. 26. Conceito desenvolvido no item II.1.

⁶³ Para tanto, desenvolvemos o conceito de *convencimento do juiz* ou *convencimento racional*, cf. itens II.1 e II.3 infra.

⁶⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples**... cit. p. 108-111. Conforme destacamos mais detidamente no item II.3.3 infra.

⁶⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad** ... cit. p. 35. Cf item I. 4 infra.

refere, já que será falso o enunciado probatório quando os elementos de prova presentes nos autos não apontem suficientemente para a hipótese constante no enunciado fático, ao passo que este será falso se não corresponder ao que realmente ocorreu.⁶⁶

Tomando novamente o exemplo da condenação de Dmitri Karamázov, observamos que as roupas sujas de sangue, a arma do crime, os testemunhos, os documentos, enfim, o conjunto de todos os elementos de prova existentes apontaram suficientemente a favor da hipótese descrita na proposição “Dmitri matou Fiódor”, determinando o resultado probatório consubstanciado no enunciado “está provado que ‘Dmitri matou Fiódor’”. Em outras palavras, é verídico e, portanto, correto afirmar que “foi provado que ‘Dmitri matou Fiódor’”, ainda que seja efetivamente falso que “Dmitri matou Fiódor”.

Conforme se pode perceber, a definição da *suficiência* almejada na atividade probatória, já mencionada de passagem acima⁶⁷, ganha enorme importância a partir do presente sentido atribuído ao enunciado probatório. Ademais, essa definição assume papel de destaque na presente dissertação, mormente porque sustentamos que a *suficiência* deve buscar amparo na integração de formulações lógicas e objetivamente verificáveis e controláveis, em que pese sua natural abertura para influxos subjetivos. Contudo, dada a sua abrangência e importância, faz-se ressaltar que esse tema será abordado oportunamente com mais vagar.⁶⁸

3.3. Força do enunciado probatório

Além do sentido (significado) outra questão relevante envolvendo o enunciado probatório diz respeito à definição da sua força (aquilo que se faz ao emitir o enunciado). Nesse ponto, valendo-nos novamente dos estudos de Jordi Ferrer Beltrán, igualmente sem pretensão de exaustividade, buscamos esclarecer o que o julgador faz ao afirmar “está provado que ‘h’”, ou seja, se ele (i) constrói, (ii) sustenta a sua convicção ou (iii) descreve a demonstração de uma proposição fática formulada no processo.

⁶⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad** ... cit. p. 35-36.

⁶⁷ Cf. item I.2.3 supra.

⁶⁸ Cf. item III.2.2 infra.

3.3.1. Enunciado probatório como enunciado constitutivo

A primeira concepção comum da força do enunciado probatório diz respeito à constituição dos fatos pelo órgão jurisdicional competente para apreciá-lo, ou seja, atribui-se a ele força constitutiva. Nesses termos, a afirmação dos fatos em enunciados do tipo “está provado que ‘h’” decorre de uma atividade decisória, independente da sua coerência com os elementos tendentes a demonstrar a proposição fática (“h”) existentes no processo. Em suma, a determinação dos fatos no processo não é o resultado de um empreendimento cognoscitivo, mas fruto da atividade decisória.⁶⁹

O julgador, segundo essa visão, é responsável pela formulação de uma narrativa *boa*, coerente e persuasiva, acerca dos fatos, a partir dos elementos de prova constantes no processo⁷⁰. Assim, a realidade externa ao processo interessa apenas na medida em que os elementos de prova foram capazes de captá-la, mas, após o ingresso dos elementos de prova no processo e a elaboração da narrativa fática pelo juiz, não há qualquer preocupação com a correlação entre o fato e *resultado probatório* (sua demonstração nos autos).

O principal dilema enfrentado por essa concepção, portanto, é a impossibilidade de se controlar racionalmente as decisões sobre os fatos, já que os enunciados que lhes dizem respeito, após a construção da narrativa que os define, não se referem mais a elementos externos ao processo, nem podem sofrer o questionamento dos elementos de prova considerados na sua formulação. Dessa forma, tais enunciados não seriam controláveis em termos de *veracidade*.

Em outras palavras, sob o aspecto do processo enquanto instrumento epistemológico cognoscitivo, não se sustenta a atribuição de força constitutiva ao *enunciado probatório*. Isso porque, não há preocupação com a correspondência ao real da *proposição fática* por ele afirmada, nem com a sua efetiva verificação a partir dos elementos de prova constantes no processo, o que acarreta na ausência de parâmetro seguro para o questionamento racional intersubjetivo da decisão.

⁶⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad** ... cit. p. 20-23.

⁷⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples...** cit. p. 88-93.

3.3.2. Enunciado probatório como enunciado normativo

Cuida-se, aqui, da atribuição de força normativa ao enunciado probatório. Nesse contexto, não basta o estabelecimento do enunciado probatório pelo juiz, mas também é necessário considerar o correspondente dever de aplicação da consequência jurídica. Logo, apesar da forma indicativa do enunciado (“Está provado que Dmitri matou Fiódor”) a ele é atrelada a consequência jurídica (no direito brasileiro, o preceito secundário do art. 121 do Código Penal) e, portanto, esse enunciado é considerado como normativo (“Está provado que Dmitri matou o Fiódor, logo, Dmitri deve ser condenado como incurso nas penas do art. 121 do Código Penal” ou “Dmitri é culpado pelo crime de homicídio”)⁷¹.

Segundo esse entendimento, a declaração da proposição fática expressa no enunciado probatório leva à obrigação jurídica de o juiz aplicar a consequência jurídica correspondente, estabelecida pela norma. Essa posição ganha força quando se pensa na consequência jurídica diferenciada decorrente de enunciados probatórios cuja proposição fática afirmada possui conteúdo valorativo atribuído pela norma, como, por exemplo, o enunciado que afirma a prática de um crime qualificado⁷².

Contudo, a primeira dificuldade que se vislumbra na atribuição de força normativa ao enunciado probatório consiste na extensão do caráter normativo a todos os passos do raciocínio formulado pelo juiz no contexto de uma decisão judicial. É dizer, faz-se ressaltar que o fato de a conclusão do raciocínio jurídico, levado a cabo em uma decisão judicial, incorporar a norma geral legislada não leva, necessariamente, todas as premissas desse raciocínio, dentre elas a declaração do enunciado probatório (de cunho indicativo), a terem força normativa.⁷³

Além disso, da mesma forma que na atribuição de força constitutiva ao enunciado probatório, na concepção que atribui a ele força normativa é negada a possibilidade de atrelar ao enunciado probatório o valor *verdade*. Isso porque, nesse caso também não existe referência a elementos externos ao processo após a internalização dos elementos de prova, a formulação do enunciado probatório a partir do qual há a definição da consequência jurídica.

⁷¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad** ... cit. p. 23-25.

⁷² Tomando, mais uma vez, como exemplo o nosso caso literário, à luz do ordenamento jurídico brasileiro: “Está provado que Dmitri matou o pai por motivo fútil, logo, Dmitri deve ser condenado como incurso nas penas do art. 121, §4º, do Código Penal”.

⁷³ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad** ... cit. p. 24.

Não há espaço, portanto, para questionamentos acerca da correspondência ao real entre proposição fática e o afirmado pelo enunciado probatório, nem mesmo para verificação da correção da conclusão oriunda dos elementos de prova considerados. Nesses termos, também não se sustenta a atribuição de força normativa ao enunciado probatório.

3.3.3. *Enunciado probatório como enunciado descritivo*

Resta-nos, então, encarar o enunciado *probatório* como uma descrição da *prova* da proposição fática no processo, ou seja, da afirmação da ocorrência de um determinado fato, captada por meios internos (elementos de prova), mas pautada por uma realidade externa ao processo. Assim, o enunciado probatório admite a sua predicação em termos de falsidade ou veracidade e permite conceber a imprecisão de fatos definidos em decisões judiciais.⁷⁴

Dessa forma, a preocupação do julgador se concentra na análise dos elementos de prova existentes no processo e na descrição do resultado possível a partir da apreciação do seu conjunto. Contudo, diferentemente do que ocorre nas visões que atribuem força constitutiva ou normativa ao enunciado probatório, na formulação descritiva o enfoque do julgador é a definição dos fatos em uma narrativa *verdadeira*, por meio de elementos de prova que permitem afirmar a sua correspondência ao real.⁷⁵

Cabe ressaltar, nesse ponto, que ao encarmos o enunciado probatório como descritivo não caímos na denominada “falácia descritiva” ou “falácia da constatação” destacada por John L. Austin ao tratar de enunciados sobre os fatos.

Segundo o mencionado autor, os enunciados que se ocupam dos fatos não são apenas utilizados por nós com o escopo preconizado pela gramática tradicional. Pelo contrário, frequentemente, os enunciados fáticos são utilizados com diferente finalidade. Assim, é observado que nem toda afirmação de um fato é uma descrição como ocorre no caso da *proposição fática* (“h”), ou seja, uma proposição pode ser formulada para outro propósito além do meramente descritivo⁷⁶.

De toda forma, o tipo de enunciado que estamos considerando quando nos referimos ao enunciado probatório não é aquele chamado de enunciado *performativo* por John L. Austin para se contrapor à alegada “falácia descritiva”, que estabelece as seguintes condições

⁷⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad** ... cit. p. 25-27.

⁷⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples...** cit. p. 88-93.

⁷⁶ AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words**. 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975. p. 1-4.

para a sua constatação: o enunciado *performativo* não descreve ou reporta nada, não é verdadeiro ou falso; e a frase enunciada consiste, ao menos em parte, em realizar um ato, não podendo ser considerada como *apenas* dizer alguma coisa. Dessa maneira, tal enunciado, no contexto de determinadas circunstâncias apropriadas, não serve para descrever ou constatar, nem é predicado em termos de verdadeiro ou falso, como os enunciados descritivos, mas consiste em realizar uma conduta, ainda que sirva em certa medida, assim como proposições descritivas, para informar os interlocutores.⁷⁷

Ao longo de sua exposição, o referido autor exemplifica os enunciados *performativos* com as frases: “*eu aceito (tomar esta mulher como minha legítima esposa)*”, pronunciada no curso de uma cerimônia de casamento; “*eu nomeio este navio Rainha Elizabeth*”, enquanto se quebra uma garrafa contra o casco do navio; “*eu lego meu relógio ao meu irmão*”, em um testamento; e “*eu aposto uma moeda que vai chover amanhã*” no contexto de uma aposta real. Ademais, outro exemplo recorrente é a frase “*eu julgo o acusado culpado*” no curso de um processo.

O enunciado *performativo*, portanto, é contrastado com o enunciado descritivo ou de constatação, já que emitir um enunciado de constatação (com uma referência histórica) consiste em fazer uma afirmação (proposição, “*statement*”), enquanto emitir um enunciado *performativo*, dentro de certas circunstâncias adequadas, consiste em realizar uma ação, por exemplo, casar, dar nome a um navio, apostar ou julgar.

Nesses termos, embora estabelecida a distinção entre *enunciado probatório* (“está provado que *h*”) e *proposição fática* (“*h*”), temos que ambos são enunciados descritivos, não *performativos*. Isso porque, muito embora o julgador, encerrada a instrução processual e inaugurada a fase decisória, não deva descrever simplesmente o que foi postulado e o que ocorreu na instrução (se não, bastaria o relatório da sentença), mas também apontar o que restou demonstrado no processo, provado nos autos (objeto da fundamentação da sentença), não há nessa enunciação qualquer ato praticado.

Em outras palavras, ao declarar o fato como provado o juiz também descreve, neste caso relatando que as provas constantes nos autos embasam tal ou qual proposição fática constante na argumentação das partes. O enunciado *performativo*, portanto, está reservado para o dispositivo da sentença, quando o magistrado julga, é dizer, condena ou absolve o réu.

⁷⁷ AUSTIN, John L.. **How to do things** ... cit. p. 4-7.

A ressalva em questão faz-se necessária, porque muitas vezes nos referimos ao enunciado *probatório* na sentença penal condenatória como a *resolução* ou *decisão fática* do processo, bem como destacamos a sua referência à *prova* existente no processo e não aos fatos propriamente ditos, o que pode levar ao equívoco de atribuir ao enunciado em comento as características da afirmação que realiza o ato decisório (o que se coaduna mais com a posição do enunciado probatório como normativo, descrita no item precedente⁷⁸). Contudo, muito embora dependa do resultado descrito no enunciado *probatório*, esta afirmação está contida no dispositivo da sentença e não é objeto do presente trabalho.

4. Prova e verdade: principais relações estabelecidas no processo

Expostas as correntes mais comuns acerca do sentido e da força do *enunciado probatório*, muito embora já tenha sido exposto implicitamente o nosso posicionamento, explicitamos que entendemos o seu sentido, a afirmação do *fato provado*, em termos da existência de elementos de prova *suficientes* que sustentam a hipótese sobre os fatos expressa em determinada *proposição fática*⁷⁹, bem como entendemos que o julgador, ao afirmar a prova da *proposição fática*, descreve a existência desses elementos de prova *suficientes* para sustentar a hipótese descrita na *proposição fática* em questão⁸⁰.

Nesse contexto, em que pese já tenha sido ressalvado amplamente que o presente trabalho não se preocupa com os desdobramentos infundáveis da análise do conceito de *verdade* propriamente dito, o posicionamento nele adotado força-nos a solucionar a seguinte questão: se o enunciado probatório consiste essencialmente em uma descrição e é baseado nos elementos de prova constantes no processo acerca de uma dada hipótese ou proposição fática, qual é, afinal, a relação existente entre *prova* (*fato provado* afirmado pelo enunciado probatório) e *verdade* (correspondência da proposição fática ao real)?

A importância da resposta a essa indagação reside no papel desempenhado por esses conceitos em sistemas processuais penais, ou sistemas de justiça criminal, cujos objetivos ou finalidades principais, conforme desenvolveremos melhor no momento oportuno,

⁷⁸ Cf. item I.3.3.3 supra.

⁷⁹ Cf. item I.3.2.3 supra.

⁸⁰ Cf. item I.3.3.3 supra.

envolvem uma maior preocupação com a precisão ou acertamento da decisão que define os fatos.⁸¹

Dentre as respostas existentes para aquela pergunta, destacam-se, novamente nos moldes propostos por Jordi Ferrer Beltrán, dois sentidos de solução: a que estabelece a (i) relação conceitual e a (ii) relação teleológica entre esses dois conceitos.

4.1. Relação conceitual

A relação conceitual é considerada como a posição clássica na definição dos pontos de contato entre *prova* e *verdade*, em que pese as críticas surgidas a partir da tentativa do enfrentamento dos limites à prova de fatos destacados no próximo capítulo. Segundo essa posição, uma proposição fática (“*h*”) é considerada verdadeira se está provada, se há elementos de prova suficientes a seu favor. Logo, é estabelecida uma vinculação entre a *verdade* e a *prova* sob a perspectiva da *suficiência do resultado probatório*.⁸²

Essa forma de estabelecer a relação entre os conceitos de *prova* e *verdade*, contudo, enfrenta o primeiro obstáculo quando lembramos de circunstância definida no item precedente, segundo a qual a *prova* de um enunciado fático é relacional, exatamente porque dependente dos elementos de prova à disposição no processo, ao passo que a *verdade* do enunciado probatório não depende de tais elementos. Basta lembrarmos do nosso exemplo literário⁸³, já que, com base nos elementos de prova disponíveis, foi provado que “Dmitri matou Fiódor”, muito embora essa proposição seja, em termos de “realidade fática”, falsa.

