



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO



PAULO ALVES SANTOS

**ARGUMENTOS E FATOS NO STF: UM EXAME DE ACÓRDÃOS PENAIIS
CONDENATÓRIOS PROFERIDOS PELA SUPREMA CORTE BRASILEIRA NO
JULGAMENTO DE AÇÕES PENAIIS ORIGINÁRIAS.**

BRASÍLIA

2019

PAULO ALVES SANTOS

**ARGUMENTOS E FATOS NO STF: UM EXAME DE ACÓRDÃOS PENAIIS
CONDENATÓRIOS PROFERIDOS PELA SUPREMA CORTE BRASILEIRA NO
JULGAMENTO DE AÇÕES PENAIIS ORIGINÁRIAS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Claudia Roesler

BRASÍLIA

2019

PAULO ALVES SANTOS

**ARGUMENTOS E FATOS NO STF: UM EXAME DE ACÓRDÃOS PENAIIS
CONDENATÓRIOS PROFERIDOS PELA SUPREMA CORTE BRASILEIRA NO
JULGAMENTO DE AÇÕES PENAIIS ORIGINÁRIAS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Claudia Roesler (UnB)
Orientadora – Presidente

Prof.^a Dr.^a Rachel Herdy de Barros Francisco (UFRJ)
Membra – Titular

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UnB)
Membro – Titular

Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto (UnB)
Membro – Suplente

BRASÍLIA

2019

AGRADECIMENTOS

À professora Claudia Roesler, que ao longo destes anos de parceria sempre motivou meu interesse pela argumentação jurídica e acompanhou, com sua habitual generosidade acadêmica, os meus primeiros passos na pesquisa em direito.

Aos membros do Grupo de Pesquisa em Retórica, Argumentação e Juridicidades (GPRAJ/UnB), que me propiciaram um ambiente crítico e comprometido com a pesquisa acadêmica, no qual eu pude discutir e amadurecer as ideias presentes neste trabalho.

Aos professores e estudantes do *Máster en Argumentación Jurídica* da Universidade de Alicante, em especial ao professor Daniel González Lagier, que me receberam no curso das investigações que resultaram neste trabalho e me oportunizaram um grande crescimento pessoal e acadêmico.

À Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal (FAP/DF), que financiou parcialmente a minha visita técnica à Universidade de Alicante no curso desta pesquisa.

– *“Tell me one last thing,” said Harry. “Is this real? Or has this been happening inside my head?”*

– *“Of course, it is happening inside your head, Harry, but why on earth should that mean that it is not real?”*

J.K. Rowling
Harry Potter and the Deathly Hallows

RESUMO

Este estudo propõe um exame da argumentação em matéria de fatos desenvolvida nos acórdãos penais condenatórios proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento de ações penais originárias. A abordagem deste objeto de pesquisa é realizada em quatro etapas. No primeiro capítulo, são apresentados os conceitos fundamentais da teoria *standard* da argumentação jurídica, adotada como marco teórico da investigação. Neste ponto, são tratadas as ideias fundamentais acerca da argumentação judicial nos estados constitucionais, como a pretensão de limitação da arbitrariedade jurisdicional, a diferenciação entre justificação externa e interna dos argumentos, os contextos da descoberta e da justificação na atividade judicial e a vinculação entre a argumentação e o problema da verdade nos processos penais. No segundo capítulo, procura-se construir uma compreensão operativa da argumentação em matéria de fatos no contexto judicial, com o intuito de esclarecer como podem ser articulados os argumentos sobre fatos no direito, o que é feito tomando-se como base o leiaute de argumento fático-probatório desenvolvido por Toulmin-González Lagier. No terceiro capítulo, apresenta-se uma análise geral da atuação do STF em ações penais originárias e, em seguida, são delimitados os parâmetros adotados para definir o conjunto de acórdãos selecionados para esta pesquisa, os quais foram submetidos a uma análise individualizada. No quarto capítulo, são apresentadas e discutidas algumas questões relevantes encontradas no conjunto de acórdãos examinados, entre elas o problema da exposição e valoração dos fatos probatórios, as dificuldades da constatação de fatos psicológicos no processo penal e a relevância da distinção entre *quaestio facti* e *quaestio iuris* para fins argumentativos. Ao final, conclui-se que a observação da prática argumentativa no STF em matéria de fatos ajuda a compreender o longo caminho que ainda é preciso percorrer para que as decisões fáticas dos juízes sejam realmente fundamentadas nos termos exigidos pelo constitucionalismo contemporâneo.

Palavras-chave: Argumentação judicial. Processo penal. Argumentação em matéria de fatos. Provas no processo penal. Condenação penal.

ABSTRACT

This study proposes an examination of the arguments on matters of facts developed in the criminal convictions handed down by the Brazilian Federal Supreme Court (STF) in the trial of originating criminal actions. The approach to this research object is performed in four steps. In the first chapter, we present the fundamental concepts of the standard theory of legal argumentation, adopted as the theoretical framework of research. At this point, the fundamental ideas about judicial argumentation in constitutional states, such as the limitation of jurisdictional arbitrariness, the differentiation between the external and internal justification of the arguments, the contexts of discovery and justification in judicial activity and the link between argumentation and the problem of truth in criminal proceedings. In the second chapter, an attempt is made to construct an operative understanding of the argumentation in the matter of facts in the judicial context, in order to clarify how the arguments about facts in the law can be articulated, which is done taking as base the layout of factual argument probative developed by Toulmin-González Lagier. In the third chapter, a general analysis of the STF's performance in originating criminal proceedings is presented, and then the parameters adopted to define the set of judgments selected for this research are delimited, which were submitted to an individualized analysis. The fourth chapter presents and discusses some of the relevant issues found in the set of judgments examined, including the problem of exposure and valuation of evidence, discussions on the finding of psychological facts in criminal proceedings and the relevance of the distinction between *quaestio facti* and *quaestio iuris* for argumentative purposes. In the end, it is concluded that the observation of the argumentative practice in the STF in the facts helps to understand the long road that still has to go so that decisions factual judges are really grounded in the terms required by the contemporary constitutionalism.

Keywords: Judicial argumentation. Criminal proceedings. Argumentation on facts. Evidence in criminal proceedings. Criminal conviction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – ARGUMENTAÇÃO, FATOS E VERDADE NO PROCESSO PENAL EM ESTADOS CONSTITUCIONAIS	11
1.1 ARGUMENTAÇÃO SOBRE FATOS NO DIREITO.....	11
1.2 O PROBLEMA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS	15
1.3 VERDADE E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA ATIVIDADE JURISDICIONAL PENAL	25
1.4 PROCESSO E DECISÃO ACERCA DOS FATOS NOS PROCESSOS PENAIS SOB O ENFOQUE ARGUMENTATIVO-CONSTITUCIONAL	32
1.5 PONTOS DE PARTIDA: ARGUMENTAÇÃO E BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL	38
CAPÍTULO 2 – ANÁLISE E AVALIAÇÃO DE ARGUMENTOS EM MATÉRIA DE FATOS NAS SENTENÇAS PENAIS	40
2.1 ANÁLISE E AVALIAÇÃO DE ARGUMENTOS EM MATÉRIA DE FATOS ...	40
2.1.1 Análise estática do argumento em matéria de fatos	45
2.1.2 Análise dinâmica dos argumentos em matéria de fatos	52
2.1.3 Critérios de avaliação dos argumentos em matéria de fatos	60
2.2 O PROBLEMA DOS PARÂMETROS PROBATÓRIOS MÍNIMOS (<i>ESTÁNDARES DE PRUEBA</i>)	68
2.3 PARA SEGUIR EM FRENTE: UMA COMPREENSÃO OPERATIVA DA ARGUMENTAÇÃO	71
CAPÍTULO 3 – ARGUMENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO PROFERIR ACÓRDÃOS PENAIS CONDENATÓRIOS	73
3.1 UTILIDADE PRÁTICA E METODOLOGIA	73
3.2 ANÁLISES DE ACÓRDÃOS CONDENATÓRIOS PROFERIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA	81
3.2.1 Decisões da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal	81
3.2.2 Decisões da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal	98
CAPÍTULO 4 – PROBLEMAS E PERSPECTIVAS	131
4.1 EXPOSIÇÃO E VALORAÇÃO DOS FATOS PROBATÓRIOS E DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA	131
4.2 IMEDIAÇÃO, JUIZ INSTRUTOR E PROVAS ORAIS EXTRAPROCESSUAIS	139
4.3 FATOS PSICOLÓGICOS	147
4.4 MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA, PRESUNÇÕES E ÔNUS DA PROVA.....	151
4.5 A PROVA PERICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES	157
4.6 RELEVÂNCIA ARGUMENTATIVA DA DISTINÇÃO ENTRE <i>QUAESTIO FACTI</i> E <i>QUAESTIO IURIS</i>	162
4.7 DE VOLTA AOS PARÂMETROS PROBATÓRIOS MÍNIMOS.....	166
5 CONCLUSÕES	170
REFERÊNCIAS	175

INTRODUÇÃO

A atividade do juiz, seja qual for a perspectiva jusfilosófica adotada, consiste essencialmente em decidir. O poder jurisdicional existe justamente em função da solução de conflitos pela determinação, entre duas ou mais possibilidades concorrentes, daquela que se revestirá de autoridade. No entanto, com o advento do constitucionalismo, irrompe a exigência de que estes atos judiciais decisórios sejam qualificados pela existência de uma fundamentação capaz de demonstrar a correção da decisão. Nesse contexto, para os juízes em estados constitucionais, decidir e argumentar em favor da sua decisão tornam-se duas faces de uma mesma atividade.

A imprescindibilidade da argumentação para o exercício da jurisdição ofereceu um terreno fértil para o desenvolvimento das teorias da argumentação jurídica, cujos avanços no campo da argumentação empreendida pelos juízes foram mais profícuos do que em qualquer outro campo da argumentação no direito. Contudo, mesmo em se tratando da atividade dos juízes, submetidos constitucionalmente ao dever de fundamentação explícita, a perspectiva de que as decisões judiciais acerca dos fatos igualmente necessitam de uma argumentação que as justifique demorou a ser compreendida e ainda não foi totalmente assimilada. A esse respeito, deve-se recordar que até o final de década de 1970 o Tribunal Supremo espanhol considerava “totalmente ociosa e desnecessária”¹ a apresentação de maiores explicações do julgador acerca da análise e valoração das provas, bem como que o ordenamento jurídico brasileiro ainda prevê até a atualidade métodos de julgamento por íntima convicção.²

Especialmente no campo penal, em que a decisão e, por consequência, a argumentação acerca de questões fáticas controvertidas assume extrema relevância jurídica, não é possível deixar este imenso campo da atividade do juiz isento da exigência de fundamentação. Em verdade, a falta de atenção à argumentação em matéria de fatos presente nos atos decisórios é uma das deficiências mais notáveis das teorias da argumentação jurídica desenvolvidas no final

¹ *Sentencia de 10 de febrero de 1978*, Sala Segunda do Tribunal Supremo espanhol (*ponente* Vivas Marzal), citada em ANDRÉS IBÁÑEZ, 1992.

² Refere-se aos processos submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, nos quais as decisões dos jurados não são fundamentadas e devem ser tomadas “de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça” (art. 472 do Código Penal). Por certo, o sistema de íntima convicção no Tribunal do Júri é mitigado pela fase de pronúncia, que exige uma fundamentação mínima acerca da plausibilidade fática da acusação, pela possibilidade de anulação do julgamento manifestamente contrário às provas dos autos (art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal) e pela possibilidade de absolvição do acusado em decisão motivada na revisão criminal, hipótese que foi criada jurisprudencialmente (STJ, REsp nº 1.050.816/SP). Todavia, a eficácia destes mecanismos mitigadores é controversa.

do século passado (ATIENZA, 1994), um problema que tem sido objeto de pesquisas mais recentes.

Este trabalho se insere dentro deste conjunto de estudos que pretendem colaborar para o aprimoramento da argumentação jurídica em matéria de fatos, especialmente no campo das decisões penais. Para tanto, propõe-se, de um lado, uma abordagem teórica capaz de oferecer os fundamentos que alicerçam a prática jurídica em matéria penal dentro do paradigma constitucional-argumentativo e, de outro lado, uma abordagem empírica que pretende levar ao campo prático o instrumental teórico disponível no atual estado da arte para a análise e a avaliação de argumentações em matéria de fatos.

O objeto central do trabalho é o exame de um conjunto de decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira ao proferir condenações em ações penais que tramitaram originariamente sob sua jurisdição. Para viabilizar uma adequada aproximação a este objeto, são propostas quatro etapas de investigação, cujos resultados de cada uma destas etapas correspondem a cada um dos capítulos desta dissertação.

O primeiro capítulo apresenta as ideias centrais que caracterizam a concepção argumentativa do direito a partir da perspectiva adotada pela teoria *standard* da argumentação jurídica. Nesta temática, é tratada a relação entre a argumentação jurídica e o constitucionalismo, os aspectos diferenciadores da teoria da argumentação jurídica frente a outras concepções do direito do século XX e a compreensão da exigência de fundamentação das decisões judiciais como mecanismo de controle contra o exercício arbitrário do poder no âmbito judicial. Do mesmo modo, são abordadas noções centrais do marco teórico presente nesta dissertação, em especial a diferenciação entre os contextos da descoberta e da justificação e entre as justificações interna e externa.

Também no primeiro capítulo procura-se compreender de que forma os pressupostos construídos pela teoria *standard* da argumentação jurídica interferem diretamente na prática da argumentação em matéria de fatos nos processos penais. A esse respeito, salienta-se a necessidade de uma fundamentação substancial dos raciocínios probatórios realizados pelos juízes em suas decisões, o papel da verdade factual como critério norteador da justificação externa das premissas fáticas adotadas e as principais exigências e limitações presentes no processo penal e na atividade decisória do juiz em matéria penal dentro do contexto argumentativo-constitucional contemporâneo.

No segundo capítulo, propõe-se uma metodologia de compreensão dos argumentos em matéria de fatos nas decisões judiciais a partir do leiaute de argumento pensado por Toulmin (2006) e adaptado por González Lagier (2003b). Neste ponto, serão abordadas, além dos

elementos básicos que constituem a estrutura de um argumento probatório segundo o referido leiaute, outras questões referentes à correlação entre argumentos fáticos e argumentos de interpretação normativa, às perspectivas estática e dinâmica da argumentação probatória e à proposta de compreensão do raciocínio empreendido em decisões judiciais penais como o desenho de uma fita dupla de DNA, na qual as linhas de raciocínio fática e normativa estão em constante comunicação.

Além disso, no segundo capítulo serão explorados os critérios de avaliação dos argumentos em matéria de fatos que foram construídos por González Lagier com base nos elementos principais do leiaute toulmaniano. Ao final, são feitas breves considerações acerca da discussão atualmente em curso sobre necessidade de formulação de parâmetros probatórios mínimos (ou *estándares de prueba*) mais precisos para determinar os limites entre o provado e o não provado no campo judicial.

No terceiro capítulo, após a justificativa metodológica para a delimitação do objeto de pesquisa – acórdãos condenatórios proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ações penais originárias durante os anos de 2014 a 2016 – é traçado um panorama geral da atividade da Corte Suprema como juízo penal originário e, em seguida, passa-se ao exame individualizado dos acórdãos selecionados. Nesta etapa, além de se identificar as questões controversas nos casos julgados e as estratégias argumentativas adotadas pelos julgadores ao proferirem decisões sobre os aspectos fáticos das decisões condenatórias, realiza-se uma confrontação entre esta realidade prática e os pressupostos e instrumentos teóricos desenvolvidos nos capítulos anteriores.

Por fim, os principais problemas e perspectivas encontrados nos acórdãos examinados são reunidos, no quarto capítulo, em uma abordagem mais ampla, com a discussão acadêmica dos pontos relevantes identificados no objeto da pesquisa e que demandam maior reflexão. Este último capítulo aponta, portanto, estratégias que podem contribuir para o desenvolvimento de uma fundamentação decisória mais consentânea com o contexto argumentativo-constitucional e, ao mesmo tempo, identifica ideias presentes na prática atual que pouco contribuem para este propósito.

Em conclusão, espera-se que este estudo possa contribuir com o atual estado da arte da argumentação judicial em matéria de fatos no Brasil, seja pela organização e apresentação sistemática das ideias já desenvolvidas neste campo sob o influxo da teoria *standard* da argumentação jurídica, seja pela exposição de modelos e esquemas analíticos que auxiliam na construção e na compreensão de argumentos jurídicos fático-probatórios, seja, principalmente, por uma abordagem empírica do assunto capaz de identificar os problemas e perspectivas deste

tema cujo desenvolvimento é essencial para que se assegure o direito fundamental a decisões judiciais realmente fundamentadas.

CAPÍTULO 1 – ARGUMENTAÇÃO, FATOS E VERDADE NO PROCESSO PENAL EM ESTADOS CONSTITUCIONAIS

1.1 ARGUMENTAÇÃO SOBRE FATOS NO DIREITO

A argumentação em matéria de fatos tem sido objeto de recente desenvolvimento no âmbito da chamada teoria *standard* da argumentação jurídica. Esta concepção do direito³, impulsionada a partir da segunda metade do século XX, compreende que o raciocínio jurídico, embora possua um componente lógico importante, não pode ser restringido à lógica formal. Assim, os autores normalmente identificados com esta linha de pensamento (ALEXY, 2007; MACCORMICK, 2008; ATIENZA, 2013; PECZENIK, 2000), admitem uma distinção entre a justificação interna das decisões judiciais, de caráter lógico-formal, e a justificação externa, consistente na argumentação necessária para fundamentar a escolha e/ou construção das premissas que serão utilizadas no silogismo decisório. Ao conjunto de trabalhos empreendidos sob a perspectiva da teoria *standard* assim conformada foram dirigidas diversas críticas, entre elas a de que seu campo de atuação estaria demasiadamente direcionado à argumentação das Cortes constitucionais, excluindo-se de seu objeto de investigação outros variados campos da argumentação jurídica, entre eles os argumentos em matéria de fatos, razão pela qual este último tema foi incluído na agenda dos argumentativistas nos últimos anos (ATIENZA, 2013, p. 31).

De fato, embora ainda não se possa igualar a produção acadêmica em torno da argumentação em matéria de fatos àquela voltada à argumentação jurídica para interpretação normativa, constata-se uma diversidade de estudos nas últimas décadas capazes de oferecer uma perspectiva geral aos práticos do direito acerca de como bem argumentar nos raciocínios probatórios judiciais, em especial no processo penal, onde problemas deste gênero assumem maior densidade.

O descompasso entre o desenvolvimento das teorias da argumentação no campo normativo e no campo fático pode ser explicado por diversos fatores, entre os quais se destacam a constante negativa de controle das conclusões fáticas pelos tribunais hierarquicamente mais elevados, o que faz com que os problemas probatórios geralmente não alcancem maior visibilidade, e a existência de sofismas comumente aceitos pelos juristas que minam – ou, no limite, excluem – a necessidade de fundamentação judicial nos aspectos fáticos (ATIENZA,

³ Uma concepção do direito, no sentido empregado ao tratarmos da teoria *standard* da argumentação jurídica, consiste em um conjunto razoavelmente articulado de respostas acerca de questões básicas do fenômeno jurídico, tais como os limites entre o direito e o não direito, a relação do direito com a moral e a política, as funções, valores e objetivos que orientam o direito, etc. (ATIENZA, 2014, p. 26).

1994, p. 82). Estes recursos materialmente inconsistentes, utilizados na prática jurídica como escudos para a falta de motivação judicial sobre os aspectos probatórios das decisões, são comumente expressos como derivações do “livre convencimento” do juiz ou de seu acesso privilegiado à “verdade real” (BRUM, 1980)

De outra parte, a construção de uma prática jurídica que relega ao plano marginal a argumentação em matéria de fatos é também reflexo de ideias presentes no senso comum de que “os fatos são os fatos” e “contra fatos não há argumentos”, afirmações que se fundam em uma confiança extremada na razão empírica subjetiva, almejando dispensar maiores justificações sobre o exame das provas (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 11). Esta mesma ideologia está expressa na máxima jurídica *da mihi factum dabo tibi ius*, que cristaliza uma dualidade entre o mundo dos fatos, externamente apresentados ao juiz pelos litigantes, e o mundo jurídico no qual supostamente se desenvolveria a decisão.

Na experiência jurídica histórica, o enfrentamento da matéria fática no campo das decisões jurídicas já transitou desde a pura irracionalidade (ordálios) até a adoção de um sistema de racionalidade absolutamente formalista (prova taxada), de forma que o uso de alguma racionalidade argumentativa nos aspectos probatórios é, ao mesmo tempo, um avanço a ser comemorado nos estados constitucionais e um objetivo desafiador a ser perseguido (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 12-16). Em meio a diversas descontinuidades, a tentativa de adoção da racionalidade argumentativa em matéria probatória, reconhecendo-se a reconstrução discursiva dos fatos como um problema inatingível pelo simples empirismo e que demanda uma sólida argumentação jurídica, avança sempre ameaçada em estruturas marcadas pelo narcisismo togado, que se comprazem com o hermetismo decisório e com sua áurea quase mística (ANDRÉS IBÁÑEZ, 1992).

Em especial na América Latina, percebe-se uma ampliação recente da discussão acerca da argumentação em matéria de fatos no campo penal, fenômeno contextualmente ligado à redemocratização dos países latinos e à necessidade que estas nações têm de repensar os seus sistemas processuais criminais, os quais foram construídos sob o influxo de ideologias autoritárias (MAIER; STRUENSEE, 2000). A vinculação entre estes acontecimentos é relevante, pois a prática jurídica dos estados constitucionais deve estar comprometida com uma forma de prestação da jurisdição legitimada argumentativamente em todos os seus aspectos, sobretudo quando se coloca em juízo a liberdade humana.

De fato, há no constitucionalismo⁴ uma pretensão de limitação ao exercício arbitrário do poder que, em sua intersecção com o exercício do poder punitivo penal, não pode prescindir de uma adequada conformação entre a aplicação das penas e a justificação de sua imposição. Esta justificação, por seu turno, não se limita ao campo da interpretação das normas penais, mas também se estende à fundamentação das premissas fáticas, desempenhando estas últimas, com frequência, proeminência no raciocínio penal.

Não por acaso, os estados constitucionais contemporâneos adotaram como marco normativo processual penal a presunção de não culpabilidade⁵, atraindo para o próprio Estado o dever de satisfazer a carga argumentativa necessária para a prolação de um juízo condenatório. Esta carga incide não apenas sobre o Estado-acusador, a quem compete apresentar os elementos e argumentos probatórios para comprovar a culpa, mas também sobre o Estado-juiz, o qual, convencendo-se da culpabilidade do acusado, precisa justificar discursiva e publicamente as razões de seu convencimento.

A motivação adotada pelo juiz acerca dos fatos em julgamento, nesta perspectiva constitucionalizada, deve ser capaz de demonstrar que a atribuição da responsabilidade penal ao indivíduo condenado não é aleatória, motivada por interesses estranhos ao direito, desconectada da realidade de suas ações ou omissões, enfim, injusta. A fundamentação da premissa fática é uma das principais barreiras para se garantir que o exercício do poder punitivo se revestirá de juridicidade e legitimidade. Por essa razão, não pode a comunidade jurídica, em especial os juízes, descuidar do desenvolvimento de instrumentos capazes de aprimorar a justificação fática das decisões judiciais.

Em verdade, o juiz de um estado constitucional não pode firmar premissas fáticas em suas decisões e considerá-las provadas com base apenas em sua íntima e solipsista convicção, nem se limitar a uma justificação meramente formal. É preciso que se argumente e justifique adequadamente como os fatos foram trazidos para a sentença. Um juiz que não se faz entender

⁴ Com o termo constitucionalismo denominam-se duas coisas distintas: a) o fenômeno da constitucionalização do direito depois da II Guerra Mundial, com a proliferação de constituições rígidas repletas de direitos fundamentais e princípios; b) a teorização desse mesmo fenômeno (ATIENZA, 2013, p. 29). Ao longo do texto, a expressão refere-se usualmente ao primeiro significado, embora este segundo aspecto esteja sempre vinculado àquele primeiro de algum modo.

⁵ O termo *presunção de não culpabilidade*, ao invés de presunção de inocência, é mais adequado para enunciar a ideia contida neste princípio jurídico-penal, uma vez que expressa melhor o estado de incerteza acerca da culpa, ou seja, que não há qualquer definição fática sobre se a pessoa é inocente ou culpada. Com efeito, ao absolver por ausência de provas, o que é uma das consequências práticas mais evidentes deste princípio, o juiz não afirma inocência, mas afasta a culpa em sentido amplo (ATIENZA, 1994, p. 84), o que demonstra ser mais correto falar-se em não culpabilidade do que em inocência. Em harmonia com esse entendimento, a Constituição brasileira, ao explicitar o princípio, optou pela fórmula “ninguém *será considerado culpado* até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” ao invés de “toda pessoa será considerada inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Assim, a terminologia adotada também se justifica por razões dogmáticas.

não é um juiz democrático e, para que possamos entendê-lo, é necessário que sua sentença exponha os argumentos de prova que tenham influído em seu veredito e discorra de forma comprometida acerca dos aspectos que influenciaram no resultado da valoração probatória (SCHÖNBOHM, 2014, p. 106-120).

Este capítulo inicial propõe uma discussão acerca de como se pode compatibilizar as exigências do constitucionalismo com a prática do raciocínio judicial probatório no processo penal. A fim de alcançar o objetivo proposto, a primeira parte do capítulo será dedicada a compreender as relações estabelecidas entre direito e argumentação nos estados constitucionais contemporâneos e a forma como estas relações foram apreendidas pela teoria *standard* da argumentação jurídica. Neste ponto, serão destacadas as principais características desta concepção do direito, ressaltando-se como a abordagem do direito como argumentação se difere de outras perspectivas jusfilosóficas e de que forma a atividade jurisdicional é compreendida pelos argumentativistas.

Em seguida, a análise se direcionará às relações existentes entre direito, argumentação e verdade no processo penal, com o objetivo de oferecer um substrato teórico capaz de orientar a transposição, para o campo jurídico, do conhecimento epistemológico útil aos juristas na resolução de problemas relacionados à reconstrução de fatos pretéritos por intermédio da argumentação no campo processual. Nessa etapa, será proposto o conceito de verdade-correspondência (cognoscitivismo) como premissa adequada para sustentar a existência e o desenvolvimento de processos judiciais penais, apresentando-se os deveres e dificuldades que a adoção desta perspectiva impõe aos juízes no desenvolvimento de uma justificação fático-probatória.

Ao final, reafirmando o pressuposto fundamental da teoria *standard* da argumentação jurídica no sentido de que é possível justificar racionalmente decisões judiciais, inclusive em seus elementos de raciocínio probatório, ressalta-se que o conceito de verdade como correspondência deve ser compreendido em conjunto com a razoabilidade inerente a qualquer conhecimento humano. Assim, ainda que limitada e intermediada pela linguagem, a reconstrução argumentativa dos fatos de maneira condizente com a realidade deve ser o objetivo logicamente prioritário a ser perseguido pelo processo penal, o que não é incompatível com a necessária modulação desta pretensão epistemológica central com outros objetivos e valores especificamente incidentes no campo jurídico penal.

1.2 O PROBLEMA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS

A percepção de que o direito, especialmente nos estados constitucionais da atualidade, qualifica-se como uma prática essencialmente argumentativa é intuitiva. De fato, as representações mais comuns da atividade jurídica envolvem a disputa de pontos de vista por litigantes em juízo, as negociações para formulação de contratos, a redação de atos decisórios que tentam convencer-nos de seu acerto, etc. A argumentação constitui um traço tão decisivo e característico da prática do direito que já se propôs ser possível a construção de uma teoria geral da argumentação a partir de uma generalização da prática jurídica.⁶

O papel de destaque que a argumentação possui no direito passou a ostentar particular notoriedade a partir da segunda metade do século XX, o que se deve, entre outras razões, ao abandono da tradição e da autoridade como fontes legitimadoras do exercício do poder. Esta função passou a ser exercida pela democracia deliberativa, a qual não se identifica simples e imediatamente com a vontade da maioria, mas exige que as ações e decisões públicas sejam submetidas a um processo de discussão racional. De outra parte, o fenômeno da constitucionalização, com destaque para a técnica de redação dos textos constitucionais, os quais veiculam, em grande parte, princípios jurídicos abstratos e valorativos, provocou um crescimento quantitativo e qualitativo da exigência de fundamentação, ou seja, de argumentação, nas deliberações dos órgãos públicos encarregados da criação e aplicação destas normas jurídicas (ATIENZA, 2013, p. 21).

Estas mudanças produzidas nos sistemas jurídicos contemporâneos, com destacada influência sobre a atividade jurisdicional, aproximaram a argumentação de um aspecto central do direito: a decidibilidade (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 624ss). Aplicar o direito, nas sociedades que passaram a compreender o tratamento não arbitrário e a fundamentação dos atos judiciais como direitos humanos e fundamentais⁷, consiste não apenas em decidir questões controversas e colocar fim aos litígios, mas, principalmente, em demonstrar

⁶ “*Logic is generalized jurisprudence*” (TOULMIN, 1958).

⁷ A Corte Americana de Direitos Humanos assentou que o dever de fundamentação das decisões judiciais é uma das “devidas garantias” contidas no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos – Garantias Judiciais –, a qual exige que sejam demonstrados “quais foram os fatos, motivos e normas em que se baseou a autoridade para tomar sua decisão” (García Ibarra e outros vs. Equador, 2015). De igual modo, a Corte Europeia de Direitos Humanos compreende que o direito a um julgamento justo (*fair trial*), decorrente do art. 6º da Convenção Europeia em Direitos Humanos, impõe que “as decisões dos juízes e tribunais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam” (H. vs. Bélgica, 1987). Também no âmbito da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos está estabelecida a necessidade de que a fundamentação das decisões judiciais, especialmente as condenatórias, possua fundamentação substancial, o que decorre do art. 7º da Carta Africana de Direitos Humanos (Alex Thomas vs. Tanzânia, 2013).

argumentativamente a correção destas decisões e, ainda mais, o porquê de a decisão aplicada ser preferível entre outras soluções possíveis.

Como consequência, também a filosofia do direito precisou se redirecionar para as perguntas cujas respostas tornaram-se mais necessárias aos juristas, questões que migraram de um nível predominantemente teórico, com indagações acerca da natureza do direito e da estrutura do ordenamento jurídico, para um nível mais prático, no qual se destacam perguntas acerca de como decidir, como apresentar bons argumentos capazes de influenciar as decisões, como analisar e avaliar argumentos contrários e favoráveis, como escolher entre argumentos reciprocamente excludentes, etc. Neste novo contexto, as concepções do direito desenvolvidas ao longo do século XX mostraram sua superveniente incapacidade de explicar suficientemente o fenômeno jurídico.

De fato, em uma concepção de direito espera-se que estejam articuladas, em grau razoavelmente consistente, as respostas a uma série de questões básicas que se apresentam a todos práticos e teóricos deste campo, tais como o limite entre o direito e o não direito, as relações entre direito, poder e moral, os objetivos e valores que podem (ou não podem) ser alcançados através da prática jurídica e como se entendem as operações de produção, interpretação e aplicação do direito (ATIENZA, 2014). O século XX foi especialmente fecundo no desenvolvimento de concepções do direito, com o afloramento de diversas correntes que examinaram o direito por variados ângulos, mas que também deixaram aspectos inexplorados, entre eles a dimensão argumentativa da prática jurídica.

O positivismo normativista é provavelmente a concepção do direito mais difundida no século passado. Com ela, a partir de uma rígida separação conceitual entre direito e moral, o campo jurídico adquiriu autonomia científica, fundada na convicção de que a definição do que é direito não depende de critérios ou argumentos morais. Este fundamento possibilitou a proposta de se caracterizar o direito como um conjunto normativo hierarquizado e centrado na ideia de validade, em que os níveis normativos superiores conferem autoridade às normas de níveis inferiores, sendo perfeitamente possível identificar estas normas por suas fontes sociais (MORESO, 2004).

Contudo, a versão forte do positivismo normativista não possuía mecanismos aptos a explicar e explorar as normas-princípios, cuja operacionabilidade exige mais do que os conceitos de validade e derivação hierárquica podem oferecer. Este limite teórico bastante significativo foi explorado com profundidade na crítica de Ronald Dworkin (1977). Esta mesma limitação não permitiu que o papel dos juízes diante dos textos constitucionais contemporâneos fosse completamente explorado pelos positivistas, havendo uma conformação cética de que,

diante de situações decisórias mais complexas, desembocava-se em uma discricionariedade judicial próxima à arbitrariedade. De fato, o fenômeno da constitucionalização, ao incorporar ao direito um vasto catálogo de valores fundamentais sob a forma de princípios que devem ser seriamente levados em consideração nos processos decisórios, fez com que a simples defesa positivista da autonomia entre o direito e a moral se tornasse insuficiente para dar conta dos problemas jurídicos que despontaram neste novo contexto (RÓDENAS CALATAYUD, 2003).

De outra parte, uma concepção do direito como o jusnaturalismo racionalista, também razoavelmente difundido no século XX, deslocaria o foco de atenção das normas provenientes de uma fonte com autoridade social para a identificação das razões que justificam as ações e escolhas humanas sem apelo a nenhuma autoridade que não a da própria razão prática (GEORGE, 2007). Nesta perspectiva, por intermédio do raciocínio crítico, em uma atividade predominantemente investigativa, seria possível descobrir os fundamentos últimos do direito e, portanto, distinguir o direito e o não direito de acordo com estes parâmetros, competindo ao jurista apenas a declaração formal e exteriorização de uma realidade já previamente inscrita na natureza humana.

Uma concepção do direito assim delineada, embora introduza um raciocínio muitas vezes útil do ponto de vista prático, abrindo espaço para uma crítica à lei positivada e ao sistema normativo estatal, minimiza as especificidades do raciocínio jurídico na sua relação com a razão prática geral, negligenciando especialmente o papel que a autoridade e a dinâmica política desempenham no direito. Além disso, a amplitude e a generalidade atribuídas à racionalidade humana, pretensamente capaz de definir direitos por si mesma, tende a negar o caráter de fenômeno social e histórico do direito, apresentando-lhe com uma falsa imagem mistificada e idealizada (ATIENZA, 2014, p. 70).

Outra concepção desenvolvida em meados do século passado com bastante ressonância entre acadêmicos e práticos é o realismo jurídico, seja na versão estadunidense, seja na versão escandinava. Em termos gerais, uma vez que há vários matizes entre os realistas, esta concepção assume o direito como uma prática indeterminada, vinculada essencialmente ao que fazem os juízes e demais funcionários que o aplicam, e cuja função é meramente instrumental em relação a determinados objetivos externos ao direito. Desse modo, em uma crítica direta à caricatura formalista do juiz como simples servente de normas cujo conteúdo foi previamente determinado pelo legislador, os realistas assinalam a centralidade do papel criativo dos juízes no desenvolvimento real do direito. Contudo, esta centralidade da atuação judicial assume contornos quase absolutos, ao ponto de a legislação ou o precedente judicial serem percebidos

como, no máximo, um ponto de partida com relevância muito limitada para a solução de problemas jurídicos (ROSS, 1997, p. 100).

Como se vê, os realistas ofereceram uma inegável contribuição à filosofia do direito ao assinalarem a necessidade de uma aproximação mais detida acerca da atividade dos juízes, que, sobretudo nos estados constitucionais contemporâneos, não pode ser entendida em termos puramente lógico-formais, como simples subsunção de normas a casos concretos. Contudo, embora uma investigação acerca do funcionamento real do aparato jurisdicional seja útil para o desenvolvimento de uma teoria do direito, a redução do direito a esse único aspecto incorre em duas consequências indesejáveis.

Em primeiro lugar, o realismo assume uma falácia naturalista, segundo a qual o direito, ou qualquer outra prática social, “é o que é”, como se se tratasse de um objeto natural, o que eliminaria a responsabilidade política dos agentes que intervêm e atuam na sua construção. Em segundo lugar, a adoção de um ceticismo quanto à normatividade das regras e princípios, inclusive constitucionais, termina por admitir como válido qualquer direito efetivamente praticado, ainda que absolutamente contrário ao ordenamento jurídico estabelecido pela comunidade política (FERRAJOLI, 2016, p. 261).

Embora várias outras concepções de direito presentes no século XX pudessem ser aqui elencadas, contendo todas elas seus méritos e limites, já é possível observar, a partir dos exemplos ilustrados, os principais elementos que justificaram o desenvolvimento de uma concepção argumentativa do direito nos termos pensados pela teoria *standard*. Entre as necessidades fundantes desta perspectiva, ocupa lugar de destaque a percepção de que, para uma completa compreensão da constitucionalização e de sua influência sobre toda a prática jurídica, passou a ser necessária uma concepção de direito capaz de conciliar razoavelmente os campos do direito e da moral.

Do ponto de vista da teoria *standard*, a chave para a harmonização destes dois campos da razão prática está na ideia de que o direito é, fundamentalmente, uma prática social cujo significado é dado por determinados fins e valores, sendo a principal atribuição dos juristas integrar, em um todo coerente, a dimensão autoritativa do direito, cuja importância é inafastável, com a ordem de valores expressada nos princípios que dirigem esta prática. Uma configuração assim delineada pretende reconhecer os componentes políticos e morais que também integram a prática jurídica, porém se esforça por evitar uma indevida confusão entre direito, moral e política (ATIENZA, 2013, p. 30). A partir desta premissa geral, desenvolve-se

uma relação de relativa independência entre o direito e a moral⁸, na qual, nos termos formulados por Atienza e Ruiz Manero (1996; 2001), o direito opera como um sistema justificativo estruturado em dois níveis distintos.

O primeiro nível de justificação está integrado pelas regras jurídicas⁹, as quais veiculam razões peremptórias, protegidas ou autoritativas capazes de justificar uma decisão jurídica por si mesmas, na maior parte dos casos e sem necessidade de que se instaure uma ampla discussão sobre os valores e princípios que lhes possam ser favoráveis ou contrários. Todavia, estas razões peremptórias funcionam dentro de certos limites, pois: a) é possível que as regras possuam problemas de indeterminação em sua formulação; b) é possível que surjam casos novos para os quais não há uma regra formulada; e c) é possível que a aplicação das regras resulte em uma solução inaceitável à luz dos princípios do sistema. Quando alguma destas últimas situações se configura, a discussão ingressa em um nível mais complexo de justificação. Neste segundo nível justificativo, encontram-se os princípios jurídicos substanciais e institucionais, os quais devem ser utilizados e, em caso de multiplicidade de princípios aplicáveis, sopesados entre si, a fim de que se alcance uma regra capaz de justificar a decisão no caso concreto, em uma operação de *concretização* destes mesmos princípios.

Nesta forma de funcionamento do raciocínio jurídico, resulta crucial a capacidade que o jurista deve possuir para movimentar-se entre os distintos níveis justificativos, o que não se realiza de forma abstrata, como em um catálogo preestabelecido, mas por meio da análise argumentativa a partir do caso concreto. Por essa razão, alguns exemplos podem ajudar a elucidar a forma como ocorre esse movimento.

Consideremos a moldura fática do caso *Riggs vs. Palmer*¹⁰, no qual a Corte de Apelações de Nova Iorque impediu que um condenado pelo homicídio do testador pudesse receber o patrimônio que lhe foi deixado pela sua vítima em testamento, afastando a aplicação regular das regras de sucessão testamentária. Neste caso, a insuficiência de aplicação das regras jurídicas revela-se em razão da inaceitável conclusão que seria gerada pela concessão da

⁸ É necessário registrar que os autores da teoria *standard* da argumentação jurídica, embora sejam unânimes em admitir uma necessária relação entre o direito e a moral, apresentam diferentes visões acerca de como estas relações se configuram. Um bom exemplo desta polêmica entre os argumentativistas é a tese do caso especial formulada por Alexy (2007), da qual Atienza (2003) discorda expressamente.

⁹ Os autores definem a diferença entre regras (em sentido estrito) e princípios assinalando que “[...] os princípios configuram o caso de forma aberta, enquanto as regras fazem-no de forma fechada. Com isso queremos dizer que, enquanto nas regras as propriedades que conformam o caso constituem um conjunto finito e fechado, nos princípios não se pode formular uma lista fechada das mesmas: não se trata somente de que as propriedades que constituam as condições de aplicação tenham uma periferia maior ou menor de vagueza, mas que estas condições não se encontram sequer genericamente determinadas.” (ATIENZA; RUIZ MANERO, 1996, p. 9).

¹⁰ Decisão do caso disponível em <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: jul. 2018. Este exemplo é também utilizado em Dworkin (1977).

herança testamentária ao assassino do testador. Isto permitiria que Elmer Palmer alcançasse exatamente o que pretendia ao perpetrar o ato criminoso e validaria juridicamente a estratégia por ele empregada, em detrimento de valores substanciais do sistema jurídico, como a vida e a liberdade patrimonial (pois o assassinato teria sido motivado também por um possível desejo do testador em modificar suas disposições de última vontade em favor de uma terceira pessoa).

Uma solução juridicamente fundamentada para este caso necessitaria ingressar no campo dos princípios jurídicos. Neste nível justificativo mais complexo, sopesando-se, de uma parte, o princípio de que o sistema jurídico não pode ser utilizado para que o autor do ilícito dele se beneficie e, de outra parte, o princípio da legalidade, se buscaria uma regra de justificação universalizável que pudesse ser aplicada ao caso concreto. No caso, como no campo do direito sucessório, portanto jurisdição civil, o princípio da legalidade não ocupa lugar de destaque, ao passo que a liberdade patrimonial, completamente tolhida com a morte do testador, é um pilar fundamental, a confrontação entre os princípios conduziria a uma regra de caráter justificativo e universalizável: todo aquele que comete assassinato contra o testador não pode beneficiar-se do testamento.

Em outro exemplo, consideremos a moldura fática do *habeas corpus* de Ruan Ramos do Nascimento no Superior Tribunal de Justiça brasileiro (HC n. 428.511/RJ), no qual se declarou a nulidade de audiência penal realizada na fase de instrução do processo penal sem a observância da regra de registro audiovisual dos atos processuais. Nesta situação, havia uma regra jurídica expressa no sentido de que, nos processos penais, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas deve ser feito pelos meios ou recursos de gravação audiovisual.¹¹ Todavia, o juízo de primeira instância responsável pela condução do processo penal no qual Ruan Ramos era acusado decidiu afastar a aplicação da mencionada regra, utilizando o argumento de que o sistema de gravação audiovisual interferiria na celeridade da tramitação processual.

A decisão do juízo singular foi reformada na instância superior, entre outros fundamentos, pelo fato de que o princípio jurídico invocado pelo Magistrado, a celeridade processual, contrastava com os princípios jurídicos que conduziram à formulação da regra positivada cuja aplicação foi negada, especialmente os princípios da ampla defesa e do contraditório. Isto porque, segundo avaliou a Corte Superior, a introdução da gravação audiovisual pretendeu conferir maior fidelidade ao registro das provas obtidas em audiência, permitindo que a defesa as utilize mais plenamente em sua argumentação. Portanto, nesta

¹¹ Art. 405, § 1º, do Código de Processo Penal brasileiro.

segunda hipótese, a passagem ao nível principiológico da justificação jurídica, que possibilitou o sopesamento dos valores em jogo em cada uma das soluções possíveis, resultou na confirmação daquela regra posta pelo legislador.

Todavia, é certo que nem todas as discussões jurídicas exigirão um aprofundamento da justificação acerca dos fundamentos principiológicos das regras aplicadas. Um número relativamente restrito de discussões alcança esta densidade justificativa, ao passo que muitas controvérsias jurídicas estão centradas em problemas de natureza distinta. Nesse aspecto, podemos imaginar as dezenas de ações de cobrança que ingressam nos sistemas judiciais todos os dias. Não é comum que se discuta neste tipo de processo judicial a própria correção valorativa das regras que regulam os contratos ou os fundamentos últimos deste instituto, mas sim a efetiva existência de um acordo de vontades capaz de originar a dívida, a eventual existência de vícios contratuais, como o estado de perigo ou coação, a submissão do contrato entabulado à alguma legislação especial ou a forma como devem ser interpretadas as cláusulas de cálculo da dívida. Em verdade, em casos assim, as soluções adotadas também exigem fundamentação consistente, a qual, porém, permanece no nível justificativo de aplicação de regras.

Em todos os casos, o que se percebe é a centralidade que a argumentação assume para a determinação dos rumos da decisão no caso concreto. De fato, é a explicitação das razões de decidir e a possibilidade de controle racional da argumentação utilizada que inibe, por um lado, o apego a um formalismo institucional irracional e, por outro lado, o subjetivismo judicial desvinculado da existência institucional do direito. Além disso, há uma nítida separação entre o exercício do poder e o atributo da racionalidade, uma vez que decisões mal fundamentadas, independentemente do maior ou menor grau de autoridade que possuam, serão sempre decisões ruins, as quais podem inclusive não mais estarem sujeitas a um controle institucional, mas cuja argumentação explicitada sempre poderá ser objeto de controle de racionalidade interno e externo ao direito.

Este controle racional é ressaltado pela assimilação, na teoria *standard* da argumentação jurídica, da diferenciação entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação (AGUILÓ REGLA, 2003, p. 47-48). Na filosofia da ciência, o primeiro contexto se refere aos processos, conscientes ou não, que conduzem ao descobrimento de uma nova fórmula ou teoria, entre os quais se podem encontrar fontes de inspiração bastante diversos. O contexto da justificação, por seu turno, diz respeito ao processo de validação da descoberta, da demonstração da correção do conhecimento encontrado através do método científico. No clássico exemplo da teoria da gravidade, a inspiração da maçã que caiu sobre Newton pode tê-lo feito compreender algo sobre

o funcionamento das forças físicas, mas certamente este acontecimento, próprio do contexto da descoberta, não seria capaz de sustentar a sua teoria no contexto da justificação.

No campo da argumentação jurídica, o contexto da descoberta reúne os aspectos psicológicos, ideológicos e idiossincráticos de quem argumenta, ao passo que no contexto da justificação estão as razões explicitamente apresentadas para motivar um determinado posicionamento. Em virtude da independência entre estes dois contextos¹², é possível examinar a correção de uma decisão judicial a partir dos argumentos apresentados nas razões que a justificam, cuja compreensão não possui nenhuma correlação necessária com aqueles fatores que conduziram inicialmente ao contexto da descoberta, os quais nem sempre são conhecidos ou explicáveis racionalmente.

Há, assim, uma limitação sobre o que é relevante à teoria *standard* acerca dos juízes. O interesse dos argumentativistas se volta àquilo que os juízes fazem e devem fazer, como argumentam em suas decisões e como podem fazê-lo da melhor forma possível, e não sobre aquilo que os juízes são. Efetivamente, são nas razões explicitadas na decisão judicial, e não na subjetividade do juiz, que a tensão entre as dimensões autoritativa e valorativa do direito aparecerão de maneira mais nítida e compreensível, razão pela qual não é estranho que os autores da teoria *standard* tenham inicialmente envidado seus maiores esforços para o desenvolvimento de uma teoria da argumentação justificativa amoldada às decisões judiciais. Apesar da pretensão de que outros espaços da argumentação no direito sejam explorados, como a argumentação dos advogados ou do legislador, é no campo da fundamentação das decisões dos juízes e similares que se encontram atualmente as maiores contribuições da teoria da argumentação jurídica.

Por certo, é determinante para a formulação de uma concepção argumentativa do direito a necessidade de desenvolver a temática do papel desempenhado pelos juízes nos estados constitucionais. Das concepções de direito mais características do século XX é possível extrair diversas ilustrações insatisfatórias da atividade judicial: um juiz formalista para o qual o cumprimento das regras ditadas pela autoridade é suficiente, independentemente de seu conteúdo ou finalidade; ou um juiz positivista que, na ausência de um comando normativo expresso, pode decidir como lhe for conveniente; ou um juiz naturalista que, para alcançar um ideal de justiça, pode ignorar completamente a ordem jurídica autoritativa vigente; ou, ainda,

¹² Não se desconhece que, do ponto de vista prático, as atividades de descoberta e de justificação possuem inúmeros pontos de vinculação. Contudo, o que se pretende destacar é que a compreensão de uma decisão judicial não deve depender do conhecimento que possuamos acerca do juiz, sua trajetória acadêmica, suas ambições políticas ou outros aspectos de sua personalidade. As razões expostas na justificação da decisão devem ser suficientes para demonstrar aos destinatários a correção de sua conclusão.

um juiz realista, que se encontra no centro do direito e “decide como decide”, devendo a teoria jurídica esforçar-se para tentar prever suas decisões e influenciar nelas eficazmente. Todas estas imagens compartilham dois traços em comum e intrinsecamente relacionados: a pouca importância que possuiria eventual fundamentação da decisão destes juízes e a completa incompatibilidade entre estas formas de exercício do poder e as aspirações de tratamento não arbitrário assumidas nas constituições contemporâneas (AGUILÓ REGLA, 2001, p. 451).

Por tudo o que foi exposto, é razoável sustentar que o juiz de um estado constitucional deve adotar uma postura argumentativa frente ao direito. Esta posição argumentativa consiste justamente em reconhecê-lo como uma prática regida por regras e princípios, com inafastável caráter valorativo, na qual a função decisória deve estar suficientemente justificada com base no direito e nos fins e valores por ele perseguidos, com adequado distanciamento dos fatores subjetivos que influenciaram no contexto da descoberta e cujas razões se submetem ao escrutínio público institucional e não institucional. Tal postura, por certo, deve estar presente em toda atividade jurisdicional, o que logicamente inclui a justificação das decisões em temas fático-probatórios.

A obrigação de dar razões para decisões, dessa forma, não se resumiria à simples indicação das premissas que compõem o silogismo judicial, normalmente identificadas como o pressuposto fático e normativo da decisão, mas exigiria, fundamentalmente, a apresentação de um raciocínio capaz de justificar a construção dessas premissas. O que se afirma, portanto, é a necessidade de que o juiz justifique com clareza suas decisões, tanto interna quanto externamente (WRÓBLEWSKI, 1971 apud ATIENZA, 2013, p. 103-106).

Se compreendermos a conclusão da decisão judicial como um silogismo no qual são inseridas duas premissas (uma normativa e outra fática), resultando em um comando normativo que orienta a ação no caso concreto, uma justificação adequada deve cuidar de demonstrar que das premissas apontadas decorre logicamente o resultado proposto, o que satisfaz a exigência de justificação interna. Contudo, a justificação interna não é suficiente para suprir a exigência de fundamentação da decisão, pois a lógica formal somente trata de assegurar a correção do resultado do raciocínio dedutivo em função das premissas apresentadas, mas não se ocupa de avaliar a correção das premissas em si.

A justificação externa consiste, desse modo, em averiguar a qualidade das premissas do raciocínio judicial. No campo normativo, trata-se de verificar se há bons argumentos para que aceitemos que as normas estão sendo corretamente compreendidas e aplicadas pelo julgador. Do ponto de vista fático, está relacionada aos argumentos pelos quais se procura demonstrar que determinada reconstrução discursiva dos fatos é mais apropriada. Em ambos os campos,

não se trata de uma tarefa simplesmente lógico-dedutiva, mas exige a incorporação de outras formas de raciocínio.

A exigência de fundamentação externa torna as decisões judiciais potencialmente mais complexas nos estados constitucionais. De fato, assim como há controvérsias nas quais não se exige um juízo valorativo mais intenso, limitando-se a discussão ao nível justificativo das regras peremptórias, há também problemas cujas premissas fático-probatórias podem não suscitar maiores indagações. Todavia, quanto mais intensos forem os desacordos a respeito da correção das premissas, mais exigente e necessária se torna a justificação externa da decisão. Grandes controvérsias constitucionais, normalmente enfrentadas por Cortes Supremas, costumam demandar uma justificação mais detalhada das premissas normativas empregadas, as quais usualmente recorrem aos valores últimos da comunidade política. Por outro lado, controvérsias penais, na qual a vinculação a regras positivadas é mais intensa, tendem a demandar menor esforço para a justificação externa da premissa normativa, ao passo que normalmente necessitam ser bastante minuciosas na justificação externa da premissa fática.

Como já destacado, a teoria *standard* da argumentação jurídica foi mais profícua ao desenvolver instrumentos analíticos e avaliativos no campo da argumentação para interpretação normativa. Contudo, considerando que os pressupostos da teoria *standard* são aplicáveis à toda a atividade jurisdicional, também a justificação externa de argumentos fático-probatórios demanda igual submissão a mecanismos racionais de análise e avaliação. Para que se alcance o almejado controle da arbitrariedade no exercício do poder, especificamente do poder jurisdicional, objetivo que é comum ao constitucionalismo e às teorias da argumentação jurídica, o exame dos raciocínios judiciais probatórios não pode ser deixado em segundo plano.

Portanto, não só é exigível que os juízes em estados constitucionais sejam capazes de apresentar boas razões para que se aceitem como provados os fatos utilizados em suas decisões, mas é ainda mais importante que as teorias da argumentação sejam capazes de oferecer mecanismos para que estas razões fáticas sejam elaboradas, organizadas, compreendidas e, se necessário, criticamente contestadas. Uma concepção argumentativa do direito nos direciona ao desenvolvimento de técnicas argumentativas de raciocínio probatório, pois, na ausência destas, aquela permanece incompleta.

1.3 VERDADE E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA ATIVIDADE JURISDICIONAL PENAL

Na primeira parte deste capítulo procurou-se sustentar que o juiz de um estado constitucional deve adotar uma postura argumentativa em sua atividade decisória, esforçando-se para oferecer uma justificação interna lógica e uma justificação externa racionalmente compreensível em suas sentenças. Enfocando-se agora a questão sob o prisma da argumentação em matéria de fatos, e mais especificamente na dimensão de sua aplicação aos processos penais, a pergunta que se apresenta é: ao empreender a justificativa externa das premissas fáticas utilizadas em sua sentença, o que o juiz pretende justificar com o raciocínio probatório? A resposta ao questionamento apresentado nos remete ao problema epistemológico da verdade.

O esforço dos sistemas jurídicos em construir processos para a análise e exame de provas, em incorporar neste processo pontos de vista antagônicos (acusação e defesa) e em cercar de garantias a atividade decisória no que tange aos fatos através de institutos como a imparcialidade e o duplo grau de jurisdição demonstra que as sociedades atuais confiam na eficácia destes mecanismos para o alcance de uma reconstrução mais correta e precisa dos fatos. Sem esta reconstrução fática o raciocínio jurídico seria deficiente, pois a forma como pensamos a efetivação do direito exige a identificação de um substrato fático que seja pertinente às normas em aplicação, ou dito de outro modo, justiça substancial exige verdade fática (HAACK, 2008, p. 986).

A correção da premissa fática não é, portanto, um objetivo em si mesmo nos processos judiciais, mas propriamente uma condição necessária para que as decisões dos juízes sejam bem justificadas. Desse modo, considerando que nos estados constitucionais a justificação adequada das decisões desenvolve um papel legitimador, a verdade fática argumentativamente demonstrada torna-se indispensável para que uma decisão judicial seja apropriada, legítima e justa (TARUFFO, 2008, p. 23).

Esta legitimação justificativa é ainda mais necessária quando as conclusões fáticas conduzem a um juízo penal condenatório, nas quais o raciocínio judicial probatório deve ser suficientemente confiável para elidir a presunção de não culpabilidade, marco jurídico-normativo adotado no direito penal dos estados constitucionais. A motivação argumentativa dos fatos está carregada, nesse aspecto, de um intenso conteúdo político-garantista (ANDRÉS IBÁÑEZ, 1992, p. 261), inclusive em vista do impacto extraprocessual decorrente da conversão de não culpados em culpados, o que não pode ser admitido sem a exigência de verdade factual. Em verdade, a última barreira que separa o cidadão das sérias consequências penais e

extrapenais de uma condenação pela prática de ato delitivo é a fundamentação da decisão judicial, na qual os argumentos fáticos são decisivos.

Neste modelo de motivação como garantia adotado nos estados constitucionais, a atividade decisória em matéria de fatos se apresenta como um *poder-saber* (FERRAJOLI, 2011, p. 214). O exercício do poder punitivo é legitimado em função da qualidade do que se sabe acerca dos fatos, motivo pelo qual o processo deve buscar explicitar, com a máxima acurácia e diligência possíveis dentro dos limites do direito, uma verdade racionalmente sustentável em seu raciocínio probatório. Com efeito, o poder judicial torna-se mais legítimo quanto maior o saber que se demonstra acerca dos fatos que julga.

Todavia, o conceito de verdade não é unívoco. Há diversas correntes teóricas que se dedicaram ao estudo dos problemas que a verdade origina, cujas conclusões obtidas não são necessariamente excludentes, especialmente se aplicadas no contexto judicial, que de algum modo pode comportar abordagens provenientes de mais de uma delas.

Organizando-se as teorias sobre a verdade em analogia com os campos de estudo da linguagem, é possível identificar um primeiro grupo de teorias que centra a discussão acerca da verdade na sua relação com o mundo físico ou mundo externo (teorias semânticas), um segundo grupo que compreende como verdade a concordância entre elementos de um sistema (teorias sintáticas) e, por fim, um último grupo de teorias que sustenta a identificação da verdade em razão de sua conveniência ou utilidade para a ação prática (teorias pragmáticas) (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 51).

De tradição aristotélica, a base de todas as teorias semânticas consiste na compreensão da verdade como uma relação entre um enunciado propositivo e uma realidade objetiva e independente – o mundo. Assim, uma proposição qualquer (como A matou B) somente é verdadeira se o seu referente empírico no mundo real estiver em conformidade com esta proposição¹³, sendo central a relação de adequação entre a linguagem e a realidade (MARTÍNEZ-FREIRE, 2016, p. 100). Nesta formulação é possível identificar dois elementos básicos: um componente metafísico, consistente na crença de que existe um mundo real independente do sujeito, e um componente gnosiológico, referente à aceitação de que é possível ao sujeito conhecer este mundo objetivo (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 51).

