

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FLÁVIO DA SILVA ANDRADE

***STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL: os critérios de suficiência
probatória, sua sistematização e a aplicabilidade do *proof beyond a reasonable doubt* no
Brasil***

Belo Horizonte-MG

2021

FLÁVIO DA SILVA ANDRADE

STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL: os critérios de suficiência probatória, sua sistematização e a aplicabilidade do *proof beyond a reasonable doubt* no Brasil

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, linha de pesquisa 2, Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade, área de estudo - D-01: O modelo constitucional de processo penal, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Felipe Martins Pinto.

Belo Horizonte-MG

2021

A553s Andrade, Flávio da Silva
Standards de prova no processo penal: os critérios de suficiênciaprobatória, sua sistematização e a aplicabilidade do *proof beyond a reasonable doubt* no Brasil / Flávio da Silva Andrade. — 2021.

Orientador: Felipe Martins Pinto.
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Processo penal – Brasil – Teses 2. Prova criminal – Brasil – Teses
3. Presunção da inocência 4. Sentenças (Processo penal) I. Título

CDU(1976) 343.1(81)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167.



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. FLÁVIO DA SILVA ANDRADE

Aos trinta e um dias do mês de março de 2021, às 09h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG); Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG); Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA); e Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado do Bel. FLÁVIO DA SILVA ANDRADE, matrícula nº 2018652847, intitulada: "STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL: OS CRITÉRIOS DE SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, SUA SISTEMATIZAÇÃO E A APLICABILIDADE DO *PROOF BEYOND A REASONABLE DOUBT* NO BRASIL". Os trabalhos foram iniciados pelo orientador do candidato, Prof. Dr. Felipe Martins Pinto, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Carlos Henrique Borlido Haddad, Ney de Barros Bello Filho, Rogério Schietti Machado Cruz e Felipe Martins Pinto. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato e procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado: Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE); Conceito: aprovado. A Banca Examinadora, então, considerou o candidato **APROVADO**, com nota 96. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Felipe Martins Pinto, orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG)

Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG)

Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG)

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA)



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE)

- CIENTE: Flávio da Silva Andrade (Doutorando)

Flávio da Silva Andrade

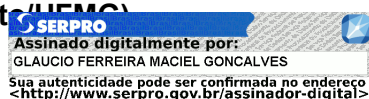
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info_pos@direito.ufmg.br - <https://pos.direito.ufmg.br>

DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. FLÁVIO DA SILVA ANDRADE

Aos trinta e um dias do mês de março de 2021, às 09h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG); Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG); Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA); e Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado do **Bel. FLÁVIO DA SILVA ANDRADE**, matrícula nº **2018652847**, intitulada: "**STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL: OS CRITÉRIOS DE SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, SUA SISTEMATIZAÇÃO E A APLICABILIDADE DO PROOF BEYOND A REASONABLE DOUBT NO BRASIL**". Os trabalhos foram iniciados pelo orientador do candidato, Prof. Dr. Felipe Martins Pinto, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Carlos Henrique Borlido Haddad, Ney de Barros Bello Filho, Rogério Schietti Machado Cruz e Felipe Martins Pinto. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato e procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado: **Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE); Conceito: aprovado.** A Banca Examinadora, então, considerou o candidato **APROVADO**, com nota **96**. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Felipe Martins Pinto, orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato. **BANCA EXAMINADORA:**

Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato) (UFMG)



Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG)

Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG)

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA)

Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE)

- **CIENTE:** Flávio da Silva Andrade (Doutorando)

DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. FLÁVIO DA SILVA ANDRADE

Aos trinta e um dias do mês de março de 2021, às 09h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG); Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG); Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA); e Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado do **Bel. FLÁVIO DA SILVA ANDRADE**, matrícula nº **2018652847**, intitulada: "**STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL: OS CRITÉRIOS DE SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, SUA SISTEMATIZAÇÃO E A APLICABILIDADE DO PROOF BEYOND A REASONABLE DOUBT NO BRASIL**". Os trabalhos foram iniciados pelo orientador do candidato, Prof. Dr. Felipe Martins Pinto, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Carlos Henrique Borlido Haddad, Ney de Barros Bello Filho, Rogério Schietti Machado Cruz e Felipe Martins Pinto. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato e procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado: **Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE); Conceito: aprovado.** A Banca Examinadora, então, considerou o candidato **APROVADO**, com nota **96**. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Felipe Martins Pinto, orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato. **BANCA EXAMINADORA:**

Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG)

Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG)

Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG)

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA)

Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE)

- **CIENTE:** Flávio da Silva Andrade (Doutorando)



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE)

- CIENTE: Flávio da Silva Andrade (Doutorando)

Flávio da Silva Andrade

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

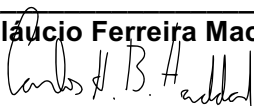
Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info.pos@direito.ufmg.br - <https://pos.direito.ufmg.br>

DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. FLÁVIO DA SILVA ANDRADE

Aos trinta e um dias do mês de março de 2021, às 09h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG); Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG); Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA); e Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado do **Bel. FLÁVIO DA SILVA ANDRADE**, matrícula nº **2018652847**, intitulada: **"STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL: OS CRITÉRIOS DE SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, SUA SISTEMATIZAÇÃO E A APLICABILIDADE DO PROOF BEYOND A REASONABLE DOUBT NO BRASIL"**. Os trabalhos foram iniciados pelo orientador do candidato, Prof. Dr. Felipe Martins Pinto, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Carlos Henrique Borlido Haddad, Ney de Barros Bello Filho, Rogério Schietti Machado Cruz e Felipe Martins Pinto. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato e procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado: **Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE); Conceito: aprovado.** A Banca Examinadora, então, considerou o candidato **APROVADO**, com nota **96**. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Felipe Martins Pinto, orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato. **BANCA EXAMINADORA:**

Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG)

Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG)



Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG)

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA)

Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE)

- **CIENTE: Flávio da Silva Andrade (Doutorando)**



**DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. FLÁVIO DA SILVA ANDRADE**

Aos trinta e um dias do mês de março de 2021, às 09h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG); Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG); Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA); e Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado do **Bel. FLÁVIO DA SILVA ANDRADE**, matrícula nº **2018652847**, intitulada: **"STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL: OS CRITÉRIOS DE SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, SUA SISTEMATIZAÇÃO E A APLICABILIDADE DO PROOF BEYOND A REASONABLE DOUBT NO BRASIL"**. Os trabalhos foram iniciados pelo orientador do candidato, Prof. Dr. Felipe Martins Pinto, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Carlos Henrique Borlido Haddad, Ney de Barros Bello Filho, Rogério Schietti Machado Cruz e Felipe Martins Pinto. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato e procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado: **Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA) - Conceito: aprovado; Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE); Conceito: aprovado.** A Banca Examinadora, então, considerou o candidato **APROVADO**, com nota **96**. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Felipe Martins Pinto, orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato. **BANCA EXAMINADORA:**

Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (orientador do candidato/UFMG)

Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG)

Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad (UFMG)

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (UFMA)

Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz (UNINOVE)

- CIENTE: Flávio da Silva Andrade (Doutorando)

Nome: Flávio da Silva Andrade

Título: *STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL: os critérios de suficiência probatória, sua sistematização e a aplicabilidade do *proof beyond a reasonable doubt* no Brasil*

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, linha de pesquisa 2, Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade, área de estudo - D-01: O modelo constitucional de processo penal, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

(x) Aprovada / (___) Reprovada em: 31/03/2021.

Conceito/nota: 96.

Banca examinadora

Professor Doutor Felipe Martins Pinto (orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Professor Doutor Carlos Henrique Borlido Haddad
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Professor Doutor Rogerio Schietti Machado Cruz
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Professor Doutor Ney de Barros Bello Filho
Universidade de Brasília - UnB

À querida Herina Lúcia e aos nossos filhos Felipe e Lorena, pelo amor, pela paciência e pela compreensão nos períodos de ausência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, antes de tudo, porque me concedeu a vida e também motivação e saúde para tentar avançar nas veredas do aprendizado, na busca pelo conhecimento.

Aos meus pais, Amilton Fernandes Andrade e Maria José da Silva Andrade, pelas valiosas lições, pelo carinho, amor e suporte para que eu pudesse trilhar meus caminhos sem nunca me esquecer dos valores mais nobres e superiores que devem nos guiar. Jamais me esquecerei dos conselhos e das palavras de encorajamento para eu prosseguir nos estudos, no trajeto do ensino e da formação educacional.

Ao professor Dr. Felipe Martins Pinto, Professor Associado de Direito Processual Penal da UFMG e Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, que foi meu orientador, tendo acolhido a proposta de estudo e estimulado a pesquisa, realçando a necessidade de investigação da origem do instituto, da busca de seu melhor entendimento e da adequada sistematização da matéria no cenário nacional. Sou grato pelas observações e pelo compartilhamento de ideias numa perspectiva enriquecedora.

Aos professores Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves e Carlos Henrique Borlido Haddad, ambos da UFMG, pelas observações e apontamentos que fizeram nas bancas de qualificação deste trabalho, sempre almejando garantir o aprimoramento do estudo.

Ao amigo Rafael Santos Soares, do Programa de Pós-graduação da UFMG, pela troca de ideias, pela convivência engrandecedora e pelo companheirismo ao longo do curso. Aos amigos Rudson Coutinho da Silva, Jan Carlos Cerqueira Bezerra e Yully Cristiano Murer, pelas palavras de incentivo, pelos estímulos para eu não esmorecer diante dos obstáculos surgidos na jornada.

Expresso minha gratidão aos amigos Thiago Rodrigues Mendes, Marco Aurélio Badue Kallas e Valdimar Siqueira Oliveira, pela gentil colaboração na revisão de parte dos textos. Estendo meus agradecimentos aos servidores e estagiários da 4ª Vara Federal de Uberlândia/MG, onde atuei até dezembro de 2020.

Às bibliotecárias dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 3ª Regiões, sempre atenciosas e prestativas, pela remessa de livros e artigos a respeito do assunto pesquisado. Registro iguais agradecimentos ao Conselho da Justiça Federal/Central de Atendimento ao Juiz Federal - CAJU, especialmente ao colega Rodrigo Gutmacher Galvão Bueno, pelo valioso apoio para a obtenção de obras e textos, nacionais e estrangeiros, imprescindíveis ao desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço, por fim, à minha esposa Herina Lúcia e aos nossos filhos Felipe e Lorena, por terem me apoiado neste e em todos os momentos, com infinita paciência e amor.

“Há duas coisas que o Senhor Deus abomina: que o inocente seja condenado e que o culpado seja declarado inocente” (Provérbios 17:15).

“É melhor que dez pessoas culpadas se livrem do castigo a que um inocente o sofra” (William Backstone).

“Cualquier prueba, cualquier confirmación y refutación de una hipótesis, ya tiene en el seno de un sistema” (Ludwig Wittgenstein).

RESUMO

A presente tese de doutoramento versa sobre os *standards* de prova na esfera do processo penal, ou seja, trata dos critérios de suficiência probatória que devem nortear a atuação das partes e a tomada da decisão judicial sobre os fatos no contexto da justiça criminal. A partir da concepção de valoração racionalista da prova e da experiência anglo-americana sobre o assunto, procurou-se clarificar os graus de suficiência da prova ou os níveis de confirmação das hipóteses fáticas para que um cidadão tenha sua prisão provisória decretada, para que uma acusação contra ele ofertada seja recebida pelo juízo competente e, sobretudo, para que se considere suplantada a presunção de inocência e venha ele a ser condenado. Nesse ponto, avaliou-se a aplicabilidade do *standard* de prova *beyond a reasonable doubt* no Brasil. A pesquisa buscou a origem, a evolução e as controvérsias que cercam tal instituto estadunidense para, concluindo por sua compatibilidade com os princípios reitores do processo penal nacional, estabelecer seu adequado entendimento e possível aprimoramento para guiar a valoração das provas e o julgamento do mérito das causas penais. O estudo também propôs, ao final, a sistematização dos *standards* probatórios existentes no ordenamento jurídico-penal do país.

Palavras-chave: Direito processual penal; direito probatório; *standards* de prova; prova além da dúvida razoável; valoração racional da prova.

ABSTRACT

This doctoral thesis addresses the standards of proof in the sphere of criminal proceedings, that is, it deals with the criteria of the sufficiency of evidence that should guide the conduct of the parties and the judicial decision-making on the facts in the context of criminal justice. Based on the concept of rationalistic evaluation of the evidence and the Anglo-American experience on the subject, it was sought to clarify the degrees of sufficiency of evidence or the levels of confirmation of the factual hypotheses in order to have a citizen's provisional detention ordered, to have a charge brought against him received by a court of competent jurisdiction and, above all, to have the presumption of innocence considered to have been superseded and to have the accused convicted. At this point, the applicability of the standard of proof beyond a reasonable doubt in Brazil was assessed. The research sought the origin, the evolution and the controversies surrounding that American doctrine, having concluded that it is compatible with the governing principles of the Brazilian criminal procedure, and tried to establish its adequate understanding and possible improvement in order to guide the assessment of the probative value of evidence and the consideration of the merits of criminal cases. Finally, this study also proposed the systematization of the existing standards of proof in the Brazilian criminal legal system.

Keywords: Criminal procedural law; evidence law; standards of proof; proof beyond a reasonable doubt; rational evaluation of evidence.

RESUMEN

La presente tesis doctoral trata de los estándares probatorios en el ámbito del proceso penal, es decir, aborda los criterios de suficiencia probatoria que deben guiar la actuación de las partes y la toma de decisión judicial sobre los hechos en el contexto de la justicia penal. Desde la concepción de valoración racionalista de la prueba y la experiencia angloamericana en el tema, se intentó aclarar los grados de suficiencia de la prueba o los niveles de confirmación de las hipótesis fácticas para que un ciudadano tenga decretada su detención provisional, para que un la acusación que se le hace sea recibida por el juez competente y, sobre todo, para que se dé por superada la presunción de inocencia y sea condenado. En este punto, se evaluó la aplicabilidad del estándar de prueba *más allá de toda duda razonable* en Brasil. La investigación buscó el origen, la evolución y las controversias en torno a dicho instituto estadounidense, concluyendo por su compatibilidad con los principios rectores del proceso penal nacional, para establecer su adecuado entendimiento y posible mejora para orientar la valoración de la prueba y el juicio del fondo de los casos criminales. El estudio también propuso, al final, la sistematización de los estándares probatorios existentes en el ordenamiento jurídico-penal del país.

Palabras clave: Derecho procesal penal; derecho probatorio; estándares de prueba; prueba *más allá de la duda razonable*; valoración racional de la prueba.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil
BARD – *Beyond a reasonable doubt*
CADH – Corte Americana de Direitos Humanos
CEJ – Centro de Estudos Judiciários
CF/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
DJ – Diário de Justiça
EUA – Estados Unidos da América
HC – *Habeas Corpus*
IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
LECrim – Ley de Enjuiciamiento Criminal
MP – Ministério Público
nº – número
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
Op. cit. – obra citada (*opus citatum*)
PGR – Procuradoria Geral da República
PLC – Projeto de Lei da Câmara
PLS – Projeto de Lei do Senado
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator(a)
REsp – Recurso Especial
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos
TPI – Tribunal Penal Internacional
TJ – Tribunal de Justiça
TRF – Tribunal Regional Federal
U.S. – United States
v.g. – *verbi gratia*
v. – versus
Vol. – Volume

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	013
2. NOÇÕES PRELIMINARES: FATOS, PROVAS E SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA	017
3. PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS CONCERNENTES AO JUÍZO DE FATO	022
3.1. Fatos, enunciados fáticos e narrativas	022
3.2. Questão de fato e questão de direito: distinções e conexões	027
3.3. Prova e sua valoração racional	031
3.4. Inferências probatórias	043
3.5. <i>Standards</i> probatórios: conceito e finalidades	049
3.6. Decisão sobre os fatos (juízo de fato)	055
4. ESTADOS MENTAIS E VETORES AXIOLÓGICOS DA DECISÃO JUDICIAL SOBRE OS FATOS	058
4.1. Certeza e dúvida	058
4.2. Verdade	065
4.2.1. Verdade provável e probabilidade	075
4.3. Justiça	085
4.4. Presunção de inocência	088
4.5. Racionalidade	102
5. STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL NORTE-AMERICANO	106
5.1. Noções sobre o sistema judicial dos Estados Unidos da América	106
5.2. <i>Standards</i> de prova do modelo norte-americano	113
5.2.1. <i>Standard</i> da preponderância da prova (<i>preponderance of the evidence</i>)	114
5.2.2. <i>Standard</i> da prova clara e convincente (<i>clear and convincing evidence</i>)	116
5.2.3. <i>Standard</i> da prova para além da dúvida razoável (<i>proof beyond a reasonable doubt</i>)	117
5.2.3.1. Origem e evolução do instituto	120
5.2.3.2. <i>Beyond a reasonable doubt</i> : definição, controvérsias e críticas	126
5.3.3.3. A incorporação do <i>BARD</i> por países da matriz romano-germânica, pelo Tribunal Penal Internacional e pelas cortes internacionais de direitos humanos	139
5.2.4. <i>Probable cause</i> e <i>reasonable suspicion</i>	145
6. STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	153
6.1. <i>Standards</i> de prova dos meios de investigação (meios de obtenção de provas ou medidas cautelares probatórias)	155
6.2. <i>Standards</i> de prova das medidas cautelares reais ou patrimoniais	160

6.3. <i>Standards</i> de prova das medidas cautelares pessoais	164
6.4. <i>Standards</i> de prova para o juízo de admissibilidade da acusação	173
6.4.1. A justa causa e o nível de suficiência probatória para o recebimento da denúncia ou queixa	175
6.4.1.1. A justa causa e o grau de suficiência da prova para embasar acordos criminais	182
6.4.2. O grau de suficiência da prova para a pronúncia do réu	185
6.5. <i>Standards</i> de prova para o julgamento do mérito da causa penal	190
6.5.1. A presunção de inocência e o <i>in dubio pro reo</i> como balizas orientadoras do julgamento criminal	191
6.5.2. A aplicabilidade do <i>standard</i> probatório <i>beyond a reasonable doubt</i> (<i>BARD</i>) ao processo penal brasileiro	196
6.5.2.1. O emprego do <i>BARD</i> pelos tribunais superiores brasileiros	200
6.5.3. O entendimento adequado, o aprimoramento ou a substituição do <i>BARD</i> à luz da concepção racionalista da prova	211
6.6. Proposta de sistematização dogmática dos <i>standards</i> probatórios no processo penal brasileiro	218
7. CONCLUSÕES	226
REFERÊNCIAS	237

1. INTRODUÇÃO

Nos países de tradição romano-germânica, e especialmente no Brasil, há uma questão crucial, no âmbito do Direito Probatório, que precisa ser estudada com mais afinco, epistemicamente desenvolvida e adequadamente sistematizada: os critérios ou graus de suficiência da prova. Os fatos estão na base da disputa judicial e, naturalmente, precisam ser comprovados pelas partes. Mas qual é a medida da prova? *Quanto* de prova é necessário para se demonstrar a veracidade de uma hipótese, para que uma pretensão seja acolhida? Aqui repousa um dos grandes problemas jurídicos que continua a desafiar o Direito Processual Penal.

Assim, esta pesquisa teve por objeto os *standards* de prova na esfera do processo penal, isto é, os critérios de suficiência probatória que devem nortear a atuação das partes e a tomada da decisão judicial tendente a solucionar um caso no contexto da justiça criminal. Procurou-se clarificar os graus de suficiência probatória ou os níveis de confirmação das hipóteses fáticas para que a prisão provisória de um cidadão seja decretada, para que a denúncia contra ele ofertada seja recebida pelo juízo competente. Pretendeu-se desvelar, sobretudo, quando se pode considerar derrotada a presunção de inocência do acusado para que ele venha a ser condenado, e se é aplicável no Brasil o *standard* anglo-americano de prova *beyond a reasonable doubt*.

Quanto à metodologia da pesquisa, cabe esclarecer que foram empregados os raciocínios dedutivo e indutivo, a partir das teorias de base de filósofos e pensadores que já se debruçaram sobre assuntos ligados ao objeto de estudo. A investigação foi do tipo teórica, exploratória, qualitativa, lastreada em consulta bibliográfica, de legislação e de jurisprudência nacionais e estrangeiras, assim como de cortes internacionais de justiça. O levantamento jurisprudencial deu-se a partir de buscas nos sítios eletrônicos dos tribunais, mediante o uso dos termos *proof beyond a reasonable doubt* ou “prova além da dúvida razoável”. Tais rastreios não foram restringidos a períodos específicos ou a classes próprias de ações ou recursos. A pesquisa também teve um viés histórico e comparativo com o direito anglo-americano, já que o tema é mais discutido e estudado nos sistemas da matriz *common law*, tendo se buscado ao cabo, por meio da interpretação sistemática, ordenar e harmonizar os *standards* de prova aplicáveis no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

O estudo dirigiu especial atenção ao grau de suficiência da prova para a edificação da sentença penal. O assunto carece de um tratamento mais profundo do que aquele que normalmente lhe é dado a partir do princípio da livre apreciação da prova, do postulado da presunção de inocência e da máxima *in dubio pro reo*. Para tanto, procurou-se aporte na

concepção racionalista da prova, que busca desenvolver critérios mais objetivos, racionais e controláveis no que tange ao juízo de fato.

No capítulo 2, foram expostas as noções preliminares acerca de fatos, provas e suficiência probatória. Procurou-se demonstrar que a academia e a jurisprudência brasileiras relegaram a reflexão atinente à *quanta prova* é necessário para se reputar comprovado um enunciado fático. Sustentou-se que a verificabilidade dos fatos em disputa precisa se dar a partir de critérios de suficiência probatória bem definidos, adequadamente regrados ou sistematizados, de modo a se minimizar erros ou arbítrios no que tange à *quaestio facti* e estabelecer formas mais racionais e objetivas de controle da decisão judicial.

No capítulo seguinte, foram delineadas as premissas epistemológicas relativas ao juízo de fato, à tomada de decisão sobre os fatos da causa. Foram rememorados os conceitos de fatos, de enunciados fáticos e de narrativas; foram estabelecidas as distinções e as conexões entre a *quaestio juris* e a *quaestio facti*, assim como expostas as dimensões da prova, sobretudo sua faceta como resultado, que precisa ser valorado racionalmente e ser objeto de decisão. Também se abordou a noção de inferência probatória e, evidentemente, o conceito e as finalidades dos denominados *standards* probatórios ou modelos de constatação, critérios que devem guiar a decisão sobre os fatos, parâmetros lógico-racionais que devem balizar a tomada da decisão sobre a questão de fato, que não deve ficar à mercê da subjetividade do juiz.

O capítulo 4 teve o propósito de discorrer sobre os estados mentais do julgador e os vetores axiológicos da decisão sobre os fatos. Tencionou-se mostrar que a definição sobre a veracidade ou a falsidade de uma proposição fática é inevitavelmente norteadada pelos estados mentais da certeza e da dúvida, os quais se pretendeu descortinar a partir do pensamento de Ludwig Wittgenstein.

Também se demonstrou que, no campo do processo penal, o juízo de fato deve ser comandado por valores superiores, representados pela verdade, pela justiça, pela presunção de inocência e pela racionalidade. Cada um desses vetores foi abordado especificamente, aspirando a retratar como devem guiar o juízo de fato. Notou-se que a noção de verdade foi substituída pela de verdade provável ou probabilidade. O juízo de fato é um juízo de probabilidade, devendo ser formado a partir de um esquema de probabilidade lógica ou baconiana, não de probabilidade matemática ou bayesiana. Verificou-se que, em meio à formação daqueles quadros mentais, tais vetores devem governar a valoração das provas e a determinação dos fatos, a fim de que a decisão, construída a partir de critérios lógico-racionais, objetivos e controláveis, torne-se mais legítima e justa.

Defendeu-se a relevância do esclarecimento dos *standards* de prova ou modelos de constatação dos fatos, uma vez que a discussão travada no âmbito do processo penal costumeiramente recai no grau de suficiência da prova (Os enunciados fáticos foram corroborados no nível exigido pela lei? Foi atingido o grau de probabilidade reclamado para a decretação de uma prisão cautelar, para o recebimento da peça acusatória ou para uma condenação, derrotando-se a presunção de inocência do réu? Ou sobressaem dúvidas que devem beneficiá-lo?). Na realidade, são essas indagações que motivaram esta investigação científica e que se buscou ao final responder, tentando contribuir para uma mais adequada sistematização dos *standards* probatórios previstos no sistema jurídico-penal nacional. Efetivamente, urge compreender os critérios que permitem considerar provadas as hipóteses em tais situações.

O estudo da temática prossegue no capítulo 5, que se ocupou da exposição dos *standards* probatórios do direito norte-americano. Após uma necessária abordagem acerca do sistema judicial estadunidense, foram comentados cada um dos *standards* de prova adotados naquele país, com especial atenção aos que são empregados na esfera do processo penal, sobretudo o da prova *beyond a reasonable doubt*, apontando-se sua gênese e evolução. Procurou-se bem delinear as controvérsias sobre sua definição e as críticas dirigidas a esse padrão probatório anglo-americano. Em seguida, a investigação se voltou para a adoção do referido *standard* pelas cortes internacionais de direitos humanos, pelo Tribunal Penal Internacional e por países da matriz romano-germânica.