Nesses termos, há uma excessiva vinculação entre os conceitos em questão, configurando uma confusão entre elementos descritivos e emotivos a eles atrelados, cujo escopo consiste em obter a adesão a certo ponto de vista, segundo o qual as decisões judiciais são verdadeiras, já que fundadas em provas, e, dessa forma, também são justas. Esse é o chamado caráter persuasivo da vinculação *prova* e *verdade*, que muitas vezes se esquece de que a *prova* representa uma conclusão fundada na natureza dos procedimentos probatórios⁸⁴.

Ademais, caso prevalecesse a relação conceitual, não se poderia falar propriamente em *suficiência* probatória, já que esta está pautada nos denominados *standards* probatórios,

⁸¹ LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law. An essay in legal epistemology**. 1ª ed. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 1-2. Cf. item II.2 infra.

⁸² FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad** ... cit. p. 55.

⁸³ Cf. item I.1 supra.

⁸⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova**... cit. p. 42-43.

variáveis de acordo com a matéria e a fase processual, tão comuns nos usos dos teóricos e operadores do direito e difundido de acordo com as exigências dos ordenamentos jurídicos, uma vez que a existência desses *standards* depende do caráter gradual da corroboração de uma proposição fática.⁸⁵

4.2. Relação teleológica

A relação teleológica, por sua vez, é sustentada por aqueles que defendem que a *finalidade* principal da prova é alcançar o conhecimento da *verdade* sobre os fatos ocorridos. Dessa maneira, não é atribuído à *verdade* nenhum papel na definição da *prova*, enquanto *resultado*, já que a relação teleológica é estabelecida entre a *verdade* e a *atividade probatória*.⁸⁶

Essa maneira de estabelecer a relação entre *prova* e *verdade* demonstra-se acertada ao dar enfoque àquilo que efetivamente se prova no processo, a saber, a proposição fática (“*h*”), colocando a afirmação do enunciado probatório como dependente da *aceitação* da proposição fática respaldada por *suficientes* elementos de prova⁸⁷, não propriamente da sua *veracidade* ou *falsidade*. Assim, a decisão que define os fatos demonstra-se falível, seja por imprecisão do julgador ao analisar os elementos de prova existentes no processo, seja por incapacidade do próprio processo, como mecanismo de verificação dos fatos ou instrumento epistemológico cognoscitivo, apurar o que realmente ocorreu.⁸⁸

Vislumbrada a abertura à falibilidade dessa forma de estabelecer a relação entre *prova* e *verdade*, que expõe a complexidade da decisão fática, faz-se necessária a análise da dinâmica ou regular funcionamento (“fisiologia”) da determinação dessa relação, bem como pontuar os limites probatórios que podem levar à equivocada decisão sobre os fatos no processo (“patologia” ou mau funcionamento).

⁸⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad** ... cit. p. 68-69. Sobre *suficiência* e *standards* probatórios, cf. item III.2.2 infra.

⁸⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad** ... cit. p. 55. Oportuna, nesse ponto, a ressalva feita por Jordi Ferrer Beltrán no sentido de que a finalidade da atividade probatória destacada é aquela definida pelo legislador ou pela teoria do processo, não podendo se confundir com a finalidade vislumbrada pelas partes e, até mesmo, pelo juiz, no desenvolvimento de tal atividade. De maneira semelhante, Michelle Taruffo trata da mesma ressalva em **Uma simples...** cit. p. 196-208.

⁸⁷ O critério da *aceitabilidade* ou *aceitação* encontra desenvolvimento no item III.1.3 infra.

⁸⁸ Hipóteses que configuram os tipos de *erro* tratados no item III.3 infra. Sobre o conceito de epistemologia que adotamos no presente trabalho, cf. item II.2 infra.

CAPÍTULO II. LIMITES DA PROVA DE UM FATO NO PROCESSO

1. Incongruência entre o enunciado probatório (está provado que “h”) e os fatos propriamente ditos (afirmados por “h”)

Colocadas as premissas conceituais sobre as quais se embasa a determinação do *fato provado* na sentença penal condenatória, cumpre destacar as implicações e eventuais dificuldades que, muitas vezes, operam tais premissas e impedem o êxito dessa determinação.

Nesse diapasão, o primeiro capítulo esclareceu a morfologia (estrutura) do sistema probatório a partir das definições atreladas ao *enunciado probatório*. Além disso, iniciou o estudo da sua fisiologia (regular funcionamento) pelo estabelecimento da relação teleológica entre *enunciado probatório* e *verdade*. O presente capítulo, portanto, possui o escopo de aprofundar o referido estudo da fisiologia (função ou modo de funcionamento regular) da determinação do fato provado, notadamente para alertar as causas de sua patologia (irregular ou mau funcionamento) e salvaguardar, na medida do possível, a sentença condenatória da falibilidade.

A referida patologia (irregular ou mau funcionamento) da definição dos fatos no processo consiste, por excelência, no *erro*. Assim, conforme já tivemos a oportunidade de destacar⁸⁹, preocupa-nos a equivocada fixação do *fato provado* na sentença condenatória e o esclarecimento dessa preocupação leva à necessidade de debruçarmo-nos sobre novos conceitos teóricos e seus desenvolvimentos práticos. É o que passamos a realizar neste capítulo.

O primeiro desses conceitos é a *certeza*. Esta é a *crença* na percepção da conformidade da noção ideológica com a realidade, ou seja, na conformidade entre a afirmação do fato (*proposição*) e a verdade ontológica (aquilo que realmente ocorreu, *verdade*). Dessa forma, a *certeza* é um *estado subjetivo da alma humana*.⁹⁰

⁸⁹ Cf. item I.1 supra.

⁹⁰ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas** ... cit. p. 21-22. Conforme será melhor desenvolvido adiante (cf. item II.2.2 infra), mas se faz destacar desde já, não há apenas uma *certeza*, descoberta na conclusão, como resultado, de um procedimento linear que se inicia na *crença*, mas uma *certeza*, dentre outras descartadas, fixada ao longo de um processo circular e poroso de formação. Nesse sentido, MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito. The brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 29-30.

Com essa definição de *certeza* e seus desenvolvimentos, Nicola Framarino dei Malatesta destaca o que podemos denominar de *perspectiva humana* da definição dos fatos em juízo, na medida em que a *certeza* não é considerada como algo dado ou existente por si só, mas formado no âmago de um *sujeito* determinado (no nosso caso, o julgador).

Outro conceito teórico que precisa ser definido e desenvolvido para o atingimento dos escopos do presente trabalho é o *convencimento racional* ou *judicial*. Este consiste em um juízo sucessivo, que determina e aperfeiçoa o juízo da *certeza*, tornando-o legítimo e, portanto, expresso no *enunciado probatório*. Assim, o *convencimento judicial* é (ou, ao menos, deveria ser) objetivamente verificável.⁹¹

Assim, Nicola Framarino dei Malatesta observa que o *convencimento*, iluminado pela razão, *rejeita definitivamente as possibilidades contrárias*. Isso não quer dizer, como pode parecer em uma primeira análise, que não existe qualquer possibilidade contrária à hipótese sustentada pelo *convencimento*⁹², mas tão somente que o *convencimento* surge da análise racional dos elementos conhecidos e apreciados em um primeiro momento pelo crivo da *certeza*, afastando todas as outras hipóteses possíveis vislumbradas. Trata-se do que podemos chamar de *perspectiva funcional* da determinação dos fatos em juízo.

Nesses termos, sob a perspectiva *humana*, a apreciação das *provas* pelo julgador com o escopo de conhecer o fato é baseada na *fidelidade dos sentidos* e no *poder do raciocínio*, conforme destaca Carl Joseth Anton Mittermaier⁹³. Dessa forma, o magistrado pode raciocinar e chegar à *certeza* por meio da apreensão possível pelos próprios sentidos na análise de fontes reais e pessoais de prova. No caso das fontes pessoais, ainda, a referida análise se dá por meio da descrição proporcionada pelos sentidos de outra pessoa considerada como fonte de prova (testemunhas, ofendido, peritos, assistentes técnicos, dentre outros).

Essa primeira apreciação subjetiva da *prova* realizada pelo julgador encontra destaque não só nos mencionados autores clássicos da doutrina estrangeira, mas também nos clássicos da doutrina pátria que tratam da matéria probatória em suas obras. Assim, ao definir

⁹¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas** ... cit. p. 50-56. Faz-se ressaltar, nesse ponto: a despeito de ser *objetivamente verificável*, o *convencimento* não pode ser considerado como *juízo objetivo*, porque, como nos adverte Maurício Zanoide de Moraes em suas aulas de graduação e pós-graduação, um *juízo* é sempre formado por alguém e, conseqüentemente, subjetivo, bem como um *juízo* sucessivo sobre algo subjetivo (*certeza*) não pode resultar em algo objetivo.

⁹² Pelo contrário, essa é a situação que denominamos *erro real e de solução variável* e tratamos no item III.3.2 infra.

⁹³ MITTERMAIER, Carl Joseth Anton. **Tratado da prova**... cit. p. 110-111.

prova, José Antonio Pimenta Bueno fala em “*estabelecer a certeza ou convicção dos fatos*”, enquanto Joaquim Ignácio de Ramalho afirma que “*a prova é o acto judicial pelo qual se faz certo o juiz da verdade do delicto*”.⁹⁴

A *certeza*, vale destacar, não é graduável, já que o julgador está ou não *certo*, diferentemente da *probabilidade*. Esta possui diferentes níveis, os quais não são precisamente observáveis, mas que determinam marcos minimamente definidos como a *probabilidade positiva*, o provável (superioridade de elementos positivos em favor de um fato afirmado, ainda que existentes elementos negativos), e a *probabilidade negativa*, o improvável (superioridade dos elementos contrários à ocorrência de um fato afirmado, mesmo que presentes elementos positivos).⁹⁵

Isso não quer dizer, contudo, que haja um percurso necessário para, ao final, se dar à formação da *certeza*. Pelo contrário, ao longo da instrução processual pode-se chegar a entendimentos variáveis sobre a *crença na posse da verdade*, mormente porque essa *verdade* é aquilo que se busca nessa fase processual e, portanto, a própria *certeza* pode variar diversas vezes ou, na situação extremamente oposta, nem chegar a se formar no curso da fase probatória.

De qualquer maneira, ao longo desse caminho de definição da *certeza*, podem ser dados passos em falso, seja pela má apreensão dos *sentidos* seja pela insubsistência do *raciocínio* utilizado para alcançá-la. Inúmeros são os motivos que podem levar à precipitada formação e fixação da *certeza*, mas sempre afetam as duas referidas bases, *apreensão dos sentidos* e *raciocínio*, conforme veremos na sequência⁹⁶.

Não bastando somente a obtenção da *certeza*, sob a perspectiva *funcional*, o julgador deve chegar ao *convencimento*, mediante o qual demonstra a legitimidade da *certeza* obtida. Em outras palavras, não servindo o mero *achismo* aos escopos do processo penal a ser adotado em qualquer Estado Democrático de Direito, é necessário que a *certeza* apta a ser fixada na decisão penal condenatória possua razões que sejam intersubjetivas⁹⁷ ou

⁹⁴ PIMENTA BUENO, José Antonio. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Empr. Nacional, 1857. p. 217-218; RAMALHO, Joaquim Ignácio de. **Elementos de processo criminal**. 1ª ed. São Paulo: Typogrthia Dous de Dezembro. 1856. p. 99. Além desses autores, também encontra eco a noção de *certeza* no contexto probatório na obra de autores do início do século XX, como Galdino SIQUEIRA, que, citando conceitos desenvolvidos por João Monteiro, destaca: “*prova é a somma dos meios produtores da certeza*”. **Curso de processo criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria e Oficina Magalhães, 1917. p. 456-457.

⁹⁵ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas...** cit. p. 57-66.

⁹⁶ Cf. item II.2 infra.

⁹⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples...** cit. p. 108-111.

externamente verificáveis⁹⁸, ou seja, que determinem a *convicção* em qualquer outra pessoa a quem sejam expostos os mesmos motivos, o que, em situações concretas, é controlado por meio da *motivação* e da *publicidade*.⁹⁹

Sendo assim, tal qual a *certeza*, o *convencimento judicial* é ingraduável (há ou não *convencimento*) e raciocinado ou formado pelo raciocínio, mas consiste em um exame objetivamente pautado pela construção de uma narrativa intersubjetiva proporcionada por *provas* lícitas, regularmente admitidas, produzidas e valoradas no processo¹⁰⁰. Essa narrativa intersubjetiva é o produto do atingimento do ponto em que não é possível mais vislumbrar hipóteses fáticas que infirmem a *certeza* obtida ao término da fase probatória e culmina na enunciação do resultado probatório (*enunciado probatório*). Ainda assim, nesse ponto, também podem ocorrer equívocos, desta feita mais atrelado ao raciocínio utilizado.

Nota-se, portanto, que aquilo que denominamos de patologia, *erro* ou incongruência entre o *enunciado probatório* (está provado que “h”) e os fatos propriamente ditos (afirmados pela *proposição fática* – “h”) possui duas frentes de causas possíveis, quais sejam: i) a precipitada definição da *certeza*, no plano subjetivo ou sob a perspectiva *humana* da determinação dos fatos; ii) e o incorreto estabelecimento do *convencimento*, no plano da verificação da *certeza* ou sob a perspectiva *funcional*.

2. Ideologia, epistemologia e fato provado no processo

2.1. Influxos ideológicos no processo

Em um primeiro momento, a análise da *prova* pelo julgador deve passar pelo caminho da *certeza* e, por ser esse um campo essencialmente subjetivo, há inegável influência de influxos ideológicos (em sentido amplo) na sua formação. Inevitavelmente, os julgadores são seres humanos e, como tais, estão sujeitos não só a sua formação jurídica, mas também a seus valores éticos e políticos, às suas crenças religiosas, ao seu caráter, ao

⁹⁸ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego...** cit. p. 4.

⁹⁹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas...** cit. p. 54-56. O autor denomina essa característica de *sociabilidade* do convencimento ou *objetivação da certeza*. Rui Cunha Martins, por sua vez, define a *convicção* como uma *crença* corrigida. **O ponto cego...** cit. p. 6.

