

E se usarmos a lógica de Deltan Dallagnol contra Sergio Moro?

02/08/2019



Parece que já há consenso de que as mensagens

divulgadas pelo site *Intercept Brasil* foram obtidas por terceiros. Cabe discutir o impacto jurídico em relação aos intervenientes nas conversas, bem assim da possível anulação das decisões proferidas por magistrado parcial. Renova-se a importância de se discutir o que pode ser prova válida e os meios de obtenção.

O estabelecimento de *standards* probatórios[1], indicando condições e requisitos para conferência lógica e democrática — em contraditório — da informação/prova juntada aos autos, constitui-se como garantia contra decisões desprovidas de racionalidade[2]. Indicam-se, pelos *standards* de prova (*standard of proof*; *measure of persuasion*; *degree of belief*; *degree of evidence*), graus de certeza e probabilidade médios, capazes de se atribuir o enunciado provado ou não provado, especialmente no processo penal diante da tutela de liberdades[3]. Para o estabelecimento do *standard*, abre-se a noção exclusivamente legal para se indicar modos de compreensão (doutrina e jurisprudência, bem assim outros campos do saber), fixando-se o *modus operandi* médio[4] do jogo processual penal[5].

Cabe sublinhar a existência de propostas diferenciadas, dentre as quais se destaca, pelo protagonismo recente, a trazida por Deltan Dallagnol, segundo a qual, valendo-se das distinções clássicas entre *factum probans* (por exemplo, certidão de casamento) e *factum probandum* (por exemplo, prova do casamento), bem assim acolhendo o indutivismo como metodologia para obtenção da “verdade” e o manejo da derrotabilidade, aponta a “inferência para a melhor explicação” (IME), como o caminho a se seguir:

“A IME conduz à conclusão de que uma dada hipótese é (provavelmente) verdadeira pelo fato de que ela é aquela que melhor explica a evidência. Chega-se à conclusão de que foi o gato que arranhou o sofá novo (hipótese), por vê-lo, com suas garras afiadas, sobre o sofá cujo tecido

está estraçalhado (evidência), e pelo fato de ser hipótese aquela que, dentro das circunstâncias, melhor explica a evidência”[6].

Embora consolidada por diversos autores, em especial Scott Brewer, a crítica se estabelece na armadilha do viés retrospectivo e também do viés confirmatório, dentre outros anteriormente trabalhados noutro estudo[7]. Isso porque, ao se apostar exclusivamente na argumentação, sem as amarras da presunção de inocência, facilmente se desliza para falácias que moldam convenientemente o sentido. Tanto assim que a falácia da afirmação do consequente é problematizada na obra[8], justamente porque, se fixada a explicação, busca-se compor uma narrativa posterior e conveniente, não raro colocando “o carro na frente dos bois”, com os riscos cognitivos daí advindos. Reitera-se a premissa sobre os fatos, na linha de Cordero e Jacinto Coutinho. Por isso a objeção. Mas deve ser estudada porque facilita o modo como se estabelecem verdades no processo penal, principalmente a partir de inferências indiciárias.

Ganha fôlego a distinção entre o grau de exigência de garantias constitucionais no regime probatório de crimes graves, dentre eles terrorismo, corrupção, tráfico de pessoas e drogas, por exemplo, e os crimes do cotidiano. A tendência é o estabelecimento de padrões menos rígidos, mais flexíveis, em nome do resultado e dito interesse coletivo na apuração da dita criminalidade organizada[9] (como foi visto delação premiada etc.). Para João Pedro Gebran Neto, relator dos processos provenientes da operação “lava jato” no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em crimes complexos e de difícil apuração, “a prova acima de uma dúvida razoável implica no firme convencimento acerca da ocorrência do fato e da culpa do acusado. Não é necessária a existência de certeza absoluta, porquanto esta seja praticamente impossível ou ao menos inviável. Entretanto, as evidências devem levar o julgador, para que possa ser emitido um decreto condenatório, ao firme convencimento da culpa, sendo que a dúvida deve levá-lo à absolvição”[10]. Reiteramos: para compreensão de um panorama próprio, vale a leitura do livro de Deltan Martinazzo Dallagnol[11].