No capítulo 6, foram expostos os *standards* probatórios existentes no processo penal brasileiro, os quais são extraídos de princípios e estão dispersos entre os comandos legais. Foram apontados e comentados os critérios de suficiência da prova relativos aos meios de investigação (meios de obtenção de prova ou medidas cautelares probatórias), assim como os que norteiam a análise das medidas cautelares reais ou patrimoniais. Também foram abordados os *standards* probatórios ou modelos de constatação fática atinentes às medidas cautelares pessoais, sobretudo no que tange às medidas privativas de liberdade, procurando-se demonstrar quando, em termos de juízo fático, é possível prender provisoriamente o acusado. Em seguida, o estudo foi dirigido aos critérios de verificabilidade fática que devem balizar o juízo de admissibilidade da acusação. Cuidou-se da justa causa como parâmetro de suficiência probatória exigido para o recebimento da denúncia ou queixa e para embasar acordos criminais, assim como do grau de confirmação fática exigido para a pronúncia do réu nos casos de crimes dolosos contra a vida.

Na parte final do referido capítulo, tratou-se dos *standards* de prova para o julgamento do mérito da causa penal. Após uma abordagem sobre a presunção de inocência e o *in dubio*

pro reo como balizas orientadoras do julgamento criminal no país, passou-se à avaliação da (in)aplicabilidade do padrão anglo-americano *proof beyond a reasonable doubt* ao processo penal brasileiro, ponto central desta tese, tecendo-se considerações sobre seu emprego pelos tribunais nacionais, seu adequado entendimento e seu aprimoramento (ou substituição) à luz da concepção racionalista da prova. Por último, foi elaborada uma proposta da sistematização dogmática dos *standards* de prova no processo penal pátrio. Tentou-se clarificar e harmonizar os critérios oferecidos por nosso ordenamento jurídico-criminal, designadamente no que toca à elaboração da sentença.

2. NOÇÕES PRELIMINARES: FATOS, PROVAS E SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA

Os fatos, enquanto eventos que marcam a vida das pessoas e entremeiam suas relações, acarretam contendas e ensejam o manejo de demandas na esfera judicial. E, como eventos ocorridos no plano empírico, os fatos precisam ser comprovados. São as provas dos fatos, ou mais precisamente as provas dos enunciados fáticos¹, que comandam a decisão e a resolução dos conflitos de interesses pelo Poder Judiciário. Mas *quanto* se deve provar? Que nível de confirmação da hipótese fática deve ser exigido das partes?

O ensino jurídico nacional, assim como o de outros países de *civil law*, não dedicou muita atenção ao estudo dos critérios de suficiência da prova, à reflexão sobre a medida da prova, sobre o grau de corroboração de uma hipótese para que possa ser considerada provada². Diferentemente do que acontece em países de *common law*, em que costuma haver uma disciplina autônoma sobre *evidence*³, os países de tradição romano-germânica têm negligenciado a pesquisa quanto aos graus de suficiência da prova, a investigação de parâmetros racionais voltados à objetivação do juízo fático.⁴ Os critérios de suficiência da prova é que permitem alcançar mais racionalidade no acerto dos fatos e maior controlabilidade do erro ou acerto do juízo fático realizado no processo.

Conquanto se tenha avançado no estudo do direito à prova, do ônus da prova e dos poderes instrutórios do juiz na seara do processo penal⁵, a academia⁶ e a jurisprudência

¹ Os enunciados fáticos, dos quais se tratará no capítulo seguinte, são as “descrições de fatos”, as assertivas ou proposições sobre os fatos, mas não os constituem (ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Tercera edición. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 60). Eles são formulados por meio da linguagem, que conecta o objeto do processo à realidade externa, ao mundo. Um fato histórico sempre é intermediado pela linguagem.

² PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba*. Ensayos de epistemología jurídica. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015, p. 3-7.

³ Nos EUA, por exemplo, ao menos desde a primeira metade do século passado, Jerome Frank questionava “o desequilíbrio entre a quantidade de atenção dedicada a questões de direito em disputa nos tribunais e a quantidade dedicada a questões de fato”. Ele defendia também que, no âmbito da educação jurídica, das pesquisas acadêmicas, nos debates sobre reformas e no discurso jurídico em geral, era preciso dedicar mais energia ao tema da determinação dos fatos, ao juízo fático. Abraçando essa bandeira, William Twining propugnou que a matéria *Evidence, Proof and Fact-finding* se tornasse parte integrante e central do currículo básico do ensino de direito (TWINING, William. Taking facts seriously. *Journal of Legal Education*, v. 34, n. 1, 1984, p. 22-25).

⁴ “Entre os juristas de formação romano-germânica, não é vulgar traçar distinções sobre os graus de convicção exigíveis para se dar certo *facto* como provado” (MENDES, Paulo de Sousa. Medida da prova. In: MENDES, Paulo de Sousa; PEREIRA, Rui Soares. *Prova Penal Teórica e Prática*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 29).

⁵ Vale mencionar, *verbi gratia*, alguns estudos: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997; ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁶ Entre nós, há duas exceções: um trabalho de Danilo Knijnik (*A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007) e outro de José Paulo Baltazar Junior (*Standards probatórios no processo penal*. *Revista*

brasileiras relegaram a segundo plano de prioridades a reflexão canalizada a saber *quanta prova é necessário* para se reputar provado um enunciado fático, qual grau de corroboração de uma hipótese fática é exigido para que ela possa ser considerada verdadeira. Os esforços e o tempo dedicados a este assunto são inversamente proporcionais à sua importância.

As escolas de direito privilegiaram o estudo das normas, das regras e dos métodos de interpretação do ordenamento jurídico, isto é, dedicaram-se mais ao juízo de direito, ao exame da *quaestio juris*, à exegese dos preceitos normativos. O maior interesse na análise da norma aplicável a um caso transformou a questão meramente jurídica na parte central dos discursos acadêmicos ou forenses. Olvidou-se que, não obstante o fato esteja interligado ao direito ou seja por ele absorvido em alguma medida, o pensamento crítico em derredor dele e de sua reconstrução ou fixação em juízo constitui uma condição inescusável para a adequada aplicação da lei.⁷

Comentando sobre o assunto, Willian Twining⁸ alertou que “a prática de tratar o raciocínio jurídico como sendo exclusivamente preocupado com questões tipicamente difíceis de direito é meramente sintomática de distorções mais fundamentais nas agendas da jurisprudência” (tradução nossa). Ele afirmou que é preciso “levar mais a sério as questões relacionadas à prova, dentro de uma concepção equilibrada do que está envolvido na compreensão do direito. Negligenciar essas questões resulta em um quadro distorcido de atividade jurídica e de julgamento” (tradução nossa).

Jamais se pode esquecer que dos fatos nasce o direito; são os fatos que provocam o ajuizamento das ações judiciais; é em torno deles que se estabelecem as discussões sobre certezas e probabilidades, a interação linguística, dialética voltada ao desvelamento da verdade; neles é que reside o universo de incertezas, de dúvidas; são eles que precisam ser reconstruídos e determinados no âmbito judicial para orientar a tomada da decisão, pautada pela racionalidade e logicidade. Os fatos, ou os enunciados que os retratam, constituem a matéria-prima do provimento jurisdicional.

Os fatos estão, pois, na base do problema a ser resolvido em juízo e sua relevância exige que deixem de ocupar uma posição marginal na teoria jurídica⁹, máxime no que toca aos

AJUFERGS, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, nov. 2007. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>>).

⁷ ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Tercera edición. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 11.

⁸ **No original:** “(...) the practice of treating ‘legal reasoning’ as being solely concerned with typically hard questions of Law is merely symptomatic of more fundamental distortions in the agendas of jurisprudence”. Ele afirmou que é preciso considerar “more seriously within a balanced conception of what is involved in understanding Law. Neglect of those issues results in a distorted Picture of adjudication, litigation, legal reasoning, and legal practice” (TWINING, Willian. Talking facts seriously again. *Journal of Legal Education*, n. 55, 2005, p. 2).

⁹ “Há, entre advogados e magistrados, uma certa tendência para considerar como matéria quase inútil as questões de fato e para dar ao fato um significado depreciativo, isto quando é certo que, para quem procure nos advogados

critérios de suficiência da prova voltada à confirmação das proposições fáticas, de maneira a se propiciar um controle mais racional e satisfatório de seu acerto. Michele Taruffo¹⁰ faz a seguinte advertência:

“Não há dúvidas de que os fatos devem ser *levados a sério*. Muitas causas são vencidas ou perdidas *nos fatos*, dependendo de se o autor conseguiu ou não provar os fatos postos como fundamento de sua demanda; muitos *hard cases* são *hard* porque os fatos são complexos em demasia e difíceis de se subsumir em uma clara regra de direito. Além disso, no processo os fatos são o ponto de referência de todo o mecanismo que concerne às provas e à sua produção”.

Na realidade, na maioria dos sistemas processuais de *civil law*, na Europa Continental e na América Latina, falta uma teorização mais adequada sobre o juízo do fato e acerca do grau de certeza ou de probabilidade reclamado para apoiar a decisão. Os autores, como afirma Luigi Ferrajoli¹¹, ocuparam-se muito da verdade a respeito das proposições jurídicas, que versam sobre as normas, “e quase nunca da verdade (ou justificação) das proposições fáticas, concretas, para as quais é mais evidentemente iniludível, dentro de um sistema garantista, a referência empírica (“ou a correspondência”) à existência ou não dos fatos em julgamento”.

A prova representa o coração do processo, mas não há clareza suficiente sobre o “quantum” dela se faz necessário em cada tipo de demanda para balizar a tomada da decisão. Com quanto se considera provada a alegação sobre os fatos? É imperioso, do ponto de vista epistemológico, que fique mais explícito quando se pode aceitar uma hipótese por verdadeira, em que condições os fatos podem ser tidos por provados.¹²

Esses questionamentos não podem ficar sem resposta, mas precisam ser estudados e enfrentados pelos profissionais do direito e pelos legisladores. O assunto inerente à fixação judicial dos fatos, relativo aos critérios de suficiência da prova dos enunciados fáticos, não se trata de mero academicismo, mas de uma questão essencialmente prática, de extrema importância no contexto da decisão judiciária.

É crucial que a verificabilidade dos fatos em disputa possa se dar a partir de critérios de suficiência probatória bem definidos, adequadamente regrados ou sistematizados, de modo a permitir um debate mais franco e consistente, em contraditório, sobre a confirmação ou a refutação das proposições factuais, tendente a minimizar erros ou arbítrios e estabelecer

e nos juízes mais a substância do que a aparência, a preocupação do fato devia ser um título de honra” (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. de Ivo de Paula. São Paulo : Editora Pillares, 2013, p. 192-193).

¹⁰ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. O juiz e a construção dos fatos. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 60.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 87.

¹² BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 86-90.

formas mais racionais e objetivas de controle da decisão judicial. Como assinala Marina Gascón Abellán¹³, “(...) a declaração de fatos provados já não pode ser concebida como um momento místico e/ou insuscetível de controle racional, como tem sido (e ainda é) frequente em certas ideologias do processo”¹⁴ (tradução nossa).

Entretanto, à míngua de um desenvolvimento teórico mais satisfatório acerca da determinação fática e dos critérios de suficiência da prova nos diversos tipos de lide, e ante a ausência de uma disciplina legislativa mais clara quanto a essas matérias, a valoração do conjunto probatório e a tomada da decisão judicial ficam sujeitas a uma pauta mais individual do julgador, isto é, acabam orientadas, em grande medida, por sua subjetividade ou discricionariedade.¹⁵

Os juízos fáticos, portanto, não podem derivar de critérios imprecisos, puramente subjetivos, não objetiváveis. No terreno da fixação judicial dos fatos e da tomada da decisão, precisam ser estabelecidos esquemas racionais, mais objetivos, que orientem o juiz pelos caminhos da consistência lógico-argumentativa, da coerência narrativa e, sobretudo, da análise da confirmação ou refutação das hipóteses, de modo a possibilitar, em bases intersubjetivas, um controle mais exato do raciocínio empreendido e do convencimento alcançado.¹⁶

Nos domínios do processo penal, o tema aqui abordado ganha contornos sérios, relevantes, na medida em que os valores em jogo são nobilíssimos, quais sejam, a liberdade e o *status dignitatis* das pessoas. Quais são os graus de suficiência da prova para que a prisão provisória de um cidadão seja decretada, para que seja tornado réu num processo criminal ou para que seja ele condenado? Quando se pode considerar suplantada a presunção de inocência do acusado? Qual é o grau de corroboração de uma hipótese fática quando questões dessa gravidade estão na base da decisão?

As respostas a tais indagações são oferecidas pelos *standards* probatórios ou modelos de constatação, critérios que apontam o grau de suficiência da prova, o nível de confirmação das hipóteses ou proposições fáticas que estão na base de um caso. Esses parâmetros, como se verá ao longo do trabalho, devem ser pensados e estudados com o propósito de tentar objetivar a formulação do juízo fático, de propiciar logicidade e controlabilidade na determinação dos fatos que estão em discussão num processo.

¹³ ABELLÁN, *op. cit.*, 2010, p. 12.

¹⁴ **No original:** “(...) la declaración de hechos probados ya no puede ser concebida como un momento místico y/o insusceptible de control racional, como ha sido (y aún es) frecuente em ciertas ideologías del proceso”.

¹⁵ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízo cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 33.

¹⁶ SCHIAVO, Nicolás. *Valoración racional de la prueba en materia penal*. Un estándar probatorio subjetivo que no es tal. Tres pasos para un estándar objetivo. El juicio de valoración como un esquema de verdad probabilística prevalente. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2015, p. 102.

Naturalmente, como será constatado no capítulo 6, o ordenamento jurídico-penal brasileiro oferece alguns *standards* de prova ou modelos de constatação destinados a orientar a tomada da decisão sobre os fatos. Existem, entre nós, guias para nortear o juízo de admissibilidade da ação penal, a análise de pleitos de concessão medidas cautelares, a (im)pronúncia e o julgamento do acusado. Porém, como se verá, há a premente necessidade de uma sistematização didática e consistente da matéria.¹⁷ Não estão bem clarificados os níveis de suficiência da prova exigidos em cada etapa do processo penal e conforme a natureza da medida postulada.

Assim, ainda que se entenda que não existe necessidade de mudança na esfera do direito legislado, evidente está que é preciso tornar menos difusos e mais inteligíveis os critérios de decisão atinentes à determinação dos fatos no contexto da justiça criminal, de forma a viabilizar um controle mais adequado do raciocínio do julgador no que tange à questão factual (*quaestio facti*).

No capítulo que se segue, buscar-se-á traçar as premissas epistemológicas do juízo de fato, da prova, da sua valoração racional e dos *standards* de prova. Depois o estudo avançará para uma indispensável reflexão acerca dos vetores axiológicos da decisão judicial sobre os fatos.

¹⁷ Segundo Gustavo Badaró, “o tema dos ‘critérios de decisão’, também denominados ‘*standards* probatórios’ ou ‘modelos de constatação’ tem sido muito pouco explorado pela doutrina processual penal brasileira, que geralmente se limita a apreciar a questão sob o enfoque do *in dubio pro reo*, mas não dos diversos graus que se pode exigir do julgador para que considere um fato ‘provado’ ou mesmo para que se tenha como satisfeito um requisito legal de mera probabilidade, e não de certeza” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 432-433).

3. PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS CONCERNENTES AO JUÍZO DE FATO

Para bem entender a discussão em torno da suficiência da prova, dos *standards* probatórios, é necessário primeiro conhecer os pressupostos epistêmicos inerentes ao juízo de verificabilidade fática. Recordar os conceitos de fatos, de enunciados fáticos e de narrativas, as distinções e conexões entre as categorias *quaestio juris* e *quaestio facti*, as dimensões da prova e a noção de inferência probatória é primordial para se compreender a decisão sobre os fatos e buscar estabelecer parâmetros lógico-rationais acerca de como ela deve ser construída.

O esclarecimento dessas premissas ajudará a desmistificar um discurso que favorece a discricionariedade exacerbada ou a intocabilidade do juízo de fato, compreensão equivocada que pode ser superada pela standardização dos critérios de suficiência probatória, afastando a ideia de incontabilidade do juízo fático, o que é essencial para o desfecho adequado das causas e o alcance do ideal de justiça.

3.1. FATOS, ENUNCIADOS FÁTICOS E NARRATIVAS

“Fato”, do latim *factum*, é o que foi feito, é o que ocorreu, o que existe¹⁸. “Fato” é qualquer evento ou acontecimento que acarrete a modificação da realidade existente. Nicole Abagnano¹⁹ descreve o vocábulo “fato” como algo que pode ser verificado e confirmado, como um fragmento da realidade que pode ser averiguado e identificado no tempo e no espaço, apontando, ainda, o conceito preciso de Kant, delineado na obra *Crítica ao Juízo*: “os fatos são os objetos dos conceitos cuja realidade objetiva pode ser provada tanto pela razão como pela experiência: no primeiro caso, com base em dados teóricos ou práticos; em qualquer caso, por meio de uma intuição correspondente”.

Um fato pode, então, admitir observação direta, se ainda estiver acontecendo, se permitir sua percepção pelo próprio observador, mas, muitas vezes, reclama observação a partir do que é transmitido oralmente por outras pessoas ou com base na análise de documentos que contêm narrações acerca de sua ocorrência. A morte de uma pessoa, um acidente de trânsito, a queda de um raio ou a dispensa de um empregado são eventos que evidentemente acontecem no plano empírico, mas que, ficando presos ao passado, precisam ser comprovados por relatos ou documentos para que operem efeitos na órbita jurídica²⁰.

¹⁸ OTHON SIDOU, J. M. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 470.

¹⁹ ABBAGNANO, Nicole. *Dicionário de filosofia*. Trad. de Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 429-430.

²⁰ No âmbito do Direito Processual Penal, é o fato típico, ato comissivo ou omissivo penalmente relevante, que interessa à sociedade e que deve ser objeto de prova num processo. Como é um evento passado, deve ser

Qualquer acontecimento, simples ou complexo, natural ou artificial, pode ter alguma relevância jurídica conforme seja, ou não, regulado pelo Direito²¹. Um fato da natureza ou um agir humano pode repercutir no mundo jurídico, na medida em que seja normatizado pelo Estado ou venha a ser objeto de pactuação entre os interessados. Na realidade, um fato adquire importância não quando se apresenta em seu estado puro, mas quando ele, à luz do Direito, ganha significado e produz algum efeito jurídico. Por isso, o fato é percebido e racionalizado por meio do conceito jurídico.

Nessa perspectiva, Michele Taruffo²² esclarece a diferença entre fatos brutos e fatos institucionais. Aqueles são os eventos naturais, ontologicamente objetivos, que existem independentemente da intencionalidade do observador, como a queda de um raio; estes, por sua vez, são fatos que decorrem das relações sociais, são marcados pela intencionalidade e que, por conseguinte, são “carregados de direito”. Os fatos brutos, porém, embora não decorram de uma dimensão normativa, podem ingressar no domínio jurídico se lhes for atribuído um significado institucional ou se influenciarem no contexto em que a verdade dos fatos em litígio possa ser determinada.

Marina Gascón Abellán²³, por sua vez, classifica os fatos em internos (ou psicológicos) ou externos (humanos e naturais). Os primeiros, por não serem observáveis, são de difícil averiguação, mas denotam os motivos e as intenções de uma conduta, podendo ser descobertos ou inferidos a partir de outros fatos externos, de maneira indireta. A intenção de matar é um exemplo de fato dessa natureza. Já os fatos externos (humanos e naturais) são aqueles definidos pelo Direito, isto é, que têm seus significados e efeitos estabelecidos pelas normas jurídicas, sendo chamados, por isso, de fatos institucionais. Por esse prisma, os fatos brutos, regrados pelo direito, são fatos institucionais e podem ser objeto de produção e valoração probatória.

Quanto aos fatos, Taruffo²⁴ ainda faz duas importantes observações que interessam a este trabalho. Ele assinala que os “fatos são frequentemente definidos por normas que incluem termos valorativos, como ‘bom’, ‘normal’, ‘razoável’, ‘justo’, entre outros”, mas aduz que esses termos, expressando uma carga valorativa, não excluem a possibilidade de que sejam objeto de prova. A atividade probatória não recairá sobre a dimensão axiológica de tais fatos, mas sobre sua dimensão empírica, e não sobre o juízo de valor a respeito deles.

demonstrado a partir da transmissão oral de informações por testemunhas ou peritos, bem como mediante a análise de documentos nos quais as informações foram registradas pela linguagem.

²¹ O Direito, termo polissêmico, variável conforme doutrina jurídico-filosófica adotada, consiste, nas palavras de Othon Sidou, num “sistema ordenado de preceitos de conduta social, segundo os critérios de justiça e equidade” (OTHON SIDOU, *op. cit.*, p. 342-343).

²² TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 17.

²³ ABELLÁN, *op. cit.*, 2010, p. 69-71.

²⁴ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 18-19.

O referido professor italiano²⁵ também chama a atenção para quais fatos devem ser objeto da produção probatória e da decisão, quais sejam, os fatos principais ou essenciais e os fatos secundários ou circunstanciais. Essa classificação leva em conta a maior ou menor relevância dos fatos que estão na base da controvérsia judiciária. Os fatos principais ou essenciais são os mais relevantes da causa, em que se amparam as pretensões das partes e que as delimitam. São os fatos que embasam o pedido autoral ou a pretensão de sua rejeição. Os fatos secundários são os acidentais, os periféricos ou indiciários, os quais podem se constituir numa premissa de inferência do fato principal. Eles são indícios ou fontes de presunção, servindo para, indiretamente, convencer o juiz de que são verdadeiras ou falsas as proposições atinentes aos fatos principais. Ainda que não sejam alegados, os fatos secundários podem ser objeto de prova, uma vez que se destinam a demonstrar que a afirmação dos fatos principais ou primários é verdadeira²⁶.

Portanto, no plano jurídico, os fatos designam acontecimentos decorrentes da atividade probatória; é a comprovação desses eventos, ou seja, é a definição sobre se realmente aconteceram que dita o destino das causas judiciais, que aproxima o julgador da verdade e permite que se alcance o ideal de justiça. Como acima salientado, na maioria das vezes as demandas são vencidas ou perdidas “nos fatos”.

Explicitada a noção de fato, é preciso expor a ideia de enunciado fático, cabendo consignar que logo adiante se cuidará da relevante temática atinente às distinções e conexões entre a questão de fato e a questão de direito, essencial quando se trata de um assunto relacionado ao direito probatório.

Os enunciados fáticos são as “descrições de fatos”, as assertivas apresentadas pelas partes acerca dos fatos. Obviamente, os enunciados do fato com o fato não se confundem, não o constituem²⁷. Na realidade, não se prova o fato, mas a afirmação, verdadeira ou falsa, a respeito do fato. A sentença somente declara a verdade ou a falsidade de uma afirmação relativa ao fato. Tratando do assunto, Michele Taruffo²⁸ afirma:

“Em verdade, os fatos não se incorporam nos procedimentos judiciais na sua realidade empírica ou material: em geral esses já ocorreram e, assim, pertencem ao passado. Em consequência, salvo alguns elementos de prova circunstancial, os fatos não podem ser percebidos pelo juiz: esses devem ser reconstruídos pelo julgador com base na prova disponível. Fatos, então, são tomados em consideração de uma forma muito peculiar, isto é, na forma de enunciados acerca do que ocorreu faticamente. Quando se fala da verdade de um fato, na realidade fala-se da verdade de um enunciado acerca desse fato”.

²⁵ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 227.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 114.

²⁷ ABELLÁN, *op. cit.*, 2010, p. 60.

²⁸ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 19.

A decisão judicial não determinará, portanto, se o fato existiu ou não existiu, mas se o enunciado formulado pela parte, se a afirmação por ela feita no contexto de processo deve ser admitida como verdadeira ou falsa. Como diz Gascón Abellán²⁹, a afirmação “*provar um fato nada mais é do que uma elipse, uma forma de dizer *provar a hipótese de que os fatos aconteceram*” (tradução e destaques nossos).³⁰*

E note-se que os enunciados factuais, como construções linguísticas formuladas pelas partes, decorrem de suas compreensões e escolhas realizadas a partir de seus valores, pensamentos e interpretações jurídicas.³¹ Assim, embora a parte que formula a hipótese afirme que sua proposição é verdadeira, diga que seu enunciado fático é autêntico, na realidade, como lembra Taruffo³², essa é uma questão marcada pela incerteza, que só será definida ao final do processo, quando for proferida a decisão sobre os fatos e ela transitar em julgado.

Enquanto os enunciados normativos, isto é, os enunciados relativos a questões jurídicas da causa, são objeto de interpretação e de justificação, mas não de comprovação, os enunciados de fato, além de serem objeto de interpretação e de justificação, precisam, antes de mais nada, ser objeto de prova, ou seja, devem ser provados verdadeiros ou falsos.³³

Neste tópico, resta discorrer sobre as narrativas, que são os “conjuntos ordenados de enunciados fáticos que descrevem as modalidades e as circunstâncias relativas aos fatos que originaram a controvérsia”.³⁴ As narrativas são, pois, as histórias contadas pelas partes para expor suas versões sobre os fatos em disputa, visando a satisfazer suas pretensões.