¹⁰⁰ Cf. item II.3 infra. De todo modo, faz-se ressaltar desde já que foi destacada a licitude das *provas*, na medida em que provas ilícitas, quando de conhecimento do juiz (ainda que desentranhadas dos autos), tem até maior condão de pré-fixar a *certeza*, prejudicando o *convencimento judicial* (por exemplo, interceptação telefônica ilegal expungida dos autos, apreensão ilegal de documentos desentranhados do feito, etc.).

seu temperamento, aos interesses de grupo com os quais se identifica, em suma, a toda e qualquer nota de subjetividade inerente ao homem.¹⁰¹

Conforme já tivemos oportunidade de ressaltar em trabalho precedente, não se quer com isso afirmar a má-fé ou que o julgador é parcial de maneira propositada, intencional. Esse caso, de má-fé do julgador, inclusive, não é objeto do presente trabalho, porque é fruto do mero arbítrio, não propriamente de um juízo humano, impedindo o desenvolvimento de qualquer estudo a respeito da decisão sobre os fatos a partir de então. O que se pretende, assim, é simplesmente observar que existe uma parcialidade involuntária inerente à personalidade de cada julgador, da qual ele parte e, invariavelmente, afeta a formação da *certeza*.¹⁰²

De qualquer maneira, cumpre destacar, como nos adverte Nicola Framarino dei Malatesta, que a “*força do nosso temperamento, dos nossos hábitos, das nossas inclinações e prevenções, pode facilmente arrastar-nos a juízos falsos*”.¹⁰³ Nesses termos, a ausência de cuidado com o *descontrole da subjetividade*, que é chamada pelo referido jurista italiano de “*ventos de nossas paixões*”, pode levar a uma formação equivocada da *certeza*, na maioria das vezes inadvertida, na medida em que afeta um dos seus dois “pilares” ou ambos, conforme destacado acima: a *fidelidade dos sentidos* e o *poder do raciocínio*.

É por meio das suas próprias experiências sensoriais que o magistrado é capaz de raciocinar e testar a credibilidade (em sentido amplo¹⁰⁴) das *proposições fáticas* objeto da

¹⁰¹ Dentre os autores que tratam dessa temática no âmbito do direito processual, podemos destacar: BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 41; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 58; LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 286; CALAMANDREI, Pietro. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. 1ª ed. 5ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 26-27; GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el Derecho...** cit. p. 35-36.

¹⁰² As causas dessa “parcialidade involuntária” foram aventadas em FATTORI, Thiago Alessandro. **Subjetividade e processo penal...** cit. p. 210-216 e, basicamente, decorrem de relações existentes entre raciocínio/decisão e emoção/sentimento representadas por aquilo que Antonio Damásio, neurologista e pesquisador português, denominou de hipótese dos “marcadores-somáticos”. Nesses termos, o referido autor destaca que, antes de qualquer análise racional de custo-benefício das decisões possíveis, sensações desagradáveis ou gratificantes, selecionadas ao longo de nossa experiência de vida pelas nossas emoções e sentimentos, marcam as possíveis opções de resposta ao problema estabelecido como boas ou más. Por isso, a análise final de custo-benefício, tida como racional, sempre é previamente filtrada pela repulsa ou incentivo que os resultados possíveis recebem de “marcadores-somáticos”. **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. p. 95-105, 206 e 280.

¹⁰³ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas...** cit. p. 53.

¹⁰⁴ A ressalva é necessária, já que em sentido estrito, conforme destaca Nicola Framarino Malatesta, *credibilidade* se refere apenas a um ponto específico na escala de conhecimento dos fatos, a saber, o seu marco zero, entre o improvável e o provável (segundo as expressões do autor, cuida-se da *dúvida em sentido*

prova. Esse é o mecanismo “normal” (fisiológico) da formação da *certeza*.¹⁰⁵ Dessa forma, o “anormal” (patológico) está na falsa percepção dos sentidos ou no raciocínio errôneo que veicula conclusões equivocadas a partir dos elementos sensoriais captados.

A falsa percepção dos sentidos pode ser direta, quando os sentidos do próprio magistrado resultam em uma leitura turva dos elementos de prova, ou indireta, ocasião em que o julgador se fia em fontes de prova inidôneas. Assim, por exemplo, o julgador compromete a formação da *certeza* quando examina equivocadamente documentos, retira conclusões precipitadas do interrogatório do réu ou falha no exame da idoneidade dos testemunhos prestados em juízo. Da mesma maneira, há problemas na construção da *certeza* quando o magistrado se fia em mentiras involuntárias testemunhadas de maneira crível ou em conclusões equivocadas de exames técnicos realizados por peritos ou assistentes técnicos.

Na percepção direta, o julgador se baseia nas suas próprias experiências sensoriais (analisando diretamente documentos, testemunhas e demais fontes reais ou pessoais de prova), já na percepção indireta, pauta-se pelas experiências alheias (considerando mediatamente testemunhos, exames periciais, dentre outros elementos de prova oriundos de fontes pessoais de prova).

Outro flanco aberto aos influxos das referidas notas de subjetividade, além da mencionada falsa percepção dos sentidos, consiste no raciocínio errôneo.

O raciocínio errôneo é o erro lógico ao estabelecer relações entre os pontos da *proposição fática* que restaram definidos ou afastados pelo exame dos sentidos. Assim, ao concatenar os trechos tidos como conhecidos da narrativa fática pelo inicial exame das provas, o julgador pode estabelecer relações (inferências lógicas) equivocadas, já que se baseia *naquilo que geralmente ocorre* (raciocínio lógico abstrato) e, muitas vezes, a realidade é imprevisível (raciocínio lógico concreto), portanto, erroneamente não constatada ou afastada como *incrível (não crível)*.¹⁰⁶

Esse é o outro flanco aberto aos influxos das referidas notas de subjetividade. Os julgadores, ao partirem da sua personalidade, tem algumas propensões na definição *daquilo que geralmente ocorre*, é dizer, possuem a sua própria régua com a qual medem os elementos

específico). **A lógica das provas...** cit. p. 69. Na passagem destacada, contudo, referimo-nos mais à confiabilidade, àquilo que pode ser encarado como realidade.

¹⁰⁵ MITTERMAIER, Carl Joseth Anton. **Tratado da prova...** cit. p. 110.

¹⁰⁶ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas...** cit. p. 72-73

de prova existentes e reconstruam a narrativa fática. Tem-se, portanto, no *raciocínio* o principal ponto aberto à formação precipitada da *certeza*.¹⁰⁷

Nesse contexto é que começa a se tornar relevante para os escopos do presente trabalho o que denominamos e entendemos por *epistemologia jurídica probatória* ou, simplesmente, *epistemologia jurídica*.

A *epistemologia*, conforme esclarece Larry Laudan, consiste no estudo da possibilidade de atingimento ou não da finalidade dos sistemas ou procedimentos que se propõem a buscar a *verdade*. Ou seja, é a análise de se tais sistemas ou procedimentos são bem projetados para conduzirem a resultados *verdadeiros* (correspondentes ao real).¹⁰⁸ Assim, sob a perspectiva aplicada, a *epistemologia* avalia práticas em sua validade cognitiva¹⁰⁹, ou mais precisamente, sob a perspectiva aplicada ao processo, avalia se os procedimentos de fixação de fatos se dirigem, efetivamente, à formulação de *enunciados fáticos verdadeiros* se, somente se, os fatos que descrevem ocorreram.¹¹⁰

Nesse diapasão, observamos que o processo penal é um instrumento epistemológico na medida em que, como destaca o referido autor, qualquer sistema de justiça criminal possui três objetivos principais, a saber: encontrar a *verdade* sobre o crime e evitar falsos veredictos (*redução de erros*); estabelecer as consequências para situações em que se revele impossível a descoberta da *verdade* (*distribuição do erro*); e assegurar um conjunto ou feixe de valores que não se referem explicitamente ao atingimento da correspondência ao real nos julgamentos, mas a outros bens sociais (*garantia de valores políticos não-epistêmicos*).¹¹¹

Dessa forma, os dois primeiros objetivos destacados possuem relação direta com a *epistemologia*, ao passo que o terceiro nela esbarra por, em certo sentido, limitar a busca ou persecução da *verdade* ao privilegiar outros valores políticos que não a correspondência ao real na definição dos fatos realizada na decisão penal, denominados por Larry Laudan de valores *não-epistêmicos*. Nesse quadro, a *epistemologia jurídica probatória* consiste no esforço de responder à indagação de se, com todas as limitações impostas por regramento

¹⁰⁷ MITTERMAIER, Carl Joseth Anton. **Tratado da prova...** cit. p. 109-110.

¹⁰⁸ Ressalva-se, uma vez mais, que não tratamos propriamente de correspondência no sentido clássico aristotélico (“*dizer que aquilo que é, é, e o que não é, não é*”), mas de verdade como adequação do enunciado fático com a realidade (externa ao processo), própria de um modelo epistemológico cognoscitivista de processo. Dessa forma, sempre que falarmos em *verdade* no desenvolvimento do presente trabalho o fazemos com o significado de *correspondência ao real*. Cf. item I.2.2 supra.

¹⁰⁹ LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law...** cit. p. 1-2.

¹¹⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el Derecho...** cit. p. 49.

¹¹¹ LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law...** cit. p. 1-2.

que elege outros valores recorrentemente, os procedimentos e regras adotados no processo penal são, efetivamente, “*condutores de verdade*”.¹¹²

Nesse ponto, faz-se destacar que a expressão “*valores não-epistêmicos*”, assim como a expressão “*regras ou parâmetros contra-epistêmicos*”¹¹³, apenas possui o escopo de destacar que tais *valores e parâmetros* não tem finalidade precípua ou principal relacionada com o mencionado procedimento de verificação da efetiva ocorrência dos fatos descritos na *proposição fática*, podendo limitá-lo em certa medida. De qualquer maneira, ainda que o emprego dessas expressões possa levar à equívoca impressão de que tais *valores e parâmetros* são anti-eficientes ou meros limitadores da *verdade*, destacamos que privilegiamos essa terminologia pela inexistência de incorreção teórica e recorrência de sua utilização na literatura especializada que trata de *epistemologia jurídica probatória*.¹¹⁴ Não olvidamos, contudo, que há autores que preferem substituir essas expressões sintéticas por outras (como “*valores humanos*”, “*valores tradicionais*” ou “*freios de legalidade*”) ou, então, por definições mais analíticas, a fim de afastar a referida impressão equívoca (como, por exemplo, “*valores sociais e/ou constitucionais de contenção da violência jurídica, mesmo que com redução da eficiência epistêmica*”).¹¹⁵

Feita essa ressalva de ordem terminológica e regressando à *epistemologia jurídica probatória* propriamente dita, destaca-se a advertência de Michele Taruffo acerca da dimensão epistêmica do processo, ou seja, do processo “*como um modelo epistemológico do conhecimento dos fatos com base nas provas*”. Considerando que a *verdade* é um fim essencial do processo, mas não é o único, bem como que a formação da *certeza*, é dizer, da *crença na posse da verdade*, é submetida à sempre instável subjetividade, a questão que se coloca é saber quando as regras epistêmicas devem ser substituídas por regras tidas como *contra-epistêmicas* por assegurar valores *não-epistêmicos* e, nesses termos, quando a persecução desses valores possui justificativa ideológica aceitável.¹¹⁶

¹¹² LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law**... cit. p. 1-2.

¹¹³ Cf. item II.2.2 infra.

¹¹⁴ A título exemplo, salvo algumas peculiaridades em suas próprias definições, podemos citar como autores que utilizam essa terminologia mais recorrente: GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el Derecho**... cit. p. 107-111. LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law**... cit. p. 1-3; e TARUFFO, Michele. **Uma simples**... cit. p. 159-163.

¹¹⁵ Posicionamento e conceito expresso por Maurício Zanoide de Moraes em aulas de disciplinas de direito processual penal ministradas nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na medida em que não vislumbra valores *não-epistêmicos* ou *contra-epistêmicos*, mas “*valores humanos, no sentido tratadista internacional*”. Assim, em suas palavras, “*se a observância ou respeito a valores e leis é imposta pelo julgador, ele, pelo menos, deve ser o primeiro a cumpri-los*”.

¹¹⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples**... cit. p. 160.

É bem verdade que esse último autor cuida de semelhante questão no contexto dos influxos ideológicos sob a perspectiva coletiva ou social, mais preocupado com a aceitabilidade política das razões que levam à sobreposição de valores *não-epistêmicos* aos objetivos *epistêmicos* (*redução de erro e distribuição de erros*) e, conseqüentemente, à imposição de limites entendidos como *contra-epistêmicos* no processo. Assim, suas considerações servem mais à formação do *convencimento judicial* do que à persecução da *certeza* propriamente dita.

Contudo, entendemos que suas valiosas lições também possuem especial importância, ou até maior destaque, com o enfoque na perspectiva da definição da *certeza* pelo julgador. Ou seja, investigar o impacto desses possíveis limites na formação da *crença na posse da verdade* revela pontos que devem ser considerados na avaliação dos valores *não-epistêmicos* a serem adotados em detrimento, em tese, da persecução da *verdade* na definição dos fatos no processo.

2.2. Parâmetros (ditos) *contra-epistêmicos* que (eventualmente) limitam a definição dos fatos

Conforme ressaltado acima, não olvidamos que o tema dos parâmetros ou limites *contra-epistêmicos* possui destaque na formação do que denominamos de *convencimento judicial* no presente trabalho, na medida em que esses parâmetros, quando justificáveis, servem ao “juízo de legitimidade da *certeza* alcançada”, à sua justificativa intersubjetivamente verificável ou aceitável social e constitucionalmente. No entanto, esse é um segundo momento da definição dos fatos no processo e será abordado oportunamente.¹¹⁷ Inicialmente, desejamos destacar o impacto desses parâmetros na formação da própria *certeza*.

Logo, interessa-nos o desconforto causado no âmago do julgador porque, por exemplo, muito embora inexista ordem judicial fundamentada para tanto, a localização e “apreensão” de documentos e computadores em escritórios de uma empreiteira contendo informações, planilhas e e-mails descritivos de valores pagos a agentes políticos *evidenciam* a prática do crime de corrupção. De igual sorte, cite-se outro exemplo, há *certeza* conferida pela interceptação telefônica ilegal, ou captação de áudio clandestina, em cujos diálogos são *evidentemente* descritos atos criminosos. Assim, em um primeiro momento, cabe-nos

¹¹⁷ Cf. item II.3.1 infra.

indagar “se” e “em que medida” os supostos limites impostos à definição dos fatos no processo obstruem o primeiro exame da *prova* realizado no plano subjetivo da *certeza*.

Essa indagação mostra-se contemporânea, especialmente no âmbito nacional, já que é verificada a criação e aumento de tensão entre os vetores representados pela efetividade da persecução penal e pelas garantias constitucionais e legais¹¹⁸ no âmbito de operações e forças tarefas destinadas à persecução penal de crimes inseridos no denominado *combate à corrupção*. Isso porque, passa-se a questionar a sustentabilidade de determinados parâmetros que privilegiam valores *não-epistêmicos* atualmente adotados, tomando-os como obsoletos ou rígidos demais, em argumentação amplamente baseada na alegada *certeza* proporcionada por *provas* tidas, por esses parâmetros adotados no ordenamento jurídico pátrio, como ilícitas.¹¹⁹

Nesse contexto, a par das contribuições para o fomento do debate acerca da definição dos fatos no processo, preocupa-nos que os referidos questionamentos dos limites (ditos *contra-epistêmicos* impostos no processo centram suas justificativas, muitas vezes, na *evidência*. Assim, conforme os exemplos formulados acima (“objetos apreendidos que *evidenciam* a prática do delito” e “diálogos que descrevem conduta *evidentemente* criminosa”), muitos dos questionamentos em comento confrontam os limites probatórios

¹¹⁸ Nos termos tratados por Antonio Scarance Fernandes no trabalho **Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal**. in SCARANCA FERNANDES, Antonio; 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.