A crítica mais comum que se costuma dirigir a esta teoria da verdade contesta a sua trivialidade. Afirma-se que uma fórmula genérica, vaga e plurívoca como “correspondência

¹³ Com mesmo sentido, mas com outra formulação, Alchourrón e Bulygin (1991, p. 310) definem que “*se uma oração é empírica deve haver um fato empírico que o faça verdadeiro*”. Há ainda outras formulações que estão sinteticamente apresentadas em Tarski, 1995.

com real” transmite uma mensagem tão vazia que poderia ser interpretada de muitas maneiras diversas, inclusive incompatíveis entre si (MELÉNDEZ, 2002). Contudo, é justamente esta debilidade de significado e abertura interpretativa que possibilitou que a ideia de verdade como correspondência se tornasse um *topos*¹⁴ tão difundido no campo jurídico-penal, oferecendo um lugar comum para sustentar as discussões acerca dos fatos. É uma perspectiva de correspondência que funciona não como um instrumental para a obtenção da verdade, mas como um ideal regulativo, ou seja, um ponto de referência teórico para se ter em consideração com o objetivo de orientar o empreendimento da busca pelo conhecimento (TARUFFO, 2008, p. 26).

A concepção de verdade como correspondência é também destinatária de uma crítica cética que questiona a possibilidade de existência de uma realidade objetiva independente da subjetividade do sujeito cognoscente. O debate neste ponto, apesar de ser epistemologicamente interessante, não atrai os práticos do direito. A existência de uma realidade externa é indispensável para se justificar o desenvolvimento do processo judicial como mecanismo para conhecê-la, inexistindo qualquer controvérsia relevante sobre este pressuposto entre os juristas, os quais, caso resolvessem ingressar em discussão com este nível de abstração, iriam paralisar completamente o sistema jurídico ou incorreriam em uma contradição performativa em cada ato decisório.

Além disso, a ideia de que existe um mundo real independente de nossa subjetividade decorre, antes de tudo, de uma postura intuitiva (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 59) ou psicológica (GONZÁLEZ LAGIER, 2003a, p. 22), no sentido de que este é um pressuposto tão arraigado em nossa maneira de pensar, de atuar, de comunicar e de construir nossas instituições cotidianas que não seria possível imaginar um mundo em que esta tese fosse completamente rechaçada. Em última análise, a principal razão para que, no campo jurídico, se aceite que a realidade existe é porque a prática jurídica radicalmente necessita que ela exista.¹⁵

Outra crítica comumente articulada é dirigida contra o elemento gnosiológico da ideia de verdade como correspondência, apontando a impossibilidade humana de se chegar a um conhecimento efetivo dos fatos. Esta crítica parte de um dado incontestável, que é a natural impossibilidade de se obter absoluto conhecimento sobre a realidade total de fatos pretéritos e

¹⁴ Como *topoi* nos referimos aos pontos de partida para construção de premissas nas discussões argumentativas em geral, inclusive no campo jurídico (ROESLER, 2009).

¹⁵ González Lagier (2003a), fazendo menção a Hume e a Strawson, compara o conceito de realidade ao conceito de livre-arbítrio. O argumento desenvolvido é de que, assim como não seria possível imaginar um sistema judicial caso a ideia de livre-arbítrio fosse negada, não há como justificar a existência do processo judicial em caso de total negativa da existência da realidade.

irrepetíveis, porém alcança, nas versões mais radicais¹⁶, uma consequência exagerada, que é a afirmação da absoluta impossibilidade de qualquer conhecimento acerca destes fatos pretéritos.

Esta conclusão desproporcional é igualmente incompatível com os pressupostos de existência do processo judicial. Abandonar a tentativa de se conhecer com a maior fidelidade possível os fatos passados implicaria na impossibilidade de o sistema jurídico coibir coercitivamente infrações ao direito, pois não haveria forma de garantir a vinculação entre as condutas dos membros da sociedade e a aplicação da sanção, criando-se um sistema punitivo verdadeiramente aleatório.¹⁷ É justamente para que isso não ocorra que o grau de incerteza presente na atividade de comprovação de fatos pretéritos é administrado por meio de regulações acerca de como se deve fazer, provar e contestar alegações sobre o passado no processo (MACCORMICK, 2008, p. 296).

Deve-se destacar, ainda, que a referida crítica incorre em uma falácia de composição, confundindo uma pequena parte das teorias da verdade como correspondência com o todo. Em verdade, somente um certo tipo de teoria correspondentista ingênua, que ignorasse completamente as limitações inerentes a todos os campos do conhecimento humano e que praticamente não encontraria defensores contemporâneos, poderia ser acusada de desconsiderar que o conhecimento sobre fatos pretéritos não é sempre possível e nunca será total. Qualquer concepção minimante crítica de verdade como correspondência já superou tais pretensões absolutas.

De todo o modo, estas críticas desnudam problemas existentes em concepções ingênuas de realidade e conhecimento objetivo, para as quais a verdade seria uma correspondência exata do mundo real e estaria diretamente disponível à nossa cognição, o que contribuiu para o desenvolvimento de teorias semânticas mais críticas. Estas teorias, sem abandonar o referencial da relação com o mundo real, incorporaram uma preocupação com a carga conceptual-subjetiva que está presente em nossa forma de descrever o mundo e assimilaram que a verdade sobre fatos é sempre uma aproximação probalística, limitada e não absoluta. Esta forma de pensar se

¹⁶ Um ceticismo radical quanto aos fatos pode ser observado na obra de Jerome Frank (1973), porém sua crítica está muito delimitada ao sistema jurídico estadunidense, uma vez que se baseia fundamentalmente no *adversary system* em vigor naquele contexto. Desse modo, Gascón Abellán (2010, p. 37) assinala que há interpretação, *a contrario sensu*, de que Frank admite a possibilidade de cognição dos fatos por meio do processo judicial, mas que o *adversary system* seria um meio equivocado de obtê-la.

¹⁷ Como esclarece Ferrer Beltrán (2007, p. 30), em um sistema de atribuição aleatória de sanções, “não havendo vinculação alguma entre cada um dos membros dessa sociedade e a probabilidade de ser sancionado, não há tampouco razão alguma para comportar-se de acordo com o estabelecido pelas normas jurídicas”, de forma que “somente se o processo judicial cumpre a função de determinar a verdade das proposições referentes aos fatos o direito terá êxito como mecanismo pensado para dirigir a conduta dos seus destinatários”.

apresenta como um cognoscitivismo orientado por um objetivismo crítico (GONZÁLEZ LAGIER, 2003a, p. 22).

Por objetivismo crítico compreende-se, assim, uma postura epistemológica que concebe os enunciados fáticos como descrições de fatos que possuem existência independente desses enunciados, de forma que quem formula um enunciado fático pretende referir-se a uma realidade externa passível de comprovação (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 60). Todavia, a despeito da existência independente desta realidade, o objetivismo crítico é consciente de que a reconstrução discursiva dos fatos é uma tarefa sujeita a diversas dificuldades, razão pela qual os elementos probatórios devem ser submetidos a uma análise criteriosa para identificar em que extensão eles são realistas e em que medida são construções do observador, bem como de que é necessário desenvolver mecanismos para identificar em que casos é possível, e com que grau de certeza, conhecer os fatos com objetividade (GONZÁLEZ LAGIER, 2003a, p. 22).

Portanto, o que se propõe é um conceito de verdade como correspondência que assume a existência do mundo real objetivo (realista), admite a possibilidade de se estabelecer uma relação entre as proposições acerca dos fatos e os fatos que ocorreram neste mundo empírico (cognoscitivismo), porém aceita que esta relação é intermediada pela linguagem, permeada pela subjetividade dos observadores e, ante estas dificuldades inafastáveis em absoluto, possui limitado grau de certeza (objetivismo crítico).

Nos termos desta formulação, a relação da teoria da verdade como correspondência assim delimitada com as teorias sintáticas e pragmáticas não é obrigatoriamente de rivalidade. Isso ocorre porque, enquanto a teoria correspondentista enfrenta de maneira ontológica o problema da verdade, as demais abordam a questão com maior ênfase nos meios que podem ser empregados para encontrá-la.

As concepções sintáticas, por exemplo, fundamentadas sobre o critério da coerência, compreendem que a verdade é a concordância de diversos enunciados fáticos entre si. De fato, esta perspectiva oferece um critério razoável para aferição da verdade, pois relatos incoerentes denunciam a existência de conteúdo inverídico. Todavia, a coerência não é condição suficiente para a verdade, ainda que possa ser necessária, pois verdadeiro é somente o enunciado que se adequa à realidade (TARUFFO, 2008, p. 29).

Admitir a conclusão contrária, assumindo a coerência como critério suficiente para definir a verdade causaria uma séria distorção prática. De fato, o critério da coerência, por si só, não assegura univocidade, pois um conjunto de elementos pode ser organizado em relatos diferentes e igualmente coerentes. Contudo, o fato de serem igualmente coerentes não significa que sejam igualmente aceitáveis como realidade ou que apresentem o mesmo grau de certeza.

Considerando apenas o critério da coerência, as maiores extravagâncias, como contos de fadas, deveriam ser aceitas como verdadeiras, desde que o relato imaginário não contenha contradições (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 53).

Contudo, uma perspectiva menos idealizada da coerência, que leve em consideração a necessidade de correspondência com o mundo real, supera esta barreira conceitual e alcança utilidade prática para o direito, como se pode observar na noção de coerência narrativa desenvolvida por MacCormick (2008).

A proposta de MacCormick atribui centralidade à ideia de coerência, compreendendo que a descrição de um evento ou de um conjunto de eventos somente é digna de crédito se for coerente, o que implica a inexistência de inconsistências lógicas entre seus elementos factuais e a existência de uma explicação causal ou motivacional satisfatória para todo o complexo de eventos formulado (MACCORMICK, 2008, p. 295). Todavia, o autor admite que narrativas não ficcionais, como as que interessam ao direito, devem estar de algum modo “ancoradas” na realidade (MACCORMICK, 2008, p. 296), o que abre margem para a harmonização da ideia de coerência com a de correspondência com o mundo real através de uma útil e necessária complementariedade.

Do mesmo modo, as diversas teorias pragmáticas¹⁸, para as quais a verdade é definida por sua aceitabilidade justificada ante determinados fins ou pelo consenso que sustenta as proposições, igualmente incorrem em uma assimilação entre o conceito de verdade e os motivos para aceitar que um enunciado fático é verdadeiro (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 56).

De formal geral nestas teorias, a apresentação de uma justificação suficientemente racional para aceitarmos a veracidade de determinada proposição, consideradas condições epistêmicas ideais em algumas formulações, é suficiente para que esta proposição seja verdadeira. Este tipo de definição da verdade não se atenta à possibilidade de que eventualmente podemos ter as melhores razões para crermos que um enunciado é verdadeiro e, não obstante, resulte que o enunciado fático torne-se desmentido quando confrontado com o mundo real (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 57).¹⁹ O fato de se aceitar como verdadeira uma proposição,

¹⁸ Como em toda a classificação, sob o título de teorias pragmáticas são agrupados autores que possuem traços bastante distintos, cabendo aqui anotar “principalmente [as teorias elaboradas] por Pierce, James e Dewey” e “as concepções de verdade de Kuhn, Habermas ou Putnam” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 55).

¹⁹ Na obra cinematográfica *A vida de David Galle* (2003), o personagem principal, militante contrário à pena de morte nos Estados Unidos da América, conscientemente cria uma situação na qual todas as razões solidamente justificam que ele seja julgado culpado por homicídio, o que, de fato, conduz à sua execução pela prática do referido delito. Todavia, a sua culpa revela-se, por fim, uma asserção falsa. O drama cinematográfico ilustra artisticamente as dificuldades de se aceitar a existência de justificativas aceitáveis como critério último de verdade.

ainda que com boas razões para essa conclusão, não a torna verdadeira se ela não se corresponder com o mundo real.

Desse modo, é preciso distinguir entre o que é aceitável pragmaticamente e o que é verdadeiro. A existência, nas discussões fáticas, de um referente empírico preexistente é um dado inafastável, de forma que, considerada esta premissa, nenhuma maioria, nem mesmo a unanimidade dos consensos ou dissensos²⁰, seja em uma comunidade de caráter geral ou entre especialistas, pode tornar verdadeiro um fato que é falso ou tornar falso um fato que é verdadeiro (TARUFFO, 2013, p. 244). Em todo caso, assim como a coerência, a aceitabilidade consensual de uma proposição é um possível critério de aferição da verdade.

Retomando a pergunta que iniciou a segunda parte deste capítulo, podemos afirmar que, com seu raciocínio probatório, o juiz tem como principal objetivo justificar como concluiu que determinados fatos são verdadeiros, ou seja, como concluiu que determinados fatos ocorreram no mundo de um determinado modo. Contudo, a afirmação de que a verdade é o principal objetivo da atividade jurisdicional não significa dizer que inexistam outras finalidades (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 31).

Em muitos casos, especialmente em processos não penais, o sistema jurídico consente que aquilo acerca do que as partes concordam seja considerado verdadeiro, ou que determinados fatos não precisam ser provados. Trata-se, nestes casos, de escolhas contraepistemológicas adotadas pragmaticamente em favor de outras finalidades que também são relevantes para o direito. Um acordo entre as partes sobre determinada proposição não é capaz de dizer nada acerca da veracidade desta proposição, mas sua aceitação resulta útil para que se alcance uma economia processual e a pacificação do conflito, por exemplo (TARUFFO, 2013, p. 244).

Um dos melhores exemplos da pontual renúncia à pretensão epistemológica do processo judicial é o caso das provas ilícitas. Embora a prova ilícita pudesse ser, para a busca da verdade, um elemento essencial, sua admissão constituiria justamente a negação daquilo que o processo pretende assegurar: a vigência do direito. A prova ilícita é, assim, uma crise no modo de funcionamento regular do processo, que se soluciona em favor da normatividade, sem a qual o próprio processo não teria sentido. Há, ainda, várias outras limitações de caráter não epistemológico impostas por regras de direito processual e probatório, as quais se encarregam

²⁰ Taruffo (1992 apud GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 58), em crítica à teoria de Habermas (1989), formula uma interessante questão. Habermas coloca a ideia de verdade em função de um “consenso fundado”, que seria possível de ser alcançado, mediante condições epistêmicas ideais, em qualquer momento e em qualquer parte. Contudo o autor não esclarece qual critério para definir quando um consenso pode ser considerado fundado. Portanto, Taruffo propõe que é possível propor que um consenso seja considerado fundado quando se estabeleça sobre critérios que levem em consideração a correspondência com o mundo real.

de compatibilizar a pretensão epistemológica fundamental do processo com outras finalidades perseguidas pelo direito, como a celeridade processual, o contraditório, a dignidade, etc.

Neste contexto, embora uma teoria pragmática da verdade desempenhe um papel limitado enquanto a pretensão epistemológica do processo estiver sendo privilegiada, vários fatores podem (e muitas vezes devem) fazer com que a busca pela verdade seja colocada em segundo plano na atividade processual. A partir da assunção desta orientação não epistemológica, as teorias pragmáticas da verdade são úteis para explicar a construção de acordos e presunções (TARUFFO, 2013, p. 244), especialmente em campos do direito não atrelados ao exercício do poder estatal punitivo.

Portanto, no âmbito penal, a atividade argumentativa fático-probatória se orienta ordinariamente por um comando epistemológico que persegue a verdade acerca de como os fatos ocorreram, com a verificação da correspondência entre os enunciados sobre os fatos e os acontecimentos do mundo externo que lhe dão suporte. Esta correspondência, ou a sua inexistência, é justamente o que juiz pretende demonstrar na justificativa externa da premissa fática adotada em suas decisões. Contudo, a orientação à verdade pode ser legitimamente afastada em determinados momentos pelo ordenamento jurídico em favor de outras finalidades também perseguidas pelo sistema judicial.²¹

1.4 PROCESSO E DECISÃO ACERCA DOS FATOS NOS PROCESSOS PENAIS SOB O ENFOQUE ARGUMENTATIVO-CONSTITUCIONAL

Como já assinalado, a atividade do juiz no processo penal comporta um duplo aspecto: de um lado a busca da verdade e, de outro, a observância a outras finalidades importantes para o direito. Também já foi destacado que esta atividade é especialmente mais complexa em estados constitucionais, nos quais a argumentação nos raciocínios probatórios é fundamental. A partir destas premissas, o que se pode depreender acerca do processo e da decisão judicial sobre fatos sob o enfoque argumentativo-constitucional proposto neste capítulo?

Uma conclusão que pode ser extraída acerca da atividade jurisdicional penal entendida nestes termos consiste em levar a sério o processo como atividade epistemológica, no sentido de que é através do processo que se pode alcançar algum conhecimento sobre os fatos. Para que

²¹ Deve-se salientar que algumas renúncias epistemológicas se encontram plenamente justificadas, como a absolvição por ausência de provas e a proibição de provas ilícitas. Todavia, especialmente no que tange aos chamados mecanismos “consensuais” para a aplicação de sanções penais, que transacionam no âmbito do direito indisponível à liberdade e em contextos de evidente disparidade de poderes entre defesa e acusação, o afastamento da busca pela verdade jurídica através do processo em favor da verdade “pactuada” entre as partes é alvo de severas críticas. Ver.: Taruffo (2014).

isto seja possível, o juiz deve assumir conscientemente a posição inicial de quem desconhece a verdade sobre os fatos em discussão. Esta postura inicial sem prejulgamentos acerca do fato particular submetido à cognição processual exige do juiz independência e imparcialidade (AGUILÓ REGLA, 2003).

A independência não consiste apenas, como se costuma sintetizar, na ausência de interferência dos demais poderes do Estado na atividade jurisdicional. Para o juiz de um estado constitucional, a independência consiste na ausência de submissão a qualquer outro interesse que não seja a concretização do direito. Na condução do processo e na valoração probatória, o juiz deve agir tendo em vista a posição institucional que ocupa, afastando-se tanto da interferência de fatores externos ao processo (imprensa, grupos políticos, repercussão social, etc.) quanto de suas próprias crenças e preferências pessoais que, embora legitimamente assumidas em sua autonomia privada, não se coadunem com o exercício da sua função pública. De fato, o poder jurisdicional não é atribuído ao juiz para sua realização pessoal, mas para a realização da ordem jurídica, único constrangimento ao qual ele deve estar submetido (AGUILÓ REGLA, 2003, p. 51).

A imparcialidade, por seu turno, refere-se à independência do juiz frente a fatores internos ao processo, é dizer, às partes e ao objeto em discussão (AGUILÓ REGLA, 2003, p. 53). Uma vez que o único interesse ao qual o juiz se submete é a concretização do direito, compete-lhe dirigir a atividade processual a esta finalidade. No curso do processo, é seu dever a equidistância, garantindo que haja entre as partes igualdade de participação e oportunidades probatórias. Quando alcançado o momento da decisão, o juiz deve estar comprometido apenas com a verdade dos fatos que considere poder justificar de maneira satisfatória, a despeito dos prejuízos ou vantagens que eles possam implicar para as partes e da repercussão que possa ter o objeto do processo.

Uma outra conclusão que se extrai das premissas da atividade jurisdicional em um contexto constitucional-argumentativo diz respeito à relevância da participação das partes. O conhecimento dos fatos pela via processual, entendida como atividade precipuamente epistemológica, não é perseguido de forma direta e imediata pelo juiz, mas por intermédio da dialética argumentativa que se constrói em torno das teses contrapostas pelas partes em litígio. Desse modo, a discussão sobre os fatos somente tem sentido quando entra em contato com as posições jurídicas concretamente sustentadas pelos litigantes, o que torna imprescindível a intervenção substantiva das partes desde o momento da fixação dos fatos a serem provados, passando pela atividade de escolha e produção do material probatório relevante e chegando à

análise final de qual interpretação deve ser dada ao conjunto probatório produzido (UBERTIS, 2017, p. 53-55).

Para que esta participação das partes no processo seja efetiva, é indispensável que esteja garantido o exercício do contraditório entre elas em igualdade de condições, exigência que se justifica tanto jurídica como epistemologicamente. Do ponto de vista epistemológico, o método dialético assumido pelo processo assegura melhores condições para a obtenção da verdade, permitindo que cada parte apresente à parte contrária e ao juiz o conjunto de dados e argumentos probatórios considerados mais idôneos para defender sua tese fática, em interlocução com os elementos análogos aportados pelos demais sujeitos do processo (UBERTIS, 2017, p. 58). Do ponto de vista jurídico, o devido processo legal, que supõe o direito a um contraditório efetivo e à paridade de armas, é uma das aspirações mais fundamentais dos Estados constitucionais, pois se vincula diretamente ao objetivo de erradicação da arbitrariedade (AGUILÓ REGLA, 2001).

Igualmente decorre de uma compreensão constitucional-argumentativa da atividade jurisdicional penal o elevado grau de qualidade exigível da justificação do raciocínio fático-probatório adotado nas decisões judiciais. Esta justificação não pode se limitar a uma simples descrição do itinerário decisional mental do juiz nem pode ser confundida com a mera exteriorização do produto da livre valoração interna do julgador, hipóteses que estariam mais próximas do contexto da descoberta e, por isso, estariam adstritas a certo psicologismo. Pelo contrário, a motivação da decisão acerca dos fatos demanda a apresentação das razões pelas quais determinadas provas foram consideradas na sentença e outras desconsideradas, a indicação dos pesos atribuídos aos elementos probatórios e os fundamentos desta valoração, as inferências realizadas a partir das provas e os parâmetros empregados para aferir o grau de certeza do raciocínio probatório.

Esta exigência de justificação precisa e completa desempenha um papel crítico no controle discursivo em dois momentos distintos. Em primeiro lugar, quando torna obrigatório o exercício de uma autocrítica pelo juiz ao externalizar discursivamente seu raciocínio probatório, comprometendo-o com as razões que expõe, o que reduz os riscos de uma assimilação irrefletida de sugestões subjetivas insuscetíveis de defesa racional (ANDRÉS IBÁÑEZ, 1992, p. 292). Em segundo lugar, porque autoriza uma revisão mais ampla do raciocínio probatório pelos órgãos judiciais recursais, permitindo que as partes possam apresentar recursos circunscritos aos pontos que considerem equivocados e facilitando o juízo avaliativo próprio destes órgãos de revisão, aos quais compete verificar se o juízo sentenciante conseguiu fazer com que os fatos assumidos como provados fossem efetivamente comunicados

de forma compreensível e se os critérios de correção fática adotados são capazes de sustentar as conclusões alcançadas (UBERTIS, 2017, p. 68).²²

Por fim, um processo judicial com ambição cognoscitiva, nos termos dos pressupostos assumidos até aqui, condensa em si uma dupla pretensão (verdade e direito) e é igualmente submetida a uma dupla limitação.

A busca da verdade no contexto judicial, como em qualquer outro contexto de investigação, está sujeita às limitações do conhecimento humano, que é necessariamente condicionado aos dados e tecnologias disponíveis. Se nem mesmo nas chamadas ciências duras a ideia de uma verdade absoluta persiste, não há qualquer razão para que se exija das decisões judiciais o cumprimento deste pressuposto inalcançável. Em realidade, não se deve confundir a verdade tomada como ideal regulativo e a verdade que o processo efetivamente consegue produzir. Esta é sempre uma aproximação com maior ou menor grau de certeza probabilística em relação àquela (TARUFFO, 2008, p. 26).

Isso porque, de um lado, a estrutura predominantemente indutiva do raciocínio probatório torna inviável, independente de quão grande ou relevante seja o conjunto probatório disponível, que se obtenha uma certeza lógica a partir da valoração das provas no processo judicial. Apesar de alguma possível exceção na qual um argumento sobre fatos tenha caráter dedutivo²³, este tipo de argumento em regra está estruturado de maneira indutiva (ou abdutiva), exatamente para que se consiga, com amparo nas informações que se possui e em algumas regras de regularidade generalizáveis (ou máximas de experiência), alcançar uma conclusão que está além das premissas, o que necessariamente se converte em um juízo probalístico.

Pode-se tomar como exemplo um determinado processo no qual a testemunha X afirma que viu o acusado Y furtar um objeto Z. A única coisa que se pode depreender diretamente desta informação é que a testemunha X formulou estas afirmações, mas não que as afirmações formuladas são verdadeiras. Para que este último seja considerado provado seria necessário assumir que a testemunha não mente, não sofreu nenhum problema de percepção, não teve sua memória afetada, etc. A assunção destas circunstâncias se apoia em leis de natureza probabilística (que normalmente testemunhas nestas condições não mentem, que normalmente testemunhas nestas condições não sofrem problemas de percepção, que normalmente

²² Nesse sentido, Andrés Ibáñez (1992) defende que o controle sobre a consistência dos juízos probatórios forma um todo com as garantias de legalidade, o que abre caminho para a atuação dos tribunais de cassação também neste campo da motivação das decisões judiciais.

²³ Daniel González Lagier (2003b) sustenta que um mesmo argumento fático-probatório pode ser apresentado tanto de maneira indutiva, como de maneira abdutiva ou dedutiva. Em todos os casos, o raciocínio permanece sendo probabilístico, pois, mesmo quando apresentado de forma dedutiva, haverá sempre uma incerteza acerca das premissas do silogismo, a qual será transferida para conclusão.

testemunhas nestas condições não têm sua memória afetada, etc.). Assim, o raciocínio indutivo transmite naturalmente o seu grau de incerteza para a conclusão probatória, o que é uma limitação inafastável, embora possa ser reduzida pela maior ou menor certeza aproximativa que as premissas utilizadas nos raciocínios possam oferecer (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 92-93).

De outro lado, além da limitação lógica, é necessário assinalar as várias outras dificuldades que podem ser encontradas na apuração judicial dos fatos: o desaparecimento de vestígios, a impossibilidade de identificação dos participantes dos fatos, as dificuldades tecnológicas e vários outros fatores que influem diretamente no processo judicial, limitando de forma concreta a pretensão probatória. Desse modo, seja por razões lógicas ou factuais, a pretensão epistemológica do processo somente pode ser parcialmente atendida, sempre remanescendo algum âmbito de incerteza.

No entanto, ainda que todas as condições factuais necessárias estivessem satisfeitas e fosse possível atribuir, de alguma maneira, certeza absoluta às induções probatórias, a eliminação dos obstáculos epistemológicos não seria suficiente para garantir o livre acesso à verdade no processo, em razão das limitações jurídicas aos quais também se submete a cognição judicial dos fatos.

A verdade que se pode alcançar no processo fica condicionada pela incidência de normas jurídicas que estabelecem diversos limites acerca do tempo, dos meios e dos procedimentos que podem ser utilizados pelos juízes e pelas partes. A existência destas regras e princípios jurídico-processuais não constituem necessariamente um obstáculo à busca da verdade, embora muitas vezes o seja (TARUFFO, 2008, p. 25).

Algumas destas normas jurídicas reforçam o objetivo de averiguação da verdade, exercendo, ao mesmo tempo, uma função epistemológica e institucional. Nessa classe estão, por exemplo, as regras que proíbem aquisição de testemunhos mediante tortura, as quais se justificam não apenas em razão do valor fundamental da vida e da dignidade humana, mas também porque informações obtidas por esta via geralmente se apresentam distorcidas e carregam uma debilidade epistemológica, pois o estresse psicológico prejudica a memória e favorece o sugestionamento (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 118).

Por outro lado, há normas jurídicas de cunho não epistemológico que se convertem em verdadeiros comandos contraepistemológicos. Nessa classe estaria, por exemplo, a limitação temporal imposta pela exigência de razoável duração do processo. Deste princípio jurídico decorrem regras acerca dos prazos para a prática de atos probatórios, interposição de recursos e decisão definitiva (coisa julgada). A permissão para que o processo se prolongasse em busca

da verdade por tempo indeterminado implicaria inadmissível situação de incerteza para o investigado e indevida leniência com o Estado que tem o dever de prestar jurisdição de forma eficiente (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 37). Desse modo, diante da necessidade de prestação jurisdicional em tempo razoável, a demora excessiva pode impor um abandono da busca pela verdade no processo, normalmente com a resolução de questões pendentes por presunções.²⁴

A observância dos limites jurídicos impostos pelas normas que regulam o processo é importante para salvaguardar a coerência do direito, que não pode negar a si mesmo a fim de satisfazer a pretensão epistemológica, como aconteceria com a aceitação de provas ilícitas, por exemplo. Todavia, há situações em que as normas jurídicas, especialmente as de caráter principiológico, poderão se sobrepor e tornar menos claros os limites a serem observados na atividade probatória.

É possível pensar em uma situação na qual haja um quadro fático-probatório suficientemente seguro para condenação penal, porém exista uma única prova, obtida de forma ilícita pela defesa, suficiente e necessária para comprovar a inocência do acusado. Nesta situação, uma ponderação entre o princípio do devido processo legal (que subjaz à proibição do uso de provas ilícitas) e o princípio da dignidade humana (que se opõe à condenação de um inocente) seria necessária, havendo normalmente a prevalência do segundo sobre o primeiro (PRADO, 2009, p. 32). Em todo caso, o que se deve realçar é que, em casos difíceis como este, a solução não está em abandonar os limites do direito, mas em delinear de forma mais clara seu perímetro, ao qual a atividade processual sempre deverá estar circunscrita, sob pena de perder sua legitimidade constitucional.

Por tudo o que foi exposto, a atividade processual e decisória no processo penal, sob o marco argumentativo-constitucional que aqui se sustenta, deve levar em consideração cinco ideias fundamentais: 1) independência e imparcialidade do juiz; 2) participação das partes; 3) justificação do raciocínio probatório; 4) limitações epistemológicas; e 5) limitações jurídicas. Estes são pontos de partida e, portanto, não pretendem solucionar os variados problemas que emergem da prática do processo penal. Todavia, apresentam um arcabouço teórico razoavelmente preciso e claro, em torno do qual estes problemas podem ser articulados para melhor compreensão e discussão.

²⁴ Entre as diversas presunções presentes no sistema jurídico, algumas possuem caráter mais formal/institucional e desconectado da realidade, desempenhando um papel predominantemente não epistemológico. Há, contudo, presunções que mais se assemelham a máximas de experiência institucionalizadas, as quais também contêm um traço epistemológico em sua formulação. Para uma discussão sobre o assunto, ver: Gascón Abellán (2010, p. 123-135).

1.5 PONTOS DE PARTIDA: ARGUMENTAÇÃO E BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Toda a explanação desenvolvida até aqui está assentada na ideia de que, no contexto constitucional contemporâneo, a justificação das decisões judiciais é uma exigência fundamental para o exercício do poder jurisdicional que deve permear toda a atividade do juiz, inclusive nos aspectos probatórios. Especialmente no processo penal, a fundamentação de decisões condenatórias, nas quais os aspectos fáticos são cruciais, deve ser capaz de satisfazer a elevada carga argumentativa necessária para derrotar a presunção de não culpabilidade. Portanto, o cumprimento adequado do dever de fundamentação das sentenças penais não pode ser reduzido a uma simples declaração das conclusões do julgador, mas exige a apresentação de um raciocínio substancial.

Em termos argumentativos, isto significa dizer que o dever de fundamentação do juiz não está adstrito à demonstração das relações lógicas entre as premissas fáticas/normativas do silogismo judicial e a conclusão do julgamento (justificação interna). O grande desafio da prestação jurisdicional nos estados constitucionais consiste na demonstração da correção das premissas empregadas (justificação externa). Esta justificação mais exigente, no campo do raciocínio fático-probatório, demanda que estejam expressas no ato jurisdicional as provas utilizadas ou rejeitadas, o valor atribuído a cada uma delas, os critérios utilizados para a valoração probatória e as razões pelas quais se deve acreditar que a conclusão alcançada é a melhor reconstrução possível dos fatos, tendo como parâmetro a ideia de verdade como correspondência.

Com efeito, uma teoria semântica da verdade (verdade como correspondência com o mundo real) é fundamental para justificar a existência do processo judicial, inclusive porque sem ela o direito não poderia cumprir adequadamente a função de orientar as condutas humanas. Em verdade, caso se dispensasse a necessária vinculação entre os fatos que efetivamente ocorreram no mundo e as suas consequências jurídicas, haveria uma forte abertura à aleatoriedade, o que romperia com a ideia de que as sanções são aplicadas em razão de fatos e de que é possível evitá-las com comportamentos conforme o direito.

Todavia, a ideia de verdade como correspondência não exclui a utilidade de outras concepções epistemológicas no processo. A coerência constitui um critério possível para aferição da verdade, embora não seja único nem suficiente para assegurá-la. Por outro lado, o consenso é especialmente relevante nos diversos institutos jurídicos em que a pretensão

epistemológica é mitigada em prol de outras finalidades também importantes para o direito, como a segurança jurídica e a economia processual.

De fato, o processo judicial, especialmente no âmbito penal, possui como objetivo alcançar a melhor verdade possível dentro dos limites institucionais do direito, ou seja, encontrar a proposição mais próxima da forma como os fatos efetivamente aconteceram no mundo real sem ultrapassar os limites normativos. Todavia, a conciliação entre verdade e direito através do processo pode ser conflitiva, de modo que, em muitos pontos, os limites deste último tornarão inviável a consecução da primeira.

É possível depreender de uma concepção do processo assim delineada diversas implicações, as quais podem ser sintetizados em cinco pontos de partida fundamentais: a independência e imparcialidade do julgador; a participação efetiva das partes no processo; o elevado grau de qualidade exigível da justificação dos argumentos fáticos; a consideração dos limites epistemológicos do conhecimento humano e o respeito aos limites normativos na busca pela verdade no processo. Estes pontos, embora gerais, articulam-se com a maior parte dos problemas atuais da prática processual penal.

CAPÍTULO 2 – ANÁLISE E AVALIAÇÃO DE ARGUMENTOS EM MATÉRIA DE FATOS NAS SENTENÇAS PENAIIS

2.1 ANÁLISE E AVALIAÇÃO DE ARGUMENTOS EM MATÉRIA DE FATOS

Uma aproximação teórica aos discursos judiciais que fundamentam atos decisórios pode ser realizada partindo-se de duas perspectivas distintas: uma abordagem analítica e/ou uma abordagem avaliativa. Tanto a análise quanto a avaliação são abordagens *ex post*, ou seja, realizam-se a partir de argumentações já dadas, podendo ser realizadas tanto por aqueles que possuem interesse direto em contestar os argumentos apresentados (como um advogado que recorre contra uma sentença desfavorável), quanto por observadores externos à discussão que concretamente deu origem à argumentação (como é o caso dos pesquisadores em direito) (ATIENZA, 2013, p. 423).

A diferença entre a análise e a avaliação de textos argumentativos consiste fundamentalmente no objetivo proposto por quem realiza estas tarefas. Na análise objetiva-se precipuamente a compreensão do conteúdo do argumento, tanto em relação à sua justificação interna quanto à sua justificação externa, procurando demonstrar quais são seus elementos e abordando de forma detida suas partes constitutivas (ATIENZA, 2013, p. 424). De outra parte, em uma avaliação procura-se não apenas compreender bem o discurso, mas realizar acerca dele algum juízo valorativo. Por certo, análise e avaliação não são operações antagônicas ou excludentes, mas essencialmente complementares, de forma que a própria diferenciação entre elas não pode ser concebida rigorosamente.

De fato, analisar uma argumentação pressupõe decisões valorativas acerca de como os argumentos devem ser estruturados ou como eles devem ser compreendidos. É o que ocorre quando se desenha uma forma de representação dos argumentos ou quando se interpreta que em determinado ponto do texto há uma premissa implícita (ATIENZA, 2013, p. 423). De outra parte, a avaliação evidentemente implica na compreensão do texto a ser avaliado, o que exige alguma estruturação analítica do discurso examinado. Portanto, a diferença entre análise e avaliação é uma questão de gradação, que gira em torno de qual medida de importância o agente que realiza estas tarefas lhes atribui.

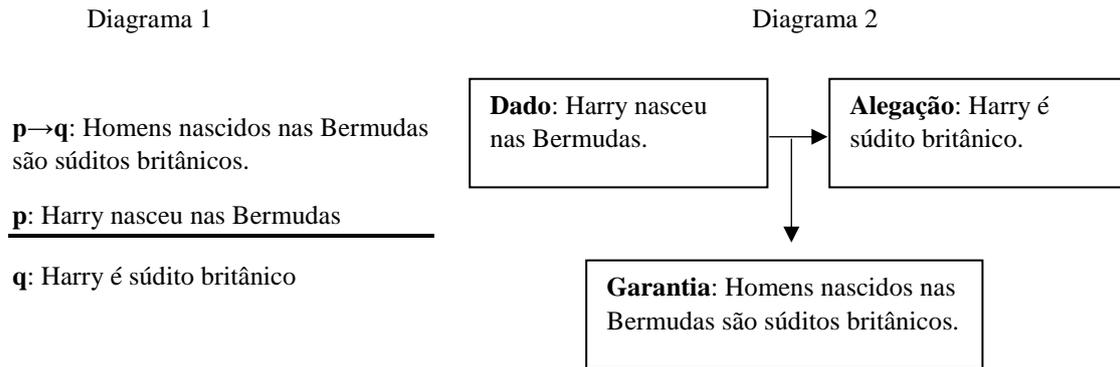
Do mesmo modo, os modelos propostos para o exame de discursos argumentativos não podem ser interpretados como exclusivamente de análise ou de avaliação. A adoção de um modelo de análise é, por si mesma, uma escolha valorativa no sentido de que determinada forma de se estruturar o argumento é melhor que outras. Por outro lado, os modelos avaliativos, de

um modo geral, costumam adotar critérios que estão intimamente ligados à estrutura da argumentação, tais como clareza e coerência. Assim, modelos de análise propõem, ao menos indiciariamente, critérios de avaliação, ao passo que modelos de avaliação pressupõem ferramentas de análise.

A escolha de um modelo analítico-avaliativo pode ser justificada por uma série de fatores vinculados, principalmente, à sua utilidade para os objetivos propostos por quem pretende se utilizar deles. No campo da argumentação jurídica, há diversos modelos propostos (WIGMORE, 1937; TWINING; ANDERSON; SCHUM, 2005; ATIENZA, 2013; e vários outros). Contudo, entre as diversas opções existentes, o leiaute de argumento proposto por Stephen Toulmin (2006), um dos precursores das teorias da argumentação jurídica contemporâneas, demonstrou-se útil para diversas abordagens de estudos sobre argumentação em variados campos do conhecimento (VAN EEMEREN et al., 2014, p. 233ss) e, em pesquisas recentes, revelou significativa utilidade quando aplicado a trabalhos acadêmicos que tratam de decisões do Poder Judiciário brasileiro (ROESLER; SANTOS, 2014; ROESLER; RÜBINGER-BETTI, 2014, PRATA DE CARVALHO; ROESLER, 2016; SENRA, 2018; LAGE, 2018).

O esquema de análise (*layout of arguments*) proposto por Toulmin é desenvolvido a partir do modelo silogístico formal, do qual se originam, segundo este autor, os três elementos básicos de um argumento: a alegação (*claim*), os dados (*data*) e a garantia (*warrant*). A alegação é a proposição que se pretende demonstrar, os dados são as informações vinculadas ao caso particular às quais recorreremos para fundamentar a alegação e, por fim, a garantia é a afirmação genérica cujo conteúdo nos permite passar dos dados à alegação (TOULMIN, 2006, p. 140-143).

Este primeiro traço do modelo de Toulmin é muito semelhante ao modelo silogístico, de forma que o exemplo apresentado pelo próprio autor, no qual se parte do **dado** de que Harry nasceu nas Bermudas para a **alegação** de que Harry é súdito britânico, pode ser representado tanto como argumento lógico formal (*modus ponens*) quanto no leiaute por ele proposto, conforme se observa nos Diagramas 1 e 2:



Deve-se ressaltar, todavia, que o diagrama de Toulmin explicita melhor a ideia da argumentação como movimento. Enquanto a representação silogística transmite a percepção de uma absorção, na qual a premissa menor é captada pela premissa maior, o leiaute toulmaniano permite compreender a passagem do dado para a alegação como um movimento discursivo para frente e, de outro lado, a invocação da garantia como um movimento discursivo direcionado à base do argumento. Trata-se, portanto, de uma argumentação que se move tanto no eixo horizontal quanto no eixo vertical.

A partir deste núcleo estrutural, Toulmin insere novos elementos em seu leiaute de argumento, os quais pretendem incorporar a passagem da lógica formal para o que o autor denomina de lógica informal, a lógica aplicada (PRATA DE CARVALHO, 2018, p. 47).

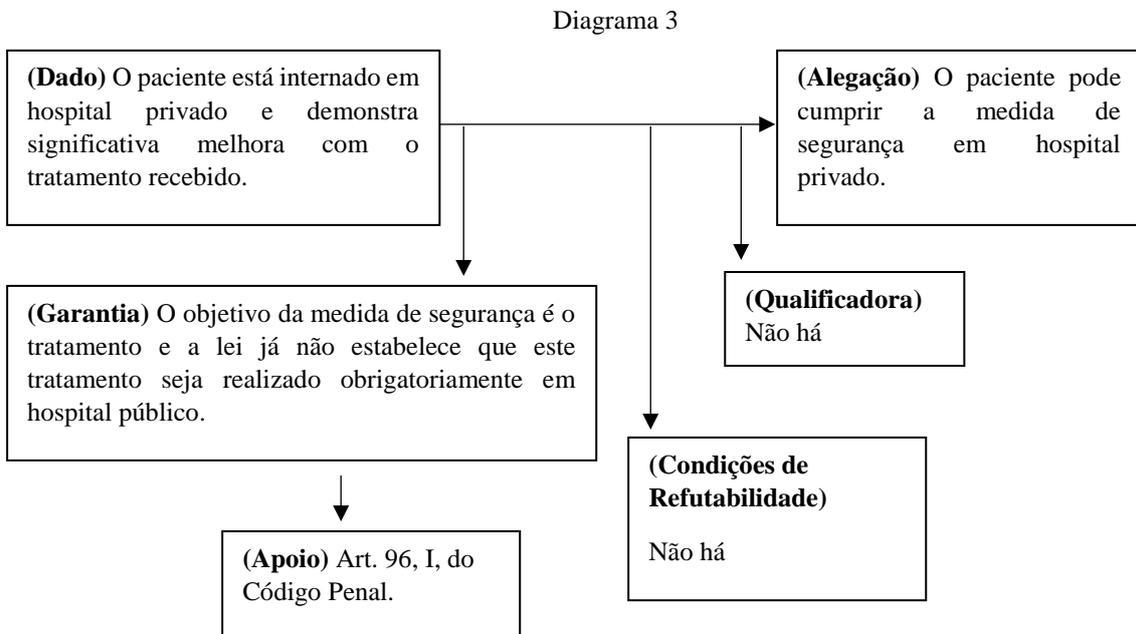
Em primeiro lugar, como a dependência ao campo temático no qual se argumenta é traço fundamental da lógica aplicada pensada por Toulmin (PRATA DE CARVALHO, 2018, p. 48-50), o seu modelo de argumento incorpora elementos de autoridade, que podem ser encontrados nos variados campos do conhecimento, capazes de assegurar a solidez da garantia. Este componente original do leiaute toulmaniano é chamado de apoio (*backing*), cuja função precípua é tornar aceitáveis e fidedignas as garantias (TOULMIN, 2006, p. 153). No clássico exemplo de Harry, o súdito britânico que nasceu nas Bermudas, os apoios para a garantia apresentada naquele caso seriam os dispositivos legais, extraídos do direito britânico, que tratassem da sujeição à Coroa britânica.

Toulmin também insere em seu leiaute elementos de derrotabilidade (*defeasibility*), ou seja, condições capazes de influir no movimento da argumentação e impedir, apesar da solidez dos dados, garantias e apoios, que a alegação proposta seja aceita. Estes componentes são denominados condições de refutação (*rebuttals*). É o caso, por exemplo, de considerarmos que o Harry nascido nas Bermudas, apesar de todas as informações que já conhecemos, seja filho de pais estrangeiros, bem como que filhos de pais estrangeiros não possam ser súditos

britânicos. Neste caso, a alegação de que Harry é súdito britânico seria derrotada pela constatação de uma condição de refutação.

Por fim, a última grande diferença entre modelo de Toulmin e os esquemas estritamente formais consiste na aceitação de alegações acompanhadas de qualificadoras (*qualifiers*), que possibilitam modular o grau de certeza atribuído ao argumento. Em um silogismo clássico, uma vez assentada a veracidade das premissas, delas decorre de forma infalível a veracidade da conclusão. O modelo toulmaniano, por seu turno, admite que há garantias que somente são capazes de nos assegurar a alegação proposta de forma probalística e não peremptória (TOULMIN, 2006, p. 144). Por isso, os argumentos apresentados em seu leiaute admitem modulações através de advérbios de modo como “possivelmente” ou “provavelmente” (PRATA DE CARVALHO, 2018, p. 60).

Como já ressaltado, o modelo de argumento de Toulmin já foi aplicado por pesquisadores brasileiros e utilizados em diversas áreas jurídicas, sendo possível apresentar, a título demonstrativo, o seguinte Diagrama 3, construído por Lage (2018, p. 241) a partir do voto proferido pelo Ministro Aldir Passarinho no julgamento do HC nº 64.494/SP, no qual a Segunda Turma do STF discutia a possibilidade do cumprimento de medida de segurança penal em hospital privado:



De fato, não é surpresa que o leiaute de argumento de Toulmin tenha demonstrado sua utilidade na análise de decisões judiciais. O autor salienta diversas vezes que a prática do direito

(*jurisprudence*) é o seu modelo de argumentação prática, de modo que a sua forma de pensar a estrutura do argumento é justamente uma aproximação por ele construída a partir dos debates promovidos em tribunais (TOULMIN, 2006, p. 10).

Porém, a aplicação da formulação analítica de Toulmin na compreensão de decisões judiciais concretas resulta normalmente em uma representação melhor do que a argumentação concreta que lhe serviu de base.²⁵ Isso porque nem sempre decisões judiciais apresentam a clareza explícita deste leiaute de argumento. Ao revés, particularmente nas decisões do Poder Judiciário brasileiro, em que as razões que fundamentam as decisões têm se revelado difusas, imprecisas e excessivas (ROESLER, 2015), o modelo de Toulmin é utilizado com frequência para reconstruir o raciocínio judicial de uma forma mais analítica, inclusive para facilitar a crítica.

Essa reconstrução consiste, muitas vezes, em tornar explícitos argumentos implícitos. A utilização de entimemas²⁶ é uma prática constante em contextos dialéticos, como é o caso do direito. Em razão da dinâmica dialética, ante a ausência de questionamentos acerca de determinados pontos da argumentação, algumas premissas vão sendo assimiladas pelos interlocutores, tornando desnecessária a sua explicitação. O modelo de Toulmin nos permite identificar algumas destas premissas implícitas, promovendo uma interessante desnaturalização dos entimemas. Todavia, a utilização deste modelo de análise pode, também, revelar a simples ausência de premissas.

De outra parte, o leiaute de Toulmin também permite separar os elementos que compõem o núcleo constitutivo do argumento daqueles comentários excessivos, e atualmente abundantes, que possuem pouca ou nenhuma utilidade em relação à conclusão que se pretende propor. Ao identificar os componentes do argumento, é possível delimitar a *ratio decidendi* da argumentação, separando-a das *obiter dicta*.

Por todos estes motivos, o modelo de argumento de Toulmin tem sido recorrentemente utilizado na análise de decisões judiciais. Todavia, apesar desta já usual utilização, para transposição do leiaute de argumento para o campo específico da argumentação em matéria de fatos é necessária uma melhor explicitação de como as categorias teóricas pensadas por Toulmin podem ser operacionalizadas no campo da argumentação probatória empreendida pelos juízes ao decidirem acerca dos fatos. Este problema é objeto de estudo promovido por

²⁵ Nesse sentido é a crítica de Haba (2010), para quem a teoria *standard* da argumentação jurídica promove uma “cirurgia estética” na prática jurídica real, a fim de apresentá-la de forma idealizada.

²⁶ Entimemas são argumentos nos quais há premissas que não estão explicitamente apresentadas, embora estejam nele subentendidas premissas implícitas já demonstradas, geralmente aceitas ou cuja omissão seja pragmaticamente recomendada. Ver.: Nascimento (2012).

González Lagier (2003b), cujas conclusões serão utilizadas como base para a abordagem metodológica deste trabalho.

A proposta de González Lagier não é apenas uma adaptação do modelo de Toulmin para o campo da argumentação em matéria de fatos, mas uma reformulação que acrescenta e desenvolve categorias que vão além do leiaute-base. Para uma compreensão mais adequada das contribuições que este modelo específico pode oferecer, será apresentada, em primeiro lugar, uma abordagem do argumento fático-probatório em uma perspectiva estática (2.1.1), seguida da análise da relação entre argumentos fáticos e normativos em uma perspectiva dinâmica (2.1.2) e, por fim, os critérios de avaliação que decorrem dos próprios elementos estruturantes do modelo (2.1.3).

2.1.1 Análise estática do argumento em matéria de fatos

Como perspectiva estática do argumento fático-probatório pretende-se denominar a estrutura do argumento probatório em si mesma, ou seja, um argumento isoladamente pensado, que parte de determinadas premissas e propõe uma conclusão sobre o modo como fatos estipulados ocorreram ou não. Para este primeiro nível de análise, a ênfase é colocada sobre os argumentos de caráter epistemológico construídos na argumentação judicial, sem referência direta à matéria normativa. Esta primeira aproximação será, em seguida, completada pelo exame deste argumento-base em suas múltiplas relações com outros argumentos normativos²⁷ e fáticos ao longo da decisão, estrutura entrelaçada que será aqui tratada como análise dinâmica da argumentação em matéria de fatos.

Para compreender a diferenciação entre as perspectivas estática e dinâmica da argumentação, é possível utilizar uma analogia entre a argumentação judicial na sentença penal e uma sinfonia. Cada nota desta sinfonia é um argumento. Na análise pontual, ou seja, examinando-se isoladamente cada uma das múltiplas notas que compõem a sinfonia, está enfocado o caráter estático do argumento probatório utilizado. Por outro lado, à execução da sinfonia, com a combinação de diversas notas de tons diferentes e sucessivas, corresponde o aspecto dinâmico da argumentação.

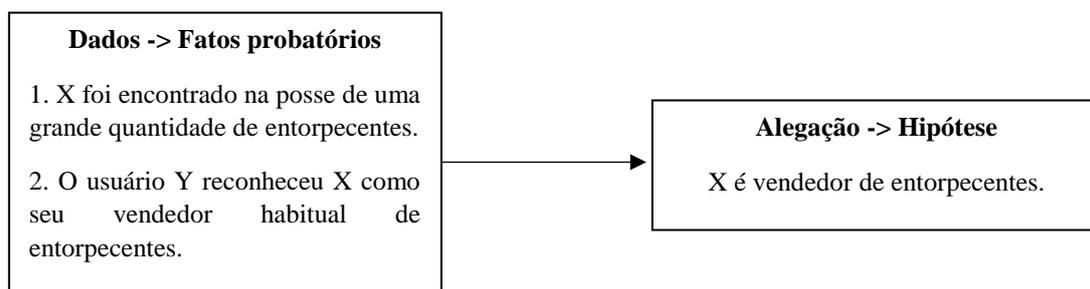
Do ponto de vista estrutural estático, a partir do leiaute de Toulmin interpretado por González Lagier (2003b), depreende-se que o argumento fático-probatório também irá procurar

²⁷ Os termos argumentos normativos e/ou argumentos de interpretação normativa fazem referência aos argumentos de interpretação que se destinam a sustentar uma entre duas interpretações propostas para um mesmo texto normativo. São exemplos deste tipo de argumento os argumentos linguísticos, sistêmicos e teleológicos-avaliativos (MACCORMICK, 2008).

demonstrar a correção de uma alegação, que é, neste caso, uma proposição acerca da forma como determinados fatos ocorreram e cuja veracidade se deseja estabelecer. No polo oposto do argumento, como premissas para sustentar esta alegação fática, devem ser apresentados dados cuja veracidade já esteja estabelecida. Assim, no argumento em matéria de fatos, propõe-se que a alegação seja chamada de “fatos a provar” ou “hipótese” e os dados de “fatos probatórios” (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 35).

A relação entre estes dois elementos iniciais do argumento está ilustrada e exemplificada no Diagrama 4:

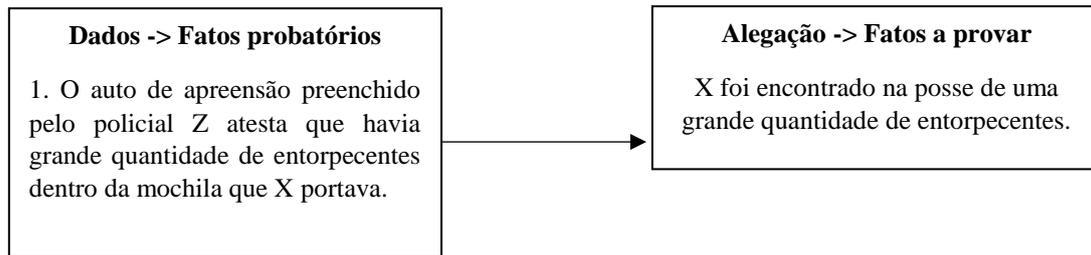
Diagrama 4



Já neste momento inicial é possível distinguir entre duas operações distintas. A primeira consiste em estabelecer os fatos probatórios que serão utilizados como premissas no argumento e, a segunda, consiste em inferir dos fatos probatórios a correção da hipótese proposta (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 35). Evidentemente, ao longo de um discurso argumentativo, as hipóteses em um determinado momento do raciocínio costumam ser tomadas como fatos probatórios em momentos posteriores, o que é bastante recorrente quando se pensa na dinâmica da argumentação prática.

De outra parte, é importante destacar que a aceitação dos fatos probatórios é, inicialmente, um entimema, porém dele podem ser derivados inúmeros questionamentos em uma argumentação concreta. No caso anteriormente exemplificado, seria possível questionar porque devemos acreditar que X foi encontrado na posse de uma grande quantidade de drogas. Nesta circunstância, caso o questionamento seja considerado pertinente, a proposição que antes era fato probatório se converterá em hipótese que demanda comprovação. A resposta para este novo questionamento, cuja resolução se tornou necessária, poderia ser formulada nos termos do Diagrama 5:

Diagrama 5



O que se observa, portanto, é que o argumento em matéria de fatos necessita partir de informações que não suscitem dúvidas pertinentes ou cuja veracidade já se tenha estabelecido em momento anterior do raciocínio argumentativo.

Ainda com base no modelo de Toulmin, a passagem dos fatos probatórios para a proposição apresentada como hipótese precisa ser assegurada por uma garantia. Em se tratando da argumentação em matéria de fatos no campo penal, estas garantias são, em regra, máximas de experiência, embora também sejam admitidas presunções legais e jurisprudências em certos casos.²⁸ Para ilustrar este ponto, observem-se os seguintes trechos de julgamentos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

(1) O que se extrai da **ação cível movida por L., vítima, contra o réu para reaver seu dinheiro (fls. 7/28)** é que L. não impugnou a retenção dos 30% (trinta por cento) previsto na cláusula 2ª do contrato de prestação de serviço às fls. 37/38, e também não contestou essa cláusula contratual em sua réplica à contestação do réu naqueles autos (fls. 130/132).

Essa circunstância fragiliza a vertente defensiva de recusa da vítima por discordância dos valores dos honorários, pois **seria ilógico e contraditório considerar que a vítima deixou de aceitar sua parte no momento em que o réu teria tentado lhe pagar, como sustentou a Defesa, para tentar receber o valor integral do qual o réu se apropriou em juízo** (fl. 101), sendo que ela, a vítima, sequer contesta o percentual de 30% acordado contratualmente.²⁹ (Sem grifos no original).

(2) No crime de receptação, **o fato de o veículo, produto de crime, ter sido encontrado na garagem da residência do réu, sem explicação plausível para tal, por si só, constitui forte elemento de convicção de que o réu tinha ciência da origem ilícita do bem.** Nesse caso, inverte-se o ônus da prova, incumbindo ao réu a prova da origem lícita do bem, ônus do qual não se desincumbiu. **Precedentes.**³⁰ (Sem grifos no original).

²⁸ Posteriormente, González Lagier (2005) passou a admitir a existência de argumentos probatórios cuja garantia seja um conceito ou teoria. Todavia, este tipo de argumento fático-conceitual, que promove a interação entre fatos empíricos e uma conceituação epistemológico-normativa será tratado neste estudo como um tipo híbrido entre a argumentação normativa e a argumentação em matéria de fatos na parte destinada à argumentação em seu aspecto dinâmico. A mesma observação é aplicável à denominada inferência probatória interpretativa e à inferência probatória normativa em que não haja uma finalidade precípua de aproximação da verdade como delineado por Matida e Herdy (2016).

²⁹ (Acórdão n. 1118385, 20160110997910APR, Relator: Silvanio Barbosa dos Santos, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 16/08/2018, Publicado no DJE: 24/08/2018. Pág.: 157/168).

³⁰ (Acórdão n. 1113764, 20160310124893APR, Relator: Demetrius Gomes Cavalcanti, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 02/08/2018, Publicado no DJE: 07/08/2018. Pág.: 103/120).

No primeiro exemplo, tratava-se de um caso no qual se apurava a conduta de um advogado acusado de apropriação indevida de valores pertencentes ao seu cliente. Ao decidir a matéria fática, o Tribunal se utilizou de uma máxima de experiência para rechaçar a alegação defensiva de que o acusado tentou entregar o dinheiro ao cliente, porém este teria se recusado a receber. Com fundamento na forma como contratos deste tipo geralmente se desenvolvem, os julgadores concluíram que não seria razoável acreditar que o dinheiro alegadamente oferecido pelo advogado ao cliente tenha sido simplesmente recusado por ele, o qual ajuizou ação posterior justamente para receber a referida quantia e sequer questionou o percentual devido a título de honorários.

No segundo caso, em que se apurava a prática do crime de receptação, houve a adoção de uma presunção jurisprudencial no sentido de que, uma vez encontrado o objeto de crime na posse de um indivíduo que não explica adequadamente sua origem, presume-se que este tenha conhecimento da origem ilícita do bem. Esta presunção é alegadamente extraída de outros precedentes judiciais proferidos em hipóteses semelhantes e possui em sua base uma máxima de experiência, reconhecida pelos juízes, de que pessoas que adquirem produtos lícitos normalmente podem comprovar a licitude da aquisição.