As narrativas devem ser compostas a partir de enunciados que, de forma concatenada, lógica, explicitem os fatos principais e, eventualmente, os fatos secundários que estão na base da causa.

Note-se que um mesmo fato pode, evidentemente, ensejar mais de uma narrativa, e acarretar descrições divergentes ou vários enunciados fáticos contrastantes. De tal mesmo fato podem exsurgir, destarte, narrativas verdadeiras e narrativas falsas.³⁵ Os advogados ou procuradores dos litigantes, às vezes com omissões voluntárias ou distorções, narram histórias antagônicas sobre os mesmos fatos, assim como as testemunhas de um mesmo fato podem enunciar-los de uma forma bastante diferente, assim como o juiz, ao final, ao decidir sobre os

²⁹ ABELLÁN, *op. cit.*, p. 76.

³⁰ **No original:** “probar un hecho no és más que una elipsis, una forma de decir probar la hipótesis de que los hechos han sucedido”.

³¹ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 19.

³² TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 29.

³³ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 60.

³⁴ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 236.

³⁵ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 88.

fatos, pode enxergá-los de uma terceira maneira, encetando uma narrativa processual distinta das que foram expostas e defendidas pelas partes em conflito.

Segundo Taruffo³⁶, são esses os requisitos de uma boa narrativa processual: plausibilidade, coerência e persuasão. Entretanto, ele assinala que, por óbvio, uma narrativa pode ser boa, preenchendo tais requisitos, mas ser falsa. A narrativa pode ainda não preencher tais requisitos e ser ruim, mas também ser falsa. Pode também ser boa e verdadeira, isto é, pode ser uma narrativa processual bem construída em torno de enunciados que correspondam à realidade dos fatos. E, por fim, a narrativa pode ser ruim, mal redigida, porém verdadeira, ou seja, pode trazer enunciados expostos de forma incoerente, fragmentada, mas que se revelem verídicos.

Na visão do referido jurista³⁷, conquanto não seja possível saber com exatidão, existe a probabilidade de os julgadores preferirem boas narrativas, ainda quando falsas, em detrimento de narrativas ruins, mal escritas (com falhas gramaticais e de sintaxe, sem coerência e logicidade). Esse risco parece mesmo existir no contexto da decisão sobre os fatos, de maneira que o juiz profissional, comprometido com o ideal de justiça, não deve se orientar pela qualidade das narrativas, mas por sua reconstrução³⁸ acertada, que tende a revelar a narrativa processual mais fidedigna.

O estudo dessa matéria tem, então, toda a pertinência quando se pensa no juízo fático, na decisão sobre os fatos. A narrativa processual de um dos litigantes, bem ou mal feita, pode ser confirmada em juízo, pode prevalecer e vir a sustentar a decisão dos fatos que estão na base da causa, porém, na maioria das vezes, a história real que está por detrás de uma demanda é mesmo forjada na medida em que os fatos são reconstruídos³⁹ no curso do processo, quando podem ser agregados elementos linguísticos, semânticos, valorativos, sociais e culturais.⁴⁰

Por isso que “o juiz que decide sobre os fatos é o último, definitivo e, portanto, mais importante narrador no âmbito do processo”⁴¹. Diante das versões discrepantes sustentadas pelos litigantes, caberá ao julgador, tomando a história completa (os fatos como um todo) e à luz das proposições fáticas corroboradas ou refutadas, escrever uma nova narrativa processual destinada a dirimir o conflito, narrativa essa que deve ser boa e, quiçá, a mais verdadeira

³⁶ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 89-90.

³⁷ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 92-93.

³⁸ Essa reconstrução dos fatos evidentemente não significa reavaliá-los, mas reconstituí-los hipoteticamente para se entender como e por que aconteceram.

³⁹ Contudo, como afirma Gomes Filho, longe de ser uma atividade neutra, “a reconstituição dos fatos realizada no processo está visivelmente impregnada por fatores sociais, políticos e culturais etc., variáveis no tempo e no espaço, cujo exame seria praticamente inesgotável” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 18).

⁴⁰ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 75-78.

⁴¹ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 71.

possível, de modo que o provimento jurisdicional que nela se ampare venha a espelhar a concretização da justiça.

3.2. QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO: DISTINÇÕES E CONEXÕES

Preliminarmente, é preciso definir questão de fato (*quaestio facti*) e questão de direito (*quaestio juris*), para depois distinguir essas categorias e apontar as conexões que há entre elas, tendo em mente que é a questão fática que está conectada ao assunto dos *standards* de prova, concebidos para indicar o grau de suficiência da prova dos fatos.

A questão de fato diz respeito aos eventos empíricos, aos enunciados fáticos que devem ser considerados verdadeiros ou falsos. Trata-se da questão atinente aos aspectos materiais da causa, que serão objeto de prova. O juízo de fato concerne ao que aconteceu ou não; refere-se a um fenômeno ou acontecimento da realidade empírico-sensível⁴², o qual é determinado pelas provas produzidas no processo e pela interação linguística, pela relação dialógica entre os sujeitos da relação processual.⁴³

A *quaestio facti* é, portanto, identificada com a questão probatória, pois um fato é um acontecimento decorrente da atividade probatória, isto é, ele deriva da prova. A convicção, nesta seara, é formada em torno dos fatos (principais ou secundários) da causa.

De outro lado, a questão de direito versa sobre a norma jurídica aplicável, sobre sua interpretação, sobre os enunciados normativos do caso, os quais não são objeto de prova, uma vez que *iura novit cúria*.⁴⁴ Esse tipo de questão diz respeito à qualificação jurídica do fato.

Assim, na questão de fato, a discussão gira em torno de saber se uma proposição fática é verdadeira ou falsa, enquanto na questão de direito a controvérsia se estabelece sobre os aspectos jurídicos do caso, o que não demanda dilação probatória. É o fato que se prova, não o direito⁴⁵.

Entretanto, apesar de à primeira vista parecer nítida a diferença entre *quaestio facti* e *quaestio juris*, as conexões entre tais questões, que agora serão expostas, mostram que a

⁴² NEVES, Antonio Castanheira. *Questão-de-facto e questão-de-direito*. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967, p. 338-339.

⁴³ Gustavo Badaró entende que, “embora não se ignore a importância das consequências do giro linguístico, principalmente o papel de intermediação entre a linguagem e a realidade, isso não autoriza que se rompa toda e qualquer conexão entre o conhecimento e a realidade”. Para o referido professor, “considerar que a linguagem pode operar uma desconexão entre a realidade e o conhecimento dos objetos implicaria a imprestabilidade do próprio conceito de verdade” (BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 387).

⁴⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 433.

⁴⁵ Há, porém, uma exceção. O juiz pode exigir que a parte faça prova da vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, conforme norma inserta no art. 376 do Código de Processo Civil, aplicável, por analogia, ao processo penal (art. 3º do CPP).

discussão não é tão singela, o que acaba tornando complexo o estudo das matérias probatórias.

Quando se tem em mente a noção de fatos institucionais ou de fatos externos (humanos e naturais), os quais, como visto no tópico anterior, têm seus significados e efeitos fixados pelas normas jurídicas, nota-se, por esse prisma, que eles estão conectados ao Direito. Nessa perspectiva, os fatos não têm existência à margem do Direito, mas a este estão ligados. Eles representam a concreta aplicação do Direito, de forma que dele não podem se apartar. Além disso, a questão do grau de certeza ou de probabilidade de um fato “é verdadeiramente uma questão de direito”⁴⁶. O direito deve indicar o grau de suficiência da prova, o modelo de constatação dos fatos.

Essa linha de compreensão se fia na ideia de que as partes e o juiz não trabalham apenas com os fatos na sua dimensão empírica, mas, a partir da norma, atribuem-lhes significados que produzem efeitos jurídicos. Acredita-se que o Direito, como ciência ou norma, existe nos fatos e estes, por sua vez, trazem vida ao Direito, não se podendo ignorar que toda questão jurídica compreende, necessariamente, questão de fato e de direito que se entrelaçam em um todo, refletindo um processo metodológico unitário⁴⁷. Por conseguinte, uma *quaestio juris* é sempre a *quaestio juris* de uma determinada questão de fato, enquanto esta sempre será moldada pela norma jurídica, não existindo “fato puro” ou “direito puro”.⁴⁸

Reforçando sua posição contrária à dicotomia entre questão de fato e questão de direito, e admitindo uma separação meramente expositivo-didática, Castanheira Neves⁴⁹ argumenta que “(...) o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito”. Já “o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto”. Assim “quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto”.

Com efeito, é inegável que, não raro, para se considerar um fato provado ou não provado, é preciso empregar argumentos jurídicos. Também a qualificação jurídica de um fato reclama considerações à luz do Direito, ou seja, não é possível categorizá-lo sem uma perspectiva jurídica. Da mesma forma, em razão da tênue distinção, é difícil, num caso concreto, tratar de um conceito jurídico, como o de dolo ou o de culpa, sem incursionar na questão fática. Faticidade e normatividade estão interligadas.

Não obstante, ainda que os fatos estejam conectados ao Direito e que este seja indissociável daqueles, há a necessidade de se estabelecer tal distinção a fim de se definir o

⁴⁶ NEVES, *op. cit.*, 1967, p. 467.

⁴⁷ NEVES, *op. cit.*, 1967, p. 462-465.

⁴⁸ NEVES, *op. cit.*, 1967, p. 55-56 e 462-465.

⁴⁹ NEVES, *op. cit.*, 1967, p. 55-56.

que deve ser provado e o quanto deve ser provado para se reputar uma proposição verdadeira ou não. E, como se viu, são os fatos, isto é, os enunciados sobre os fatos, que devem ser objeto da prova, sendo imperioso estabelecer regras que delineiem não só a produção, mas também a valoração das provas no âmbito da decisão sobre os fatos. Talvez não se deva distinguir⁵⁰ questão de fato de questão de direito como critério para admitir ou rejeitar o reexame da decisão judicial via recurso especial ou extraordinário, mas, na primeira instância, no âmbito probatório, tal “distinção se faz inevitável quando se trata de estabelecer o que pode e deve ser provado em um processo”.⁵¹

Mesmo que as dimensões entre fato e Direito sejam conexas, eles “devem ser concebidos como diferentes, ou, pelo menos, como diferenciáveis. Em realidade, os fatos podem ser determinados como tais, ou seja, separando-se da dimensão jurídica da controvérsia”. Não obstante reconheça a dificuldade de distinção, considerando-a discutível e problemática conforme o contexto jurídico, Karl Larenz⁵² assinala que:

“O juiz julga sobre a questão de facto com base no que é aduzido pelas partes e na produção da prova; a questão de direito decide-a sem depender do que é alegado pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si (*jura novit curia*). Só os factos, isto é, os estados e acontecimentos fácticos são susceptíveis e carecem de prova; a apreciação jurídica dos factos não é objecto de prova a aduzir por uma das partes, mas tão-só de ponderação e decisão judiciais”.

Desse modo, é exagero dizer que as distinções são apenas aparentes. Há conexões relevantes, como visto acima, mas a questão de fato diz respeito à ocorrência de um evento no plano da realidade empírico-sensível, do mundo real. O fato naturalmente não prescinde do Direito, tendo, sim, uma dimensão jurídica, mas é preciso assentar se ele aconteceu na ótica material, fenomênica, se é verdadeira ou falsa a proposição fática que embasa a pretensão.

Embora, em muitos casos, as questões de fato e de direito estejam bastante próximas, sendo difícil separá-las, é imprescindível traçar uma linha divisória voltada a definir sobre o que recairá a atividade probatória. Ora, é por meio das provas que serão reconstruídos os segmentos da realidade explicitados nos enunciados fáticos e que fazem parte da narrativa processual. O objeto foi mesmo subtraído pelo acusado de furto? Está mesmo evidenciada a materialidade do delito de homicídio? O denunciado foi o autor dos disparos que tiraram a

⁵⁰ Sobre isso, Gascón Abellán realça, com absoluta razão, que: “(...) grande parte do problema que suscita a distinção entre fatos e direito deriva de que ela se formula muitas vezes não em função de umas supostas qualidades intrínsecas dos fatos ou do direito, mas para delimitar áreas jurídicas baseadas nesta distinção, por exemplo, o recurso de cassação” (tradução nossa). **No original:** “(...) gran parte del problema que suscita la distinción entre hechos y derecho deriva de que ésta se formula muchas veces no en función de unas supuestas cualidades intrínsecas de los hechos o del derecho, sino con el objeto de delimitar ámbitos jurídicos basados en esa distinción, por ejemplo, el recurso de casacion” (ABELLÁN, *op. cit.*, 2010, p. 192).

⁵¹ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 60.

⁵² LARENZ, *op. cit.*, 1997, p. 433.

vida da vítima? Houve a supressão de imposto conforme sustentam a repartição fiscal e o Ministério Público? A propósito, Taruffo⁵³ aduz:

Pensando nos fatos tratados em um processo, não há qualquer necessidade de que se mergulhe profundamente em questões filosóficas e epistemológicas. Em realidade, os fatos relevantes à administração da justiça são *tranches de vie*, ou seja, eventos ou conjuntos de eventos que concernem à vida das pessoas. Isso significa que geralmente esses são determinados em uma perspectiva macro: mesmo quando estão envolvidas a microfísica ou a genética, o escopo final continua sendo o de provar um *fato da vida* (...).

Não se nega que reputar algo provado reclama alguma consideração jurídica, mas essa carga jurídica da decisão não desconstitui a dimensão empírica do fenômeno, não apaga a parte da *causa petendi* que necessita ser reconstruída em juízo. A qualificação jurídica de um fato não elimina a possibilidade de um juízo prévio sobre a existência de tal fato, de modo que, nas palavras de Marina Gascón Abellán⁵⁴, “do ponto de vista lógico, trata-se de um *prius* daquela, pois a qualificação começa justamente quando os fatos foram apurados” (tradução nossa)⁵⁵. Primeiro se averigua se o fato ocorreu no plano sensorial e, em seguida, define-se se ele pode ser subsumido a certa norma ou qualificado sob determinada categoria. O exame jurídico é posterior, partindo da premissa de que o fato já esteja provado.

Seja como for, por mais que tal cisão entre *quaestio facti* e *quaestio juris* pareça contestável, o que precisa ser reconstruído num processo são sempre os fatos, não o direito. E o julgador, para elaborar a justificação do ato decisório, necessita averiguar as provas para definir se os enunciados fáticos são falsos ou verdadeiros. Nesse sentido, Abellán⁵⁶ afirma que:

A separação conceitual entre a *quaestio iuris* e a *quaestio facti*, ou entre enunciados normativos e enunciados fáticos – que não só é possível e oportuna, mas (desde a perspectiva do cognoscitivismo) também necessária – traz consigo a distinção entre motivação da premissa jurídica e motivação da premissa fática: enquanto justificar um enunciado normativo consiste em sustentar com razões sua validade, ou sua correção, ou sua justiça, justificar um enunciado fático consiste em aduzir razões que permitam afirmar que é verdadeiro ou provável. De todo modo, a distinção entre ambos os tipos de motivação não fecha, antes abre, a questão de qual deve ser o conteúdo da motivação da prova, de quando se pode dizer que a declaração de fatos provados da sentença é justificada. (tradução nossa)⁵⁷

⁵³ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 61.

⁵⁴ ABELLÁN, *op. cit.*, 2010, p. 192.

⁵⁵ **No original:** “desde el punto de vista lógico éste es un *prius* de aquélla, pues la calificación comienza precisamente cuando han sido fijados los hechos”

⁵⁶ ABELLÁN, *op. cit.*, 2010, p. 192-193.

⁵⁷ **No original:** “La separación conceptual entre la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*, o entre enunciados normativos y enunciados fáticos —que no sólo es posible y oportuna sino (desde la perspectiva del cognoscitivismo) también necesaria—, lleva consigo la distinción entre motivación de la premissa jurídica y motivación de la premissa fática: mientras justificar un enunciado normativo consiste en sostener con razones su

Destarte, as questões de fato são decididas pelo juiz a partir do que é alegado pelas partes e com suporte nas provas colhidas na fase de instrução do processo, enquanto as questões de direito são resolvidas sem depender de tais elementos, mas apenas com base em seu conhecimento do direito e da lei.

A despeito de a resolução de problemas probatórios muitas vezes carecer do Direito, está claro que é sobre os fatos, enxergados como eventos da realidade empírico-sensível, que deve recair a atividade probatória que balizará a edificação da decisão voltada a solucionar o conflito de interesses. Mesmo disciplinados por normas jurídicas, os fatos é que devem ser objeto da prova, pois são eles que constituem o *thema probandum*. E os *standards* probatórios, dos quais se tratará mais detidamente ao longo deste trabalho, constituem critérios que buscam explicitar o grau de suficiência da prova dos fatos, isto é, têm o propósito de objetivar o juízo do fato, ampliando sua controlabilidade.

3.3. PROVA E SUA VALORAÇÃO RACIONAL

O termo “prova” deriva “do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de)” e se constitui “na demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta”⁵⁸.

A prova, segundo Taruffo⁵⁹, consiste no instrumento por meio do qual as partes buscam demonstrar a veracidade de suas alegações sobre os fatos. Ela serve para averiguação da verdade das afirmações das partes e realização da justiça no caso levado ao tribunal.⁶⁰

Na compreensão de Antonio Magalhães Gomes Filho⁶¹, a prova caracteriza-se com um verdadeiro direito subjetivo à introdução do material probatório nos autos do processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo, iniciado para o esclarecimento dos fatos e a aplicação da lei.

O objeto da prova, portanto, são os fatos da causa, desde que delimitados, relevantes e pertinentes. Sua finalidade é estabelecer a verdade dos fatos em litígio e formar o

validez, o su corrección, o su justicia, justificar un enunciado fáctico consiste en aducir razones que permitan sostener que es verdadero o probable. De todas formas la distinción entre ambos tipos de motivación no cierra, sino que más bien abre, la cuestión de cuál haya de ser el contenido de la motivación de la prueba, de cuándo puede decirse que la declaración de hechos probados de la sentencia está justificada”.

⁵⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 32. ed., revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1134.

⁵⁹ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 17.

⁶⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2016, p. 69 e 72.

⁶¹ GOMES FILHO, *op. cit.*, 1997, p. 84.

convencimento do julgador. Por isso, Hélio Tornaghi⁶² dizia que “todo o processo está penetrado da prova, embebido nela, saturado dela. Sem ela, ele não chega ao seu objetivo: a sentença.”

É natural, por conseguinte, que o tema das provas seja tão relevante e decisivo no âmbito de qualquer processo. Para Gomes Filho⁶³, “o tema da prova é dos mais importantes da ciência do processo, na medida em que a correta verificação em que se assentam as pretensões das partes é pressuposto fundamental para a prolação da decisão justa”. Ele salienta que, nos domínios do processo penal, a prova é ainda mais primordial para que se possa “(...) superar a presunção de inocência do acusado, que representa a maior garantia do cidadão contra o uso arbitrário do poder punitivo”.

Os conceitos de prova acima explicitados estão mais centrados na ideia de prova como instrumento e como um direito do acusado, porém há outras acepções para o vocábulo *prova* no campo do Direito Processual. Além de ser um direito e de se referir a meios ou instrumentos, relaciona-se à atividade probatória ou ao resultado dessa atividade.

Como meio, a prova (*evidence*⁶⁴) diz respeito aos instrumentos admitidos pela lei para se demonstrar a verdade concernente aos fatos alegados, para se tentar confirmar ou refutar a veracidade de uma proposição fática. Os meios de prova⁶⁵ constituem os elementos trazidos ao processo, como documentos, objetos e testemunhos, com a intenção de se provar a veracidade das proposições fáticas.

A prova como atividade refere-se à produção de informações que demonstrem a veracidade dos enunciados de fato formulados pelas partes. Os meios de prova ingressam no processo graças à atividade probatória, que é representada por métodos ou procedimentos estabelecidos em lei para que os meios de prova sejam validamente transportados aos autos. A atividade probatória é reservada às partes, vistas como sujeitos que a exercem, a quem cabe, sob a condução do juiz, produzir os elementos tendentes a dar amparo às suas proposições fáticas.

Já a prova como resultado (*proof*) consiste no produto da atividade probatória, naquilo que servirá para formar a convicção do juiz no tocante aos fatos da causa⁶⁶. É essa faceta da

⁶² TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Vol. 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 272.

⁶³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoite de (orgs.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303.

⁶⁴ *Evidence* consiste nos meios para se estabelecer a verdade ou falsidade de algum fato alegado, enquanto *proof* diz respeito ao resultado da prova (GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. *Criminal evidence: principles and cases*. 8th ed. Wadsworth: Cengage Learning, 2013, p. 78).

⁶⁵ Meios de prova, porém, não se confundem com meios de obtenção de prova. Estes, “também denominados meios de investigação ou de pesquisa de provas, são instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova”. Exemplos desses meios são a busca e apreensão, a interceptação telefônica, as quebras de sigilo bancário, fiscal ou telefônico e o agente infiltrado (BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 393).

⁶⁶ BURNIER JÚNIOR, João Penido. *Teoria Geral da Prova*. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 17-18.

prova que será objeto de apreciação crítica (valoração) por parte do magistrado, gerando o efeito de lhe indicar certeza, dúvida, verdade ou probabilidade a respeito dos fatos. É a prova como resultado, objeto do debate entre as partes, que induz no espírito do julgador a compreensão ou a convicção que deverá acarretar, racionalmente, o acolhimento ou a rejeição do pedido.⁶⁷

Nessa concepção, a prova significa a própria conclusão que se extrai dos elementos probantes reunidos nos autos a respeito de um determinado fato, representando o resultado da atividade valorativa do juiz voltada a estabelecer se uma afirmação ou negação fática foi confirmada ou refutada.

No presente trabalho, como se almeja tratar dos *standards* atinentes aos graus de suficiência da prova, as reflexões serão dirigidas à prova como resultado da atividade probatória (*proof*), isto é, à prova que foi produzida ou que deixou de ser produzida num processo. É o material probatório produzido em juízo, ou mesmo a falta de sua produção, que orientará a tomada da decisão. O juízo do fato é realizado a partir da análise do resultado da prova.

Porém, antes de conduzir o discurso para a valoração probatória, convém discorrer rapidamente sobre a classificação dos meios de prova. Esta, segundo o objeto⁶⁸, pode ser direta (material ou histórica), que é aquela que, por si só, demonstra o próprio fato controvertido, ou indireta (indiciária ou circunstancial)⁶⁹, que é a que não demonstra diretamente o fato, mas permite, por raciocínio lógico (dedução ou indução), deduzir o fato que se almeja provar⁷⁰. O indício, portanto, consiste numa prova indireta ou lógica⁷¹, uma vez que, por meio de um pensamento dedutivo-intuitivo, parte-se de um fato provado para, por meio de máximas de experiência ou de presunção, extrair-se a ocorrência de um fato histórico⁷². A esse raciocínio inferencial se voltará no tópico seguinte.

Em relação à fonte ou ao sujeito, a prova pode ser: a) pessoal, quando decorre de uma manifestação humana, sendo exemplos o testemunho, as declarações do ofendido, a confissão

⁶⁷ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. de Paolo Capitanio. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 87.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 148-149.

⁶⁹ De acordo com Taruffo, “essa distinção está presente em todos os sistemas probatórios, ainda que se usem expressões diversas: no *common law* fala-se em *direct* (ou *material*) e *circumstantial evidence*; na Áustria e na Alemanha, de *mittelbarer* e *unmittelbarer Beweis*; na França, em *preuve directe* e *indirecte*; na Itália, em *prova diretta* e *indiretta*; na Espanha, em *prueba directa* e *indirecta (...)*” (TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 58).

⁷⁰ Jeremy Bentham já dizia, a esse respeito, que uma prova é direta quando é de tal natureza que conduz em si mesma à convicção daquilo que se quer provar, mas será indireta ou circunstancial quando, por via da indução ou da inferência, pode levar à convicção daquilo que se quer provar (BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Vol. I. Trad. de Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971, p. 373-374).

⁷¹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

⁷² Por sua vez, Gustavo Badaró entende que, conquanto previsto no meio de prova no CPP brasileiro (art. 239), o indício seria “o resultado probatório de um meio de prova. O indício é o fato provado, que permite, mediante inferência, concluir pela ocorrência de outro” (BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 505).

e as conclusões periciais; b) real, quando não resulta, diretamente, de uma pessoa, mas de algo físico, externo ao ser humano, como uma arma de fogo ou um documento, em sentido amplo⁷³.

Quanto à forma, as provas são divididas em: testemunhal, documental e material. A prova testemunhal é aquela feita por afirmação pessoal. A documental, ao contrário, é aquela feita por prova escrita ou gravada. Por seu turno, a prova material é a que consiste em qualquer materialidade que sirva de elemento para o convencimento do juiz sobre o fato probando⁷⁴.

Ainda, e essa classificação interessa sobremaneira nesta pesquisa, a prova pode ser categorizada, no que tange ao valor ou efeito, em plena (completa) ou não plena (incompleta)⁷⁵. A primeira é aquela convincente, apta a conduzir o julgador a um “estado de certeza” a respeito dos fatos em discussão na causa. A segunda é aquela de cariz indiciário, que retrata uma “mera probabilidade”, sendo admitida para embasar juízos provisórios ou instrumentais⁷⁶.