¹¹⁹ A título de exemplo desse questionamento, podemos citar a justificativa do item intitulado como “Medida 7 – Ajustes nas nulidades penais contra a impunidade e a corrupção” do conjunto de projetos de lei proposto pelo Ministério Público Federal, mediante o instrumento de projeto de lei de iniciativa popular, em campanha denominada “10 medidas de combate à corrupção”. Em seu bojo, sobre a temática da prova ilícita, destaca-se a alegada necessidade de encarar as nulidades que impedem a apreciação da prova penal com o escopo de atingir um maior aproveitamento dessa prova, já que as nulidades existem para “(...) *proteger os direitos constitucionais do investigado ou do réu e não para tutelar formalidades, muito menos para adicionar variáveis aleatórias, próprias das loterias e dos jogos de azar, ao processo criminal*”. Disponível em <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf>. Último acesso em 28.03.2016.

Sobre o mesmo tema, no plano doutrinário, podemos mencionar artigo do pesquisador Joaquim Falcão intitulado “Lava-jato muda a justiça e a advocacia” publicado em 31.07.2015 na página A2 do jornal Folha de São Paulo, no qual o autor afirma que vivemos tempos de “(...) *maior prioridade aos fatos que às doutrinas. Mais pragmatismo e menos bacharelismo (...)*”, no qual não se aceita mais “*plantar nulidade para colher prescrição*”. Disponível em <<http://www.joaquimfalcao.com.br/lava-jato-muda-a-justica-e-a-advocacia/>>. Último acesso em 28.03.2016.

Ainda em termos exemplificativos das discussões ensejadas nesse âmbito, no plano concreto, destaca-se o emblemático levantamento do sigilo, em 16.03.2016, de áudios gravados após o encerramento de ordem judicial de interceptação telefônica do ex-presidente da República, que revelou conversa entre a presidente e o ex-presidente do Brasil, cujo conteúdo *evidentemente* comprometedor levou a nova onda de discussões acerca da razoabilidade da sobreposição de valores *não-epistêmicos* aos objetivos epistêmicos do processo. Tamanho foi o questionamento que, transbordando a discussão técnica, foram produzidas peças jocosas como a seguinte: “*foi divulgado um áudio revelando a traição da sua esposa, mas fique tranquilo porque a prova é ilícita*”.

impostos pelo regramento processual, em geral, e a vedação da prova ilícita, de maneira específica, com a *evidência* da prática do crime.

Criticada como *simulacro de autorreferencialidade e pretensão de justificação centrada em si mesmo* por Rui Cunha Martins, a *evidência* foi definida pelo professor português como *uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade* cujo principal reflexo é instaurar um *desamor do contraditório*.¹²⁰ A *evidência*, considerando os demais conceitos mencionados acima, forma-se a partir da *probabilidade positiva* que, lastreada em forte raciocínio lógico abstrato (*aquilo que geralmente ocorre*), é tomada de pronto como *certeza*.

O grande problema da *evidência*, portanto, centra-se na subtração ou encurtamento do caminho que conduz à *certeza*. Isso porque, o *raciocínio* condutor da intersecção dos pontos da narrativa fática constatados pelos *sentidos* apenas parte de um elemento concreto (conversas interceptadas, bens e documentos apreendidos, dentre outros), mas permanece tão somente no plano abstrato, desconsiderando qualquer hipótese de imprevisibilidade da realidade (*raciocínio lógico concreto*).

Em outras palavras, a *evidência* mantém o *raciocínio* fático-probatório no plano *daquilo que geralmente ocorre* (*raciocínio lógico abstrato*). Ou seja, as inferências lógicas a serem realizadas a partir dos fragmentos fáticos representados pelos elementos de prova captados pelos *sentidos* são reunidas em torno de um elemento concreto altamente persuasivo (áudio, vídeo, documento, testemunho de pessoas que, por ofício, conhecem mais intimamente os fatos, etc.) e, assim, direcionadas à corroboração do seu conteúdo. Dessa forma, o julgador se dá por satisfeito antes do cotejamento de todas as inferências lógicas possíveis a partir dos fragmentos observados (*raciocínio lógico concreto*), prejudicando a apuração da *(in)suficiência probatória*.¹²¹

É justamente o escopo de evitar essa *contaminação da evidência* que, a nosso ver, torna justificável a adoção dos chamados parâmetros *contra-epistêmicos* já sob a perspectiva subjetiva caracterizada pela definição da *certeza* dos fatos. É dizer, mais do que se referir ao crivo da legitimidade da *certeza* alcançada, ao *convencimento judicial*, esses parâmetros evitam a contaminação inicial da própria *certeza* pela *evidência*.

Além disso, considerando-se a definição de *certeza* que adotamos (a “*crença na posse da verdade*”) e os influxos ideológicos dessa noção subjetiva, tem-se que todo o processo de

¹²⁰ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego**... cit. p. 2.

¹²¹ Sobre a *suficiência*, cf. item III.2.2.

formação da *certeza* é permeado pela *crença*, não sendo esta tão somente o seu ponto de partida. Em outras palavras, o referido processo não é linear, iniciando-se na *crença volátil* e culminando na *certeza perene*, mas circular e poroso, o que leva à absorção dos referidos influxos ideológicos que participam juntamente de outros elementos na definição da *certeza*.¹²²

Nesses termos, ao longo da instrução probatória a *certeza* tende a variar na medida em que a *prova* é produzida e avaliada pelo julgador. A *certeza* conferida pela evidência, contudo, além de prematura, é rígida, uma vez que impede o referido procedimento circular e poroso de formação da *certeza*, fixando e contaminando toda a fase probatória.

Sendo assim, a contaminação pela *evidência* evitada pelos parâmetros ditos *contra-epistêmicos* é relevante em todo o processo de formação da *certeza*, daí a especial importância das chamadas “regras de exclusão”, no plano da admissibilidade probatória. Muito comuns no sistema acusatório anglo-americano, no qual não há o dever de motivar a decisão, conforme tratado mais adiante¹²³, elas levam ao desentranhamento de provas dos autos do processo e, proferidas decisões condenatórias na sua presença, à anulação do julgamento.¹²⁴

Por ora, no que se refere ao plano subjetivo da formação da *certeza*, cabe-nos destacar que a presença nos autos de testemunhos de pessoas impedidas, escutas telefônicas ilegais, resultados de buscas ilegais, em suma, da prova ilícita deve ser afastada por macular o processo de formação da *certeza* por meio da *evidência*. Sob outro aspecto, no mesmo sentido, entendemos que a vedação à admissibilidade decorre da própria ilicitude probatória, na medida em que, se não existir tal vedação, a *evidência* contamina a *certeza*, sem qualquer respeito a outros valores que não sejam a “busca da verdade”.

¹²² MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego...** cit. p. 29-30. Nos dizeres do autor em questão, ao falarmos de *convicção* é a *crença* que aflora, já que essas duas noções se interpenetram e não há um processo “*linearmente instruído em ordem de prover, precisamente, ao desaparecimento tendencial da crença, idealmente consumado ao tempo em que o processo se aproximaria do momento da decisão*”.

¹²³ Cf. itens II.3.1 e II.3.3. *infra*.

¹²⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova...** cit. p. 167-168. No sistema processual penal pátrio foi vislumbrada interessante solução para evitar a referida contaminação da *certeza* pela *evidência* no caso de inadmissibilidade probatória tardiamente constatada, a saber, o impedimento do magistrado proferir sentença ou acórdão (art. 157, § 4º, CPP), mas o dispositivo foi vetado, dentre outras razões, porque “ [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.*” (Mensagem nº 350, de 9 de junho de 2008).

2.3. Devido processo legal como instrumento adequado para definir os fatos

Percebe-se, nesse contexto, que os denominados limites ou parâmetros *contra-epistêmicos* são mais *contra-intuitivos* do que, verdadeiramente, *contra-epistêmicos*. Ou seja, muito embora esses parâmetros possuam a finalidade precípua de assegurar um conjunto ou feixe de valores políticos *não-epistêmicos* na persecução penal¹²⁵, objetivo não propriamente epistêmico do processo, tais limites evitam, em grande medida, a precipitada formação e fixação da *certeza* pela *evidência*.

Como leciona Gustavo Henrique Righi Ivanhy Badaró, se, por um lado, o testemunho do confessor ou psicoterapeuta do réu ou, então, as conversas do acusado clandestinamente gravadas são uma preciosidade para jornalistas ou historiadores, porque revelam elementos de outra forma inatingíveis, por outro, esses elementos podem ter valor questionável para o julgador, mormente pelo elevado nível epistêmico necessário para se sustentar uma condenação criminal¹²⁶.

Assim, faz-se notar que esses elementos podem não passar de ilusão ou aparência forjada pela açodada fixação da *crença da posse da verdade*, é dizer, pelo estabelecimento da *certeza* mediante a *evidência*. Daí preferirmos denominar os limites em questão, tidos como *contra-epistêmicos*, de *contra-intuitivos*.

Dessa forma, para além da justificativa político-constitucional, referente ao critério da legitimidade consistente no *convencimento judicial*¹²⁷, as vedações probatórias suscitadas pelas garantias processuais penais também encontram suporte na finalidade de assegurar a *boa* ou *adequada* informação consubstanciada na *prova*. *Boa* ou *adequada* ao procedimento de formação da *certeza*, ao circular e poroso processo de aquisição e abandono da *crença na posse da verdade* na fase instrutória.

Assim, sem o enrijecimento ou fixação da *certeza* prematuramente formada pela *evidência*, o âmago do julgador está aberto a novas hipóteses fáticas que não somente aquela consubstanciada na informação afastada por limites que visam assegurar, em princípio, valores políticos *não-epistêmicos*, mas acabam colaborando com as finalidades epistêmicas

¹²⁵ Cf. ressalva terminológica exposta no item II.2.2 e nota 109 supra.

¹²⁶ Apontamentos realizados em aulas da disciplina “DPC5835-4/2 - Estudo Crítico da Teoria Geral da Prova Penal” do programa de pós-graduação *stricto-sensu* da Universidade de São Paulo.

¹²⁷ Cf. desenvolvimento ao longo do item II.3 infra e seus subitens.

do processo (*redução de erros e distribuição de erros*). Em outras palavras, os parâmetros tidos como *contra-epistêmicos* asseguram, inicialmente, valores *não-epistêmicos*, mas também possuem certa finalidade *epistêmica* na medida em que asseguram o regular (fisiológico) procedimento de formação da *certeza* ao longo da instrução probatória por meio da manutenção de um amplo espectro de hipóteses fáticas admitidas e consideradas para a definição dos fatos no caso concreto, sem a limitação abstrata desse espectro pela *evidência*.

Nesses termos, ao considerar em nossa análise uma abordagem do direito e, mais precisamente, do processo sob um enfoque epistemológico cognoscitivo, podemos concluir, assim como faz Larry Laudan, que a finalidade ou os objetivos precípuos do processo relacionam-se com a busca da *verdade*. Contudo, pela complexidade inerente ao procedimento de formação da *certeza* no âmago do julgador, não podemos concluir, como o referido autor, que a análise da efetividade do direito em produzir resultados verdadeiros e justos, evitando o *erro*, deve ser totalmente apartada da análise do direito preocupada com a afirmação das liberdades civis e dos direitos do imputado.¹²⁸

É dizer, não se olvida a dificuldade do processo, enquanto instrumento epistemológico, imposta por certas normas que limitam a obtenção, admissão ou valoração da prova, mas, considerando que toda decisão sobre fatos passa pelo crivo da *certeza*, entendemos que essa dificuldade ou limite é mitigado, se considerarmos a possibilidade de contaminação e fixação da *certeza* e, conseqüentemente, da decisão sobre os fatos pela *evidência*.

Assim, não se nega o possível choque de valores epistêmicos com outros valores políticos *não-epistêmicos* também assegurados pelo processo, mas consideramos que, dada a dinâmica de formação da *certeza*, os valores *não-epistêmicos* não entram em conflito com a dimensão epistêmica do processo quando possuem justificativa ideológica aceitável. A questão do conflito de valores assegurados pelo processo é deslocada, portanto, lembrando Michele Taruffo, para a existência ou não de justificativa ideológica na definição e adoção de valores *não-epistêmicos*, o que deve ser analisado para cada parâmetro ou limite probatório adotado e foge aos escopos do presente trabalho.¹²⁹

Passamos, dessa forma, para o plano da *legitimidade* da *certeza* obtida, em suma, do *convencimento judicial*.

¹²⁸ LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law...** cit. p. 9.

¹²⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples...** cit. p. 160.

3. Regramento processual da prova

O *convencimento judicial*, é dizer, a legitimação da *certeza* se dá mediante a definição de contornos precisos e pré-estabelecidos do mecanismo processual probatório. Nos dizeres de Antonio Magalhães Gomes Filho, a função legitimadora das *provas* reside no importante papel de fixar os fatos no processo, razão pela qual se exige a sua submissão a determinadas regras, cujo descumprimento acarretaria em “*inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade no seio do qual o mesmo é realizado*”.¹³⁰

Não se trata, nesse ponto, de negar a existência de considerável liberdade probatória, no plano da admissibilidade, ou ofuscar a importância do livre convencimento motivado, no campo da valoração, mormente considerando a ressalva histórica dos sistemas processuais continentais quanto aos malogros da taxatividade probatória e da *prova legal*. Ocorre, no entanto, que o exame de ingresso no processo representado pela *admissibilidade*, o modo de *produção* e a avaliação de resultados consistente na *valoração*, ou seja, as fases do procedimento probatório não podem ser fruto do mero arbítrio das operações cognitivas do magistrado¹³¹, ou, dito de outra forma, produto da mera preocupação com a formação da *certeza* do juiz.

Assim, a fim de contextualizarmos o regramento legal da prova no sistema processual penal acusatório contemporâneo, podemos encará-lo como as balizas necessárias à legítima e tendencialmente correta apuração dos fatos no processo. É dizer, nos termos que acima propusemos, muito embora possa haver *certeza* sem um procedimento previamente definido de maneira clara e precisa, jamais poderá se sustentar o *convencimento* sem um mínimo arcabouço normativo que assegure a finalidade epistêmica do processo, mediante a sua ponderação com os valores *não-epistêmicos* que com ela devem conviver.

3.1. Seleção e admissibilidade da prova

Se há algo incontroverso no campo probatório no processo penal é a necessidade de se assegurar a mais ampla e irrestrita apuração dos fatos, dado o seu escopo precípua de verificar a existência do crime e, a partir de então, punir o seu autor. Ademais, também

¹³⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova...** cit. p. 92.

¹³¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova...** cit. p. 92.

parece haver relativo consenso quanto à admissão de certas limitações probatórias, já que a legitimação de todo o sistema punitivo repousa na proteção dos valores tutelados pelo Estado por meio do seu ordenamento jurídico. É dizer, espera-se que o Estado-juiz não viole normas materiais para punir o indivíduo acusado, no limite, de violação de normas da mesma natureza¹³².

A principal divergência, contudo, surge na determinação do tamanho do espectro de limitação possível no campo probatório, sob pena de qualquer imposição aquém ou além desse limite tornar, respectivamente, arbitrária ou vazia a persecução penal. Ou seja, a imposição de menores obstáculos do que aqueles entendidos como necessários acarreta no arbítrio estatal, dada a violação de normas caras à manutenção do indivíduo em um Estado Democrático de Direito, ao passo que a imposição de barreiras intransponíveis, é dizer, superiores ao referido ponto ideal de limitação no âmbito probatório, impede a adequada persecução penal dos crimes praticados.¹³³

Dessa maneira, a referida divergência se dá precipuamente na definição da admissibilidade das provas, já que essa é a fase do procedimento probatório em que se define o legítimo ingresso da *prova* no processo penal, apta, dessa forma, a sustentar o *convencimento judicial*. Portanto, faz-se oportuno o aprofundamento de questões acerca da (in)admissibilidade da prova, ainda que já abordadas de maneira dispersa na presente dissertação.