Com efeito, o universo de máximas de experiência e presunções jurisprudenciais e legais é imenso. Por certo, a qualidade destas garantias empregadas nos argumentos em matéria de fatos é um dos critérios determinantes para a avaliação do grau de correção do argumento. Todavia, neste momento, pretende-se apenas demonstrar analiticamente a sua utilização. Assim, tomando como base os dois trechos de decisões judiciais anteriormente citadas, os referidos raciocínios poderiam ser representados como nos Diagramas 6 e 7:

Diagrama 6

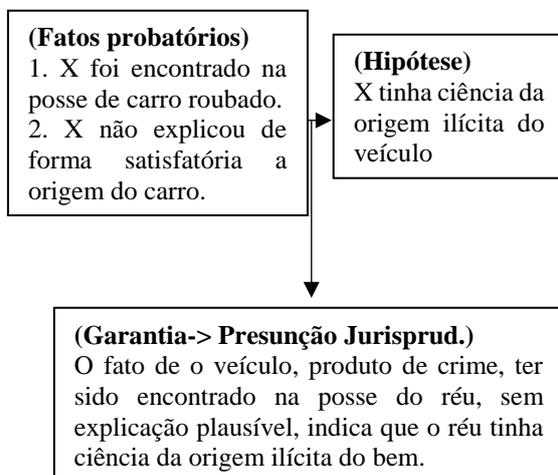
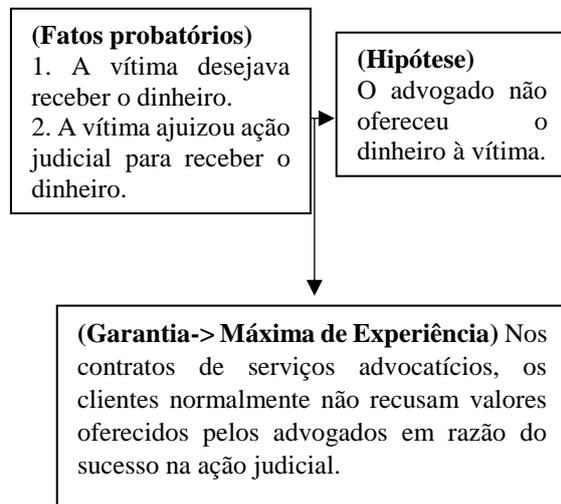


Diagrama 7



Em verdade, a diferença entre as duas garantias apresentadas decorre muito mais do seu nível de institucionalização do que de alguma diferença analítica ou estrutural entre elas, pois ambas funcionam fundamentalmente como razões que permitem inferir de um conjunto de dados conhecidos um outro dado que se deseja conhecer.³¹ Esta similaridade é ainda mais presente no direito penal, em que vigora uma pretensão epistemológica forte, razão pela qual as presunções são geralmente máximas de experiência que obtiveram reconhecimento jurisprudencial ou legal, transformando-se em enunciados revestidos de autoridade (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 36).³²

Em todo caso, é importante destacar a existência, em outros ramos do direito onde a pretensão epistemológica é mitigada com mais facilidade, de presunções que se descolam da realidade externa em maior medida, como a presunção decorrente da revelia nos processos civil e trabalhista. Este tipo de presunção, no qual há uma renúncia à pretensão epistemológica do processo, parece encontrar apenas um exemplo concreto no processo penal contemporâneo: a presunção de não culpabilidade.³³

Concretamente, máximas de experiência e presunções se distinguem pelos seus apoios. Enquanto as máximas de experiência se apoiam em constatações gerais acerca de como os fatos costumam acontecer no mundo, as quais podem ser derivadas de observações científicas, senso comum ou de um conjunto de experiências pessoais³⁴, as presunções recebem autoridade por estarem em um acervo jurisprudencial ou na lei. Em todo caso, nas discussões mais profundas sobre presunções revestidas de uma pretensão epistemológica preponderante, é comum que surjam questionamentos sobre as máximas de experiências que se encontram na base de sua criação.

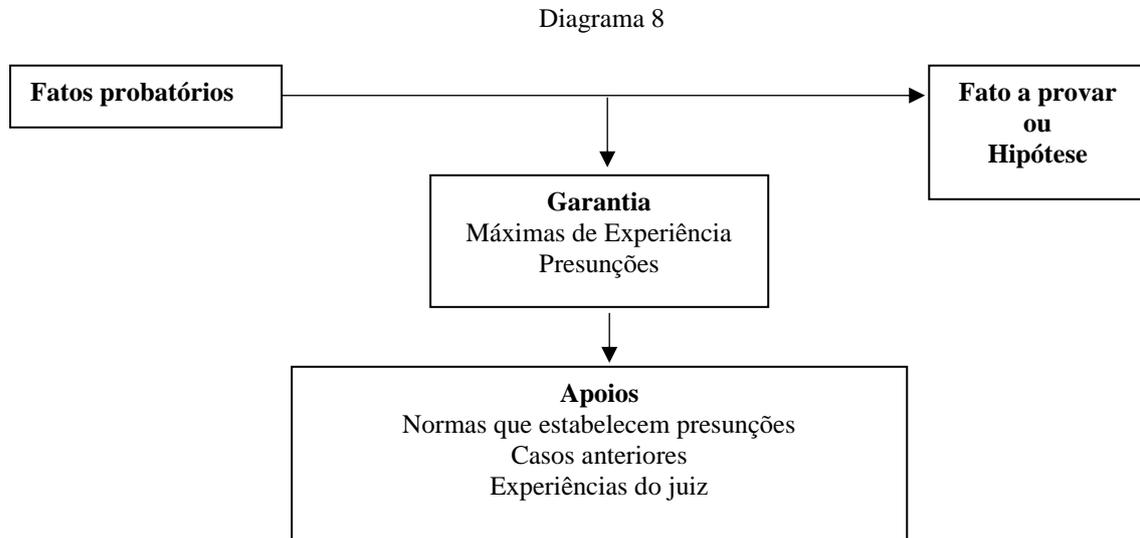
³¹ O próprio raciocínio através de máximas de experiência é muitas vezes tratado como uma **presunção simples** ou **presunção hominis** (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 135).

³² Com exceção, evidentemente, da presunção de não culpabilidade, que não possui nenhuma pretensão de permitir qualquer conclusão sobre a verdade ou não dos fatos (ATIENZA, 1994).

³³ Idealmente, o processo deveria conduzir a uma conclusão razoavelmente segura acerca dos fatos. Todavia, é possível que não se alcance conclusão nenhuma, ou que a conclusão alcançada não possua o grau de certeza requerido. Neste caso, superadas as etapas processuais e não havendo conclusão fática segura, a presunção de não culpabilidade autoriza o encerramento do processo penal pela absolvição do réu, independentemente da realidade fática acerca de sua inocência ou não.

³⁴ González Lagier (2003b, p. 36) acrescenta que máximas de experiência podem ser “(a.1) de carácter científico ou especializado, como las que aportan los peritos; (a.2) de carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional de juez; o (a.3) de carácter privado (experiente corriente), esto es, derivadas de las experiencias del juez al margen del ejercicio de su profesión”.

Com estes elementos, o esquema argumentativo de Toulmin e González Lagier é então representado, abstratamente, como no Diagrama 8 (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 36):³⁵



Nesta formulação, é possível constatar a ausência de dois elementos contidos no leiaute original de Toulmin: as condições de refutação e as qualificadoras.

As condições de refutação, por seu emprego como cláusulas de derrotabilidade, funcionam como verdadeiras hipóteses ou fatos a provar negativos. Um exemplo claro desse mecanismo pode ser encontrado na chamada “jurisprudência da palavra da vítima”.

De um modo geral, especialmente nos crimes que envolvem violência doméstica, os tribunais tendem a atribuir um elevado valor probatório ao relato judicial da vítima (palavra da vítima), que termina por servir como alicerce para sustentar diversas condenações criminais. Contudo, este valor elevado da palavra da vítima é relativizado em razão de circunstâncias particulares, como, por exemplo, a existência de prévias desavenças e disputas entre autor e vítima, como ocorreu neste caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

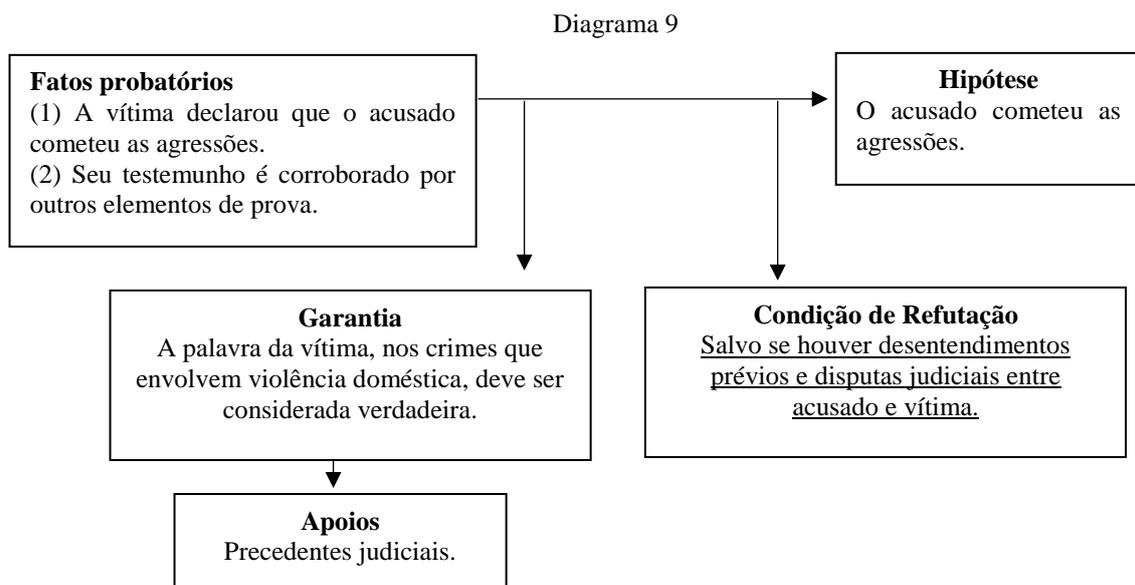
Destaco inicialmente que, **apesar do relevante valor da palavra da vítima nos casos de violência doméstica** haja vista a tipologia delitiva ocorrer, na sua maioria, sem a presença de testemunhas, a prova existente nos autos é frágil, incapaz de sustentar decreto condenatório.

A vítima referiu que os fatos se deram da forma como descritos na exordial. Tal versão é parcialmente sustentada pelo testemunho de J. K., que contou que estava esperando

³⁵ Deve-se destacar que nesta primeira formulação (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 36) não há menção a conceitos e teorias como garantias no argumento fático-probatório, o que foi modificado em obras posteriores (GONZÁLEZ LAGIER, 2005) para acomodar a discussão acerca da utilização de conceitos no raciocínio probatório. Neste trabalho, por razões metodológicas, no campo da análise estática utiliza-se a primeira formulação do modelo (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b) e desloca-se a interação com conceitos/teorias para o momento da análise dinâmica da argumentação fático-probatória.

a vítima do lado de fora da casa, e disse ter visto o réu levar a mão aos cabelos da ofendida. Porém, **entendo que o contexto probatório é frágil**. A prova oral deixa claro **o clima de desentendimento existente entre os ex-companheiros e a ocorrência de conflitos acerca da guarda da filha**. Ainda, o depoimento da atual companheira do réu, que deve ser visto com certa reserva, mas é de ser considerado, pois presenciou o fato, aponta para a presença de discussão à data do episódio, porém não para a existência de agressão física ou qualquer ameaça.³⁶ (Sem grifos no original).

Estruturalmente, o leiaute deste argumento poderia ser assim representado:



Desse modo, uma vez comprovada a presença da condição de refutação, o que somente é possível a partir de uma argumentação explícita ou implícita, a hipótese principal é derrotada, apesar da solidez dos fatos probatórios e da garantia.

Por fim, as qualificadoras não necessitam ser explicitamente representadas em um esquema de análise do argumento em matéria de fatos porque, como já ressaltado no primeiro capítulo deste estudo, todo o argumento probatório está vinculado a uma qualificadora de probabilidade.³⁷ Independentemente da forma como se prefira apresentar o raciocínio em matéria de fatos (como uma dedução ou como uma indução), a conclusão deste tipo de argumento nunca poderá ser tomada em termos absolutos.

³⁶ Apelação nº 70061158911, 1ª Câmara Criminal, Relator Des. Jayme Weingartner Neto, julgado em 10/12/2014, publicado em 21/01/2015.

³⁷ A probabilidade na reconstrução dos fatos pode ser compreendida em termos de probabilidade matemática-estatística ou de probabilidade lógica-indutiva. O modelo adotado neste estudo trabalha com esta segunda perspectiva, que encontra maior ressonância na prática judicial, sobretudo em países de tradição continental. Algumas considerações sobre modelos matemático-estatísticos de probabilidade na valoração probatória, em regra derivados do Teorema de Bayes, podem ser conferidos em Gáscon Abellán (2010, p. 145s) ou Férrer Beltrán (2007, p. 98s).

Se os argumentos em matéria de fatos são apresentados como uma dedução, não é possível assegurar a certeza absoluta das premissas (fatos probatórios e garantias), ainda que estas possam ser extremamente prováveis. Se apresentados como uma indução, o passo das premissas para a conclusão não é necessário, ainda que seja bastante plausível (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 38). Em um ou em outro caso, a qualificadora “provavelmente”, que naturalmente admite gradações, está sempre presente nos argumentos em matéria de fatos, razão pela qual o maior ou menor grau de probabilidade (ou solidez) do argumento é assunto que demonstra maior aderência no momento de avaliação do argumento em matéria de fatos do que no da sua compreensão analítica.

Uma vez compreendidos os elementos estruturais de um argumento em matéria de fatos em sua formulação mais básica, cuja pretensão é simplesmente oferecer alguma informação sobre a forma como determinados fatos aconteceram no mundo, é possível tratar da imbricada relação entre argumentos fáticos e normativos nas decisões judiciais.

2.1.2 Análise dinâmica dos argumentos em matéria de fatos

A questão dos limites entre as matérias fáticas e as matérias normativas em um raciocínio judicial é tradicionalmente objeto de inúmeras discussões. Para elas, concorrem basicamente duas posições, a não divisionista, que nega a existência de qualquer diferença conceitual entre argumentos em matéria de fatos e argumentos em matéria de direito estrito, e a divisionista, que sustenta o oposto (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 190). A proposta de uma análise dinâmica da argumentação em matéria de fatos assume uma perspectiva divisionista relativa, pois identifica que há momentos no raciocínio judicial em que os argumentos probatórios prescindem de referências normativas, embora o enlace entre as perspectivas fáticas e jurídicas ao longo da decisão judicial seja frequente e indispensável para o fluxo da argumentação.

Em verdade, um fato em estado bruto³⁸, isto é, como acontecimento empírico, na forma como realmente transcorrido e despido de qualquer interpretação (GONZÁLEZ LAGIER, 2003a, p. 19), não interessa diretamente ao direito. Todavia, conquanto não seja o objeto direto da atividade judicial, a busca pela definição de um fato em estado bruto ocupa o papel fundamental de oferecer uma base empírica sobre a qual podem ser formuladas as distintas

³⁸ González Lagier (2003a, p. 19) denomina este fato bruto de *hecho externo*.

interpretações em juízo. Assim, a definição do fato bruto é um antecedente lógico da tarefa interpretativa normativa (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 192).

Considerando-se a dinâmica do processo judicial, não faria sentido, por exemplo, ingressar em discussões acerca de se determinado fato constitui crime de homicídio consumado sem antes averiguar se a suposta vítima efetivamente morreu. A constatação da morte da vítima é, em regra, uma simples constatação empírica que muito pouco diz acerca das consequências jurídicas do fato e de sua relevância para o direito. Todavia, é a partir desta constatação que se podem construir as interpretações que darão sentido jurídico ao fato. Esta atividade de interpretação jurídica do fato demandará a resolução de outras questões fáticas (causa da morte, autor das agressões, motivação das agressões) e de outras questões de interpretação de normas (as quais definem a causalidade jurídica, o dolo, as excludentes de ilicitude). Estas questões, conquanto estejam interligadas e sejam interdependentes, não se confundem completamente.

Esta distinção acerca de quando se está diante de uma matéria que demanda uma argumentação em matéria de fatos ou diante de um problema que exige uma argumentação em matéria de interpretação normativa é relevante porque tem impacto direto na forma e nos objetivos da argumentação. A argumentação em favor de uma determinada hipótese acerca dos fatos se volta para a pretensão de demonstrar que esta hipótese é verdadeira ou, ao menos, a mais provavelmente verdadeira em uma contrastação com o mundo empírico (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 193). Já a argumentação em favor de uma determinada proposta de interpretação normativa pretende demonstrar a validade, a correção ou a justeza desta interpretação em uma confrontação com o sistema normativo e, eventualmente, com o sistema moral que ela integra, havendo, para esta atividade, diversas técnicas argumentativas próprias como o recurso à teleologia da norma, à sua inserção dentro de um sistema de precedentes ou à sua literalidade (MACCORMICK, 2008, p. 161ss). O fato destes dois tipos de argumentação muitas vezes aparecerem justapostos na prática jurídica, que demanda ambos os argumentos, não significa que se empregue o mesmo tipo de raciocínio a eles.

O que importa ressaltar, neste aspecto, é que a distinção entre questões de fato e questões de direito não possui a abrangência e a relevância que lhe é muitas vezes atribuída, mas é conceitualmente possível e útil. Esta distinção não nega, mas confirma, que ao longo de uma decisão judicial argumentos fáticos se entrecruzam com argumentos normativos, embora isto não os torne indistinguíveis (GONZÁLEZ LAGIER, 2003a, p. 26).

Como exemplo prático, considerando os fundamentos da atual teoria do delito em referência ao crime de homicídio³⁹, espera-se que uma sentença condenatória seja um discurso argumentativo no sentido de que o acusado X praticou um fato típico, antijurídico e culpável, apresentando as razões de fato e de direito para essa conclusão. Em termos genéricos, uma sentença deste tipo poderia ser assim redigida.⁴⁰

(1) A materialidade do crime está devidamente comprovada pelo Laudo de Exame Cadavérico de fls. XX.

(2) No tocante à autoria, é certo que o art. 29 do Código Penal adota a teoria monista, de forma que quem de qualquer forma concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas. No caso, **o acusado X contratou o indivíduo Y para executar o crime**. A prova da referida contratação está contida no testemunho de Y e nos extratos bancários que comprovam o pagamento. É o que basta para que X seja responsabilizado pelo crime.

(3) A tese defensiva de que não havia dolo homicida não prospera. De fato, embora se afirme que o executor do crime teria sido contratado apenas para dar um “corretivo” na vítima, com a imposição de simples lesões corporais, esta versão é desmentida pelo testemunho de Y, o qual afirma haver recebido ordens expressas para matar. Também pelas imagens da câmera de segurança, as quais demonstram que o executor desferiu um único golpe de faca na vítima, é possível depreender **a vontade de matar do agressor, que lhe foi comunicada pelo seu contratante**.

(4) Igualmente não prospera a tese de legítima defesa. Isso porque, embora as mensagens de celular e o testemunho do réu demonstrem que houve troca de mensagens agressivas e ameaçadoras entre o acusado X e a vítima, estas mensagens se findaram há mais de 30 dias, o que demonstra **a ausência de contemporaneidade da suposta agressão a ser repelida através da legítima defesa**.

(5) Por fim, quanto ao vínculo entre as lesões provocadas e a morte da vítima, não obstante **a causa da morte tenha sido a infecção contraída pela vítima no ambiente hospitalar**, tal hipótese trata-se de **causa dependente**, a qual não possui o condão de romper o nexo de causalidade.

(6) Com base **nos mesmos elementos de convicção apresentados**, incide a qualificadora da promessa de paga, a qual é aplicável tanto ao mandante quanto ao executor contratado. Precedentes.

(7) Por todo o exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia para condenar os acusados X e Y como incurso no art. 121, § 2º, II, do Código Penal.

O referido trecho hipotético nos permite identificar, ainda que através de uma análise meramente demonstrativa, o curso de uma argumentação real, na qual, através de vários argumentos fáticos e normativos, o julgador avança em direção à resolução de um problema final: o acusado X deve ser condenado pelo crime de homicídio qualificado?

A questão posta em (1), referente à constatação acerca da efetiva morte da vítima, é resolvida como entimema. Embora abstratamente pudessem haver questões sobre este ponto

³⁹ Acerca da teoria do delito no direito penal brasileiro ver: Bitencourt (2018).

⁴⁰ Sentença hipotética, de criação livre e sem referência concreta. A opção pelo crime de homicídio se deve à larga literatura existente acerca deste tipo penal, embora no ordenamento jurídico brasileiro o julgamento deste tipo de delito esteja submetido à competência do Tribunal do Júri e, portanto, não haja fundamentação concreta quanto aos fatos na sentença condenatória.

largamente conhecido no campo processual penal como materialidade do crime⁴¹, no caso hipotético lançado esta matéria não foi problematizada pelas partes ou pelo juiz, de forma que sua constatação é feita por uma simples frase afirmativa. Do ponto de vista argumentativo, é defensável compreender que não há propriamente um argumento nesse ponto, pois não houve uma problematização concreta capaz de demandar a formulação de uma argumentação, porém a compreensão de que se trata da conclusão de um argumento cujas premissas estão implícitas é igualmente aceitável.

Contudo, caso se desejasse impugnar a conclusão deste ponto (1), de que tipo de questionamento estaríamos tratando: matéria de fato, matéria normativa ou híbrida? Em verdade, poderia ser qualquer uma delas, a depender da estratégia adotada.

Uma defesa puramente fática se esforçaria em oferecer hipóteses para demonstrar que a vítima continua viva. Isto consistiria, na prática, em formular um argumento em matéria de fatos para concluir, a partir de algum elemento probatório relevante – por exemplo, que a vítima foi vista por uma testemunha após a suposta morte – a incorreção da narrativa factual acusatória segundo a qual o acusado teria matado a vítima.

De outra parte, uma defesa puramente normativa se limitaria a questionar o conceito de morte para fins de tipificação penal. Supondo que a vítima estivesse internada em estado vegetativo e os aparelhos que mantêm seu coração pulsando não tivessem sido desligados ainda somente por questões religiosas, essa condição fática incontroversa se amoldaria ao conceito jurídico de morte para configurar o crime homicídio consumado? A defesa e a acusação disputariam, neste caso, a correta interpretação normativa do comando “matar alguém” proscrito pela legislação penal.⁴²

Por fim, um argumento híbrido defensivo sob o ponto apresentado em (1) necessariamente teria que demonstrar um erro na operação de subsunção. Isto é, que o conceito normativo definido foi mal aplicado aos fatos considerados provados, o que implicaria em um problema lógico na conclusão do provimento jurisdicional.

Deve-se ressaltar que, das três possibilidades de contestação, somente a primeira poderia adotar como garantia apenas uma máxima de experiência ou presunção com compromisso epistêmico, pois só nela o problema é abordado pelo prisma da dinâmica real dos fatos no mundo. As demais exigiriam o desenvolvimento de um argumento de interpretação normativa

⁴¹ O termo materialidade delitiva é usualmente compreendido no campo processual penal como “a efetiva comprovação da existência do fato” (PACELLI; FISCHER, 2016, p. 92).

⁴² Art. 121 do Código Penal brasileiro.

para, posteriormente, conjugá-lo com conclusões fáticas, o que é próprio da perspectiva dinâmica da argumentação probatória.

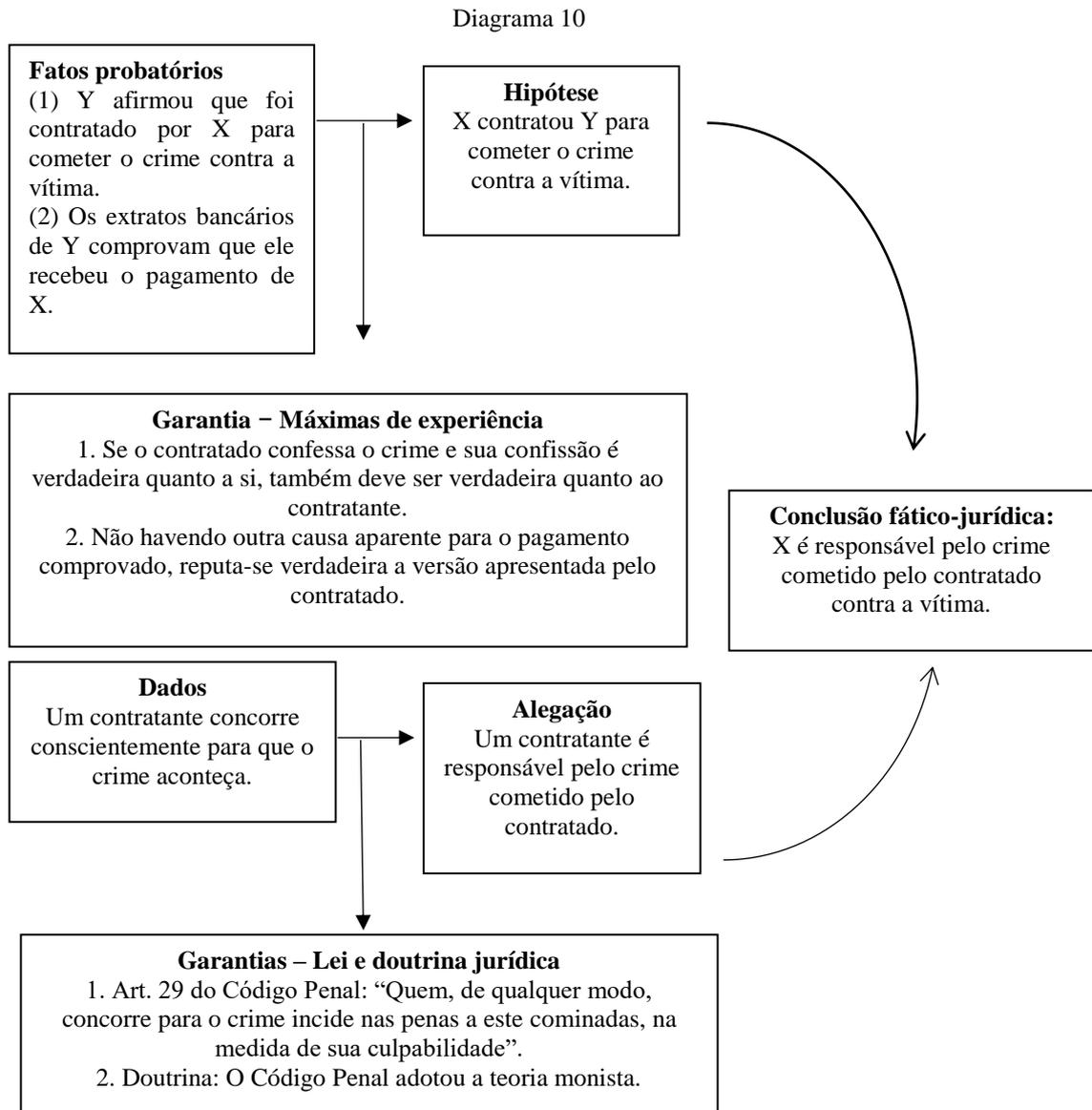
De fato, o ingresso na perspectiva dinâmica da argumentação em matéria de fatos é marcado pela inserção de argumentos de interpretação de normas ao lado das inferências empíricas obtidas sob o ângulo estático. Isso porque a aplicação de qualquer conceito ou teoria ao raciocínio judicial sobre os fatos exige uma discussão sobre o significado jurídico destes conceitos ou teorias. Até mesmo quando os operadores jurídicos concluem por uma postura de deferência epistêmica quanto ao significado dos conceitos (MATIDA; HERDY, 2016, p. 231), empregando-os em seu sentido usual ou científico, a adoção desta postura decorre de um prévio raciocínio de interpretação normativa sobre as razões do porquê nesta situação a postura de deferência epistêmica deve ser adotada. Portanto, a perspectiva dinâmica nada mais é do que a abordagem do movimento argumentativo pelo qual os fatos vão sendo progressivamente tingidos de normatividade (GONZÁLEZ LAGIER, 2003a, p. 25) ao longo da decisão judicial.

Seguindo na análise do trecho da decisão judicial hipotética, para a questão apresentada em (2) concorrem dois problemas explícitos, um fático (houve contratação?) e um jurídico (a contratação é suficiente para a responsabilização pelo crime?). O problema fático, como já dito, é um precedente lógico do problema jurídico, pois não haveria sentido em se indagar acerca da interpretação jurídica da contratação de um executor para o crime caso não houvesse sido constatada empiricamente esta contratação. Todavia, esta relação de antecedência lógica não significa que na apresentação do argumento o juiz deva necessariamente enfrentar primeiro o problema fático e, em seguida, a questão de interpretação normativa. O uso da forma inversa pode se revelar mais persuasiva, especialmente em se tratando de conceitos consagrados pela literatura jurídica, como é o caso do concurso de pessoas utilizado no exemplo em tela.

Desse modo, em (2) já é possível constatar de forma mais clara na argumentação o entrelaçamento entre argumentos fáticos e normativos. De um lado, há um argumento fático, que possui como fatos probatórios o testemunho de Y e os seus extratos bancários, alcançando-se a conclusão de que realmente houve uma contratação com a finalidade de que fosse praticado um crime contra a vítima. De outro lado, há a interpretação jurídica deste fato, que se apoia na literalidade do art. 29 do Código Penal e na interpretação doutrinária que dele decorre, concluindo que o contratante também deve ser responsabilizado pelo crime de homicídio, embora não o tenha executado diretamente. Por fim, a conclusão desta etapa do raciocínio é

silogística, com a agregação do argumento fático ao normativo e a responsabilização do acusado X no caso concreto.⁴³

Este raciocínio expresso em (2), preenchido com as garantias não explicitadas no texto da sentença hipotética, pode ser representado como no Diagrama 10:



O passo à frente que a argumentação contida em (2) assegura é significativo, porém não suficiente para permitir o encerramento do discurso argumentativo. Uma vez assentada, sob premissas fáticas e jurídicas, a possível responsabilização de X pelo crime praticado, novas questões se impõem. A sentença hipotética segue para a discussão sobre qual crime deve ser

⁴³ O resultado da interligação entre o argumento probatório *strictu sensu* e o argumento de interpretação normativa possui estrutura que se aproxima do denominado argumento probatório conceitual (GONZÁLEZ LAGIER, 2007, p. 4), bem como da inferência probatória normativa de caráter institucional e da inferência probatória interpretativa (MATIDA; HERDY, 2016).

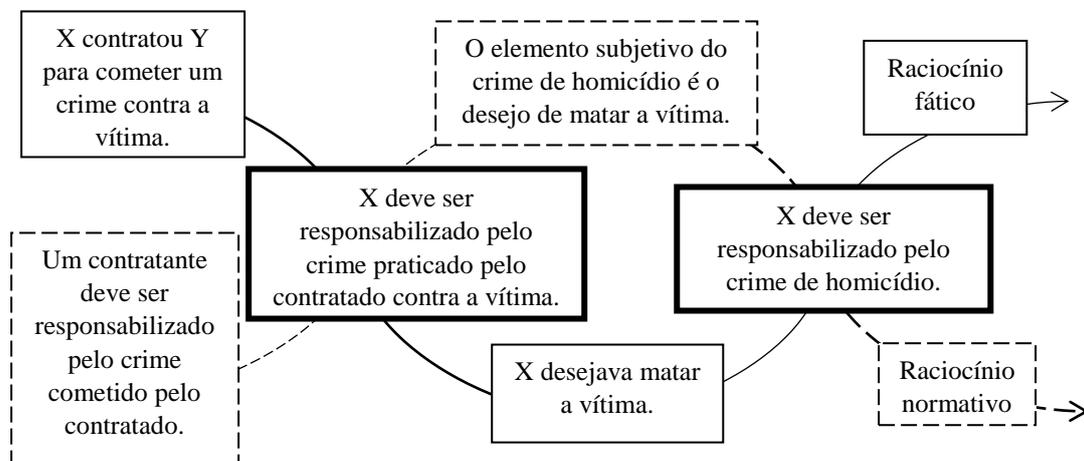
imputado ao acusado X (3) e, respeitando a dialética processual no caso concreto, aborda o problema sob o prisma suscitado pela defesa: o dolo.

O dolo é um estado mental, assim como as vontades, as crenças e as emoções, os quais pertencem a um conjunto de fatos denominados fatos psicológicos (GÓNZALEZ LAGIER, 2003, p. 19). O raciocínio probatório em torno destes fatos não se distingue substancialmente daquele aplicável aos fatos físicos, consistindo em procurar demonstrar, através dos elementos probatórios existentes e, normalmente, com o uso de máximas de experiência, o que determinado agente desejava, acreditava ou sentia no momento em que praticou ou deixou de praticar determinada ação física.⁴⁴

Na argumentação que está em exame, o fato psicológico que se deseja provar (desejo de X em matar a vítima) é demonstrado por um raciocínio que parte novamente das afirmações do executor Y, acrescentando-se uma circunstância particular registrada por uma câmera de segurança – o desferimento de um único golpe letal contra a vítima. Em outro vértice, há o significado jurídico deste desejo, o qual implica, no caso concreto, o afastamento da tese defensiva de que se tratou de um crime de lesões corporais e a conclusão de que se trata de um crime de homicídio, o que decorre de uma argumentação normativa acerca dos conceitos de dolo e tipicidade.

Com este novo entrelaçamento entre argumentos fáticos e normativos, a dinâmica da argumentação se delinea com maior nitidez. Nesta altura, já é possível perceber a argumentação no curso da sentença como dois vértices (um fático e outro normativo) que se cruzam e se separam, como em fitas de DNA, em direção à prestação jurisdicional final, conforme se ilustra no Diagrama 11:

Diagrama 11

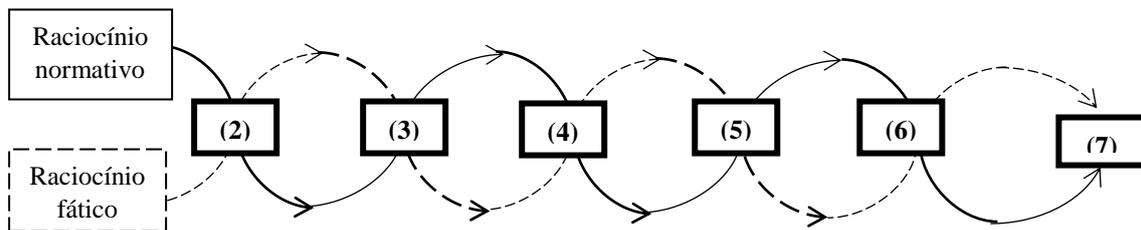


⁴⁴ González Lagier (2003a, p. 19) divide os fatos psicológicos inicialmente em ações mentais e estados mentais. Por seu turno, os estados mentais se subdividem em: 1. Vontades (desejos e intenções); 2. Crenças; e 3. Emoções.

No passo seguinte da sentença hipotética em exame (4), temos mais uma vez o cruzamento entre elementos fáticos e jurídicos, inter-relacionando a circunstância fática de que não havia agressão atual a ser repelida pelo acusado X e o conceito de legítima defesa que, no ordenamento jurídico brasileiro, exige que o mal contra o qual o agente pretenda se defender seja atual ou iminente.⁴⁵

Em seguida, em (5) também se enfrenta a questão da causalidade sob o seu duplo aspecto: a definição jurídica do que é causa para fins penais e a constatação empírica da infecção hospitalar contraída pela vítima em decorrência de sua internação depois do atentado cometido contra ela. Além disso, em razão de as mesmas premissas fáticas já expostas ao longo do discurso argumentativo justificarem a aplicação de uma circunstância qualificadora prevista na legislação⁴⁶ (6), alcança-se o provimento jurisdicional condenatório (7). Assim, de forma sintética, os pontos estruturais do raciocínio da sentença hipotética analisada podem ser identificados no Diagrama 12:

Diagrama 12



O que se pretende demonstrar, portanto, é que a dinâmica da argumentação em matéria de fatos em uma sentença penal é marcada por seu constante diálogo com os argumentos normativos. Não se trata, assim, de se construir isoladamente uma premissa fática em uma parte do provimento jurisdicional e uma premissa jurídica em outra para, somente ao final, uni-las em uma subsunção dos fatos ao direito. Em verdade, o juiz precisa dar andamento à complexa argumentação que desenvolve, o que exige, em algumas etapas, o desenvolvimento de argumentos fáticos-empíricos e, em outros pontos, a apresentação de argumentos normativos-interpretativos, promovendo-se, em diversos momentos ao longo da sentença, a união entre uns e outros.

Outro ponto fundamental para compreender a dinâmica da argumentação em matéria de fatos é a sua vinculação à dialética processual. A partir dos pontos controvertidos pelas partes

⁴⁵ “Art. 25 Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” (Código Penal brasileiro).

⁴⁶ Art. 121, § 2º, inciso I, do Código Penal brasileiro.

(tipificação, causalidade, excludentes de ilicitude, etc.) é que a sentença irá se desenvolver. Desse modo, a participação da acusação e da defesa é determinante para os caminhos que serão trilhados no momento da sentença.

Por fim, destaca-se que a compreensão desta estrutura dinâmica auxilia a identificar os diversos tipos de falhas em que pode incorrer uma argumentação judicial concreta. De fato, com esta percepção, adquire-se a importante ferramenta de diferenciar se a incorreção encontrada decorre de uma má construção do argumento sobre a forma como os fatos ocorreram, da incorreta interpretação jurídica adotada ou, ainda, da inexistência de correspondência entre as conclusões fáticas e normativas construídas.

Assim, analisadas a estrutura da argumentação em matéria de fatos sob as perspectivas estática e dinâmica, é possível abordar a temática da avaliação desta espécie de argumentos e das categorias avaliativas que decorrem do modelo apresentado.

2.1.3 Critérios de avaliação dos argumentos em matéria de fatos

Como já visto, o leiaute argumentativo de Toulmin se estrutura a partir de três elementos fundamentais: os dados, a garantia e a alegação. No argumento fático-probatório, estas peças básicas correspondem, respectivamente, aos fatos probatórios, às garantias e à hipótese fática. Desse modo, González Lagier (2003b, p. 41) propõe a construção de parâmetros avaliativos acerca da solidez e da credibilidade do argumento em matéria de fatos a partir de cada um destes elementos.

Os critérios propostos pelo autor pretendem permitir a avaliação da solidez do argumento em matéria de fatos em um duplo aspecto: a) o primeiro, de caráter quantitativo, diz respeito ao número de critérios que foram satisfeitos em uma inferência fática, pois dificilmente estarão todos eles presentes simultaneamente; b) o segundo, de caráter qualitativo, se relaciona com a maior ou menor satisfação dos critérios presentes no argumento em avaliação (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 42).

Os quatro primeiros parâmetros avaliativos propostos relacionam-se aos fatos probatórios e se referem à sua fiabilidade, quantidade, diversidade e pertinência. Quanto às garantias, são apresentados dois critérios consistentes na sua fundamentação e no seu grau de probabilidade causal. Por fim, em relação à hipótese, são propostos seis critérios, que se referem à ausência de refutação, à confirmação de hipóteses derivadas, à eliminação de hipóteses alternativas, à capacidade explicativa, à coerência narrativa e à simplicidade. Assim, estes critérios podem ser agrupados como no Quadro 1:

Quadro 1 – Critérios de avaliação

CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO	Quanto aos fatos probatórios	a) Fiabilidade
		b) Quantidade
		c) Diversidade
		d) Pertinência
	Quanto às garantias	e) Fundamentação
		f) Grau de probabilidade causal
	Quanto à hipótese	g) Não refutação
		h) Confirmação de hipóteses derivadas
		i) Eliminação de hipóteses alternativas
		j) Coerência narrativa
		k) Capacidade explicativa ⁴⁷
	l) Simplicidade	

Com esta visão geral, é possível seguir para a apresentação de cada um destes critérios quanto ao seu conteúdo e abrangência.

a) Fiabilidade

Um fato probatório pode ser obtido de diversas formas. Pode tratar-se de um dado obtido por observação direta, de uma informação decorrente de estudo técnico, de um dado aportado por testemunhas, do resultado de uma inferência probatória anterior, etc. Desse modo, o grau de confiança que possa ser atribuído à fonte do fato probatório utilizado como premissa no argumento consiste em sua fiabilidade.

Em uma investigação pelo crime de corrupção, por exemplo, pode ser utilizado, como fato probatório, a informação de que corruptor e o corrupto mantinham encontros escusos com frequência. A notícia destes encontros secretos pode decorrer das declarações de uma testemunha que presenciou estas reuniões. Porém, entre a afirmação da testemunha e a conclusão de que sua afirmação é verdadeira há uma inferência probatória que depende, substancialmente, da credibilidade da testemunha.

Assim, entre o argumento que utiliza como fato probatório a existência de prévios encontros escusos com base no relato testemunhal e outro argumento que faz a referência a estas mesmas reuniões, porém com amparo em registros de um sistema interno de câmeras de vídeo, o segundo argumento revela-se mais sólido, uma vez que o fato probatório está assentado em fonte mais fiável do que no primeiro caso.

⁴⁷ Este critério aparece melhor explicitado em González Lagier (2005).

De igual modo, se utilizamos como fato probatório as informações obtidas em um documento escrito, a força destas informações vincula-se precipuamente aos esclarecimentos que tenhamos acerca de sua procedência, às condições em que foi redigido e conservado, à forma como foi encontrado e outras referências de autenticidade. Assim, uma informação extraída de uma escritura pública registrada em cartório é, em geral, mais fiável do que a extraída de um bilhete de fundo de escrivania.

Em verdade, na maior parte dos casos, os fatos probatórios empregados de forma explícita como premissas no raciocínio judicial acerca dos fatos decorrem de inferências probatórias implícitas anteriores, sendo possível trabalhar com a ideia geral de que, quanto menor a cadeia de inferências necessárias para se alcançar a hipótese final, mais sólido é o argumento apresentado (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 42).

b) Quantidade

Nos sistemas de prova taxada a quantidade de fatos probatórios recebeu tratamento privilegiado, chegando ao ponto de ser absolutizada com a ideia de que se faria “prova plena” com um número X de testemunhos ou documentos. Em um sistema de valoração racional, este tipo de raciocínio não pode ser admitido, porém é razoável aceitar que um número maior de fatos probatórios traz mais solidez ao argumento.

Em todo caso, a aplicação deste critério deve ser sempre matizada com os elementos concretos do argumento em avaliação. De fato, é possível que uma maior quantidade de fatos probatórios não traga um incremento substancial à solidez do argumento, como é o caso da apresentação de sucessivos exames de DNA, pois a apresentação de um só deles já confere grau elevado de solidez ao argumento, em razão de sua fiabilidade. De fato, a utilização de um só fato probatório com alto grau de fiabilidade pode ser mais relevante que a exposição de diversos fatos probatórios com reduzido grau de fiabilidade (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 42).

c) Diversidade

Todos os fatos probatórios são falíveis, ou seja, podem apresentar afirmações equivocadas acerca do mundo. Contudo, os pontos débeis entre os diversos fatos probatórios podem ser diferentes. Assim, enquanto em uma premissa testemunhal é comum o erro de percepção da testemunha, quando se utiliza uma premissa pericial há maior risco de erros decorrentes do manuseio incorreto da técnica científica. Por essa razão, a diversidade das fontes dos fatos probatórios utilizados como premissas permite um controle recíproco entre estes elementos, aumentando a solidez do argumento.

A variação na diversidade de fatos probatórios também cumpre o papel de eliminar possíveis hipóteses alternativas. Se pensamos que um determinado indivíduo está sendo

investigado por tráfico de drogas, porém todos os fatos probatórios que sustentam a hipótese de que ele é traficante derivam de informações prestadas por vizinhos, é possível que, na verdade, as acusações de tráfico decorram de uma perseguição dos vizinhos contra ele. Contudo, se além dos relatos dos vizinhos, há apreensão de uma balança de precisão com vestígios de droga em seu apartamento, a hipótese alternativa de perseguição dos vizinhos se torna menos crível, ao passo que a hipótese de que ele é traficante se torna mais sólida (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 42).

Desse modo, a diversidade de fatos probatórios mitiga possíveis vícios na fonte de um tipo específico de fato probatório, o que torna mais sólido o argumento.⁴⁸

d) Pertinência

Este critério diz respeito à capacidade do fato probatório em fornecer informação útil para a confirmação da hipótese. Um fato probatório somente é pertinente se for capaz de, isoladamente ou em conjunto com outros dados, permitir que se fundamente sobre ele alguma conclusão acerca da verdade do anunciado fático (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 70).⁴⁹

Em alguns casos, a pertinência do fato probatório pode receber valoração normativa, como quando se exige a realização de exame pericial para constatar determinado fato.⁵⁰ Contudo, em regra, a pertinência do fato probatório se relaciona diretamente com a garantia do argumento (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 42), consistindo na capacidade de demonstrar que foi satisfeita, no caso particular, uma circunstância da regra geral expressada na garantia em que se baseia a inferência probatória.

e) Fundamentação

Os critérios da fundamentação e do grau de probabilidade causal tratam da solidez das garantias apresentadas no raciocínio probatório, função que, como já destacado, é desempenhada nas inferências probatórias de caráter predominantemente epistemológico pelas máximas de experiência e pelas presunções com base epistêmica.

⁴⁸ Na legislação brasileira, uma aplicação do critério da diversidade é a imposição legal de que nenhuma condenação poderá ser proferida com base exclusivamente nas declarações de um agente beneficiado pela colaboração premiada (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/2013). A própria legislação, temendo a possível contaminação desta fonte, exigiu a apresentação de outros fatos probatórios diversos para possibilitar a condenação penal.

⁴⁹ Ferrer Beltrán (2007) prefere utilizar o termo “relevância” ao invés de “pertinência”, porém ambos os termos se referem substancialmente ao mesmo critério.

⁵⁰ Ex.: a necessidade de exame pericial para a aplicação da qualificadora do rompimento de obstáculo no crime de furto. “O reconhecimento das qualificadoras de rompimento de obstáculo e da escalada, para fins de conferir maior reprovabilidade ao crime de furto, exige, nos termos do art. 158 do CPP, a realização de exame de corpo de delito. Precedentes.” (AgInt no HC 437.169/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 26/09/2018).

As máximas de experiência são regularidades observadas acerca de como determinados acontecimentos normalmente se desenvolvem, de modo que, por meio de uma indução ampliativa, seja razoável concluir que esta mesma regularidade será observada no caso particular em exame. Trata-se, portanto, de afirmações que não são necessariamente verdadeiras, mas que possuem algum grau de probabilidade (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 43). Assim, quando se trata do exame da fundamentação de uma máxima de experiência, a pergunta que se propõe é: esta regra acerca de como os fatos normalmente ocorrem está fundada em boas razões?

É uma máxima da experiência que a eletricidade é melhor conduzida na presença de água. Também é uma máxima da experiência que a água com açúcar acalma pessoas nervosas. Contudo, embora estas duas máximas da experiência sejam igualmente válidas, dentro da dimensão probabilística que lhes é inerente, a primeira está bem melhor fundamentada, pois se apresenta como uma regularidade que já foi objeto de diversos estudos científicos e contra a qual não foram suscitadas contestações relevantes. A segunda máxima de experiência, por seu turno, permanece, em grande medida, como uma incógnita, havendo quem defenda que a água com açúcar possua efeitos calmantes por favorecer a produção de serotonina pelo organismo, ao passo que outros sustentam que esta técnica amplamente difundida é um simples placebo.⁵¹

Desse modo, examinar a fundamentação da máxima de experiência é verificar se o conjunto de regularidades observadas que conduziram à sua formulação é maior ou menor, se estas decorreram de observações sérias e imparciais, se a fonte desta máxima de experiência possui credibilidade, etc. Um dos principais objetivos desse exame deve ser impedir que generalizações infundadas e simples preconceitos sejam utilizados como máximas de experiência no raciocínio probatório. Também devem ser afastadas as máximas de experiência construídas *ad hoc*, as quais não veiculam regularidades observáveis, mas uma explicação construída apenas para o caso concreto (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 43).

Quanto às presunções com caráter epistêmico, consideradas como máximas de experiência institucionalizadas, os mesmos critérios quanto à fundamentação das máximas de experiência em geral lhes são aplicáveis. No direito penal, em que são mais comuns as presunções relativas, sujeitas ao contraste com os elementos probatórios dos autos, caberá ao julgador examinar, à luz dos dados concretos que dispõe, se a aplicação da presunção está adequadamente fundada para os contornos do caso em julgamento.

⁵¹ Sobre a discussão acerca da eficácia da água com açúcar como calmante. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/saude/agua-com-acucar-acalma/>>. Acesso em: out. 2018.

Por outro lado, se consideramos as presunções decorrentes de meras preferências institucionais (legais ou jurisprudenciais) ou a utilização de conceitos e teorias, é certo que estas garantias deverão ser resultado de um argumento de interpretação normativa anterior acerca de como estes regramentos ou conceitos devem ser compreendidos. A qualidade de sua utilização dependerá, portanto, do argumento normativo que as sustente e da sua correta inserção, ao lado de um correspondente argumento fático de caráter epistemológico, na dinâmica da argumentação desenvolvida na decisão judicial.

f) Grau de probabilidade causal

Há garantias que relacionam dois fatos com um grau muito elevado de certeza, como quando se afirma que, após um dia chuvoso, o chão de um local descoberto estará molhado. Há, porém, outras garantias que estabelecem a relação entre dois fatos com menos convicção, como quando se afirma que no mês de julho não chove em Brasília. Esta diferença na intensidade com a qual se pode estabelecer a vinculação entre dois fatos é o grau de probabilidade causal existente entre eles.

A afirmação de que não chove em Brasília no mês de julho pode até ser fruto de séria investigação científica por fontes confiáveis e estar fundada na observação de um número extenso de repetições deste fato, porém o grau de vinculação que se pode estabelecer entre esta época do ano e a ausência chuvas é mais débil, especialmente em razão da presença de inúmeras outras variáveis na análise climática.

Desse modo, quanto menor for o grau de probabilidade causal expressado pela garantia, menor será probabilidade inferencial de que dela se siga a hipótese final do argumento em matéria de fatos (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 43).

g) Não refutação

Após examinar os fatos probatórios que sustentam o argumento e a qualidade das garantias empregadas, os últimos critérios conduzem a um escrutínio da conclusão alcançada pelo argumento, o qual se inicia pela ausência de efetiva refutação.

A refutação é a comprovação de uma afirmação acerca dos fatos que é incompatível com a hipótese que se sustenta no argumento fático-probatório (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 44). Esta refutação pode ser direta, quando se apresenta uma inferência probatória mais sólida e provável que é diretamente contrária à hipótese principal do argumento, ou pode ser indireta, quando se refutam afirmações derivadas que seriam verdadeiras caso a hipótese principal do argumento fosse verdadeira.

Imaginemos que, no curso da apuração de uma repentina série de crimes de roubo a caixas bancários com uso de explosivos em determinada localidade, seja construído um

argumento fático apontando como autor destes delitos o indivíduo X. Contudo, comprova-se que o indivíduo X está morto há mais de 10 anos antes do primeiro crime da série de roubos. A comprovação desta segunda afirmação torna absolutamente insustentável a hipótese daquele argumento inicial, refutando-a diretamente.

De outra parte, se considerarmos que o indivíduo X está vivo e admitirmos que o argumento que o incrimina esteja correto, é possível concluir que, caso ele seja preso, os crimes de roubo com o uso de explosivos naquela localidade irão cessar. Porém, se após o encarceramento preventivo de X os crimes continuam ocorrendo com a mesma regularidade e do mesmo modo, o argumento de que ele é o autor dos delitos praticados naquela localidade é refutado indiretamente.

h) Confirmação de hipóteses derivadas

A confirmação de hipóteses derivadas é a operação inversa à refutação indireta. Se a refutação das afirmações que derivam da hipótese principal enfraquece a veracidade do argumento, a confirmação daquelas torna o argumento mais sólido.

Com efeito, no exemplo anteriormente citado, caso a prisão do indivíduo X efetivamente interrompesse a série de crimes de roubo com uso de explosivos na localidade, a hipótese de que X seja efetivamente o autor dos delitos seria corroborada.

Desse modo, quando for possível confirmar, com um grau de probabilidade suficiente, as hipóteses derivadas da conclusão de um argumento em matéria de fatos, aumenta-se a credibilidade deste argumento (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 44).

i) Eliminação de hipóteses alternativas

A relação entre hipóteses fáticas não está restrita ao binômio confirmação/refutação, sendo possível que existam hipóteses alternativas concorrentes.

Em verdade, a eliminação completa de hipóteses alternativas é um objetivo raras vezes atingível. É mais usual que existam diversas hipóteses alternativas e se escolha, entre elas, a que melhor resista às tentativas de refutação e/ou aquela que se apresente mais sólida de acordo com os demais critérios. Todavia, de modo geral, a credibilidade de um argumento em matéria de fatos diminui na medida em que se contrapõem a ele mais hipóteses alternativas prováveis (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 44).

j) Coerência narrativa

No primeiro capítulo já foi destacado o valor da coerência como critério de avaliação dos argumentos em matéria de fatos, embora não seja este critério, por si só, suficiente para assegurar a veracidade do argumento.

Acerca da utilização da coerência como parâmetro de avaliação, é possível que este critério seja aplicado tanto do ponto de vista interno ao argumento, considerando-se a harmonia entre os enunciados que conduzem à hipótese final, quanto do ponto de vista externo, aferível no confronto entre a hipótese sustentada e o restante do conhecimento disponível sobre o mundo (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 44).

Desse modo, não satisfazem o critério da coerência argumentos que se fundamentam em cadeias de proposições antagônicas (ausência de coerência interna), bem como aqueles que se amparam na ocorrência de eventos improváveis, excêntricos ou não usuais, supondo uma dinâmica excepcional dos fatos sem nenhuma justificativa plausível para este desenvolvimento irregular (ausência de coerência externa).

k) Capacidade explicativa

É mais sólida a hipótese que ofereça a explicação mais completa para os fatos com a utilização dos dados disponíveis, ou seja, aquela que consiga formular uma explicação abrangendo o maior número de elementos probatórios.

Em um conjunto probatório que conte com variados elementos, como testemunhos, perícias, fotografias e vídeos, a hipótese que conseguir abranger as informações extraídas de um número maior destes dados probatórios, explicando-os de forma coerente, possui maior credibilidade frente a uma hipótese alternativa que não consiga explicar de forma satisfatória uma parte deles.

i) Simplicidade

Por fim, entre hipóteses concorrentes que pareçam igualmente consistentes, o critério da simplicidade nos conduz à exigência do menor esforço especulativo.

Embora a noção de simplicidade seja controvertida, é possível tomar como ideia central a perspectiva de que possui maior credibilidade a hipótese que consiga explicar os fatos com um menor número de pressuposições, pois, ao exigir menos premissas desconhecidas, torna-se mais factível a narrativa (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 44).

Assim, longas cadeias de inferências promovem uma soma de probabilidades que, ao longo do raciocínio, podem diluir a solidez da hipótese final. Os raciocínios mais diretos, que exigem a aceitação de menos garantias, mostram-se mais fiáveis.

2.2 O PROBLEMA DOS PARÂMETROS PROBATÓRIOS MÍNIMOS (*ESTÁNDARES DE PRUEBA*)

Com a constatação de que a certeza que se pode obter no raciocínio judicial em matéria de fatos é sempre probabilística e não absoluta, aceitando-se a configuração de diversos matizes a partir dos parâmetros de avaliação apresentados, surge a questão de saber qual o grau de certeza com o qual se deve trabalhar na prática jurídica, ou seja, a questão dos parâmetros probatórios mínimos exigíveis no direito.

De fato, com a desvinculação do juiz de critérios legais específicos para valoração da prova e para a conclusão de que determinados fatos estão provados, mecanismos característicos dos sistemas de prova taxada, surge uma margem de apreciação das provas que, como já sustentado, exige do julgador, em estados constitucionais, uma fundamentação racionalmente justificada e compreensível em suas decisões.

Contudo, as formulações normativas que os ordenamentos jurídicos constitucionalizados adotam acerca do grau de certeza que se exige para que os fatos sejam considerados como provados pelos juízes, em geral, seguem recorrendo a formulações vagas e extremamente subjetivas, tais como “acima de qualquer dúvida razoável” ou “de acordo com a livre convicção motivada” (LAUDAN, 2005, p. 99). Este antagonismo existente entre o subjetivismo judicial e a racionalidade argumentativa motivou diversos teóricos a defenderem a necessidade de se estabelecerem parâmetros mínimos mais precisos para a valoração das provas nos processos judiciais, como uma espécie de “umbral” apto a separar os campos do provado e do não provado.

Especificamente no campo penal, Ferrer Beltrán (2007) propõe a formulação de um parâmetro probatório mínimo que: a) evite vincular a comprovação dos fatos às crenças, convicções e dúvidas dos agente que decide; b) seja suficientemente precisa para permitir o controle intersubjetivo; e c) em virtude dos valores garantistas que orientam o processo penal constitucionalizado, dê preferência aos erros judiciais negativos (deixar de punir) frente aos positivos (punir indevidamente).

Com amparo nestas diretrizes, o autor propõe como parâmetro probatório mínimo para uma condenação penal o atendimento de duas condições (BELTRÁN, 2007, p. 147):

- 1) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular devem ter sido confirmadas.
- 2) Devem haver sido refutadas todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*.

Com efeito, a formulação de Ferrer Beltrán, assim como outras que objetivam o mesmo intento, avançam na discussão sobre a avaliação das conclusões fáticas das decisões judiciais, mas alcançam apenas parcialmente o objetivo de precisão a que se propõem.

Evidentemente formulações deste tipo são menos subjetivistas e favorecem o controle intersubjetivo, pois oferecem critérios de avaliação materialmente mais consistentes e que podem ser utilizados nas discussões realizadas nos processos judiciais e no controle externo da atividade judicial pela comunidade jurídica. Todavia, como se vê em uma análise mais atenta, Ferrer Beltrán nada mais faz do que eleger alguns critérios avaliativos (capacidade explicativa, coerência, confirmação de hipótese derivadas, etc.) e apresentá-los como exigências, necessárias e suficientes, para a condenação penal.