Ressalta-se que não se trata de movimento brasileiro, mas mundial, em que a operatividade das garantias cede diante do interesse de apuração das condutas tidas como complexas[12]. O que se verifica é o rompimento dos padrões probatórios, incidindo certa dose de imaginação, conjecturas, falácias, heurísticas e vieses desprovidos de base probatória. O resultado é a assunção de certo protagonismo cognitivo incontrolável por parte dos julgadores, em franca violação às regras democráticas, modalidade de ativismo e decisionismo, diria Lenio Streck. A exigência de padrões mínimos de prova não pode ceder diante das imputações, ainda que, por um lado, possa-se compreender as dificuldades probatórias, de outro, sabe-se que a acusação tem à disposição mecanismos diferenciados de obtenção de prova (cooperação/delação, quebra de sigilo, interceptação etc.), além de todo o aparato estatal. Logo, compreender a nova dimensão do *standard* probatório não pode significar a supressão das garantias constitucionais, validando a premissa das hipóteses sobre os fatos. Por mais que se tenha certeza, ausente provas lícitas/legítimas que justifiquem a atribuição do predicado “provado”, deveria ser incabível a condenação no campo do devido processo legal substancial.

Esse raciocínio lembra a história do famoso ovo Fabergé, avaliado em US\$ 20 milhões de dólares, apreendido na casa de Eike Batista. Tratado com pompa e circunstância, não passava de uma réplica vendida na internet por US\$ 65. Eis um exemplo bem interessante das

presunções e da aplicação das máximas da experiência em matéria de provas no processo penal, bem como do risco da "evidência". Ninguém estranhou quando no meio da apreensão de bens caríssimos, carros de luxo, iates, etc., surgiu o tal ovo Fabergé. Um homem bilionário como Eike, logicamente, poderia ter um superovo desses. Mais do que isso, no reino da ostentação, era até exigível que decorasse sua sala com obras de arte e esculturas caríssimas. Esse mesmo ovo, na sala da nossa casa, seria visto com uma imensa breiguice, no mesmo nível do pinguim de geladeira ou os anões de jardim... Obviamente seria uma quinquilharia comprada em alguma lojinha para turistas de Miami. Ninguém jamais imaginaria que seria uma joia produzida por Peter Fabergé entre 1885 e 1917 para os czares da Rússia. Segundo a lógica mundana, o "curso natural das coisas", as regras extraídas da nossa experiência de vida, era mais do que evidente que o ovo de Eike era um Fabergé, até ficamos surpreendidos de fazerem uma perícia para ver algo tão elementar, quase se cogitou de desperdício de dinheiro público para periciar algo "evidente".

Claro, o evidente seda os sentidos, se basta por si mesmo, é autorreferenciado, não se discute. Pois é, tudo isso é de uso e abuso recorrente no campo probatório penal. Mas, nesse caso e como em milhares de outros, as máximas da experiência estavam completamente erradas. O evidente não correspondia ao real. No processo penal, há que se ter muito cuidado com presunções, evidências e máximas da experiência, todas elas podem estar completamente erradas e conduzir a uma imensa injustiça.

Retomando o argumento, a atividade probatória pode ser: a) acusatória; b) defensiva; e c) judicial. A iniciativa depende do modelo de processo que os jogadores aplicam em face de seus mapas mentais, a saber, a iniciativa do julgador depende do modo como compreende o exercício de sua função. Se for inquisidor, em busca da verdade real, por exemplo, terá postura proativa, determinando a produção de provas de ofício, fazendo perguntas na audiência, enquanto se adotar o modelo constitucional, de terceiro, não intervirá na elaboração do conjunto probatório, assim como na adversarial, salvo para complementar a linha argumentativa/narrativa já trazida. Muito menos trocar figurinhas com as partes pessoalmente ou por aplicativos.

Dependeremos, assim, do juiz real^[13]. Cabe indagar se em alguma competição/disputa o juiz participa ativamente dos golpes? Nunca vimos um juiz de boxe desferir golpes nem de futebol fazer gols, salvo quando estão agindo em favor de um dos lados ou não sabem manter seu lugar de imparcialidade (objetiva, subjetiva e cognitiva). Temos, mesmo assim, juízes que entram em campo e por debaixo das togas "vestem" a camisa de um dos jogadores, especialmente pela mentalidade inquisitória/autoritária que muitos sequer sabem que "vestem".