De início, destaca-se que o exame de admissibilidade da *prova* é fundamentado em uma valoração prévia feita pelo legislador com a finalidade de barrar fontes de prova tidas como espúrias e meios de prova considerados inidôneos, razão pela qual comumente prefere-se a sua formulação negativa: inadmissibilidade.¹³⁴

Assim, as previsões legais que determinam a inadmissibilidade da prova e seus desdobramentos jurisprudenciais consistem em *normas de exclusão*, já que a regra, sob uma perspectiva epistemológica, é a admissão de todo e qualquer elemento cognoscitivo ou

¹³² LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law** ... cit. p. 1-3; MARQUES, José Frederico. **Elementos** ... cit. p. 289-290; TOURINHO FILHO, Fernando. Da Costa. **Processo penal** ... cit. p. 243-245; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova** ... cit. p. 99.

¹³³ Nos dizeres de José Frederico Marques, não é possível “*restrições artificiais à produção da prova*”. **Elementos** ... cit. p. p. 290.

¹³⁴ Essa ressalva feita por Antonio Magalhães Gomes Filho possui interessante desenvolvimento, se considerarmos outra relevante observação sua no sentido de que a inadmissibilidade, por consistir em um exame prévio e, portanto, impedir o ingresso da *prova* no processo, não é passível, como a nulidade, de convalidação, razão pela qual se aproxima mais da “*ideia de inexistência (jurídica) do ato vedado pela lei processual*”. **Direito à prova** ... cit. p. 94.

informação *relevante* para a apuração dos fatos tal qual eles ocorreram. As normas que preveem a inadmissibilidade probatória é que são a exceção, na medida em que afastam aquilo que, não fosse a vedação imposta pelo legislador e aplicada pela jurisprudência, seriam provas *relevantes* para a apuração da *verdade* dos fatos¹³⁵.

Contudo, conforme destacado acima, ainda que encaradas uniformemente como limites *contra-epistêmicos*¹³⁶, observa-se que muitas das regras de inadmissibilidade possuem a finalidade de melhorar a qualidade dos elementos constantes nos autos e evitar erros de valoração por parte do julgador, enquanto outras, de fato, não tem qualquer preocupação epistêmica. Nesse sentido, a inadmissibilidade pode ter fundamento epistemológico ou estar lastreada em outros valores que não propriamente a correta apuração dos fatos.¹³⁷

Dessa forma, diferentemente do tratamento uniforme dado por nós no item precedente, distinguem-se as limitações que possuem o condão de evitar conclusões precipitadas na apuração dos fatos, muito comuns no sistema anglo-americano, das restrições probatórias que possuem o escopo de preservar a coexistência entre o interesse na apuração da *verdade* e outros interesses ou valores igualmente dignos de proteção pelo Estado, mormente aqueles assegurados por direitos fundamentais no âmbito da Constituição.¹³⁸

No primeiro caso, destacam-se dificuldades impostas por limitações consideradas como não razoáveis, muitas delas atreladas ao Tribunal do Júri, já que possuem o alegado escopo de evitar a errônea apreensão dos fatos por parte de jurados leigos. Nesse ponto, observa-se que muitas das críticas do epistemólogo Larry Laudan às inúmeras regras de inadmissibilidade probatória existentes no sistema anglo-americano advém do paradoxo de se considerar os jurados soberanos no julgamento dos fatos e, ao mesmo tempo, incapazes de analisar criticamente o material probatório a ser produzido no *trial*.¹³⁹

Em que pese limitações nesse sentido também existam no sistema continental ou *civil law* (possuindo acentuado destaque no Brasil a exigência do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, portanto, a inadmissibilidade de outras provas isoladas nesse

¹³⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples...** cit. p. 169-171; LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law...** cit. p. 17-18.

¹³⁶ Cf. Item II.2.3 *supra*.

¹³⁷ Nesse ponto reside o maior adensamento das questões já tratadas, de maneira ampla, sobre a admissibilidade probatória.

¹³⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova ...** cit. p. 96-104. Nesse mesmo sentido, TARUFFO, Michele. **Uma simples...** cit. p. 171.

¹³⁹ LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law...** cit. p. 24-25. Também observado em TARUFFO, Michele. **Uma simples...** cit. p. 177.

sentido – art. 158, CPP) tem-se que a concentração das decisões criminais nas mãos de julgadores profissionais nesse modelo não gera grande preocupação de admissão probatória voltada para a limitação do *erro de apreensão*. Dessa forma, de uma maneira geral, no modelo em comento permite-se o acesso aos elementos questionados e sua aptidão ou inaptidão epistemológica é resolvida pelos julgadores profissionais no campo da valoração (por isso, no exemplo dado do ordenamento jurídico brasileiro, admite-se, em caso de impossibilidade ou desaparecimento de vestígios, que o exame de corpo de delito seja suprido por prova testemunhal – art. 167, CPP).

Para nós, em que pese a competência constitucional do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, “d”, CRFB), a grande questão da inadmissibilidade probatória, portanto, centra-se no segundo caso mencionado, ou seja, na inadmissibilidade orientada a tutelar interesses ou valores metaprocessuais, como *integridade física e moral, intimidade, liberdade*, dentre outros, eliminando a possibilidade de se produzir provas tidas como *relevantes* para a apuração da *verdade*.

Nesse contexto, por um lado, de fato, essa ponderação de valores pode ser mal resolvida pelo legislador ou pela interpretação dos limites probatórios dada pela jurisprudência, acarretando em perdas epistemológicas inestimáveis.¹⁴⁰ Por outro lado, contudo, já ressaltamos nosso entendimento segundo o qual, acertadas as escolhas políticas feitas pelo legislador e a interpretação dada pela jurisprudência, a inadmissibilidade probatória evita a contaminação da *certeza* pela *evidência*, na medida em que opera na *zona de contágio* consistente na dimensão subjetiva da definição dos fatos.¹⁴¹

É dizer, também é possível vislumbrar uma finalidade epistêmica na vedação à violação de sigilos, na imunidade de testemunho, dentre outras previsões que, ao fim, acarretam na preservação das operações realizadas no complexo mecanismo de determinação da *crença na posse da verdade* (daí nossa preferência pelo tratamento uniforme da inadmissibilidade probatória no desenvolvimento do item precedente). Evita-se, assim, que situações de plausibilidade ou alta probabilidade sejam apresentadas como *certas*, em um encurtamento do raciocínio desenvolvido a partir da percepção dos sentidos.

Dessa forma, ainda que a preocupação precípua do tipo de inadmissibilidade ora tratado seja orientada para a tutela de outros valores caros ao Estado Democrático de Direito, não se pode olvidar que a sua adequada previsão e aplicação contribui para o escopo da

¹⁴⁰ LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law...** cit. p. 213-233.

¹⁴¹ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego...** cit. p. 17-19; Cf. item II.2.

correta apuração dos fatos no processo, na medida em que dá suporte epistemológico às inferências lógicas ou raciocínios fáticos formadores da *certeza* e, principalmente, confere visibilidade aos eventuais equívocos cometidos, na medida em que impede que a consideração de provas inadmissíveis sugestionem o *convencimento judicial*.

Em suma, a inadmissibilidade probatória expõe a legitimidade da *certeza* fática alcançada ao assegurar que a sua formação se deu a partir de elementos *relevantes* e, ao mesmo tempo, não submetidos apenas e tão somente à estreita referência da *evidência*.

3.2. Produção da prova

Uma vez admitida a prova, faz-se necessária sua produção. Em que pese o objeto do presente trabalho não comporte grandes considerações sobre os mecanismos próprios de cada um dos meios de prova, a análise do regramento procedimental com vistas a delimitar o *convencimento judicial* torna oportuno destacar os pontos gerais que devem ser observados na produção de todas as provas.¹⁴²

Em regra, conforme destaca Gustavo Henrique Righi Ivanhy Badaró, a produção da prova deve se dar em contraditório, na presença das partes e do juiz natural, sendo o contraditório *diferido* excepcionalidade das provas já constituídas, em especial no que diz respeito à prova documental. Nesse sentido, ressalva o referido autor, não basta o contraditório *sobre* a prova, devendo existir efetivo contraditório *na* produção da prova.¹⁴³

Inicialmente, tem-se na formulação descrita acima a marca distintiva do contraditório. Com efeito, no que importa à função legitimadora do *convencimento judicial*, apenas o contraditório é capaz de depurar a *certeza* advinda da apreciação unilateral dos elementos de prova, assegurando o regular curso do procedimento não linear de formação e fixação da *certeza* no processo.¹⁴⁴

Gustavo Henrique Righi Ivanhy Badaró observa, contudo, que no contexto da evolução da criminalização não só de condutas *tradicionalmente* consideradas como crime (roubo, homicídio, etc.), como também de condutas que dependem de uma maior carga de

¹⁴² A distinção entre esses dois campos do procedimento probatório é feita por José Frederico Marques em **Elementos** ... cit. p. 300. Trata-se de interessante esclarecimento, já que, em regra, as obras relacionadas aos momentos probatórios, a saber, propositura, admissão, produção e valoração, ocupam-se primordialmente do procedimento relacionado a cada meio de prova quando tratam da produção probatória.

¹⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Processo penal** ... cit. p. 278.

¹⁴⁴ Sobre o procedimento não linear, mas circular e poroso, de formação da *certeza*, cf. item II.2.2.

apreciação valorativa, como aquelas definidas como crimes *do colarinho branco* (crime contra a ordem tributária, lavagem de ativos, evasão de divisas, etc.), a prova penal passou a ser essencialmente documental, o que, muitas vezes, coloca sob questionamento o caráter de exceção do contraditório diferido.¹⁴⁵ De qualquer maneira, a preocupação que se deve ter, a fim de não prejudicar a formação do *convencimento judicial* nesses casos, é distinguir as situações de *provas* já constituídas submetidas ao contraditório diferido das situações de apresentação pura e simples de elementos de informação, produzidos no inquérito policial com o escopo de investigar fontes de prova, a título de elemento de prova.¹⁴⁶

Outros pontos relevantes a serem ressaltados na produção das provas em geral para a adequada formação do *convencimento judicial* são: a *imediatidade* e a *concentração dos atos processuais*.

Nesse contexto, em um primeiro momento, a presença das partes e do juiz em atos processuais concentrados e voltados à decisão, que deve ser proferida na mesma oportunidade, assegura a efetividade do contraditório, na medida em que proporciona pronta ciência dos elementos de convicção apresentados e imediata possibilidade de reação (inclusive, sob a perspectiva do imputado, a *imediatidade* e a *concentração dos atos processuais* asseguram a integração entre defesa técnica e autodefesa). Além disso, evita-se assim a produção de provas *dispersivas* e *inorgânicas*, nos dizeres de Frederico Marques¹⁴⁷, representada pela prática de atos instrutórios e decisórios de maneira fragmentada, o que prejudica o referido procedimento não linear de formação e fixação da *certeza*¹⁴⁸ e acarreta na má formação do juízo legitimador dessa *certeza* fixada representado pelo *convencimento judicial*.

Isso porque, sob o aspecto do supracitado procedimento circular e poroso de fixação da *certeza*, tem-se que a instrução processual fragmentada multiplica as variadas *certezas* possíveis de serem formadas por parte do julgador, o qual, inclusive, por questões como remoção, promoção, substituição, dentre outras, pode não ser o mesmo para cada ato ou conjunto de atos instrutórios. Ademais, com relação à formação do *convencimento judicial*,

¹⁴⁵ Apontamentos realizados em aulas da disciplina “DPC5845-2/2 - Estudo Crítico dos Meios de Prova e dos Meios de Obtenção da Prova no Processo Penal” do programa de pós-graduação *stricto-sensu* da Universidade de São Paulo. Em nossa atividade profissional, já pudemos presenciar esse quadro observado em casos de crimes contra a ordem tributária nos quais a fase instrutória converte-se em mero debate entre acusação e defesa acerca da prova documental (autos de infração, termos de verificação fiscal, instrumentos contratuais, etc.) constante nos autos.

¹⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Processo penal** ... cit. p. 278.

¹⁴⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos** ... cit. p. 303.

¹⁴⁸ Novamente, cf. item II.2.2 supra.

observa-se que a produção probatória dispersa em atos pontuais e distantes prejudica a verificação da legitimidade da *certeza* fixada, na medida em que prejudica a análise crítica dos elementos probatórios considerados e da relação entre eles.

3.3. Valoração da prova

Admitida e produzida a prova, é chegado o momento de sua avaliação ou valoração. Nesse ponto, sob a perspectiva *funcional* da determinação dos fatos em juízo já destacada acima¹⁴⁹, reside a formação do *convencimento* do julgador, extraído não das *provas* isoladamente consideradas, mas do conjunto de concordâncias que a partir delas se pode objetivamente observar.¹⁵⁰

Dessa forma, esse é o efetivo momento do procedimento probatório em que juiz, jurados ou tribunal testam ou, por que não, colocam à prova a *certeza* ou as *certezas* sobre as proposições fáticas veiculadas pelas partes, conferindo, a partir de então, legitimidade à conclusão final por, ao término desse processo, formularem um enunciado probatório aferível ou repetível racionalmente. Essa reformulação do raciocínio realizado por qualquer terceiro racional é a característica ou traço distintivo do *convencimento judicial*, o que Nicola Framarino dei Malatesta denomina de princípio da *sociabilidade*: em suas palavras, a *certeza moral* do julgador deve encontrar amparo na *consciência social*.¹⁵¹

Para tanto, contudo, é necessário que o ambiente ou contexto seja propício, é dizer, de nada adiantaria a avaliação da prova dirigida para esse escopo de *objetivação da certeza*¹⁵², se os valores envolvidos nas operações realizadas pelos julgadores nessa etapa fossem produto do misticismo ou da superstição, como no caso das formas de *ordália* ou *ordálios*, ou pré-fixados pelo legislador, como no sistema da *prova legal*¹⁵³, ou, ainda, se fossem fruto de mera persuasão pessoal não exposta à crítica, como no sistema da *íntima convicção*.

¹⁴⁹ Cf. item II.1 supra.

¹⁵⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova** ... cit. p. 159. Faz-se destacar, nesse ponto, que o autor em questão utiliza a palavra *crença* para aquilo que nós, baseados nas formulações de Nicola Framarino dei Malatesta, denominamos *convencimento judicial* ou *racional*. Daí concluirmos que não há perda significativa de conteúdo quando o autor destacado desenvolve o seguinte trecho: “os dados objetivos resultantes dos procedimentos probatórios podem se transformar, ou não, em uma crença sobre a veracidade ou falsidade das proposições de fato afirmadas pelas partes”.

¹⁵¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas**... cit. p. 54.

¹⁵² MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas**... cit. p. 55.

¹⁵³ TORNAGHI, Hélio. **Instituições** ... cit. p. 424-425 e 427-428. No mesmo sentido, TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Processo Penal** ... cit. p. 270-271.