Este tipo de proposta, que escolhe alguns parâmetros incorre no risco de absolutizar determinados critérios de avaliação em detrimento de outros. Imaginemos um argumento que atenda a todas exigências das duas condições acima expostas, porém esteja fundado em máximas de experiência que, embora estejam funcionando bem no caso em apreciação, remanesçam com duvidosa credibilidade de forma geral. De fato, o critério da fundamentação das garantias do argumento não foi adotado, o que não quer dizer que sua aplicação não seja relevante. Assim, parece demasiado ambicioso tentar transformar um conjunto de critérios de avaliação de argumentos fáticos, que podem funcionar muito bem como diretrizes argumentativas gerais, em um sistema restrito de tudo ou nada.

De outra parte, eleger os critérios de avaliação é apenas uma parte do problema dos parâmetros probatórios mínimos, pois a característica probabilística das inferências sobre os fatos não permite que se considerem os critérios simplesmente como cumpridos ou não cumpridos, mas apenas discutir em que medida foram cumpridos. Desse modo, quando se pode considerar que uma hipótese compatível com a inocência do acusado foi refutada suficientemente? Qual o grau de certeza que se exige para considerar este critério atendido? A questão do grau de cumprimento dos critérios dificilmente poderá ser objeto de uma resposta geral, abstrata e precisa.

Aliás, é justamente na pretensão de tornar mais precisa a valoração dos argumentos em matéria de fatos que a ideia do estabelecimento de parâmetros probatórios mínimos encontra maiores dificuldades. O que se constata é que estas formulações apenas concentram a imprecisão e a vagueza presentes nas disposições normativas tradicionais em outros pontos da argumentação. Desse modo, ao invés de se perguntar se a hipótese fática está “além da dúvida razoável” passa-se a perguntar, por exemplo, se ela “refutou todas as hipóteses plausíveis”. A

carga semântica de termos como “razoável” e “plausível” é igualmente aberta, o que indica haver certa circularidade nas propostas de instituição de parâmetros probatórios mínimos, as quais terminam por construir soluções que incorrem nos mesmos problemas que as motivaram.

Estas críticas aqui suscitadas indicam a necessidade de uma correta diferenciação entre as ideias de racionalidade e precisão nos resultados. Já na base da teoria *standard* da argumentação jurídica, MacCormick (2008) abordou o tema do aparente paradoxo existente entre a prática jurídica ideal no Estado Democrático de Direito, capaz de garantir a segurança ao cidadão, e o caráter argumentativo da prática jurídica neste mesmo paradigma, que apresenta naturalmente algum grau de incerteza. Com efeito, o problema dos parâmetros probatórios mínimos aparentemente surge de uma perplexidade similar, decorrente do confronto entre a exigência de segurança nas decisões jurídicas em matéria de fatos, sobretudo no campo penal, e o caráter aberto das fórmulas adotadas pelos ordenamentos jurídicos para a valoração probatória, de forma que as conclusões de MacCormick podem ser úteis também à compreensão deste problema.

Como ressaltou aquele autor, sendo o direito uma prática argumentativa, as “certezas” formuladas no campo jurídico são sempre provisórias e excepcionáveis (*defeasible*). Esta característica que, aprioristicamente, contrasta com a segurança que se pretende no estado democrático de direito, em verdade, o completa. Isso porque a segurança não é único valor que importa para a uma prática democrática, mas um dos valores que deve ser compatibilizado, por exemplo, com o direito de defesa, permitindo-se que tudo aquilo que pode ser contestado o seja (MACCORMICK, 2008, p. 72).

Desse modo, formulações com pretensão de objetividade e precisão, ainda que possam de algum modo fornecer maior segurança no campo judicial-probatório, não necessariamente colaboram para aprimorar a prática jurídica em estados democráticos. Ao revés, a criação de listas hermeticamente fechadas de critérios de avaliação pode conduzir ao extremo oposto, dificultando o direito de defesa e diminuindo o grau de racionalidade da prática jurídica. Basta olhar a forma como funcionavam os sistemas de prova taxada para perceber que regulamentações precisas e objetivas acerca do raciocínio probatório não asseguraram a existência de uma prática mais racional e democrática.

Isso não significa negar a utilidade do desenvolvimento de critérios avaliativos para os argumentos fático-probatórios, mas delimitar a função que estes critérios podem desempenhar na prática jurídica, evitando tratá-los como panaceia para argumentação jurídica em matéria de fatos. A adoção de parâmetros avaliativos se presta sempre a nortear discussões e permitir a

construção de críticas adequadamente formuladas, mas não a eliminar o caráter aberto da prática jurídica, inclusive em matéria de fatos.

Em conclusão, revela-se útil e necessário que se pense em critérios de avaliação para os argumentos fáticos utilizados na prática jurídica, tarefa que colabora para que se dê concretude à pretensão constitucional de que todos os atos judiciais sejam adequadamente motivados em todos os seus aspectos. Contudo, a ideia de definir, em caráter geral, objetivo e preciso, um “umbral” para que os fatos sejam considerados provados encontra diversas dificuldades do ponto de vista prático, além de ser de duvidosa utilidade para aprimoramento da prática jurídica em estados democráticos. Isso porque perspectivas exageradamente obstinadas quanto à ideia de precisão podem conduzir à formulação de critérios formalistas de aferição da certeza de uma conclusão fática, o que seria um retrocesso na história do raciocínio probatório.

2.3 PARA SEGUIR EM FRENTE: UMA COMPREENSÃO OPERATIVA DA ARGUMENTAÇÃO

O objetivo central deste capítulo foi a construção e a apresentação de uma forma de compreensão dos argumentos em matéria de fatos nas decisões judiciais capaz de subsidiar o trabalho de escrutínio empírico que se pretender realizar adiante.

Entre os diversos modelos de abordagem possíveis, optou-se pela utilização do leiaute de argumento desenvolvido por Toulmin e posteriormente transposto por González Lagier para o campo da argumentação jurídica em matéria de fatos. Esta escolha é vantajosa porque parte de um esquema de argumento presente desde os precursores da teoria *standard* da argumentação jurídica e amplamente utilizado em outros trabalhos acadêmicos, inclusive no contexto de decisões do Poder Judiciário brasileiro. Além disso, com as adaptações promovidas por González Lagier, o modelo adquiriu um caráter bastante específico e direcionado ao tipo de argumentação que se pretende estudar.

De outra parte, procurou-se demonstrar que a argumentação em matéria de fatos nas decisões judiciais pode ser analisada sob duas perspectivas. Por uma perspectiva estática, há a ênfase no argumento probatório singularmente considerado e na forma como, através dele, são construídas conclusões acerca de como os fatos aconteceram no mundo, o que se vincula a uma pretensão mais epistemológica e menos dependente do campo normativo. Por uma perspectiva dinâmica, aborda-se a relação entre argumentos estritamente fáticos e argumentos de interpretação normativa ao longo das decisões judiciais, na qual os fatos vão sendo progressivamente tingidos de normatividade.

Com efeito, uma decisão judicial é construída através de diversos argumentos fáticos e normativos, os quais vão se relacionando continuamente. Assim, os rumos da decisão vão sendo determinados por estas múltiplas intersecções entre fatos e normas, o que pode ser graficamente representado como uma fita dupla de DNA. Esta perspectiva difere substancialmente de concepções nas quais o juiz construiria, de um lado, a premissa fática e, de outro lado, a premissa normativa, para só ao final subsumi-las.

A partir do modelo adotado, foi possível identificar os elementos principais de um argumento fático-probatório, o qual consiste basicamente na passagem de um conjunto de dados disponíveis (fatos probatórios) a uma conclusão sobre os fatos (hipótese), o que é assegurado por uma garantia. No campo penal, em que há uma forte pretensão epistemológica, as garantias normalmente utilizadas são máximas de experiência e presunções jurisprudenciais e legais derivadas de máximas de experiência. A hipótese decorrente da aplicação destas máximas de experiência ao caso particular deve ser interpretada como uma proposição de caráter probabilístico-aproximativo e passível de ser derrotada pela constatação de condições de refutação.

Com base nos componentes estruturais do leiaute de argumento adotado também é possível depreender critérios de avaliação destes mesmos argumentos, os quais são úteis para a discussão do grau de correção dos raciocínios empregados pelos juízes no contexto probatório, mas não podem ser absolutizados como normas de tudo ou nada. Desse modo, as tentativas de formulação de parâmetros probatórios mínimos absolutamente precisos não se mostram atraentes, seja porque acabam por incorrer na mesma vagueza que procuram combater, seja porque a prática argumentativa no contexto dos estados democráticos de direito sempre comportará alguma medida de incerteza.

CAPÍTULO 3 – ARGUMENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO PROFERIR ACÓRDÃOS PENAIS CONDENATÓRIOS

3.1 UTILIDADE PRÁTICA E METODOLOGIA

Nos capítulos anteriores foram tratados o contexto jusfilosófico no qual se insere o pensamento da teoria *standard* da argumentação jurídica e a forma como esta concepção de direito reflete no contexto da argumentação em matéria de fatos nos processos penais. Em seguida, passando-se para um nível mais operativo, foram abordadas as possibilidades de análise e avaliação de argumentações em matérias de fatos a partir do modelo construído por Toulmin e González Lagier. Nesta etapa, o trabalho se propõe a promover um encontro entre a perspectiva teórica até aqui desenvolvida e a sua aplicação prática em um conjunto de decisões judiciais penais no Brasil, país que adota explicitamente em sua ordem jurídico-política a exigência de fundamentação de todas as decisões judiciais⁵² e a pretensão de exercício democrático do poder.⁵³

Esta proposta vai ao encontro da aspiração geral contida nos estudos que derivam do enfoque do direito como argumentação e que dão ênfase ao caráter prático da teoria do direito (ATIENZA, 2014, p. 72), da qual se espera que seja capaz de compreender em algum aspecto relevante os problemas reais dos juristas e oferecer perspectivas de reflexão e abordagem destes mesmos problemas. De fato, o contexto da prática jurídica e, particularmente para os objetivos deste trabalho, o contexto da prática justificativa dos juízes, é o campo onde se podem testar a validade e a utilidade dos instrumentos de análise e avaliação apresentados, assim como o local onde podem ser identificados os problemas que surgem da confrontação teórica e justificam o trabalho acadêmico.

Com efeito, nos últimos anos, observou-se um crescimento substancial da produção teórica sobre o tema da argumentação jurídica em matéria de fatos, os quais, em que pese a existência de alguma divergência colateral, concluem pela necessidade de motivação substancial das decisões judiciais no campo fático-probatório e da possibilidade de controle racional deste aspecto das decisões através de critérios que não dependam do subjetivismo do julgador, premissas que foram amplamente discutidas e desenvolvidas também neste trabalho. Todavia, não há ainda suficiente demonstração da aplicação empírica dos avanços que se

⁵² Art. 5º [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...] (Constituição Federal brasileira de 1988).

⁵³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]. (BRASIL, 1988).

alcançaram neste campo da argumentação jurídica, sendo esta a tarefa que o atual estado da arte exige dos pesquisadores.

Esta exigência atual do estado da arte também se insere no amplo movimento de valorização da pesquisa empírica em direito no Brasil, que possui como um dos seus principais objetivos romper a tradição manualesca da pesquisa jurídica nacional, cuja produção acadêmica tem se mostrado pouco permeável à realidade prática e excessivamente direcionada a uma compilação de opiniões de juristas renomados (BORGES NETO; COLÁCIO; BÊDE, 2017). Desse modo, a abertura que aqui se propõe, lançando um olhar sobre um conjunto de decisões judiciais reais, tem o potencial de colaborar para uma forma mais instigante e útil de se fazer a pesquisa jurídica.

Evidentemente, a realização de uma pesquisa empírica impõe determinados limites, não sendo possível compreender nenhuma abordagem deste tipo com pretensões totalizantes e excessivamente abrangentes. Em verdade, abordagens empíricas demandam, em regra, uma delimitação de objeto mais específica e direcionada, o que se propõe neste trabalho através do recorte metodológico que se passa a expor.

De início, quanto à fonte das decisões judiciais que se pretende examinar empiricamente, há duas possibilidades que poderiam ser igualmente interessantes para uma aproximação à prática decisória do Poder Judiciário brasileiro. Em primeiro lugar, a pesquisa poderia estar fundamentada na ideia de regularidade, ou seja, naquelas decisões que regularmente são proferidas pelos juízes brasileiros, em busca da definição de padrões decisórios mais recorrentes na prática dos juízes. Uma pesquisa deste tipo inevitavelmente conduziria à abordagem das decisões proferidas pelos juízes de primeira instância e exigiria o exame de um número bastante elevado de decisões.

Uma outra forma de definir de onde serão retiradas as decisões que se pretende examinar não trabalha com a ideia de regularidade, mas com a de “melhor forma”. Assim, a escolha recairia não sobre as decisões cotidianas proferidas pelos juízes brasileiros, mas sobre aquelas decisões que, ao menos em uma legítima expectativa, pudessem representar a “melhor forma” da prática judicial brasileira em matéria argumentativa.⁵⁴ Neste panorama, o objetivo da pesquisa não é fundamentalmente a busca de padrões decisórios, mas uma abordagem crítica da “melhor forma”, com o objetivo de ampliar os horizontes qualitativos destas decisões de

⁵⁴ Essa expectativa legítima decorre, inclusive, da opção normativa de se conceder a determinados agentes públicos o foro por prerrogativa de função, instituto que se apoia na ideia de que a submissão do julgamento a uma Corte mais elevada poderá proteger, de forma mais efetiva, o cargo ocupado contra abusos de poder e arbitrariedades, resultando em um provimento jurisdicional de melhor qualidade.

cume e, por consequência, favorecer uma reflexão sobre a prática de todas as decisões sujeitas ao mesmo ordenamento jurisdicional.

Neste estudo, se fez a opção por esta segunda perspectiva, a qual, embora mais limitada e com pretensões mais modestas, apresenta ao menos duas vantagens significativas. Com efeito, sua realização é mais factível, uma vez que demanda o levantamento de um número menor de dados. A opção contrária, além de exigir a elaboração de critérios mais complexos para a definição do recorte de dados que seriam examinados, também demandaria uma coleta de decisões em diversos juízos pátrios e sobre os quais não é possível garantir a disponibilidade de acesso.

Além disso, a segunda opção se mostra mais atrativa por direcionar a pesquisa ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, o qual já tem sido objeto de estudos que vão desde a metodologia de deliberação nesta Corte (VALE, 2015) até a influência das emoções em suas decisões (SANTOS, 2015). Todavia, ainda não há estudo similar quanto à argumentação em matéria de fatos desenvolvida neste órgão jurisdicional, de modo que o estudo aqui empreendido pode colaborar para oferecer uma visão mais completa da atuação institucional da Corte Suprema.

Esta questão é particularmente importante porque, no sistema judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal desempenha, simultânea e cumulativamente, os papéis de Corte Constitucional, de juízo originário e de última instância da jurisdição nacional. Esta acumulação de atribuições permite identificar que a Corte Suprema não é apenas um tribunal, mas três tribunais distintos fundidos na mesma instituição.⁵⁵ Entre suas funções originárias, o julgamento penal de agentes que gozam de prerrogativa de foro é uma tarefa singular, pois exige do Tribunal um esforço argumentativo diferenciado do que lhe é massivamente demandado em outros processos nos quais não há discussão fática.⁵⁶

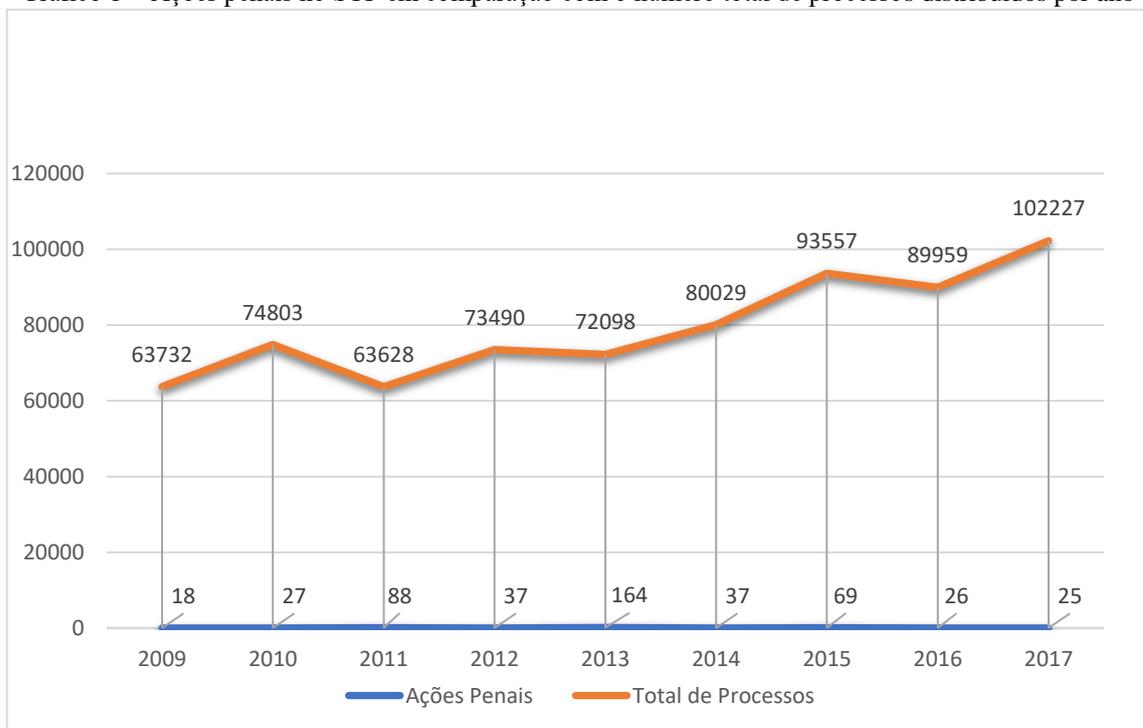
Por essas razões, uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria fática se mostra relevante e justificável academicamente, sendo necessário, contudo, definir os limites temporais da pesquisa empírica.

⁵⁵ O Supremo não se comporta como um só tribunal, mas sim como três cortes distintas fundidas na mesma instituição, um tribunal com três personas. Cada uma dessas três personas exhibe perfil e comportamento próprios, padrões processuais distintos que se manifestam em diferenças de origem dos processos, quantidade de andamentos até seu arquivamento, duração, classe processual, entre outros aspectos (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 14).

⁵⁶ Segundo dados do Relatório Anual do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2017 foram distribuídos 102.227 processos naquela Corte, dos quais apenas 25 eram ações penais originárias. A grande maioria dos processos distribuídos referia-se a julgamentos nos quais não é possível o revolvimento da matéria fática, tais como recursos extraordinários (15.169) e agravos em recursos extraordinários (66.696). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf>>. Acesso em: nov. 2018.

A atividade de julgamento de ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal é uma excepcionalidade tanto do ponto de vista normativo, uma vez que o rol de agentes que possuem prerrogativa de foro na Corte Suprema é restritivamente elencado na Constituição Federal⁵⁷, como do ponto de vista prático, pois o número de ações penais que são distribuídas no Tribunal é ínfimo se comparado ao número total de processos que lá tramitam. Conforme consta no Relatório Supremo em Ação dos anos de 2017 e 2018⁵⁸, a média do número de ações penais distribuídas entre os anos de 2009 a 2017 esteve um pouco acima das 50 ações penais por ano. No Gráfico 1 é possível ver o número de ações penais distribuídas por ano no STF, no período de 2009 a 2017, em comparação com o número total de processos distribuídos.

Gráfico 1 – Ações penais no STF em comparação com o número total de processos distribuídos por ano



Como se observa deste recorte, o ano de 2013 apresentou um crescimento significativo em relação ao número de ações penais distribuídas. O quantitativo de novas ações deste tipo em 2013 mais do que quadruplicou em relação ao ano anterior. Tendo em vista este aceno de crescimento, bem como o tempo e a organização demandadas pela Corte para o julgamento da

⁵⁷ Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente. (Art. 102 da Constituição Federal).

⁵⁸ Disponíveis em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/supremo-em-acao>>. Acesso em: nov. 2018.

Ação Penal nº 470⁵⁹, o Regimento Interno do STF foi alterado pela Emenda Regimental nº 49/2014, a qual deslocou a competência para o julgamento das ações penais originárias do plenário do Tribunal para as duas turmas que o compõem.⁶⁰ De um modo geral, este é o fato institucional mais relevante no campo das ações penais originárias do STF nos últimos anos, pois provocou uma alteração substancial no quórum de julgamento destas ações, razão pela qual a entrada em vigor da Emenda Regimental nº 49 do STF foi tomada como marco inicial da pesquisa.

Ainda de acordo com o Relatório Supremo em Ação – 2018, o tempo médio de tramitação de processos da competência penal originária no STF em 2017 foi de 1 ano e 6 meses entre os processos já baixados e de 2 anos e 4 meses entre os processos pendentes.⁶¹ Com base nesta estatística, fixaremos o interregno temporal da pesquisa em 2 anos, contados a partir da promulgação da Emenda Regimental nº 49/2014. Assim, considerando-se que a referida emenda regimental entrou em vigor na data de sua publicação, em 05/06/2014, o objeto da pesquisa foi temporalmente restrito aos julgamentos de mérito proferidos em ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal no período de 05/06/2014 a 05/06/2016.

Definidos estes parâmetros, os julgados que se encaixam neste recorte temporal foram reunidos com o auxílio da ferramenta de consulta ao acervo de julgamentos que se encontra disponível *online* no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.⁶² Entre as diversas utilidades que a ferramenta oferece, é possível delimitar a pesquisa por data, por órgão julgador e por classe processual. Desse modo, os filtros de pesquisa foram ajustados para o período de relevância proposto anteriormente, para a classe processual de ações penais (comando **AP.SCLA.**) e, sucessivamente, direcionado para os julgados da Primeira e da Segunda Turmas do STF.

Na Primeira Turma da Corte Suprema foram encontrados 18 acórdãos proferidos segundo os parâmetros acima descritos. Deste total, 14 acórdãos foram absolutórios, 2 acórdãos

⁵⁹ O julgamento da AP 470 foi o mais longo da história do Supremo Tribunal Federal. Foram necessárias 53 sessões plenárias para julgar o processo contra 38 réus. Quando começou a ser julgada, a ação contava com 234 volumes e 495 apensos, que perfaziam um total de 50.199 páginas. Dos 38 réus, 25 foram condenados e 12 foram absolvidos. Informações disponíveis no sítio eletrônico no STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em: nov. 2018.

⁶⁰ Ainda remanesce a competência do Plenário para julgar uma lista bastante restrita de autoridades, entre elas o Presidente da República, os Presidentes das Casas Legislativas e os próprios Ministros do STF.

⁶¹ Nesta estatística, inserem-se na competência penal originária do STF as ações penais públicas e privadas, execuções penais, inquéritos policiais, revisões criminais e extradições. Para os processos baixados, o tempo de tramitação corresponde ao intervalo entre a data da autuação do processo e a data da baixa. Para os processos pendentes, o tempo de tramitação corresponde ao intervalo entre a data da autuação do processo e a data de 31 de dezembro de 2017.

⁶² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em dez. 2018.

foram condenatórios e 2 acórdãos declararam a prescrição em abstrato, sem ingressar efetivamente na discussão em matéria fática. Na Segunda Turma, a pesquisa retornou 12 acórdãos, dos quais 8 foram absolutórios e 4 foram condenatórios.

A cronologia dos julgamentos encontrados e seus respectivos resultados, em ordem decrescente e por órgão julgador, estão discriminados no Quadro 2:

Quadro 2 – Ações penais originárias julgadas no período pesquisado

Número	Tipologia da imputação	Resultado	Julgamento	Relator
PRIMEIRA TURMA DO STF				
AP 916	Crimes contra a Administração Pública	Condenação	17/05/2016	Roberto Barroso
AP 932	Crimes ambientais e crimes contra a paz pública	Absolvição	16/02/2016	Luiz Fux
AP 555	Crime de responsabilidade de prefeitos	Absolvição	06/10/2015	Rosa Weber
AP 341	Crimes de responsabilidade de prefeito e contra a paz pública	Absolvição	25/08/2015	Marco Aurélio
AP 498	Crimes contra a Administração Pública	Prescrição em abstrato	18/08/2015	Marco Aurélio
AP 554	Crimes contra a sistema financeiro	Absolvido	05/05/2015	Roberto Barroso
AP 421	Crimes contra a paz pública e contra a fé pública	Absolvido	28/04/2015	Roberto Barroso
AP 568	Crimes da Lei de Licitações	Absolvido	14/04/2015	Roberto Barroso
AP 347	Crime contra o patrimônio ⁶³	Absolvido	16/12/2014	Rosa Weber
AP 523	Crimes da Lei de Licitações	Absolvição	09/12/2014	Dias Tofolli
AP 521	Crimes da Lei de Licitações, contra a paz pública e contra a fé pública	Absolvição	02/12/2014	Rosa Weber
AP 595	Crimes de responsabilidade de prefeitos	Absolvição	25/11/2014	Luiz Fux
AP 678	Crimes contra a Administração Pública	Absolvição	18/11/2014	Dias Tofolli
AP 497	Crimes contra a Administração Pública e contra a paz pública	Absolvição	07/10/2014	Marco Aurélio
AP 611	Crimes ambientais, contra o patrimônio, contra a fé pública e contra a paz pública.	Absolvição	30/09/2014	Luiz Fux
AP 404	Crime contra a fé pública	Prescrição em abstrato	23/09/2014	Rosa Weber

⁶³ Trata-se, em verdade, de crime previsto na Lei nº 7.134/1983, referente ao desvio de finalidade na aplicação dos créditos e financiamentos de organismos governamentais e daqueles provenientes de incentivos fiscais. A referida lei, contudo, equipara a infringência às suas disposições ao crime previsto no art. 171 do Código Penal, que é crime contra o patrimônio.

AP 530	Crimes contra a fé pública	Condenação ⁶⁴	09/09/2014	Roberto Barroso
AP 559	Crimes da Lei de Licitações	Absolvição	26/08/2014	Dias Toffoli
SEGUNDA TURMA DO STF				
AP 898	Crime de responsabilidade de prefeitos	Absolvição	12/04/2016	Teori Zavascki
AP 700	Crimes da Lei de Licitações	Absolvição	23/02/2016	Dias Toffoli
AP 512	Crimes eleitorais	Absolvição	17/11/20015	Teori Zavascki
AP 929	Crimes eleitorais	Condenação ⁶⁵	27/10/2015	Gilmar Mendes
AP 869	Crimes contra a pessoa	Absolvição	29/09/2015	Teori Zavascki
AP 560	Crimes da Lei de Licitações	Absolvição	25/08/2015	Dias Toffoli
AP 619	Crimes contra o patrimônio	Absolvição	18/11/2014	Teori Zavascki
AP 450	Crimes contra o patrimônio	Absolvição	18/11/2014	Teori Zavascki
AP 572	Crime eleitoral e contra a Administração Pública	Condenação	11/11/2014	Gilmar Mendes
AP 556	Crimes de responsabilidade de prefeito e lavagem de dinheiro	Condenação	11/11/2014	Gilmar Mendes
AP 563	Crimes contra a Administração Pública	Condenação ⁶⁶	21/10/2014	Teori Zavascki
AP 858	Crime contra a fé pública	Absolvição	26/08/2014	Gilmar Mendes

Com uma pequena exceção pontual, os tipos de crime julgados pelo Supremo Tribunal Federal, no período em análise, se referem, em regra, a delitos cometidos sem o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa e que possuem como vítima, direta ou indireta, o Estado. Há, ainda, uma prevalência de crimes funcionais, nos quais a condição de funcionário público⁶⁷ é necessária para a prática do delito, como é o caso dos crimes cometidos por prefeitos no exercício da função e por gestores públicos em processos licitatórios, bem como dos crimes contra a Administração Pública propriamente ditos cometidos por agentes estatais.

⁶⁴ Declarada a prescrição da pretensão punitiva pela pena concretamente aplicada.

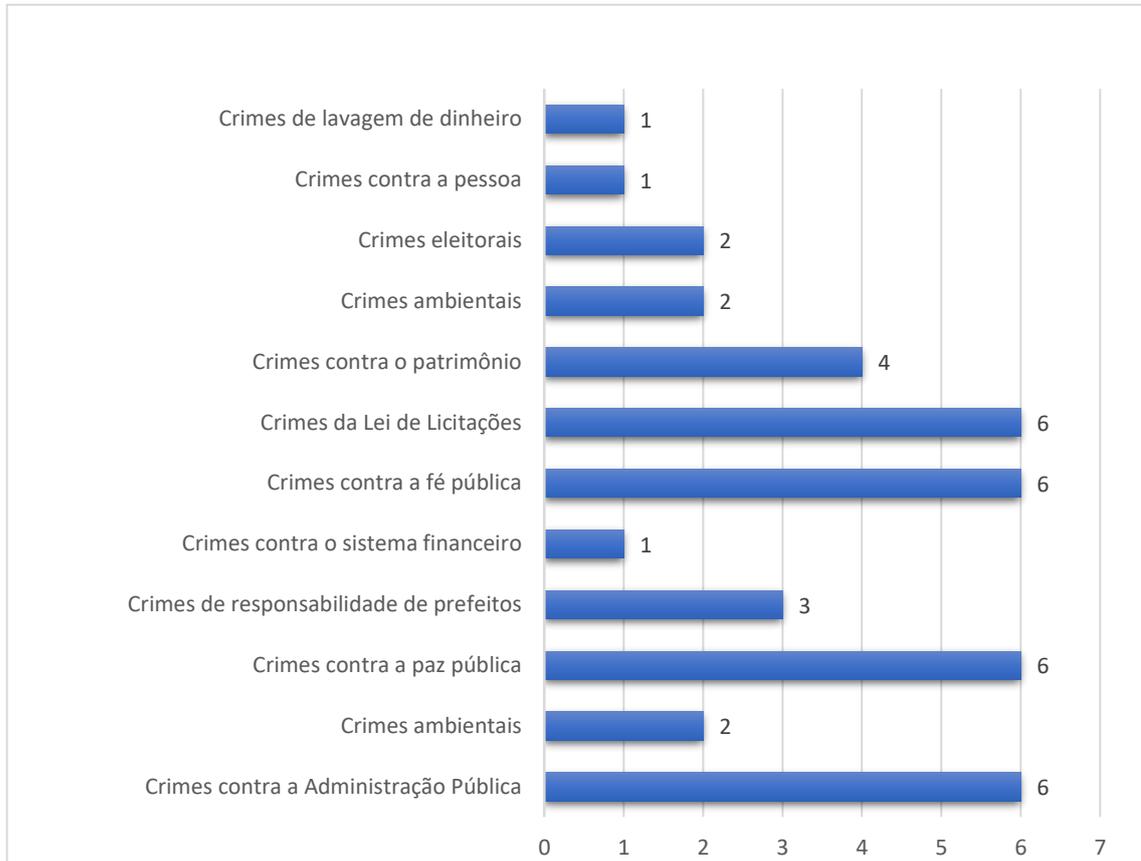
⁶⁵ Neste caso, a diplomação do acusado no cargo que lhe assegurava a prerrogativa de foro no STF ocorreu após a condenação em primeira instância. Assim, o caso foi julgado na Corte Suprema como uma apelação contra a condenação. Contudo, a própria Corte reconhece que a apelação defensiva devolve toda a matéria de fato e de direito ao Tribunal e, portanto, o julgamento da apelação nestes casos possui a mesma amplitude e as mesmas exigências do julgamento de uma ação penal, razão pela qual as apelações nestes casos também são autuadas na classe de ações penais originárias (AP).

⁶⁶ Trata-se de apelação penal em situação processual idêntica à AP 929 (ver nota n° 64).

⁶⁷ Para fins penais, é funcionário público toda pessoa que “embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública” bem como quem “exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” (Art. 327 do Código Penal).

O Gráfico 2 compara o número de imputações das ações penais encontradas na pesquisa e coloca em evidência as tipologias mais comuns.⁶⁸

Gráfico 2 – Tipologia dos Crimes



De outra parte, constata-se que o número de absolvições foi bastante superior ao número de condenações no período da pesquisa. Na Primeira Turma, o percentual de condenações foi de 11%, ao passo que o de absolvições foi de 77%. Na Segunda Turma, houve 33% de condenações contra 66% de absolvições. No total, as absolvições alcançaram 73%, contra 20% de condenações e 7% de casos prescritos em abstrato.

Traçado este panorama geral da atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de ações penais originárias, é necessário ingressar em uma análise mais verticalizada dos julgamentos, aplicando-se o último filtro de seleção da metodologia escolhida: a abordagem dos acórdãos penais com resultado condenatório.

Esta escolha se justifica porque, ao contrário das decisões absolutórias, que com frequência se apoiam na aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade, acórdãos condenatórios não podem se encerrar com resultados inconclusivos quanto à matéria fática. As

⁶⁸ Em uma mesma ação penal pode haver a imputação de crimes de tipologia diversas. Desse modo, o total de incidências penais supera o número total de ações penais.

decisões condenatórias precisam, necessariamente, concluir pela ocorrência de um fato, comissivo ou omissivo, sem o qual a responsabilização penal não seria possível. Ou seja, uma conclusão razoavelmente precisa sobre os fatos é indispensável nos acórdãos condenatórios, o que não ocorre nos acórdãos absolutórios, aos quais basta a constatação de que não se comprovou nenhuma hipótese fática.

Além disso, a carga argumentativa que se emprega na prolação de uma condenação penal é ainda superior à carga argumentativa necessária em boa parte das decisões judiciais proferidas em outros campos do direito, pois o princípio da presunção de não culpabilidade levanta uma exigência probatória epistemológica bastante rigorosa em favor da defesa. Assim, a imposição de uma condenação penal, com todas as consequências na esfera jurídico-político do cidadão, exige do julgador um exercício argumentativo mais intenso, na tentativa de demonstrar que a sua reconstrução dos fatos é a mais aceitável e que a conclusão pela condenação é inafastável.

Portanto, é razoável esperar que a “melhor forma” da argumentação dos Ministros do STF no campo fático-probatório estará nos acórdãos condenatórios, nos quais a Corte teve que, necessariamente, apresentar uma argumentação conclusiva e completa acerca da ocorrência de um fato criminoso e vencer a carga argumentativa exigida pelo princípio da presunção de não culpabilidade. Desse modo, para esta etapa da pesquisa, consistente na análise individualizada das decisões do STF, serão utilizados os acórdãos condenatórios proferidos por esta Corte no período de relevância da pesquisa.

3.2. ANÁLISES DE ACÓRDÃOS CONDENATÓRIOS PROFERIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA

3.2.1 Decisões da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal

a) Ação Penal 916⁶⁹

Quadro 3 – Resumo Ação Penal nº 916/AP (j. 17/05/2016)

Relator:	Mín. Roberto Barroso
Votos Divergentes:	Mín. Luiz Fux Mín. Marco Aurélio
Imputações:	- <u>Art. 312 do Código Penal – Peculato:</u>

⁶⁹ Inteiro teor disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11730082>>. Acesso em: dez. 2018.

	<p>O acusado (prefeito municipal), em conjunto com uma corré (secretaria municipal de finanças), teria desviado, em proveito de terceiros, o montante de R\$ 8.385.486,73 pertencentes a uma instituição financeira, valores que tinham em sua posse devido ao cargo, por se tratar de quantias retidas na fonte de pagamento dos servidores municipais, referentes à dívidas contraídas em caráter consignado por estes perante a referida instituição financeira.</p> <p>- <u>Art. 359-C do Código Penal – Assunção de obrigação no último ano do mandato:</u> O acusado, ao praticar o delito de peculato anteriormente descrito, assumiu em desfavor do município obrigação financeira no montante de R\$ 8.385.486,73 no último ano de seu mandato como prefeito.</p>
Teses defensivas principais:	<p>Impossibilidade de responsabilização objetiva (ausência de dolo) Inexigibilidade de conduta diversa (excludente de culpabilidade)</p>
Elementos probatórios utilizados:	<p>Interrogatórios dos réus Prova testemunhal Documentos fornecidos pela Procuradoria-Geral do Município Documentos provenientes de inquérito civil público</p>

Nos autos desta ação penal, a tese acusatória narrava conduta na qual o prefeito municipal, após reter na fonte valores decorrentes de empréstimos bancários contraídos pelos servidores do município, deixava de efetuar o repasse destes valores à instituição bancária mutuante para aplicá-los em outras atividades da municipalidade. Deste fato, decorreriam dois crimes distintos, o primeiro consistente no peculato-desvio, em razão do emprego diverso que foi dado aos bens cuja posse lhe era atribuída em razão do cargo, e o segundo de assunção de dívida nos últimos quadrimestres do mandato como prefeito municipal, tendo em vista que o não repasse dos valores à instituição bancária ocasionou a criação de uma dívida em desfavor do município.

Ao longo do acórdão condenatório, a vinculação entre as argumentações fáticas e normativas acerca das acusações é constante, porém não explícita ou clara, o que gerou certa confusão entre os julgadores. Essa dificuldade é evidenciada no seguinte trecho do voto do Min. Edson Fachin (Revisor), no qual ele tenta situar a controvérsia do caso ora como questão de interpretação normativa e ora como questão probatória:

Não creio afastar-me muito da percepção que permeia a própria acusação e a defesa, que, **muito mais do que disputar os fatos, aqui se disputa o juízo de valor e o respectivo enquadramento jurídico desses fatos.** Portanto a questão precisamente está nesta qualificação, que nos permite, por um ou por outro caminho, a partir do devido enquadramento, localizar ou não os elementos que preencham os dois tipos dos delitos que são imputados ao réu, ou seja, o peculato ou desvio e a assunção de obrigação no último ano do mandato.

A questão central para fazer esse juízo de valor seguramente não está apenas num plano teórico, **há uma questão probatória que resulta relevante** para a compreensão desse respectivo enquadramento (STF, Ação Penal nº 916/AP (j. 17/05/2016), p. 20, sem grifos no original).

Das assertivas acima transcritas é possível extrair uma conclusão contraditória. De início, afirma-se que, no caso, não se trata de uma disputa em torno de como ocorreram os fatos, tendo em vista a prevalência de questões de “enquadramento jurídico” ou “qualificação” dos acontecimentos narrados nos autos. Todavia, ao final, afirma-se que há nos autos uma “questão probatória” relevante, o que parece estar em sentido oposto à primeira proposição. Por arremate, sugere-se que a questão probatória é relevante para o respectivo enquadramento jurídico dos fatos, o que, em outras palavras, significa dizer que a conclusão judicial necessita lançar um olhar sobre os fatos e outro sobre a interpretação normativa, pois se trata de questões indissociáveis para o desenvolvimento da argumentação. Como se vê, o entrelaçamento entre os raciocínios fático e normativo na dinâmica da decisão judicial que se apresenta é evidente.

A questão probatória relevante a que faz referência o Min. Edson Fachin diz respeito ao enfrentamento das teses defensivas de ausência de dolo e de culpabilidade, as quais se sustentam em uma premissa fática comum, qual seja, a alegação de que o município atravessava grave crise financeira, de forma que o acusado não agiu sob o dolo de desviar valores ilícitamente em detrimento da instituição financeira, mas somente de manter o regular funcionamento do município, sendo-lhe inexigível uma conduta diversa da que ele adotou.⁷⁰ Esta questão é enfrentada em um ponto mais avançado da argumentação desenvolvida na decisão, cujo primeiro passo foi a constatação de que o acusado realmente desviou os valores apontados.

De fato, ao analisar as acusações, o Ministro Relator do acórdão inicialmente destacou estar provado que o acusado desviou os valores descritos na denúncia de sua finalidade e não os entregou à instituição bancária a quem pertenciam. Esta conclusão foi amparada em dois elementos probatórios: 1) as declarações prestadas pela corré na ação penal (secretaria municipal de finanças)⁷¹, no sentido de que o acusado, na qualidade de prefeito municipal, autorizava o desvio dos valores narrados na denúncia e; 2) o relato constante no interrogatório do próprio acusado, o qual confessou que não realizou o repasse dos valores retidos na fonte à instituição bancária mutuante.

⁷⁰ A inexigibilidade de conduta diversa é, para parte da doutrina e da jurisprudência, causa supralegal de exclusão da culpabilidade incidente quando não há, na situação concreta, possibilidade de o agente “atuar de uma forma distinta e melhor do que aquela a que o sujeito se decidiu” (GRECO, 2017, p. 138). Para esta corrente, a inexigibilidade de conduta diversa conduz à absolvição.

⁷¹ Embora o prefeito-acusado e a corré tenham sido denunciados conjuntamente na justiça comum, após a diplomação do primeiro para o cargo de deputado federal o processo foi remetido ao STF, que desmembrou o processo, mantendo na Corte a denúncia quanto ao agente com prerrogativa de foro e, por consequência, determinando o retorno da denúncia na parte referente à corré à justiça comum.

Os elementos probatórios efetivamente utilizados no acórdão para sustentar a alegação de que o acusado realmente realizou os desvios imputados não são muitos, restringindo-se às duas declarações citadas. Como ressaltou o próprio Ministro Relator, “sendo a prova testemunhal firme em confirmar o desvio dos valores retidos, incontestável se afigura a materialidade do delito” (p. 10).

Todavia, pela dimensão dos valores apontados e pela menção à existência de um inquérito civil em que foram apurados os mesmos fatos, é bastante provável que houvesse nos autos outras provas documentais da referida conduta, fornecidas tanto pelo município quanto pela instituição bancária envolvidos, porém não se promoveu o exame delas no acórdão condenatório nem foram elas explicitamente mencionadas. Aparentemente, diante da singeleza em se aceitar os desvios como provados, fato que não foi contestado sequer pelo acusado ou pela sua defesa, a Corte não se preocupou em expor de forma completa um quadro geral dos elementos probatórios que possuía à sua disposição.

Concluindo-se pela comprovação da prática dos desvios pelo prefeito-acusado, aparecem os dois argumentos defensivos principais. A partir de um mesmo fundamento fático – a de que o município atravessava grave momento de dificuldade financeira – a defesa propõe duas interpretações possíveis a fim de afastar a condenação penal. Em primeiro lugar, afirma-se que as dificuldades financeiras do município afetaram o estado subjetivo do acusado, de forma que ele não agiu com o ânimo de desviar ilicitamente nenhum valor ou criar novas dívidas para o município, mas objetivava apenas impedir a paralisação dos serviços municipais. Desse modo, estaria ausente o dolo próprio dos delitos imputados, o que afastaria a subsunção dos fatos aos tipos penais discriminados.

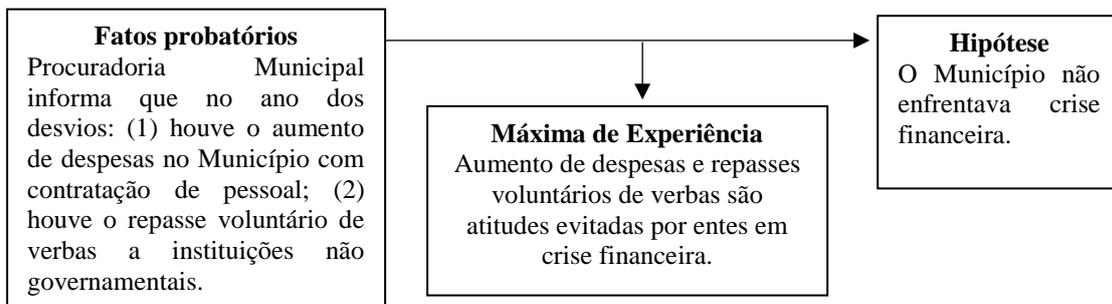
Outra interpretação oferecida pela defesa é a de que, também em razão das dificuldades financeiras do município, o acusado se viu compelido pelas circunstâncias a praticar os ilícitos, sendo-lhe inexigível que adotasse uma conduta diversa. Desse modo, estaria configurada no caso uma hipótese de exclusão da culpabilidade.

Não obstante a tentativa da defesa em construir teses jurídicas diversas a partir da alegada penúria do município, a posição majoritária no julgamento não apreciou as possibilidades de interpretação jurídica dos fatos sugeridas nas razões defensivas, rechaçando-se a argumentação pela absolvição em sua base fática. Com efeito, a Corte concluiu que o município não atravessava nenhuma situação de dificuldade financeira, de forma que tanto a tese de ausência de dolo quanto a tese de ausência de culpabilidade não possuiriam sustentação empírica.

Conforme ressaltou o Ministro Relator do acórdão, utilizando como elemento probatório as informações prestadas pelo Procurador-Geral municipal, o município do qual o acusado era prefeito, no mesmo ano em que foram praticados os desvios, realizou repasses voluntários para instituições não governamentais e aumentou os gastos com folha de pagamento ao contratar pessoal. Diante destes dados, o Tribunal aplicou uma máxima de experiência segundo a qual o aumento de gastos e o repasse voluntário de verbas são condutas evitadas por entes em crise financeira, a fim de sustentar a conclusão de que o município em questão não enfrentava as alegadas dificuldades.

O argumento probatório apresentado para afastar o apontado estado de dificuldade financeira do município poderia ser representado como no Diagrama 13:

Diagrama 13



Também na análise da alegada dificuldade financeira enfrentada pelo Município observa-se uma tendência da Corte em utilizar poucos elementos probatórios. De fato, os elementos probatórios empregados no argumento foram extraídos de um único documento, as informações prestadas pelo Procurador Geral municipal. Contudo, pelos trechos das razões defensivas transcritos nos votos, observa-se que a defesa menciona diversos outros documentos dos autos na tentativa de comprovar a alegação de penúria municipal (demonstrativos de receitas líquidas, repasses constitucionais, receitas vinculadas, folha da Câmara Municipal, despesas fundo a fundo, etc.). Além disso, o próprio Ministro Relator fez uma ressalva de que “todos os depoimentos colhidos na fase judicial apontam que o Município de Macapá/AP estava passando por dificuldades em razão da crise mundial e que o referido município foi prejudicado no repasse proveniente do Fundo de Participação dos Municípios” (p. 12).

Em todo caso, estes documentos apontados pela defesa e os testemunhos mencionados não são examinados nos votos e não se explica porquê de eles não terem sido incluídos na valoração probatória, ainda que fosse para serem refutados. O que se percebe é que Corte conferiu valor quase absoluto às informações da Procuradoria municipal e à máxima de

experiência empregada, dispensando os demais elementos probatórios dos autos e a rechaçando as teses defensivas de forma sumária.

Em verdade, o valor atribuído às informações da Procuradoria municipal, recebido como elemento suficiente para se aferir inequivocamente a condição financeira do município, indica que os julgadores interpretaram o referido documento aos moldes de uma prova técnica, pretensamente objetiva, descritiva e impessoal. No entanto, esta premissa que está implícita no raciocínio desenvolvido no acórdão é problemática.

Em primeiro lugar, é preciso considerar que o Procurador-Geral do Município, que prestou as informações utilizadas no acórdão, é ocupante de cargo vinculado ao Poder Executivo municipal e cuja nomeação compete ao prefeito em exercício. Dessa forma, conquanto se trate de função de assessoria técnico-jurídica, é inafastável a forte influência política incidente sobre este cargo. Em segundo lugar, é certo que a procuradoria municipal representa os interesses do município que também foi vítima dos ilícitos praticados pelo acusado. Não se trata, assim, de uma participação desinteressada da procuradoria no processo, mas de uma verdadeira assistência informal à acusação.

Este caráter de interessado em acusar resulta manifesto na linguagem utilizada pelo Procurador-Geral do município em suas informações, que em diversos trechos se assemelham a uma inicial acusatória imputando responsabilidades ao acusado, o que pode ser depreendido do seguinte trecho destas informações citado no acórdão:

Cumpra, ainda, destacar que os cargos comissionados de gerência de programa da Prefeitura Municipal de Macapá são criados pela Lei Complementar nº 033/2005, que limita o número de nomeações ao total de 41 (quarenta e um) cargos. Acontece que, **o ex-gestor nomeou além do limite estabelecido pela lei e os exonerou no mesmo ano (2011), conforme busca nos diários oficiais (anexos), tornando a praticar tal irresponsabilidade no ano de 2012, porém de forma mais gravosa, pois deixou de repassar o valor das consignações descontadas dos servidores.**

Em adição, é cediço que, **além de sofrer aumento de despesa com pessoal naqueles dois anos (2011/2012), esta Municipalidade suportou prejuízos ao se ver obrigada a indenizar os ocupantes de cargos comissionados, visto que a cada nomeação e exoneração dos cargos *ad nutum* gerou processos administrativos e judiciais pretensos ao reconhecimento de direitos trabalhistas.**

Destarte, **assevera-se que o ex-gestor deixou de pagar os consignados, evitou o repasse dos valores e ainda aplicou o montante de forma incorreta ao remunerar cargos ocupados além do limite legal** (p. 14, sem grifos no original).

Desse modo, a valoração probatória realizada no caso para se alcançar a conclusão de que o município não se encontrava em crise financeira revela certa obscuridade, tanto por não esclarecer a pertinência ou não dos elementos probatórios invocados pela defesa para a análise do fato controvertido como por não explicitar as razões pelas quais um elemento probatório foi preferido entre outros que sequer foram tangenciados na decisão.

De todo modo, após serem considerados provados o desvio dos valores descritos na denúncia e a não configuração das dificuldades financeiras do município em que se baseavam as alegações defensivas tendentes à absolvição, o último ponto controverso no acórdão se refere à identificação dos tipos penais que deveriam incidir na espécie. É nesse ponto que se concentraram os votos divergentes.

No voto vencedor, proferido pelo Ministro Relator, assentou-se, ao lado das constatações empíricas de que o acusado efetivamente realizou os desvios e de que não havia crise financeira na municipalidade apta a afastar sua responsabilização penal, a conclusão de que as condutas descritas seriam aptas a configurar os tipos penais previstos no arts. 312 e 359-C do Código Penal. Isso porque, para o Ministro Relator, a correta interpretação do crime de peculato-desvio exigia apenas que o agente detivesse valores em razão do cargo e os desviasse em proveito de alguém que não fosse seu legítimo proprietário, no caso, a instituição bancária. Do mesmo modo, o voto vencedor interpretou que o crime de assunção de dívida consistia em criar obrigação financeira para o município no último ano do mandato sem prévia disponibilidade de caixa para o pagamento da obrigação assumida, sem exigência de nenhum elemento adicional à conduta para sua tipificação penal.

Assim, as linhas argumentativas do voto vencedor poderiam ser ilustradas, quanto a cada um dos crimes, como nos Diagramas 14 e 15:

Diagrama 14

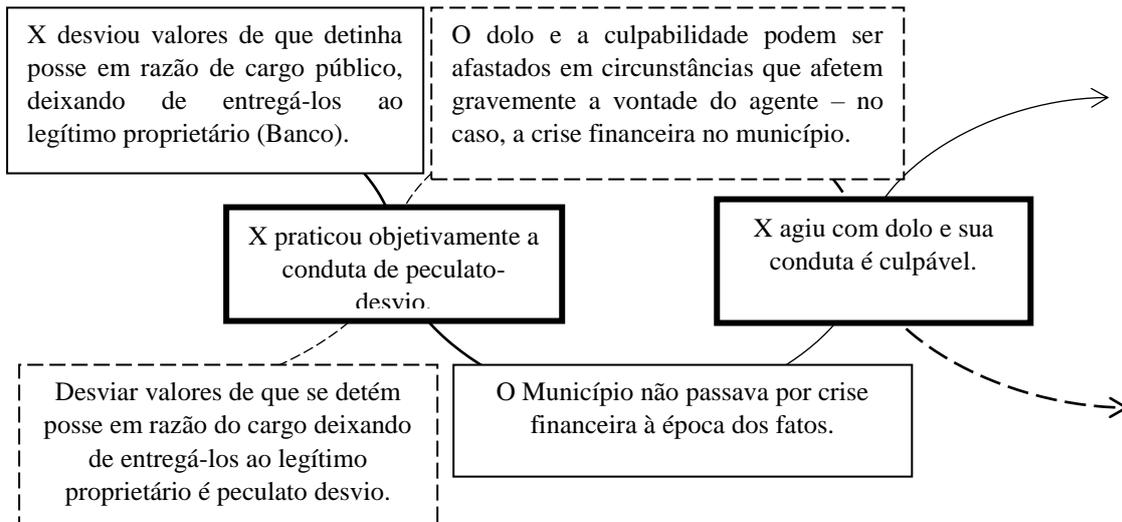
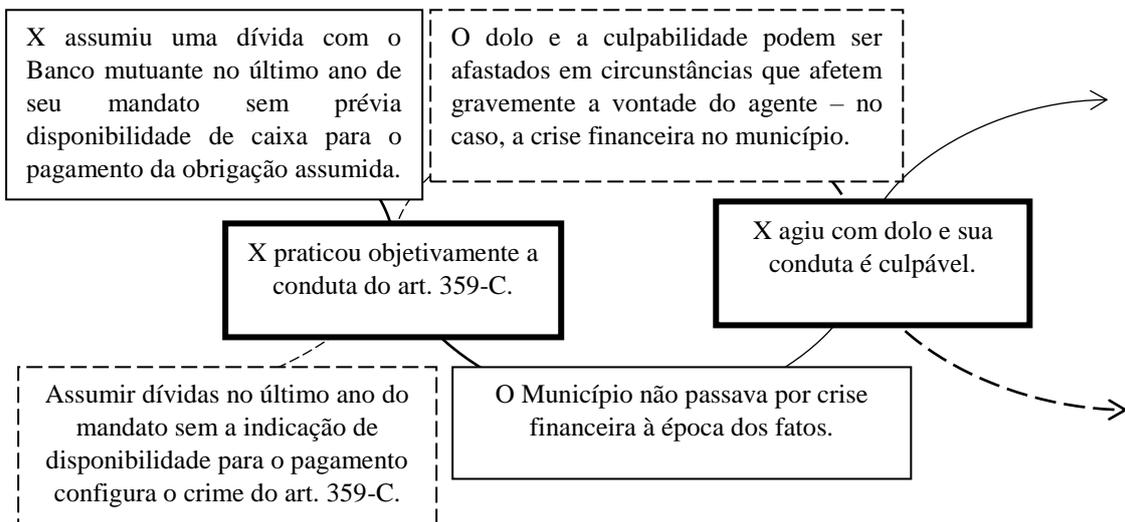


Diagrama 15



As duas divergências constantes no acórdão desta ação penal se apoiam em controvérsias acerca da interpretação que deve ser conferida aos tipos penais em julgamento, ou seja, da premissa de interpretação normativa que sustenta a primeira conclusão fático-normativa apresentada nos diagramas acima.

Para o Ministro Luiz Fux, primeiro a divergir, o tipo penal do peculato-desvio não pode ser interpretado de modo a abranger condutas em que os valores são desviados em favor do ente público. Segundo consta em seu voto, está provado que o acusado efetivamente desviou os recursos financeiros que deveriam ter sido repassados ao banco mutuante, porém tais recursos foram empregados em favor da própria municipalidade, ou seja, no interesse do próprio ente público, o que não se enquadraria no conceito normativo de “em proveito próprio ou alheio” exigido pelo art. 312 do Código Penal.

De outra parte, este voto divergente também interpretou que a conduta de peculato deve ter ânimo de definitividade, o que não ocorreu no caso em apreço, pois o desvio praticado pelo acusado converteu-se em dívida do município perante a instituição bancária, a qual seria adimplida posteriormente de forma voluntária ou compulsória. Estes dois argumentos foram assim expostos no voto divergente:

Tratando-se de recursos privados (também previsto no art. 312), dos quais tinha a posse em razão do cargo de Prefeito, a “apropriação” deveria significar a vontade definitiva de não restituir a coisa, em detrimento do proprietário.

Não foi o que se descreveu no caso dos autos.

Primeiramente, porque é inconteste que os valores descontados pela Prefeitura dos salários dos servidores deixaram de ser repassados ao Banco Itaú para pagar servidores nos meses seguintes. Portanto, **o acusado integrou os recursos ao patrimônio do Município, e não ao benefício ilícito próprio ou de terceiros.**

Em segundo lugar, porque o montante que o acusado ordenou que fosse utilizado no pagamento de servidores consubstanciou-se não em apropriação ou desvio, mas em assunção de uma dívida que, necessariamente, **em algum momento, teria de ser paga ao real proprietário dos recursos, ou seja, o Banco Itaú.** (p. 28, grifos diversos do original).

Por estas razões, promovendo uma interpretação diversa da que o Ministro Relator conferiu ao art. 312 do Código Penal, o Ministro Luiz Fux conclui pela condenação do acusado somente como incurso no delito de assunção de dívida no último ano de mandato.

Com a mesma conclusão, porém com fundamento diverso, o Ministro Marco Aurélio também divergiu quanto à interpretação que deve ser dada ao art. 312 do Código Penal. Em sua leitura deste dispositivo legal, o crime de peculato-desvio deve necessariamente causar prejuízo patrimonial à Administração Pública, pois se trata de delito inserido no capítulo dos crimes contra a Administração Pública. Portanto, como é incontroverso que o único prejudicado financeiramente foi o banco, não haveria crime de peculato-desvio, mas apenas o de assunção de dívida no último ano de mandato.

No acórdão proferido na Ação Penal nº 916/AP é possível perceber com nitidez o trânsito entre uma controvérsia com enfoque predominante factual – a existência ou não de crise financeira no município – para outro ponto controvertido em que predomina a discussão sobre como devem ser interpretadas as normas penais – no caso, o art. 312 do Código Penal. Todavia, independentemente do enfoque adotado, as conclusões fáticas foram sendo construídas nos votos com o objetivo de se amoldarem às interpretações normativas assumidas, assim como as interpretações normativas foram sendo construídas para explicarem os fatos considerados provados.

É interessante notar que, ao tratar da possível exclusão do dolo e/ou culpabilidade nenhum ministro se preocupou em elaborar um raciocínio interpretativo mais sofisticado para

explicar estes conceitos penais normativos nos votos, porém o relatório da procuradoria municipal que menciona as circunstâncias fáticas de aumento de despesas de forma voluntária pelo acusado foi mencionado diversas vezes e, inclusive, transcrito no voto do Ministro Relator, o que evidencia que a Corte, nesse ponto da argumentação, deu ênfase a uma refutação factual da tese defensiva.

Por outra parte, os votos divergentes não se preocuparam em construir uma argumentação mais incisiva no tocante à efetiva ocorrência dos desvios financeiros. Neste aspecto, o Ministro Marco Aurélio limitou-se a afirmar que “esses fatos são incontroversos, restaram suficientemente demonstrados no processo” (p. 33). Contudo, ambos os Ministros vencidos recorreram a variadas técnicas interpretativas, desde a interpretação sistêmica de determinados conceitos até a observação da disposição topográfica do tipo penal e do bem jurídico abstratamente tutelado, para atacar a premissa normativa que sustentou a condenação quanto ao crime de peculato-desvio.