A doutrina⁷⁷ também traça uma distinção quanto ao momento ou às diferentes fases da atividade probatória: a) proposição: diz respeito ao momento em que as partes indicam que provas pretendem produzir⁷⁸; b) admissão: ocorre quando o juiz procede à análise da licitude, da relevância e da pertinência da prova indicada; c) produção: diz respeito à introdução da prova nos autos, em contraditório; d) valoração ou apreciação: é o momento em que o juiz exerce a análise crítica das provas, verificando se houve a confirmação ou a refutação dos enunciados fáticos, sopesando os elementos para acolher ou rejeitar a pretensão autoral.

Essa classificação dos elementos de prova quanto a seu valor (prova plena ou não plena) e a quarta fase da atividade probatória (apreciação) estão intrinsecamente ligadas à análise do resultado da prova, isto é, dizem respeito à valoração probatória, assunto que doravante será explorado para bem se delinear o objeto desta tese.

⁷³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. de Paolo Capitanio. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 279-280.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 119.

⁷⁵ Beccaria, em sua célebre obra, referiu-se às provas perfeitas e provas imperfeitas. “As provas perfeitas são aquelas que demonstram positivamente que é impossível ser o acusado inocente. As provas são imperfeitas quando a possibilidade de inocência do acusado não é excluída” (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 26).

⁷⁶ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Vol. 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 274.

⁷⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 603.

⁷⁸ No processo penal brasileiro, a prova testemunhal deve ser indicada na denúncia ou na queixa (art. 41 do CPP) ou na resposta escrita à acusação (art. 396-A do CPP), sob pena de preclusão. Já nos casos de competência do júri, há também um segundo momento para arrolar as testemunhas a serem ouvidas em plenário (art. 422 do CPP). No que toca aos demais meios de prova, podem ser propostos a qualquer tempo (art. 231 do CPP).

A valoração da prova consiste em sua apreciação, na determinação do valor das provas com o desiderato de formular um juízo sobre os fatos. Francesco Carnelutti⁷⁹ explicou que o ato de valorar equivale a depositar cada elemento de prova numa balança com o propósito de pesá-lo.

Nas palavras de Michele Taruffo⁸⁰, “a valoração das provas tem por objeto estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a veracidade ou a falsidade dos enunciados relativos aos fatos em litígio”. A atividade de valoração, que consiste em atribuir valor ou peso às provas, precede o ato decisório, procurando “estabelecer se e em que grau” elas sustentam um enunciado fático.⁸¹

Ao longo da história, a apreciação das provas passou por diferentes fases, conforme as convicções, os costumes, o regime político de cada povo e a conveniência dos governos, sendo comum os autores dividi-las mediante a indicação de 3 (três) sistemas: o sistema da íntima convicção (religioso ou ordálio); o sistema da prova legal ou tarifada; e o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.⁸² Embora este último sistema seja o de maior interesse neste estudo, é importante comentar brevemente sobre os dois primeiros.

O sistema ordálio, da íntima convicção ou da certeza moral do julgador existiu ao menos desde os séculos IV e V, época das invasões bárbaras. Valia-se de meios irracionais de prova ao fito de definir sobre a inocência ou culpa do acusado.⁸³ Os ordálios eram chamados de “juízo divinos”, uma vez que se firmavam na falsa crença de que Deus intervinha nos julgamentos e que a veracidade dos fatos seria demonstrada com base em sinais externados no mundo terreno a partir da submissão do pretense culpado a determinadas provas corporais dolorosas e que se tornaram bastante populares, como, dentre outras técnicas cruéis, a *prova d'água* (lançava-se o réu à água, sendo considerado culpado se viesse à tona e inocente caso submergisse), a *prova do fogo* (obrigava-se o acusado a transitar descalço sobre uma fogueira ou por chapa de ferro em brasa, sendo considerado inocente se nada lhe acontecesse) e o duelo judicial (realizado a cavalo ou a pé, de acordo com a classe social das partes, por um determinado período de tempo, perdendo o processo quem fosse vencido no duelo), instrumento que, amplamente utilizado, depois passou a se limitar a juramento de uma das partes (*compurgatio*) ou juramento prestado por um grupo de pessoas (chamados de

⁷⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Das provas no processo penal*. Trad. de Vera Lúcia Bison. Campinas: Impactus, 2005, p. 22.

⁸⁰ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 130.

⁸¹ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 130.

⁸² TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Vol. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 425-428.

⁸³ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 19.

conjuratores) em auxílio de uma parte.⁸⁴ Esses ordálios contavam com a bênção sacramental da igreja da Idade Média.

Nesse sistema, os julgamentos ocorriam a partir de uma convicção íntima ou da certeza moral do julgador, isto é, sem qualquer motivação. O legislador nada dispunha sobre a admissibilidade, a produção e a valoração das provas. Tudo era deixado à discricção do juiz, que inclusive podia se valer de elementos de prova que não constavam dos autos.⁸⁵

Por sua vez, o sistema da prova legal ou tarifada, surgiu a partir de 1215, quando o rei inglês João publicou a *Magna Charta Libertatum*, assegurando o direito de o cidadão ser julgado por seus pares, os quais seriam os juízes do fato. Naquele ano, em Roma, o papa Inocêncio III, no IV Concílio de Latrão, proibiu os ordálios como meio para se dirimir uma disputa judiciária⁸⁶. Então, aos poucos, foram sendo abandonados os “juízos divinos” e a decisão do julgador foi vinculada a “valores abstratos e predefinidos pelo legislador para cada um dos meios de prova”.⁸⁷ Operou-se uma tarifação das provas, de forma que cada uma tinha um valor certo definido na lei, não dispondo o magistrado de liberdade para decidir de maneira diversa da previsão legal. Substituiu-se a certeza moral do julgador pela certeza moral do legislador, pela verdade legal.

Esse sistema, “apesar de não ser inerente à forma inquisitória, desfrutou de seu mais largo desenvolvimento no processo inquisitivo”.⁸⁸ A confissão foi considerada a rainha das provas (*regina probarum*) e a tortura foi admitida como meio apto à descoberta da verdade “real”.⁸⁹ Conquanto tenha representado algum avanço em relação ao sistema anterior, a decisão ficou presa à vontade do soberano ou à autoridade da Igreja. A imposição de penas capitais ou de mutilações, por exemplo, exigia duas testemunhas oculares ou a confissão do réu no tribunal. Com o transcorrer do tempo, a rigidez da legislação foi sendo amortecida pelos juízes com o intuito de escaparem da obrigação de impor punições de sangue a partir de provas que acreditavam ser fracas, assim como da obrigação de absolver réus cuja culpa consideravam óbvia apesar das provas legalmente insuficientes.⁹⁰

Já o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional tem raízes no pensamento iluminista de Beccaria, que, na segunda metade do século XVIII, propugnou por

⁸⁴ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 19-20.

⁸⁵ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Vol. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 425.

⁸⁶ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 18. No mesmo sentido: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 30.

⁸⁷ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 17.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 18 e s.

⁹⁰ DAMASKA, Mirjan. *Evaluation of Evidence: pre-modern and modern approaches*. Cambridge, United Kingdom; New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2018, p. 115.

um processo criminal justo, público e humanitário⁹¹. Esse sistema, que exsurgiu como reação ao sistema anterior, que marcou o antigo regime, não limita o juiz aos meios de prova regulamentados em lei, desde que lícitos, nem impõe uma hierarquia entre eles. Embora assegure ao julgador a liberdade para valorar as provas e decidir, exige que ele motive seu convencimento, isto é, que explicita as razões de fato e de direito que o levam a acolher ou rejeitar o pedido.

A motivação, definida como a exposição expressa e racional das razões de convencimento que embasam a decisão judicial (*rationes decidendi*), tornou-se uma exigência legal e constitucional em diversos ordenamentos jurídicos⁹², que adotaram o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. Este princípio equivale ao princípio da *sana crítica*, adotado na Espanha e em países latinos. Nas palavras de Couture:⁹³

“As regras da *sana crítica* são, antes de tudo, as regras do correto entendimento humano. Nelas interferem as regras da lógica, com as regras da experiência do juiz. Uma e outras contribuem de igual modo para que o magistrado possa analisar a prova (quer seja de testemunhas, de peritos, de inspeção judicial, de confissão nos casos em que não é plena e cabal) com base na sã razão e em um conhecimento experimental das coisas. O juiz que deve decidir com fundamento na crítica sã não é livre para raciocinar ilimitadamente, discricionariamente, arbitrariamente. Tal modo de atuar não seria crítica sã, mas livre convicção. A crítica sã é a união da lógica e da experiência, sem excessivas abstrações de ordem intelectual, mas também sem esquecer esses preceitos que os filósofos denominam higiene mental, tendentes a assegurar o mais correto e eficaz raciocínio” (tradução nossa)⁹⁴.

Como reflexo desse modelo, as provas devem constar dos autos do processo judicial e serem produzidas com observância às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ficando os julgadores a elas adstritos. Também o ônus probatório da acusação foi melhor explicitado pelas legislações, em respeito ao direito à presunção de inocência.

Entretanto, em diversos países, inclusive no Brasil, em relação às decisões proferidas pelo tribunal do júri, ainda vigora o sistema da íntima convicção, que confere ampla liberdade aos juízes leigos para avaliação das provas, dispensando-os de fundamentar a decisão. Os

⁹¹ Conforme retratado em sua marcante obra, *Dos delitos e das penas*, que constituiu o alicerce do Direito Penal e Direito Processual Penal modernos.

⁹² A Constituição Federal de 1988, no seu art. 93, IX, exige a motivação das decisões judiciais. O Código de Processo Penal brasileiro estabelece, no art. 381, III, que a sentença deve conter “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

⁹³ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: De Palma, 1969, p. 270

⁹⁴ **No original:** “Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discricionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento” (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: De Palma, 1969, p. 270).

jurados decidem *secundum conscientiam*, não se lhes impondo o dever de racionalmente explicar o seu convencimento. No sistema jurídico-penal pátrio, também restaram resquícios da tarifação da prova, como, por exemplo, a previsão de que somente à vista da certidão de óbito o juiz pode declarar a extinção da punibilidade em razão da morte do acusado (art. 62 do CPP), além das hipóteses previstas nos arts. 155, parágrafo único, e 158 daquele código.⁹⁵

No que tange aos julgamentos criminais realizados pelos juízes profissionais, monocrática ou colegiadamente, a lei brasileira estabelece uma importante regra balizadora da valoração da prova, ao dispor, no art. 155, *caput*, do CPP, que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Esse preceito legal evidencia que a lei brasileira, em termos de valoração probatória, adota o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. Porém, esse livre convencimento não significa convencimento sem submissão a regras, ilimitado ou subjetivo.⁹⁶ O julgador não está vinculado a provas tarifadas (todas elas têm valor relativo), mas deve fundamentar sua convicção a partir de critérios lógicos e seguindo as diretrizes fixadas na lei. De acordo com Gomes Filho⁹⁷, “o livre convencimento pressupõe uma liberdade *racionalizada*, exercida dentro de certos parâmetros ditados pela lógica, pela psicologia, pelas regras de experiência comum, e outras, inclusive jurídicas”. Ele não deve ser abrigo para o decisionismo ou para o discricionarismo judicial⁹⁸.

O referido dispositivo, ao tempo em que assegura a liberdade do juiz para analisar e valorar a prova, exige a fundamentação do *decisum* e deixa claro que a atividade valorativa deve recair, precipuamente, sobre o material probatório produzido na esfera judicial. Proíbe-se a utilização exclusiva de elementos inquisitoriais para embasar uma condenação. Noutras palavras, não veda a possibilidade de se valorar informações obtidas na fase de investigação, ainda que como elementos secundários de convicção, o que é criticável, pois tais informações

⁹⁵ Tornaghi bem pontuou que inexistem um sistema inteiramente puro de avaliação das provas. “Em geral aparecem elementos estranhos, de outro sistema, quase sempre como resquícios do anteriormente adotado ou corretivo para os excessos do vigente” (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Vol. 3, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 425).

⁹⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 26.

⁹⁷ GOMES FILHO, *op. cit.*, 1997, p. 162.

⁹⁸ A propósito, da exposição de motivos do Código Processual Penal brasileiro consta o seguinte: “Nunca é demais, porém, advertir que o livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisso reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social” (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Exposição de Motivos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>. Acesso em: 10/04/2020).

não constituem prova, já que não foram produzidas em juízo, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Como lembra Perfecto Andrés Ibáñez⁹⁹, “(...) a rigor, só é prova a formada pelo conjunto de atividades destinadas à acreditação da veracidade das afirmações sobre os fatos objeto do processo, o que se pratica no ato do julgamento oral, obedecido aos princípios da imediação, oralidade e contraditório” (tradução nossa)¹⁰⁰.

Grande parte da doutrina entende que valorar informações do inquérito (excetuada as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas) afronta os postulados do contraditório e da presunção de inocência, pois o legislador dispôs de forma a permitir que o juiz decida mesclando provas (do processo) com informações (do inquérito).¹⁰¹ André Luiz Nicolitt¹⁰² defende que a segunda parte do dispositivo em comento é inconstitucional, “na medida em que permite, *contrario sensu*, o julgamento fundamentado inclusivamente nos elementos informativos da investigação”. Ele sustenta que a segunda norma do preceito legal “é incompatível com a primeira, pois uma coisa é o juiz formar sua convicção com base no contraditório judicial, outra é formar sua convicção com base no contraditório judicial e no inquérito (supletiva ou complementarmente)”.

O referido autor afirma que o artigo em questão precisa ser aprimorado para deixar explícito que o juiz deve formar “sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.¹⁰³ Na sua visão, que se mostra alinhada com o ideal de processo penal constitucional e democrático, é nulo, por violação dos supracitados princípios, o julgamento fundado em provas complementadas por informações do inquérito policial.

Portanto, diferentemente do que ocorre por ocasião do juízo de admissibilidade da denúncia ou da prolação de decisão de caráter cautelar (antecedente), em que o juiz naturalmente precisa valorar, em cognição sumária e provisória, as informações constantes do procedimento apuratório, ao proferir a sentença, o julgador deve valorar a prova, isto é, os elementos probantes produzidos pelas partes em juízo, em contraditório, assim como aqueles

⁹⁹ IBÁÑEZ, *op. cit.*, 2009, p. 130.

¹⁰⁰ **No original:** “(...) en rigor, solo es prueba la formada por el conjunto de actividades con fines de acreditación de la veracidad de afirmaciones relativas a los hechos objeto del proceso, que se practica en el acto juicio oral, con sujeción a los principios de inmediateción, oralidad y contradicción.”

¹⁰¹ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 427.

¹⁰² NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 655-656.

¹⁰³ Conforme a possibilidade de renovação em juízo, uma prova pode ser considerada repetível ou irrepetível (não repetível). Esta é a “prova que é produzida a partir de fonte perecível ou passível de desaparecimento ou destruição”, sendo exemplo o exame sobre lesões corporais. Já a prova cautelar preparatória ou antecipada é a “produzida no curso da investigação preliminar, ou seja, antes da deflagração do processo penal, em razão da necessidade concernente ao risco de perecimento probatório ou de se obter maiores elementos para supedanear futura ação penal”, como, por exemplo, o testemunho de pessoa com grave enfermidade (*ad perpetuam rei memoriam*) (ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 13. ed. JusPodivm: Salvador, 2018, p. 619).

elementos que, embora gerados na fase extrajudicial, qualificam-se como provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (são provas pré-constituídas).

A valoração da prova deve ser demonstrada na motivação da sentença. O juiz, agindo com integridade, examinando seriamente as razões apresentadas pelas partes (dialecticidade)¹⁰⁴, deve analisar as provas (autos de apreensão, laudos, depoimentos, documentos e outros elementos probatórios) e definir sobre a confirmação ou refutação dos enunciados fáticos que estão na base da disputa. É equivocada a concepção psicológica ou subjetiva da justificação (motivação), segundo a qual esta representaria a descrição do processo mental do juiz. O foco principal deve ser a análise das provas, verificando-se se há corroboração ou da refutação das hipóteses fáticas. É o vigor das razões pautadas nessa compreensão que leva ao convencimento das partes e que possibilitam o controle do que foi decidido.¹⁰⁵

A análise valorativa da prova precisa seguir uma sequência lógica, sendo recomendável que o juiz primeiro aprecie ou explore cada elemento de prova e depois tome em consideração o seu conjunto¹⁰⁶. Então, na valoração individualizada, o julgador avalia a autenticidade de um documento (havia rasuras? foi produzido mais recentemente ou é mais antigo?), a credibilidade de um depoimento (a testemunha agiu com espontaneidade, com segurança? transmitiu sinceridade? qual é seu nível cultural?) ou a consistência das informações contidas num laudo pericial (o perito demonstrou capacidade ou conhecimento técnico? ele empregou, em seu trabalho, uma técnica ou teoria científica já aplicada anteriormente e aceita pela comunidade científica?) e, em seguida, passa a avaliar conjuntamente as provas constantes dos autos, confrontando-as, averiguando se uma corrobora¹⁰⁷ a informação contida na outra, verificando se há coerência entre elas.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Impende acentuar que a motivação deve consistir numa justificação concreta, que aborde os aspectos próprios da causa em apreciação, isto é, não pode ser abstrata, desvinculada dos fatos *sub judice*. Justamente para combater esse vício ou falha dos atos decisórios proferidos no âmbito da justiça criminal nacional, a Lei nº 13.964/2019 incluiu o seguinte parágrafo no art. 315 do CPP:

“§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

¹⁰⁵ SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 147-149.

¹⁰⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Sentença Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 62-63.

¹⁰⁷ “(...) corroborar é reforçar o valor probatório da afirmação de uma testemunha relativa a fato principal da causa, mediante o oferecimento de dados de uma fonte distinta, referidos não diretamente a esse fato, mas a

Comentando sobre a valoração das declarações de testemunhas, Jordi Nieva Fenoll¹⁰⁹ propõe que 4 (quatro) circunstâncias sejam observadas:

a) a coerência das declarações, que “consiste na ausência de contradições no relato do declarante (...)”;

b) a contextualização do relato, retratada “na capacidade do declarante de recordar as características do lugar onde ocorreram os fatos ou de alguns outros eventos que ocorreram no mesmo momento”;

c) a existência de corroborações dos dados oferecidos na declaração, ponto geralmente mais seguro para confirmar ou refutar a veracidade do que foi declarado; e

d) presença ou ausência de “comentários oportunistas”, que se trata de “declarações desnecessárias que tentam fornecer uma falsa credibilidade, dando à declaração maior segurança retórica” (tradução nossa).¹¹⁰

O referido autor, porém, adverte que esses aspectos não devem ser tomados como uma pauta fixa e invariável, mas precisam ser adaptados a cada caso concreto¹¹¹.

Cabe destacar que valorar a prova envolve a análise de sua credibilidade. “Não se trata de valorar se a prova identifica o fato, mas sim se o documento é formalmente exato ou se o perito e a testemunha são idôneos ou mesmo se a prova pericial e a prova testemunhal têm saliências que retirem a sua credibilidade”¹¹².

Nota-se, assim, que a valoração probatória é a crítica da prova, o momento em que, pela análise dos elementos probatórios aportados aos autos do processo, dá-se a reconstrução do quadro fático pelo julgador, permitindo-lhe concluir pela procedência ou pela rejeição dos pedidos¹¹³.

Ao contrário dos objetos isolados ou contínuos das ciências exatas, que podem ser contados ou medidos por números, como os elétrons, o tempo ou a distância¹¹⁴, a prova reunida num processo não pode ser apreciada a partir de uma contagem ou de uma medição, mas deve ser valorada, sopesada a partir de critérios lógico-rationais. A prova não é balizada

alguma circunstância que guarda relação com ele, cuja constatação confirmaria a veracidade do que foi declarado pelo primeiro”. **No original:** (“...”) corroborar es reforzar el valor probatorio del aserto de un testigo relativo al hecho principal de la causa, mediante la aportación de datos de una fuente distinta, referidos no directamente a ese hecho, sino a alguna circunstancia que guarda relación con él, cuya constatación confirmaría la veracidad de lo declarado por el primero” (IBÁÑEZ, *op. cit.*, 2009, p. 125).

¹⁰⁸ Também nesse sentido: SALAVERRÍA, *op. cit.*, 1995, p. 213-214.

¹⁰⁹ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba en el proceso penal*. Cidade do México: Editorial MaGister, 2017, p. 18-19.

¹¹⁰ **No original:** “consiste en la ausencia de contradicciones en el relato del declarante (...)”; “en la capacidad del declarante de recordar las características del lugar onde ocurrieron los hechos, o bien, algunos otros sucesos que acacieron al mismo tiempo”; “declaraciones innecesarias que intentan aportar una falsa credibilidad imprimiendo una mayor seguridad retórica a la declaración”.

¹¹¹ FENOLL, *op. cit.*, 2017, p. 17.

¹¹² MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, 2019, p. 319.

¹¹³ BALTAZAR JUNIOR, *op. cit.*, 2004, p. 62.

¹¹⁴ ASIMOV, Isaac. *No mundo dos números*. Trad. de Lauro S. Blandy. Rio de Janeiro: F. Alves, 1983, p. 42-43.

pela quantidade dos elementos carreados aos autos, mas por sua qualidade, por sua força para convencer sobre a certeza ou a alta probabilidade da veracidade de um fato. Nessa seara, como se verá no capítulo seguinte, impera o critério qualitativo, e não o quantitativo.

Essa visão acerca da apreciação probatória, que propugna por sua realização de forma fundamentada e pautada pela racionalidade, decorre da concepção racionalista de valoração da prova que avulta na Europa Ocidental e América Latina¹¹⁵, na medida em que alberga o anseio de que a análise dos elementos probantes seja guiada por critérios lógicos, coerentes e mais objetivos, que possibilitem um controle intersubjetivo por parte da instância recursal, dos jurisdicionados e da sociedade.

A concepção racionalista da prova contrasta com a noção psicológica ou subjetivista da prova. Esta considera uma hipótese factual comprovada quando o julgador se sente “seguro”, “convencido” ou “convicto” a respeito da *quaestio facti*, isto é, exprimi a ideia de que a prova está presa às crenças ou dúvidas dos juízes sobre os fatos. Já aquela corrente, mais atual e sensata, defende que se procure analisar se houve confirmação ou refutação de uma proposição fática a partir da solidez e coerência do conjunto probatório, do raciocínio inferencial, da conexão lógica e explicativa que deve existir entre dados disponíveis e a hipótese que se almeja ver declarada provada.

O modelo racionalista, nas palavras de Jordi Ferrer Beltrán, almeja rechaçar “a vinculação entre prova e o convencimento puramente psicológico do juiz”.¹¹⁶ Também refuta a atuação da instância recursal que se limita a reiterar os dizeres do julgador *a quo* quanto à questão fática, invocando o critério da imediação, ou seja, o fato de o juiz ter colhido os relatos, ter estado “mais próximo dos fatos”, como se os juízes da instância *ad quem* não pudessem também examinar eles próprios a prova carreada aos autos.

A racionalidade, como se notará no capítulo 4, é um vetor axiológico essencial para uma adequada valoração da prova rumo à tomada de decisão judicial acertada, justa. A valoração probatória não pode se dar a partir de crenças subjetivas, de juízos intuitivos ou instintivos, mas deve ser guiada por um raciocínio lógico, coerente, deliberativo e reflexivo. As decisões intuitivas, rápidas e inconscientes acarretam vieses ou falhas cognitivos¹¹⁷, não podendo o pensamento intuitivo se sobrepor a um trabalho mental raciocinativo, consciente e argumentativo.

¹¹⁵ Vale mencionar, a propósito e a título de exemplos, as seguintes obras: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007; SCHIAVO, Nicolás. *Valoración racional de la prueba en materia penal*. Un estándar probatorio subjetivo que no es tal. Tres pasos para un estándar objetivo. El juicio de valoración como un esquema de verdad probabilística prevalente. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

¹¹⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 54.

¹¹⁷ MYERS, David G. *Psicología*. 9. ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 287-290.

Cabe salientar que, no tópico que agora se encerra, apesar de se ter traçado as diretrizes que devem orientar a análise valorativa da prova, não se respondeu a questionamentos relevantes que linhas atrás foram formulados a respeito de *o quanto* provar (quando se pode considerar colocada em xeque a presunção de inocência do acusado para que se inicie um processo criminal? Qual grau de corroboração das proposições fáticas é exigido para que se repute derrotada a presunção de inocência do réu a fim de que ele seja condenado?).

Como antes asseverado, as respostas para tais indagações devem emanar dos *standards* probatórios, cujo conceito será desenvolvido logo abaixo, não sem antes se tecer algumas considerações fundamentais sobre as inferências probatórias, as quais se fazem presentes na valoração da prova e direcionam a tomada da decisão sobre os fatos. Como será visto, na fase de valoração das provas, o juiz se vale do raciocínio inferencial para firmar posições e tomar sua decisão.

3.4. INFERÊNCIAS PROBATÓRIAS

O vocábulo “inferência” deriva do latim *inferentia*, que significa “concluir” ou “tirar conclusão”.¹¹⁸ Nicole Abbagnano¹¹⁹ aduz que “inferência” significava, entre os lógicos ingleses, “o processo mental através do qual, partindo de determinados dados, chega-se a uma conclusão por implicação ou mesmo por indução”. Citando ensinamento de Stuart Mill, ele esclarece que “inferência” diz respeito ao ato de “inferir uma proposição de uma ou mais proposições antecedentes (...)”.