Assim, dentre as formas de apreciação da prova conhecidas¹⁵⁴, destaca-se o sistema do *livre convencimento* ou *persuasão racional*, já que possui o condão de fazer emergir o *convencimento judicial* tal qual o consideramos no presente trabalho. Isso se dá mediante a *motivação* e a sua *publicidade*, que tornam possível a verificação intersubjetiva dos fragmentos fáticos apreendidos por meio dos sentidos, das inferências lógicas realizadas a partir desses fragmentos e do raciocínio (abstrato ou concreto) por trás dessas inferências. Além disso, é a partir desses mecanismos que também se restringe a valoração apenas às *provas* regularmente admitidas, tal qual destacamos acima.¹⁵⁵

Isso não significa, contudo, a garantia de uma “pureza” valorativa. A consideração de provas inadmissíveis e outros elementos estranhos à correta formação do *convencimento judicial* não só é possível como, infelizmente, recorrente. Como já tivemos oportunidade de relatar, é comum, inclusive, o mascaramento de motivos inidôneos em decisões judiciais pelo mero exercício da argumentação jurídica.¹⁵⁶

No entanto, no limite daquilo que é humanamente possível, a avaliação da prova é mais controlável intersubjetivamente se há a exposição das razões que levaram à enunciação do *fato provado*, ou seja, se forem apontados claramente os motivos definidores do *convencimento judicial* apto a ensejar a formulação do *enunciado probatório*. Daí o destaque do sistema do *livre convencimento* ou *persuasão racional* na apreciação dos fatos como sistema mais capaz de assegurar a *correção intersubjetiva* da decisão fática.

De qualquer maneira, a despeito da *motivação*, aliada a sua *publicidade*, ser o mecanismo por excelência de aferição da correta formação do *convencimento* no sistema da *persuasão racional*, não se pode olvidar, como nos lembra Antonio Magalhães Gomes Filho, a inexistência de mera irracionalidade ou intuição no sistema da *íntima convicção*, própria do modelo acusatório anglo-americano, mas adotado excepcionalmente no nosso

¹⁵⁴ Historicamente, como se pode inferir do parágrafo antecedente, são observados os sistemas da *prova legal*, *íntima convicção* e *persuasão racional* ou *livre convencimento (motivado)*. No primeiro deles, em sua fase rudimentar, prevaleciam as *ordália* ou *ordálios*, em que o resultado probatório era aferido por revelações divinas observadas a partir de provas ou testes aos quais o imputado era submetido. Em sua evolução, o sistema da *prova legal* passou a se pautar por resultados ou valores probatórios pré-estipulados na legislação. No sistema da *íntima convicção*, por sua vez, a definição dos resultados ou valores probatórios depende da mera persuasão pessoal do julgador, que não precisa motivar ou justificar o julgado. No sistema do *livre convencimento* ou *persuasão racional*, por fim, o juiz é livre para decidir, mas sua decisão deve se pautar, lógica e racionalmente, por provas existentes no processo. Assim, “*todo o seu convencimento deverá ser motivado (...), razão pela qual também é denominado sistema do livre convencimento motivado.*” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy. **Processo penal** ... cit. p. 291.

¹⁵⁵ Cf. item II.3.1 supra.

¹⁵⁶ FATTORI, Thiago Alessandro. **Subjetividade e processo penal** ... cit. p. 217-228.

ordenamento jurídico nos julgamentos de crimes dolosos contra a vida. Isso porque as supracitadas preocupações com as restrições à admissibilidade da prova existente nesse modelo possuem, bem ou mal, a finalidade de diminuir as possibilidades de *erro* e conferir racionalidade à decisão sobre os fatos.¹⁵⁷

Não obstante, inegavelmente, o alargamento das barreiras de entrada da prova no processo, além de acarretar muitas vezes em prejuízos epistêmicos¹⁵⁸, não assegura satisfatoriamente a *correção intersubjetiva* da formação do *convencimento judicial*, já que a combinação dos fragmentos fáticos, inferências e raciocínios realizada pelos jurados não é exposta à crítica. Frisa-se, nesse ponto, que ao tratarmos da *correção intersubjetiva* nosso parâmetro é o *erro* que pode ser exposto a partir de uma análise dos passos seguidos pelo julgador na definição do *fato provado*. Cuida-se, portanto, do que, mais adiante, denominamos de *erro aparente e contornável* não do que chamaremos de *erro real e de solução variável*.¹⁵⁹

¹⁵⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova** ... cit. p. 162. A título de exemplo, no Brasil, destaca-se a possibilidade de anulação da decisão do júri manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, “d”, CPP).

¹⁵⁸ Largamente combatidos por Larry Laudan em sua análise voltada ao sistema acusatório anglo-americano realizada último capítulo da obra **Truth, error and criminal law**... cit. p. 171-233.

¹⁵⁹ Cf. item III.3 infra.

CAPÍTULO III. DECISÃO SOBRE OS FATOS

1. Atitudes proposicionais

Já foi destacado no presente trabalho a distinção entre a proposição que afirma a existência de um fato (proposição fática ou “*h*”) e o fato propriamente dito, bem como estabelecido que o *fato provado* (está provado que “*h*”) se refere àquela e não a este (à proposição fática e não ao fato)¹⁶⁰. Nesse contexto, ao longo do primeiro capítulo tivemos a oportunidade de desenvolver o que chamamos de estrutura (“morfologia”) do sistema probatório, a partir do esclarecimento dos conceitos envolvidos nesse sistema e sua correlação¹⁶¹.

Também observamos, desta feita com maior desenvolvimento ao longo do segundo capítulo, a dinâmica do referido sistema (“fisiologia”), mais sob o enfoque das principais causas de incongruência entre o *fato provado* afirmado no processo (está provado que “*h*”) e os fatos propriamente ditos (afirmados por “*h*”) (“patologia”), a fim de tornar possível a visualização de formas de evitá-la¹⁶². Assim, o *convencimento judicial* ganhou destaque na medida em que defendemos a sua função de legitimação da *certeza*, como produto do regramento processual da prova, e o seu papel de expor a decisão fática à correção intersubjetiva, a fim de evitar a referida possibilidade de incongruência.¹⁶³

Muitas das noções e conceitos trabalhados até o presente momento, em especial os conceitos de *certeza* (*crença* na posse da verdade) e *convencimento* (*certeza* legitimada)¹⁶⁴, dentre outros, colocam em relevo o estado mental implicado na apreciação das proposições fáticas (“*h*”) objeto da atividade probatória. Assim, tem-se que a determinação do *fato provado* na sentença condenatória depende em grande medida da postura que se espera do julgador ao enunciá-lo, ao enunciar a prova da proposição fática, plasmando-a no *enunciado probatório* (“está provado que ‘*h*’”). Nesses termos, com o escopo de completar a análise da determinação do *fato provado* na sentença penal condenatória sob o prisma do acerto

¹⁶⁰ Cf. item I.2.5 supra.

¹⁶¹ Cf. itens I.3 e I.4 supra.

¹⁶² Cf. itens II.1 e II.2 supra.

¹⁶³ Cf. itens II.2.3 e II.3 supra.

¹⁶⁴ Cf. item II.1 supra.

dos fatos, cumpre estabelecermos qual deve ser o estado mental do julgador diante da proposição fática.

Para tanto, socorremo-nos novamente dos ensinamentos de Jordi Ferrer Beltrán, que trabalha com as posturas ou atitudes possíveis na análise da proposição fática sob a denominação de *actitudes proposicionais*, transportando-as da tradição filosófica para o campo do direito. Sem qualquer pretensão de exaustividade, assim como quando tratamos da força e do sentido do enunciado probatório¹⁶⁵, observamos que o referido autor destaca três possíveis hipóteses para definir a *actitude proposicional* do julgador frente aos enunciados fáticos que são objeto da atividade probatória: (i) a vinculação da prova de uma proposição fática com a *crença* por parte do julgador na *verdade* dessa proposição; (ii) a vinculação da prova de uma proposição com o *conhecimento da verdade*; e (iii) a vinculação da prova de uma proposição com a *aceitação da verdade* da mesma.¹⁶⁶

1.1. A crença em “h” por parte do juiz

A primeira forma de enxergar a postura do julgador frente à proposição fática (“h”) que se pretende demonstrar é vinculá-la à busca da *crença* de sua *verdade*. Assim, às partes bastaria perseguir o “convencimento” do juiz sobre a *verdade* da proposição que afirma ou refuta os fatos.

Nota-se, dessa forma, que o referido “convencimento” consiste em um estado psicológico e não propriamente no *convencimento racional* ou *judicial* desenvolvido no presente trabalho¹⁶⁷. Ou seja, a *actitude proposicional* em questão apresenta-se como o simples juízo da *certeza* (“*crença* na posse da verdade”) destacado no capítulo precedente¹⁶⁸, não avançando sobre o procedimento legitimador conferido pelo juízo do *convencimento racional* ou *judicial*.

Nesse sentido, ao se referir à *actitude proposicional* em comento, Jordi Ferrer Beltrán pontuou exatamente a sua “*noção de prova absolutamente subjetiva*”. Para tanto, ressaltou que a *crença* é *involuntária*, podendo e devendo o julgador se determinar a obter uma *crença* sobre os fatos expostos na proposição fática, mas não determinar a própria *crença* obtida ao término do procedimento probatório. Ademais, o mencionado autor ressaltou que a *crença*

¹⁶⁵ Cf. itens I.3.2 e I.3.3 supra.

¹⁶⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad**... cit. p. 79-80.

¹⁶⁷ Cf. itens II.1 e II.3 supra.

¹⁶⁸ Cf. itens II.1 e II.2 supra.

independe do *contexto*, não se podendo distinguir aquilo que o julgador *crê* que ocorreu enquanto mera pessoa apresentada a alegações de fatos e aquilo que *acredita* ter ocorrido à luz dos elementos de prova constante no processo.¹⁶⁹

Em meio às destacadas ressalvas, Jordi Ferrer Beltrán estabelece que o julgador deve prescindir de suas *crenças* para selecionar os *fatos provados* que incorpora no seu raciocínio.¹⁷⁰ Com isso não podemos concordar, já que impossível extirpar a personalidade de cada julgador, representada na subjetividade inerente à decisão fática, conforme já tivemos oportunidade de destacar e tornaremos ao assunto oportunamente¹⁷¹.

Com efeito, nesse ponto reside a nossa principal divergência com o autor em questão, já que admitimos uma margem de apreciação subjetiva das provas para a enunciação do *fato provado*, representada essencialmente pelo já mencionado juízo da *certeza* (*crença* na posse da verdade). Nesses termos, ainda que concordemos com as ressalvas de ausência de voluntariedade e contexto da *certeza*, entendemos que esse é um primeiro juízo, uma primeira etapa, na definição do *fato provado*, o qual certamente não é o bastante e deverá ser aperfeiçoado pelo juízo do *convencimento judicial* ou *racional*, mas é imprescindível no contexto decisório.

1.2. O conhecimento de “h” por parte do juiz

Consideradas as críticas dirigidas ao extremo subjetivismo da *atitude proposicional* lastreada na *crença* do julgador, pode-se buscar o extremo oposto ao vincular a postura deste frente às alegações de fato ao *conhecimento* dos fatos enunciados na proposição fática que declara provada. Nesses termos, é atribuído um dado objetivo que torna passível de questionamento o enunciado probatório, na medida em que o *conhecimento* dos fatos depende da *verdade* da proposição fática.

Assim, dado que uma coisa é a *verdade* e outra, muito diferente, é o seu *conhecimento*, a *atitude proposicional* em questão privilegia o controle por parte de terceiros da decisão fática, independentemente da *crença* julgador. Contudo, adverte Jordi Ferrer Beltrán, “a *verdade de uma proposição é uma exigência demasiadamente forte para que se possa considerar essa proposição como provada*”.¹⁷²

¹⁶⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad**... cit. p. 83-88.

¹⁷⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad**... cit. p. 84.

¹⁷¹ Cf. itens II.2 supra e III.2.2 infra.

¹⁷² FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad**... cit. p. 89-90.

Não por outro motivo, destacamos a relação teleológica existente entre *prova* e *verdade*¹⁷³, na medida em que a *prova* busca a *verdade*, mas não necessariamente atinge tal fim, daí porque nos referimos recorrentemente à falibilidade da decisão fática. Em outras palavras, a prevalecer essa *atitude proposicional*, descartar-se-ia a falibilidade da persecução penal, ou seja, as hipóteses de impossibilidade de se chegar a uma conclusão sobre os fatos ou de *erro* na sua definição no processo penal.¹⁷⁴

1.3. A aceitação de “h” por parte do juiz

Frente às deficiências encontradas nas *atitudes proposicionais* destacadas anteriormente para definir a postura que se espera do julgador na enunciação dos fatos provados no processo penal ou, especificamente nos limites do presente trabalho, na sentença penal condenatória, observa-se que a hipótese da *crença* é repelida pela ausência de voluntariedade e contextualização na definição do *enunciado probatório*, bem como a proposta do *conhecimento* é rechaçada pela idealização de uma vinculação infalível entre o *enunciado probatório* e a *verdade* da *proposição fática*. Portanto, tal qual poderíamos intuir sem o desenvolvimento acima, concluímos que o julgador deve prolatar a sentença de maneira voluntária e no limite dos elementos probatórios produzidos nos autos, quando encerrada a instrução processual.

Nesse sentido, Jordi Ferrer Beltrán apresenta a *aceitação* como *atitude proposicional* que deve ser adotada pelo juiz frente à proposição fática. Segundo o referido autor, em que pese haja divergências pontuais no campo da filosofia, sob o aspecto do direito podemos entender a *aceitação* como a postura de optar ou decidir pela política de usar ou não a proposição fática (“h”) em razão de determinados contextos. Essa postura, desse modo, possui como características definidoras a *voluntariedade* do ato de *aceitar* e a *contextualização* da decisão ou *para que se decide*.¹⁷⁵

Assim, o *enunciado probatório* declarado pelo magistrado na sentença penal condenatória não deve decorrer direta e necessariamente da sua *crença* na proposição fática, mas da *aceitação* desta a partir dos *elementos de prova* regularmente constantes nos autos. Outrossim, sua decisão possui referência externa e pode ser questionada por terceiros.

¹⁷³ Cf. item I.4.2 supra.

¹⁷⁴ Cf. item III.3 infra.

¹⁷⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad**... cit. p. 90-91.

Dessa forma, nos termos adotados no presente trabalho, a *aceitação* consiste na *atitude proposicional* que melhor veicula o que denominamos de *convencimento judicial*, evitando a automática ou precipitada adoção de *certeza* (*crença* na posse da *verdade*), na medida em que condiciona a decisão fática ao contexto probatório produzido de acordo com o seu regramento processual. Assim, a *atitude proposicional* em questão respeita a finalidade precipuamente epistêmica de toda e qualquer persecução penal, dentro dos parâmetros normativos impostos pelo regramento processual da prova.

Muito em decorrência da diferenciação entre os modelos de valoração da prova taxada e do livre convencimento motivado, Jordi Ferrer Beltrán destaca que razões de tipo epistêmico estabelecem uma relação óbvia ou *prima facie* entre a *crença* (ou *certeza*) na proposição fática e sua *aceitação* expressa no *fato provado*, ao passo que razões de tipo normativo podem afastar essa relação¹⁷⁶. Sem prejuízo, acrescentamos que ambos os tipos de razões, epistêmica e normativa, devem ser empregadas conjuntamente para a *aceitação* da proposição fática (“h”), que expõe o *convencimento judicial*.