Desse modo, observa-se que, ao longo do mesmo provimento jurisdicional, houve ao menos dois importantes problemas jurídicos distintos, cuja resolução decorreu também de abordagens distintas. Cada problema possuía sua própria dimensão fática e normativa, sendo nítida a opção da Corte por enfatizar ora uma argumentação factual e ora uma argumentação normativa. Esse trânsito constante entre fatos e normas certamente não pode ser adequadamente apreendido se tratarmos o provimento jurisdicional como o ato de se construir uma premissa fática e uma premissa normativa isoladamente para compor uma grande subsunção final, mas se adequa melhor a ideia de um raciocínio que constrói continuamente premissas fáticas e normativas e as subsume ao longo do discurso.

Especificamente quanto à análise dos fatos e das provas, constata-se um grau de negligência da Corte em explicitar e valorar os elementos probatórios presentes nos autos, identificando-se certa inclinação à adoção de afirmações genéricas do tipo “o fato X é verdade porque consta no documento Y (ou porque Z afirmou), independentemente de qualquer outro fato probatório”. Com isto, alguns parâmetros avaliativos, como a fiabilidade, a diversidade de fontes e a pertinência dos fatos probatórios são gravemente comprometidos, uma vez que não há efetivamente uma confrontação e valoração das provas, mas simples apresentação daquelas que foram escolhidas pelo julgador, o que compromete a solidez da argumentação pela condenação.

b) Ação Penal 530⁷²

Quadro 4 – Ação Penal nº 530/MS (j. 09/09/2014) – Quadro Resumo

Relator:	Min. Roberto Barroso (Redator do acórdão)
Votos Divergentes:	Min. Rosa Weber (Relatora original)
Imputações:	<p>- <u>Art. 299 do Código Penal – Falsidade Ideológica (duas vezes)</u></p> <p>1. Os três acusados na ação penal teriam falsificado o contrato social de uma empresa de radiodifusão ao ocultar que o verdadeiro proprietário e administrador da pessoa jurídica era o parlamentar M., a quem seria vedado exercer esta função de administração devido ao mandato eletivo.</p> <p>2. Posteriormente, os mesmos acusados teriam falsificado documento que alterou o contrato social da empresa de radiodifusão ao incluir o parlamentar M. no contrato social como sócio sem poder de gestão, quando era ele quem efetivamente administrativa a atividade empresarial.</p> <p>- <u>Art. 304 do Código Penal – Uso de documento falso</u></p> <p>O contrato social ideologicamente falso teria sido utilizado pelos acusados em licitação pública junto ao Ministério das Comunicações para explorar o serviço de radiodifusão sonora em frequência modulada em Dourados/MS.</p>
Teses defensivas principais:	Negativa dos fatos (defesa da veracidade do contrato social)
Elementos probatórios utilizados:	<p>Interrogatórios dos réus</p> <p>Prova testemunhal</p> <p>Prova emprestada (peças de procedimento na justiça eleitoral)</p> <p>Notícias da internet</p> <p>Ofícios da Câmara dos Deputados e do Ministério das Telecomunicações</p>

Nesta ação penal apurou-se a acusação de que um deputado federal, para se esquivar da vedação imposta aos parlamentares quanto a ser proprietário, controlador ou diretor de empresa que possua contrato com pessoa jurídica de direito público⁷³, falsificou o contrato social da empresa de radiodifusão que era efetivamente controlada e administrada por ele. Para este crime, teriam concorrido outras duas pessoas, que aceitaram integrar o contrato social da empresa de radiodifusão como sócios administradores formalmente declarados, o que não condizia com a realidade.

Neste caso não houve confissão ou admissão do ilícito pelos envolvidos, de forma que os votos proferidos pela condenação tiveram que apresentar solidez suficiente para contradizer de forma efetiva a versão dos fatos apresentada pelos denunciados, os quais sustentavam ser

⁷² Inteiro teor disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516225>>. Acesso em: dez. 2018.

⁷³ Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

[...]

II – desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de **contrato com pessoa jurídica de direito público**, ou nela exercer função remunerada. (Sem grifos no original).

verdadeiros os dados registrados no contrato social empresarial. A reconstrução dos fatos considerados pela Corte como provados foi realizada, em sua maior parte, pela Min. Rosa Weber, relatora original da ação. Apenas na parte final, especificamente quanto ao número de crimes cometidos e à sua tipificação, houve divergência no colegiado e a Ministra Relatora foi vencida nesse ponto.

Ao analisar o mérito das acusações, a Min. Rosa Weber procurou demonstrar que era o parlamentar M. quem efetivamente administrava a empresa de radiodifusão, circunstância fática que comprovaria a falsidade ideológica do contrato social da empresa e de sua respectiva alteração posterior. Para abordar este problema fático, a julgadora iniciou seu exame tratando da intenção dos acusados ao praticarem o delito, ou seja, dos motivos que os levaram a falsificar o contrato social.

A intenção dos acusados é um fato psicológico relevante no caso por duas razões. Primeiramente, porque o crime de falsidade ideológica exige que a falsificação documental seja realizada com o objetivo específico de “prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”. Portanto, é dever da acusação, para que se configure a tipicidade penal, comprovar que os agentes tinham em mente alguma destas finalidades ao realizarem a conduta.

Em segundo lugar, porque em crimes nos quais a tese acusatória imputa uma intenção específica, a refutação direta desta intenção constitui, também, uma refutação indireta da prática da conduta. Imagine-se que alguém fosse acusado pelo crime de denúncia caluniosa, o qual teria sido cometido com a intenção de forjar um boletim de ocorrência policial para ser apresentado à empresa seguradora de seu veículo. Nesta situação, se o acusado comprovar que não possuía contrato de seguro com nenhuma empresa (refutação direta da motivação) perde credibilidade a hipótese acusatória de que ele efetivamente cometeu uma denúncia caluniosa (refutação indireta da conduta).

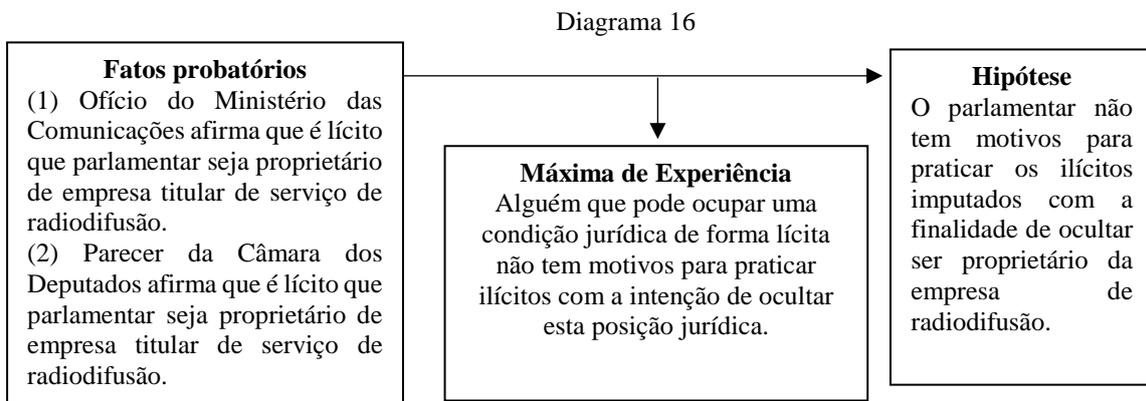
Na ação penal nº 530, a narrativa acusatória identificou como motivação para a falsificação do contrato social da empresa de radiodifusão a intenção de alterar a verdade sobre o fato juridicamente relevante de que o parlamentar M. era o proprietário e dirigente de fato da empresa, porém, em razão de exercer o mandato de deputado federal, “não poderia integrar o contrato social da sociedade referida, exercendo função de diretor ou gerente de empresa permissionária de exploração de serviço de radiodifusão” (p. 4).

Ao atacar a motivação sustentada pelo órgão acusador, a defesa argumentou no sentido de que, caso o parlamentar M. desejasse ser o proprietário da empresa de radiodifusão objeto da investigação não haveria qualquer impedimento a esta pretensão e ele poderia fazê-lo

livremente, pois a permissão de serviço de telecomunicação não se amoldaria ao conceito de contrato com pessoa jurídica de direito público previsto como causa de vedação no art. 54 da Constituição Federal. Assim, por inexistir qualquer impedimento a que o parlamentar M. realizasse a atividade empresarial na hipótese, não haveria razão para que os acusados praticassem a falsificação do contrato social.

É importante destacar que, neste caso, não se discutia se a interpretação que exclui as permissões de serviço de radiodifusão do âmbito dos contratos com pessoa jurídica de direito público previstos na vedação constitucional é a mais correta. Não se tratou, portanto, de uma argumentação interpretativa acerca da melhor forma de se compreender o texto proibitivo. O que se pretendeu foi apresentar a existência desta interpretação permissiva como um fato preexistente e utilizá-lo para contestar a narrativa acusatória e torná-la incoerente ante a ausência de uma intenção crível para o crime. Para corroborar este raciocínio fático, a defesa apresentou elementos probatórios consistentes em “**ofício do Ministério das Comunicações e em parecer da Câmara dos Deputados** de que não haveria proibição para que parlamentar fosse proprietário de empresa titular de serviço radiodifusão” (p. 34, sem grifos no original).

Há, de modo subjacente a esta argumentação, uma máxima de experiência de que alguém que pode ocupar uma condição jurídica de forma lícita não tem motivos para praticar ilícitos a fim de ocultar esta posição jurídica. Assim, podendo o parlamentar ser proprietário da empresa de radiodifusão licitamente, é desarrazoado acreditar que ele tenha falsificado um contrato social para ocultar a condição de proprietário. Este argumento fático-probatório está resumido no Diagrama 16:



Desse modo, caso acolhida a alegação defensiva de que o parlamentar M. e, por consequência, os demais corréus não possuíam motivos para tentar ocultar o fato de M. ser o real proprietário da empresa de radiodifusão, a narrativa acusatória seria indiretamente refutada e apresentaria um déficit de coerência. Surgiria para a acusação, neste cenário, o desafio de

explicar qual motivo, além do descartado pelo acolhimento da alegação defensiva, justificaria a prática do crime de falsificação no caso concreto.

Contudo, a abordagem da controvérsia sobre a motivação dos acusados para a prática do crime foi objeto de grande confusão no acórdão condenatório. Isso é constatado, em primeiro lugar, pela longa argumentação empreendida pela Min. Rosa Weber em defesa das vedações impostas pela Constituição aos parlamentares. Em seu voto, há extensa digressão acerca da história destas vedações nas constituições passadas, de sua importância para prevenir o abuso de poder político e até considerações de direito comparado acerca das vedações impostas a parlamentares na Inglaterra, na França, nos Estados Unidos e no Canadá. Todavia, a legitimidade das vedações constitucionais aos parlamentares ou a correta interpretação do art. 54 da Constituição Federal não são o tema em debate na ação penal. A invocação da existência de determinada interpretação do texto proibitivo, inclusive comprovada por pareceres de órgãos públicos, pretendeu demonstrar apenas que a motivação indicada na hipótese acusatória era faticamente insubsistente. Independentemente de ser uma interpretação correta ou não, esta interpretação existia e teria influenciado nas escolhas do parlamentar e dos corréus.

De outra parte, chegou-se a conceber que a hipótese em exame poderia se tratar de um caso de erro de proibição, em decorrência da interpretação dada pelos órgãos públicos (Ministério da Comunicação e Câmara dos Deputados) às vedações impostas pelo art. 54 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Não fosse a proibição clara e não fosse a interpretação distorcida proveniente dos próprios beneficiários da distorção, seria até o caso de **reconhecer eventual erro de proibição por parte dos acusados**. Entretanto, reconhecer erro de proibição, nas circunstâncias, equivaleria a premiar a interpretação distorcida e os próprios responsáveis por ela (p. 34, sem grifos no original).

O erro de proibição ocorre quando o agente descumpra o disposto em uma norma proibitiva, mas, por erro inevitável, desconhecia esta norma proibitiva, conhecia-a mal ou não compreendia o seu verdadeiro âmbito de incidência (GRECO, 2017, p. 136). No caso, não se pode perder de vista que a norma proibitiva cujo descumprimento é imputado aos acusados na ação penal não é a vedação a que parlamentares sejam proprietários de empresas que possuam contratos com pessoas jurídicas de direito público, mas a prática de falsificação documental com a alegada intenção de esconder esta situação irregular. O crime em julgamento, portanto, é o de falsificação documental e não há o menor indício de que os acusados desconheciam a norma que proscreeve a conduta de falsificar documentos. Assim, o cogitado erro de proibição não guarda pertinência com o caso.

De fato, esta discussão sobre a intenção dos acusados ao praticarem o crime não foi bem examinada no acórdão. Nesse aspecto, o voto da Min. Rosa Weber se limita a defender que é vedado a parlamentares serem proprietários de empresas permissionárias de serviço de radiodifusão e que, “tinham, portanto, os acusados motivos para a falsificação do contrato social da Radiodifusão Dinâmica, a fim de ocultar a participação e controle sobre ela por parlamentar” (p. 33). Apenas na parte final do voto, de forma implícita e sucinta, a Ministra retoma o tema ao constatar que no depoimento de um dos corréus havia a afirmação de “que M., na qualidade de parlamentar, deputado federal, não podia ser sócio-gerente da rádio, então o interrogando ficou com essa função” (p. 41). O referido trecho indicaria que, apesar dos elementos probatórios em sentido contrário presentes nos autos, o parlamentar efetivamente acreditava que estava impedido de ser proprietário da empresa de radiodifusão e, assim, teria motivos para cometer o ilícito.

Em todo caso, uma vez considerado como provado que os acusados tinham motivos para cometer o crime de falsificação, o voto da Ministra Relatora inicia a análise do amplo acervo probatório acerca da situação real da empresa. Trata-se de uma confrontação entre o que está declarado no contrato social da empresa de radiodifusão e a realidade fática acerca de quem dirigia a atividade empresarial.

Neste novo ponto, os primeiros elementos probatórios valorados são os interrogatórios dos próprios réus. Ao examiná-los, a Ministra Relatora constatou que, embora os três acusados afirmassem que o parlamentar M. não controlasse nem gerenciasse as atividades da empresa de radiodifusão, somente ele, entre os três acusados, possuía experiência neste ramo empresarial. Além disso, os dois corréus apontados como sócios dirigentes da empresa declararam possuir outros empregos formais (um bancário e um empregado de empresa de telefonia) e não possuíam renda compatível com o preço da outorga de permissão para o serviço de radiodifusão (R\$ 672.266,00). Em acréscimo, um dos corréus declarou trabalhar oito horas por dia e o outro sequer reside mais na cidade onde está situada a empresa de radiodifusão. Por fim, um dos corréus asseverou que uma mulher foi contratada para administrar a programação artística da rádio e que “essa moça veio de Brasília e foi trazida por M.” (p. 35), ao passo que próprio deputado federal M. confirmou, acerca desta produtora artística da rádio, que “cerca de um ano depois que ela começou a trabalhar, nós passamos a namorar” (p. 37). Todos estes elementos indicariam ser extremamente improvável que os corréus administrassem a referida empresa sem a forte participação do parlamentar M. na gestão da rádio.

Outro elemento probatório valorado foi o próprio contrato social da empresa. Na primeira alteração contratual registrada, o parlamentar M. foi inserido no corpo societário,

embora formalmente sem poder de administração. Contudo, constatou-se que a maior parte do capital social da empresa foi integralizado pelo parlamentar (87%). Portanto, era ele quem detinha não só a experiência no ramo empresarial, mas também as condições financeiras necessárias para dirigir a atividade de radiodifusão.

Também foi incluído na valoração probatória o testemunho de dois representantes de uma empresa do ramo agrícola que concedeu empréstimo à empresa de radiodifusão dos acusados, cujo valor foi utilizado no pagamento da outorga de permissão. Segundo o relato de ambos os representantes da empresa agrícola, o empréstimo foi negociado diretamente pelo parlamentar M., nenhum dos outros sócios da empresa de radiodifusão é conhecido e “que o proprietário da rádio FM na época era Marçal Filho” (p. 30).

Mais um elemento considerado na reconstrução dos fatos foi uma decisão, proferida pela Justiça eleitoral, na qual foi julgada a impugnação ao registro da candidatura do parlamentar M. e se discutiu a administração da referida empresa de radiodifusão. Naquela ocasião, o Tribunal Regional asseverou que “é fato público que a rádio é comandada, social e comercialmente, em todos os seus interesses, pelo candidato impugnado” e que “há ampla propagação noticiosa do comando e condição de proprietário da empresa por parte do candidato M.” (p. 39).

O último elemento de prova apresentado, o qual foi expressamente reconhecido no voto como de “valor probatório menor”, consiste em diversas notícias veiculadas na internet acerca da referida empresa de radiodifusão, nas quais o deputado M. é invariavelmente reconhecido como dono e dirigente da empresa. Nesse ponto, a Min. Rosa Weber destacou o seguinte trecho de uma destas notícias:

A Rádio 94 FM [nome fantasia da Empresa de Radiodifusão Dinâmica], **dirigida pelo radialista M.**, realiza nesta quinta-feira (22/05), no Parque de Exposição de Dourados, o show de seu 5º aniversário. [...] A banda KLB vem completa, em show inédito em Dourados, que vai apresentar seus principais sucessos e certamente agitar o público que deve novamente lotar a pista de shows do Parque de Exposições **na festa proporcionada pela quinta vez consecutiva pelo radialista M. e toda sua equipe da 94 FM** (p. 40, sem grifos no original).

Como se vê, apesar da certa dificuldade inicial em tratar o tema da motivação dos acusados para cometer o crime, o fato principal – desconformidade do contrato social com a realidade da empresa – foi adequadamente enfrentado, com a apresentação de fatos probatórios variados, provenientes de diversas fontes e pertinentes. Ademais, a metodologia de apresentação dos elementos de prova ao longo do voto condenatório, iniciando pelas informações aportadas pelos próprios acusados e se encerrando com os elementos probatórios

considerados de menor valor, permite inferir com razoável clareza a que dados disponíveis nos autos a julgadora conferiu maior importância e a que fontes considerou menos dignas de credibilidade.

Por outro lado, as máximas de experiência utilizadas no raciocínio fático-probatório, embora possam ser também inferidas com razoável clareza e não pareçam arbitrárias, poderiam ter sido melhor explicitadas nas razões da decisão. No caso, é certo que foram consideradas máximas de experiência como “o sócio com mais experiência no ramo empresarial é quem geralmente controla a atividade empresarial” e “o sócio que realiza operações financeiras em nome da empresa geralmente tem poderes de administração”, porém estas garantias não estão especificadas no voto, o que inevitavelmente abre margem para algum grau de obscuridade.

Destaca-se ainda que, no relatório do acórdão, a própria Ministra Relatora aponta teses defensivas que não foram diretamente refutadas, como a alegação de que “o acusado era Deputado Federal e não tinha tempo para gerenciar e administrar empresa de rádio” (p. 5). A não refutação direta de uma hipótese defensiva minimamente razoável contribui para diminuir a solidez da condenação, especialmente em casos como o ora em apreço, no qual os julgadores aparentemente dispunham de elementos probatórios para refutá-la.

Ainda assim, de um modo geral, a Ministra Relatora demonstrou suficientemente que o contrato social da empresa de radiodifusão e a respectiva alteração contratual posterior, nos quais o parlamentar M. não consta como sócio com poderes de administração, não condizem com a realidade e, portanto, tais documentos foram ideologicamente falsificados pelos acusados. Desse modo, sua conclusão quanto a estes fatos foi acompanhada por todos os membros do colegiado que, contudo, discordaram da qualificação jurídica que ela atribuiu às ações dos acusados.

Para a Ministra Relatora os réus deveriam ser punidos por três delitos distintos: um primeiro crime de falsificação, por registrarem o contrato social sem a menção ao parlamentar M. no corpo societário; um segundo crime de falsificação, por registrarem uma alteração contratual em que o parlamentar M. é indicado como sócio sem poderes de administração; e um crime de uso de documento falso, por utilizarem os referidos documentos no processo de outorga de permissão perante o Ministério da Comunicação. Além disso, para a Min. Rosa Weber, os contratos sociais de empresas e suas alterações tem natureza jurídica de documento público, pois são registrados na Junta Comercial.

Nesse ponto, o colegiado optou pela interpretação dos arts. 299 e 304 do Código Penal proposta pelo Min. Roberto Barroso (revisor e redator do acórdão), para quem: a) a posterior alteração do contrato social com informações falsas – fato incontroverso – não se configuraria

um como novo delito, uma vez que a finalidade de ocultar que o parlamentar M. era quem administrava a empresa já havia sido alcançada pela falsificação inicial do contrato social; b) o uso dos documentos falsos pelos próprios autores da falsificação – fato incontroverso – constituiria *post factum* não punível do crime de falsificação; c) a falsificação de um contrato social de empresa – fato incontroverso – se qualifica como falsificação de documento particular, pois “o contrato social foi firmado por particulares, mesmo quando registrado na junta comercial” (p. 71).

As diferenças entre os votos estão sintetizadas no Quadro 5:

Quadro 5 – Diferenças entre os votos na AP 530/MS

Fato Provado	Qualificação (Min. Rosa Weber)	Qualificação (Min. Roberto Barroso)
1. Contrato social ideologicamente falso	Falsificação de documento público	Falsificação de documento particular
2. Alteração de contrato social ideologicamente falso desde a origem com a inserção de novas informações falsas	Novo delito de falsificação de documento público	Irrelevante penal
3. Utilização do documento falso em processo administrativo perante o Ministério da Comunicação	Novo delito de uso de documento falso	<i>Post factum</i> não punível

A divergência entre os votos da Ministra Relatora e do Ministro Redator do acórdão demonstra bem como os julgadores, após construírem e aceitarem as mesmas premissas fáticas, podem alcançar conclusões diversas em razão da interpretação conferida aos dispositivos normativos que se considerem aplicáveis ao caso concreto. Esta interpretação normativa resulta em categorias próprias, construídas a partir das fontes jurídicas disponíveis (basicamente regras e princípios jurídicos), as quais revelam a forma como o direito recebe e compreende os fatos provados.

3.2.2 Decisões da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal

a) Ação Penal 929⁷⁴

Quadro 6 – Ação Penal nº 929/AL (j. 27/10/2015) – Quadro Resumo

Relator:	Mín. Gilmar Mendes
-----------------	--------------------

⁷⁴ Inteiro teor disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9975335>>. Acesso em: dez. 2018.

Votos Divergentes:	Min. Dias Toffoli
Imputações:	- <u>Art. 324 do Código Eleitoral – Calúnia eleitoral</u> O acusado, na época candidato ao cargo de governador, visando fins de propaganda, por meio da imprensa, teria caluniado o seu adversário político, concorrente ao mesmo cargo, imputando-lhe falsamente a prática do crime de furto qualificado.
Teses defensivas principais:	Negativa do fato (ausência de uma imputação direta e específica) Ausência do dolo de caluniar.
Elementos probatórios utilizados:	Prova testemunhal Publicação jornalística Transcrição de áudio de entrevista jornalística Inquérito policial no qual se apurou o crime de furto

Anteriormente a esta ação penal, o escritório de campanha do acusado, que à época concorria ao cargo de governador, foi invadido e furtado. Em seguida, foi veiculada na imprensa matéria jornalística na qual se noticiava que o acusado afirmou, quanto a este furto: “vejo o candidato que é nosso adversário como o principal suspeito” (p. 6). Em razão desta declaração, sobreveio a denúncia pelo crime de calúnia eleitoral.

Quanto ao mérito do crime imputado, houve duas teses defensivas principais. A primeira estratégia defensiva articulou dois argumentos complementares, um de caráter interpretativo-normativo e outro de caráter fático. Segundo a defesa, uma adequada interpretação do tipo penal de calúnia eleitoral exigiria que a imputação falsa de crime fosse direta, específica e clara, exigindo-se que o agente apontasse de maneira indubitosa o ofendido. De outra parte, ainda no entender da defesa, não houve no caso concreto uma imputação específica e direta de crime ao adversário político, pois as declarações do acusado teriam sido genéricas e, posteriormente, distorcidas pela imprensa.

O Min. Gilmar Mendes, relator do caso, enfrentou primeiramente o elemento fático desta argumentação defensiva. Em seu voto, ele constatou que efetivamente havia uma divergência entre os termos publicados na imprensa escrita e o conteúdo da transcrição do áudio da entrevista com o acusado que deu origem à publicação. Enquanto na publicação jornalística o acusado teria feito referência expressa ao “candidato que é nosso adversário” (p. 7), na transcrição do áudio da entrevista, que possui um longo trecho de falas consideradas incompreensíveis, o acusado teria utilizado termos mais gerais, atribuindo o delito “ao governo” (p. 7), à época chefiado pelo concorrente.

Todavia, o Min. Relator considerou irrelevante aprofundar a discussão sobre este fato suscitado pela defesa, pois, em sua compreensão, o tipo penal da calúnia eleitoral não exigiria uma identificação explícita do caluniado. Para ele, a calúnia eleitoral está configurada quando

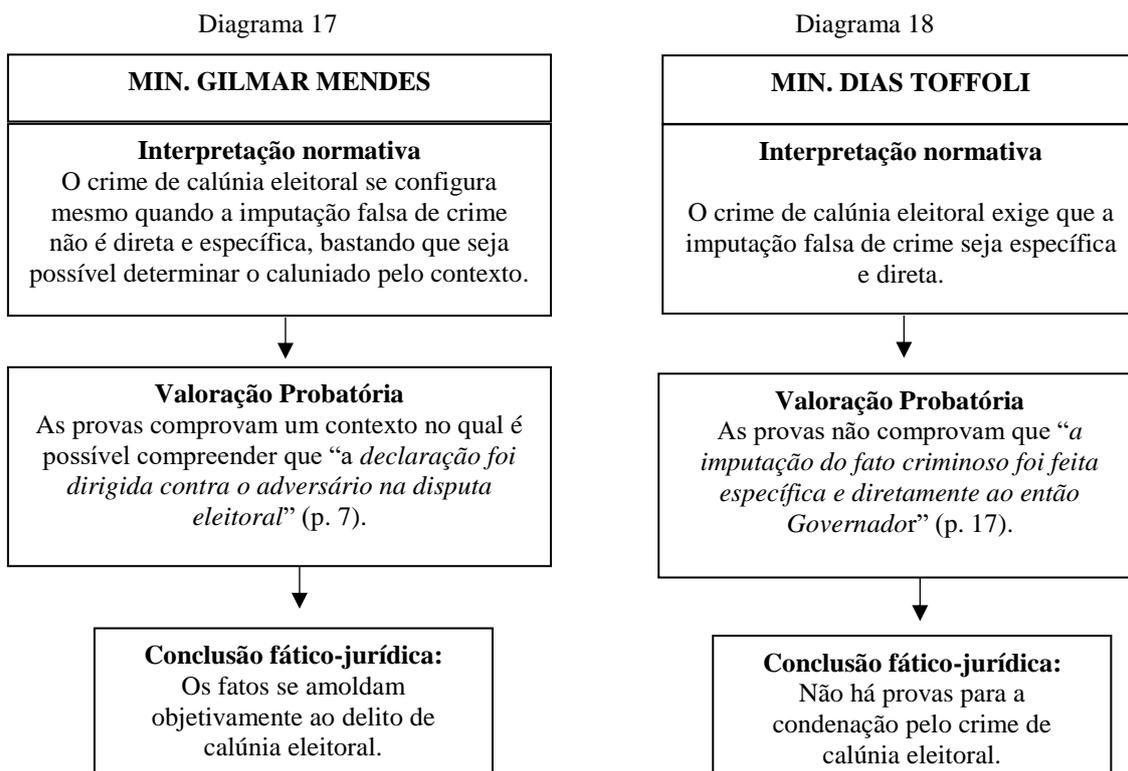
é possível, pelo contexto das declarações, constatar que o agente se referia ao adversário político. Seria admissível, inclusive, como meio hábil para a prática deste crime contra honra, a chamada **ofensa indireta dubiativa**, na qual se lançam suspeitas sobre determinada pessoa, sem que se dirija a ela de maneira clara ou sem que se diga de maneira explícita que esta pessoa está envolvida em determinado fato. Assim, em conclusão a esta parte do voto, o Min. Relator arremata que, embora a defesa “sustente que [o acusado] poderia estar se referindo genericamente à equipe de campanha ou de governo, não é isso que transparece do contexto” (p. 7).

Em sentido oposto, o voto divergente do Min. Dias Toffoli examinou a alegação defensiva e concluiu pela necessidade de absolvição do acusado por ausência de provas. Em sua argumentação, ficou assentado que a configuração do crime de calúnia eleitoral exigiria a demonstração de que o agente quis se referir “específica e diretamente” (p. 17) ao adversário político. Com base nesta interpretação do texto normativo, o Min. Dias Toffoli passou a valorar os elementos probatórios e os considerou insuficientes.

Quanto à publicação jornalística que serviu de base à acusação veiculada na ação penal, o voto divergente entendeu que este elemento probatório deveria ser visto com reservas, pois “o mero fato de o periódico se valer de aspas na matéria jornalística, atribuindo ao entrevistado uma declaração específica, não leva a presumir que essa declaração tenha sido efetivamente prestada na forma como foi publicada” (p. 16). Quanto à transcrição da entrevista que subsidiou a matéria veiculada na imprensa, apontou-se que, de um lado, o referido elemento probatório possui um grave defeito técnico em razão do longo trecho incompreensível que contém e, de outro lado, “o simples fato de o acusado ter-se referido, na parte audível da entrevista gravada, ao ‘Governo’ como o maior suspeito não permite deduzir que a imputação do fato criminoso foi feita específica e diretamente ao então Governador” (p. 17).

Desse modo, ao contrário da decisão do restante do colegiado, o Min. Dias Toffoli compreendeu que as provas presentes nos autos não foram suficientemente capazes de demonstrar que o acusado incorreu no crime de calúnia eleitoral, nos termos da interpretação por ele dada a este tipo penal. Por essa razão, seria o caso de incidência do princípio da presunção de não culpabilidade, implicando a absolvição do acusado.

Os argumentos opostos desenvolvidos no voto vencedor e no voto divergente quanto a este ponto estão organizados nos Diagramas 17 e 18:



A conclusão alcançada pelo Min. Dias Toffoli é suficiente para encerrar a sua argumentação. A partir da constatação de que não há provas para a condenação pelo crime de calúnia eleitoral é possível ativar a regra de decisão que emerge do princípio da presunção de não culpabilidade e absolver o acusado. De outra parte, para o Min. Relator e os demais que o acompanharam, a argumentação deve prosseguir com o exame das demais questões controvertidas cuja resolução é necessária para condenação.

O segundo grande argumento defensivo se direciona para o componente subjetivo do crime de calúnia eleitoral. O delito de calúnia eleitoral exige, além da intenção geral de ofender a honra de alguém ao imputar-lhe fato definido como crime, um elemento subjetivo específico de que esta conduta tenha sido praticada visando fins de propaganda.⁷⁵ Para combater este aspecto da acusação, a defesa asseverou “não ter havido dolo de caluniar, visto que [o acusado] teria fundadas suspeitas para crer que pessoas ligadas ao ofendido teriam contribuído para o furto” (p. 4).

Como já afirmado anteriormente, o dolo é um fato psicológico, pois diz respeito àquilo que o agente desejava ou representava e assentia interiormente no momento da conduta externa.⁷⁶ Também é um fato psicológico a intenção propagandista alegadamente visada pelo

⁷⁵ Art. 324. Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime (Código Eleitoral).

⁷⁶ Como definido no código penal, a conduta dolosa é aquela em que “o agente quis o resultado [dolo direto] ou assumiu o risco de produzi-lo [dolo eventual]” (art. 14 do CP).

agente ao praticar a calúnia. No caso, a conduta externa – imputar crime falsamente – já foi considerada como provada pela maioria, restando agora a análise destes outros elementos de ordem subjetiva que igualmente demandam comprovação.

Nesta parte da argumentação, o Min. Gilmar Mendes inicia estabelecendo premissas normativas acerca da correta interpretação da tipicidade subjetiva do crime de calúnia eleitoral. Em seu voto, ele entende que o dolo de caluniar é satisfeito quando o agente imputa falsamente o crime mesmo estando em dúvida sobre a veracidade da imputação, ou seja, o tipo penal da calúnia abrange a imputação temerária de crime. Assim, se X tem suspeita de que Y cometeu um crime, mas está em dúvida se isto é verdade, caso X impute publicamente o crime a Y estará configurado o *animus caluniandi* do tipo penal. O dolo somente será afastado se o agente que imputa falsamente o crime estiver absolutamente convencido de que sua imputação é verdadeira (certeza subjetiva).

Ao estabelecer esta premissa, o Min. Relator impõe um obstáculo à tese defensiva. Ainda que o fato alegado pela defesa seja verdadeiro – isto é, que o acusado realmente tivesse boas razões para acreditar que pessoas ligadas ao ofendido tivessem contribuído para o furto – , a exclusão do dolo exigiria mais do que boas razões, sendo necessárias provas de que o acusado tivesse certeza subjetiva da autoria do crime.

Além disso, para o Min. Gilmar Mendes, a certeza subjetiva equivocada capaz de excluir o dolo de caluniar não pode decorrer de uma simples má interpretação da realidade pelo agente. É necessário que o equívoco decorra de erro invencível, ou seja, que ele esteja respaldado por circunstâncias do caso concreto que tornem plenamente justificável o fato de o agente ter se enganado ao avaliar a autoria do crime falsamente imputado.

Por fim, já no campo da argumentação probatória, o Min. Gilmar Mendes, citando o penalista Nelson Hungria, aderiu a uma máxima de experiência reconhecida pela doutrina no sentido de que “se as circunstâncias não são de molde a justificar a boa-fé do agente, é de inferir-se que este procedeu sem a certeza subjetiva” (p. 8).⁷⁷

Portanto, a partir do que foi assentado pelo Min. Relator, é possível concluir que a negação do dolo de caluniar exige, concomitantemente: a) que o agente tivesse certeza subjetiva de que suas afirmações eram verdadeiras; b) que esta certeza subjetiva decorra de circunstâncias capazes de justificar o seu erro; e c) que a existência destas circunstâncias capazes de justificar

⁷⁷ Neste caso, a invocação de uma forma de compreensão das provas especificada na doutrina penal clássica (Nelson Hungria) possui um claro apelo à autoridade deste autor. Opta-se por chamar esta opinião qualificada de máxima de experiência reconhecida pela doutrina, pois as opiniões doutrinárias não possuem a mesma força cogente das presunções legais e jurisprudências. Todavia, não se ignora que uma “presunção doutrinária” é recebida com uma autoridade maior do que as máximas de experiência em geral.

a certeza subjetiva do agente sejam provadas, pois há uma máxima de experiência reconhecida doutrinariamente de que, na ausência de prova destas circunstâncias, deve-se concluir que não havia a certeza subjetiva.

No caso, a defesa tentou provar a existência de circunstâncias que justificariam a crença do acusado de que teria sido o grupo político adversário que praticou o furto em seu escritório eleitoral. Para isto, a partir do inquérito policial instaurado para apurar o furto, argumentou-se que as circunstâncias deste delito seriam excepcionais, uma vez que só foram subtraídos do local dois computadores e documentos, sendo que “os documentos furtados seriam destinados à prestação de contas de campanha, e um dos computadores conteria informações relevantes na disputa” (p. 5). Além disso, como destacado no acórdão, na transcrição do áudio da entrevista do acusado com o autor da matéria jornalística aquele asseverou que “apesar de revistarem tudo, entendeu, todas as salas... mas só levaram o computador dentro da sala da contabilidade” e que “televisão não levaram e outros computadores não levaram, só levaram desta sala” (p. 13).

Entretanto, embora os elementos probatórios apresentados pudessem realmente demonstrar que a suspeita do acusado contra o seu adversário político, em razão das circunstâncias peculiares do crime, não era completamente descabida, isto não foi suficiente para satisfazer a exigência de certeza subjetiva e de erro inevitável estabelecidas no voto do Min. Gilmar Mendes como condições fáticas necessárias para afastar o dolo de caluniar. Por conseguinte, o voto vencedor considerou comprovado o elemento subjetivo da calúnia, uma vez que o acusado “não estava em posição para ter fundada crença na responsabilidade penal do ofendido” (p. 9).

Por fim, haveria um último elemento de prova relevante para configurar o crime de calúnia eleitoral, que é a comprovação de que se tratava de uma calúnia em que se visava fins de propaganda eleitoral. O tema não foi expressamente abordado nos votos que julgaram pela condenação. Dessa maneira, é possível apenas cogitar que, pelo contexto de disputa a cargo eletivo e por se tratar de crime contra a honra ocorrido em plena campanha eleitoral, a Corte presumiu implicitamente a intenção propagandista.

Na ação penal nº 929/AL constata-se, mais uma vez, que o conjunto probatório apresentado no acórdão não apresenta de forma completa o quadro de elementos de prova que a Corte possuía à sua disposição. Embora no relatório do caso esteja noticiada a existência de testemunhas de defesa e do interrogatório do acusado (p. 4), nenhum destes elementos foi expressamente abordado pelos julgadores. Nesse sentido, merece destaque a ausência de qualquer menção a versão dos fatos apresentada pelo acusado em seu interrogatório, de modo que não houve uma confrontação expressa de sua autodefesa.

Em outro vértice, evidencia-se neste caso a forma como a adoção de teses jurídicas diversas vai influenciando na argumentação probatória. Ao adotar uma tese mais ampliativa acerca do crime de calúnia, interpretando o referido tipo penal de forma a abranger abstratamente mais condutas, o Min. Gilmar Mendes diminuiu a carga probatória da acusação e aumentou a carga probatória da defesa. Desse modo, bastou para a acusação comprovar a existência de uma imputação falsa de crime temerária e indireta, ao passo que da defesa foi exigida a prova de uma certeza subjetiva e de erro inevitável.

Com uma postura interpretativa oposta, adotando uma concepção minimalista do crime de calúnia, o Min. Dias Toffoli aumentou a carga probatória acusatória a um patamar que, pelo seu voto, não foi atingido. Para ele, a argumentação probatória para a condenação deveria ser capaz de demonstrar, com grau elevado de certeza, que o acusado imputou direta e especificamente o crime ao seu adversário político, não bastando, portanto, a comprovação de uma declaração temerária e indireta.

O voto do Min. Dias Toffoli também exemplifica o modo de funcionamento do princípio da presunção de não culpabilidade. O voto divergente, em nenhum momento, afirma que o acusado é inocente ou culpado, mas apenas reconhece que a prova presente nos autos não foi capaz de demonstrar aqueles fatos que, no entender da divergência, seriam necessários para caracterizar o delito de calúnia. Em verdade, o Min. Dias Toffoli não resolveu a questão fática acerca de se o acusado imputou o crime diretamente ao adversário político ou não. Se ele concluísse que houve uma imputação direta de crime, votaria pela condenação. Se ele concluísse que a imputação foi meramente indireta, votaria pela absolvição por atipicidade da conduta. Porém, ao constatar que as provas não são suficientes para concluir em um ou outro sentido, seu voto declara que não é possível saber a verdade no caso. O processo falhou em sua pretensão epistemológica, que agora cede às pretensões de celeridade e dignidade, encerrando-se de forma inconclusiva quanto aos fatos, porém conclusiva quanto ao resultado jurídico: absolvição.

Esta ação penal igualmente ajuda a compreender que a diferença entre máximas de experiência e as presunções no direito penal, excetuada a presunção de não culpabilidade, pode ser pouco relevante do ponto de vista prático. No caso, a regra de compreensão dos fatos extraída da obra de Nelson Hungria (se as circunstâncias não são de molde a justificar a boa-fé do agente, é de inferir-se que este procedeu sem a certeza subjetiva) não possui a mesma autoridade e o mesmo nível de institucionalização de uma presunção legal ou jurisprudencial, porém a referência a este autor claramente invoca um elemento de autoridade. Na base desta máxima, como em todas as máximas de experiência, há uma pretensão epistemológica, que no

caso deriva da ideia de que estados de certeza subjetiva normalmente decorrem de elementos bastante convincentes e sólidos, de modo que, se não é possível visualizá-los de forma clara, é muito provável que não se trate de um estado de certeza subjetiva. Contudo, trata-se de uma máxima de experiência que foi admitida por um dos mais clássicos penalistas brasileiros, cuja proficiência e a experiência profissional são consideradas na avaliação do grau de fundamentação desta máxima por ele proposta. Desse modo, a influência da máxima de experiência respaldada por Nelson Hungria no raciocínio probatório não é muito distante daquela exercida pelas presunções legais e jurisprudenciais.

Outro aspecto relevante, cuja incidência se observa no acórdão, refere-se a influência das máximas de experiência e das presunções na distribuição do ônus da prova. É certo que se alguém pretende demonstrar que, no dia de ontem, choveu para cima em Brasília, atrairá para si um enorme ônus probatório, pois há uma clara máxima de experiência que nos assegura que a chuva vem do alto para baixo, não o contrário. Da mesma forma, quem pretende desafiar a presunção de veracidade das declarações de um oficial de justiça igualmente não alcançará êxito sem antes de desincumbir de um elevado ônus probatório. Contudo, embora tanto máximas de experiência quanto presunções interfiram na distribuição dos ônus probatórios, estas podem mais facilmente ser conhecidas pelas partes com antecedência, por possuírem algum grau de institucionalização. Aquelas, todavia, muitas vezes só serão conhecidas no momento da decisão judicial, situação que pode surpreender as partes, principalmente a defesa.

Por fim, a discussão sobre a distribuição do ônus da prova direciona à abordagem do problema dos parâmetros probatórios mínimos sob outra perspectiva. Em geral, quando se trata deste tema, discute-se qual o “umbral” a ser ultrapassado para condenação penal. Entretanto, é igualmente necessário perguntar qual o “umbral” a ser transposto para derrotar uma máxima de experiência ou presunção que milita em desfavor da defesa. Quantas provas são necessárias para elidir a presunção de veracidade do testemunho do agente público? Ou quais elementos probatórios são necessários para comprovar que uma pessoa encontrada na posse de 100 kg de cocaína não comercializa drogas? A resposta, mais uma vez, não pode ser encontrada com a definição de critérios precisos e abstratos, e dependerá substancialmente da avaliação criteriosa das hipóteses acusatória e defensiva, à luz dos elementos de prova, no caso concreto.

b) Ação Penal 572⁷⁸

⁷⁸ Inteiro teor disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708263>>. Acesso em: dez. 2018.

Quadro 7 – Ação Penal nº 572/RR (j. 11/11/2014) – Quadro Resumo

Relator:	Min. Gilmar Mendes
Votos Divergentes:	Não há
Imputações:	<p>- <u>Art. 348 do Código Eleitoral – Falsificação de título eleitoral (112 vezes)</u> O acusado, na qualidade de mentor intelectual do crime, teria participado da falsificação de 112 títulos de eleitor, ação destinada a permitir que eleitores fictícios votassem em seu favor nas eleições gerais de 1998.</p> <p>- <u>Art. 333 do Código Penal – Corrupção ativa</u> O acusado teria oferecido a quantia de R\$ 3.000,00 à servidora do cartório eleitoral, além de prometer-lhe outras vantagens, a fim de que ela lhe entregasse os títulos de eleitor não assinados que estavam guardados no referido órgão cartorário.</p>
Teses defensivas principais:	<p>Negativa do fato Negativa de participação do acusado no fato Ausência de elemento objetivo do tipo (vínculo funcional)</p>
Elementos probatórios utilizados:	<p>Interrogatório do réu Prova oral Auto de Apresentação e Apreensão de documento (títulos de eleitor e comprovantes de votação). Laudo de exame documentoscópico</p>

Os fatos apurados nesta ação penal se referem a um alegado esquema de falsificação de títulos eleitorais cujo objetivo seria permitir que familiares e aliados políticos do acusado pudessem se passar por outros eleitores e, com o uso dos documentos falsificados, computarem votos para sua candidatura. Para operacionalizar esta fraude, o acusado teria, em primeiro lugar, corrompido uma servidora da justiça eleitoral e obtido títulos eleitorais que foram legalmente emitidos, porém não entregues aos seus titulares. Em seguida, estes documentos teriam sido repassados pelo réu aos seus comparsas, entre eles seu irmão e outros familiares, os quais assinaram falsamente os títulos de eleitor e efetivamente votaram várias vezes com a utilização destes documentos falsos.

Como se vê, a participação do réu no crime de falsificação de títulos eleitorais teria consistido em obter os documentos em branco e ordenar aos seus comparsas que os assinassem falsamente. Desse modo, a prova da corrupção ativa perpetrada pelo réu para ter acesso aos títulos de eleitor seria, também, o fato probatório posteriormente determinante para fins de comprovar sua participação na falsificação. Em consequência, a principal tese defensiva consiste na negação de que o acusado tenha oferecido vantagem à servidora da justiça eleitoral com a finalidade de obter os títulos em branco.

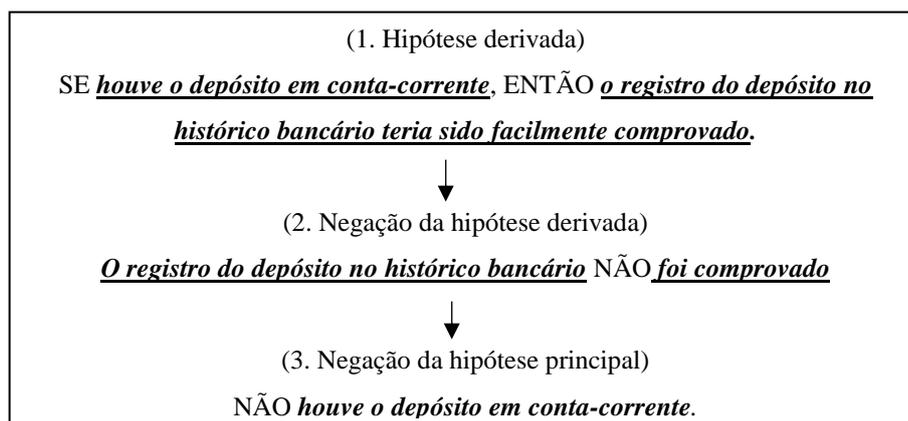
O maior obstáculo à admissão da narrativa da defesa é o relato judicial da própria servidora da justiça eleitoral, que admitiu “ter entregue os títulos ao réu, em troca do pagamento

de R\$ 3.000,00, depositados em sua conta-corrente” (p. 15). Todavia, foi construído um argumento defensivo que contestava a veracidade deste elemento probatório a partir da ausência de confirmação de uma hipótese derivada.

Segundo argumentou a defesa, caso fosse verdadeira a alegação de que o réu pagou à servidora da justiça eleitoral o valor de R\$ 3.000,00 mediante depósito em sua conta-corrente, a referida transação estaria registrada no histórico bancário, o qual poderia ter sido facilmente trazido aos autos por ela ou pela acusação. Contudo, não há nenhum documento bancário que comprove a existência desta transação, de forma que a falta de corroboração da hipótese derivada afastaria a certeza sobre o fato principal.

A estrutura desta argumentação representa bem o raciocínio por hipóteses derivadas e está sintetizada no Diagrama 19:

Diagrama 19



O argumento construído é relevante não tanto pela relação que estabelece entre os fatos, pois não há uma implicação necessária entre não haver sido apresentado o registro do depósito em conta-corrente e a própria inexistência deste depósito. Contudo, em razão do elevado grau de certeza aproximativa que se exige da hipótese principal acusatória para uma condenação penal, o surgimento de uma dúvida com algum grau de razoabilidade já é suficiente para comprometer a pretensão condenatória.

Quanto a este argumento, apesar de constatar que houve uma “falha grave da investigação criminal” (p. 17), o Min. Relator considerou que os demais elementos dos autos seriam suficientes para comprovar satisfatoriamente a prática da corrupção.

Além do relato prestado pela servidora da justiça eleitoral em juízo, o Min. Relator valorou também o depoimento do irmão do acusado perante a autoridade policial, no qual este confirmou “ter recebido os títulos do réu na véspera da eleição” e que “cerca de dez pessoas

fariam a tarefa de votar em lugar dos eleitores” (p. 16). Contudo, não há menção acerca da repetição da oitiva deste informante em juízo nem referência aos relatos dos outros familiares do acusado envolvidos nos fatos.

Ainda no campo das provas produzidas na fase extrajudicial, o Min. Relator constatou que, em sua primeira oitiva perante a autoridade policial, a servidora da justiça eleitoral acrescentou que, além do valor pecuniário já citado, o réu teria realizado “promessa de emprego para seu filho” (p. 15). Esta menção possui claramente o objetivo de diminuir o peso da omissão da prova bancária apontada pela defesa, indicando que o depósito bancário não foi o único meio empregado na corrupção e que esta subsistiria ainda que o pagamento do valor apontado não houvesse ocorrido.

O último relato oral abordado no voto do Min. Relator foi a narrativa de um cidadão da zona eleitoral onde ocorreram os crimes, não se esclarecendo se este fato probatório ocorreu na fase judicial ou extrajudicial. Este depoente afirmou que fez uma solicitação de título eleitoral, porém, ao comparecer para retirá-lo no órgão da justiça eleitoral em 28/09/1998, o referido documento não foi localizado. Em arremate, o Min. Relator salienta que o documento eleitoral deste cidadão foi um dos encontrados na posse do irmão do acusado, constatando-se que o título foi emitido em 04/04/1998.

Assim, o Min. Relator concluiu que, a despeito do argumento defensivo e da ausência de um elemento probatório relevante para a comprovação da hipótese acusatória, os fatos apontados pela acusação estavam provados pelo relatos orais aqui citados, pelos documentos que registraram a apreensão de títulos eleitorais e comprovantes de votação na posse do irmão do acusado e pelo laudo de exame documentoscópico que concluiu que as assinaturas apostas nos títulos eleitorais eram falsas e foram grafadas pelo irmão do acusado e por outras pessoas ligadas a ele.

Uma vez considerados provados estes fatos, a única questão relevante para a tipificação penal ainda pendente dizia respeito à existência de vínculo entre o objeto da corrupção e a função exercida pela servidora da justiça eleitoral. Segundo tentou argumentar a defesa, não haveria prova de que o ato praticado – guarda de títulos eleitorais – estaria relacionado às atribuições da servidora corrompida, inclusive porque a denúncia sequer discriminou qual seria efetivamente o seu cargo na estrutura do órgão.

Esta última alegação foi rechaçada no voto do Min. Relator sob o argumento de que não havia controvérsia nos autos quanto ao fato de que a referida servidora trabalhava no cartório eleitoral onde ocorreram os fatos e que ela teve acesso aos títulos eleitorais desviados em razão da função pública que exercia, de forma que é possível extrair deste contexto que “os títulos

estavam sob guarda da servidora e foram entregues com infração de dever funcional, satisfazendo o tipo do art. 333 do Código Penal” (p. 18).

Neste caso, a estrutura adotada no voto do Min. Relator, único no qual há efetiva análise do mérito, não colabora para a compreensão da fundamentação dos fatos.

É claramente perceptível que nem todas os elementos probatórios produzidos foram abordados na decisão, pois há a menção no relatório de que houve a oitiva judicial de testemunhas da defesa e da acusação (p. 8), porém o único relato oral judicializado efetivamente considerado no voto foi o da servidora da justiça eleitoral. Sendo assim, compreende-se que houve simplesmente a exposição de alguns fatos probatórios, escolhidos por algum critério desconhecido, com o descarte implícito dos demais.

Além disso, mesmo quanto aos elementos probatórios que foram expressamente valorados, utilizou-se o método de citar o conteúdo do fato probatório e, imediatamente, concluir pela veracidade deste conteúdo, como no excerto a seguir:

Por sua vez, **o irmão do réu, F. C. S., em depoimento policial (fls. 5-7), confirmou ter recebido os títulos do réu na véspera da eleição.** Relatou que trabalhava como carpinteiro para Dé Móveis e, no dia da eleição, pessoas ligadas à campanha passaram a vir ao estabelecimento retirar títulos. Cerca de dez pessoas fariam a tarefa de votar em lugar dos eleitores.
Ou seja, está provado que o réu recebeu os títulos de eleitor, sendo que estes foram falsificados por pessoas a ele ligadas e, posteriormente, encontrados em poder de outras pessoas também a ele ligadas (p. 15-16, sem grifos no original).

Este mesmo método foi empregado na análise da prova técnica. Após transcrever integralmente a parte conclusiva do laudo de exame documentoscópico, o Min. Relator imediatamente concluiu que “está demonstrado que as assinaturas dos eleitores foram apostas por F.C.S., irmão do réu, D.S.P, mulher do denunciado, M.M.B.S., filho do réu, e outras pessoas não identificadas, diversas dos eleitores alistados” (p. 14).

De outra parte, a ordem adotada no acórdão para reconstrução dos fatos é ilógica. Optou-se por realizar, no início do voto, a análise do crime de falsificação e, posteriormente, a discussão quanto ao crime de corrupção no qual foram obtidos os documentos para a realização daquela falsificação. Esta opção contrária à ordem cronológica dos fatos ocasionou certa confusão na organização dos relatos e a repetição de afirmações idênticas diversas vezes. A narrativa da funcionária eleitoral alegadamente corrompida, por exemplo, foi repetida quase textualmente três vezes ao longo do voto:

A servidora do Cartório da 1ª Zona Eleitoral M. C. B. O., inquirida em Juízo (fls. 855-75), confirmou ter entregue os títulos ao réu, em troca do pagamento de R\$ 3.000,00, depositados em sua conta-corrente. Na investigação, mencionou também a promessa

de emprego para seu filho A.O.D. (fl. 259). Os títulos não estariam assinados pelo eleitor, apenas preenchidos, prontos para entrega. A servidora afirmou não ter tido contato com o irmão do réu na época (p. 15).

A servidora do Cartório da 1ª Zona Eleitoral M.C.B.O., inquirida em Juízo (fls. 855-75), confirmou ter entregue os títulos, em troca do pagamento de R\$ 3.000,00, depositados em sua conta-corrente. Na investigação, mencionou, também, a promessa de emprego para seu filho, A.O.D. (fl. 259). Os títulos não estariam assinados pelo eleitor, apenas preenchidos, prontos para entrega (p. 17).

A servidora do Cartório da 1ª Zona Eleitoral M.C.B.O, inquirida em Juízo (fls. 855-75), confirmou que foi o réu quem lhe ofereceu a vantagem de R\$ 3.000,00. Na investigação, mencionou, também, a promessa de emprego para seu filho, A.O.D. (fl. 259). Confirmou que entregou os documentos ao réu (p. 18).

Aliás, a repetição do conteúdo desta prova oral no voto é indicativa do elevado peso probatório que foi a ela conferido. De outra parte, com tratamento diametralmente oposto, o Min. Relator fez apenas menção ao interrogatório do acusado, noticiando que “interrogado, o réu negou ter contribuído para os fatos” (p. 15). Todavia, a versão dos fatos apresentada pelo acusado não foi efetivamente apresentada nem contrastada expressamente com os elementos probatórios da acusação.

Outro ponto que merece destaque é a utilização contundente de provas orais colhidas na fase extrajudicial. Com efeito, não há razão para presumir que estes elementos fossem inválidos ou inservíveis para a argumentação em matéria de fatos. Constituiria um atentado imotivado à pretensão epistemológica do processo que eles fossem ignorados.⁷⁹ Entretanto, o fato probatório produzido em ambiente policial pode ser considerado menos fiável do que aquele produzido em juízo, pois as garantias presentes na fase judicial efetivamente colaboram para que as provas produzidas neste espaço tenham maior qualidade epistêmica. Em todo caso, o voto não esclareceu qual o peso que estava sendo atribuído a cada fato probatório, o que prejudica a análise deste ponto. Além disso, não foi esclarecido se houve ao menos a tentativa de judicialização das provas orais do inquérito, seja para explicar o porquê de não ter havido a oitiva judicial, seja para justificar o porquê de se utilizar o relato do inquérito caso a oitiva judicial tenha ocorrido.

Em relação às máximas de experiência utilizadas para sustentar as inferências probatórias, não há igualmente nenhuma explanação expressa. Contudo, parece que duas máximas foram decisivas para a condenação: a primeira, utilizada para sustentar a veracidade da narrativa da servidora da justiça eleitoral, a qual reputou-se verdadeira porque ela não teria

⁷⁹ Qualquer limitação à utilização de elementos de prova na reconstrução dos fatos constitui um obstáculo à pretensão epistemológica do processo, motivo pela qual estas limitações devem estar apoiadas em fortes fundamentos jurídicos. No caso dos fatos probatórios ocorridos no inquérito, não parece haver suficiente motivação jurídica para excluí-los, embora lhes possa ser atribuído um valor epistêmico menor. Em sentido contrário, pela exclusão dos elementos probatórios produzidos no inquérito, ver: Lopes Júnior (2006).

motivos para mentir, especialmente porque seu relato também a incrimina quanto ao crime de corrupção passiva; a segunda, empregada para sustentar que a apreensão dos títulos eleitorais na posse de pessoas ligadas ao réu, inclusive seus familiares, seria suficiente para sustentar o envolvimento dele nos crimes, pois ele era o candidato ao cargo eletivo e o maior beneficiado com a fraude.

Ambas as máximas de experiência possuem um grau de fundamentação não muito elevado, pois derivam de simples constatações de senso comum. Todavia, as hipóteses contrárias às inferidas através destas máximas de experiência, ou seja, que a servidora estivesse mentindo ou que o irmão e demais familiares do réu estivessem cometendo o crime sem o conhecimento dele, aparentam ser bastante improváveis conforme a experiência ordinária. Diante de um quadro como esse é que surge a questão de se foi alcançado o parâmetro probatório mínimo para a condenação penal. Seria possível resolver este problema através de um *standard* de prova preciso?