O raciocínio inferencial é aquele em que uma proposição é considerada verdadeira a partir de sua conexão com outra já reputada verdadeira. Noutras palavras, a proposição antecedente, considerada verdadeira, implica a proposição consequente, que também é tomada como verdadeira. Esse processo intelectual pode operar por indução ou dedução.

Esse tipo de raciocínio certamente está muito presente no âmbito do direito probatório, pois é desenvolvido a partir de provas indiretas (indícios e presunções)¹²⁰. Inferir, no contexto da prova, é realizar um processo raciocinativo que, mediante generalizações de regras de

¹¹⁸ OTHON SIDOU, *op. cit.*, 2016, p. 547.

¹¹⁹ ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 562.

¹²⁰ Gustavo Badaró consigna que “vários autores tratam os indícios como sinônimos das presunções. Muitas legislações tratam os indícios e as presunções como meios de prova. Indícios e presunções apresentam estreita vinculação com a noção de prova, mas não são meios de prova”. Ele entende que “o indício é o ponto de partida da presunção. Ou, visto por outro lado, a presunção é um juízo fundado sobre um indício” (BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 505-507). Já Malatesta ensinava que a prova indireta que se assenta na noção de identidade consiste numa presunção, ao passo que a prova indireta que se assenta na ideia de causalidade se chama indício (MALATESTA, *op. cit.*, 2005, p. 182-183).

saber empírico, passa-se de uma informação ou estado de conhecimento a outro no que tange à reconstrução dos fatos.¹²¹

Como visto no tópico anterior, enquanto a prova direta (material) demonstra por si o fato alegado, a prova indireta (indiciária ou circunstancial) não pode ser percebida diretamente pelo julgador, exigindo que este infira, por raciocínio lógico (dedução ou indução), a veracidade ou a falsidade de um enunciado fático.

Ao tratar do assunto, Taruffo¹²² esclarece que:

Quando inferências acerca da verdade de um enunciado relativo a um fato principal são traçadas supondo outro fato como premissa, este último é considerado um meio de prova indireto daquele fato principal. Essa classe de provas é geralmente chamada de *circunstancial* nos sistemas que adotam a língua inglesa, *Indizienbeweis* nos de língua alemã, *présomption de l'homme* na França, *presunzione semplice* na Itália e *presuncion* na Espanha (...).

Em alguns casos, o elemento de prova, sobretudo no que se refere à materialidade dos delitos, pode ser objeto de observação pelo julgador, pelo prisma visual ou auditivo, assim como tátil, olfativo ou até gustativo, se necessário. A autoria de um crime também o pode, se houver uma confissão, se for exibida uma fotografia ou uma filmagem do fato, por exemplo. É comum e seguro que, conforme o caso, as provas diretas sejam submetidas a perícias, como um exame grafotécnico. Todavia, especialmente no que tange à definição da autoria das infrações penais, o debate na maioria dos processos gira em torno de provas indiretas, a exigir o raciocínio inferencial.

“A estrutura fundamental das provas circunstanciais está estabelecida pela conexão inferencial por meio da qual o julgador vincula uma circunstância (o *factum probans*) a um fato litigioso (o *factum probandum*)”.¹²³ O juiz, a partir de uma regra de experiência ou de presunção, relaciona o indício com a hipótese fática.

Ao chamar a atenção para a relevância do raciocínio por inferência, Juan Salaverría¹²⁴ assinala:

Nada é em si um indício; torna-se tal quando entra em conexão com outra realidade (...). O indício, então, refere-se a uma articulação tripartite: um dado indicativo (como elemento de prova), um fato indicável (hipótese ou fato a ser provado) e uma relação indiciária (ou inferencial), que conecta o primeiro ao segundo. (...) O valor probatório de um indício depende da força da inferência que vincula o dado indicativo ao fato

¹²¹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Trad. de Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 29.

¹²² TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 102.

¹²³ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 103.

¹²⁴ SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 44-45.

indicável. (...) Valorar um indício consistirá então em recorrer a uma inferência que vincule o dado indiciante ao fato indicável.¹²⁵ (tradução nossa)

Note-se que é a inferência que funciona como ponte ou conexão entre o elemento de prova disponível e a proposição fática a ser provada. Segundo Taruffo¹²⁶, amparado nos estudos de Stephen Toulmin, essa ligação é denominada *warrant*, isto é, “a conexão que se instaura entre uma afirmação, que tem inicialmente caráter hipotético, e as provas que confirmam sua veracidade”. Tal expressão foi utilizada para representar esse nexos porque um aspecto fundamental do raciocínio inferencial é a garantia ou confiabilidade das informações de que se parte. A qualidade, a quantidade e a confiabilidade dessas informações é que estabelecerão o grau de confirmação da hipótese.

Os ordenamentos jurídicos se valem de máximas de experiência (*background knowleges*) e de regras de presunção para adotar critérios inferenciais em termos probatórios, de forma que convém conhecer a seguinte classificação, apresentada por Herdy e Matida¹²⁷: a) inferências probatórias epistêmicas; b) inferências probatórias normativas; e c) inferências probatórias interpretativas.¹²⁸

As inferências probatórias epistêmicas são aquelas em que “a garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática está fundada numa regra de experiência”.¹²⁹ A inferência se dá a partir de uma regra ou máxima de experiência.¹³⁰ Seu propósito é a determinação de um fato que está na base da causa. É oportuno citar dois singelos exemplos para ilustrar: Paulo viu José sair correndo da casa de Maria pouco antes de ela ser encontrada morta por ferimentos causados por uma faca. Lúcia disse que naquele dia recebeu uma ligação telefônica de Maria dizendo que estava muito preocupada, pois José se encontrava furioso por ter descoberto uma carta de amor que ela recebera de João. Ainda, na casa de José foi

¹²⁵ **No original:** “Nada es de por si indicio; se convierte en tal cuando entra en conexión con otra realidad (...). El indicio, pues, remite a una articulación tripartita: un *dato indiciante* (como elemento de prueba), un *hecho indiciable* (hipótesis o hecho a probar) ya *relación indiciaria* (o inferencial), que conecta al primero con el segundo. (...) O valor probatorio de un indicio depende del vigor de la inferencia que vincula al dato indiciante con el hecho indiciable. (...) Valorar un indicio consistirá entonces en recurrir a una inferencia que enlace el dato indiciante con el hecho indiciable”.

¹²⁶ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 238-239.

¹²⁷ HERDY, Rachel; MATIDA, Janaina. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (org.). *Epistemologias críticas do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 209-237.

¹²⁸ No mesmo sentido: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Tres modos de razonar sobre hechos (Y algunos problemas sobre la prueba judicial planteados a partir de ellos). In: VÁZQUEZ, Carmen (Dir.). *Hechos y razonamiento probatorio*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2018, p. 21.

¹²⁹ HERDY; MATIDA, 2016, p. 216-217.

¹³⁰ A regra ou máxima de experiência, segundo Tonini, é aquela “que expressa aquilo que acontece na maioria dos casos (*id quod plerumque accidit*), ou seja, é uma regra extraída de casos similares. A experiência pode permitir a formulação de um juízo de relação entre fatos: existe uma relação quando se conclui que uma determinada categoria de fatos vem acompanhada de uma outra categoria de fatos. Com base nesse princípio, emerge o seguinte raciocínio: em casos similares há um idêntico comportamento humano” (TONINI, *op. cit.*, 2002, p. 55).

encontrada uma peça de roupa sua manchada com o sangue da vítima, tendo ele viajado para lugar incerto horas depois dos fatos. Num caso assim, embora não haja uma prova direta, os indícios autorizam inferir, a partir de máximas de experiência, que José foi o autor do crime de homicídio.

Numa outra situação hipotética, de lesão corporal ou de abuso sexual, como citado por Herdy e Matida¹³¹, supõe-se, mediante raciocínio inferencial, que seja do agressor o material genético encontrado sob as unhas da vítima. Assim, dos fatos secundários (indícios) se pode inferir a autoria do fato principal (homicídio, lesão corporal ou estupro). Racionalmente, é possível relacionar os dados indiciários à proposição fática, de modo a se determinar os fatos que estão na base da causa.

Segundo González Lagier¹³², “a inferencia probatória epistêmica poderia ser considerada como o tipo central de raciocínio probatório, uma vez que os tipos de inferências repousam sobre ela. É também o tipo de inferência que tem uma conexão mais evidente com a verdade”¹³³ (tradução nossa). Ele acresce que, nesse tipo de inferência, parte-se de premissas que se consideraram verdadeiras para se concluir que outra proposição também é verdadeira.

Já as inferências probatórias normativas dizem respeito às que ocorrem quando “a garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática está fundada numa regra jurídica”.¹³⁴ Aqui a inferência é estabelecida a partir de uma regra legal, de uma presunção fixada pelo legislador.¹³⁵ O raciocínio lógico é estabelecido por uma norma jurídica, que representa uma restrição ao princípio da livre valoração das provas.¹³⁶ Esse tipo de inferência tem a finalidade de auxiliar na fixação dos fatos em contextos de incerteza, além de ajudar a proteger valores ou garantir preferências institucionais ou morais do legislador.¹³⁷ Por exemplo, a lei material brasileira presume a inimputabilidade penal do menor de 18 anos (art. 27 do Código Penal), assim como presume a violência no caso de o agente ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos (art. 217-A do CP). Essas presunções são absolutas, não admitindo prova em contrário.

Vale citar também exemplos de inferência probatória normativa em que a presunção estabelecida pela lei tem natureza relativa. Imagine-se que o fisco federal tenha detectado, a

¹³¹ HERDY; MATIDA, *op. cit.*, 2016, p. 219-220.

¹³² GONZÁLEZ LAGIER, *op. cit.*, 2018, p. 26.

¹³³ **No original:** “La inferencia probatoria epistémica podría considerarse como el tipo central de razonamiento probatorio, puesto que los tipos de inferencias descansan en él. Es también el tipo de inferencia que tiene una conexión más evidente con la verdad”.

¹³⁴ HERDY; MATIDA, *op. cit.*, 2016, p. 216.

¹³⁵ Além das presunções judiciais ou simples (*praesumptiones hominis*), há as presunções legais (*praesumptiones juris*), estabelecidas pelo legislador, as quais podem ser absolutas (*iuris et de iure*) ou relativas (*iuris tantum*). Diversamente do que ocorre no âmbito do direito material, no direito probatório as presunções devem sempre ser tidas por relativas, isto é, admitindo provas em contrário (BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 507-509).

¹³⁶ GONZÁLEZ LAGIER, *op. cit.*, 2018, p. 29.

¹³⁷ HERDY; MATIDA, *op. cit.*, 2016, p. 223-224.

partir de uma auditoria, que um empresário fez vultosas movimentações financeiras em contas bancárias durante um determinado período. Intimado pela autoridade fiscal a comprovar, no âmbito do processo administrativo tributário, a origem dos recursos, o contribuinte manteve-se inerte, tendo sido contra ele lavrado um auto de infração fiscal que, com base no art. 42 da Lei nº 9.430/1996 e apoiado na significativa movimentação bancária, presumiu ter havido omissão de receitas ou rendimentos. A partir de tal autuação fiscal, o Ministério Público Federal moveu uma ação penal contra o empresário, acusando-o da prática de delito de sonegação fiscal. As movimentações bancárias (dados probatórios) são conectadas à omissão de receita graças a uma norma legal. A materialidade do fato criminoso, portanto, está amparada numa presunção fixada na lei, presunção essa, porém, que é relativa (*juris tantum*), isto é, a inferência estabelecida pelo legislador pode ser infirmada por provas que evidenciem não ter havido real auferimento de renda, apesar de ter acontecido a movimentação bancária.

Note-se que, enquanto a inferência probatória epistêmica parte de indícios, a inferência probatória normativa está calcada na noção de presunção.

Por sua vez, as inferências probatórias interpretativas são as que se verificam quando “a garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática está fundada numa regra de natureza conceitual”. Nesse tipo de inferência, “o julgador precisa delimitar a abrangência de um conceito ou categoria prevista pelo direito para poder decidir a respeito da aceitação ou não de uma hipótese fática”.¹³⁸ Nessa perspectiva, a inferência probatória acontece a partir de “definições e esquemas conceituais estabelecidos pela comunidade jurídica”.¹³⁹ Ela se destina, a partir de conceitos e categorias, a balizar a escolha interpretativa a respeito dos fatos em disputa, de forma que, nesse aspecto, há mais espaço para que o juiz desenvolva seu raciocínio no que toca à confirmação ou refutação de uma hipótese fática. Um bom exemplo para retratar essa modalidade de inferência reside no tipo penal da gestão fraudulenta (art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/1986) em que o julgador precisa conhecer ou buscar elementos conceituais sobre gestão (qual é sua definição? quem pode gerir? quais atos a caracterizam?) para, mediante um raciocínio inferencial, formar sua convicção em torno da configuração do delito e da determinação de sua autoria.

O valor de uma inferência probatória depende da consistência do fundamento cognoscitivo (*warrant*) em que ela se ampara. São a solidez e a confiabilidade do critério utilizado para extrair a inferência que conferirão à hipótese sustentada uma confirmação em grau mais elevado ou mais baixo.¹⁴⁰ Além disso, nos casos em que a prova é indiciária,

¹³⁸ HERDY; MATIDA, *op. cit.*, 2016, p. 229.

¹³⁹ HERDY; MATIDA, *op. cit.*, 2016, p. 232.

¹⁴⁰ Comentando o modelo inferencial concebido por Toulmin, Taruffo afirma que, embora haja situações concretas mais complexas e sofisticadas, um modelo de raciocínio inferencial, com algumas combinações, pode

composta a partir de inferências extraídas de dados ou elementos diferentes, elas devem ser convergentes de forma a dar suficiente sustentação à conclusão¹⁴¹. Se os indícios não forem convergentes, a inferência pode ser falha, levando a conclusões inconsistentes e injustas. No exemplo do homicídio, poderiam surgir, conforme o caso, elementos capazes de respaldar a compreensão de que o réu agiu em legítima defesa ou de que um terceiro foi o autor das facadas, tendo ele tentado socorrer a vítima.

Nessa esteira, González Lagier¹⁴² assinala que os indícios devem ser “fiáveis”, “suficientes”, “variados” e pertinentes”; “as máximas de experiência devem estar bem fundamentadas”, calcadas num “argumento indutivo bem construído”, enquanto a hipótese “não deve estar refutada por nenhuma prova”, devendo se revelar coerente, de alta probabilidade, não existindo hipóteses alternativas plausíveis.

É nesse contexto que ganha relevância o conceito de inferência para a melhor explicação – IME (*inference to the best explanation* – IBE), que se funda na ideia de que, em certo caso ou situação, pode-se inferir uma hipótese que melhor explique um conjunto de dados disponíveis. A inferência para a melhor explicação consiste naquele raciocínio que permite aceitar como justificada a hipótese que melhor explique os fatos a partir da prova amealhada, refutando todas as hipóteses alternativas. A IME pode partir de outros raciocínios indutivos já realizados, mas seu diferencial é explicar os fatos e provas de uma forma coerente, consistente, é proporcionar a melhor explicação para o conjunto de evidências contido nos autos, rechaçando outras propostas de explicação para o ocorrido.¹⁴³

Os eventos delitivos costumemente geram versões concorrentes por parte da acusação e da defesa. Podem surgir, ainda, outras explicações para o fato. Produzidas as provas e travados os debates no bojo do processo, cabe ao julgador selecionar, das explicações possíveis, aquela que, amparada nos elementos probantes, melhor explique os fatos e se aproxime da verdade¹⁴⁴. Uma versão narrativa do ocorrido só poderá ser a melhor se, amparada na prova, superar as demais em termos de logicidade, coerência e plausibilidade. Dependendo dos pontos de contraste entre as versões oferecidas pelas partes, suas explicações para as provas deverão ser suficientemente detalhadas para retratar o direito ou para mostrar a

ajudar os profissionais a chegarem a uma decisão lógica justificada e a fundamentar racionalmente essa decisão (TARUFFO, Michele. Inferences in judicial decisions about facts. *In: Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*. Vol. 1, 2018, p. 8).

¹⁴¹ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 104.

¹⁴² GONZÁLEZ LAGIER, *op. cit.*, 2018, p. 28.

¹⁴³ HARMAN, Gilbert. Inference to the best explanation. *The Philosophical Review*, 74, 1965, p. 93-95.

¹⁴⁴ PARDO, Michael S; ALLEN, Ronald J. Juridical proof and the best explanation. *Law and Philosophy*, 27, 2008, p. 234-235.

culpa do agente, excluindo as dúvidas fundadas. Conforme o contexto, uma, a melhor, a mais plausível à luz das provas, será a adotada para respaldar a tomada da decisão.¹⁴⁵

Cabe assinalar, como se depreende dessas ideias, que as inferências probatórias não operam no campo da certeza inabalável ou da verdade absoluta, mas se dão na seara da probabilidade, até porque envolve uma atividade recognoscitiva, marcada pela retrospectividade, de maneira que a verdade alcançada é a possível ou provável, como se verá no tópico 4.2. Por isso que Salaverría afirma que a inferência tem natureza indutiva e probabilística.¹⁴⁶

Portanto, o raciocínio inferencial está constantemente presente na valoração da prova, “tende a reduzir o risco de erros na reconstrução do fato histórico e, ao mesmo tempo, propõe critérios racionais sobre os quais a decisão estará fundamentada; quer-se evitar, assim, que a decisão dependa de escolhas intuitivas ou irracionais”.¹⁴⁷ Contudo, como se observará na sequência deste estudo, não obstante seja relevante conhecer os critérios inferenciais presentes na análise probatória, ainda mais decisivos para o juízo de fato são os *standards* de prova. É à luz deles que se definirá se houve ou não confirmação satisfatória dos enunciados fáticos que dão suporte a uma pretensão.

3.5. STANDARDS PROBATÓRIOS: CONCEITO E FINALIDADES

Standards são padrões, modelos, referências que representam ideias de razoabilidade, normalidade e isonomia. Eles constituem um conceito muito presente nos países de tradição anglo-saxônica, e representam requisitos mínimos, geralmente plausíveis, para atribuir rigidez, correção ou aceitabilidade ao comportamento humano ou ao estado das coisas. Assim, há *standards* técnicos, sociais, éticos ou legais.¹⁴⁸

No aspecto legal, os *standards* funcionam como critérios que orientam a ação permitida ou comumente esperada. São guias definidas para direcionar as condutas e orientar a aplicação da lei segundo os ideais de racionalidade, razoabilidade e justiça. Os *standards* legais, portanto, são parâmetros ou medidas de conduta, assim como expressam a noção de modelos norteadores da aplicação da lei, da tomada de decisões.¹⁴⁹ Consubstanciam, pois, diretrizes voltadas a balizar condutas, comportamentos e julgamentos.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 236-237.

¹⁴⁶ SALAVERRÍA, *op. cit.*, 1995, p. 210.

¹⁴⁷ TONINI, *op. cit.*, 2002, p. 76.

¹⁴⁸ GRAY, Christopher Barry (ed). *The Philosophy of Law: an Encyclopedia*, II vol., New York dan London: Garland Publishing, 2004, p. 830.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 831.

Como já sinalizado, os *standards* probatórios são guias ou diretrizes quanto ao grau de suficiência da prova para que se possa considerar comprovada uma alegação fática¹⁵⁰. Consistem em critérios ou níveis de suficiência da prova para que uma hipótese venha a ser aceita como verdadeira, permitindo o controle do juízo de fato.

Larry Laudan¹⁵¹ afirma que, basicamente, um *standard* de prova é um critério que “especifica um limite mínimo para se afirmar como comprovada alguma hipótese”.¹⁵² Para Knijnik¹⁵³, *standards* de prova são modelos de constatação, isto é, critérios ou regras que orientam a análise da prova pelo magistrado, permitindo o controle lógico e intersubjetivo da convicção judicial sobre os fatos.

No Black’s Law Dictionary¹⁵⁴, *standard of proof* é conceituado como “o grau ou nível de prova exigido em um caso específico, como o ‘além de dúvida razoável’ ou ‘por preponderância de prova’”. Trata-se de “uma regra sobre a qualidade da prova que uma parte deve apresentar para prevalecer. Também é denominado de grau de prova”¹⁵⁵ (tradução nossa) e indica o nível mínimo de corroboração de uma hipótese para que seja considerada provada.

Nitidamente, os *standards* em estudo não se confundem com o ônus da prova (*burden of proof*). Este diz respeito ao encargo de apresentar os elementos probatórios destinados a sustentar um enunciado fático. Já os *standards* se referem aos critérios de suficiência da prova, aos níveis de confirmação a serem alcançados para se reputar provada uma alegação ou evento.

Os *standards* de prova, segundo Michele Taruffo¹⁵⁶, procuram “(...) oferecer ao julgador diretrizes mais precisas – ainda que gerais e flexíveis – que guiem a valoração das provas no contexto da decisão final sobre os fatos em litígio”. São critérios por meio dos quais o juiz estabelece se um enunciado fático “recebeu ou não adequada confirmação probatória”.¹⁵⁷ Eles servem para indicar o *quanto* de prova é exigido para se dar por provada determinada hipótese fática.

Os *standards* de prova estão na base da doutrina da distribuição dos riscos de erros judiciais, isto é, são voltados a reduzir a probabilidade de erros na formulação do juízo de

¹⁵⁰ BALTAZAR JUNIOR, *op. cit.*, 2007, p. 165.

¹⁵¹ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* Legal Theory. n. 9. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 64.

¹⁵² **No original:** “Basically, (...), a SoP (Standard of Proof) specifies a minimum threshold for asserting as proven some hypothesis.”

¹⁵³ KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 353, jan./fev. 2001, p. 33.

¹⁵⁴ GARNER, Bryan A.; BLACK, Henry Campbell (ed.). *Black’s law dictionary*. 11th ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2019, p. 1.694.

¹⁵⁵ **No original:** “standard of proof (1857) The degree or level of proof demanded in a specific case, such as “beyond a reasonable doubt” or “by a preponderance of the evidence”; a rule about the quality of the evidence that a party must bring forward to prevail. Also termed degree of proof”.

¹⁵⁶ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 135.

¹⁵⁷ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 293.

fato. Com o emprego deles, pretende-se distribuir as chances de erros de um modo determinado, garantindo que, na justiça criminal, por exemplo, os desacertos sejam representados predominantemente por absolvições falsas do que por falsas condenações.¹⁵⁸ Larry Laudan assinala que, quando se eleva o grau de exigência de um *standard* para se reputar uma hipótese provada, diminui a frequência de condenações falsas, mas aumenta o número de absolvições indevidas. Por isso que os *standards* probatórios são concebidos como mecanismos de distribuição do risco de erros.¹⁵⁹

O estabelecimento de *standards* de prova mais ou menos exigentes atua na distribuição dos riscos inerentes à possibilidade de erro da decisão judicial a respeito dos fatos. Tais parâmetros lógico-rationais “nada mais são do que reação do próprio sistema contra a sua falibilidade na determinação do juízo fático”.¹⁶⁰

As finalidades dos *standards* probatórios, portanto, são: a) orientar o juízo fático, isto é, balizar a verificabilidade das hipóteses fáticas a partir de critérios inteligíveis quanto ao grau de confirmação ou refutação das proposições de fato; b) estabelecer um modelo tendente a guiar a valoração da prova, a tomada da decisão fática e viabilizar o controle mais objetivo e racional do acerto dos fatos; e c) distribuir os riscos de erros entre as partes.

Os critérios de suficiência probatória ou modelos de constatação fática variam conforme o tipo de processo, a natureza da demanda e dos bens jurídicos que estão em jogo.¹⁶¹ No processo penal, o nível de suficiência da prova é mais exigente do que no processo civil porque existe uma opção ética no sentido de que é preferível absolver um culpado a condenar um inocente. Noutras palavras, é melhor que haja mais erros do tipo falso negativo (absolvições falsas) do que do tipo falso positivo (condenações falsas).¹⁶²

Segundo Gustavo Badaró¹⁶³:

“A razão de se exigir no processo penal um *standard* probatório mais elevado que no processo civil é de natureza política, e não simplesmente técnica. No processo penal, em razão da presunção de inocência, do ponto de vista probatório há um desequilíbrio estrutural entre as posições do acusado, a quem não incumbe nenhum ônus, e o acusador, sobre quem recai toda a carga probatória. Contudo, além de atribuir toda a carga da prova para a acusação, também se adota um *standard* de prova bastante elevado (...)”.

¹⁵⁸ LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 29.

¹⁵⁹ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 68.

¹⁶⁰ KNIJNIK, *op. cit.*, 2001, p. 30.

¹⁶¹ “Embora a distinção entre os *standards* costume levar em conta a relevância dos bens tutelados, com a consequente diferenciação entre processos de naturezas distintas (p. ex., processos penais, de um lado, e não penais, de outro), nada impede que a técnica dos ‘modelos de constatação’ seja utilizada no processo penal com vista a decisões distintas a serem proferidas ao longo da persecução penal, em especial para distinguir as decisões cautelares com base em juízo de probabilidade, das sentenças de mérito, baseada em provas *além de qualquer dúvida razoável*” (BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 434).