Assim, a despeito de sermos entusiastas da definição da *certeza* como motivo inicial da *aceitação* de uma proposição fática¹⁷⁷, não entendemos que haja alternância entre os critérios epistêmico e normativo adotados para a enunciação do *fato provado*, mas complementariedade ou integração. Nesse sentido, lembrando mais uma vez os ensinamentos de Antônio Magalhães Gomes Filho, para que a *prova* possa regularmente cumprir sua função legitimadora, ao fixar os fatos no processo, é necessária a observância do regramento processual por meio do qual é assegurada a inexistência de ruptura entre o julgamento e a sociedade no seio da qual o mesmo se dá.¹⁷⁸

2. Afirmação justificada da proposição fática (“h”)

2.1. Novamente, valoração da prova

Se a *aceitabilidade* de uma proposição fática (“h”) deve pautar a *atitude proposicional* do julgador na sentença condenatória, vislumbramos a necessidade de justificação da *aceitação* de “h” para a determinação do *fato provado* em juízo. Isso porque,

¹⁷⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad**... cit. p. 94-96.

¹⁷⁷ Cf. item II.2 supra.

¹⁷⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova**... cit. p. 92.

se a *aceitação* de uma proposição fática depende do contexto no qual se insere e, no nosso caso, seu contexto é composto pelos elementos de prova constantes no expediente judicial, faz-se necessária a fundamentação ou justificação dessa *aceitação* em tais elementos de prova.

Obviamente, em função do procedimento circular e poroso de formação da *certeza*¹⁷⁹, faz-se ressaltar que a *aceitação* de uma proposição fática, por depender de justificação pautada em elementos de prova, também possui um processo informal e dinâmico de formação e abandono ao longo de toda instrução probatória. Dessa maneira, por exemplo, é possível que o julgador *aceite* o enunciado fático “*h*” diante dos elementos de prova “*x*” e “*y*”, mas logo seja produzido o elemento “*z*”, que infirma tal enunciado, tornando-o *inaceitável*; eis que pode surgir o elemento “*w*” que, corroborando “*x*” e “*y*”, afasta completamente “*z*”, levando novamente à *aceitação* de “*h*”; e assim por diante, até ser encerrada a instrução probatória e inaugurada a fase decisória.

De toda forma, considerando a delimitação do nosso campo de pesquisa, é apenas a partir da análise de todos os elementos de prova oriundos da instrução processual que se pode aferir propriamente a justificação ou não da *aceitação* da proposição fática considerada para enunciar o *fato provado* na sentença condenatória. Cuida-se de nova perspectiva, portanto, que reforça a importância da fase do procedimento probatório consistente na *avaliação*, já considerada no presente trabalho¹⁸⁰.

A *avaliação*, encerrada a instrução probatória e expostos regularmente todos os elementos de prova ao julgador, culmina no momento processual decisório da sentença, em que o magistrado deve adotar a postura de formalmente verificar e apontar a *aceitação* ou não das proposições fáticas postas no processo, analisando se há justificativa ou não para a *aceitação* dessas proposições com base nos referidos elementos. Nessa oportunidade, portanto, é avaliado se há *certeza* e se ela encontra embasamento nos elementos de prova regularmente produzidos no processo. Assim, dá-se a formação do *convencimento judicial*, tal qual o entendemos nesta dissertação.

Não por outro motivo, Marina Gascón Abellán destaca a *avaliação* como o “juízo de *aceitabilidade*” dos enunciados fáticos, pontuando que estes devem ser considerados *aceitáveis* quando seu grau de probabilidade se estime *suficiente*. Nesse contexto, a referida autora esclarece a diferença entre o que chama de “princípio metodológico” e “critérios” de

¹⁷⁹ Cf. item II.2.1 supra.

¹⁸⁰ Cf. item II.3.3.3 supra.

valoração, destacando que aquele deve se pautar pelo *livre convencimento* como autêntica “garantia epistemológica”, enquanto estes são direcionados pelo “modelo cognoscitivista” de processo com o escopo de apurar a hipótese fática mais provável.¹⁸¹

Dessa forma, em outras palavras, dentre os conhecidos sistemas de valoração da prova (princípios metodológicos de valoração)¹⁸², a mencionada autora estabelece o sistema do *livre convencimento* como o mais adequado para aferir a *aceitabilidade* dos enunciados fáticos. Nesse contexto, fala-se em “garantia epistemológica” na medida em que o referido sistema de valoração confere maior aptidão ao processo, na qualidade de instrumento ou mecanismo voltado à obtenção da *verdade*, não se iludindo por valores probatórios determinados de antemão pelo legislador (fixados no sistema da prova legal), nem se pautando por valores desproporcionais, ilógicos ou arbitrários (fixados no sistema da íntima convicção).

Contudo, continua o raciocínio desenvolvido por Marina Gascón Abellán, o livre convencimento é tão somente o princípio metodológico (negativo) que deve pautar o julgador, não se referindo aos critérios (positivos) de valoração, que efetivamente indicam quando um enunciado fático alcançou grau de probabilidade *suficiente*, que, nos termos empregados na presente dissertação, corresponde ao produto da *certeza* respaldado pelo *convencimento*¹⁸³. Nesses termos, fala-se em “modelo cognoscitivista” porque esses critérios de valoração devem corresponder a regras ou parâmetros racionais que, sem olvidar as dificuldades práticas impostas à apuração de fatos em termos de correspondência ao real, são capazes de eleger a hipótese fática mais provável entre as diversas reconstruções possíveis dos fatos, determinando o conhecimento, na medida do possível, dos fatos.¹⁸⁴

¹⁸¹ **Los hechos en el Derecho...** cit. p. 140-144.

¹⁸² Cf. nota 149 supra.

¹⁸³ Nesse ponto, a título de precisão terminológica, faz-se ressaltar que a autora em questão utiliza os termos *probabilidade* e *grau de probabilidade* com o escopo de sublinhar a inexistência de exatidão absoluta na fixação de fatos no processo, sob um enfoque terminológico objetivo. Assim, em que pese nós tenhamos chamado e desdobrado em *certeza* e *convencimento* o que ela entende por *grau de probabilidade suficiente*, bem como ressaltado a inexistência de graduação desses dois conceitos (cf. item II.1 supra), não há equívoco ou incoerência entre as duas terminologias. Isso porque, primeiramente, conforme pontuamos na oportunidade destacada, a *probabilidade* possui graduação até atingir, em casos concretos, os marcos (*suficientes* e) não mais graduáveis da *certeza* e do *convencimento*, assim como porque, em segundo lugar, nosso enfoque terminológico é subjetivo, ou seja, da definição dos fatos pelo julgador (cf. item III.2.2 infra).

¹⁸⁴ **Los hechos en el Derecho...** cit. p. 144.

2.2. *Suficiência* dos elementos de prova e resultado da prova

No contexto da justificação da *aceitação* da proposição fática (“*h*”), como critério de definição do enunciado probatório (“está provado que ‘*h*’”) formulado na sentença condenatória, surge, portanto, a questão da *suficiência* dos elementos de prova para embasar a *aceitação*. Isso porque, a *aceitação* da proposição fática (“*h*”) apenas está justificada quando embasada em elementos probatórios *suficientes*. Assim, se falamos recorrentemente na noção de elementos de prova *suficientes* a favor de “*h*” ao longo do presente trabalho¹⁸⁵, mas ainda não nos detivemos na questão da *suficiência* propriamente dita, é chegado o momento de desenvolvermos essa questão.

Conforme nos ensina Maurício Zanoide de Moraes, a *suficiência* sintetiza um dos aspectos ou desdobramentos do princípio da presunção de inocência, entendido como “norma de juízo”. Nesse aspecto, o princípio em comento estabelece que é necessária atividade probatória *suficiente* para reverter o estado de inocência constitucionalmente conferido ao indivíduo e condená-lo no processo penal.¹⁸⁶

No entanto, adverte o referido autor, não há definição doutrinária ou jurisprudencial sobre o que seja “atividade probatória *suficiente*” ou “mínima atividade probatória” para se afastar a presunção de inocência. A despeito disso, destaca o autor em questão, há um certo consenso de que ela deve ser observada em cada caso, inexistindo critérios quantitativos (número mínimo de provas) ou qualitativos (meio mais eficaz de prova) preestabelecidos.¹⁸⁷

Observa-se, ademais, que a *suficiência* está primordialmente no campo de juízo subjetivo (da *certeza*, portanto), já que varia conforme o caso e, ao fim, sua definição depende da satisfação daquele que a afirma, o julgador. Cuida-se, em outras palavras, de noção que traduz a subjetividade ínsita à decisão processual e, assim, expõe a sua complexidade¹⁸⁸. Daí porque Maurício Zanoide de Moraes destaca a existência de subjetividade inerente às noções de *suficiência*, *dúvida*, dentre outras, peculiares ao âmbito da presunção de inocência como “norma de juízo”.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Já destacamos no presente trabalho que o enunciado probatório possui, como sentido, a existência de elementos probatórios suficientes a favor da proposição fática (cf. item I.3.2.3 supra), como força, a descrição da existência dessa *suficiência* (cf. item I.3.3.3 supra) e, agora, tratamos da justificação da *aceitação* de “*h*” como produto da *suficiência* de elementos.

¹⁸⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência...** cit. p. 402-407 e 468-469.

¹⁸⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência...** cit. p. 471

¹⁸⁸ Sobre a decisão no processo penal como ato complexo, cf. FATTORI, Thiago Alessandro. **Subjetividade e processo penal...** p. 212-217.

¹⁸⁹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência...** cit. p. 464.

Não se contradiz, com isso, o juízo objetivamente verificável representado pelo que denominamos no presente trabalho de *convencimento racional* ou *judicial*. Pelo contrário, 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, é dizer, elemento apto a influenciar a determinação dos fatos pelo julgador¹⁹⁰. Além disso, persiste a necessidade de correção intersubjetiva da decisão fática, pautada pelo afastamento de todas as demais hipóteses fáticas vislumbradas para o caso. Em suma, observa-se mais uma vez que o juízo de *certeza* é integrado pelo juízo de *convencimento racional* ou *judicial*.

Nesse ponto, a fim de melhor entendermos a mencionada integração promovida pelo juízo do *convencimento judicial*, faz-se oportuno tratarmos da questão dos supracitados critérios (positivos) de valoração¹⁹¹, utilizados em meio ao princípio (negativo) de valoração consistente no *livre convencimento* para analisar a *suficiência* ou não do conjunto de elementos de prova produzido no processo e determinar o resultado probatório. Ademais, nesse mesmo contexto, cumpre tratarmos dos chamados *standards* probatórios, patamares de prova *abstratos* que pautam a afirmação da *suficiência* probatória, na medida em que esta pressupõe atingido ou superado o *standard* probatório em um determinado caso concreto.

Com relação aos chamados critérios (positivos) de valoração, Marina Gascón Abellán destaca a existência de dois grandes modelos de valoração racional do grau de probabilidade das hipóteses fáticas com o escopo de aferir a *suficiência* probatória, a saber, i) modelos baseados na aplicação de instrumentos matemáticos, correspondente à noção matemática ou estatística de probabilidade; ii) e modelos baseados em esquemas de confirmação, correspondente à noção lógica ou indutiva de probabilidade¹⁹².

O método matemático-estatístico é objeto de maiores considerações no sistema processual penal anglo-americano, especialmente em abordagens de setor da doutrina denominado *New Evidence Scholarship*, e possui o escopo de levar ao processo o cálculo matemático de probabilidade, notadamente operando a aplicação do teorema de Bayes às inferências jurídicas baseadas em probabilidades subjetivamente determinadas (*probabilidade subjetiva*). Em sua formulação mais simples, o teorema de Bayes afirma que

¹⁹⁰ Nesse mesmo sentido, Maurício Zanoide de Moraes destaca que, antes da análise da *suficiência* no plano da “norma de juízo”, a presunção de inocência como “norma probatória” exige *prova* lícita, incriminadora e produzida pela acusação. **Presunção de inocência...** cit. p. 461-468.

¹⁹¹ Cf. item III.2.1 supra. GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el Derecho...** cit. p. 144.

¹⁹² Sobre a precisão terminológica da utilização do termo *proporcionalidade*, cf. nota 180 supra.

a probabilidade (condicional, consequente ou posterior) de um evento H, dado um evento E, pode ser determinada em função da frequência estatística com que, dado H, verifica-se E (inversa) e da probabilidade atribuída anteriormente ao evento H (probabilidade *a priori* ou anterior). Assim, formalmente temos que¹⁹³:

$$P(H/E) = \frac{P(E/H)}{P(E/n\tilde{a}oH)} \cdot P(H)$$

P (H/E): probabilidade de H, dado um evento E (condicional, consequente ou posterior).

P (E/H): frequência estatística com que, dado H, dá-se E.

P (E/nãoH): frequência estatística com que, sem se dar H, dá-se E.

P (H): probabilidade atribuída a H antes de se considerar E (probabilidade *a priori*, anterior).

Nesses termos, no processo, a cada novo dado ou elemento de prova poderia ser calculada a probabilidade (condicional, posterior ou consequente) de uma hipótese fática corresponder à realidade, de maneira dinâmica. Isso porque, diferentemente da estatística clássica (análise estática), a estatística bayesiana calcula as probabilidades recursivamente, na medida em que os parâmetros mudam a cada conta ou ciclo, conforme os eventos ou dados à disposição (análise dinâmica).¹⁹⁴

Assim, se lembrarmos do nosso exemplo literário da obra “*Os Irmãos Karamázov*” de Fiódor Dostoiévski¹⁹⁵ e supormos que, além dos demais elementos narrados no romance (testemunhos de brigas e juras de morte, testemunho de fuga do local logo após o crime, roupas sujas de sangue, etc.), havia um laudo papiloscópico atestando que as impressões digitais de Dmitri Karamázov coincidiram com os vestígios das impressões digitais encontradas na mão de pilão utilizada para matar Fiódor Karamázov, o teorema de Bayes permitiria determinar a probabilidade (condicional, posterior ou consequente) desses vestígios de impressões digitais constantes na mão de pilão serem efetivamente de Dmitri, considerando a inversa decorrente da frequência estatística de resultados de confronto de impressões digitais e a probabilidade anterior oriunda dos demais elementos de prova já existentes.

¹⁹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el Derecho...** cit. p. 147; FRIEDMAN, Richard D. **Assessing Evidence.** Michigan Law Rev. 94, 6; 1810-1838, 1996. p. 1812-1838.

¹⁹⁴ FRIEDMAN, Richard D. **Assessing Evidence...** cit. p. 1812-1838.

¹⁹⁵ Cf. item I.1 *supra*.

Ocorre que, sem prejuízo da importância do cálculo matemático de probabilidades para o avanço técnico e a valoração das denominadas *provas científicas*, como o referido exame de papiloscopia ou o famoso exame de DNA, a utilização desse modelo como critério geral de valoração de provas no processo é alvo de muitas críticas.