Se recuperamos o *standard* de prova sugerido por Ferrer Beltrán (2007, p. 147) apresentado no Capítulo 2 deste estudo e aplicarmos à situação em análise, a pergunta sobre o cumprimento do parâmetro probatório mínimo para a condenação penal teria que ser decomposta em uma série de outras questões, como:

a) Os dados probatórios disponíveis foram explicados de forma coerente? A ausência do comprovante de depósito bancário interfere na coerência da hipótese acusatória ou é um elemento colateral?

b) A hipótese de que a funcionária esteja mentindo foi refutada? Trata-se de uma hipótese que deve ser examinada ou é meramente uma hipótese *ad hoc*?

c) Seria possível formular uma hipótese explicativa coerente com os dados disponíveis na qual o irmão do acusado e seus familiares estivessem organizando a empreitada criminosa sem o conhecimento dele?

As perguntas formuladas a partir do *standard* probatório citado, que nada mais são do que decorrências dos critérios de avaliação incorporados na própria formulação do *standard*, podem até orientar a discussão sobre se há prova suficiente para a condenação ou não, porém não são capazes de oferecer uma resposta direta e precisa. Nenhum *standard* de prova é capaz de substituir a valoração argumentativa das provas, única capaz de dar sentido à delimitação entre o coerente e o incoerente, o refutado e o não refutado, o explicado e o não explicado.

No caso desta ação penal, o problema não parece estar na discussão de onde está o “umbral” do parâmetro probatório mínimo para a condenação. O principal problema, em verdade, decorre do fato de que não transpareceu adequadamente na fundamentação da decisão

proferida a completa e expressa valoração argumentativa dos fatos probatórios, que é indispensável para se responder às questões formuladas a partir do *standard* probatório mencionado ou de qualquer outro que possa ser adotado.

c) Ação Penal 556⁸⁰

Quadro 8 – Ação Penal nº 556/SC (j. 11/11/2014) – Quadro Resumo

Relator:	Min. Gilmar Mendes
Votos Divergentes:	Não há
Imputações:	<p>- <u>Art. 1º, I, do Decreto Lei nº 201/1967 (desviar rendas públicas)</u> <i>O acusado, à época prefeito em exercício, teria desviado, em proveito próprio e de terceiros, o valor de R\$ 100.000,00, originalmente destinados à realização do Congresso Brasileiro de Vereadores.</i></p> <p>- <u>Art. 1º da Lei nº 9.613/1998 (Lavagem de dinheiro)</u> <i>O acusado teria tentado dissimular e ocultar a origem ilícita dos valores desviados valendo-se da emissão e endosso de cheques, em valores menores, emitidos por pessoa jurídica controlada por um dos corréus.</i></p>
Teses defensivas principais:	Negativa de participação Ausência de vínculo subjetivo com os corréus
Elementos probatórios utilizados:	Documentos bancários Prova emprestada Interrogatório do réu Prova testemunhal

No caso, apurou-se a existência de um conluio criminoso para desvio de dinheiro público municipal operacionalizado pelo acusado (prefeito em exercício), pelos controladores da empresa T.A.V.T. e por outros corréus.⁸¹

Segundo a hipótese acusatória, o município do qual o acusado era prefeito em exercício celebrou convênio com uma entidade sem fins lucrativos local, cujo objeto era a realização do Congresso Brasileiro de Vereadores na cidade. Em razão do referido convênio, foi disponibilizada à entidade o montante de R\$ 100.000,00. A princípio, esta entidade subcontrataria a União dos Vereadores do Brasil (UVB) para a execução do objeto do convênio. Contudo, por uma falha na comunicação entre a UVB e a entidade local, não houve o repasse

⁸⁰ Inteiro teor disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866868>>. Acesso em: dez. 2018

⁸¹ A ação penal foi posteriormente desmembrada em relação aos réus que não possuíam foro por prerrogativa de função, razão pela qual se julgam apenas as imputações ao acusado que atualmente exerce o cargo de deputado federal (à época dos fatos prefeito municipal em exercício).

do dinheiro à UVB, optando a entidade local por devolver o valor de R\$ 100.000,00 à conta bancária do município.

Após a devolução do referido valor, o município emitiu, por ordem do acusado e alegadamente para o cumprimento do convênio, um cheque administrativo diretamente em favor da União dos Vereadores do Brasil (UVB), no valor de R\$ 100.000,00, o qual foi sacado pela pessoa de J.L., suposto representante da UVB. Na sequência, J.L. endossou o cheque e o depositou na conta bancária da empresa T.A.V.T.

A partir de então, os valores foram completamente desviados de sua destinação original – a realização do evento. A empresa T.A.V.T. pulverizou a quantia recebida emitindo cheques, com valores menores, em favor de diversas pessoas físicas, sendo vários deles em benefício do próprio J.L. Por fim, J.L. providenciou para que o prefeito em exercício recebesse o seu pagamento pela participação no esquema, o que foi feito com a emissão de um cheque no valor R\$ 35.000,00 em favor do acusado, o qual foi expedido pelo talonário de cheques pertencente ao marido de pessoa próxima à J.L.

O Min. Relator iniciou a análise dos fatos pelo exame da efetiva ocorrência do desvio, ou seja, de que o valor de R\$ 100.000,00 foi efetivamente liberado pela municipalidade, porém não empregado no Congresso Brasileiro de Vereadores. Nesse ponto, diversos elementos probatórios documentais foram considerados.

O voto esclarece que há cópia do convênio no qual a prefeitura destina o valor de R\$ 100.000,00 para a realização do Congresso Brasileiro de Vereadores e que as informações prestadas pelo Banco do Estado de Santa Catarina confirmam que as transações financeiras na conta do município ocorreram conforme narrado pela acusação, culminando com a chegada da supracitada quantia à conta da empresa T.A.V.T. Também foram mencionados os registros de depósitos da conta municipal, a comunicação mantida entre a UVB e a entidade sem fins lucrativos local e o cheque administrativo nominal emitido em favor da UVB, todos documentados nos autos.

Outro elemento probatório destacado foi o resultado da quebra do sigilo bancário da empresa T.A.T.V., da qual resultou a informação de que esta empresa efetivamente emitiu diversos cheques em favor de J.L., com valores que variavam de R\$ 7.000,00 a R\$ 20.000,00, aparentemente sem qualquer relação com o Congresso de Vereadores.

O Min. Relator também ressaltou que a disputa que subjaz a esta ação penal deu origem a diversas outras ações na esfera cível, cujos elementos de prova foram trazidos aos autos. Em uma ação de reparação de danos decorrente dos serviços prestados no Congresso Brasileiro de Vereadores, a UVB confirmou que o evento foi realizado com sucesso, porém informou que

não há registro de nenhum convênio com o município ou qualquer entidade para o repasse de verbas públicas. O presidente da UVB salientou, ainda, desconhecer que haja sido disponibilizado o valor de R\$ 100.000,00 para a realização do evento e que os documentos que o município possui, supostamente emitidos pela UVB, são provavelmente falsos, pois “as assinaturas do superintendente não conferem e que nós não expedimos tais correspondências” (p. 28).

Dentre as ações cíveis, destacou-se igualmente a ação de cobrança movida pela UVB contra a empresa T.A.V.T., na qual aquela reclama desta o valor de R\$ 100.000,00 decorrente do cheque administrativo emitido pelo município. Na contestação desta ação, a T.A.V.T. confessa que recebeu o cheque e que “efetivado o depósito e compensado o cheque, a primeira requerida pagou o saldo remanescente ao Sr. J.L., repassando-lhe 8 (oito) cheques que totalizaram R\$ 90.000,00 (noventa mil reais)” (p. 57).

Um dos beneficiados pelos cheques emitidos pela T.A.V.T. testemunhou que efetivamente recebeu o valor discriminado na cártula, mas que o recebimento do referido valor não teria nenhuma vinculação com o evento em comento. Em juízo, ouviu-se um representante da organização do Congresso de Vereadores, o qual assegurou que “o dinheiro do convênio não chegou a ser aplicado no evento” (p. 31).

Assim, o Min. Relator conclui que o valor de R\$ 100.000,00 foi realmente liberado pela prefeitura, mas não foi utilizado no Congresso Brasileiro de Vereadores, que era sua finalidade inicial. Constatando-se o desvio das verbas públicas, o passo seguinte da argumentação consistiu em estabelecer se o acusado participou dolosamente desse esquema de desvio. Neste aspecto, após salientar a existência de cheque no valor de R\$ 35.000,00, emitido por pessoa próxima a J.L., tendo como beneficiário o acusado, a argumentação do voto segue para o exame da versão dos fatos apresentada pelo réu.

Em seu interrogatório, ele negou participação nos fatos e afirmou que desconhecia o esquema operacionalizado por J.L., de modo que a sua participação na liberação do dinheiro decorreu de simples atividade burocrática. Ainda segundo o seu relato, ele e J. L. se conheceram na época do Congresso de Vereadores e, tendo em vista que J.L. se mostrava interessado em realizar outro evento no município, ele teria levado J.L. à Cooperativa COOPERCRED e ajudado na pactuação de um empréstimo entre J.L. e esta instituição, embora não tenha se envolvido diretamente na negociação. Ocorre que J.L. não honrou a dívida e, por essa razão, o gerente da COOPERCRED cobrou o cheque que J.L. deixou em garantia diretamente do saldo de sua conta bancária, sem a sua autorização. Portanto, o cheque de R\$ 35.000,00 no qual ele consta como beneficiário não seria um pagamento pela prática de ilícito, mas um ressarcimento

pela cobrança que a COOPERCRED lhe teria feito indevidamente em razão da inadimplência de J.L.

Durante o interrogatório, o Juiz instrutor que presidia o ato percebeu certa incoerência entre a narrativa do acusado e a reação comum de uma pessoa que tem um alto valor descontado de sua conta bancária indevidamente, razão pela qual indagou sobre as providências tomadas pelo réu quando percebeu que R\$ 35.000,00 lhe haviam sido cobrados devido a empréstimo não pago de J.L., ao que o acusado respondeu:

[...] que **perguntado se não era um comportamento estranho ser subtraído em R\$ 35.000,00 pelo próprio gerente da instituição bancária e não ir as últimas consequências jurídicas para reavê-los**, respondeu que fez o que pôde até porque tinha esperança de reaver o cheque cobrando do próprio J.L. (p. 61, sem grifos no original).

Em seu voto, o Min. Relator confrontou diretamente a narrativa apresentada no interrogatório. A esse respeito, asseverou-se que, de acordo com as informações prestadas pela COOPERCRED, não há o registro de nenhum débito na conta-corrente do acusado no valor de R\$ 35.000,00 que pudesse corresponder ao pagamento do empréstimo supostamente contraído e não adimplido por J.L. Portanto, a hipótese sustentada pelo réu em sua autodefesa careceria de sustentação probatória.

Passou-se, então, ao exame da hipótese fática sustentada na defesa técnica do acusado, a qual diverge parcialmente daquela constante em sua autodefesa.

Segundo a defesa técnica, em verdade, para ajudar J.L. na organização de um evento futuro no município, o acusado solicitou, em nome próprio, um empréstimo R\$ 30.000,00 à COOPERCRED. Para a concretização deste empréstimo, o banco exigiu que fosse entregue um cheque no valor de R\$ 35.000,00, a fim de garantir a operação, o que foi providenciado por J.L. Como J.L. não honrou com a obrigação, na data do vencimento da dívida, um funcionário do banco preencheu o nome do acusado como beneficiário do cheque, a fim de depositá-lo em sua conta e cobrir o empréstimo.

Aqui, mais uma vez, o Min. Relator confrontou diretamente a narrativa defensiva e argumentou em sentido contrário. Em primeiro lugar, ele ressaltou que, de acordo com as informações prestadas pelo banco, há somente um empréstimo registrado na conta-corrente do acusado, no qual foi liberado um valor de R\$ 33.897,50. Deste montante, R\$ 15.397,50 foram imediatamente utilizados para amortecer um empréstimo pessoal anterior, de modo que somente R\$ 18.500,00 foram efetivamente disponibilizados ao acusado. Este valor, contudo, é

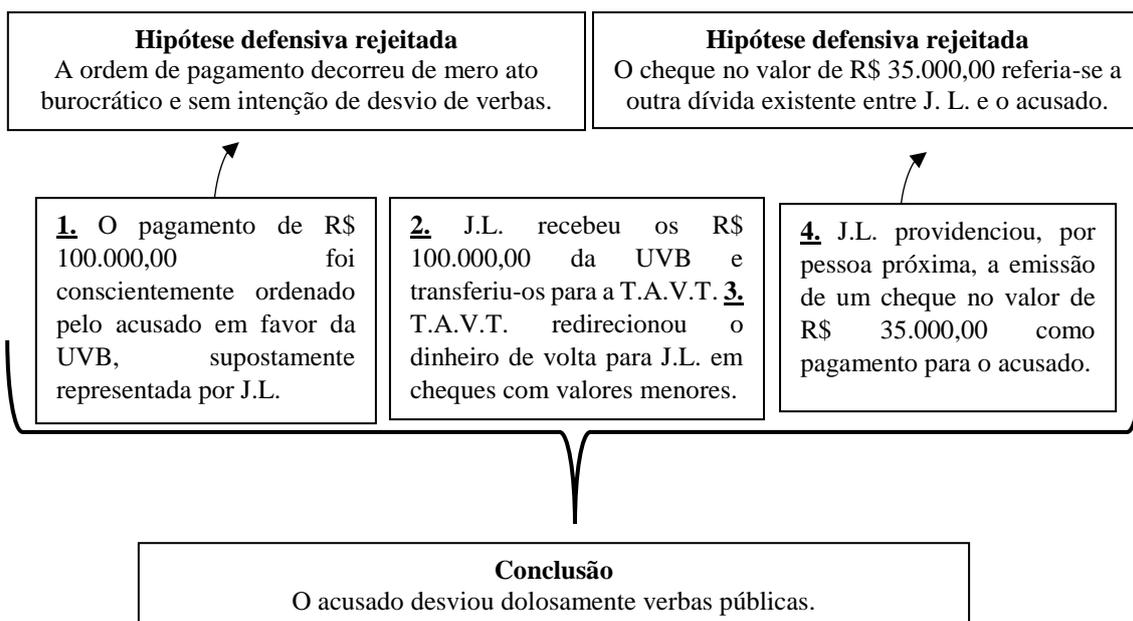
muito inferior ao que supostamente teria sido entregue pelo acusado a J.L. com o fim de ajudá-lo na organização de um evento no município.

Além disso, ainda que se considerasse que o valor de R\$ 18.500,00 tivesse sido efetivamente repassado pelo acusado a J.L., o valor do cheque dado em garantia (R\$ 35.000,00) seria muito superior à quantia emprestada, não sendo possível acreditar que J.L. “estaria oferecendo quase o dobro do capital inicial, em pouco menos de trinta dias, como remuneração” (p. 36).

De outra parte, o Min. Relator destacou que a própria dinâmica dos fatos é de difícil credibilidade, pois não parece plausível que, “por amor à causa pública, o então Vice-Prefeito emprestou recurso próprio para viabilizar a realização de evento” (p. 36). Sublinhou-se também que “normalmente, ao emprestar valor considerável, para causa na qual não se tem interesse pessoal, as pessoas solicitam prova escrita da dívida” (p. 37), porém no caso não há qualquer recibo ou documento comprobatório do negócio.

Assim, uma vez repelidas as hipóteses defensivas, o voto assentou as premissas de que: a) o pagamento, por meio de cheque administrativo, do valor de R\$ 100.000,00 à UVB foi autorizado consciente e dolosamente pelo acusado, na qualidade de prefeito em exercício; b) os valores destinados à UVB foram transferidos por J.L. à empresa T.A.V.T.; c) a empresa T.A.V.T. não empregou os recursos na organização do Congresso Brasileiro de Vereadores, mas os pulverizou e devolveu a maior parte do dinheiro à J.L., por meio de cheques; d) por fim, uma pessoa ligada a J.L. providenciou a emissão de um cheque no valor de R\$ 35.000,00 em benefício do acusado, título de crédito que foi recebido e que o réu tentou descontar, porém não conseguiu explicar satisfatoriamente a origem de tal crédito. Diante deste quadro, o Min. Relator considerou, em relação ao desvio de verbas públicas, que “há o suficiente para demonstrar que o réu cometeu o crime” (p. 45). As hipóteses fáticas admitidas pela Corte e as hipóteses defensivas rejeitadas estão sintetizadas no Diagrama 20:

Diagrama 20



No tocante à lavagem de dinheiro, não houve uma argumentação mais contundente no voto, pois o réu foi absolvido quanto a este delito por ausência de provas. Neste aspecto, foi observado que não havia provas da participação do acusado na gestão da empresa T.A.V.T., a qual efetivamente realizou as operações de branqueamento dos valores ilícitos. Ademais, ao final, o réu nem mesmo recebeu a cota dos recursos que lhe eram correspondentes pelo crime, pois, ao tentar descontar o cheque de R\$ 35.000,00 emitido em seu favor, este foi devolvido duas vezes por ausência de fundos. Desse modo, conclui-se não ser possível saber se o acusado participou da lavagem de dinheiro.

Como se vê, os fatos apurados nesta ação penal são de razoável complexidade, pois exigem a compreensão de uma série de fatos encadeados que integraram a ação criminosa e de uma estrutura articulada para dissimular o ilícito. Esta complexidade fático-probatória está presente tanto no aspecto objetivo, na comprovação da conduta imputada, quanto no aspecto subjetivo, na prova da participação consciente do agente.

Em relação ao aspecto objetivo, a reconstrução dos fatos foi socorrida pela existência de um acervo razoável de fatos probatórios diversos e provenientes de fontes bastante fiáveis. A movimentação do dinheiro desviado foi documentada tanto pelas instituições bancárias envolvidas quanto pelos órgãos municipais. A tarefa mais relevante, portanto, consistiu em estabelecer uma cronologia fática e integrar todos estes elementos probatórios disponíveis em uma hipótese fática completa. Neste aspecto, o critério da coerência desempenhou papel de destaque na fundamentação da decisão, tanto para ordenar os diversos acontecimentos

apurados, quanto para rechaçar as hipóteses defensivas que destoavam do raciocínio que estava sendo construído.

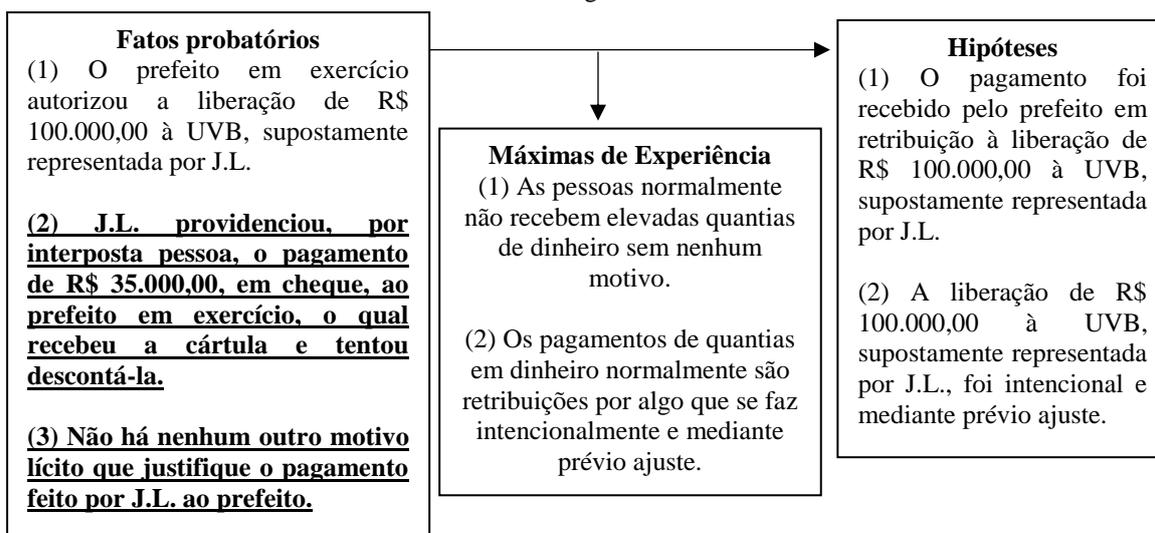
Quanto ao aspecto subjetivo, observou-se, além da dificuldade inerente à comprovação dos fatos psicológicos em geral, o desafio de demonstrar que o chefe do executivo municipal estava conscientemente envolvido nos fatos, não sendo a liberação do valor desviado um simples ato praticado “em meio à papelada diária, sem tomar maior conhecimento do conteúdo” (p. 45). Como os fatos psicológicos somente podem ser compreendidos pela interpretação dos atos externos que deles derivam, um exame atento dos atos praticados diretamente pelo prefeito em exercício foi indispensável para a comprovação do dolo de desvio de verbas em sua conduta.

O fato externo que implicou, de forma mais incisiva, a participação subjetiva do acusado no desvio foi o recebimento do cheque no valor de R\$ 35.000,00 de pessoa ligada a J.L., sem justificativa plausível quanto ao negócio jurídico que teria originado este pagamento. Por essa razão, ocupou-se o voto do Min. Relator, em grande medida, em refutar outras motivações que o próprio acusado ou sua defesa tentaram atribuir ao recebimento da quantia, para que remanescesse como única alternativa razoável a inferência de que se tratou de pagamento pela participação no esquema criminoso.

É interessante observar que o crime de desvio de verbas por prefeitos (art. 1^a, inciso I, do Decreto Lei nº 201/1967) não exige necessariamente que o prefeito obtenha proveito pessoal no ilícito. Desse modo, saber se os R\$ 35.000,00 foram revertidos em favor do prefeito ou não seria dispensável para a configuração do tipo penal. Contudo, na argumentação fático-probatória desenvolvida neste caso, o citado pagamento, embora não elementar do tipo penal, tornou-se imprescindível para que a hipótese de participação do prefeito no crime alcançasse o grau de coerência necessário para a condenação e refutasse a hipótese contrária de que a liberação do valor desviado poderia se tratar de um ato corriqueiro praticado no exercício da prefeitura sem nenhum interesse ilícito.

Com efeito, este pagamento de R\$ 35.000,00 sem motivo aparente, afastadas todas as tentativas defensivas de vinculá-lo a uma dívida preexistente ou outra origem lícita, tornou-se uma das premissas fundamentais que permitiu à Corte inferir que o acusado estava dolosamente envolvido no esquema ilícito. Isto pode ser observado no Diagrama 21, que reconstrói, em termos gerais, o argumento construído no voto do Min. Relator quanto ao aspecto subjetivo do delito de desvio de verbas públicas:

Diagrama 21



O raciocínio confeccionado na fundamentação da condenação em análise, seja pelo aspecto objetivo seja pelo aspecto subjetivo, somente foi possível diante de uma averiguação mais ampla da prática criminosa e do exame integral do numeroso conjunto de fatos probatórios disponíveis. De fato, a efetiva utilização dos diversos fatos probatórios na construção da argumentação, a preocupação em refutar diretamente as hipóteses defensivas e a ênfase dada à manutenção da coerência da hipótese acolhida como provada colaboraram para a solidez do argumento fático apresentado.

Outro ponto que merece realce é a explicitação das máximas de experiência utilizadas na refutação das hipóteses defensivas. Ao rechaçar as alegações da defesa, o Min. Relator, além de reputar que elas contrariavam fatos probatórios presentes nos autos, expressamente consignou a ausência de verossimilhança nas alegações ante a aplicação de duas máximas de experiência: a) que normalmente as pessoas não contraem empréstimos para financiar projetos de terceiros simplesmente por amor à causa pública; b) que normalmente, ao emprestar valor considerável para causa na qual não se tem interesse pessoal, as pessoas solicitam prova escrita da dívida.

A explicitação das máximas de experiência que a Corte reputou aplicáveis está mais de acordo com a ideia de fundamentação como explicitação das razões de convencimento do julgador e não como mero anúncio dos resultados de sua análise. Esta atitude torna mais transparente o raciocínio fático-probatório e permite articular melhor eventuais críticas às próprias máximas de experiência empregadas.

Um último aspecto que se deve realçar é a presença explícita no caso de um juiz-instrutor, citado no relatório do acórdão (p. 14). A prática comum nas ações penais originárias que tramitam perante o STF é que a prova oral seja produzida na presença de um juiz designado

pelo Min. Relator.⁸² Apesar de opiniões em contrário, sobretudo em razão da alegada existência de um princípio da imediação⁸³, não parece que, do ponto de vista epistemológico, o fato de o juiz participar diretamente da produção dos fatos probatórios o coloque em melhores condições para valorá-los ou para argumentar sobre eles no momento da sentença, pois se tratam de duas operações distintas.

Particularmente no caso em apreço, o fato de a prova judicial haver sido produzida por um juiz-instrutor não parece ter tido nenhum impacto relevante na argumentação fático-probatória desenvolvida no voto. Este assunto será retomado adiante de forma mais detida. Por ora, é possível apenas indicar que a questão da produção probatória deve ser examinada não sob o prisma da imediação, mas dos mecanismos adotados para garantir a qualidade epistêmica do elemento probatório que está sendo produzido.

Em conclusão, o que se observa é que, apesar da razoável complexidade do caso, depreende-se da análise do acórdão desta ação penal que há uma fundamentação em matéria de fatos detalhada e que preenche, em patamar satisfatório, vários dos critérios de avaliação que já foram expostos no capítulo anterior.

d) Ação Penal 563⁸⁴

Quadro 9 – Ação Penal nº 563/SP (j. 21/10/2014) – Quadro Resumo

Relator:	Min. Teori Zavascki
Votos Divergentes:	Não há
Imputações:	- Art. 325 do Código Penal – Violação de sigilo funcional O acusado, à época delegado de polícia, com a participação de um corréu (escrivão de polícia), teria revelado a jornalistas de uma rede de televisão informação sigilosa obtida no curso de investigação policial, consistente na data e no local de um encontro entre dois suspeitos no qual seriam tratados assuntos ilícitos, o que permitiu que o referido encontro fosse gravado pelos jornalistas informados. - Art. 347, parágrafo único, do Código Penal – Fraude processual

⁸² Nesse sentido, o Regimento Interno do STF dispõe que “O Relator poderá delegar o interrogatório do réu e qualquer dos atos de instrução a juiz ou membro de outro Tribunal, que tenha competência territorial no local onde devam ser produzidos” (Art, 239, § 1º, do RISTF)

⁸³ O conteúdo deste princípio consistiria na necessidade de que o juiz participasse pessoal e diretamente dos atos de produção probatória, a fim de formar a sua convicção a partir de sua percepção direta, sem necessidade de referências de terceiros sobre o fato probatório. A referida compreensão parte do pressuposto de que o juiz poderia “perceber” alguma coisa durante a prática do ato probatório que não poderia ser, de modo algum, transmitido ou registrado através da linguagem. Este suposto princípio é alvo de diversas críticas pelo subjetivismo que encerra. Nesse sentido, ver: Gascón Abellán (2018).

⁸⁴ Inteiro teor disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630120> >. Acesso em dez. 2018.

	<p>O acusado, juntamente com o corr�eu, de posse da grava�o realizada pelos jornalistas, teria adulterado o seu conteúdo para dissimular a origem espúria da prova, induzindo a erro o juiz responsável pelas investiga�es.</p> <p>- Art. 325, � 2�, do Código Penal – Viola�o de sigilo qualificada</p> <p>O acusado também teria revelado a jornalistas a data em que seria deflagrada uma opera�o policial da qual participava, propiciando que estes jornalistas se posicionassem com antecedência nos lugares onde seriam realizadas as buscas e prisões, especialmente em locais vinculados a pessoas públicas. Esta viola�o seria qualificada porque causou prejuízo a terceiros, consistente na maximiza�o da exposi�o de suas imagens no momento em que eram presas.</p>
Teses defensivas principais:	Atipicidade da conduta
Elementos probatórios utilizados:	<p>Interrogatório do réu</p> <p>Prova testemunhal</p> <p>Intercepta�es telef�nicas</p>

Nesta a o penal, o agente com prerrogativa de foro (deputado federal) e o corr eu ocupavam,   época dos fatos, respectivamente, os cargos de delegado e escrivão da polícia federal. Os dois foram acusados de informar a jornalistas acerca de um encontro marcado entre dois suspeitos que estavam sob investiga o, o que permitiu que estes jornalistas comparecessem ao local e filmassem o acontecimento. Em seguida, os dois agentes teriam se apropriado desta filmagem, cujo conteúdo foi alterado para ocultar que se tratava de elemento proveniente de viola o de sigilo funcional, e apresentaram o vídeo como prova em juízo com a inten o de induzir o julgador a erro.

Além disso, ao acusado que era delegado da polícia federal foi imputada, ainda, a conduta de revelar a jornalistas as datas em que seriam cumpridos os mandados de prisão expedidos nesta mesma investiga o, o que permitiu que os jornalistas contemplados com a informa o se posicionassem nas residências dos investigados que seriam presos, especialmente os de maior visibilidade pública, antes mesmo da chegada das equipes policiais. Em decorrência deste vazamento, teria ocorrido uma potencializa o indevida na exposi o da imagem das pessoas que estavam sendo presas.

O Min. Relator inicia seu voto destacando que a existência do repasse de informa es sigilosas sobre investiga o em curso foi confirmada nos depoimentos dos próprios jornalistas envolvidos. Contudo, estes profissionais, embora admitam que houve a prática ilícita por algum agente estatal, possuem a prerrogativa constitucional de resguardar o sigilo de suas fontes, razão

pela qual não podem se compelidos a revelá-las. Há, portanto, um claro limite institucional a ser observado.⁸⁵

Não obstante a ausência de revelação direta da fonte pelos jornalistas envolvidos, o voto do Min. Relator passa a destacar os demais elementos presentes nos autos que demonstram a autoria dos delitos, fazendo remissão ao julgamento em primeira instância anterior à diplomação do agente com prerrogativa de foro.⁸⁶

Há, em primeiro lugar, um destaque para a circunstância de que os réus foram evasivos em seus interrogatórios e não negaram diretamente que mantinham comunicações com jornalistas de determinada emissora de televisão. Nesse ponto, uma consideração relevante, que não constou expressamente no voto do Min. Relator, mas que foi apreciada no voto do Min. Celso de Mello (Revisor), é que, em um dos depoimentos prestados no curso do inquérito policial, o corréu apresentou uma narrativa dos fatos “confessando minudentemente o delito” (p. 70).

Retornando ao voto do Min. Relator, são expostos, em seguida, os resultados da quebra de sigilo telefônico dos acusados. Estas demonstram que, no dia anterior ao cumprimento dos mandados de prisão na investigação em que os réus atuavam, o acusado que era delegado da polícia federal manteve mais de 15 contatos telefônicos com um dos jornalistas envolvidos. No próprio dia em que as prisões foram efetuadas, este acusado manteve 10 contatos telefônicos com um jornalista, todos entre 5h e 6h da manhã, antes do cumprimento das ordens judiciais. No que se refere à data em que houve o encontro, em um restaurante, entre dois suspeitos que estavam sob investigação, este mesmo acusado realizou 22 contatos telefônicos com um dos jornalistas.

O Min. Relator examina, na sequência, os demais elementos probatórios orais presentes nos autos, consistentes em diversos depoimentos prestados por outros delegados da polícia federal que também participaram da investigação em que houve o vazamento das informações. Os relatos destes agentes esclarecem que o acusado com prerrogativa de foro, na data marcada para o cumprimento dos mandados de prisão na referida investigação, havia sido designado para permanecer na sede da polícia federal dando apoio às equipes que sairiam à campo. Contudo, este acusado contrariou as ordens superiores e saiu à campo, inferindo-se desta

⁸⁵ A prerrogativa do jornalista de preservar o sigilo da fonte (e de não sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, em razão da prática legítima dessa franquia outorgada pela própria Constituição da República), oponível, por isso mesmo, a qualquer pessoa, **inclusive aos agentes, autoridades e órgãos do Estado**, qualifica-se como verdadeira garantia institucional destinada a assegurar o exercício do direito fundamental de livremente buscar e transmitir informações (Rcl 21504 AgR, Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, sem grifos no original).

⁸⁶ Em verdade, o voto apresenta uma longa transcrição da decisão proferida em primeiro grau, ressaltando as partes da valoração probatória que o Min. Relator considerou mais relevantes.

postura de insubmissão, segundo argumentou a Corte, que “sabia o acusado P. que ali estaria posicionado o jornalista com quem tanto conversara minutos antes pelo telefone, entre as cinco e seis da manhã. O palco estava armado à sua espera” (p. 38).

Além disso, ao menos dois relatos testemunhais prestados em juízo destacaram que, na reunião que antecedeu a saída das equipes policiais para o cumprimento dos mandados de prisão (*briefing*), o acusado que era delegado de polícia adotou um procedimento bastante incomum. Segundo os testemunhos, ele teria citado nominalmente os alvos das diligências que seriam efetuadas naquele dia, o que contraria a praxe policial de “manter em sigilo os alvos, entregando a cada equipe um envelope sobre algo específico” (p. 42). Acerca desta conduta, a Corte interpretou que o acusado, ao publicizar estes alvos diante dos membros das equipes, “criara com isso o chamado ‘fogo de encontro’, postura defensiva para que ninguém pudesse culpá-lo pela presença de jornalistas que já estavam no local aguardando o início das buscas e prisões” (p. 40).

Com estes argumentos, o Min. Relator considerou suficientemente provadas tanto a violação de sigilo funcional simples imputada ao acusado com prerrogativa de foro e ao corréu (vazamento do encontro entre suspeitos) quanto a violação de sigilo funcional qualificada imputada ao acusado com prerrogativa de foro (vazamento das prisões).

Acerca desta última violação de sigilo, não houve uma efetiva discussão fática em torno da qualificadora, a qual exige provas de que a violação do sigilo funcional causou prejuízos a Administração Pública ou a terceiros. A Corte assumiu como demonstrada a existência de uma exposição maior da imagem das pessoas presas, o que provavelmente se deu em decorrência da conclusão implícita de que, de outro modo, a imprensa não teria como capturar imagens tão precisas do momento em que foram realizadas as prisões. A partir daí, houve uma argumentação direcionada à interpretação do que significa o termo “prejuízo” exigido pela qualificadora. Nesse ponto, a Corte decidiu que a exposição maximizada da imagem, para além daquela inerente a uma prisão comum, constituiria um prejuízo a terceiros apto a fazer incidir a qualificadora penal.

No tocante à imputação de fraude processual, o Min. Relator votou pela absolvição dos acusados, no que foi acompanhado por todos os demais membros do colegiado. Isso porque, como interpretou a Corte, para que estivesse configurada a conduta de fraude processual, seria necessária uma alteração no conteúdo da filmagem, que esta alteração fosse artificial e dirigida a induzir o julgador a erro. No caso, contudo, não existiriam “elementos suficientes para afirmar, com a segurança que a condenação penal exige, que a alteração pretendesse induzir em erro o juízo” (p. 43).

Não haveria, assim, comprovação suficiente do fato psicológico consistente na intenção dos agentes em induzir o juiz a erro, destacando o Min. Relator que este fato interno não poderia ser inferido diretamente da própria adulteração do vídeo, tratando-se de ônus probatório do qual a acusação não se desincumbiu. Ao contrário, o Ministério Público abdicou deste ônus ao pleitear absolvição dos acusados quanto à imputação de fraude processual. Sobre este argumento, confira-se a transcrição do voto a seguir:

De resto, não há sequer elementos suficientes para afirmar, com a segurança que a condenação penal exige, que a alteração pretendesse induzir em erro o juízo. A acusação, a quem competia tal ônus, dele não se desincumbiu e, ademais, está pedindo a absolvição quanto a essa imputação (p. 43).

Consignou-se, igualmente, que a conduta dos acusados não seria típica mesmo que hipoteticamente se admitisse como provado o elemento subjetivo do tipo penal. Isso porque, nos termos da interpretação dada pela Corte ao tipo penal, a ocorrência do crime em debate exigiria uma alteração no conteúdo da filmagem e, na hipótese, não houve alteração do conteúdo do vídeo, mas apenas foi aplicada uma técnica para “expungir aquelas partes que pudessem identificar a origem (Rede de Televisão)” (p. 43). Esta modificação em um aspecto meramente acessório, além de não prejudicar a análise dos fatos gravados pelo juízo no qual a prova foi apresentada, não constituiria um novo delito, mas pós-fato impunível da própria violação de sigilo funcional.

Com efeito, um dos elementos mais interessantes presentes nesta ação penal é a interseção entre a pretensão epistemológica do processo e os limites institucionais do direito. Os jornalistas, em razão de sua profissão e do reconhecimento constitucional de que a liberdade de imprensa é essencial para democracia, possuem o direito fundamental de não serem compelidos a revelarem suas fontes. Este direito fundamental entrou em rota de colisão com a pretensão epistemológica da ação penal, na qual uma das principais questões era exatamente descobrir a fonte das informações vazadas por agentes públicos à imprensa. Todavia, no caso específico, esta colisão foi apenas parcial e em pequena extensão, pois havia diversos outros meios de prova eficazes e lícitos disponíveis. Disto resultou que, ao final, tanto a pretensão epistemológica foi satisfeita em patamar satisfatório quanto o direito fundamental dos jornalistas foi respeitado.

Neste aspecto, é curioso observar que, conquanto o direito fundamental assegurado aos jornalistas tenha caráter claramente institucional e represente uma proteção constitucional a valores essenciais para o sistema democrático, há um pequeno detalhe de caráter epistêmico que também decorre desta limitação. Isso porque, as fontes são o próprio meio de existência da

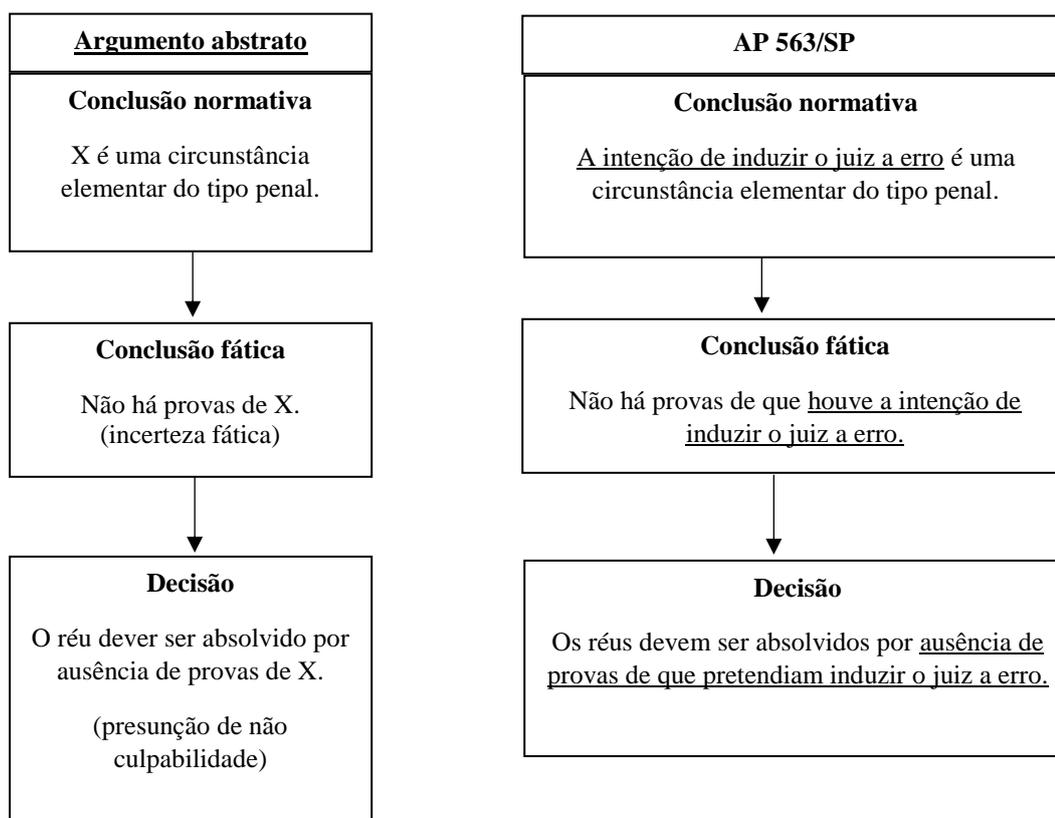
atividade jornalística e revelá-las significaria, para muitos jornalistas, o fim de sua atividade profissional. Assim, não seria estranho, caso o ordenamento jurídico os compelisse a revelarem suas fontes, que eles tergiversassem ou mentissem em seus depoimentos. Isto significa que, de todo modo, a qualidade das informações prestadas pelos jornalistas acerca de suas fontes teria baixa fiabilidade.

Este caso também evidencia uma diferença relevante entre dois tipos de conclusões presentes no ordenamento jurídico: a absolvição de um acusado pela atipicidade de sua conduta (art. 386, III, do CPP) e a absolvição por ausência de provas dos elementos constitutivos do tipo penal (art. 386, VII, do CPP).

No caso, é argumento para a absolvição por ausência de provas dos elementos constitutivos do tipo penal o raciocínio que concluía por não haver prova de que os réus desejassem induzir o juiz a erro. Este tipo de absolvição decorre, necessariamente, de um raciocínio em matéria de fatos no qual se conclui pela incerteza acerca da presença de uma determinada circunstância que é imprescindível para a configuração da conduta típica. Esta incerteza impede o prosseguimento da argumentação, de forma que não se chega a um juízo final acerca da tipicidade ou não da conduta, aplicando-se o princípio da presunção de inocência para converter este estado de incerteza não superado no curso do processo na solução jurídica definitiva de absolvição.

A estrutura da absolvição por ausência de provas dos elementos constitutivos do tipo penal pode ser sintetizada como no Diagrama 22:

Diagrama 22



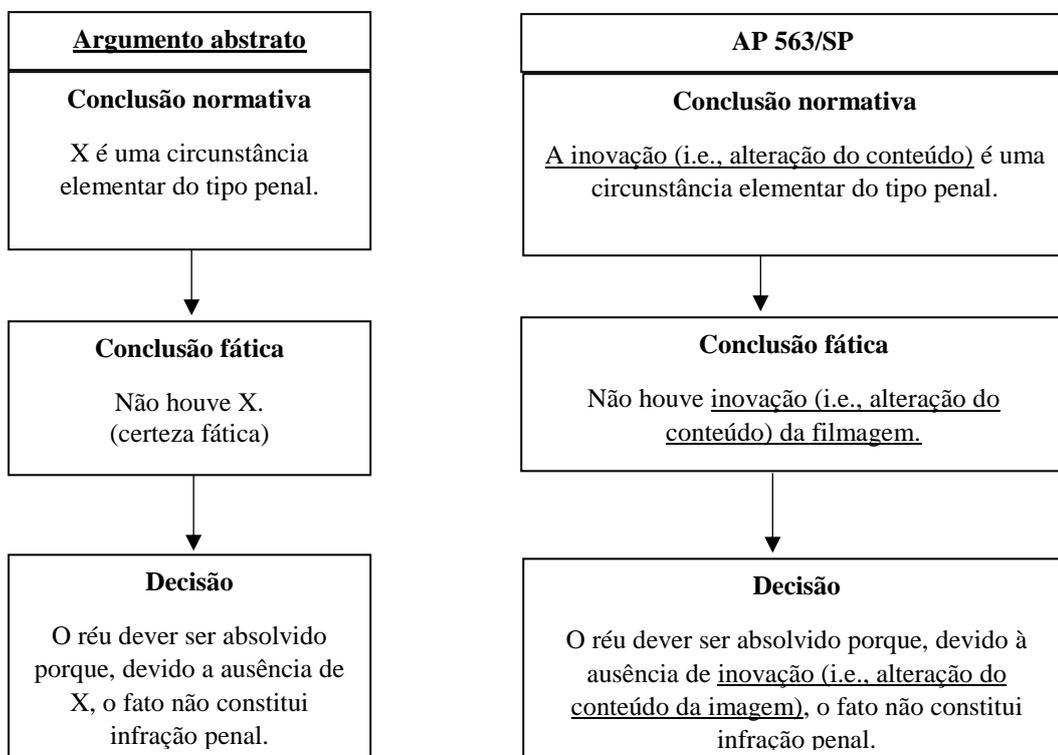
Por outro lado, a absolvição por atipicidade da conduta é a declaração judicial de “não constituir o fato infração penal”. Para que se conclua que o fato não é uma infração penal é preciso, logicamente, que se saiba qual o fato. Portanto, a absolvição por atipicidade da conduta exige um estado de certeza fática acerca da conduta que está sendo julgada, seja essa certeza real ou hipotética.⁸⁷ Há, assim, a superação da discussão fático-probatória, com uma conclusão peremptória acerca dos fatos, para, em seguida, afirmar-se a impossibilidade de subsunção destes fatos ao tipo penal.

Este é o caso do argumento hipotético construído pela Corte Suprema no qual se concluiu que, mesmo que houvesse certeza de que os réus desejavam induzir o juiz a erro, a conduta por eles praticada não constituiria infração penal, pois houve uma simples retirada da identificação da fonte do vídeo (fato certo). A retirada de informações sobre a fonte da gravação, sem alteração do conteúdo da filmagem, na interpretação do colegiado, não se amoldaria a ação típica “inovar” presente na conduta de fraude processual.

⁸⁷ Como se explicará mais adiante, presumir hipoteticamente que a alegação fática acusatória é verdadeira pode ser mais vantajoso para o réu quando implicar em rejeição da denúncia ou em absolvição sumária, o que dispensaria a própria instrução processual. Dessa forma, é comum que os juízes antecipem o juízo fático, presumindo como verdadeiros os fatos narrados na denúncia, para concluir que, mesmo quando reputada integralmente procedente a hipótese fática acusatória, a conduta seria atípica.

Esta estrutura de argumento pode ser observada no Diagrama 23:

Diagrama 23



A diferença entre a ausência de provas de circunstâncias elementares do tipo penal e a atipicidade da conduta é relevante em ao menos três situações.

Em primeiro lugar, quando há o arquivamento do inquérito policial. É possível que a autoridade judicial determine o arquivamento do inquérito tanto por ausência de indícios probatórios das circunstâncias elementares do tipo penal quanto por atipicidade da conduta. Todavia, na primeira hipótese, o inquérito arquivado poderá ser reaberto caso surjam novas provas, as quais a autoridade policial está legalmente autorizada a investigar, e cujo o encontro podem justificar a propositura de denúncia futura.⁸⁸ Na segunda hipótese, por não se tratar de discussão fático-probatória, mas de conclusão judicial acerca da atipicidade da conduta, não se

⁸⁸ Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia (Código de Processo Penal).

admitem investigações em busca de novas provas ou uma denúncia futura caso estas novas provas surjam.⁸⁹

Em segundo lugar, a diferenciação é relevante no momento em que o juiz realiza a admissibilidade da denúncia/queixa-crime e examina a resposta à acusação. Nesta fase, o ordenamento processual autoriza o juiz a realizar um juízo hipotético e avaliar se a conduta imputada se amoldaria ao tipo penal caso fossem inteiramente verdadeiros os fatos narrados na inicial acusatória. Se a resposta a esta indagação for negativa, poderá o juiz rejeitar inicial acusatória por ausência de justa causa decorrente da atipicidade da conduta (art. 395, III, do CPP)⁹⁰ ou absolver sumariamente o acusado em razão de o fato narrado evidentemente não constituir crime (art. 397, III, do CPP). Entretanto, para aplicação destes dispositivos, o juiz deve presumir um estado de certeza fática – a total veracidade da narrativa da denúncia – e concluir que, mesmo neste caso, ocorreria a atipicidade da conduta. Não deve o juiz, portanto, ao avaliar a tipicidade nesta fase processual, imiscuir-se em discussões probatórias acerca da efetiva comprovação dos elementos do tipo, mas avaliar a tipicidade caso os fatos imputados fossem verdadeiros.

Um exemplo dos equívocos que podem surgir nesta fase processual poder ser observado no seguinte excerto de outro julgamento proferido no STF, no qual se julgava o recebimento de uma denúncia por crime licitatório:

4. A incidência da norma que se extrai do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/1993 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. A **ausência de indícios da presença do dolo específico** do delito, com o **reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados**, já foi reconhecida pela Suprema Corte (Inq. nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 7/05/2010) (Sem grifos no original).⁹¹

A “**ausência de indícios** da presença do dolo específico do delito” não pode conduzir à conclusão de que a conduta dos agentes é atípica, especialmente na fase de recebimento da

⁸⁹ Não se revela cabível a reabertura das investigações penais, quando o arquivamento do respectivo inquérito policial tenha sido determinado por magistrado competente, a pedido do Ministério Público, **em virtude da atipicidade penal do fato sob apuração**, hipótese em que a decisão judicial – porque definitiva – revestir-se-á de eficácia preclusiva e obstativa de ulterior instauração da persecutio criminis, **mesmo que a peça acusatória busque apoiar-se em novos elementos probatórios**. Inaplicabilidade, em tal situação, do art. 18 do CPP e da Súmula 524/STF. Doutrina. Precedentes (HC 84.156, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 26/10/2004).

⁹⁰ A justa causa exige, além da tipicidade da conduta que motiva a instauração da ação penal, a presença outros elementos, como o lastro probatório mínimo acerca da autoria e da materialidade. Todavia, aqui tratamos apenas da ausência de justa causa por atipicidade manifesta.

⁹¹ Inq 2616, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2014.

denúncia, pois não se sabe qual foi efetivamente a conduta dos agentes e não é possível avaliar a tipicidade de conduta incerta. O que tribunal consignou no caso acima, em realidade, foi uma hipótese de ausência de justa causa para ação penal decorrente da inexistência de indícios mínimos dos elementos exigidos pelo tipo penal imputado, e não da atipicidade da conduta dos agentes.

O terceiro momento em que a distinção entre a ausência de provas de elementares do tipo penal e a atipicidade da conduta possui pertinência é no momento da interposição de recursos de caráter extraordinário. Em regra, estes recursos não admitem o reexame das provas. Assim, a princípio, uma decisão em que se constatou a ausência de provas de uma circunstância elementar do tipo penal não admitiria revisão de mérito em recursos de caráter extraordinário, a não ser que se argumentasse pela prescindibilidade da circunstância não provada para a configuração do crime.⁹² De outra parte, se a decisão declarou a atipicidade da conduta, é pressuposto que foi assentada pelo julgador uma hipótese fática certa, de modo que a questão central no recurso de caráter extraordinário sobre o mérito desta decisão seria a requalificação jurídica destes fatos provados.

Por fim, o último ponto que merece ênfase no acórdão é a discussão sobre o “prejuízo” que constitui elemento necessário para a configuração da qualificadora no crime de violação de sigilo funcional. Sob o aspecto normativo, a Corte consignou que a maximização da exposição da imagem das pessoas presas constitui um prejuízo para fins de incidência da qualificadora. Desse modo, o colegiado decidiu por uma interpretação normativa do termo prejuízo que é bastante expansiva e está alegadamente vinculada à proteção da imagem como direito fundamental. Afastou-se, por outro lado, de uma interpretação mais restrita da ideia prejuízo como prejuízo econômico apenas.

Contudo, não houve nenhuma preocupação em se demonstrar o aspecto fático da qualificadora, isto é, que efetivamente houve uma maior exposição dos suspeitos presos do que o ordinário. De fato, os alvos dos mandados de prisão já eram pessoas públicas e, por consequência, sujeitas a uma exposição midiática maior. A despeito de se admitir que os jornalistas dificilmente poderiam ter captado o momento exato da prisão sem as informações dos acusados, é certo que em pouco tempo este fato seria amplamente noticiado e a exposição da imagem dos réus seria inevitável.

⁹² Embora, sob a perspectiva de que a adequada fundamentação fática é uma exigência do devido processo legal e direito fundamental do acusado, exista a defesa de que é possível e necessário, nos recursos de natureza extraordinária, “*el control casacional del modo de aplicación de las máximas de experiencia*” (ANDRÉS IBÁÑEZ, 1992, p. 296).

Assim, do ponto de vista fático, não ficou claro em que consistiu a maior exposição dos acusados interpretada na decisão como um prejuízo adicional, sendo forçoso concluir que, aparentemente, este prejuízo refere-se estritamente à filmagem do momento exato do ato de prisão. Em todo caso, a hipótese acusatória acolhida pela Corte quanto à configuração da qualificadora foi extremamente genérica e sem um referencial empírico exato, o que impede a sua correta compreensão.

CAPÍTULO 4 – PROBLEMAS E PERSPECTIVAS

O exame dos acórdãos condenatórios proferidos pelo Supremo Tribunal Federal suscita uma série de questões vinculadas à argumentação jurídica em matéria de fatos. Nos próximos tópicos, propõe-se uma discussão acadêmica sobre alguns destes pontos, identificando os problemas encontrados na aproximação empírica realizada e as perspectivas que despontam a partir destes problemas.

4.1 EXPOSIÇÃO E VALORAÇÃO DOS FATOS PROBATÓRIOS E DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA

Compreender a fundamentação das decisões judiciais penais sobre os fatos como uma garantia contra a arbitrariedade é defender que a atividade justificativa do juiz neste campo é mais do que uma manifestação de poder. Por isso, interessa saber não somente a decisão proferida sobre os fatos pelo juiz e quais provas lhe pareceram pertinentes, mas os argumentos pelos quais ele justifica a correção de suas escolhas.

De um modo geral, os acórdãos que compõem o conjunto de decisões do STF avaliadas neste estudo ainda tratam a fundamentação judicial sobre os fatos como uma exposição da decisão e das provas, e não como uma justificação argumentativa dos elementos probatórios, inferências e critérios que conduziram à decisão. Algumas condutas que motivam essa percepção geral são: a) a desconsideração imotivada de fatos probatórios; b) a ausência de valoração expressa dos fatos probatórios considerados; e c) a utilização implícita e/ou ausência de justificação das máximas de experiência.

Antes de abordar especificamente estes problemas, é preciso assinalar que, em alguma medida, os pontos acima destacados possuem gênese comum na utilização, pela Corte Suprema, de estratégias argumentativas que se assemelham à técnica de decisão conhecida como **valoração conjunta da prova** ou **valoração holística da prova**. Neste estilo de decisão, a fundamentação é apresentada como uma narrativa geral dos fatos pelo juiz ou um relato global de suas conclusões. Não há uma individualização e valoração precisa dos fatos probatórios singulares, pois estes, se apresentados, estão em função da narrativa geral dos fatos que se expõem (TARUFFO, 2008, p. 142).

Há traços deste estilo decisório, por exemplo, no acórdão da AP 916 (peculato e assunção de dívida no último ano do mandato), em que o Min. Relator anuncia, no início de cada tópico de seu voto, os pontos da narrativa que assume e, em seguida, descreve os elementos

de prova que sustentam a sua conclusão. É também o que se percebe no acórdão da AP 556 (desvio de dinheiro municipal), em que o Min. Relator constrói o voto utilizando a cronologia dos valores desviados para guiar sua narrativa.

Todavia, este modelo de argumentação, centrado no resultado global da valoração probatória e pouco preciso quanto aos fatos probatórios singulares, se empregado de forma isolada, traz sérias desvantagens no desenvolvimento de uma justificação efetiva dos fatos. Ao transformar a fundamentação das decisões em um grande relato, abre-se a possibilidade de que esta se converta em uma sequência de declarações apodíticas de fatos provados, aos moldes do estilo de *phrase unique* francês, sem que realmente se apresente uma real e justificada valoração probatória (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 200).

Veja-se, como ilustração desta ausência de valoração justificada, o seguinte excerto retirado da AP 916 que, por veicular conclusões sem elementos de valoração expressos, pode ser reescrito como uma *phrase unique* declaratória e apodítica:

TRECHO DA AP 916

A consciência e vontade do acusado na prática da conduta delituosa é inquestionável, na medida em que fora o réu o tempo todo dela informado, como se pode observar do depoimento de E.L.:

QUE as decisões de priorizar determinados pagamentos e no caso presente de deixar de efetuar o repasse para o Banco Itaú, são tomadas pela declarante e que posteriormente comunica ao Prefeito Municipal (p. 11).

PHRASE UNIQUE

Considerando que E.L. declarou haver informado ao réu, o tempo todo, que estava deixando de realizar o repasse das verbas ao Banco Itaú, é inquestionável a consciência e a vontade do acusado na prática da conduta delituosa.

Ao declarar simplesmente que tal conclusão decorre “naturalmente” de tal elemento de prova, esconde-se, por trás de uma falsa dedução, que o julgador atribuiu ao fato probatório considerado um elevado valor probante sem dizer o porquê, que podem haver outros fatos probatórios omitidos e que há diversas inferências implícitas nesta conclusão. No trecho acima, a “justificação” apresentada mais oculta do que justifica. Afinal, por que devemos dar crédito às palavras de E.L.? Há alguma razão que pudesse aumentar ou diminuir a fiabilidade deste depoimento? Como se vê, a fundamentação em forma de relato global torna público e passível de controle apenas uma pequena parte do raciocínio que efetivamente conduziu à conclusão sobre os fatos.

Por essa razão, no atual estado da arte, tem-se destacado a necessidade de que haja nas decisões, previamente à construção de uma valoração conjunta, a valoração analítica das provas. Esta etapa analítica contempla a exposição e valoração, individualizada e ordenada, de

todos os elementos probatórios presentes nos autos. Em verdade, uma postura comprometida com o exercício legítimo do poder decisório pela justificação adequada dos fatos exige a valoração analítica, pois somente através dela será possível controlar efetivamente o ingresso, na sentença, de conteúdos inaceitáveis ou insuficientemente justificados, bem como conhecer e avaliar todas as inferências que compõem a cadeia de justificação dos fatos (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 201).

Para que esta valoração analítica alcance os fins a que se propõe e possa, posteriormente, sustentar uma valoração conjunta, é imprescindível que ela seja individualizada o suficiente para permitir que se saiba qual o rendimento atribuído à cada elemento probatório na reconstrução dos fatos e o porquê de se concluir assim, isto é, se “se dá valor probatório ao testemunho de A pela coerência interna de suas declarações no curso da causa” ou se “a testemunha B não é crível porque afirma que foi agredida e sua atuação foi meramente defensiva, porém o suposto agressor apresentou várias contusões e ele não teve um arranhão” (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2000, p. 182).

De outra parte, a valoração analítica deve abranger todos os fatos probatórios, não apenas aquelas que o juiz estime que conduzirão à sua conclusão, mas também – e sobretudo – aqueles que, caso fossem valorados de forma distinta, conduziriam à conclusão diversa. Com efeito, de nada adiantaria a exigência de um exame detalhado sobre as provas se fosse permitido ao juiz, ao seu arbítrio e sem justificação, excluir da valoração probatória aqueles elementos que contrastam com a versão dos fatos que se pretende adotar. Desse modo, a justificação dos fatos somente será completa se houver a fundamentação do porquê de não serem críveis aquelas provas que não endossam a reconstrução dos fatos acolhida na decisão (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 203).