¹⁶² BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 146.

¹⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 433.

Quanto mais exigente for o *standard* de prova no processo penal, menos inocentes serão condenados, porém mais culpados serão absolvidos. Por outro lado, se o for reduzido o nível de exigência probatória para a condenação, mais culpados serão condenados, mas também se elevará o número de inocentes que serão condenados.

Na tradição jurídica de *common law*, há, em ordem crescente quanto ao grau de convicção ou de exigência de confirmação da hipótese fática, 3 (três) tipos de *standards* de prova, quais sejam¹⁶⁴: a) preponderância de provas (*preponderance of the evidence - PoE*), que significa que o julgador deve escolher a hipótese que se mostrar “mais provável” com base nos meios de prova disponíveis; b) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence - CCE*), que retrata uma probabilidade elevada; e c) prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt - BARD*), que representa uma probabilidade elevadíssima.¹⁶⁵

Como regra geral, no processo civil, aplica-se o *standard* da preponderância de provas e, no processo penal, o *standard* da prova além da dúvida razoável. Por seu turno, o *clear and convincing evidence* é um *standard* intermediário para causas cíveis cujos erros seriam de maior potencial danoso.¹⁶⁶ Desses *standards* se tratará mais acuradamente no capítulo 5, mas já se nota que estão assentados em fórmulas relativamente vagas. Contudo, com o decurso do tempo e a partir do desenvolvimento epistêmico do assunto, tornaram-se critérios essenciais para orientar a fixação dos fatos e a tomada da decisão judicial. Eles são parâmetros que auxiliam o julgador no processo de valoração das provas, indicando o patamar mínimo de corroboração de uma proposição para que ela seja tida por verdadeira.

Ao contrário do que se possa imaginar, os *standards* de prova não são desconhecidos pelos sistemas de *civil law*. Os ordenamentos de matriz romano-germânica sempre trouxeram balizas para direcionar a fixação dos fatos, assim como suas doutrinas apontaram o maior peso e a convergência entre os meios de prova como critérios orientadores do julgamento¹⁶⁷. Entretanto, como afirmado por Clermont e Sherwin¹⁶⁸, nos países de *civil law*, em que muito se buscou alcançar a certeza ou a verdade no âmbito judicial, não se avançou na distinção dos

¹⁶⁴ HAACK, Susan. *Evidence Matters: science, proof, and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 16.

¹⁶⁵ Além desses, existem outros dois importantes *standards* probatórios: a *reasonable suspicion* (suspeita razoável), critério que orienta uma busca pessoal, por exemplo, e a *probable cause* (causa provável), utilizado para guiar medidas mais enérgicas, como uma busca e apreensão ou uma prisão (GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 5).

¹⁶⁶ HAACK, *op. cit.*, 2014, p. 16.

¹⁶⁷ Carnelutti, por exemplo, ensinou que, à vista do peso das provas na balança da justiça, elas deviam ser classificadas em *graves* ou *leves*, conforme seu maior ou menor valor para demonstrar o fato alegado. Também defendeu que, quanto ao grau, as provas indiretas se distinguiam em provas de *primeiro grau* ou de *grau ulterior*, conforme fosse maior ou menor a distância entre o elemento de prova e o fato a provar. O menor grau da prova determinava seu maior valor (CARNELUTTI, *op. cit.*, 2005, p. 22 e 28-29).

¹⁶⁸ CLERMONT, Kevin; SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. *American Journal of Comparative Law*. Vol. 50, 2002, p. 274-275.

critérios de suficiência ou graus de confirmação das hipóteses, tanto que um elevado nível de exigência probatória costuma ser feito não só nos processos de natureza penal, mas também nos de natureza cível¹⁶⁹. Ainda, nos casos criminais, falta clareza ou adequada sistematização dogmática quanto ao grau de suficiência da prova para tomar decisões nas diversas etapas da marcha processual.

De fato, como consignado no início deste trabalho, o assunto atinente aos níveis de corroboração das proposições fáticas ou critérios para se considerar provado um enunciado fático foram, ao longo dos tempos, em grande medida, negligenciados nos países de tradição romano-germânica, tanto que, no Brasil, o ordenamento jurídico-normativo parece carecer de uma definição sobre qual *standard* probatório deve orientar a edificação de sentenças nos casos cíveis em geral e naqueles em que se pretende a imposição de sanções¹⁷⁰.

No campo processual penal, agora se discute se aqui é aplicável o *standard* penal norte-americano acima referido (*BARD*), temática sobre qual se debruçará no tópico 6.5.2. Ou já há no sistema nacional um *standard* de prova, a ser melhor explicitado, para guiar a construção de sentenças penais, sobretudo se a compreensão caminhar no sentido da condenação do acusado? E a *quanto* de prova se refere o legislador ao empregar as expressões “fundadas suspeitas”, “indícios suficientes” ou “prova suficiente”?

Na realidade, entre nós, a falta de teorização em torno do assunto e a normatização insuficiente ou desordenada de tais critérios favorecem a subjetividade na tomada da decisão, assim como a incontabilidade ou a controlabilidade deficiente do juízo de fato. Há magistrados que, não tendo clareza dos critérios de suficiência probatória, criam seus próprios parâmetros a partir de sua crença subjetiva, certeza moral ou concepção particular quanto ao tipo de conflito ou quanto às características dos litigantes, muitas vezes intuindo o juízo fático a partir de seus sentimentos ou sensibilidades¹⁷¹, sem se preocupar tanto com o grau de confirmação ou de probabilidade das proposições fáticas formuladas pelas partes.

Na fase recursal, não é rara a formulação de juízos de fato que se fiam exclusivamente na sensibilidade do juiz de primeiro grau, repetindo o juízo *ad quem* os argumentos daquele

¹⁶⁹ Taruffo discordou, em grande medida, das assertivas dos autores norte-americanos, apontando inconsistências em tal estudo comparativista, que teria ficado mais centrado no modelo francês, mas não negou que, em diversos países de *civil law*, o princípio da livre apreciação das provas conferiu maior discricionariedade aos julgadores no que tange ao juízo fático, deixando em segundo plano os critérios de suficiência da prova (TARUFFO, Michele. Rethinking the Standards of proof. In: *American Journal of Comparative Law*. Vol. 51, n. 3, Summer, 2003, p. 659-677).

¹⁷⁰ Os juízes mais atentos ou experimentados já adotam o critério da preponderância da prova na maioria das causas cíveis, assim como há aqueles que aplicam o da prova clara e convincente, mais exigente, nas ações de improbidade administrativa, por exemplo, mas também há julgadores que exigem, na confirmação de enunciados fáticos, o mesmo grau elevado de convicção que baliza a tomada da decisão definitiva num caso penal. Para uma abordagem mais aprofundada: COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e *standards* de prova. ZUFELATO, Camilo; YARSHEL, Flávio Luiz (orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 356-380.

¹⁷¹ E como se verá no tópico 4.5, os sentimentos e a emoção jamais podem se sobrepor à racionalidade.

(juízo *a quo*) quanto à questão fática, acreditando-se que, por força da imediação ou pelo fato de o juiz ter estado “mais próximo dos fatos”, deva prevalecer seu sentimento ou sua compreensão a respeito da prova. Nesse ponto, Knijnik¹⁷² fez a seguinte observação:

(...) ao que parece, a *praxis*, pelo menos a brasileira, orienta-se pela pura e simples renovação ou repetição do próprio juízo de fato, como forma de efetuar este controle: os tribunais brasileiros, quando do exame da *quaestio facti*, em geral reavaliam a prova como um todo, de modo que o mecanismo de controle da convicção judicial acaba reduzindo-se à sua própria renovação. Em outras palavras, o objeto do controle – a convicção judicial – num segundo momento – o do recurso – transforma-se no próprio mecanismo de controle, pois não se costuma, antes e por primeiro, ou mesmo concomitantemente, examinar e verificar o *iter* lógico, a congruência narrativa, a consistência lógico-argumentativa do juízo de fato como uma questão ‘in se’, ou seja, como uma questão autônoma e relevante.

Nessa esteira, torna-se patente a necessidade e a importância de se definir ou aclarar os *standards* de prova, sobretudo na esfera processual penal, pois, nas palavras de Jordi Ferrer Beltrán¹⁷³, “(...) sem eles não se pode alcançar uma valoração racional nem um controle da valoração realizada”. É imprescindível que se tenha em mente o *quanto* de prova é exigido para se reputar provada a alegação sobre os fatos. É imperioso que fique mais explícito quando se pode aceitar uma hipótese por verdadeira, em que condições os fatos devem ser tidos por provados.¹⁷⁴

Todavia, o grande desafio imposto aos legisladores e estudiosos das ciências jurídicas reside na construção de *standards* de prova, como mecanismos de distribuição de erros, que sejam mais objetivos, que não sejam pautados pela discricionariedade, que não sejam dependentes das convicções pessoais do julgador¹⁷⁵. Essas regras orientadoras, a serem fixadas previamente, não podem ser ambíguas ou dar margem a subjetividades do juiz, porém também não podem encerrar critérios rígidos ou coercitivos que remetam ao sistema da prova tarifada.

Por envolver a averiguação de fatos pretéritos, não há como se adotar um método matemático ou estatístico para garantir precisão na reconstrução histórica do evento e propiciar uma convicção infalível sobre a veracidade de uma hipótese ou sobre a culpabilidade ou inocência do acusado. Contudo, urge pensar na criação de fórmulas conceituais que, associadas a estimativas numéricas de probabilidades, indiquem o patamar de

¹⁷² KNIJNIK, *op. cit.*, 2001, p. 17.

¹⁷³ BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 152.

¹⁷⁴ Ainda que não se possa separar o *sentir* e o *pensar*, mesmo que não se possa medir a convicção (falível) do julgador ou mensurar o valor da prova com rigor matemático, é possível fixar parâmetros que orientem o magistrado e permitam fazer comparações entre um *juízo concreto* e um *juízo-padrão*, tornando mais controlável o *decisum* a partir de critérios lógico-rationais (DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca do papel da “convicção-crença” nas decisões judiciais. *Revista da Faculdade de Direito da UNL*. Ano IV, n. 6, 2003, p. 15).

¹⁷⁵ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. In: DOXA: *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, p. 99-100.

confirmação desejado para se considerar verdadeiro um enunciado fático. Conquanto o balizamento relativo ao grau de convicção ou ao *quantum* de prova com o auxílio de expressões numéricas possa suscitar críticas¹⁷⁶, ver-se-á, nos capítulos 5 e 6, que isso ajuda bastante na determinação da (in)suficiência da prova para sustentar a hipótese fática que embasa o pedido.

Para terminar este capítulo de exposição de premissas epistemológicas, cabe comentar especificamente a respeito da tomada da decisão sobre os fatos.

3.6. DECISÃO SOBRE OS FATOS (JUÍZO DE FATO)

Em vista do que foi exposto até aqui, “pode-se afirmar que decidir sobre os fatos significa fazer uma escolha (racional e justificada) que supere a incerteza e resolva a dúvida acerca da veracidade ou falsidade sobre os enunciados acerca desses fatos”.¹⁷⁷ O juízo de fato consiste em “determinar, com base na prova produzida, a veracidade ou a falsidade de cada enunciado fático” que está no eixo da disputa judicial.¹⁷⁸ Trata-se de firmar o resultado do procedimento probatório. Neste momento, a prova já foi produzida e valorada, cabendo agora decidir¹⁷⁹ se houve confirmação ou refutação das hipóteses.

Na abertura de cada processo, as partes formulam enunciados fáticos e sustentam sua veracidade, apresentando suas narrativas para retratar o direito que alegam ter. No curso do processo, produzem provas para demonstrar serem verazes suas proposições sobre os fatos. No entanto, a veracidade ou a falsidade de tais proposições factuais será reconhecida na decisão final a ser lançada pelo julgador. Então, até que o juiz decida (e até que sua decisão se torne imutável), paira a incerteza sobre os enunciados formulados pelos litigantes. Somente quando sobrevém a decisão final, quando realizado o juízo de fato, é que se resolverá a dúvida sobre os eventos em que se fundam a causa.¹⁸⁰

Ao decidir sobre os fatos, o juiz, tomando a história por completo, lavra a narrativa dos acontecimentos que irá determinar o resultado da lide. Essa narrativa judicial deverá resolver

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 101-103.

¹⁷⁷ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 29.

¹⁷⁸ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 29.

¹⁷⁹ Como destaca Gustavo Badaró, “não é comum, na doutrina nacional, fazer distinção entre momento da valoração e momento da decisão. A atividade valorativa tem por objeto os meios de prova, que deverão ser confrontados e valorados segundo regras lógicas e racionais. A valoração leva à decisão sobre a veracidade ou não de uma determinada afirmação sobre os fatos. Todavia, os momentos de valoração e decisão não se confundem, e, mais relevante do que isso, são regidos por estatutos distintos. O contexto da valoração é eminentemente racional. Em um sistema de persuasão racional, as regras jurídicas não devem ter influência sobre como valorar os meios de prova. Questão diversa diz respeito aos critérios de decisão. Cabe ao legislador, a partir de um determinado valor que deseje tutelar, estabelecer critérios que poderão variar, por exemplo, segundo o bem jurídico em jogo, ou a natureza do processo” (BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 432).

¹⁸⁰ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 225.

as incertezas sobre os fatos em disputa, estabelecendo quais proposições se mostraram verdadeiras ou que alcançaram maior grau de probabilidade.

Porém, como demonstrado nos tópicos anteriores, a decisão sobre os fatos deverá, motivadamente, sem subjetivismos, tomar em consideração a prova produzida em contraditório. Valorada essa prova, como pontuado no tópico 3.3, o julgador deverá verificar se foi alcançado, ou não, o nível de corroboração das hipóteses fáticas, conforme exigido por lei. O material probante é o ponto de partida do raciocínio inferencial que, levando em conta o debate paritário e o contributo dialético dos sujeitos processuais, estabelecerá a confirmação ou refutação das asserções factuais.

A consistência das provas ou a convergência entre elas pode tornar fácil decidir sobre a matéria de fato, decidir quais foram os fatos provados e quais restaram não provados. Há muitos casos, todavia, em que essa tarefa é tormentosa. Os elementos de prova nem sempre são convergentes, assim como podem se mostrar complexos, embaraçando as inferências que devem guiar a formulação do juízo fático. A problematidade se agrava quando são vários os eventos em julgamento, hipótese em que os enunciados factuais tidos por comprovados não podem denotar incompatibilidades lógicas relevantes, devendo a versão judicial dos fatos se inserir num todo coerente, harmônico.¹⁸¹

Como não se está no terreno das ciências exatas, mas numa seara que envolve reconstrução histórica de fatos, o ambiente processual e a imperfeição humana não permitem ter certeza inquestionável ou atingir uma verdade absoluta, de modo que o juízo de convicção é calcado em probabilidades sobre a verdade ou falsidade das proposições¹⁸², como se verá no capítulo seguinte. E qual grau de confirmação, conforme o caso ou momento, é exigível para se dar o enunciado fático como comprovado? Por qual regra se pode avaliar o nível de suficiência da prova ou o grau de probabilidade de uma hipótese ser verdadeira? Aqui reside o ponto fundamental do juízo de fato. É também aqui que há mais espaço para se exercer a discricionariedade judicial por meio de declarações sumárias e apodícticas do que foi considerado provado.¹⁸³

Como se pode ver, o sistema da íntima convicção, no caso do júri, ou do livre convencimento motivado ou da persuasão racional diz respeito à valoração da prova, mas os *standards* probatórios, comentados no tópico anterior, constituem critérios de decisão,

¹⁸¹ RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova e Formação da Convicção do Juiz*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 337-340.

¹⁸² REGO, Margarida Lima. *Decisões em ambiente de incerteza: Probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais*, Julgar 21, Coimbra, 2013, p. 132 e 137.

¹⁸³ “Deve ser ressaltada a relativa indiferença da doutrina e dos aplicadores do direito no tocante ao julgamento sobre os fatos, muito embora essa atividade seja não somente tão importante quanto a da escolha da norma, mas sobretudo porque é justamente aqui que se manifesta com maior amplitude a discricionariedade judicial, o que deve ensejar, em consequência, um cuidado maior em relação ao seu controle” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 145).

servindo para orientar acerca de quando uma hipótese pode ser tida por provada ou se foi alcançado o grau de probabilidade exigido por lei para se considerar uma proposição verdadeira.

Com efeito, a decisão sobre os fatos será mais racional, lógica e controlável se, sob essa perspectiva, forem traçados ou melhor sistematizados os critérios orientadores atinentes à suficiência probatória, sobretudo na esfera processual penal. Para a racionalização mais adequada ou satisfatória do juízo de fato, é imprescindível que critérios desse jaez sejam fixados de forma mais clara, que sejam epistemicamente bem definidos e organizados.¹⁸⁴ Mesmo que seja uma ilusão querer eliminar por completo a discricionariedade presente na reconstrução judicial dos fatos e na formulação de inferências a partir dos dados disponíveis, uma sistematização e compreensão adequadas dos critérios de suficiência da prova, assim como um aprimoramento de sua disciplina normativa vêm a serviço da maior racionalidade e transparência da decisão sobre os fatos.¹⁸⁵

Assim, nesse sentido, de melhor guiar e controlar em termos cognoscitivos e epistêmicos a decisão sobre os fatos, é que se insere o estudo dos *standards* de prova no âmbito do processo penal, a partir de uma concepção racionalista de valoração da prova e tendo em mira um modelo de justiça criminal que se harmonize com o Estado Democrático de Direito.

O avanço nesse rumo pressupõe entender os estados mentais subjacentes ao juízo de fato, assim como compreender os vetores axiológicos que dirigem a definição das normas e que, acima de tudo, guiam a valoração das provas e a fixação dos fatos no âmbito do processo penal.

¹⁸⁴ “(...) se não dispusermos de um *standard* de prova cognoscível a priori, as decisões judiciais não serão previsíveis, o que impedirá a adaptação estratégica da conduta à decisão prevista”. **No original:** “(...) se no disponemos de un estándar de prueba cognoscible a priori, las decisiones judiciales no podrán ser previsibles, lo que impide la adaptación estratégica de la conducta a la decisión prevista” (BELTRÁN, *op. cit.*, 2013, p. 35).

¹⁸⁵ A decisão das questões de fato não pode ficar à deriva, como se a matéria factual não tivesse a relevância nuclear que deveras possui. “Às vezes, as sentenças contêm uma longa motivação do direito, como se o juiz quisesse demonstrar que é um jurista tecnicamente preparado”. Porém, “também com muita frequência as sentenças não trazem uma adequada motivação dos fatos, como se esse aspecto tivesse menor importância. Consideramos que uma correta justificação da reconstituição do fato constitui a premissa para a correta aplicação da norma” (TONINI, *op. cit.*, 2002, p. 105).

4. ESTADOS MENTAIS E VETORES AXIOLÓGICOS DA DECISÃO JUDICIAL SOBRE OS FATOS

A tomada da decisão judicial sobre os fatos, a definição sobre a veracidade ou a falsidade de uma proposição fática é inevitavelmente norteada pelos estados mentais da certeza ou da dúvida que se formam na mente do julgador, os quais devem ser estudados e conhecidos. O juízo de fato, no campo do processo penal, também é balizado por valores superiores, representados pela verdade, pela justiça, pela presunção de inocência e pela racionalidade. Em meio à formação daqueles quadros mentais, tais princípios orientadores, que direcionam a edição de normas de direito material e de direito probatório, devem governar a valoração das provas e a determinação dos fatos no contexto da justiça criminal.

A produção das provas, o debate dialógico entre as partes e o estudo dos autos levarão a raciocínios inferenciais que nortearão o juízo de fato. O sentimento de certeza ou de dúvida, em maior ou menor grau, tomará aos poucos o intelecto do julgador. A compreensão de se ter alcançado, ou não, a verdade ou certo nível de probabilidade sobre o evento ditará o encaminhamento da solução do caso criminal à luz do princípio da presunção de inocência e segundo o postulado básico de justiça, desfecho que, todavia, deve ser construído e externado com racionalidade, isto é, a partir de critérios lógico-rationais, objetivos e controláveis.

Assim, passar-se-á à abordagem necessária à cognição de tais estados mentais e ao exato discernimento de cada um desses vetores que devem comandar a decisão sobre os fatos (juízo de fato) no âmbito de um processo penal constitucional de perfil democrático.

4.1. CERTEZA E DÚVIDA

Pela ótica da psicologia, a certeza e a dúvida figuram na categoria de estados mentais, isto é, estados internos do ser humano, de natureza introspectiva-reflexiva. São sensações ou sentimentos no tocante a um fato ou a alguém. Além delas, a ignorância a respeito de algo se enquadra como um estado da mente.¹⁸⁶ Segundo Gary Vandenbos¹⁸⁷, a certeza consiste na confiança subjetiva em relação a algum fato ou situação. Já a dúvida significa “falta de

¹⁸⁶ Note-se que, diferentemente do que alguns pensam, a probabilidade não é um estado mental, mas, para além da noção de possibilidade ou chance, consiste, como se verá abaixo, em métodos destinados a estimar a possibilidade de ocorrência de um evento a partir de sua frequência relativa e a medir os graus de confirmação de uma hipótese (ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 793-796).

¹⁸⁷ VANDENBOS, Gary R. *Dictionary of psychology*. Second edition. Washington, DC: American Psychological Association, 2015, p. 173.

confiança ou incerteza sobre algo ou alguém”.¹⁸⁸ Assim, uma pessoa pode ignorar um fato, ter dúvida a respeito dele ou estar certa de que ocorreu ou de como se verificou.

A certeza corresponde a uma cognição segura, certa no que tange a um evento ou coisa; equivale à convicção ou à confiança do observador ou tomador da decisão, mas se distingue da crença ou da fé, conceitos que caracterizam a aceitação de uma verdade mesmo na ausência de comprovação. A certeza, porém, geralmente é alcançada a partir da comprovação de um fato ou situação. Por sua vez, a dúvida traduz a ideia de hesitação, de incerteza, ou seja, representa a descrença justamente por falta de provas. A dúvida exsurge quando falta confiança, quando as ideias vagueiam ou não se firmam no tocante a um fato ou alegação. Esses estados da mente, *ipso facto*, ditam as decisões a serem tomadas por alguém.

Ainda, a certeza é representada pela profunda sensação de saber algo, pelo sentimento de que se está correto a respeito de um fato. Essa sensação de correção, que determina as resoluções, não se faz presente num cenário de dúvida, onde paira a incerteza, a insegurança em função da oscilação dos pensamentos.¹⁸⁹

No campo jurídico, a noção da certeza¹⁹⁰ é retratada também nesse mesmo rumo, porém mais associada à noção de verdade. Ela denota a convicção de que um fato ou coisa é certo, inconfundível, decorrendo de esclarecimentos que apontam a verdade. A certeza é enxergada como uma afirmação da verdade. Malatesta asseverou que a certeza é a crença na percepção da verdade.¹⁹¹ A certeza e a verdade, porém, “nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro.”¹⁹² Em matéria de direito processual, a certeza é vinculada à “própria convicção ou convencimento do juiz”. Na certeza, não há espaço para dúvida ou controvérsia, já que houve o convencimento ou a persuasão de alguém a respeito de uma questão.¹⁹³

No mundo do Direito¹⁹⁴, a dúvida, do latim *dubitare*, é enxergada como a “incerteza em que se está a respeito da verdade, a respeito de um fato ou uma coisa. (...) caracteriza-se em não se saber o certo a respeito do fato ou da coisa em debate”.¹⁹⁵ Carnelutti¹⁹⁶ lembrou que

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 334.

¹⁸⁹ BURTON, Robert A. *Sobre ter certeza*. Como a neurociência explica a convicção. Trad. de Marcelo Barbão. São Paulo: Blucher, 2017, p. 13-15.

¹⁹⁰ Segundo Carnelutti, o termo “certeza” deriva do latim *cernere* no sentido de escolher, discernir (CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Trad. de Eduardo Cambi. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 9, jul.-set. 1998, p. 607).

¹⁹¹ MALATESTA, *op. cit.*, 2005, p. 25.

¹⁹² MALATESTA, *op. cit.*, 2005, p. 25.

¹⁹³ SILVA, *op. cit.*, 2016, p. 282.

¹⁹⁴ Para Malatesta, “a certeza é um estado subjetivo, (...) um estado psicológico produzido pela ação das realidades percebidas e consciência destas percepções”, enquanto a dúvida é um estado de espírito de natureza complexa, que se verifica quando uma asserção se revela ao mesmo tempo provável e improvável” (MALATESTA, *op. cit.*, 2005, p. 49 e 23).

¹⁹⁵ SILVA, *op. cit.*, 2016, p. 512.

¹⁹⁶ CARNELUTTI, *op. cit.*, 1998, p. 607.

dubium (dúvida) vem de *duo* (dois), significando o “contraste ou incompatibilidade entre dois raciocínios”. No processo penal, a dúvida, segundo Fenoll¹⁹⁷, “no es más que la indecisión de juicio entre dos o más hipótesis”.