Nesses termos, considerando as formulações existentes a partir do teorema de Bayes, Marina Gascón Abellán destaca a dificuldade de quantificação da valoração subjetiva prévia (probabilidade *a priori* ou anterior). Além disso, observa a recorrente ausência de dados disponíveis para determinar a frequência estatística dos elementos de prova que serão valorados (inversa). Não bastasse isso, a mencionada autora ressalva que a fórmula bayesiana pressupõe um cálculo matemático simples apenas se versa sobre uma hipótese simples, consistente em aferir a probabilidade consequente frente a tão somente um novo elemento de prova, mas esse cálculo ganha excessiva complexidade se consideradas situações mais complexas, como variados novos elementos de prova e diversas hipóteses fáticas.¹⁹⁶

Ademais, no final das contas, a probabilidade bayesiana em nada auxilia na situação concreta de definição da *suficiência* probatória de uma dada hipótese fática. Primeiramente, porque aponta apenas a frequência estatística (abstrata) de ocorrência de fatos afirmados em proposições fáticas, ainda que à luz de determinados elementos de prova (concretos). Em segundo lugar, porque a precisão da fórmula bayesiana pressupõe dados ou eventos, espaço amostral e cálculos anteriores, completos e precisos, o que não é possível diante da natural incompletude e das inúmeras inferências realizadas no âmbito da definição fática no processo.

Assim, retomando o nosso exemplo literário, ainda que o cálculo bayesiano resultasse na probabilidade de 99,9% das impressões digitais existentes na mão de pilão serem efetivamente de Dmitri Karamázov, esse dado apenas revela grau (mais do que) *suficiente* de probabilidade de Dmitri ter tocado na mão de pilão, mas não propriamente que ele a utilizou para matar Fiódor Karamazov. De fato, sabemos pela narrativa do romance que Dmitri utilizou a mão de pilão para golpear um criado que tentava impedir sua fuga após o verdadeiro assassino matar Fiódor, não para golpear este último.

A busca de racionalizar critérios (positivos) de valoração da prova não significa, portanto, matematizar esses critérios.

¹⁹⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el Derecho...** cit. p. 149-150.

Nesse sentido, os modelos baseados em esquemas de confirmação apostam na probabilidade lógica indutiva para determinar a *suficiência* probatória, conforme amplamente difundido na prática e cultura jurídica continental, mas também objeto de análise de um destacado setor da mencionada *New Evidence Scholarship* existente na doutrina de tradição anglo-americana. Dessa forma, nos termos formulados por Jonathan Laurence Cohen e endossados por Marina Gascón Abellán, a probabilidade indutiva consiste em um conceito que não surge do *azar*, como na estatística matemática, mas de *causas*, na medida em que a probabilidade de uma hipótese fática se apoia em sua *conexão lógica* com os elementos de prova, por meio de regras gerais de causalidade (*aquilo que geralmente ocorre*), e mediante o *grau de apoio indutivo* que esses elementos de prova proporcionam a essa hipótese (não refutação da regra geral de causalidade por *aquilo que concretamente ocorreu*).¹⁹⁷

Nesses termos, a aferição da *suficiência* probatória mediante o modelo de grau de confirmação insere-se em um processo lógico indutivo de aquisição de conhecimento que se desenvolve por meio de sucessivas confirmações de hipóteses fáticas e de sua submissão a refutações. Logo, esse modelo racional melhor se adequa à estrutura e aos problemas probatórios encarados pelo juiz, a saber, a existência de uma ou várias hipóteses fáticas e a necessidade de estabelecer, com base na (in)*suficiência* dos elementos de prova disponíveis, a *aceitabilidade* dessas hipóteses.¹⁹⁸

Poder-se-ia criticar essa formulação alegando-se que em alguns casos, como no nosso exemplo literário do assassinato de Fiódor Karamázov, o método da confirmação pela lógica indutiva seria inócuo para afastar o *erro judicial*. Contudo, sob essa perspectiva, observa-se que nem mesmo a pretensa exatidão da lógica estatística matemática diminui o risco desse tipo de *erro*, pelo contrário, aumenta-o na medida em que, como vimos, as cifras percentuais atingidas são persuasivas e dificultam refutações tendentes a demonstrar causas concretas dissonantes das regras gerais de causalidade (*aquilo que geralmente ocorre*).

Assim, o grande trunfo da utilização do critério racional de graus de confirmação pela lógica indutiva no âmbito processual consiste na ponderação das regras gerais de causalidade (*aquilo que geralmente ocorre*) com as refutações possíveis a partir da constatação de causas dissonantes ou incomuns. Daí destacarmos a importância do

¹⁹⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el Derecho...** cit. p. 154-155; COHEN, L. Jonathan. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 44.

¹⁹⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el Derecho...** cit. p. 158-159.

contraditório na formação da *certeza* e do *convencimento judicial*¹⁹⁹, que, na decisão processual, veiculam a *aceitação* de proposição fática justificando-a na *suficiência* probatória.

Quanto aos *standards* probatórios abstratamente estabelecidos como parâmetros para a afirmação da *suficiência probatória*, o epistemólogo Larry Laudan, pautado pela análise do sistema anglo-americano, não poupa críticas à expressão “*além de qualquer dúvida razoável*” (BARD) empregada na definição do *standard* probatório necessário para a condenação criminal em tal sistema. Segundo o referido autor, o parâmetro expresso na fórmula destacada é subjetivo e ambíguo, na medida em que possui baixa densidade semântica e, ainda que pensado em termos de uma probabilidade estatística matemática (p. ex., condenação apenas com aferição de 95% ou mais de probabilidade do acusado ter praticado o delito), depende substancialmente do peso subjetivo dado a cada *prova* por parte dos julgadores.²⁰⁰

Dessa forma, Larry Laudan estabelece que um *standard* probatório apropriado não depende da confiança subjetiva em uma hipótese fática, mas sim, ao contrário, o *standard* probatório é que indica quando a confiança subjetiva está justificada. Assim, defende a formulação de um *standard* probatório em termos objetivos, pautado não na *dúvida* ou *certeza* do julgador, mas na efetiva verificação por parte deste de todas as inferências lógicas possíveis de serem observadas a partir de toda *prova* existente no processo, para a apuração do embasamento das hipóteses fáticas condenatória e absolutórias.²⁰¹

Ora, isso nada mais é do que a legitimação ou *objetivação* da *certeza* buscada mediante o crivo mais criterioso que denominamos de *convencimento racional* ou *judicial*. Entendemos, contudo, que essa operação deve se dar na determinação da *suficiência* probatória, no plano do caso concreto, sendo impossível a adoção de critérios semanticamente densos na determinação do *standard* probatório a ser adotado, no plano abstrato, para a sentença penal condenatória.

Não se pode olvidar, contudo, que a crítica de Larry Laudan se volta para o sistema anglo-americano, mais precisamente para o sistema processual penal dos Estados Unidos da América, em que foram fixados precedentes no sentido de que a *dúvida razoável* apenas diz

¹⁹⁹ Cf. itens II.2.2 e II.3.2 supra.

²⁰⁰ LAUDAN, Larry. **Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, 28, p. 95-113, 2005. p. 99-101.

²⁰¹ LAUDAN, Larry. **Por qué un estándar de prueba...** cit. p. 101-111.

respeito ao âmago do jurado, que não deve receber qualquer explicação que busque torná-la mais palpável por parte do juiz presidente do Tribunal do Júri. Nesse contexto, observa Michele Taruffo, a crítica do citado epistemólogo não se refere propriamente ao modelo processual continental ou de *civil law*, em que o julgador, juiz profissional, está obrigado a “‘objetivar’ sua própria decisão sobre os fatos, indicando os critérios seguidos e argumentando as razões pelas quais considerou que um determinado fato estava provado ou não provado”, a fim de que se permita “um controle intersubjetivo do fundamento da decisão”.²⁰²

De qualquer maneira, independentemente da maior ou menor densidade semântica que se pretenda dar ao *standard* probatório e do sistema processual penal que se tenha em mente, esse *standard* sempre vai ser um marco abstrato, cujo não atingimento, atingimento ou superação é analisado no caso concreto pela análise da *insuficiência* ou *suficiência* probatória. Nos termos de Michele Taruffo e em suma, esse é o principal problema que cabe ao julgador resolver no contexto do processo: decidir se há nos autos elementos probatórios *suficientes* para estabelecer que determinados fatos ocorreram realmente,²⁰³ o que é impossível de se estabelecer *a priori*. Daí nosso maior enfoque na questão da *suficiência* probatória do que propriamente na análise de *standards* probatórios no presente trabalho.

3. Erro judicial e distribuição das suas consequências

3.1. Erro aparente e contornável

Por fim, cumpre-nos regressar à questão do equívoco na determinação do *fato provado* na sentença penal condenatória, pontuada no primeiro capítulo por meio do exemplo literário constante na obra *Irmãos Karamázov* de Fiódor Dostoiévski.²⁰⁴ Conforme destacado naquela ocasião, a determinação dos fatos na sentença condenatória possui a falibilidade inerente a toda atividade humana. Ocorre que, acrescentamos agora, nesse campo há dois tipos de falibilidade.

²⁰² TARUFFO, Michele. **Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”**, de Larry Laudan. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, 28, p. 115-126, 2005. p. 119-122.

²⁰³ TARUFFO, Michele. **Tres observaciones...** cit. p. 121.

²⁰⁴ Cf. itens I.1.1, I.3.2.3, I.3.3.3 e I.4.2 supra.

A primeira delas, consiste na ausência de justificação, pautada na *suficiência* dos elementos de prova constantes no expediente judicial, que sustente a *aceitação* da *proposição fática* determinante para a afirmação do *enunciado probatório* por parte do julgador. Trata-se, portanto, da falibilidade do juiz, na seleção das premissas fáticas do seu raciocínio, por problemas na justificação da *aceitação* das *proposições fáticas* consideradas como *suficientemente* provadas. Em outras palavras e simplificando, essa primeira falibilidade pode ser definida pela diferença entre o que pode ou não, efetivamente, ser declarado como provado no processo, de acordo com os elementos de prova existentes, e aquilo que foi considerado como provado pelo julgador²⁰⁵

Essa falibilidade é contornada ou combatida mediante o controle intersubjetivo da decisão fática²⁰⁶, que no caso da sentença condenatória é assegurado precipuamente pelo recurso de apelação. Dessa forma, muito embora possa se falar genericamente em erro (do julgador), na medida em que não há correspondência entre o que realmente ocorreu e o *fato provado* definido pelo julgador, não há nesse caso propriamente *erro judicial*, mas *erro do julgador*.

Isso não quer dizer, contudo, que não haja dificuldades na identificação e saneamento do erro em comento.

Com efeito, em um primeiro momento, havendo no sistema processual penal brasileiro a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, “d”, CRFB), coloca-se a dificuldade da ausência de fundamentação da decisão fática nesses casos de valoração da prova pautada pela íntima convicção. Dessa forma, a verificação da legitimação da *certeza* pelo *convencimento judicial* pautado em provas *lícitas* e *incriminadoras* resta prejudicada e apenas poderá se dar em casos extremos, daí a estreita previsão de apelação em caso de “*decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos*” (art. 593, III, “d”, CPP).

Além disso, conforme destacado no item precedente, a definição da *suficiência* probatória não é um dado exato e depende das peculiaridades do caso concreto, as quais podem turvar a precisão do resultado probatório. Dessa forma, ainda nos casos em que a decisão se dá no contexto do livre convencimento motivado, a própria indefinição da *(in)suficiência* probatória pode dificultar a apuração da existência desse tipo de *erro*.

²⁰⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad**... cit. p. 96.

²⁰⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples**... cit. p. 108-111.

3.2. Erro real e de solução variável

O segundo tipo de falibilidade possível na determinação dos fatos na sentença condenatória consiste na existência de justificação, por verificação de *suficiência* de elementos de prova, para a *aceitação* da *proposição fática* plasmada no *enunciado probatório*, mas os fatos propriamente ditos ocorreram de outra maneira. Cuida-se, aqui, da falibilidade da própria decisão sobre os fatos.²⁰⁷

Esse é o *erro judicial*, nos termos empregados por Larry Laudan, segundo o qual o *erro* advém do inocente considerado culpado na decisão condenatória ou, ao contrário, do culpado considerado inocente na decisão absolutória. Logo, ainda segundo o referido autor, o *erro* propriamente dito não diz respeito a eventual incorreção do procedimento probatório, nem depende da adequação da decisão ao conjunto probatório existente nos autos (problemas que ele denomina “de *validade*”), já que as *provas* e as decisões não produzem os fatos, mas apenas dão a sanção, o reconhecimento (*aceitação*), oficial para uma particular *hipótese* sobre os fatos. Em outras palavras, o *erro* surge quando existe diferença entre a *culpa material* (efetiva prática do crime) e a *culpa probatória* (declarada pelo sistema de justiça criminal).²⁰⁸

Nesse contexto, hodiernamente, os sistemas de justiça criminal de que se tem notícia optam por solucionar a distribuição do *erro* que evita mais condenações erradas do que absolvições equivocadas²⁰⁹. Como Michele Taruffo, entendemos que essa solução é uma eleição política e moral plenamente compatível com o Estado Democrático de Direito, que prefere favorecer sistematicamente a posição do acusado.²¹⁰

Assim, utilizando os termos já empregados no presente trabalho, destaca-se que tal solução encontra efetividade essencialmente na *presunção de inocência*, enquanto “norma de juízo”, já que no sistema de justiça criminal de um Estado Democrático de Direito o “estado de inocência” do acusado é estabelecido constitucionalmente e apenas pode ser revertido frente à *suficiência* da atividade probatória verificada pelo julgador.²¹¹

Enquanto epistemólogo pautado na análise do sistema processual penal anglo-americano (apartado, portanto, do sistema de livre convencimento motivado da valoração da

²⁰⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdade...** cit. p. 97.

²⁰⁸ LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law...**cit. p. 10-12.

²⁰⁹ LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law...**cit. p. 1-2.

²¹⁰ TARUFFO, Michele. **Tres observaciones...** cit. p. 117.

²¹¹ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência...** cit. p. 424-475; 469

prova), é nítido o tratamento dado ao tema por Larry Laudan no sentido de apontar e criticar a preferência de mecanismos probatórios e regras processuais que minoram a possibilidade de condenações equivocadas (distribuição do *erro judicial*), em detrimento de elementos ou mecanismos aptos a esclarecer os fatos (diminuição do *erro judicial*).²¹²

Sem prejuízo do direcionamento de resposta à referida crítica representado pela questão de escolha moral e política já destacada, bem como pela visualização de escopo epistêmico em regras que limitam a precipitada formação da *certeza* pela *evidência*²¹³, observa-se que não há resposta precisa e simples que nós, juristas, poderíamos dar a um epistemólogo. Isso porque, a crítica em comento está inserida em um dos maiores debates da persecução penal, a saber, a já citada tensão entre efetividade da persecução penal e garantias processuais penais²¹⁴, o qual não só depende de questões técnicas, de maior ou menor possibilidade de *erro* decorrente do regramento probatório adotado, mas também de questões políticas e morais, que variam de acordo com a maturidade constitucional e democrática do sistema de justiça criminal de cada Estado.

²¹² LAUDAN, Larry. **Por qué un estándar de prueba...** cit. p. 111-113.

²¹³ Cf. item II.2 supra.

²¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reflexões sobre...** cit. p. 9-28. Cf. item II.2.2.

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*, ressalvamos 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.

SCARANCA 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.