Todos os que acreditam em verdade real — essa fraude cognitiva — têm a tendência de operar ativamente na lógica da produção probatória. Não há como mudar o mapa mental deles. Nessa situação, deve-se adotar táticas de contenção e enfrentamento. A devida atitude complementar não se compadece com o ativismo probatório, dado que guarda, ao mesmo tempo, respeito à iniciativa probatória/narrativa dos jogadores de acusação/defesa e garante o caráter público do processo, mediante esclarecimentos meramente supletivos.

Em face da presunção de inocência, o acusado deveria iniciar a ação penal absolvido, derrotando-se no decorrer do jogo penal o status de inocente, razão pela qual a carga

probatória é toda da acusação no tocante aos fatos constitutivos da denúncia ofertada. Cabe ao Ministério Público comprovar, *step by step*, os requisitos legais para verificação da conduta e prolação de decisão condenatória. Isso porque no processo penal constitucionalizado a carga probatória é da acusação[14]. Ao acusado não cabe provar qualquer conduta descrita na narrativa da denúncia. Compete ao autor da ação penal a obrigação de produzir todas as provas necessárias (perda de uma chance probatória) à formação da convicção do julgador, no círculo hermenêutico prova/fato. Como se estabelece uma tensão entre a liberdade (presunção de inocência) e a prova suficiente para condenação, para além da dúvida razoável, a presunção de inocência foi a escolha democrática de tratamento e julgamento do acusado. Cabe lembrar a incidência de vieses, heurísticas, bem assim a possível incidência da dissonância cognitiva[15].

Por fim, utilizada a lógica Deltan, poderíamos invocar a página 313 do livro: "Se agentes públicos e particulares interessados utilizavam códigos em conversas telefônicas, e se paralelamente se detectaram atos oficiais fraudulentos dos agentes públicos em benefício dos interlocutores, pode-se concluir, a partir da inexistência de explicações plausíveis (e provas), trazidas pelos réus, que as conversas tinham objetivo ilícito e o uso de códigos buscava encobrir a prática ilegal".

Boa semana.

[1] ROTHMANN, Gerd Willi. Do "standard" jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 371, 1966, p. 12: "O standard jurídico é um critério de avaliação das relações jurídicas concretas que exprime a conduta social média e deriva ou da lei ou da jurisprudência"; FERNANDES, Lara Teles. Prova testemunhal no Processo Penal. Florianópolis: Emais, 2019; MATIDA, JANAINA; Herdy, R. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: José Eduardo Cunha. (Org.). Epistemologias críticas do direito. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. , p. 209-239.

[2] KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Revista Forense, v. 353, jan./fev. 2001, p. 21: "Por modelos de controle do juízo de fato (ou standards, critérios etc.) provisoriamente definimos enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão. Por seu intermédio, ao invés de os partícipes de uma relação processual simplesmente pretenderem a prevalência de uma convicção sobre a outra (p. ex., a do Tribunal sobre a do Juiz; a do autor sobre a do réu etc.), cria-se um complexo de regras lógicas de caráter auxiliar, capazes de estabelecer um arsenal crítico comum para o debate acerca da convicção".

[3] KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 42 "Ainda que controverso na jurisprudência dos Estados Unidos, vale mencionar que um quarto standard foi criado para servir de critério para a valoração das provas de natureza indiciária nos processos criminais. O modelo de constatação que deveria afastar qualquer hipótese razoável que não a de culpa foi reconhecido no caso Lloyd v. United States, configurando um modelo especial".

[4] STRENGER, Guilherme Gonçalves. Do "standard" jurídico: Aspectos cronológico doutrinários. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 496, 1977, p. 29: "Admitida, a título de argumentação, que o 'standard' jurídico é o procedimento que prescreve ao juiz levar em

consideração o tipo médio de conduta social correta, para categoria determinada de atos que ele deve julgar, como já foi acima explicitado, encontramos na standardização a substituição de um tipo médio único dos antigos modelos inumeráveis e variados, isto é, simplificação e unificação, pela individualização das soluções. Com efeito, o “standard” jurídico, oferece uma solução para cada relação de categorias jurídicas, o que significa que a aplicação do “standard” no Direito, leva-nos não a uniformidade das soluções, mas, à individualização judiciária dos direitos”.