De outro lado, nos domínios da filosofia é que mais foram descortinadas as facetas da certeza e da dúvida, de modo a iluminar o pensamento jurídico e de outras áreas do conhecimento humano. Ludwig Wittgenstein se debruçou sobre esses conceitos na sua obra “Da certeza”.¹⁹⁸ Suas reflexões mostraram que a certeza pode ser subjetiva ou objetiva e que há certezas calcadas em proposições que estão fora de questionamento, mas que também existem certezas cercadas por dúvidas, assim como dúvidas despropositadas ou insensatas.

A certeza subjetiva refere-se ao estado mental¹⁹⁹ de convicção de um indivíduo em relação a algo ou a um fato.²⁰⁰ Ela diz respeito ao estado da mente de alguém que está convicto de um fato ou compreensão, que se sente seguro a respeito de uma hipótese, mas esse sentimento é de caráter mais íntimo, não está ancorado em razões plausíveis ou evidências que, de modo lógico, excluem as possibilidades de erro. A pessoa pode até externar suas razões, mas elas não convencem no “jogo da linguagem”²⁰¹, suscitam dúvidas por haver falhas nas proposições empíricas. A ideia de certeza subjetiva aproxima-se da noção de fé, sobretudo quando mantida apesar de falhas apontadas nos enunciados.

Esse tipo de certeza é perigoso porque, de acordo com Burton, não nasce de escolhas puramente conscientes, deliberadas e lógicas, mas também decorrem “de mecanismos cerebrais involuntários que, como amor ou raiva, funcionam independentemente da razão”.²⁰² Segundo a neurociência, sentimento como a certeza ou a convicção, assim como a fé,

¹⁹⁷ FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 19.

¹⁹⁸ Além do *Tractatus Logico-Philosophicus* e das *Investigações Lógicas*, Wittgenstein, nascido em 1889, deixou outras obras, dentre elas *Da Certeza*, livro “formado por um conjunto de notas retiradas de um pequeno grupo entre muitos manuscritos (...)”, notas que “foram escritas entre os anos de 1949-51, desde o retorno de sua visita aos Estados Unidos até poucos dias antes do seu falecimento”, em 1951 (MIRANDA, Sérgio. Introdução. In: Wittgenstein, Ludwig. *Da certeza*. Trad. de Maria Elisa Costa. Lisboa: Almedina, 2018, p. 11).

¹⁹⁹ Note-se que Wittgenstein, como se extrai do § 42 e do § 308, optou por não seguir a tendência de enquadrar a certeza e a dúvida como estados mentais justamente por que seu intento foi estabelecer diretrizes para que tais conceitos não se pautassem em sentimentos ou na subjetividade do indivíduo, mas que estivessem calcados em razões demonstráveis e que pudessem convencer os comunicantes (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Trad. de Maria Elisa Costa. Lisboa: Almedina, 2018, p. 123 e 217). Porém, o fato de alguém racionalmente convencer os demais falantes de sua certeza ou dúvida não altera a natureza desses quadros mentais, mas a eles dá objetividade, isto é, torna impessoal aquela compreensão. Esses conceitos constituem categorias da psicologia.

²⁰⁰ §194. “Com ‘certeza’ exprimimos a completa convicção, a ausência de qualquer dúvida, e procuramos com isso convencer as outras pessoas. Isso é certeza *subjetiva*. Mas quando algo é objetivamente certo? – Se um erro não for possível. Mas que tipo de possibilidade é essa? O erro não tem de ser logicamente excluído?” (WITTGENSTEIN, *op. cit.*, 2018, p. 179).

²⁰¹ Wittgenstein não utiliza o termo *jogo* no sentido de disputa, mas de interação racional entre pessoas, de comunicação entre os falantes acerca de sua concepção de mundo, de suas visões ou compreensões sobre as coisas e os fatos. Para esse filósofo, o conhecimento, a certeza e a dúvida só terão sentido dentro de um *jogo de linguagem* que, seguindo regras preestabelecidas, permita alcançar respostas (SCHROEDER, Cristina Montibeller. *Wittgenstein, linguagem e cultura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 61 e 121).

²⁰² BURTON, *op. cit.*, 2017, p. 11.

“nascem de sistemas sensoriais mentais involuntários que são componentes integrantes e inseparáveis dos pensamentos que eles qualificam”.²⁰³ A sensação de saber que caracteriza a certeza se estabelece de uma maneira firme, difícil depois de ser desfeita, mesmo que exsurjam ambiguidades ou inconsistências que apontem seu equívoco.²⁰⁴

Por sua vez, a certeza objetiva é aquela que, compartilhada pelo “jogo da linguagem”, convence por estar bem fundamentada, por reduzir as possibilidades de erro, por logicamente excluir as dúvidas. Não é mais um estado mental particular, mas uma convicção que se tornou objetiva e aceitável por estar amparada em asserções que não são passíveis de dúvida. Aqui a pessoa não se limita a dizer que está certa porque está convencida; ela aponta razões plausíveis e elementos de prova que dão respaldo à sua compreensão. A ideia de certeza objetiva se aproxima da noção de saber, de conhecimento, por estar calçada em provas.

Muitas proposições são certas, indubitáveis, isto é, estão fora de questionamento por enunciarem princípios básicos ou fatos que não podem ser colocados em dúvida. Essas proposições retratam a certeza objetiva, não sendo nem preciso tentar convencer as pessoas, pois elas já estão convencidas de que estão certas ou de que espelham a verdade.²⁰⁵ Outras certezas se tornam objetivas pela força de argumentos ancorados em elementos de prova. Porém, nem todas as certezas estão fora de questionamento, podendo surgir dúvidas que as colocam em xeque.

A dúvida é também um estado mental representado pela hesitação ou descrença. Consiste num sentimento de incerteza que incide sobre proposições empíricas. Wittgenstein, porém, a enxergou como um instrumento da lógica destinado a questionar certezas e verdades assentadas e a conquistar o saber (§ 121. “Onde não há dúvida, também não há saber?”).²⁰⁶ O filósofo austríaco asseverou que “o próprio jogo da dúvida já pressupõe a certeza” (§ 115)²⁰⁷, no sentido de que a dúvida aparece como ferramenta para se contestar certezas e verdades estabelecidas. Para ele, essa é a função lógica da dúvida (§ 308).

Há afirmações ou proposições sobre a realidade que, embora tidas por certas ou erradas, verdadeiras ou falsas, ocasionam dúvidas, devendo ser questionadas antes de serem tidas como confirmadas. As dúvidas e os questionamentos poderão levar à refutação de uma hipótese. Tudo depende do contexto fático a ser avaliado, mas cabe salientar que a dúvida que infirma uma ideia ou asserção é dúvida efetiva e epistemicamente relevante.²⁰⁸ Portanto, a dúvida deve ter um sentido epistêmico significativo, concreto, não havendo espaço para

²⁰³ BURTON, *op. cit.*, 2017, p. 172.

²⁰⁴ BURTON, *op. cit.*, 2017, p. 126.

²⁰⁵ MIRANDA, *op. cit.*, 2018, p. 66-67.

²⁰⁶ WITTGENSTEIN, *op. cit.*, 2018, p. 155.

²⁰⁷ WITTGENSTEIN, *op. cit.*, 2018, p. 153.

²⁰⁸ MIRANDA, *op. cit.*, 2018, p. 55 e 65.

dúvidas insensatas, despropositadas.²⁰⁹ O pensador afirmou que “uma pessoa razoável não tem certas dúvidas”.²¹⁰

De outro lado, Wittgenstein refuta o ceticismo epistemológico global e indiscriminado ao afirmar que se pode duvidar de cada fato, mas não se pode duvidar de *todos* (§ 232).²¹¹ “Pertence à lógica das nossas investigações científicas que certas coisas não sejam de facto colocadas em dúvida” (§ 342). O ceticismo não pode chegar ao ponto de negar o óbvio, aquilo que está completamente fora de dúvida.

Cabe consignar que a certeza pode se apresentar ou ser exigida num grau maior ou menor, conforme as regras do sistema ou consoante o contexto em que se discutem os fatos ou proposições. A intensidade e a profundidade do convencimento, denotada pelo grau de certeza a ser alcançado, pode ser mais ou menos elevada em função do sistema ou modelo nos quais as proposições são formuladas.²¹² Uma certeza em grau elevado é aquela certeza plena, completa, integral num dado contexto, enquanto num grau menor ela é moderada, restrita, não categórica ou incompleta. A dúvida também pode exsurgir num grau de maior ou menor intensidade. Ela pode ser razoável, sólida, consistente, como pode ser vazia, trivial, sem densidade alguma.

De acordo com o pensamento wittgensteiniano, “(...) toda a corroboração ou refutação de uma assunção²¹³ ocorre no interior de um sistema (§ 105).²¹⁴ A certeza ou a dúvida não se forma em torno de uma proposição isolada, mas em derredor de “todo um sistema de proposições. A luz surge pouco a pouco no todo” (§ 141).²¹⁵ E, assim, arremata o filósofo: “não são axiomas isolados que são evidentes para mim, mas um sistema no qual conclusões e premissas se apoiam *mutuamente*” (§ 142).²¹⁶ Nesse sistema, se não existir coerência entre os enunciados provados, se as informações não se harmonizarem, ficará nítida a possibilidade de erro, não estará logicamente excluída a dúvida e não se poderá falar em certeza.

À vista dessas considerações, conclui-se que não há certezas absolutas, mas visões ou compreensões ancoradas em proposições a respeito das quais a dúvida foi logicamente excluída. A certeza não pode ser considerada a partir de uma perspectiva subjetiva ou isolada,

²⁰⁹ § 454. “Há casos em que a dúvida é despropositada, mas há casos em que ela parece ser logicamente impossível” (WITTGENSTEIN, *op. cit.*, 2018, p. 277).

²¹⁰ WITTGENSTEIN, *op. cit.*, 2018, p. 187.

²¹¹ WITTGENSTEIN, *op. cit.*, 2018, p. 191.

²¹² MIRANDA, *op. cit.*, 2018, p. 74-76.

²¹³ “Assunção” no sentido de premissa lógica de um silogismo. Na edição bilíngue do Gedisa Editorial, a palavra “Annahme” foi traduzida como “hipótese”. A primeira parte do parágrafo em comento (“Alle Prüfung, alles Bekräftigen und Entkräften einer Annahme geschieht schon innerhalb eines Systems”) foi assim traduzida para o espanhol: “Cualquier prueba, cualquier confirmación y refutación de una hipótesis, ya tiene en el seno de un sistema” (WITTGENSTEIN, Ludwig. Sobre la certeza. Trad. de Josep Lluís Prades y Vicent Raga. Barcelona: Gedisa Editorial, 2006, p. 107)

²¹⁴ WITTGENSTEIN, *op. cit.*, 2018, p. 147.

²¹⁵ WITTGENSTEIN, *op. cit.*, 2018, p. 161.

²¹⁶ WITTGENSTEIN, *op. cit.*, 2018, p. 161.

pois pode estar distante da verdade e mudar conforme o ponto de vista de cada um. Ela deve ser vista sob o viés objetivo, desvinculada do sentimento pessoal e alicerçada em evidências e razões plausíveis, com força bastante para convencer os participantes de um intercurso linguístico, num determinado sistema ou contexto, em que as proposições provadas, tomadas num todo, se conciliem. Se assim não for, estar-se-á diante da dúvida. Cada sistema precisa apontar, da maneira mais objetiva possível, o grau de certeza ou dúvida que deve nortear as decisões.

Voltando à seara jurídica, mais precisamente ao tema do juízo de fato, tem-se que, num processo judicial, a certeza alcançada jamais será absoluta, inquestionável, uma vez que, como visto, é formada a partir de uma atividade recognoscitiva, de reconstrução histórica, humanamente limitada. “A certeza do direito penal mínimo é sempre uma certeza relativa, por causa dos limites, de qualquer forma, intrínsecos ao conceito de verdade processual”.²¹⁷ Por outro lado, pelas mesmas razões, a dúvida nunca será completa ou matematicamente excluída ou eliminada. Sempre haverá algum grau de incerteza justamente porque a verdade que se pretende alcançar é a processual, a possível, formada a partir de inferências²¹⁸, como será explicitado no tópico que se segue.

A propósito, os graus de certeza ou de dúvida têm extrema relevância no processo penal e no juízo de fato.²¹⁹ Como assinalado, dizem respeito à intensidade ou profundidade da certeza ou da falta de certeza (dúvida) acerca dos enunciados fáticos. Conforme o momento da ação penal e o tipo de provimento jurisdicional, será exigível que o juiz obtenha um grau mais elevado ou menos elevado de convicção sobre os fatos. A intensidade ou profundidade do convencimento do julgador deve variar conforme o tipo de cognição e consoante a natureza do provimento a ser emitido, seja provisório ou definitivo. Para receber a denúncia, por exemplo, a lei processual exige a “justa causa” (art. 395, III, do CPP), isto é, um lastro probatório mínimo sobre a materialidade e a autoria do delito, critério que não representa um grau de certeza tão elevado, porém, evidentemente o grau de exigência é outro, muito mais elevado, quando se pensa na possibilidade de prolação de uma sentença condenatória. A esse assunto se retornará no capítulo 6.

²¹⁷ FERRAJOLI, *op. cit.*, 2014, p. 105.

²¹⁸ FERRAJOLI, *op. cit.*, 2014, p. 105.

²¹⁹ Note-se que os graus de certeza estão ligados à ideia de probabilidade. Esta, como método de determinação dos graus de confirmação de um enunciado factual, influencia diretamente no grau de certeza a respeito da proposição. É o grau de corroboração de uma hipótese fática que leva à maior ou menor certeza do julgador. A probabilidade, como dito, não é um estado mental, mas um método destinado a se medir os graus de certeza (graus de crença racional) ou os graus de confirmação de uma hipótese (ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 793-796). Neste trabalho, a probabilidade será abordada, no tópico 4.2.1., por esse prisma de método (lógico ou matemático) de determinação dos graus de confirmação de uma hipótese. É a definição do grau de confirmação da veracidade de um enunciado fático que leva à maior ou menor certeza.

Na realidade, quando se exige um maior grau de convicção ou nível de persuasão, fica reduzida a margem de dúvida e ampliada a chance de se estar mais próximo da verdade. Contudo, se, num dado contexto ou momento processual, surge determinado grau de dúvida (falta de certeza), capaz de colocar em xeque uma versão ou narrativa, significa que a verdade pode estar distante e o erro, bem próximo, sendo este o resultado que a justiça deve procurar evitar. É por isso que a dúvida, no processo penal, consubstancia-se numa ideia muito importante. Se ela for consistente (não vazia, razoável) e não permitir que seja alcançado o grau de certeza exigido pela lei, deve necessariamente levar a uma decisão favorável ao réu em decorrência do princípio da presunção de inocência²²⁰, que será abordado mais abaixo, no tópico 4.4.

Terminando este tópico, vale consignar uma advertência de Taruffo.²²¹ Ele afirma que, por serem a certeza e a dúvida verdadeiros estados psicológicos, “a intensidade e a profundidade do convencimento não garantem de fato a verdade daquilo que é seu objeto”, pois “a verdade não deriva da certeza subjetiva daquele indivíduo, mas sim da correspondência daquela afirmação com a realidade de que se fala”.²²²

E exatamente porque a certeza (“estar convencido” ou “estar seguro”) e a dúvida (“estar hesitando”) constituem estados mentais subjetivos do julgador, representando seus sentimentos e sensações, é que Larry Laudan, como se verá no item 5.2.3.2, dirige críticas ao critério anglo-americano da prova além da dúvida razoável. Ele sustenta que estados psíquicos não podem ser o ponto central dos *standards* probatórios, os quais devem procurar enfatizar a prova produzida e o raciocínio inferencial.

De fato, conquanto a certeza e a dúvida tenham enorme importância no contexto da tomada da decisão judicial sobre os fatos, representando aquilo que é formado ao final na mente e no espírito do julgador, não podem elas próprias servir de critérios de suficiência probatória.

Os *standards* de prova ou modelos de constatação fática, formulados de maneira racional, objetivável e controlável, é que devem ditar os graus de suficiência da prova, o nível de confirmação da hipótese esperado para certo momento ou fase processual. Eles naturalmente sinalizarão os graus de certeza ou de dúvida, a intensidade ou a profundidade da convicção do juiz. Agora, a dúvida e a certeza, atreladas à subjetividade do julgador, não podem ser os *standards*, mas devem ser alcançadas, à luz da prova (ou da falta dela), segundo

²²⁰ FENOLL, *op. cit.*, 2013, p. 70 e 74.

²²¹ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 109-110.

²²² Nessa mesma linha, Badaró ponderou: “Verdade e certeza podem andar separadas. Não sendo o processo um instrumento infalível, nem sempre a certeza do juiz corresponde à verdade dos fatos; a certeza pode ser construída sobre o erro. De outro lado, a verdade pode não ser crível pelo juiz” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26).

critérios objetivos e que podem ser controlados, conforme será exposto nos capítulos finais deste trabalho.

Destarte, delineados, a partir da concepção wittgensteiniana, esses dois estados mentais marcantes, subjacentes à tomada da decisão sobre os fatos, dirigir-se-á a atenção para os vetores axiológicos da verificabilidade fática no universo do processo penal.

4.2. VERDADE

No dicionário Aurélio²²³, o termo “verdade”, do latim *veritas* ou *veritate*, diz respeito “ao que está em conformidade com os fatos ou com a realidade”; relaciona-se ao que está adequado ao estado da coisa; refere-se ao objeto ou fato real; expressa também a ideia de exatidão, sinceridade, franqueza, originalidade ou pureza. Além da acepção de origem latina, como conformidade ou adequação, no grego a palavra “verdade” era entendida como *aletheia*, significando desocultação, desvelamento. Este é o sentido, como se verá adiante, adotado no âmbito da filosofia da linguagem.²²⁴

A verdade constituiu-se num valor basilar das relações humanas e também deve moldar a relação do Estado com os cidadãos. Ela representa “um valor fundamental sobre o qual se afirma o sistema normativo e não pode ser deixada de lado no âmbito do processo penal para a aplicação de uma pena. Seu conhecimento é inevitável se o que se pretende é aplicar uma sentença, pois somente aquele que contiver esse valor em sua base pode ser considerado justo”²²⁵ (tradução nossa).²²⁶

Não seria nada desejável que, em vez da verdade, fossem a mentira, a falsidade, a incorreção ou a manipulação os valores a governar as relações e a tomada de decisões.²²⁷ Da mesma forma, a administração da justiça se inspira na verdade, isto é, toma-a como um valor que guia o seu agir e os provimentos que emite. Taruffo²²⁸ cita alguns exemplos para ilustrar: “que as testemunhas devem dizer a verdade, que os direitos existem se e quando verdadeiros os fatos sobre os quais se fundam; que alguém é culpado somente quando for verdade que

²²³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5 ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 2145.

²²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 59-61.

²²⁵ GUSMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 23-24.

²²⁶ **No original:** “La verdad constituye un valor fundamental sobre el que se afirma el sistema normativo y ella no puede ser dejada a un lado en el ámbito del proceso penal para la aplicación de una condena. Su conocimiento es inevitable si lo que se pretende es aplicar una condena, pues sólo una que contenga en su base dicho valor podrá ser considerada justa.”

²²⁷ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 120.

²²⁸ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 121.

cometeu um delito”. Fica claro que a ciência do Direito elegeu a verdade como um valor. Ela é uma categoria central do processo, pois a justiça depende da verdade dos fatos.²²⁹

Entretanto, quando se recorre à filosofia, nota-se que a expressão “verdade” é polissêmica, prenunciando um terreno escorregadio, pois ela “raras vezes é pura e nunca é simples” (Oscar Wilde). As diversas visões sobre a verdade suscitaram definições variadas, ensejaram muitos debates e ainda provocam inúmeras reflexões. Há basicamente 7 (sete) concepções de verdade²³⁰: a) *verdade como revelação*; b) *verdade como conformidade a uma regra*; c) *verdade como utilidade*; d) *verdade como correspondência*; e) *verdade como consenso*; f) *verdade como coerência*; e g) *verdade como produto da linguagem*.

A *verdade como revelação* apresenta-se de duas formas fundamentais: “uma empirista e outra metafísica ou teológica”. Na primeira, ela se “revela imediatamente ao homem, sendo, portanto, sensação, intuição ou fenômeno”.²³¹ Na segunda, a verdade “se revela em modos de conhecimento excepcionais ou privilegiados, por meio dos quais se torna evidente a essência das coisas, seu ser ou o seu princípio (Deus)”.²³² Os cirenaicos e os epicuristas, a partir das evidências e sensações, enxergaram a verdade como revelação, enquanto os pensadores cristãos a associaram à ideia de que representava “o próprio intelecto ou Verbo de Deus”.²³³

A *verdade como conformidade a uma regra* foi inicialmente concebida por Platão, tendo sido mais tarde abraçada por Santo Agostinho ao afirmar que “acima da nossa mente há uma lei chamada verdade”, segundo a qual as coisas deveriam ser julgadas, ficando nítido o caráter religioso da abordagem.²³⁴ Abbagnano²³⁵ esclarece, porém, que Kant deu depois uma conotação mais aceitável a essa visão, sustentando que a verdade era a conformidade com “as leis gerais necessárias do intelecto”.

Já a compreensão da *verdade como utilidade*, também denominada verdade pragmática, foi construída no seio do pragmatismo de William James. Uma proposição só seria verdadeira se fosse considerada “útil para estender o conhecimento ou para, por meio deste, estender o domínio do homem sobre a natureza, ou então por ser útil à solidariedade e à ordem do mundo humano”.²³⁶ Dessas visões sobre verdade, esta é claramente a mais inusitada, pois não seria considerado verdadeiro o que não fosse reputado útil, o que não servisse para a satisfação de um desejo.

²²⁹ IBÁÑEZ, *op. cit.*, 2009, p. 181.

²³⁰ ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 994.

²³¹ ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 996.

²³² ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 996.

²³³ ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 997.

²³⁴ ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 997.

²³⁵ ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 997-998.

²³⁶ ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 998.

A *verdade como correspondência* é uma concepção que foi explicitada por Aristóteles: “Negar aquilo que é e afirmar aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é a verdade”.²³⁷ Por essa concepção, a verdade é a correspondência de uma proposição com a realidade externa, é a adequação de uma assertiva ao mundo real, aos fatos.²³⁸ “A verdade resulta da correspondência do enunciado com um estado empírico dos fatos”²³⁹, isto é, a verdade significa a correspondência entre o pensamento e a realidade.

Diversos filósofos ao longo da história expressaram essa noção de verdade. Leibniz, por exemplo, também considerou a verdade como “a correspondência das proposições, que estão no espírito, com as coisas das quais se trata”.²⁴⁰ Alfred Tarski²⁴¹, por sua vez, na primeira metade do século XX, recuperou e aprimorou a definição aristotélica para dizer que “um enunciado é verdadeiro quando designa um estado de coisa existente”. Afirmou que a definição de verdade “deve implicar a seguinte equivalência: *A sentença ‘a neve é branca’ é verdadeira se, e somente se, a neve é branca*”.

Tarski tomou²⁴² a concepção correspondendista de verdade como um conceito básico para conceber sua “teoria semântica da verdade”. Na sua visão, as linguagens têm um papel fundamental na definição da verdade. “(...) Devemos sempre associar a noção de verdade, assim como a de sentença, a uma linguagem específica, pois é óbvio que a mesma expressão que é uma sentença verdadeira em uma linguagem pode ser falsa ou sem significado em outra”.²⁴³

Tarski²⁴⁴ optou por designar *semântica* sua concepção de verdade por entender que “semântica é uma disciplina que, de modo geral, trata de certas relações entre expressões de uma linguagem e os objetos (ou ‘estado de coisas’) a que se ‘referem’ tais expressões”. Mesmo sendo matemático e lógico, a definição de verdade que Tarski propôs não ficou presa a critérios físicos ou lógico-matemáticos, mas dependeria de cada modelo ou sistema

²³⁷ ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 994.

²³⁸ Karl Popper, ao tratar da verdade, assinalou: “É estranho que tanta gente acredite que não há resposta para a pergunta de Pilatos “Que é a verdade?” Afinal, em milhares de tribunais de justiça, milhares de testemunhas são advertidas para dizerem a verdade. E a maior parte delas parece saber muito bem o que delas se espera. De facto, existe uma velha resposta para a seguinte pergunta: “Quando é que é verdadeira uma afirmação, uma proposição, uma declaração, uma teoria ou uma crença?” A resposta é: *uma afirmação é verdadeira quando corresponde ou está em conformidade com os factos*. Mas o que é que significa que uma afirmação ou uma teoria corresponde aos factos? Também esta pergunta foi satisfatoriamente respondida pelo matemático e lógico Alfred Tarski.” (POPPER, Karl R. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Trad. de Paulo Taipas. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 212).

²³⁹ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 26.

²⁴⁰ ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 995.

²⁴¹ TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade*. Trad. de Celso Braidão *et al.* São Paulo: Editora Unesp, 2007, p. 160-161.

²⁴² “Tentaremos obter aqui uma explanação mais precisa da concepção clássica da verdade, uma explanação que possa superar a formulação aristotélica e que preserve, ao mesmo tempo, suas intenções básicas” (TARSKI, *op. cit.*, 2007, p. 206).

²⁴³ TARSKI, *op. cit.*, 2007, p. 159-160.