De fato, uma prévia valoração analítica das provas, individualizada e total, afastaria ou, no mínimo, tornaria bastante improvável a ocorrência dos problemas identificados nos acórdãos analisados quanto à exposição e valoração de elementos probatórios e das máximas de experiência, cujos contornos se passa a expor.

Constatou-se, em diversos acórdãos, o descarte implícito e imotivado de fatos probatórios. Na AP 916 (peculato), não foram examinados os documentos apresentados pela defesa que tentavam comprovar a situação de dificuldade financeira do município, bem como não se examinaram as declarações das seis testemunhas de defesa mencionados no relatório do acórdão. Na AP 929 (calúnia eleitoral), não se mencionou o conteúdo de nenhum dos testemunhos produzidos pela defesa nem a narrativa apresentada pelo acusado em seu interrogatório. Na AP 572 (corrupção e falsificação de documento eleitoral), não há referência

aos testemunhos defensivos, ao relato dos familiares do acusado envolvidos nos fatos (exceto seu irmão), além da repetição excessiva de um único elemento acusatório, que é o testemunho da servidora pública do cartório eleitoral.

Do ponto de vista epistemológico, o descarte de qualquer elemento probatório produzido sempre gera uma perda na solidez da argumentação em matéria de fatos. Isto porque, caso sejam elementos probatórios que convergem para a conclusão adotada pelo juiz, deveriam ser mencionados para tornar mais segura a reconstrução fática, tanto pelo critério da quantidade de fatos probatórios, quanto pelo critério da diversidade de fontes de informação. De outra parte, se são elementos probatórios que contradizem a versão dos fatos reconstruída na sentença, deveriam ser expressamente repelidos por sua incoerência, ausência de fiabilidade, incapacidade explicativa ou qualquer outro critério, sendo certo que esta confrontação conduziria a uma corroboração da hipótese acolhida. Desse modo, na valoração das provas presentes no processo, deve vigorar uma orientação tendente ao máximo aproveitamento dos elementos probatórios disponíveis.⁹³

Há, todavia, a possibilidade de que determinados elementos probatórios sejam impertinentes, nada acrescentando na elucidação do fato principal ou de algum fato secundário importante. A desconsideração destes elementos irrelevantes não encontra nenhum impeditivo epistêmico, todavia, a irrelevância do elemento probatório não pode ser presumida, sendo necessária a observância das regras de direito probatório.

Com efeito, a atividade de aquisição de provas no processo não é um empreendimento aleatório, mas um procedimento regulado por lei e dirigido pelo juiz, a quem compete indeferir, em decisão fundamentada, as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (art. 400, §1º, do CPP). Se, no momento processual da produção em audiência ou da juntada aos autos, o fato probatório não foi excluído pelo juízo, presume-se que se trata de uma prova relevante e, por essa razão, deve ser adequadamente valorada no momento da decisão.

Essa presunção de relevância da prova não indeferida no curso da instrução é sustentada igualmente porque, ou se trata de uma prova ordenada pelo juízo, que somente tem interesse em produzir provas relevantes, ou se trata de uma prova requerida pelas partes, cuja participação na atividade probatória deve ser levada a sério. Por essa razão, a desconsideração de fatos probatórios no momento da valoração na sentença exige uma manifestação fundamentada, tal

⁹³ A esse respeito, Ferrer Beltrán (2007, p. 68) destaca: “*Éste parece ser un principio epistemológico indiscutible: cuanto más información relevante está a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto en la decisión*”.

qual seria exigível no curso da instrução, acerca das razões pelas quais constatou-se a sua irrelevância.

De outra parte, sob o ângulo constitucional, a desconsideração imotivada de fatos probatórios, especialmente de provas defensivas, ofende ao menos três direitos fundamentais do acusado: 1) o direito à ampla defesa, que inclui o direito de produzir provas e de que suas provas sejam examinadas seriamente pelo juiz; 2) o direito a uma decisão fundamentada, que, repetindo-se mais um vez, demanda a justificação clara de todo o raciocínio fático que conduziu à condenação; e 3) o direito à presunção de não culpabilidade, pois a omissão na análise de elementos probatórios, independentemente do conteúdo da prova omitida, abre margem para incertezas incompatíveis com o rigor probatório exigido no processo penal por força do citado comando normativo.

Nesse sentido, a Sala Penal do Tribunal Supremo Espanhol, ao efetuar juízo de cassação sobre decisões penais omissas ou mal fundamentadas, tem construído um rigoroso parâmetro de avaliação acerca de qual justificação decisória sobre fatos é compatível com os ditames constitucionais de fundamentação e de presunção de não culpabilidade. O trecho a seguir, extraído da Sentencia n. 355/2004⁹⁴, aponta alguns aspectos deste parâmetro, cuja aplicação analógica, a rigor, justificaria a cassação de alguns acórdãos examinados neste estudo. Confira-se:

*El art. 24,2 CE, al consagrar la presunción de inocencia como regla de juicio, obliga al juzgador a realizar un análisis **racional y explícito** del resultado de la actividad probatoria, dotado de la transparencia necesaria para que pueda ser examinado críticamente y para que, si mediase una impugnación, otro tribunal pudiera enjuiciar la corrección del correspondiente discurso. Esto es, comprobar [1] si tiene o no apoyo en una apreciación tendencialmente objetiva de **toda la prueba**, tanto la de cargo como la de descargo; [2] si se han tomado en consideración todos los elementos de juicio relevantes, **justificando los descartes y también la opción de atribuir valor convictivo a los que de aquéllos se acepten**; [3] si no se ha **prescindido de forma arbitraria de datos** que podrían ser de importancia en el plano explicativo; y sí, en fin, [4] si todo ese material ha sido ponderado con equilibrio y conforme a máximas de experiencia de validez acreditada.*

Desse modo, é uma lacuna grave e perceptível nos acórdãos examinados a exclusão imotivada de fatos probatórios, o que traz prejuízos epistêmicos à reconstrução dos fatos e ofende direitos fundamentais das partes, especialmente do acusado.

⁹⁴ Disponível em: <<https://supremo.vlex.es/vid/delitos-prostitucion-presuncion-inocencia-16808409>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

A mesma censura que se formula contra a desconsideração imotivada de fatos probatórios é aplicável à utilização de fatos probatórios na decisão sem que se formule uma valoração expressa e fundamentada acerca deles.

Por certo, valorar os fatos probatórios é mais de que afirmar a sua veracidade. Trata-se de justificar argumentativamente porque determinados elementos de prova são críveis e outros não, porque algumas provas deverão ter maior peso na decisão, porque este relato testemunhal é preferível àquele e muitos outros porquês. Em síntese, valorar é estabelecer critérios para responder porquês, construindo uma efetiva justificação da decisão e não apenas uma explicação do resultado.

Todavia, ao longo do exame dos acórdãos selecionados para este estudo, constatou-se a omissão destes porquês inferenciais. Confira-se, por exemplo, o seguinte excerto da AP 572 (falsificação de documento eleitoral):

Interrogado, o réu negou ter contribuído para os fatos (fls. 567-574). **Essa alegação, no entanto, não se sustenta.**

A servidora do Cartório da 1ª Zona Eleitoral M. DA C. B. DE O., inquirida em Juízo (fls. 855-75), confirmou ter entregue os títulos ao réu, em troca do pagamento de R\$ 3.000,00, depositados em sua conta-corrente. Na investigação, mencionou também a promessa de emprego para seu filho A. O. D. (fl. 259). Os títulos não estariam assinados pelo eleitor, apenas preenchidos, prontos para entrega. A servidora afirmou não ter tido contato com o irmão do réu na época.

Por sua vez, o irmão do réu, F. C. S., em depoimento policial (fls. 5-7), confirmou ter recebido os títulos do réu na véspera da eleição. Relatou que trabalhava como carpinteiro para Dé Móveis e, no dia da eleição, pessoas ligadas à campanha passaram a vir ao estabelecimento retirar títulos. Cerca de dez pessoas fariam a tarefa de votar em lugar dos eleitores.

Ou seja, **está provado que o réu recebeu os títulos de eleitor**, sendo que estes foram falsificados por pessoas a ele ligadas e, posteriormente, encontrados em poder de outras pessoas também a ele ligadas (p. 15-16, sem grifos no original).

No trecho acima, há duas versões fáticas contrapostas, a negativa de autoria do réu e a afirmação de autoria pela testemunha. Pelo resultado, é perceptível que o julgador optou pela segunda narrativa, mas não foram explicitadas as razões desta escolha. Os três primeiros parágrafos narram um fato probatório cada um e o último parágrafo expressa a conclusão sobre os fatos. Passa-se, assim, de um discurso completamente descritivo para a conclusão de fatos provados sem qualquer justificação expressa.

Surgem, assim, diversas dúvidas: Por que o relato da testemunha é mais crível do que o do réu? Aparentemente a testemunha alterou em parte a sua versão dos fatos (quanto à promessa de emprego ao seu filho), por que esta circunstância não foi considerada? Por que se utiliza o relato do irmão do réu da fase policial e não da fase judicial? Os relatos perante a polícia e em juízo foram recebidos com o mesmo valor probatório?

Em verdade, a decisão condenatória, como ato do poder público destinado não apenas às partes no processo, mas à toda cidadania, deve ser autoexplicativa. Ela deve ser capaz de possibilitar que qualquer pessoa que a leia, ainda que seja uma pessoa estranha à causa, conheça todas as razões da decisão e seja capaz de formular um juízo a respeito delas (ANDRÉS IBÁÑEZ, 1998, p. 396). Porém, esta compreensão é obstada pela ausência de justificação do valor atribuído aos fatos probatórios e do porquê desta valoração.

Outro óbice que se impõe contra a correta compreensão das decisões penais condenatórias examinadas é a ausência de explicitação das máximas de experiência utilizadas pelo julgador ou a ausência de fundamentação destas garantias.

O papel desempenhado pelas máximas de experiência no raciocínio probatório é crucial, pois estes enunciados são imprescindíveis para as inferências empíricas que sustentam a maior parte da reconstrução dos fatos nos juízos penais. Esta proeminência já seria suficiente para recomendar o maior empenho possível do julgador em explicitar e bem fundamentar as máximas de experiência utilizadas.

Para além disso, é no momento de escolha e aplicação das máximas de experiência que o juiz se encontra mais vulnerável a incorrer em algum viés cognitivo, a favorecer estereótipos pessoais ou a empregar preconceitos infundados em seu raciocínio. Por essa razão, a explicitação das máximas de experiências, como ferramenta de autocontrole pelo julgador e de controle intersubjetivo, é uma exigência indispensável.

Nos julgados analisados neste estudo, entretanto, essa questão não foi tratada com a merecida atenção. A esse respeito, observe-se o seguinte trecho da AP 916:

Todos os depoimentos colhidos na fase judicial apontam que o Município de Macapá/AP estava **passando por dificuldades** em razão da crise mundial e que o referido município foi prejudicado no repasse proveniente do Fundo de Participação dos Municípios. Assim, o acusado não teria outra solução que não a de reter as verbas destinadas ao pagamento do empréstimo consignado, para com elas realizar o pagamento de seus servidores, que possui natureza alimentar. No entanto, colhe-se dos autos: (i) **ter havido aumento da folha de pagamento do Município, com a contratação de pessoal;** e (ii) **ter havido repasses voluntários de verbas para instituições não governamentais.**

[...]

Assim, se se constata do exame dos autos ter havido efetiva contratação de pessoal e repasse voluntário a organizações não governamentais, inviável se apresenta o reconhecimento de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa a afastar o juízo de reprovação penal (p. 12-13, sem grifos no original).

Deste excerto, está subentendida uma máxima de experiência segundo a qual municípios com dificuldades financeiras não contratam pessoal e não realizam repasses voluntários. Além de se tratar de uma máxima de experiência não explicitada, é duvidoso se esta garantia é

suficientemente capaz de, por si só, assegurar a inexistência de crise financeira no município. Não é difícil imaginar hipóteses em que o gestor público esteja obrigado a aumentar despesas mesmo com diminuição da arrecadação. O aumento da demanda de serviços locais em atividades essenciais, como saúde e educação, poderia justificar, de maneira razoável, tanto a contratação de pessoal na municipalidade como os repasses a instituições não governamentais que atuam nestas áreas.

Assim, com base no que está expressamente contido no voto, a máxima de experiência empregada tem uma fundamentação pouco criteriosa, pois é, em verdade, uma opinião do julgador sobre como ele acredita que deveriam agir os gestores públicos, e não uma conclusão acerca de como eles geralmente agem diante de crises financeiras. Ela igualmente apresenta um grau não muito elevado de probabilidade causal, pois entre a contratação de pessoal/repasses a instituições e a conclusão de que não havia crise financeira podem existir diversas variáveis. Contudo, com base nesta garantia, a Corte se sentiu confortável para não analisar o restante da documentação fiscal do município e rechaçar as hipóteses defensivas.

Outro exemplo de máxima de experiência que suscita questionamentos pode ser extraída do seguinte trecho da AP 929:

Foi o periódico responsável pela matéria que encaminhou as gravações. **Pressupõe-se que a transcrição entre aspas em matéria jornalista corresponda *verbatim* ao dito pelo entrevistado.** A própria credibilidade da empresa jornalística está em xeque se a transcrição não corresponde à declaração – sem falar em eventuais responsabilizações (p. 6-7, sem grifos no original).

A assertiva que o Min. Relator inicia com a expressão “pressupõe-se” é, em verdade, uma máxima de experiência por ele apresentada acerca da credibilidade das aspas jornalísticas. Por esta máxima de experiência, seria possível passar da constatação de que “o jornal X publicou que Y disse B” para “Y efetivamente disse B”, pois as aspas jornalísticas normalmente garantiriam a veracidade das declarações.

Novamente, trata-se de uma máxima de experiência que veicula uma opinião do julgador acerca de como ele acredita que deveriam se comportar os jornalistas, e não de uma assertiva acerca de como eles realmente se comportam. Aliás, a rigor, esta seria uma máxima de experiência contrafática, pois já houve inúmeras situações em que, intencionalmente ou não, o jornalista entendeu e publicou mais do que o efetivamente dito pelo entrevistado. Estes casos são tão comuns que os meios de comunicação que incorrem nesta prática possuem adjetivação própria: sensacionalistas.

Esta debilidade da máxima de experiência adotada pelo Min. Relator foi ressaltada no voto divergente do acórdão, em que se consignou que “conferir ao que foi publicado uma espécie de fé pública, com a consequente presunção de total veracidade da matéria, é ir muito longe para os efeitos de uma condenação criminal” (p. 16). Todavia, esta percepção não foi acolhida pelo colegiado.

De todo o exposto, depreende-se que a exposição e valoração dos elementos probatórios e das máximas de experiência nos acórdãos examinados possui fragilidades, o que impõem que sejam repensadas as metodologias de construção das decisões condenatórias. Esta revisão deve ser orientada, especialmente, por estratégias que aproximem a fundamentação da decisão de uma justificação concreta dos elementos que compõem as inferências probatórias, afastando-se de uma simples exposição de conclusões fáticas e da indicação dos fatos probatórios escolhidos para sustentá-las.

Para este objetivo, é útil o desenvolvimento de uma valoração analítica nas decisões, em que sejam individualmente avaliados, com a precisão necessária, todos os fatos probatórios. Além disso, é preciso evitar a desconsideração de fatos probatórios sem motivação explícita, bem como a simples enunciação dos fatos probatórios no texto da decisão sem que se apresentem os critérios de valoração e o peso a eles atribuídos no raciocínio probatório. Por fim, deve ser empregado o maior esforço possível para tornar explícitas as máximas de experiência utilizadas na argumentação, com uma avaliação criteriosa acerca de sua fundamentação e do seu grau de probabilidade causal.

4.2 IMEDIAÇÃO, JUIZ INSTRUTOR E PROVAS ORAIS EXTRAPROCESSUAIS

Em todas as ações penais examinadas neste estudo, foram empregados, para a construção dos argumentos em matéria de fatos, elementos probatórios orais produzidos sem a presença física dos membros Corte ou do Min. Relator. Estes fatos probatórios consistiram ora em oitivas colhidas por autoridades policiais e membros do Ministério Público no curso de procedimentos investigativos prévios, ora em atos presididos por um juiz instrutor designado pelo Min. Relator já no curso da ação penal.

Especialmente nas APs nº 929 e 563, em que a diplomação do agente para o cargo que lhe assegurava a prerrogativa de foro ocorreu após a prolação de sentença pelo juízo de origem, remetendo-se os autos do processo ao STF no estado em que se encontravam, a Corte Suprema revisou integralmente os aspectos fáticos da decisão, porém todos os fatos probatórios haviam sido produzidas perante o juízo inicial.

Nesse cenário, a ausência de imediação, ou seja, a ausência de participação direta e presencial dos julgadores na produção do fato probatório utilizado na argumentação, necessariamente prejudica a fundamentação da decisão em matéria de fatos no STF?

O problema da imediação parece ser uma questão restrita à prova oral. Quanto tratamos de provas técnicas, de escutas telefônicas, de documentação bancária, etc., discutir a imediação não possui sentido, pois não há nenhuma expectativa de que o juiz esteja fisicamente presente no momento em que estes fatos probatórios são produzidos. Somente no tocante à prova oral, que por si só já constitui uma mediação entre os fatos e os ouvintes por intermédio da percepção de quem está narrando, surge a possibilidade de que o juiz esteja fisicamente presente no ato.

A legislação penal brasileira é deferente à ideia da imediação, pois o art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal determina que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Contudo, a referida regra comporta inúmeras exceções e, na prática, caso o juiz que estava presente na instrução não possa proferir a sentença por quaisquer razões minimamente razoáveis, como férias ou licenças, outro magistrado a proferirá sem maiores prejuízos.⁹⁵ Portanto, a positivação desta regra na legislação brasileira está mais vinculada ao princípio do juiz natural, evitando alterações arbitrárias na presidência da ação penal, do que propriamente à ideia de que a participação do juiz nos atos de produção probatória lhe confere algum conhecimento indispensável para julgar os fatos. Caso assim o fosse, a legislação determinaria a renovação de todos os atos de instrução perante todo novo juiz que recebesse o processo, o que não ocorre.

Contudo, para além do reconhecimento de que a imediação possui algum grau de reconhecimento institucional, é corrente a opinião de que ela se trataria de uma verdadeira exigência epistemológica do processo. Os defensores desta perspectiva enxergam na imediação um verdadeiro princípio supralegal decorrente do devido processo legal, pois somente no contato direto com o acusado e com as testemunhas o juiz poderia formular uma convicção acertada e independente sobre os fatos em julgamento.

Entre os argumentos citados pelos que sustentam o princípio da imediação como garantia epistemológica do processo, é comum a referência à necessidade de que o juiz faça as suas próprias perguntas na produção da prova oral e possa observar detalhes não verbais nos

⁹⁵ O princípio da identidade física do Juiz não se reveste de caráter absoluto, admitindo exceções que devem ser verificadas caso a caso, à vista, por exemplo, **de promoção, remoção, convocação, férias ou outras hipóteses de afastamento justificado do Magistrado que presidiu a instrução criminal.** [...] Caso em que a d. Magistrada que encerrou a instrução foi promovida, motivo pelo qual a sentença foi prolatada pelo d. Juiz Titular, exceção ao princípio sob análise, não havendo demonstração de prejuízo apta a determinar a declaração de nulidade do ato (HC 406.342/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 16/02/2018, sem grifos no original).

depoentes. É o que se verifica na citação a seguir, na qual são defendidas, de forma sintética, as vantagens da imediação para a reconstrução fática:

O acompanhamento de toda instrução pelo juiz que julgará o caso confere-lhe a oportunidade para: 1) ouvir diretamente e colher suas **impressões** sobre o acusado e sobre o que afirma em seu interrogatório, inclusive aspectos que um vídeo não capta com a mesma plenitude; 2) **fazer suas próprias perguntas e formular novas perguntas** a partir das afirmações do acusado e de seu comportamento no interrogatório (em que aspectos como tom de voz, pausas, olhar, contradições, dentre outros, desempenham um papel importante); 3) ouvir pessoalmente e ter as suas próprias **impressões** sobre a testemunha e seu depoimento; 4) **fazer perguntas para as testemunhas**, inclusive segundo o que afirmou a testemunha nesse ato e de acordo com o seu comportamento durante depoimento; 5) participar ativamente de todas as oitivas e dos interrogatórios **formulando novas perguntas e aprofundando progressivamente o seu conhecimento do caso** e das provas enquanto elas estão sendo produzidas.

A partir dos cinco aspectos acima elencados, podemos distinguir três atividades em que a atuação do juiz diretamente e imediatamente nas oitivas realizadas na fase de instrução aumentará a sua capacidade de cognição: 1) a presença pessoal possibilita que sejam feitas **observações** que vão muito além da detecção da mentira, como as faltas na memória, as percepções da comunicação verbal e corporal; 2) **fazer perguntas** para os acusados e para as testemunhas e 3) desenvolver **a compreensão progressiva do caso** (o que em um caso tão complexo e grande se torna imprescindível).

Apesar das críticas que podem ser feitas ao papel ativo de um juiz no processo penal, de que seus prejuízos poderiam impedir uma análise imparcial do caso, **é difícil compreender de que modo a delegação das oitivas para outros juízes não diminuiria a capacidade cognitiva do juiz para apreciar as provas** (ROMERO, 2015, p. 394).

Estes argumentos comumente suscitados em defesa da imediação como instrumento destinado a garantir uma maior qualidade epistemológica da reconstrução dos fatos no processo incorrem em uma série de equívocos.

Inicialmente, observa-se uma confusão entre a imediação e os poderes instrutórios do juiz. Ao se argumentar que o juiz poderá fazer perguntas às testemunhas ou ao acusado, há uma defesa da possibilidade de o juiz sentenciante intervir na produção probatória, o que, todavia, não é afastado caso ele não esteja fisicamente presente. Se, ao analisar o conjunto probatório posteriormente, o juiz que julgará os fatos considerar que há pontos omissos ou questões a serem esclarecidas, nada o impede, uma vez admitido que ele possui poderes instrutórios, de converter o julgamento em diligência para sanar as omissões. Evidentemente, sua presença física no ato torna mais célere este procedimento, mas a opção pela celeridade tem caráter institucional e não epistemológico.⁹⁶

Nesse ponto, é importante destacar a proliferação do chamado “mito da oralidade” (ATIENZA, 2013, p. 681), que tende a ignorar, em razão da celeridade que a oralidade propicia,

⁹⁶ A busca pela celeridade é, inclusive, uma postura normalmente contraepistemológica.

as desvantagens presentes neste tipo de procedimento. De fato, o raciocínio puramente oral costuma ser mais suscetível ao engano e menos reflexivo do que o raciocínio declinado por escrito. Portanto, dizer que o juiz que examinará o mérito estará presente fisicamente na produção do fato probatório e poderá formular perguntas oralmente não significa dizer que ele estará em melhores condições para fazer perguntas relevantes. Ao contrário, é mais provável que a compreensão das narrativas orais e a detecção de suas eventuais falhas seja favorecida por um ambiente mais reflexivo do que o das audiências em que a prova oral é produzida. De toda forma, admitidos os poderes instrutórios do juiz, este sempre poderá, independentemente de sua presença física no ato, influir na produção probatória e ordenar as diligências que julgar necessárias, inclusive reinquirições sob aspectos específicos considerados relevantes.

Em outro vértice, a defesa da imediação comete um exagero quanto à possível capacidade do juiz em analisar aspectos psicológicos e comportamentais das pessoas que prestam seus relatos em audiência. Existe uma tendência, bastante difundida no senso comum, em se acreditar que, através da análise de comportamentos voluntários e involuntários dos sujeitos, como gestos, respiração, suor e outros, seria possível identificar a veracidade de suas palavras e outros aspectos de sua intimidade psicológica. Esta compreensão, todavia, não está solidamente comprovada e, ainda que se tratasse de um consenso cientificamente estabelecido, certamente o juiz não possuiria o conhecimento técnico necessário para utilizá-lo com a precisão requerida.

Entre os próprios profissionais que se dedicam ao estudo deste campo, que vem sendo denominado de psicologia do testemunho⁹⁷, a ideia de que as reações corporalmente visíveis podem ser úteis na avaliação da credibilidade de um declarante é posta sob muitas dúvidas (FENOLL, 2010). Não por acaso, os estudos na psicologia do testemunho têm se dedicado não tanto ao exame da pessoa do declarante e de seu comportamento, mas à análise do conteúdo do que é declarado, desenvolvendo, por exemplo, mecanismos para identificar objetivamente falsas memórias através da inserção das declarações do depoente em um contexto fático mais amplo do seu relato.⁹⁸

Mesmo entre os que admitem que sinais corporais podem ajudar a aferir a credibilidade de um depoente, há o reconhecimento de que esta tarefa exigiria não só o elevado domínio de

⁹⁷ Embora de indubitável utilidade no campo judicial, a psicologia do testemunho não possui como objeto apenas o testemunho judicial em sentido estrito, mas as declarações prestadas pelas pessoas em geral ao narrarem fatos pretéritos.

⁹⁸ Nesse sentido, por exemplo, há uma sugestão de técnica para corroborar a veracidade da memória da testemunha que consiste em questioná-la não apenas sobre os fatos principais, mas também em confirmar sua percepção sobre um *“dato objetivo tan simple como el tiempo o la temperatura aproximada que hacía en el lugar en que sucedieron los hechos en el momento de su acaecimiento”* (FENOLL, 2010, p. 36).

metodologias específicas (*buen adestramiento*), mas também um razoável conhecimento acerca da própria pessoa que está depondo, duas premissas que dificilmente os juízes conseguiriam satisfazer. Em experimentos que reproduzem situações similares a uma audiência judicial, na qual uma pessoa sem nenhum preparo específico avalia a performance narrativa de uma outra pessoa com a qual não possui nenhum vínculo anterior, o percentual de acertos na identificação da veracidade dos relatos com base nas posturas exteriores dos depoentes não ultrapassa 45% (MAZZONI, 2010, p. 136). Isto sugere que é mais crível que haja êxito na análise da veracidade de um relato caso se tente adivinhá-lo ao acaso (50%) do que com a aplicação da imediação para que o juiz avalie o comportamento dos depoentes em audiência.

Além de todo o exposto, a ideia da imediação do juiz está fortemente ligada a uma forma equivocada de se pensar a formação da convicção judicial no processo. A concepção epistemológica que subjaz à imediação admite que determinadas impressões subjetivas do julgador sobre os elementos de prova, as quais decorrem de convicções internas e que geralmente não podem sequer ser comunicadas, constituem um elemento importante em sua atividade de reconstrução dos fatos. A produção do fato probatório oral seria, nesse contexto, um “momento íntimo ou místico” entre o juiz e o depoente, capaz de se sobrepor ao próprio conteúdo da prova e, pela elevada carga de subjetivismo que envolve, insuscetível de controle externo (GASCÓN ABELLÁN, 2018, p. 48).

Contudo, nos processos penais em estados constitucionais, estas impressões subjetivas do julgador não possuem nenhuma capacidade justificativa e não constituem argumentos aptos a fundamentar a decisão judicial. Ao revés, a exigência de justificação do raciocínio probatório pelos juízes pretende justamente eliminar da formação da convicção judicial elementos subjetivistas que, embora pudessem desempenhar algum papel no contexto da descoberta, não podem ser transpostos para o contexto da justificação. Com efeito, seria absurdo considerar como fundamentada uma decisão judicial em que o juiz afirmasse “valoro mais o testemunho de X, porque ela olhou firmemente em meus olhos enquanto testemunhava” ou “a versão dos fatos apresentada pelo réu não é confiável, pois ele balançava demais as pernas em seu interrogatório”. Desse modo, as eventuais impressões que a imediação pudesse assegurar ao juiz sobre os depoentes, além de não contribuírem em nada para a qualidade epistemológica do processo, não possuem qualquer utilidade na justificação de uma decisão judicial.⁹⁹

⁹⁹ Estas impressões subjetivas podem, inclusive, contaminar o adequado exame do material probatório pelo juiz que realizou a instrução. No campo das ciências, em geral, é bastante estabelecido que a aceitação dos resultados de um procedimento destinado à produção do conhecimento deve ser submetido ao exame de outros membros da comunidade acadêmica que não participaram diretamente deste procedimento, como ocorre com os sistemas de *double-blind peer review*.

Por outro lado, a equivocada aceitação da imediação como exigência epistêmica colabora para sustentar a ideia de que a fundamentação dos aspectos fáticos da decisão judicial não pode ser revista se não por aquele que participou da produção probatória. Em verdade, se levarmos a sério a ideia de imediação como um elemento capaz de aumentar em grau considerável a qualidade epistemológica da decisão, disso decorreria que, ou a decisão do juiz se tornaria incensurável, pois só ele teve acesso a este momento ímpar de produção da prova, ou qualquer revisão legítima de sua decisão exigiria a repetição de todos os fatos probatórios orais perante o órgão revisor, a fim de que este pudesse confirmar se suas impressões coincidem com as impressões do juiz anterior.

Esta conclusão é manifestamente insustentável, seja porque a fundamentação das conclusões fáticas de uma decisão judicial em estados democráticos deve ser completa e suficiente para permitir o exame de sua correção, seja porque a repetição idêntica de fatos probatórios é impossível, pois cada nova oitiva de uma mesma testemunha implica um novo contexto e, portanto, novas impressões.

Ademais, os próprios sistemas jurídicos têm repellido conclusões deste tipo e, reflexamente, a ideia de imediação como condição necessária para a correta valoração probatória. Isto se percebe quando, sem a necessidade de repetição da prova oral em novas instâncias: a) assegura-se duplo grau de jurisdição em matéria de fatos¹⁰⁰; b) as Cortes de Cassação nacionais passam a admitir, ainda que timidamente, a revisão da fundamentação fática das decisões que examinam¹⁰¹; e c) as Cortes Internacionais de Direitos Humanos, para assegurar o direito ao devido processo legal, passam a analisar a fundamentação fática de decisões judiciais nacionais e a declarar violações aos direitos humanos em casos de má

¹⁰⁰ No sistema americano de proteção aos direitos humanos, o duplo grau de jurisdição é garantido pelo art. 8º, II, h, da respectiva Convenção. Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, este direito exige que a parte tenha acesso a um recurso “*que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada*”, o que, contudo, “*no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral*” (Caso Mohamed vs. Argentina, *Sentencia de 23 de noviembre de 2012*). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>. Acesso em: dez. 2018.

¹⁰¹ Como exemplo, há decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro no RESP nº 1674198/MG, no qual a Corte constrói um raciocínio em matéria de fatos para concluir que, no caso, o testemunho indireto (testemunha de ouvir dizer) que não identificou suas fontes com precisão não possui fiabilidade suficiente para autorizar a pronúncia do acusado perante o Tribunal de Júri.

fundamentação neste aspecto.¹⁰² Todas estas situações demonstram que a melhor ou menor qualidade da decisão não depende da imediação, mas sim de uma adequada fundamentação no exame do material probatório.

Portanto, deve ser afastada a ideia da imediação como exigência epistemológica no processo penal, pois a presença física do juiz que irá julgar os fatos no ato de produção da prova oral não assegura, por si só, nenhuma vantagem relevante para uma adequada reconstrução dos fatos e a aceitação desta ideia conduziria a conclusões insustentáveis. Todavia, há uma questão diversa que exige um enfoque específico.

O entendimento de que a presença do juiz sentenciante na produção da prova oral não implica isoladamente nenhum benefício epistemológico para o processo não significa que toda a narrativa colhida em sua ausência possua a mesma fiabilidade. Este novo problema não diz respeito à imediação entre o julgador e o fato probatório, mas à existência de procedimentos e garantias institucionais destinados a salvaguardar a produção do fato probatório. É por essa perspectiva que deve ser analisada a diferença qualitativa entre os elementos probatórios orais produzidos perante juízes (sejam aqueles que julgarão o mérito ou apenas juízes instrutores) e os elementos probatórios orais produzidos por autoridades policiais e membros do Ministério Público.

No processo penal brasileiro, embora os órgãos de investigação e acusação possuam certa independência para examinar elementos de prova e formar a *opinio delicti*, não é possível afastar o seu papel de parte na relação processual. Isto significa que, não obstante haja a pretensão de que os elementos probatórios produzidos por agentes policiais e promotores sejam capazes de reconstruir os fatos de uma forma verdadeira, esta pretensão epistemológica de sua atividade caminha ao lado de outra pretensão, que é a de reunir elementos para sustentar eventual acusação. Há, portanto, um comprometimento da finalidade buscada no ato de produção probatória e, por consequência, na fiabilidade do resultado destes fatos probatórios.

Esse comprometimento é acentuado pelo caráter menos institucionalizado dos procedimentos extraprocessuais de produção de fatos probatórios orais. Em geral, neles não há a presença de contraditório técnico, os atos não são públicos, não há uma delimitação precisa

¹⁰² A esse respeito, a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, ao julgar o caso *Mohamed Abubakari vs Tanzânia*, declarou a sua competência para examinar se a análise das evidências pelos juízes nacionais do Estado-parte foi realizada em conformidade com o direito a um julgamento justo (*fair trial*) garantido pelo art. 7º da Carta Africana. Assim, após examinar o caso, a Corte reconheceu a existência de violações ao direito a um julgamento justo em razão de o petionante haver sido condenado “*based on the testimony of a single individual and riddled with inconsistencies*” e sem a existência de “*detailed investigation of the alibi allegation made by the Applicant*” (Disponível em: <<http://www.african-court.org/en/index.php/55-finalised-cases-details/860-app-no-007-2013-mohamed-abubakari-v-united-republic-of-tanzania-details>>. Acesso em: dez. 2018.

do fato que está sendo apurado, o ambiente da oitiva é mais intimidador, os depoimentos são reduzidos a escrito pelos próprios policiais, etc. Todas estas circunstâncias podem ter impacto na qualidade do fato probatório, o que não pode ser ignorado pelo juiz no momento da valoração das provas.

De outra parte, o ambiente da oitiva judicial é normalmente público, há contraditório técnico, há uma hipótese acusatória delimitada na denúncia e o juiz, que deve ser legitimamente independente e imparcial, como assinalado em capítulo anterior, não se orienta por nenhuma outra pretensão que não seja a concretização da ordem jurídica, procurando realizar a reconstrução mais precisa possível dos fatos para aplicar adequadamente o direito. Além disso, compete ao juiz zelar não só pela legalidade da produção da prova, mas também pela fidelidade no registro do ato (visual ou escrito) e pela repressão de possíveis abusos das partes (perguntas dúbias, induções, ameaças, etc.). Por essa razão, independentemente de quem seja ao juiz que preside o ato, desde que seja um juiz legitimamente independente e imparcial, os fatos probatórios produzidos em juízo possuem, em princípio, maior fiabilidade para a valoração probatória.

Em resumo ao que foi exposto, não há razão para se defender a ideia de que a imediação, compreendida como a participação direta do juiz que julga os fatos na produção do fato probatório oral, assegura algum ganho epistemológico ao processo. Contudo, a presença da autoridade judicial, independentemente de se tratar do juiz que irá julgar o mérito ou de um juiz de instrução, desde que se trate de um juiz legitimamente independente e imparcial, assegura melhores condições epistêmicas para a produção da prova. Por isso, a prova produzida judicialmente possui, em princípio, maior fiabilidade do que relatos colhidos por órgãos policiais e de acusação no ambiente extraprocessual.

Desse modo, a prática adotada no STF, com a designação de juízes instrutores para presidirem a produção das provas orais ou com o rejuízo de fatos em ações penais que tramitaram inicialmente em juízo diverso, não implica, necessariamente, em uma menor qualidade epistêmica das decisões da Corte. A existência de decisões em que a fundamentação das conclusões fáticas apresente menor solidez não pode ser creditada à ausência de imediação, sendo mais provável que estas decorram de uma má valoração probatória, o que inclui a aplicação de critérios equivocados ou a inexistência de critérios claros para a valoração dos fatos probatórios, das garantias utilizadas e das hipóteses formuladas, além de omissões na adequada justificativa discursiva desta valoração.

Todavia, pode contribuir para diminuir a solidez da argumentação em matéria de fatos empreendida pelo STF a utilização excessiva de provas orais colhidas no ambiente

extraprocessual pelos órgãos policiais ou de acusação, especialmente quando o uso destes fatos probatórios não é acompanhada de uma necessária reflexão acerca de sua fiabilidade e de uma contraposição com os fatos probatórios produzidos em juízo.

4.3 FATOS PSICOLÓGICOS

Os fatos psicológicos ou internos são uma constante no direito penal. Em razão de a responsabilidade penal da pessoa física ser condicionada à existência de dolo ou culpa, esta dimensão subjetiva deverá sempre ser constatada como um fato provado para a configuração do tipo delitivo (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 70). Há, ainda, crimes que exigem, além do dolo ou da culpa, que o agente atue com uma intenção bastante específica, como a finalidade de fazer propaganda no crime de calúnia eleitoral (AP 929). Além disso, mesmo quando a existência de uma intenção específica não for necessária para a configuração do tipo penal, investigar as motivações do agente pode ser imprescindível para dar coerência à hipótese fática (AP 530).

Em geral, os fatos psicológicos relevantes para o direito penal derivam de uma combinação entre interpretação de normas e de fatos. Quanto à interpretação normativa, é necessário definir qual a postura subjetiva pressuposta em cada tipo penal. Uma discussão desse tipo foi evidenciada na análise da AP 916, na qual um dos votos divergentes propôs que o delito de peculato-desvio exigiria a presença de uma vontade subjetiva do agente em desviar definitivamente os valores que estavam sob sua posse administrativa. Esta interpretação não foi acolhida pela maioria do colegiado, que reputou configurado o peculato-desvio naquele caso, a despeito de o banco-vítima possuir mecanismos institucionais para reaver os valores não repassados em tempo certo pela municipalidade e, portanto, não se tratar de um desvio com intenção de definitividade.

Contudo, neste tópico, o foco será a discussão de como é possível, após se interpretar a postura subjetiva exigida pelas normas penais, argumentar a respeito da existência ou não destes fatos psicológicos no provimento jurisdicional.

A dificuldade desta atividade reside em que os pensamentos, sentimentos e desejos não são diretamente observáveis ou empiricamente palpáveis. Esta impossibilidade de observação direta não significa que estes fenômenos internos não possam ser objeto de discussão probatória, mas apenas que sua comprovação demanda uma argumentação específica, pois será imprescindível inferi-los a partir dos fatos externos que os circundam. Assim, de uma assinatura sobre o contrato é possível inferir o desejo de contratar, das apunhaladas contra o coração de

alguém é possível inferir o desejo de matar e assim por diante (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 71).

A utilização do raciocínio inferencial, todavia, não introduz nada de especialmente diferente entre a constatação dos fatos externos e dos fatos internos. Como já visto, de um conjunto de fatos probatórios externos, através de máximas de experiência e presunções, são inferidos outros fatos externos. Esse mesmo tipo de raciocínio é utilizado para se inferir, a partir de um conjunto de fatos probatórios externos, um fato psicológico.

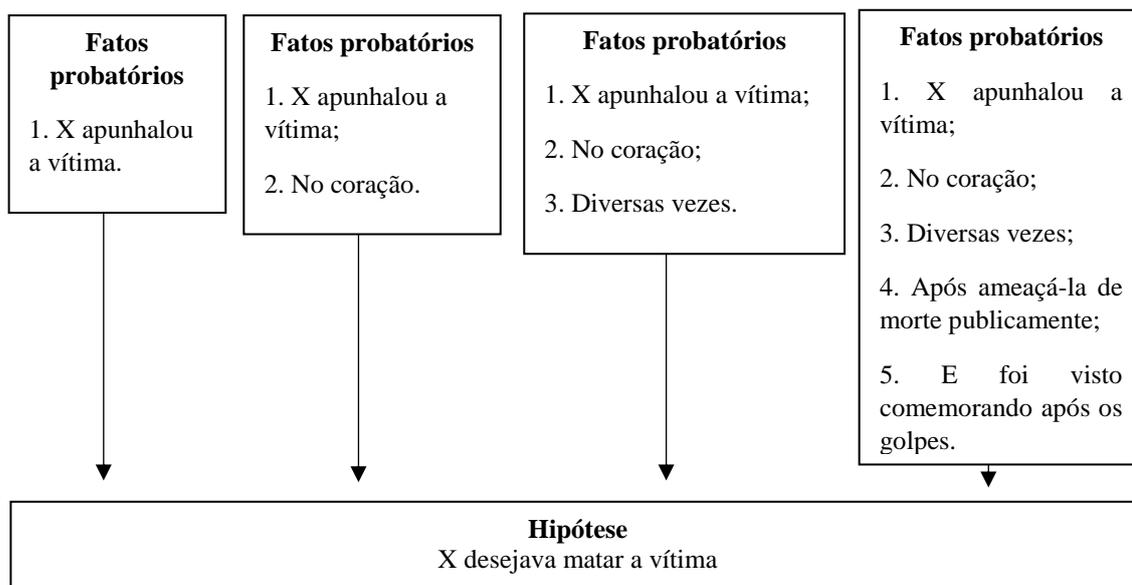
É verdade que pode haver entre esses dois tipos de inferências uma diferença no grau de dificuldade, de modo que as inferências que envolvem apenas fatos externos sejam mais simples do que as que envolvem fatos psicológicos. Todavia, esta parece ser uma questão mais casuística do que geral. Isso porque podem haver garantias que, diante de determinados fatos externos, asseguram de forma muito precisa um correspondente fato psicológico, ao passo que existem outras garantias que, a partir de alguns fatos externos, asseguram apenas de forma débil a passagem para outros fatos externos.¹⁰³

Desse modo, é mais correto conceber que, assim como ocorre com as inferências probatórias em geral, as inferências que pretendam comprovar fatos psicológicos serão mais sólidas na medida em que forem mais sólidos os seus elementos constitutivos, quais sejam: os fatos probatórios, as garantias e as hipóteses.

No tocante aos fatos probatórios, necessariamente externos, que iniciam o argumento no qual se pretende inferir um fato psicológico, o critério da diversidade de elementos ocupa um lugar primordial. Quanto mais circunstâncias externas diferentes acerca da conduta puderem ser comprovadas, mais fácil será delimitar a intenção que o agente tinha ao praticá-las, como pode ser observado no Diagrama 24:

¹⁰³ Gascón Abellán (2010, p. 72) assevera que as inferências que resultam em fatos psicológicos costumam ser mais complexas, pois “*en principio, son más difíciles las intenciones, conocimientos y elementos anímicos de los agentes que los hechos externos*”. Contudo, esta parece ser uma generalização muito pouco precisa.

Diagrama 24



Portanto, ao fundamentar os fatos psicológicos no provimento jurisdicional, o emprego do maior número possível de fatos externos provados, sejam eles contemporâneos, antecedentes ou posteriores à prática da conduta principal, contribui para esclarecer com mais precisão o aspecto subjetivo do agente. Por essa razão, o julgador deve empenhar-se em reunir e especificar o máximo de elementos possíveis acerca destas circunstâncias externas, ainda que não diretamente vinculadas à configuração objetiva do tipo penal.

Esta conclusão implica uma crítica quanto à construção de inferências sobre fatos psicológicos fundamentadas em um único elemento probatório ou em elementos probatórios imprecisos, como ocorreu na AP 929, no qual se assentou que a imputação de conduta criminosa falsa a alguém seria suficiente para se inferir, pelo “contexto”, o dolo de caluniar com fins de propaganda eleitoral. É bem verdade que, naquele caso, havia outras circunstâncias externas que foram implicitamente consideradas, como: a) o período eleitoral; b) a imputação falsa ter sido proferida contra adversário político direto; e c) a imputação falsa ter sido veiculada na imprensa. Um exame mais atento destes fatos externos na fundamentação da decisão poderia ter explicitado melhor o dolo de caluniar com fins de propaganda eleitoral. Todavia, o voto condutor da tese vencedora limitou-se a apontar genericamente um “contexto” que seria capaz de demonstrar o *animus caluniandi* eleitoral, sem especificar de forma clara quais fatos externos especificamente compunham este quadro externo capaz de evidenciar o fato psicológico.

No que tange às garantias empregadas na inferência de fatos psicológicos, é necessário ter em conta não apenas que determinadas condutas geralmente expressam certas intenções, criando-se um catálogo genérico e hermético de vinculação de intenções a fatos externos. Isto

seria insuficiente, pois uma mesma conduta pode significar intenções variadas (por exemplo, levantar o braço pode ser uma saudação, uma ameaça, um sinal, etc.) e vice-versa. É necessário agregar à correlação entre condutas externas e intenções o pressuposto de que os seres humanos, ao agirem intencionalmente, o fazem de forma minimamente racional (GONZÁLEZ LAGIER, 2005, p. 47).

Agir de forma minimamente racional significa que nossas ações externas são movidas por um fim, que é a razão pela qual agimos (racionalidade instrumental). Desse modo, se agimos de determinada maneira é porque cremos que este modo de agir será um meio eficaz para que se produza o fim que almejamos. Ainda que não possamos mensurar de forma absolutamente racional e objetiva qual o melhor meio para alcançar os fins que desejamos, empenhamo-nos em agir da forma que nos pareça a mais adequada para alcançar os fins que pretendemos. Assim, de forma sintética, o postulado de racionalidade mínima das ações humanas intencionais pode ser resumido na ideia de que “se um agente atua intencionalmente, ele sempre realiza a ação que acredita ser a mais adequada para alcançar o fim que persegue” (GONZÁLEZ LAGIER, 2005, p. 55).

Assim, na fundamentação das máximas de experiência e presunções das quais se inferem os fatos psicológicos é essencial indagar, considerando o contexto do agente e as regras ordinárias do comportamento humano, a qual finalidade sua ação se mostrava mais eficaz. Retomando o exemplo do Diagrama 24 anteriormente citado, a que finalidade a conduta de apunhalar a vítima diversas vezes no coração se mostraria mais adequada? Ao respondermos esta pergunta, é possível concluir, com elevado grau de certeza, que a conduta se destinava a matar a vítima, resultado que o agente desejava ao praticá-la.

Um raciocínio nestes termos foi utilizado na AP 572 para comprovar o vínculo subjetivo existente entre o réu-candidato e os autores diretos do crime de falsificação de títulos eleitorais. Naquele caso, foi assumido como provado que o réu-candidato corrompeu uma servidora a lhe entregar títulos eleitorais em branco. A partir deste fato externo, considerando-se que era ano eleitoral e que o agente corruptor era candidato à cargo eletivo, à qual finalidade a conduta de adquirir ilicitamente títulos eleitorais em branco se mostraria mais adequada? Com elevado grau de certeza, é possível depreender desta situação a intenção de se utilizar destes documentos para fraudar o sufrágio.

Por fim, as hipóteses formuladas como conclusão dos raciocínios acerca de fatos psicológicos também podem ser avaliadas por critérios similares aos já apresentados para a avaliação das hipóteses fáticas em geral. Desse modo, é possível confrontar hipóteses alternativas acerca dos fatos psicológicos, verificando-se a qual delas se adéqua melhor à

conduta externa, é mais coerente ou possui maior capacidade explicativa. Também é adequado, para aferir a solidez do argumento, formular hipóteses derivadas do fato psicológico e buscar comprová-las ou refutá-las, por exemplo:

a) Se X desejava A ao praticar a conduta B, então ele teria praticado também a conduta C. X efetivamente praticou a conduta C (confirmação de hipótese derivada).

b) Se X desejava A ao praticar a conduta B, então ele teria praticado também a conduta C. X não praticou a conduta C (refutação indireta).

c) Se X desejava A ao praticar a conduta B e C é incompatível com A, então X não praticaria C. X praticou C (refutação indireta).

d) Se X desejava A ao praticar B e C é necessário para A, então X também praticaria C. X praticou C (confirmação de hipótese derivada)

Em suma, as discussões sobre fatos psicológicos permeiam todo o campo das decisões penais. No conjunto de acórdãos analisados neste estudo, é possível verificar que o STF enfrentou este tipo de questões, embora nem sempre as estratégias argumentativas utilizadas na fundamentação deste ponto das decisões condenatórias tenham sido suficientemente claras e precisas.

Uma análise adequada dos fatos psicológicos não se distancia daquela empregada para os fatos externos, pois em ambos os casos se trata de inferir, de um conjunto de fatos probatórios, através de máximas de experiência e presunções, um outro fato (seja ele externo ou psicológico). Colaboram para aumentar a solidez do argumento no qual se infere uma hipótese de fato psicológico a diversidade dos fatos externos provados, a adequada fundamentação das garantias segundo o postulado da racionalidade mínima das condutas intencionais e a satisfação dos demais critérios de avaliação já propostos para o exame de argumentos probatórios em geral.

4.4 MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA, PRESUNÇÕES E ÔNUS DA PROVA

A discussão sobre o ônus probatório no processo penal é muitas vezes reduzida por interpretações que alargam o princípio da presunção de não culpabilidade a ponto de conceber a inexistência de ônus probatório defensivo no processo. Para os adeptos deste tipo de compreensão, no processo penal o ônus da prova incumbiria inteiramente ao Ministério Público (STRECK, 2015; BADARÓ, 2003), e a defesa poderia se limitar a “tão somente, opor-se à pretensão do acusador, não alegando fato algum” (MIRZA, 2010, p. 542). Contudo, embora abstratamente a defesa possa não alegar ou provar fato algum no processo, posto que não há o

dever de que seja apresentada uma hipótese alternativa defensiva, os casos aqui examinados demonstram muito bem que a atuação da defesa no processo penal quanto à argumentação probatória é bem mais complexa.

Na ação penal nº 916, diante das provas e da confissão do acusado de que realmente houve desvios financeiros pelo prefeito, a defesa tentou sustentar a existência de uma crise financeira no município que teria viciado de forma determinante a vontade do agente. Entretanto, para se sustentar esta alegação, a Corte Suprema considerou que “as dificuldades financeiras acarretadoras de inexigibilidade de outra conduta, que impossibilitam o adimplemento de obrigações, devem ser cabalmente demonstradas pelo acusado” (AP 916, p. 15, sem grifos no original).

Também na ação penal nº 929, a defesa tentou afastar o elemento subjetivo do tipo penal alegando a ausência de dolo. Esta hipótese defensiva, como decidido pelo STF, exigiria que a defesa comprovasse circunstâncias capazes de evidenciar que o acusado tinha certeza subjetiva acerca da falsa imputação que realizou. Neste caso, a máxima de experiência apontada pelo Min. Gilmar Mendes desempenhou um papel decisivo, uma vez que tornava os elementos probatórios já apresentados pela acusação como suficientes para se inferir a existência do dolo de caluniar, revertendo, portanto, o ônus de produzir prova em sentido contrário para a defesa.

Com efeito, uma interpretação do princípio da presunção de não culpabilidade como norma que excluiria a existência de ônus probatório defensivo no processo penal possui dois problemas principais. De um lado, é uma concepção idealizada da argumentação no processo penal, pois ignora o contexto dialético do processo e parte do pressuposto de que a defesa ocuparia, em regra, um papel meramente passivo nas ações penais, o que não necessariamente é estratégico para a defesa e tampouco se coaduna com a ampla defesa assegurada aos acusados.¹⁰⁴

Além disso, esta seria uma concepção aplicável apenas a uma fase muito inicial do processo penal, na qual houvesse simplesmente a narrativa acusatória, desprovida de quaisquer elementos de prova, e a narrativa do acusado. Nesta posição inicial, efetivamente, o ônus probatório competiria apenas a quem acusa. Contudo, à medida que a acusação vai apresentando fatos probatórios nos autos, e normalmente a própria peça inicial de acusação já está acompanhada de alguns elementos produzidos na fase administrativa de investigação,

¹⁰⁴ Para que a acusação consiga dar início à ação penal, é necessário que já estejam presentes elementos mínimos de autoria e materialidade delitiva. Disto resulta que, em termos probatórios, a acusação ingressa no processo com melhores condições que a defesa. Assim, é comum que a ação penal se limite a confirmar em juízo os elementos probatórios já constantes no inquérito, de modo que a ausência de atuação probatória defensiva, seja para impugnar as provas da acusação, seja para sustentar novas hipóteses, tornaria estrategicamente muito difícil impedir o juízo condenatório.

passam a incidir na argumentação probatória as máximas de experiência e as presunções, as quais garantem inferências que podem conduzir à condenação caso a defesa não atue concretamente em sentido oposto.

Para compreender este problema, é útil diferenciar o duplo aspecto do ônus probatório presente na literatura anglo-saxã: o seu funcionamento como *burden of proof* e como *burden of producing evidence* (FERRER BELTRÁN, 2018, p. 175). Como *burden of proof*, o ônus probatório informa qual será a parte prejudicada pela ausência de provas, ou seja, quem perderá o processo caso não haja produção probatória suficiente. Como *burden of producing evidence*, o ônus da prova esclarece qual das partes deve produzir todas ou alguns dos elementos probatórios no processo. Não necessariamente estes dois aspectos do ônus da prova estão sempre atrelados.

No sentido de *burden of proof*, parece claro que, de forma geral, o ônus da prova recai sobre a acusação. A ausência de provas nos autos acarretará, para quem acusa, a derrota no processo penal. Contudo, no sentido de *burden of producing evidence*, como ônus de integração ou de produção de determinadas provas, a atividade probatória defensiva não pode ser excluída. De fato, a ausência de produção de provas pela defesa não irá lhe impor, isoladamente, a derrota no processo com a imposição da condenação. Contudo, a não produção de evidências sobre pontos de interesse defensivo poderá obstaculizar determinado resultado favorável almejado.

Isso porque, como já dito, a argumentação fático-probatória se realiza, em sua forma mais básica, por inferências fundadas em máximas de experiência, as quais expressam uma generalização acerca do modo como os fatos costumam ocorrer. Assim, se a acusação apresenta uma máxima de experiência bem fundada e comprova os fatos probatórios capazes de satisfazer o pressupostos desta máxima, à defesa restariam poucas opções para afastar a hipótese acusatória, entre elas: a) contestar a validade ou a credibilidade dos elementos probatórios utilizados pela acusação para configurar a incidência da máxima de experiência; b) questionar a própria máxima de experiência, argumentando pela sua falta de fundamentação ou de probabilidade causal; ou c) sustentar que o caso específico foge à aplicação da máxima de experiência, em um verdadeiro *distinguishing* fático. Em todas estas estratégias defensivas há um componente probatório importante, porém em (c) ele aparece de forma mais clara.

Imaginemos um processo penal no qual a acusação comprovou que X foi encontrado na posse de 20 kg de cocaína, guardadas dentro de sua mochila, na área de embarque do aeroporto. Estes elementos probatórios são suficientes para fazer incidir a máxima de experiência de que pessoas que portam elevadas quantidades de drogas em aeroportos pretendem transportá-las para fins de tráfico. Todavia, caso a defesa desejasse argumentar que esta máxima de

experiência não é aplicável ao caso particular, seria possível ter sucesso nesta estratégia apenas alegando que o réu desconhecia o conteúdo da mochila, por exemplo, sem qualquer ônus probatório? Evidentemente, no caso apresentado, a defesa estaria sustentando uma dinâmica excepcional e anormal dos fatos, razão pela qual a apresentação de elementos probatórios aptos a sustentar esta situação extraordinária constituiria ônus probatório defensivo.

Do mesmo modo, assim como as máximas de experiência, as presunções jurisprudenciais também interferem na atividade probatória das partes, inclusive de forma mais incisiva. Se a estrutura de uma máxima de experiência nos assegura que “dados os elementos X, é muito provável Y”, a presunção é mais autoritativa e assevera que “dados os elementos X, provado está Y” (GONZÁLEZ LAGIER, 2003b, p. 36). Desse modo, com ainda mais razão, a defesa que pretenda afastar a incidência de uma presunção jurisprudencial possui um ônus probatório a se desincumbir. Tomando como exemplo o caso do crime de receptação citado no capítulo 2, diante da apreensão do objeto ilícito na posse do agente, a defesa deve produzir as provas de que a aquisição do objeto foi lícita, sob pena de ver a hipótese acusatória ser admitida sem contraposição efetiva.

Isto não significa que a existência de uma presunção jurisprudencial ou máxima de experiência retire da acusação o ônus probatório no aspecto de *burden of proof*. Tanto no caso da apreensão de elevada quantidade de drogas no aeroporto (máxima de experiência), quanto na hipótese de apreensão do objeto ilícito na posse do agente (presunção jurisprudencial), caso, ao final do processo, não fosse produzida prova alguma, a derrota na ação seria do órgão acusador. Contudo, a partir do momento que a acusação apresenta fatos probatórios (a apreensão da droga ou a apreensão do objeto de ilícito) e consegue desenvolver um argumento fático-probatório sólido com o emprego de máximas de experiência ou presunções, uma contestação fundada da hipótese acusatória poderá exigir da defesa o cumprimento de um *burden of producing evidence*.

Deve-se considerar, ainda, embora isto seja menos comum na legislação penal, que a própria lei pode estabelecer presunções contra a defesa.¹⁰⁵ Era o caso da antiga redação dos arts. 213 e 224 do Código Penal (anterior à Lei nº 12.015/2009). O primeiro dispositivo legal tipificava a conduta de “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Já o segundo dispositivo determinava hipóteses em que a violência, elemento constitutivo do tipo penal, deveria ser presumida. Entre estas hipóteses de presunção de

¹⁰⁵ O assunto é controverso, mas em se tratando de presunções legais que tenham fundamento epistemológico e admitam prova em contrário, o que as torna verdadeiras máximas de experiência reconhecidas legalmente, não há motivo para considerar este tipo de presunção incompatível com o processo penal.

violência estavam as conjunções carnavais praticadas com menores de 14 anos ou com pessoas acometidas por grave deficiência mental. À época da vigência desta presunção, havia entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que se tratava de uma presunção relativa, a qual poderia ser afastada “se a relação sexual é consciente e validamente consentida”.¹⁰⁶ Por certo, a prova de que a relação sexual cuja violência é presumida por lei foi praticada de forma consciente e validamente consentida pela vítima deveria ser produzida pela defesa ao menos em seus aspectos mínimos.