[5] STF, AP 521 (Min. Rosa Weber): “A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o ‘standard’ anglo-saxônico-a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável -, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional”.

[6] DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo. Prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 77.

[7] MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: EMais, 2019 p. 147-172.

[8] DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo. Prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 128-130: “[Josephson assevera que ‘uma conclusão abdutiva incorreta pode ter resultado apenas de um ou mais dos seguintes erros’: (1) A conclusão abdutiva falsa foi superavaliada, por exemplo, com relação à plausibilidade, simplicidade, poder explanatório, ou consistência interna. Isso pode se dever a erros de raciocínio, crenças de *background* equivocadas, ou evidência faltante. (2) A resposta verdadeira foi subavaliada. Novamente, isso pode se dever a erros lógicos, crenças de *background* equivocadas, ou à evidência faltante. (3) A resposta verdadeira não foi considerada. O conjunto de hipóteses não foi amplo o suficiente. Isso poderia ocorrer porque a resposta verdadeira estava fora do escopo da experiência passada. (4) Há algo errado com os dados de modo que eles não precisam na realidade ser explicados. A resposta verdadeira foi alguma espécie de RUÍDO, a qual não foi considerada, ou se foi considerada, ela foi subavaliada. Então (d - 4 [anota Deltan: as letras claramente referem-se aos correspondentes arábicos. Contudo o texto foi mantido tal como aparece na fonte. Nota de rodapé 356]) é um caso especial de (c - 3) ou (b - 2). (5) A verdadeira resposta foi equivocadamente descartada. Isso é uma espécie de (b - 2). (6) Pensou-se equivocadamente que a conclusão abdutiva falsa explica os dados (i.e., foi um erro julgar que, se ela fosse verdadeira, ela explicaria os fatos). Essa é uma espécie de (a - 1). (7) Pensou-se equivocadamente que a resposta verdadeira não explica importantes constatações. Isso é uma espécie de (b - 2)”.

[9] MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. Revista do CEJ, Brasília, n. 26, jul./set. 2004, p. 61 “De todo modo, o principal problema parece ser ainda uma questão de mentalidade consubstanciada em uma prática judicial pouco rigorosa contra a corrupção, prática que permite tratar com maior rigor processual um pequeno traficante de entorpecente (por exemplo, as denominadas ‘mulas’) do que qualquer acusado por crime de ‘colarinho branco’, mesmo aquele responsável por danos milionários à sociedade. A presunção de inocência, no mais das vezes invocada como óbice a prisões pré-julgamento, não é absoluta, constituindo apenas instrumento pragmático destinado a prevenir a prisão de inocentes. Vencida a carga probatória necessária para a demonstração da culpa, aqui, sim, cabendo rigor na avaliação, não deveria existir maior óbice moral para a decretação da prisão, especialmente

em casos de grande magnitude e nos quais não tenha havido a devolução do dinheiro público, máxime em país de recursos escassos”.

[10] TRF 4ª Região, ApCrim. 5026212-82.2014.4.04.7000 (Des. João Pedro Gebran Neto).

[11] DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das Provas no Processo: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

[12] POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 221.

[13] GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da Prova no Âmbito da Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Criminal. In: A Prova Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p 13.

[14] STF, HC 84.580 (Min. Celso de Mello): “AS ACUSAÇÕES PENAIAS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE EXCLUSIVAMENTE A QUEM ACUSA – Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso Sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes totalitários, a obrigação de provar a sua própria inocência (Decreto-lei n. 88, de 20/12/37, art. 20, n.5)”. Consultar: MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. O ônus da prova na ação penal condenatória: Aspectos principiológicos e jurisprudenciais. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

[15] RITTER, Ruiz. Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Porto Alegre: PUCRS (Dissertação: Mestrado), 2016, p. 90. Publicada em 2019 pela editora Empório do Direito.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-ago-02/limite-penal-usarmos-logica-deltan-dallagnol-sergio-moro/>