

ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOBRE A UTILIZAÇÃO DA TEORIA DE BAYES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Andersson Vieira Carvalho^a, Mário Henrique da Rocha^a, Fábio Agne Fayet^{a*}

a) FSG Centro Universitário

* Autor correspondente (orientador)

Fábio Agne Fayet

Endereço: Av. Múcio Teixeira, nº 660, bairro Menino Deus, Porto Alegre/RS, CEP 90.150-090. Endereço de e-mail:

prof.fabio@fayet.adv.br

Palavras-chave:

Direito Processual Penal. Princípio da Presunção de Inocência. Teoria de Bayes.

A prática de crimes com caráter econômico não é algo novo na sociedade global e local, haja vista que, por exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, diversas leis penais que visam proteger o sistema econômico são oriundas das décadas de oitenta e noventa. No entanto, apenas nos últimos anos é que muitos delitos deste viés passaram a ter mais importância das instituições e da sociedade, principalmente, devido ao maior recrudescimento do sistema penal no combate a crimes financeiros e contra a administração pública, e, ainda, por conta da maior cobertura midiática de grandes casos e operações – cita-se, por exemplo, a conhecida Operação Lava Jato. A partir da análise um pouco mais apurada dos processos que envolvem crimes econômicos e contra a administração pública, nota-se que há, por parte dos órgãos de acusação, a utilização de diversas teorias importadas do direito anglo-saxão para embasar teses acusatórias, v.g., a *willfulblindnessdoctrine*, a Teoria de Bayes e a quase irrestrita utilização da *barganha* na realização de colaborações premiadas. Sobre a utilização da Teoria de Bayes, em específico, o Ministério Público Federal, por meio de seus agentes, argumenta que, nos crimes econômicos, a prova é de difícil constatação, e, por conseguinte, a probabilidade da existência do delito se dá a partir do alinhamento de indícios, levando à conclusão de que o injusto penal foi cometido. Diante disso, o objetivo deste estudo é analisar especificamente a utilização da Teoria das Probabilidades no processo penal brasileiro, frente ao princípio da presunção de inocência e as diferenças existentes entre o conceito

de prova e indícios na dogmática processual. Assim, o problema que move a pesquisa reside na constatação das controvérsias existentes em relação à utilização da Teoria das Probabilidades como argumento acusatório no processo penal brasileiro, e as hipóteses sugerida estão situadas (i) na possibilidade de aplicação da teoria em comento como argumento suficiente à comprovação do crime, e (ii) na ineficácia dos meios de prova ortodoxos para persecução aos delitos econômicos. Pois bem, pelo estudo realizado, chegou-se à conclusão que a Teoria das Probabilidades não pode ser utilizada no processo penal doméstico, por diversos motivos, sendo, o primeiro deles, pela falta de relação entre o direito criminal norte-americano e o brasileiro. Isto porque, a sistemática adotada na Justiça estadunidense é completamente diversa da brasileira, e ademais, os princípios que regem o direito penal naquele país também são antagônicos aos do Brasil. Cita-se, como exemplo, o princípio da presunção de inocência, que rege a sistemática jurídico-penal brasileira e parte da premissa que todos são inocentes até que o Estado prove o contrário, não obstante, nos Estados Unidos da América, vige o princípio da não culpabilidade, o qual impõe ao réu o ônus de demonstrar ao Estado sua inocência. Dessa forma, aponta-se que a utilização de mecanismo estranho ao ordenamento jurídico, sobretudo, na área penal, que trata da liberdade das pessoas, não pode se dar de forma acrítica e sem o devido aprofundamento teórico. De outro lado, denota-se que se utilizada como forma para embasar o argumento de que “a existência de vários indícios leva à conclusão da existência de um crime”, a utilização da teoria, então, fragilizará as garantias constitucionais e as regras procedimentais existentes no Código de Processo Penal e demais legislações. Ou seja, se o ordenamento jurídico dispõe de regras relativas à produção de provas no processo penal, tais dispositivos devem ser observados, e não será pela aplicação de teoria em estudo, a qual é completamente estranha ao sistema, que se pode chegar à conclusão da prática de um delito. Nesse escopo, conclui-se que o presente trabalho apresenta relevância acadêmica e social, primeiro, por propor o debate a respeito da importação de uma teoria que não tem qualquer relação com o ordenamento jurídico-penal brasileiro. E, em segundo lugar, a relevância social reside no questionamento sobre a utilização da Teoria de Bayes pelo Ministério Público Federal como argumento de autoridade, pois essa atitude demonstra nítido interesse em dar contornos utilitaristas ao processo penal, levando à mitigação de garantias inerentes à coletividade. Por fim, refere-se que para a realização da pesquisa foi utilizada a metodologia hipotético-dedutiva, por conta das hipóteses levantadas, e a

técnica empregada foi a bibliográfico-exploratória, vez que o estudo foi realizado a partir de artigos e livros que versam sobre o tema.

REFERÊNCIAS

BAYES, Thomas. **An essay towards solving a problem in the doctrine of chances.** *Philosophical transactions*, Londres, p. 370-418, jan./1763. Disponível em: <<http://rstl.royalsocietypublishing.org/content/53/370.full.pdf+html>>. Acesso em: 09/09/2018.

BERNSTEIN, Peter Lewyn. **Desafio aos Deuses:** a fascinante história do risco. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Henrique Gomes Uirá. **O benefício da dúvida: o Teorema de Bayes e a certeza ideológica.** Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/04/1756466-o-beneficio-da-duvida-o-teorema-de-bayes-e-a-certeza-ideologica.shtml>>. Acesso em: 08/09/2018.

PORCIÚNCULA, José Carlos. **Condenação de Lula é absolutamente nula “para além de qualquer dúvida razoável”.** *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-24/carlos-porciuncula-condenacao-lula-absolutamente-nula>>. Acesso em: 08/09/2018.

SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal:** a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANT’ANNA, Giselle Maria Santos Pombal. **A busca da verdade no processo penal.** Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/a-busca-da-verdade-no-processo-penal/>>. Acesso em: 08/09/2018.

STRECK, Lenio Luiz. **A esquizofrenia das teorias da prova no caso Lula.** Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/noticia/a-esquizofrenia-das-teorias-da-prova-no-caso-lula-por-lenio-streck>>. Acesso em: 08/09/2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Exóticas, teorias usadas pelo MPF no caso Lula seriam chumbadas pelo CNMP.** *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-22/senso-incomum-exoticas-teorias-usadas-mpf-seriam-chumbadas-cnmp2>>. Acesso em: 08/09/2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto:** as garantias processuais penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.