Por fim, é certo que uma das maneiras mais efetivas de diminuir a solidez de uma hipótese é apresentar outras razoáveis hipóteses alternativas. A capacidade de eliminação das hipóteses alternativas é um dos critérios de avaliação mais relevantes no processo penal, no qual se exige um elevado grau de certeza da hipótese acusatória para que seja possível a condenação. Assim, embora não seja um dever (e justamente por não ser um dever pode ser qualificado como um ônus)¹⁰⁷, caso a defesa não apresente provas de que há hipóteses alternativas razoáveis, esta inércia estará indiretamente contribuindo para a aumentar a solidez da hipótese acusatória.

Por todos esses motivos, a afirmação de inexistência de ônus probatório defensivo no processo penal não se justifica quando analisada sob a perspectiva dialética de como os fatos são reconstruídos argumentativamente no processo. Este tipo de percepção extremada, além de estar desvinculada da realidade processual, impede que sejam levadas adiante discussões importantes, como qual seria melhor forma de dar segurança à atividade probatória das partes no processo penal ou de delimitar o nível de solidez exigível para que se considere cumpridos os ônus probatórios defensivo e acusatório.

No processo civil, onde o ônus probatório é discutido de forma menos mistificada, a necessidade de que esteja claro para as partes o que compete a cada uma provar e do dever de oportunizar a produção destas provas está plenamente assentado. Nesse sentido, a Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) determina que o juiz, ao sanear o processo antes do início da instrução processual, deve expressamente delimitar as questões de fato e definir o ônus da prova (art. 357). De outra parte, caso haja a distribuição do ônus probatório de modo diverso do ordinário, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (art. 373, § 1).

¹⁰⁶ AgRg no REsp 705.429/GO, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 21/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 298.

¹⁰⁷ Conceitualmente, um dever não pode ser um ônus, pois naquele o cumprimento é compulsório e neste é livre e facultativo. Ainda, o descumprimento do dever acarreta uma sanção, enquanto o não cumprimento de ônus ocasiona perda da oportunidade de alcançar uma melhor posição jurídica (GRAU, 1982).

O desenvolvimento de técnicas similares no processo penal, ou de outras estratégias que evidenciassem de forma mais precisa os ônus probatórios antes do momento da sentença, evitaria que a defesa fosse surpreendida somente na sentença com a imposição de um elevado ônus probatório acerca de determinada circunstância, como aconteceu na discussão do dolo no crime de calúnia eleitoral (AP 929).

A questão é relevante porque não parece haver sempre um critério claro para a determinação dos ônus probatórios. Na AP 929, a Corte compreendeu que a intenção de caluniar poderia ser inferida da própria conduta de imputar falsamente crime a alguém. Em sentido contrário, na AP 563, a Corte posicionou-se no sentido de que a intenção de induzir o juiz a erro não poder ser inferida da própria conduta de alterar os elementos identificadores da fonte da prova apresentada em juízo. Portanto, a dúvida sob as hipóteses em que, na opinião da Corte, o dolo pode ou não ser inferido da própria conduta criminosa (em geral pela aplicação de máximas de experiência), gera um campo de insegurança, o que dificulta a atuação das partes.

Outro aspecto importante acerca do ônus probatório no processo penal está relacionado com o grau de solidez da argumentação probatória que se exige para a satisfação dos ônus defensivo e acusatório. De fato, a certeza exigida para que se considere provada uma alegação da acusação é muito superior à exigida para que seja admitida uma hipótese defensiva. Exemplo disso é que, para que se condene alguém pelo crime de lesões corporais, será necessária a comprovação da hipótese acusatória em um patamar elevadíssimo de certeza, normalmente tratado como “acima de toda a dúvida razoável”. De outra parte, caso surja na apuração deste crime de lesão corporal uma hipótese defensiva de legítima defesa, o Código de Processo Penal autoriza a absolvição do acusado se sobre esta hipótese “houver fundada dúvida”.¹⁰⁸

Deste modo, há claramente uma assimetria nos parâmetros probatórios mínimos exigíveis da defesa e da acusação (FERRER BELTRÁN, 2018, p. 177), tema que será retomado no tópico deste capítulo especificamente destinado aos *estándares probatórios*.

¹⁰⁸ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

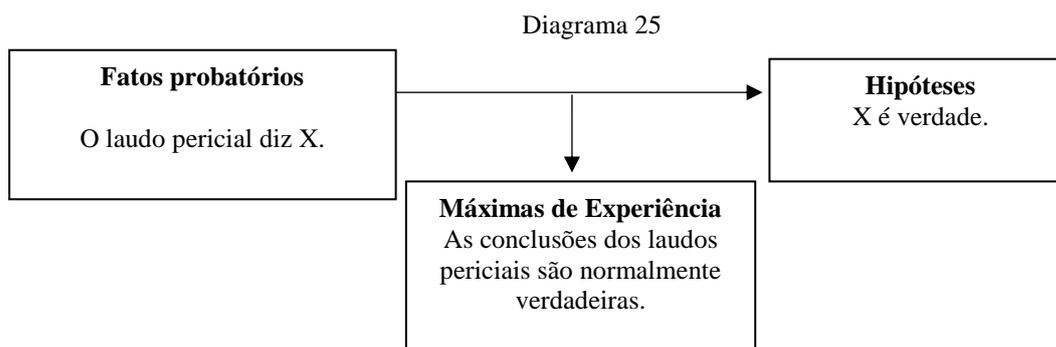
[...]

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo **se houver fundada dúvida sobre sua existência**; (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, sem grifos no original).

4.5 A PROVA PERICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES

A prova pericial¹⁰⁹, compreendida como o conjunto de conclusões subscritas por um especialista em determinada área do conhecimento sobre fatos relevantes para a resolução do processo, é normalmente recebida pelos juízes como um fato probatório de extrema fiabilidade. Por essa razão, a invocação destas conclusões técnicas e científicas em juízo faz emergir, por si só, uma máxima de experiência de que as alegações dos *experts* são normalmente verdadeiras¹¹⁰, admitindo-se de forma imediata, em regra, a veracidade das hipóteses apresentadas em seus resultados.

A fiabilidade extremada que se atribui à prova pericial faz com que o raciocínio realizado acerca dela seja geralmente entimemático, mas sua estrutura completa se amoldaria ao leiaute representado no Diagrama 25:



Este tipo de estrutura ficou bem evidenciada no exame da AP 572, na qual o Min. Relator, após transcrever os trechos finais do laudo documentoscópico no qual se concluiu que as assinaturas apostas nos títulos de eleitor desviados foram grafadas por pessoas ligadas ao acusado, imediatamente ratificou a veracidade destas informações e concluiu no mesmo sentido das afirmações do parecerista.

A construção do argumento em torno da prova pericial neste formato simples e pouco crítico não suscitou maiores controvérsias na AP 572, especialmente em razão da aparente ausência de questionamento pelas partes. Contudo, trata-se de uma formulação potencialmente

¹⁰⁹ Taruffo (2008) diferencia entre a prova pericial simples, consistente em constatações triviais feitas por um perito sem nenhum conhecimento científico específico (medição simples de espaços, descrições de objetos que não demandem conceituação teórica, etc.) e a prova pericial científica, na qual há o emprego de conhecimento científico em sentido estrito. Esta diferenciação cria inúmeros problemas, especialmente no que tange a diferenciação entre o que é conhecimento científico ou não. Em todo caso, o uso do termo prova pericial nesse ponto do trabalho faz referência a todo tipo de opinião, emitida por um especialista, em áreas de conhecimento que não sejam de domínio do juiz.

¹¹⁰ Em se tratando de provas técnicas subscritas por peritos oficiais (agentes públicos), a máxima de experiência se converte em verdadeira presunção legal/jurisprudencial.

problemática quando se pensa na pretensão epistemológica do processo, pois ela mascara tendências perniciosas acerca do raciocínio probatório.

A primeira tendência perigosa que existe em um argumento formulado nos termos acima expostos é a de ignorar o caráter probalístico inerente a qualquer elemento probatório, inclusive às conclusões periciais. Há um passo inferencial entre a afirmação de que o perito concluiu algo e a conclusão de que o perito está correto em sua conclusão. Esse passo inferencial está sujeito a um maior ou menor grau de probabilidade de certeza a depender de diversos fatores, o que não pode ser ignorado na valoração probatória.

Um primeiro fator que tem impacto direto nesta inferência diz respeito à qualidade do conhecimento científico utilizado pelo perito na produção de suas conclusões. O conhecimento científico, como qualquer tipo de conhecimento, está sujeito a construções melhores ou piores, acertadas ou equivocadas. Assim como há bastante boa ciência sendo produzida de maneira sólida e criteriosa, há também ciência lixo (*junk science*), que sob uma aparência de cientificidade são exercícios de adivinhação e criação de conexões arbitrárias, as quais sequer podem ser considerados ciência (HUBER, 1992).¹¹¹

Diferenciar entre o que é ciência ou não é uma tarefa que tem se tornado cotidianamente mais árdua, seja pela explosão de novos conhecimentos que reivindicam um status de cientificidade, seja pelo desenvolvimento de novas técnicas que questionam parâmetros de cientificidade que se consideravam estabelecidos. Uma das tentativas mais marcantes de se estabelecer um critério de cientificidade para fins probatórios no direito foi o julgamento do caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals* pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no qual foram fixados, em síntese, quatro parâmetros básicos para que uma prova de caráter científico pudesse ser admitida em juízo:¹¹² a) que a teoria ou técnica científica em que se funda a prova possa ser controlada e falseada; b) que esteja definido o seu percentual de erro efetivo ou potencial; c) que a teoria ou técnica científica que fundamenta a prova tenha sido publicada em periódico sujeito ao controle por outros especialistas; d) que haja um consenso na comunidade científica interessada acerca desta teoria ou técnica (TARUFFO, 2008, p. 283).

As críticas aos parâmetros fixados no caso *Daubert* são contundentes e variadas, indo desde sua insuficiência para a avaliação das ciências humanas e sociais (TARUFFO, 2008, p.

¹¹¹ Um interessante exemplo de *junk science* apontado por Huber (1992) foram as inúmeras teorias “científicas” surgidas no período inicial de proliferação da AIDS que serviram como base para a proliferação de preconceitos infundados contra as vítimas desta doença.

¹¹² No sistema jurídico dos Estados Unidos da América o problema acerca de quais provas poderão ser admitidas em juízo costuma ser mais relevante do que os próprios critérios de valoração da prova, uma vez que as provas admitidas serão normalmente levadas ao conhecimento de jurados e não há como controlar de maneira efetiva como elas serão recepcionadas e interpretadas por estes julgadores leigos.

285s) até considerações acerca da inadequação da teoria popperiana adotada em sua formulação (HAACK, 2014, p. 162s). Estas controvérsias não poderiam ser examinadas detidamente neste espaço, cujo objetivo é apenas acentuar que os conhecimentos empregados pelos peritos não podem ser absolutizados na análise probatória.

Se retomarmos o caso da AP 572, mesmo com os limitados critérios definidos no julgamento Daubert, seria possível qualificar a grafoscopia como prova científica admissível? A premissa fundamental da grafoscopia, que é a de que cada pessoa tem um grafismo único, inconfundível e determinado de forma subconsciente (DOMINGUES; TELLES, 2017), foi cientificamente estabelecida de maneira sólida? Seria possível falseá-la? Qual o percentual de erro de um exame grafoscópico? Embora as perícias grafoscópicas sejam rotineiras no contexto judicial brasileiro, muito provavelmente poucos juízes e advogados saberiam responder a questões deste tipo.¹¹³

Outro aspecto que tem grande influência no grau de probabilidade de certeza das conclusões periciais é o adequado manejo da teoria ou técnica escolhida. Até mesmo boa ciência pode produzir resultados errôneos quando aplicada de maneira equivocada. A observância dos métodos para a identificação, produção, guarda, abordagem e interpretação do objeto submetido à perícia são variáveis de grande importância e que podem reduzir substancialmente a qualidade das conclusões do perito. Um exemplo deste tipo de variável ficou evidente no caso Brandon Mayfield, no qual a utilização de uma imagem de impressão digital com qualidade abaixo da necessária resultou na incorreta identificação de um advogado norte-americano como sendo o autor de um atentado terrorista em Madrid. O erro foi cometido pelo Departamento Federal de Investigação dos Estados Unidos (FBI) e resultou em uma nota pública de desculpas no qual esta instituição se comprometeu a rever seus procedimentos para o recebimento de imagens de impressões digitais submetidas à sua análise.¹¹⁴

Além do exposto acima, é preciso considerar que boa ciência bem empregada igualmente não é capaz de alcançar sempre os resultados a que se propõe. Um exame de DNA pode ser mais ou menos fiável a depender do material genético disponível e a análise de um perito físico em um acidente de trânsito está sujeito a uma maior ou menor qualidade a depender dos indícios materiais conservados após o acontecimento. A própria perícia grafoscópica tende

¹¹³ Em 2009, o Comitê para a Identificação das Necessidades da Comunidade Científica Forense publicou um relatório no qual se concluiu que “*the scientific basis for handwriting comparisons needs to be strengthened*” e que “*there has been only limited research to quantify the reliability and replicability of the practices used by trained document examiners*”. (CINFSC, 2009, p. 166-167).

¹¹⁴ A íntegra da nota de desculpas emitida pelo FBI pode ser consultada em: <<https://archives.fbi.gov/archives/news/pressrel/press-releases/statement-on-brandon-mayfield-case>>. Acesso em: dez. 2018.

a apresentar melhores resultados ao confrontar assinaturas feitas sem o intuito direto de fraude, pois quando o agente que produz a grafia tem a intenção direta de falsificar, como costuma ocorrer em contextos criminais, é possível que se introduzam disfarces na grafia que podem facilmente impedir a correta identificação da pessoa que os produziu (GORZIZA, 2017).

De outra parte, além de acobertar as inúmeras variáveis acerca da certeza que se pode obter a partir do laudo pericial, o uso entimemático das conclusões dos peritos também tende a transformar este argumento fático em um argumento de autoridade. Isso porque a fiabilidade e a valoração da prova pericial passam a não depender da sua qualidade técnico-científica, mas do fato de ser a afirmação do perito. O perito se converte, portanto, em uma espécie de ser iluminado que vem ao processo para revelar a verdade, ignorando-se que ele é uma pessoa limitada, utilizando técnicas igualmente limitadas, na tentativa de obter uma maior aproximação à verdade dentro do possível.

Não se pretende, com estas observações, colocar em dúvida a capacidade dos peritos em contribuírem para a elucidação dos fatos ou a autoridade da boa ciência para a correta compreensão do mundo empírico. O que se pretende é destacar que a recepção das conclusões periciais por juízes e advogados não pode prescindir de um mínimo de indagações críticas, entre as quais estão perguntas acerca da própria qualificação do perito como um *expert* no objeto da perícia, sendo plenamente admissível e legítimo, neste contexto, os argumentos *ad hominem* bem fundados (ATIENZA, 2013, p. 422).¹¹⁵

Por fim, uma última tendência perniciosa na forma trivial como se passa do resultado da perícia à conclusão sobre os fatos refere-se à anulação do papel do julgador como real responsável pela valoração da prova no processo. A ausência de análise crítica da perícia converte a decisão judicial em simples pronunciamento destinado a repetir as conclusões do perito e conferir-lhes autoridade jurídica. Por certo, os ordenamentos jurídicos em geral, inclusive o brasileiro, conferem ao juiz a possibilidade de decidir de forma contrária às conclusões dos peritos.¹¹⁶ Porém, isto cria um aparente paradoxo: se a participação do perito no processo se justifica em razão de o juiz não possuir os conhecimentos técnicos necessários para a compreensão dos fatos, como poderá ele ter os conhecimentos técnicos necessários para controlar o trabalho e os resultados alcançados pelo perito? Diante desta questão, há quem

¹¹⁵ Atienza (2013, p. 422), a partir de Walton (1989), apresenta seis perguntas críticas às quais devem ser submetidas as conclusões periciais: “1) ¿cae el juicio del experto dentro de su campo de especialidad?; 2) ¿se trata realmente de un experto? ; 3) ¿como de experto es?; 4) ¿hay desacuerdos com otras autoridades em la matéria?; 5) ¿avalan las pruebas objetivas existentes al respecto de la opinión del experto?; 6) ¿se há interpretado bien lo dicho por el experto?”.

¹¹⁶ Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte (Código de Processo Penal brasileiro).

defenda que a livre valoração da prova pericial pelo juiz possa ser apenas uma ficção jurídica e que, na verdade, é o perito quem irá definir o conteúdo fático do provimento jurisdicional (TARUFFO, 2008, p. 97).

Esta parece ser uma compreensão que, não obstante encontre certo respaldo na observação da prática judicial, resulta demasiadamente pessimista. Embora não seja possível, nem conveniente, converter os juízes em peritos, não há razão para crer que a correta valoração das provas periciais nos provimentos jurisdicionais seja uma tarefa impossível. E, para torná-la possível, o desenvolvimento da epistemologia jurídica e a difusão desta disciplina entre os juristas desempenha um papel importante.¹¹⁷

Para nos mantermos no campo da perícia grafoscópica, há um interessante caso na qual a Audiência Provincial de Teruel (Espanha) rejeitou as conclusões de uma perícia grafoscópica com base nas seguintes observações (GARCÍA VITORIA, 2009, p. 45):

[...] *la imputación al acusado de ambos delitos de daños se fundamenta **en exclusiva en un único indicio**; la atribución al mismo de la autoría de las pintadas aparecidas en el lugar de ambos hechos, **a través de la prueba pericial caligráfica practicada al efecto**. Pues bien, a la luz de la doctrina antes expuesta, tal indicio resulta, a juicio de la Sala, insuficiente para acreditar la autoría, y ello por cuatro razones: en primer lugar porque, como se ha expuesto, uno de los requisitos de la prueba indiciaria es que se fundamente sobre indicios plurales, de significación independiente, **pues un único indicio**, por fuerte que sea, no excluye la posibilidad del azar; en segundo lugar, porque la supuesta coincidencia caligráfica permitiría únicamente deducir que el acusado es el autor de las pintadas, pero se necesitaría una nueva inferencia, para poder deducir que el autor de las pintadas es la misma persona que provocó los otros delitos de daños; **en tercer lugar porque los resultados de la pericia caligráfica deben ser interpretados con suma prudencia, ya que se trata de una prueba atípica, donde se esta comparando la caligrafía hecha con un spray de pintura sobre un muro, a gran escala, con el cuerpo de escritura realizado por el acusado, a bolígrafo y rotulador, sobre un folio**; y finalmente, porque existe, además, un **contraindicio constituido por la declaración de la novia del acusado, quien aseguró con rotundidad en el acto del juicio oral que estuvo junto al acusado, en casa de la abuela de éste, durante toda la tarde del día de autos**; por lo que en tales circunstancias, dicha prueba de cargo carece de virtualidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y acreditar la autoría del acusado, con el "juicio de certeza" que toda Sentencia penal condenatoria exige, procediendo en consecuencia decretar la libre absolución del acusado de los delitos que se le imputaban.*

Neste caso, o Tribunal provincial considerou o carácter probabilístico da prova grafoscópica e, ao verificar ser este o único indicio presente nos autos, não excluiu a “possibilidade de azar”. Além disso, também refletiu sobre as condições atípicas em que a perícia foi produzida, tratando-se da comparação entre uma pintura feita com *spray* sobre um

¹¹⁷ O termo epistemologia jurídica é aqui utilizado no sentido de “uma abordagem teórica crítica do problema probatório, na medida em que a determinação dos fatos no contexto jurídico passa a ser vista como uma questão maior referente à racionalidade das decisões judiciais” (MATIDA; HERDY, 2016, p. 212).

muro e a caligrafia do acusado feita com caneta sobre papel. Por fim, a Corte também inseriu esta prova pericial concreta dentro do restante do conjunto probatório disponível, no qual havia um *álibi* razoável e não refutado.

Como se vê, o acesso a algumas ideias fundamentais da epistemologia jurídica, como a discussão sobre a falibilidade da prova científica e os critérios de corroboração de conclusões fáticas, desmistifica a função dos peritos e favorece uma compreensão menos ingênua dos resultados das perícias e das metodologias por elas empregadas. É este instrumental que torna possível que o juiz exerça adequadamente o seu papel de sujeito decisório na valoração das provas periciais. Com efeito, no atual estágio de desenvolvimento social, não é nenhum absurdo esperar que os juízes tenham uma formação epistemológica básica para “conhecer a ciência” e poderem desempenhar de forma mais correta o seu ofício (TARUFFO, 2008, p. 295).

Em conclusão, verifica-se que há, no conjunto de acórdãos do STF examinados nesta pesquisa, o uso de conclusões periciais como um entimema, no qual se passa diretamente do resultado da perícia para a conclusão de que este resultado é verdadeiro. Esta forma de raciocínio tende a ocultar o caráter probabilístico e inferencial inerente a qualquer fato probatório, inclusive à prova pericial, converte o argumento fundado na perícia em um argumento de autoridade e induz à anulação da figura do juiz como legítimo responsável pela valoração probatória na decisão judicial.

Para o enfrentamento destas tendências perniciosas, é útil o desenvolvimento e a difusão de conhecimentos em epistemologia jurídica entre os práticos do direito. Este instrumental teórico é relevante tanto para tornar juízes e advogados mais críticos na recepção das conclusões periciais no processo quanto para que, ao prolatar sua decisão, o juiz exerça, de fato, o seu papel de sujeito da valoração probatória.

4.6 RELEVÂNCIA ARGUMENTATIVA DA DISTINÇÃO ENTRE *QUAESTIO FACTI* E *QUAESTIO IURIS*

Como defendido nos primeiros capítulos deste estudo e confirmado ao longo do exame dos acórdãos condenatórios proferidos pelo STF, uma separação rígida entre *quaestio facti* e *quaestio iuris* nos provimentos jurisdicionais não se sustenta na prática. Com efeito, há entre as questões de fato e as questões de direito um nexo dialético, na medida em que fatos e normas vão se determinando progressiva e reciprocamente em um contexto unitário, embora cindível por razões metodológicas (UBERTIS, 2017, p. 66s).

Esta cisão metodológica é útil, no contexto argumentativo, para a definição do objeto a ser perseguido nos variados momentos da argumentação judicial e, por consequência, das estratégias a serem empregados para alcançá-lo. Desse modo, na dimensão da *quaestio facti*, quem argumenta orienta a sua atividade para fundamentar o que é verdadeiro em relação com o mundo externo, utilizando como principais instrumentos nesta tarefa os fatos probatórios e as máximas de experiência.¹¹⁸ De outro lado, na dimensão da *quaestio iuris*, quem argumenta pretende fundamentar o que é lícito, constitucional ou justo dentro de um sistema normativo, utilizando como principais instrumentos as fontes jurídicas e as técnicas de interpretação de comandos normativos.¹¹⁹

A diferenciação na metodologia de argumentação nos planos da *quaestio facti* e da *quaestio iuris* está demonstrada no julgamento da AP 530, especialmente no confronto entre os votos divergentes naquele acórdão.

A questão fática principal naquele acórdão consistia em determinar a veracidade ou não do contrato social em que o parlamentar figurava como sócio sem poderes de administração. Ao argumentar quanto a este problema, ambos os votos, vencedor e vencido, socorreram-se nos mesmos fatos probatórios (por exemplo: negociação de empréstimo pelo parlamentar) e nas mesmas máximas de experiência (por exemplo: que quem negocia empréstimos normalmente é o administrador), formulando inferências probatórias no sentido de que era o parlamentar quem efetivamente exercia as funções de administração na sociedade empresarial.

Contudo, ao ingressar no exame da *quaestio iuris*, os votos apoiaram-se em garantias e técnicas interpretativas distintas. A Min. Rosa Weber, apresentando um argumento interpretativo por analogia, sustentou que o maior rigor na punição da falsificação do documento público é resultado da maior confiabilidade que estes documentos possuem por serem fornecidos por órgãos públicos. Assim, como o contrato social, uma vez registrado na junta comercial, poderá ser disponibilizado pelo referido órgão a qualquer interessado, com a confiabilidade jurídica de um documento público, deve-se aplicar à sua falsificação o mesmo rigor da falsificação dos documentos públicos. É a aplicação da máxima *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositivo*.

¹¹⁸ Não há dúvidas de que, no campo penal, as máximas de experiência constituem o principal instrumento para a discussão fática. As presunções ocupam uma posição secundária, seja porque derivam de máximas de experiência institucionalizadas (presunções com base empírica), seja porque demarcam uma renúncia à busca pela verdade, posterior ao início do processo, em razão de outras preferências institucionais como a celeridade e a segurança jurídica (presunções de cunho institucional).

¹¹⁹ Deixa-se de lado, por fugir aos interesses deste estudo, a discussão acerca da existência de fatos morais objetivos e, portanto, da possibilidade de uma argumentação sobre a verdade no campo moral. Sobre o tema, ver: Lariguet (2017).

De outro lado, o Min. Roberto Barroso, redator do acórdão, apresentou um argumento interpretativo conceitual, utilizando, como garantia para a sua conclusão de que o contrato social é um documento particular, a definição doutrinária e jurisprudencial de documento público e a redação do art. 297, § 2º, do Código Penal, que não contempla o contrato social como hipótese de documento público.

Com efeito, compreender se o raciocínio se insere na *quaestio facti* ou na *quaestio iuris* orienta quem argumenta a saber onde buscar os elementos necessários para formular sua argumentação. Estas posturas argumentativas distintas em cada tipo de problema não impõem uma divisão na argumentação de um provimento jurisdicional, mas fornecem, ao longo das várias subsunções necessárias para se alcançar a decisão final, os elementos que possibilitarão o curso da argumentação. A incompreensão desta distinção pode gerar confusões, o que foi observado em alguns dos acórdãos examinados.

No julgamento da AP 916, o voto do Min. Edson Fachin (revisor) inicia com uma tentativa de diminuir a relevância da discussão sobre os fatos na análise do caso, com a afirmação de que estavam em disputa muito mais juízos de valor do que fatos. Esta observação, contudo, não condiz com matéria realmente controvertida no acórdão.

A discussão de maior relevância na AP 916 dizia respeito à constatação de um estado de dificuldade financeira no município capaz de afetar a liberdade de decidir do prefeito. Esta constatação não é somente um juízo de valor, mas uma questão de fato. Para solucioná-la, seria necessário examinar as provas presentes nos autos e verificar qual o real estado das finanças do ente federado à época. Em uma etapa posterior, com conhecimento da verdadeira situação financeira do município, seria possível um juízo normativo para saber se havia no caso um estado de inexigibilidade de conduta adversa. Todavia, para se chegar à interpretação deste instituto jurídico, a correta solução da *quaestio facti*, com o exame dos fatos probatórios e das máximas de experiência eventualmente aplicáveis à situação, é uma atividade primordial.

Em verdade, afirmações genéricas como **os fatos não estão em disputa** ou **os fatos são incontroversos**, no campo penal, indicam, uma inclinação à caracterização de questões de fato como questões de direito, com a subvalorização daquelas e o superdimensionamento destas. Além disso, a não compreensão do problema em discussão (se de caráter fático ou normativo) dá origem a inúmeras confusões acerca de qual a argumentação necessária, como ocorreu no voto da Min. Rosa Weber na AP 530.

Naquele caso, a defesa formulou uma hipótese fática ao afirmar que o acusado não teria motivos para realizar a falsificação do contrato social, pois seria lícito que o parlamentar fosse proprietário de empresa titular de serviço de radiodifusão. Trata-se de uma hipótese acerca de

um fato psicológico (motivação) construída para atacar a coerência da narrativa acusatória. Não obstante, o voto dedicou-se, majoritariamente, a uma questão de direito, em defesa das vedações impostas aos parlamentares pela Constituição.

Assim, dez páginas do voto, com longas citações doutrinárias, foram utilizadas para se argumentar acerca da correta interpretação das vedações do art. 54 da Constituição Federal, sem nenhuma utilidade para a resolução da questão de fato apresentada, pois infringir as vedações parlamentares, independentemente da opinião do STF sobre elas, é conduta punível no âmbito disciplinar da casa legislativa e não na seara criminal.

A questão da motivação para o crime de falsificação, que é o que realmente se apurava, foi posteriormente abordada, ao final do voto, em 4 linhas:

O motivo da falsidade foi burlar as proibições constitucionais e legais, como, aliás, admitiu implicitamente o acusado J.A. (“que M., na qualidade de parlamentar, deputado federal, não podia ser sócio-gerente da rádio, então o interrogando ficou com essa função”) (p. 41).

De forma implícita nesta breve consideração, tratada quase como *obiter dictum*, há o argumento de que, a partir do fato probatório consistente no relato do corréu J.A., que afirmou haver assumido a gerência da rádio em razão de o acusado ser deputado federal, foi possível inferir que este impedimento era conhecido e admitido pelos réus, de modo que eles teriam motivos para falsificar o contrato social. Como se vê, a situação verificada neste acórdão revela uma propensão à prolixidade na argumentação normativa e uma inclinação ao laconismo na análise das questões probatórias.

Outro equívoco acerca do real equacionamento entre a *quaestio facti* e a *quaestio iuris* pode ser encontrada no acórdão da AP 563.

Naquele caso, em termos de interpretação normativa, a Corte concluiu que a maximização da exposição da imagem das pessoas configura prejuízo apto a autorizar a incidência da qualificadora prevista no crime de violação do sigilo funcional. Todavia, a configuração fática desta circunstância no caso concreto – que as pessoas presas neste caso realmente tiveram uma exposição maior de sua imagem que o ordinário – foi assumida sem nenhum argumento probatório que a sustentasse.

Com algum esforço interpretativo em prol da decisão, extraíndo-se do voto algo que não está expressamente contido nele, seria possível cogitar que foi considerado como fato probatório a exibição da prisão em rede de televisão e aplicada uma máxima ou presunção no sentido de que a transmissão do momento da prisão normalmente importa em uma maior exposição da imagem. Ainda assim, seria inafastável o descuido da argumentação no tocante a

quaestio facti, seja por não haver preocupação em se explicitar de forma clara os elementos constitutivos do argumento fático-probatório, seja porque a máxima de experiência ou presunção empregada é de duvidosa fundamentação.

Em síntese, embora não seja sustentável uma divisão rígida entre *quaestio facti* e *quaestio iuris* no provimento jurisdicional, a separação metodológica dos problemas de fato e de direito, os quais se entrecruzam ao longo da justificação da decisão, é útil para orientar quais elementos e técnicas argumentativas melhor correspondem a cada momento de argumentação. A ausência desta compreensão, por seu turno, pode dar lugar a inúmeros desacertos. No conjunto de acórdãos analisados, estes equívocos expõem uma supervalorização das discussões normativas em detrimento de uma subestimação das questões probatórias, os quais redundam em fundamentações insuficientes ou que utilizam estratégias argumentativas equivocadas ao tratar das questões de fato.

4.7 DE VOLTA AOS PARÂMETROS PROBATÓRIOS MÍNIMOS

Na discussão anterior sobre os parâmetros probatórios mínimos (*estándares de prueba*), destacou-se que as propostas de formulações precisas e objetivas encontram dificuldades práticas, pois acabam assumindo definições abertas não muito diferentes das que buscam combater, e também teóricas, pois objetividade e precisão não necessariamente conduzem a uma prática jurídica mais racional e democrática. A partir do exame dos acórdãos examinados neste capítulo, há duas questões acerca dos parâmetros probatórios mínimos que provocam uma retomada do tema.

A primeira delas refere-se às atuais necessidades percebidas no contexto empírico analisado. De fato, no ordenamento processual brasileiro, não há uma preocupação em se formular um parâmetro probatório, preciso ou não, para a condenação penal. As disposições do Código de Processo Penal acerca da sentença condenatória apenas afirmam o sistema de livre apreciação das provas e determinam que o juiz deve apresentar os “motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão” (art. 381, III, do CPP). Desse modo, toda a construção acerca do grau de certeza exigido para a condenação penal foi feita, a partir do princípio de presunção de não culpabilidade, pela doutrina jurídica e pela jurisprudência. Sob o prisma estritamente legal, não há na legislação brasileira parâmetro probatório mínimo algum para a condenação, muito menos um que seja preciso.

Em todo caso, uma discussão sobre a fixação dos parâmetros probatórios mínimos exige a plena aceitação de duas premissas que não se mostraram suficientemente assentadas no

contexto prático observado: a de que a verdade no processo é construída por inferências indutivas e a de que esta verdade inferencial precisa ser justificada.

O apego a uma forma de argumentação que tenta se passar por dedutiva, como se as conclusões fáticas decorressem de maneira lógica e natural de determinados elementos de prova, sugere que os julgadores vêm a sua própria prática decisória de maneira muito menos probabilística do que ela realmente é. Essa ideologia dedutivista impede uma visão crítica da falibilidade do raciocínio probatório nas decisões judiciais e torna inócua a discussão acerca dos parâmetros probatórios mínimos, os quais só possuem sentido quando se aceita a margem de incerteza inerente às induções.

Em consequência, por não enxergarem as inferências que realizam, os julgadores não se dão ao trabalho de justificá-las. Como demonstrado no tópico 4.1, a passagem dos elementos probatórios às hipóteses fáticas é muitas vezes apresentada como auto evidente, sem necessidade de nenhum tipo de justificação. Porém, a ideia de um parâmetro probatório mínimo é justamente confrontar se a justificação apresentada em um caso concreto preenche determinado nível de exigência previamente estabelecido. Assim, quando não há justificação alguma, o que há para confrontar?

Uma discussão acerca dos parâmetros probatórios mínimos pressupõe a prévia existência de certo nível de racionalidade argumentativa na prática judicial. É necessária, no mínimo, que tenha havido a assimilação da ideia de que decidir sobre fatos não é uma atividade simplesmente lógico-dedutiva e de que, em razão desta dificuldade, justificar com precisão os passos do raciocínio probatório é indispensável. Com estas premissas assentadas, há como discutir em que circunstâncias a justificação judicial atende ou não a determinados parâmetros probatórios mínimos. Todavia, este grau de racionalidade argumentativa não transpareceu nos acórdãos examinados.

Desse modo, é seguro concluir que, para que a discussão sobre parâmetros probatórios mínimos faça sentido na prática decisória do STF e dos juízes brasileiros, é preciso, primeiramente, uma profunda reflexão acerca da qualidade da fundamentação das decisões sobre fatos presentes neste contexto particular e um incremento substancial do esforço argumentativo empregado nesta atividade.

O segundo aspecto que merece destaque é que, ao contrário das decisões condenatórias, que não possuem nenhum parâmetro probatório legal expresso, para a admissão de determinadas teses defensivas, notoriamente excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, etc.) e excludentes de culpabilidade (inimputabilidade, coação moral

irresistível, etc.), o legislador adotou como critério decisório a existência de “fundada dúvida” sobre sua ocorrência (art. 386, VI do CPP).

Tanto o rígido parâmetro probatório exigido para a condenação penal quanto o parâmetro mais flexível adotado nestas hipóteses fáticas que favorecem a defesa têm sua razão última no mesmo fundamento jurídico: a presunção de não culpabilidade. Por força desta norma, a condenação exige a comprovação do fato em grau de certeza suficiente para reverter da presunção estabelecida em prol do réu. De outra parte, para a absolvição, é necessário apenas gerar um estado de dúvida sobre a hipótese defensiva, a qual é impulsionada pela força da presunção em direção à absolvição. A rigor, portanto, a absolvição por excludentes de ilicitude ou culpabilidade não necessariamente expressa uma conclusão sobre os fatos, mas pode decorrer da impossibilidade de se conhecer os fatos de forma mais precisa, absolvendo-se pela dúvida.

Isto faz surgir um problema conceitual. Se os parâmetros probatórios mínimos são um “umbral a partir do qual aceitamos uma hipótese como provada” (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 139), a existência de dúvida fundada não pode ser um parâmetro probatório. Isso porque, ao estabelecer este critério de julgamento, o legislador não assumiu que a presença de dúvida razoável seria suficiente para que a hipótese fática defensiva fosse considerada provada, mas apenas que, em presença desta dúvida, seria possível a absolvição sem declaração alguma de fatos provados.

Em verdade, há um verdadeiro *non liquet* fático quando a defesa não prova sua hipótese, mas cria dúvidas fundadas sobre ela. Portanto, o parâmetro probatório mínimo imposto à defesa no caso das excludentes de ilicitude e culpabilidade não é um umbral para que se aceite a sua hipótese como provada, mas um umbral para que se aceite como existente a dúvida sobre a hipótese apresentada. A causa da absolvição é a dúvida em si, e não a comprovação da hipótese sobre a qual paira a dúvida.

Outro aspecto a ser considerado na construção de um *standard* probatório para a defesa é a utilidade e a legitimidade de se construir um parâmetro mínimo preciso e objetivo neste caso. De fato, a fórmula da dúvida fundada é bastante genérica e abstrata, porém permite um exercício argumentativo mais amplo do direito de defesa em razão de sua abertura semântica. A tentativa de torná-lo mais preciso poderia, desse modo, entrar em colisão com ampla defesa e com a presunção de não culpabilidade.

Em síntese do exposto, a discussão sobre os parâmetros probatórios mínimos somente gera efeitos concretos em contextos nos quais já há um grau razoável de racionalidade argumentativa na prática decisória em torno dos fatos. Nestes contextos, onde a ideia de

justificação efetiva dos raciocínios inferenciais necessários à reconstrução dos fatos está assimilada, é possível formular critérios para aferir se estas justificações particulares atenderam a um *standard* probatório predeterminado. Contudo, onde esta prática justificativa ainda não se estabeleceu de maneira satisfatória, como se observou nos acórdãos do STF examinados neste estudo, a discussão sobre os parâmetros probatórios mínimos não consegue ter impacto concreto.

Por fim, é necessária uma maior reflexão sobre os parâmetros probatórios para as teses defensivas. Especialmente nos casos de excludentes de ilicitude e culpabilidade, o parâmetro probatório adotado pelo legislador não estabeleceu um umbral a partir do qual estas excludentes deveriam ser consideradas provadas, mas um umbral a partir do qual deveria se considerar existente a dúvida sobre a ocorrência da excludente. A utilização da fórmula de dúvida razoável como parâmetro de julgamento das teses defensivas, em que pese ser genérica e imprecisa, parece estar de acordo com as diretivas normativas da ampla defesa e da presunção de não culpabilidade.

5 CONCLUSÕES

Não há dúvida de que a tarefa decisória de um juiz nos estados constitucionais contemporâneos é dependente da argumentação. Apresentar as razões para sustentar a correção dos atos decisórios é o principal desafio cotidiano do juiz. No entanto, a compreensão de que esta exigência de argumentação racional se estende às conclusões fáticas das decisões judiciais é uma ideia que somente a duras penas vai ingressando na mentalidade dos juristas, juízes e legisladores (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 203).

No início deste trabalho, procurou-se demonstrar como os problemas da argumentação, dos fatos e da verdade se inter-relacionam nos processos penais desenvolvidos sob o paradigma constitucional. A argumentação é o instrumento de legitimação da atividade jurisdicional e a fundamentação das decisões dos juízes é uma barreira levantada pelo constitucionalismo contra o exercício arbitrário deste poder. Assim, como os provimentos jurisdicionais também demandam decisões acerca de fatos, especialmente no campo penal, o desenvolvimento de uma argumentação fático-probatória devidamente justificada nas decisões judiciais é imprescindível.

Ao argumentar sobre os fatos, o juiz deve demonstrar que a hipótese fática desenvolvida em sua decisão é a melhor possível, ou seja, aquela que mais se aproxima da verdade. O sistema judicial depende da ideia de verdade como correspondência com o mundo real. A admissão de qualquer critério de verdade completamente desvinculado desta concepção semântica importaria na aceitação da ideia de que a atribuição de responsabilidades e penalidades no direito pode ser aleatória, incorrendo-se naquela arbitrariedade que o constitucionalismo objetivou combater.

Contudo, a verdade como correspondência com o mundo real exerce a função de um ideal regulatório. As reconstruções fáticas possíveis no contexto judicial, sujeitas a limitações tanto epistemológicas quanto institucionais, podem se aproximar em maior ou menor medida deste ideal. Desse modo, as decisões acerca dos fatos são sempre uma aproximação lógico-probalística à verdade. Para a formação desta decisão nos processos penais é imperioso que sejam respeitados a imparcialidade e a independência do juiz, a efetiva participação das partes no processo, a exigência de criteriosa fundamentação sobre os fatos admitidos como provados, os limites institucionais do direito e os limites epistemológicos presentes em qualquer tentativa de produção de conhecimento.

Com base nestas premissas, foi apresentado neste trabalho um modelo operativo da argumentação em matéria fático-probatória, consistente em um esquema capaz de explicar

como argumentam os juízes (e os juristas em geral) quando argumentam sobre fatos. Entre os diversas esquemas disponíveis, optou-se pelo leiaute desenvolvido por Toulmin e González Lagier, o qual estrutura a argumentação sobre os fatos em torno de três elementos fundamentais: os fatos probatórios, as garantias e as hipóteses.

Os fatos probatórios são os elementos de juízo que, uma vez admitidos no processo, são úteis na inferência indutiva de outros fatos que se deseja conhecer. Um argumento em matéria de fatos será mais sólido na medida em que os fatos probatórios utilizados em sua construção forem mais abundantes, diversos, pertinentes e fiáveis.

As garantias, no campo penal, são máximas de experiência e presunções normalmente derivadas de máximas de experiências, as quais possuem caráter universalizável e permitem a passagem do conjunto de fatos probatórios para a hipótese final do argumento. Um argumento probatório será mais sólido quando suas garantias estiverem melhor fundamentadas e possam assegurar a vinculação entre os fatos probatórios e a hipótese final com elevado grau de probabilidade causal.

A hipótese é a proposta de reconstrução fática cuja veracidade se pretende estabelecer. A hipótese será mais confiável na medida em que, além de estar amparada em bons fatos probatórios e garantias, for coerente, capaz de explicar o maior número de elementos de juízo, não exigir demasiadas inferências, não for refutada e tenha sido possível confirmar hipóteses derivadas e eliminar hipóteses alternativas.

Os argumentos fático-probatórios de caráter epistêmico assim formulados estão em constante comunicação com argumentos de interpretação normativa. A relação entre *quaestio facti* e *quaestio iuris* ao longo de uma decisão judicial é muito mais dinâmica do que a tradicional ilustração do juiz que constrói, de um lado, uma premissa fática e, de outro lado, uma premissa normativa, para subsumi-las ao final. Na verdade, a complexa atividade justificativa desenvolvida pelo juiz irá exigir, em alguns momentos, a apresentação de argumentos em matéria de fatos e, em outros momentos, argumentos de interpretação de normas, os quais vão se subsumindo ao longo de toda a decisão. Para representar graficamente esta dinâmica, foi proposta a metáfora das duas fitas duplas entrelaçadas, como em uma cadeia de DNA.

A aceitação de que os argumentos fático-probatórios são naturalmente uma aproximação probabilística à verdade faz surgir a questão de qual o parâmetro de corroboração mínimo para que uma hipótese fática seja considerada provada. Entretanto, as propostas de formulação de *estándares de prueba* precisos correm o risco de promover uma escolha aleatória de alguns dos critérios de avaliação de argumentos em matérias de fatos e transformá-los em

um dilema de tudo ou nada. Além disso, o resultado das formulações de parâmetros que se pretendem mais precisos redundam em enunciados linguísticos com grau de abertura semântica muito próxima àqueles que pretendem combater e não há garantias de que precisão e objetividade irão necessariamente trazer mais racionalidade à decisão judicial.

Baseado na compreensão operativa da argumentação em matéria de fatos exposta, realizou-se uma aproximação empírica à prática decisória do Supremo Tribunal Federal no julgamento de ações penais originárias. O recorte da pesquisa abrangeu acórdãos condenatórios proferidos por ambas as turmas da Corte Suprema no período de 05/06/2014 a 05/06/2016. Todas as decisões foram obtidas através do sítio eletrônico do Tribunal, o qual retornou, inicialmente, 30 acórdãos. Contudo, constatou-se uma elevada proporção de acórdãos absolutórios (73%), de modo que somente foram encontrados 2 acórdãos condenatórios na Primeira Turma do STF e 4 acórdãos condenatórios na Segunda Turma do STF, os quais foram submetidos à uma análise individualizada.

De um modo geral, constatou-se nos acórdãos examinados uma tendência a não exposição completa dos fatos probatórios presentes no processo, limitando-se a Corte a tecer considerações acerca daqueles elementos considerados relevantes para sustentar a hipótese fática admitida. De outra parte, não se verifica nos acórdãos uma efetiva valoração da prova, mas uma simples enunciação dos elementos probatórios e das conclusões que dele decorreriam naturalmente, como em uma dedução lógica. Não há, assim, uma justificação efetiva do porquê de determinadas provas serem consideradas em detrimento de outras ou das razões pelas quais deve-se admitir que determinado fato probatório é fiável. Do mesmo modo, ao empregar máximas de experiência na reconstrução dos fatos, não há uma efetiva justificação destas máximas nos acórdãos, as quais muitas vezes sequer são explicitamente apresentadas.

Constatou-se, também, que a produção dos fatos probatórios orais (testemunhos e interrogatórios) é feita sem imediação, ou seja, sem que haja a presença física da Corte ou do Min. Relator no momento da produção da prova. Esta ausência de imediação, por si só, não importa em nenhum prejuízo relevante para a tarefa de posterior avaliação do material probatório e de formulação dos argumentos em matéria de fatos necessários para a decisão judicial. Todavia, é necessária atenção quanto à utilização excessiva de provas orais produzidas nas fases extraprocessuais, nas quais não há um ambiente institucional de imparcialidade capaz de conferir maior fiabilidade à prova produzida.

Uma questão de extrema relevância presente na quase totalidade dos acórdãos examinados diz respeito à constatação de fatos psicológicos. Com efeito, a formulação de argumentos acerca de fatos psicológicos não difere substancialmente da formulação de

argumentos acerca de fatos externos. Desse modo, como em todos os argumentos em matéria de fatos, uma reconstrução dos fatos psicológicos será mais precisa quanto mais fatos probatórios diversos estiverem disponíveis, melhor fundadas forem as garantias empregadas e mais resistente a refutações for a hipótese formulada.

O exame dos acórdãos selecionados também lançou uma nova perspectiva sobre o papel da defesa no processo e do ônus da prova que lhe é atribuído. De fato, embora a defesa não tenha o dever de formular alegações ou comprovar fatos no curso do processo, é certo que a incidência de máximas de experiência e presunções no raciocínio fático-probatório tem impacto na atividade defensiva. Desse modo, se a acusação reúne fatos probatórios suficientes para articular uma máxima de experiência e sustentar determinada hipótese, uma estratégia defensiva argumentativa eficaz muito provavelmente demandará alguma produção probatória. Além disso, a formulação de hipótese alternativa razoável é uma das melhores formas de reduzir a solidez da hipótese acusatória, porém a comprovação da razoabilidade da hipótese alternativa exige uma articulação com fatos probatórios que, caso não presentes no processo, deverão ser demandados pela defesa.

Em menor dimensão, também se observou nos acórdãos analisados uma forma de utilização acrítica das conclusões periciais. Normalmente tratada como entimema, a passagem direta da conclusão do perito à admissão de que esta conclusão é verdadeira ignora o caráter probalístico também presente nas provas periciais, converte a prova pericial em um argumento de autoridade quase inquestionável e diminui a responsabilidade do juiz na adequada valoração do acervo probatório. É necessário, assim, que juízes e demais atores processuais desenvolvam uma visão mais crítica da prova pericial, uma empreitada na qual a epistemologia jurídica tem papel essencial.

Do exame dos acórdãos é igualmente possível concluir pela relevância argumentativa da diferenciação entre questões de fato e questões de interpretação normativa nas decisões judiciais. Estas duas perspectivas, embora se entrecruzem ao longo da decisão judicial, não são indistinguíveis e identificar em qual campo a argumentação está se desenvolvendo auxilia na identificação do objeto perseguido pelo argumento, dos elementos capazes de estruturar o argumento para a finalidade perseguida e das técnicas de argumentação úteis a esta finalidade.

Ao final, a partir da aproximação empírica, constatou-se que a discussão sobre os parâmetros probatórios mínimos não consegue ter maior impacto no contexto prático examinado, pois este é um problema que exige um grau de racionalidade argumentativa que não pôde ser observado nos acórdãos analisados. Em todo caso, ressaltou-se a presença da problemática atinente aos parâmetros probatórios exigíveis da defesa, questão que demanda

uma abordagem diferenciada daquela que normalmente se produz no debate sobre os *estándares de prueba* exigidos para a condenação.

Em conclusão, a construção de uma prática argumentativa efetiva e criteriosa no campo das decisões fáticas dos juízes, sobretudo nos processos penais, é uma necessidade dos estados constitucionais. Com o exame de condenações proferida pela Suprema Corte brasileira, na qual se espera que estejam as melhores práticas decisórias, constatou-se que há um caminho longo a ser percorrido na tentativa de tornar efetivo o direito fundamental à fundamentação judicial. Este caminho passa, necessariamente, pela assimilação da argumentação em matéria de fatos como uma ferramenta indispensável aos práticos do direito, à compreensão das complexidades inerentes ao raciocínio fático indutivo e ao desenvolvimento da epistemologia jurídica como disciplina capaz de auxiliar os juristas na busca pela verdade fática no contexto judicial.

REFERÊNCIAS

AGUILÓ REGLA, Josep. De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. **Jueces para la democracia**, n. 46, p. 47-56, 2003.

_____. Sobre la constitución del Estado constitucional. **DOXA**, n. 24, p. 429-458, 2001.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y Derecho**. Madrid: Prisma, 1991.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. **DOXA**, n. 12, p. 257-299, 1992.

_____. “Carpintería” de la sentencia penal (en materia de “hechos”). **Revista del poder judicial**, n. 49, p. 393-428, 1998.

_____. Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción. **Revista del Poder Judicial**, n. 57, p. 155-186, 2000.

ATIENZA, Manuel. Sobre la argumentación en materia de hechos: comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez. **DOXA**, n. 22, p. 82-86, 1994.

_____. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

_____. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

_____. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar, 2014.

ATIENZA, Manuel. RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel, 1996.

_____. La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica. **DOXA**, n. 24, p. 115-130, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral (arts. 1 a 120)**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BORGES NETO, José Maria de Moraes; COLÁCIO, José Eduardo Barroso; BÊDE, Fayga Silveira. A baixa incidência de pesquisa empírica e a cultura manualesca como obstáculos para o desenvolvimento do direito. **Direito e Desenvolvimento**, v. 8, n. 2, p. 247-260, 2017.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal condenatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY (CINFSC). **Strengthening forensic science in the United States: a path forward**. 2009. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DOMINGUES, Ana Carolina Alves; TELLES, Virgínia Lúcia Camargo Nardy. A importância da grafoscopia para a identificação de fraudes em documentos. **Revista Acadêmica Oswaldo Cruz (eletrônica)**, ano 4, n. 14, 2017. Disponível em: <http://revista.oswaldocruz.br/Edicao_14/Artigos>. Acesso em: 10 dez. 2018.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números – O Múltiplo Supremo**. Série Novas Ideias em Direito. Direito FGV: Rio de Janeiro, 2011.

FRANK, Jerome. **Courts on trial**. Princeton: Princeton University Press, 1973.

FENOLL, Jordi Nieva. Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras. **Civil Procedure Review**, v. 1, n. 2, p. 27-41, jul./set. 2010.

FERRAJOLI, Luigi. El futuro de la filosofía del derecho. **DOXA**, n. 39, p. 255-263, 2016.

_____. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

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

_____. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, 2018.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho**. Madrid: Marcial Pons Ediciones, 2010.

_____. La prueba judicial: valoración racional y motivación. Disponível em: <<http://cmapspublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

GARCÍA VITORIA, Aurora. Consideraciones sobre la pericia caligráfica en el ámbito del derecho penal. **GRAMMA – Revista de Grafología y Ciencias Humanas**, Año XX, n. 70, p. 27-75, 2009.

GEORGE, Robert Peter. Natural Law. **The American Journal of Jurisprudence**, n. 52, p. 55-75, 2007.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y argumentos: racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal – I. **Jueces para la democracia**, n. 46, p. 17-26, 2003a.

_____. Hechos y argumentos: racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal – II. **Jueces para la democracia**, n. 47, p. 35-50, 2003b.

_____. **Quaestio facti**: ensayos sobre prueba, causalidad y acción. Lima: Palestra, 2005.

_____. Hechos y conceptos. **Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho**, n. 15, p. 1-11, 2007.

GORZIZA, Roberta Petry. Estudo das características gráficas mais frequentemente alteradas em disfarces de assinaturas. **Revista Brasileira de Criminalística**, v. 6, n. 1, p. 52-61, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1982.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

HABA, Enrique. Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación. **DOXA**, n. 33, p. 321-360, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. Trad. Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 1989.

HAACK, Susan. Of truth, in science and in law. **Brooklyn Law Review**, v. 73, n. 3, p. 985-1008, 2008.

_____. **Evidence matters**: science, proof and truth in the law. Cambridge University Press: New York, 2014.

HUBER, Peter. Junk science in the courtroom. **Valparaiso Law Review**, n. 26, p. 723-755, 1992.

LAGE, Leonardo. Teoria da argumentação jurídica como instrumento de avaliação de um conjunto de decisões: periculosidade e medida de segurança na argumentação do STF e do STJ. In: ROESLER, Claudia Rosane; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). **Retórica e Argumentação Jurídica**: modelos em análise (Coleção Direito, Retórica e Argumentação). v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 227-280.

LARIGUET, Guillermo. Intuicionismo y razonamiento moral. **Derecho PUCP**, Lima, n. 79, p. 127-150, 2017.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. **DOXA**, n. 28, p. 95-113, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAIER, Julio; STRUENSEE, Eberhard. **Las reformas procesales penales en América Latina**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

MARTÍNEZ-FREIRE, Pascual F. La teoría de la verdade de Alfred Tarski. **Contrastes. Revista Internacional de Filosofía**, p. 99-111, 2016.

MATIDA, Janaína Roland; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Eduardo (org.). **Epistemologias críticas do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 209-239, 2016.

MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?**. Trad. José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

MELÉNDEZ, Raul. La noción de verdad como correspondencia. **Ideas y Valores**, n. 120, p. 121-128, 2002.

MIRZA, Flávio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 5, n. 5, p. 540-559, 2010.

MORESO, José Juan. El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. **DOXA**, n. 27, p. 45-62, 2004.

NASCIMENTO, Joelson Santos. O entimema e o exemplo na retórica de Aristóteles. **Prometeus**, Ano 5, n. 9, p. 99-109, 2012.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

PECZENIK, Aleksander. Saltos y lógica en el derecho ¿Qué se puede esperar de los modelos lógicos de la argumentación jurídica? Tradução de Ernesto Garzón Valdés. In: Peczenik, A. **Derecho y Razón**. México: Fontamara, pp. 77-121, 2000.

PRADO, Leandro Cadenas. **Prova ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

PRATA DE CARVALHO, Ângelo Gamba. O esquema de Toulmin e a análise argumentativa de decisões judiciais: perspectivas a partir e além de “Harry nasceu nas bermudas”. In: ROESLER, Claudia Rosane; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise** (Coleção Direito, Retórica e Argumentação). v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 45-66.

PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba; ROESLER, Claudia Rosane. O crime de subversão e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1967/1969: uma análise argumentativa em perspectiva histórica. **Revista Espaço Jurídico**, v. 17, n. 2, p. 563-586, 2016.

RÓDENAS CALATAYUD, Ángeles. ¿Qué queda del positivismo jurídico? **DOXA**, n. 26, p. 417-448, 2003.

ROESLER, Claudia Rosane. O papel de Theodor Viehweg na fundação das teorias da argumentação jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 4, n. 3, p. 36-54, 2009.

_____. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. **Revista Quaestio Iuris**, v. 8, n. 4, p. 2517-2531, 2015.

ROESLER, Claudia Rosane; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. O julgamento da ADI nº 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Novos Estudos Jurídicos (Univali)**, v. 19, n. 3, p. 663-694, 2014.

ROESLER, Claudia Rosane; SANTOS, Paulo Alves. Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 615-638, 2014.

ROMERO, Eneas. O Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal penal? O caso “Mensalão”, o devido processo, o direito ao *fair trial* e o direito a ser ouvido. **Zeitschrift fur Internationale Strafrechtsdogmatik**, v. 07/08, p. 394-409, 2015.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1997.

RÜBINGER-BETTI, Gabriel. Os critérios de avaliação das decisões judiciais segundo Neil MacCormick. In: ROESLER, Claudia Rosane; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise** (Coleção Direito, Retórica e Argumentação). v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 67-98.

SÁNCHEZ-RUBIO, Ana. Los peligros de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatoria. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 183-214, jan./abr. 2018.

SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. **Retórica, teoria da argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso jurídico**. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, UnB, Brasília, 2015.

SCHÖNBOHM, Horst. **Manual de sentencias penales: aspectos generales de estructura, argumentación y valoración probatoria**. Lima: ARA Editores, 2014.

SENRA, Laura Carneiro de Mello. Argumentação e estado de direito: uma análise crítica da ADPF 153. In: ROESLER, Claudia Rosane; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise** (Coleção Direito, Retórica e Argumentação). v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 197-226.

STRECK, Lênio. A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, ano 2, n. 3, p. 201-220, 2015.

TARSKI, Alfred. La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica, en VALDÉS VILLANUEVA, Luis Manuel (ed.): **La búsqueda del significado**. Madrid: Tecnos, 1995.

TARUFFO, Michele. **La prueba**. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. La verdad en el proceso. **Derecho & Sociedad**, n. 40, p. 239-248, 2013.

_____. Verdade negociada? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, n. 13, p. 634-657, 2014.

TOULMIN, Stephen. **The uses of argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

_____. **Os usos do argumento**. Trad. de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TWINING, William; ANDERSON, Terence; SCHUM, David. **Analysis of evidence**. CUP: Cambridge, 2005.

UBERTIS, Giulio. **Elementos de epistemología del proceso judicial**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2017.

VALE, André Rufino. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, UnB, Brasília, 2015.

VAN EEMEREN, Frans H.; GARSSSEN, Bart; KRABBE, Erik C. W.; HENKEMANS, A. Francisca Snoeck; VERHEIJ, Bart; WAGEMANS, Jean H. M. **Handbook of argumentation theory**. Netherlands: Springer Netherlands, 2014.

WIGMORE, John. **The science of judicial proof, as given by logic, psychology, and general experience, and illustrated in judicial trails**. Littleton: Colorado, 1937.