²⁴⁴ TARSKI, *op. cit.*, 2007, p. 164.

particular de linguagem.²⁴⁵ Sua concepção de verdade, mais calcada na correspondência, retratada na denominada convenção *T* (*X* é verdadeira se e somente se *P*), atua como guia, ajudando a apontar quais sentenças podem ser verdadeiras ou falsas, mas ele admite que é a prova ou a demonstração formal de cada sentença que indicará qual delas é verdadeira.²⁴⁶

O lógico polonês deixou claro que a linguagem é essencial para a noção de verdade, assim como para a de prova, destinada a demonstrar que uma proposição ou algo é verdadeiro. Por isso, ele sustentou que a estrutura de uma pesquisa científica ou de um dado sistema deve: a) definir a linguagem particular; b) caracterizar a classe das expressões consideradas significativas; c) indicar axiomas; d) especificar as regras de inferência; e) estabelecer o(s) critério(s) para se distinguir as sentenças e eliminar antinomias; e f) formular condições nas quais se possa afirmar sobre a veracidade ou falsidade de uma sentença.²⁴⁷

Não é o caso de avançar no estudo da complexa teoria de Tarski, o que foge ao objeto deste trabalho, porém se observa que ele, se não se desvinculou totalmente da concepção clássica (correspondencial), buscou atribuir-lhe um sentido semântico, estruturado por meio da linguagem, dentro de um determinado sistema. Ele aponta para o significado de “verdadeiro” a partir da metalinguagem (linguagem com a qual se fala) e da linguagem-objeto (linguagem da qual se fala).²⁴⁸

A concepção da *verdade como consenso* enxerga a verdade como produto de uma convergência de ideias nas relações intersubjetivas. Para Jürgen Habermas²⁴⁹, a verdade de uma proposição resulta do consenso entre os sujeitos, a partir de uma interação comunicativa, cooperativa, livre, em igualdade de condições, por meio da qual os melhores argumentos levam um entendimento mútuo racional. Na perspectiva habermasiana, uma assertiva pode ser considerada verdadeira quando é fruto do entendimento mútuo, calcado na racionalidade comunicativa.

A verdade é percebida como produto da interação entre os participantes da argumentação, os quais, graças à força ou à solidez das justificações, racionalmente aceitam um discurso ou alcançam um acordo. Pela ação comunicativa, os participantes da argumentação aceitam ou alcançam uma pretensão de verdade convincentemente justificada. A verdade de um enunciado não é vista como sua correspondência com algo no mundo, fora do horizonte linguístico, mas como consequência de argumentações e justificações entre os

²⁴⁵ TARSKI, *op. cit.*, p. 166- 167 e 218-219.

²⁴⁶ TARSKI, *op. cit.*, 2007, p. 231-233.

²⁴⁷ TARSKI, *op. cit.*, 2007, p. 165-173.

²⁴⁸ MORTARI, Cezar Augusto; DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. Introdução. In: TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade*. Trad. de Celso Braida *et al.* São Paulo: Editora Unesp, 2007, p. 12.

²⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 215.

participantes, as quais racionalmente levam à aceitação de um enunciado como verdadeiro ou a um consenso legítimo.²⁵⁰

A visão de Habermas a respeito da verdade é muito válida por se orientar pela linguagem, pelos argumentos, mas pode ser criticada pelo fato de só considerar verdadeira uma proposição se os falantes ou participantes do intercurso linguístico chegarem a um consenso. Essa linha de raciocínio pode levar a crer que não há como chegar à verdade se cooperativamente não se alcançar a convergência de compreensão a respeito de um enunciado fático. A verdade como consenso, porém, amolda-se perfeitamente aos fundamentos da justiça penal pactuada.

De outro lado, a concepção de *verdade como coerência*, que apareceu “no movimento idealista inglês da segunda metade do séc. XIX” e que rivalizou com a concepção correspondentista, enxergou a verdade à luz do paradigma da coerência.²⁵¹ A teoria coerencial, que teve em Bradley um de seus defensores, “partia do princípio de que aquilo que é contraditório não pode ser real”; fundava-se na ideia de que só se poderia considerar verdadeiro aquilo que se apresentasse numa coerência (narrativa) perfeita ou aproximativa dentro de um modelo ou sistema.

Por essa ótica, “os graus de verdade que o pensamento humano alcança podem ser julgados e classificados segundo o grau de coerência que possuam (...)”.²⁵² Sob esse prisma, a verdade de um enunciado factual depende de sua coerência com os demais enunciados num certo contexto. Um enunciado fático pode ser tido por verdadeiro se for consistente e coerente com outras proposições num determinado sistema. Se assim não for, ele será considerado falso, de modo que a verdade é retratada pela coerência.²⁵³ O maior questionamento em torno dessa concepção é que uma narrativa pode ser coerente e também ser falsa. Bastaria que se concatenassem os fatos de forma não contraditória para que se pudesse invocar sua veracidade.

Já a *verdade como fruto da linguagem* é uma concepção que a enxerga como produto de uma interação linguística, compreensão que apresenta variações, mas que foi bem delineada na obra de Hans-George Gadamer.²⁵⁴ Ele trabalha o conceito de verdade a partir de sua construção pela linguagem, não como algo que já se encontra dado ou pronto. Para essa vertente teórica, a verdade (*aletheia*) é revelada no universo linguístico, por meio da argumentação, podendo se manifestar de diferentes formas, não ficando limitada à visão de

²⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad. de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 48-51, 242-243.

²⁵¹ ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 998.

²⁵² ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 998.

²⁵³ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 26.

²⁵⁴ GADAMER, H-G. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

correspondência a uma realidade metafísica. Refuta-se a noção de verdade (*veritas*) como conformidade ou adequação à realidade externa.²⁵⁵

A linguagem, para além de servir de instrumento de comunicação, constitui o mundo e as próprias regras que balizam a vida em sociedade. Ela permite expor idéias, compartilhar experiências, alcançar o conhecimento e desvelar a verdade. A linguisticidade, a comunicação linguística, também no campo do direito, leva à descoberta da verdade a partir da fusão de horizontes, de experiências por meio do processo dialético.²⁵⁶

Numa ação judicial, a apresentação de versões diversas pelas partes, o confronto de ideias e de elementos de prova, retratando a dialeticidade, conduzem a uma fusão de horizontes que propiciará a descoberta da verdade. Esta não pode ser tomada como algo já estabelecido na realidade externa, mas como aquilo que surge do caráter dialético do processo, da força persuasiva dos argumentos calcados em provas, da fusão dialógica dos horizontes por meio da linguagem.²⁵⁷ A verdade não é a adequação ou conformidade com o mundo, mas é descortinada pela manifestação ou interlocução linguística, dialética dos seres que vivem no mundo.

Portanto, segundo essa concepção, a verdade sobre um fato não é aquela já dada ou tida por acabada no plano da realidade externa, mas resultará do caráter dialético do processo, da linguagem dialógica que gera horizontes fundidos e que aponta a solução mais correta, mais justa à luz do conjunto formado num dado processo ou sistema. Ainda que essa visão da verdade, traçada pela filosofia da linguagem, esteja mais centrada na hermenêutica de textos, parece imprescindível que deva orientar a formulação do juízo de fato na esfera judicial.

Claramente, as concepções de verdade que, em linhas gerais, mais transitam pelo mundo do Direito, balizando procedimentos e guiando a tomada de decisões, são a de correspondência²⁵⁸, a de coerência narrativa e, mais recentemente, a de verdade como fruto da linguagem. Nos domínios da teoria racionalista da prova, prevalece a concepção de correspondência entre o enunciado fático e a realidade externa, de conformidade ou adequação do discurso com os fatos que teriam ocorrido no mundo fenomênico de uma maneira ou de outra.²⁵⁹

Todavia, a concepção correspondentista da verdade, ainda que tomada de uma forma não ingênua, mas criticamente madura, deve apenas servir de critério de referência externa

²⁵⁵ GADAMER, *op. cit.*, 1999, p. 554-444 e 584; GADAMER, *op. cit.*, 2002, p. 57-71.

²⁵⁶ GADAMER, *op. cit.*, 1999, p. 559, 576-577.

²⁵⁷ “No processo de construção da verdade através da linguagem, os interlocutores envolvidos devem estar dispostos a recepcionar o diverso, considerando e avaliando as razões do outro sem deixar de lado seus argumentos e convicções” (PINTO, *op. cit.*, 2016, p. 182).

²⁵⁸ GUSMÁN, *op. cit.*, 2006, p. 36.

²⁵⁹ Nesse sentido: BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 19; TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 100-101; ABELLÁN, *op. cit.*, 2010, p. 67; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 86.

para orientar a atividade probatória. A produção da prova tem o propósito de permitir às partes confirmar suas proposições fáticas, provar que correspondem à realidade dos acontecimentos que elas descrevem. Porém, ao cabo, no momento da tomada da decisão, a concepção de verdade adequada a guiar o julgador deve ser aquela que a vê como fruto da linguagem. É a partir de uma confrontação linguística, da interação dialética que se deve determinar a veracidade ou a falsidade dos enunciados formulados pelas partes, isto é, há de se considerar verdade o produto da linguisticidade, da fusão de horizontes²⁶⁰, da argumentação lógica e racional, como acima assinalado.

Felipe Martins Pinto aduz que a teoria da correspondência explica a concepção tradicional da verdade no processo, “concebida como tarefa de reprodução da realidade pretérita, na averiguação objetiva da verdade histórica”. Porém, ele afirma ser imperioso que se adote uma concepção de verdade que seja compatível com o modelo constitucional e democrático de processo penal.²⁶¹ De fato, a verdade como produto da comunicação linguística, da interação dialógica entre os sujeitos²⁶², alinha-se com o ideal de processo penal democrático, mediado pela linguagem, pautado no respeito a princípios, garantias e direitos individuais. É uma visão capaz de restringir “a possibilidade de compreensões pessoais e imprevisíveis em torno do alcance e da significação do brocardo *verdade*”.²⁶³

Destarte, parece nítido, em vista do que exposto até aqui, que só pode ser considerado verdade aquilo que, a partir dos elementos de prova e do intercurso linguístico, exsurja provado nos autos do processo, visto como um sistema caracterizado por uma linguagem particular, por regras e princípios que auxiliem a distinguir os enunciados factuais verdadeiros dos falsos. Noutras palavras, uma proposição ou versão fática só pode ser tida por verdadeira se, a partir dos dados disponíveis, representar uma explicação coerente e consistente para o ocorrido, excluindo incompatibilidades lógicas relevantes e refutando hipóteses alternativas levantadas pela parte adversa.

Feita essa abordagem sobre as concepções de verdade, passar-se-á a comentar suas distinções ou adjectivações mais frequentes. A diferenciação mais comum é entre verdade absoluta e verdade relativa. Aquela é a inquestionável, completa, plena, perfeita. Esta é a que pode ser questionada, a contingente, não plena. Como era de se esperar, excluídas as

²⁶⁰ “Os agentes interlocutores estabelecerão no processo uma ‘fusão de horizontes’ a partir de signos pré-definidos segundo a natureza jurídica do Estado e constituirão, através da conversação, um novo ponto de vista fruto das visões e percepções de cada um dos interlocutores e que será algo comum a todos” (PINTO, *op. cit.*, 2016, p. 132).

²⁶¹ PINTO, *op. cit.*, 2016, p. 107.

²⁶² Na realidade, qualquer concepção de verdade, para que seja minimamente aceitável ou defensável em termos epistêmicos ou cognoscitivos, deve se pautar pela linguagem.

²⁶³ PINTO, *op. cit.*, 2016, p. 107.

concepções metafísicas ou religiosas, nas demais linhas de pensamento ninguém ousou ou ousa dizer que há uma verdade absoluta, inabalável, universal e permanentemente válida.

As reflexões teóricas em torno do assunto acabaram por reafirmar que não é possível alcançar verdades absolutas, pois tudo depende da ótica do observador. Mesmo nas ciências exatas, em que os saberes são mais estáveis, menos resvaladiços, há chances de haver mudanças na medida em que a realidade é mutante, podendo o que é verdadeiro se tornar falso.²⁶⁴

Com efeito, levando em conta tantas concepções discutíveis e as limitações inerentes à condição humana, a busca cega pela verdade não passa de uma utopia, pois a essência da verdade se mostra intangível. Na realidade, entre absolutismo e relativismo, este já venceu a disputa quando o quesito é a verdade.

Na esfera do direito ou no sistema de justiça também tem prevalecido a compreensão de que a verdade, sobretudo pelo ângulo da correspondência, não é absoluta, pois esta jamais pode ser alcançada pelo ser humano. Para ilustrar isso, Carnelutti²⁶⁵ afirmou que, para se chegar à verdade absoluta, seria “necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é”, concluindo que “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”, humanos.

Para Felipe Martins Pinto, o alcance da verdade absoluta ou ontológica sob a ótica da teoria da correspondência esbarra em impossibilidades prática, teórica e ideológica.²⁶⁶ No campo prático, o alcance da verdade categórica fica inviabilizado porque “(...) a presença do ser humano, como agente interventor do processo, carrega para o âmago do exercício jurisdicional as fragilidades inerentes à essência humana”.²⁶⁷ No plano teórico, a impossibilidade é fruto de “inúmeras contingências de linguagem, próprias da pluralidade de culturas, da variedade de vocabulários e de significações²⁶⁸” e, portanto, a verdade fica reduzida a uma produção mental. Já no aspecto ideológico, a impossibilidade decorre de uma aproximação de métodos inquisitivos que subvertem os valores do sistema punitivo e potencializam uma estrutura estatal segregadora e opressora.

Essas impossibilidades de capturar a verdade substancial deixam claro que a verdade judicial é relativa. Gustavo Badaró²⁶⁹ afirma que “a ‘verdade judicial’, até mesmo por força de limitações legais decorrentes das regras sobre a admissão, produção e valoração da prova, jamais será uma verdade absoluta”. Ele aduz que se trata “de uma verdade necessariamente

²⁶⁴ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *Ensaio sobre o fato, a verdade e a certeza*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 106.

²⁶⁵ CARNELUTTI, *op. cit.*, 1998, p. 606-607.

²⁶⁶ PINTO, *op. cit.*, 2016, p. 83-98.

²⁶⁷ PINTO, *op. cit.*, 2016, p. 87.

²⁶⁸ PINTO, *op. cit.*, 2016, p. 85-86.

²⁶⁹ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 386.

relativa, que seja a ‘maior aproximação possível’ daquilo que se denomina verdade, *tout court*’.

Mesmo enxergada como produto da linguagem, não se pode asseverar que a verdade judicial é absoluta. “A mediação pela linguagem impõe, obrigatoriamente, à formação da verdade no processo, uma carga de relativismo, de incerteza e de ambiguidade, diante da elevada complexidade, variabilidade e inclinação à contradição dos temas e das premissas de decisão”.²⁷⁰

Todavia, admitir que a verdade é relativa não significa desconsiderá-la como valor ou que se deva deixar de buscá-la com o propósito de concretizar a justiça.²⁷¹ Ainda que seja inalcançável, ela baliza os procedimentos judiciários e direciona a tomada das decisões, como acima pontuado. O ideal de justiça ficaria comprometido se as decisões fossem proferidas com suporte em mentiras ou farsas.²⁷² A justiça deve ser a expressão da verdade construída ou revelada, mediante a linguagem, no processo.

Assim, a verdade judicial, destinada a definir uma etapa processual ou o desfecho de um caso no contexto da justiça criminal, deve ser aquela desvelada no bojo do processo a partir da interação linguística, da dialeticidade, ou seja, deve ser a verdade enxergada como fruto da linguagem, na esteira das ideias de Gadamer. Essa se revela a melhor concepção de verdade para nortear a atividade de intervir na esfera de direito das pessoas e de aplicar a lei penal.

Conquanto se entenda que a perspectiva gadameriana da verdade seja a mais propícia para orientar a tomada da decisão judicial no âmbito do processo penal democrático, não se almeja - nem é possível - anular completamente a concepção de verdade como correspondência, adotada por autores de peso no âmbito da teoria da racionalidade da prova²⁷³ e que a vêem como um referencial externo para guiar a atividade probatória. Nesse ponto, o mais relevante é que não haja distorções nos métodos e técnicas empregados na tentativa de determinar a verdade dos fatos.²⁷⁴ Não é admissível, por exemplo, que o juiz produza provas *ex officio* em substituição às partes ou que provas ilícitas sejam aceitas a pretexto de se alcançar a contestada verdade real.²⁷⁵

²⁷⁰ PINTO, *op. cit.*, 2016, p. 132.

²⁷¹ “Renunciar à lógica inquisitiva não implica renunciar ao valor verdade” – tradução nossa (GUSMÁN, *op. cit.*, 2006, p. 32). **No original:** “Renunciar a la lógica inquisitiva no implica renunciar al valor verdad (...)”.

²⁷² Como afirma Ferrajoli, “se uma justiça penal inteiramente ‘como verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal inteiramente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade” (FERRAJOLI, *op. cit.*, 2014, p. 48).

²⁷³ BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 19; ABELLÁN, *op. cit.*, 2010, p. 67.

²⁷⁴ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 104.

²⁷⁵ Felipe Martins Pinto aponta diversas reminiscências contemporâneas da verdade real inquisitorial, utilizada em decisões judiciais como um meta-argumento (PINTO, *op. cit.*, 2016, p. 23-78). Ele assevera que “a busca pela verdade real tem sido o mote para uma série de violações às limitações do *jus puniendi* e às garantias e direitos individuais, permitindo a vigência de uma arbitrariedade e de uma pessoalidade no exercício jurisdicional nocivas à consolidação da natureza democrática do Estado” (PINTO, *op. cit.*, 2016, p. 180).

Aliás, apesar de ter ficado claro que a verdade ontológica não pode ser alcançada, ainda há quem²⁷⁶ invoque a verdade real (ou material ou história), distinguindo-a da verdade formal (ou processual).²⁷⁷ Aquela seria a verdade fática, substancial, perfeita, representando exatamente o que aconteceu no plano empírico. Consistiria na *verdade verdadeira*, mas que, como visto, é inatingível, utópica, não podendo ser obtida. A verdade formal seria aquela que se estabelece no contexto do processo, mas que representaria uma verdade limitada, incompleta, menos confiável por não ter identificação plena com o que ocorreu no plano concreto. A verdade real seria perseguida no processo penal e a verdade formal seria própria do processo civil.²⁷⁸

Taruffo²⁷⁹ esclarece que essa distinção partiu da ideia de que as regras processuais (concernentes à admissão e à produção de provas) limitam, em alguns pontos, a apuração da verdade, de modo que surgiu a compreensão de que verdade real estaria fora do processo e que, de outro lado, a verdade judicial, apurada no interior do processo, seria limitada. O mestre italiano esclarece, porém, que essa distinção é despropositada e ultrapassada porque a verdade é uma só; ontologicamente, a verdade é sempre a mesma. E ela somente será validamente apurada se forem obedecidas às regras legais. O que muda são as metodologias e as técnicas usadas para tentar determiná-la.²⁸⁰ Isso mostra o equívoco de se acreditar que o processo civil se contenta com a verdade formal e que o processo penal necessitaria de uma suposta verdade real. Não tem sentido crer que o processo civil se contenta com uma verdade imperfeita e que o processo penal deve perseguir uma verdade real, inatingível. Atualmente, a diferença em comento é, pois, absolutamente inútil e inconsistente.²⁸¹

Portanto, não há espaço para meia verdade ou para verdade imperfeita ou limitada. Ou o enunciado é verdadeiro ou é falso. “(...) Não pode ser mais ou menos verdadeiro. O que pode variar, dependendo das circunstâncias, é o grau de confirmação que pode ser atribuído a esse enunciado”.²⁸² Nessa perspectiva, “(...) pode existir uma maior ou menor aproximação à verdade”.²⁸³

Outra distinção relevante é entre verdade subjetiva e verdade objetiva. A primeira é pautada por critérios pessoais, por sentimentos individuais, ou seja, trilha o caminho da

²⁷⁶ No AgRg no RHC 119.112/RJ (DJe 27/05/2020), a Quarta Turma do STJ DJe 27/05/2020 validou a iniciativa probatória do juiz invocando o princípio da verdade real. No RHC 119.232/SP (DJe 10/06/2020), a Sexta Turma da mesma corte manteve a prisão dos acusados por “tudo indicar que, soltos, influenciarão na instrução penal e na busca da verdade real”.

²⁷⁷ Por exemplo: MOUGENOT, Edilson. Curso de processo penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 106-107.

²⁷⁸ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil brasileiro. V. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 200.

²⁷⁹ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 106-107.

²⁸⁰ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 106-107.

²⁸¹ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, 2019, p. 32-33.

²⁸² TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 105.

²⁸³ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 105.

subjetividade. Entende-se por verdade aquilo que o indivíduo quer considerar verdadeiro, segundo sua vontade e seus parâmetros, independentemente dos argumentos ou provas que lhe foram apresentados. Já a verdade objetiva não é fruto das preferências individuais ou das idiosincrasias dos sujeitos, mas se funda em elementos e razões objetivas.²⁸⁴ Ela é produto de dados cognoscitivos resultantes da prova, assim como de argumentos racionais que independem do querer do indivíduo. Esses conceitos se aproximam das ideias wittgensteinianas de certeza subjetiva e objetiva. O que muda é que a verdade é buscada com o propósito de se alcançar a certeza.²⁸⁵

Expostas as concepções e as distinções ou adjetivações atinentes à verdade, pode-se constatar que a verdade judicial ou processual (exatamente porque é revelada dentro do processo, segundo uma linguagem particular e de acordo com regras e princípios próprios), tem natureza relativa, sendo a expressão do trabalho das partes, do material probatório amalhado, do contraditório, da linguagem.

Na realidade, ela consiste na *verdade possível*²⁸⁶, descortinada em juízo a partir da linguagem, de acordo com as regras estabelecidas, sem obsessões ou extrapolações por parte dos sujeitos processuais. Não fosse assim, não seria processualmente válida, não se harmonizaria com os ideais do Estado Democrático de Direito. No âmbito judicial, sobretudo na esfera do processo penal, a verdade precisa ser construída a partir da produção das provas e da interação linguística, racional e lógica entre os sujeitos da relação processual.

A verdade judicial ou processual transmite, destarte, a ideia de *verdade provável*. Por ser relativa, passível de contradição ou erro, representaria uma probabilidade de obtenção integral do conhecimento da realidade, mas uma probabilidade de grau médio ou elevado, conforme o nível de confirmação da hipótese reclamado pelo *standard* probatório correspondente. Então, doravante se abordará a verdade em termos de probabilidade.

4.2.1. VERDADE PROVÁVEL E PROBABILIDADE

A verdade judicial, como visto, é enxergada como uma verdade *possível, provável*²⁸⁷, no sentido de que representa o melhor conhecimento possível dos fatos, no sentido de que, sendo inatingível a verdade ou certeza absoluta a respeito dos fatos reconstruídos no processo, as

²⁸⁴ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 106.

²⁸⁵ Porém, é preciso cuidado, pois, como enfatizado no item 3.1, nem sempre verdade e certeza coincidem ou apontam para o mesmo rumo.

²⁸⁶ FERRAJOLI, *op. cit.*, 2014, p. 52-53.

²⁸⁷ Perfecto Andrés Ibáñez usa os termos “certeza provável” (IBÁÑEZ, *op. cit.*, 2009, p. 93).

provas acabam por revelar uma probabilidade, o que provavelmente aconteceu.²⁸⁸ Assim o é em praticamente todas as áreas do conhecimento humano. Se a verdade não é absoluta, se não pode ser atestada com toda certeza, ela, na realidade, equivale a uma probabilidade²⁸⁹, probabilidade essa que pode ser de grau menos ou mais elevado. Ela traduzirá a ideia de verdade (relativa) se alcançar o grau de corroboração fática exigido num dado contexto, conforme o critério que se venha a adotar.

Gustavo Badaró²⁹⁰ afirma que, “afastada a possibilidade de se atingir um conhecimento racional absoluto sobre a verdade dos enunciados fáticos, também no campo da valoração da prova tem se entendido que tal se dá por meio de um juízo de probabilidade”. Na mesma linha, Jacob Bazarrian²⁹¹ pontuou que, “como é impossível um conhecimento rigoroso da verdade, nunca podemos dizer, pois, que esta ou aquela proposição seja verdadeira, a única coisa que podemos afirmar é que ela tem maior ou menor probabilidade de ser verdadeira. Não existe portanto certeza rigorosa, mas apenas probabilidades”.

Probabilidade é conceituada informalmente como uma possibilidade ou chance. No dicionário Aurélio, é retratada como a “qualidade de provável”, referindo-se à possibilidade de um evento ter acontecido ou ao que se pode presumir verdadeiro.²⁹² Costuma-se representar a probabilidade com um número que se situa entre 0 e 1, onde 0 indicaria a impossibilidade de o evento ocorrer ou de a afirmação ser verdadeira, 1 indicaria sua certeza e os números intermediários refletiriam quão provável é a ocorrência do fato ou a veracidade da assertiva (será mais provável quando está mais perto de 1).

Na esfera jurídica²⁹³, probabilidade, do latim *probatilitas*, de *probabilis*, refere-se ao que é provável, plausível em face das circunstâncias.²⁹⁴ A probabilidade diz respeito à existência de elementos indicativos de que um enunciado é verdadeiro ou falso. Já a probabilidade infundada ou negativa diz respeito à improbabilidade, ao que é improvável de acontecer ou de ser verdadeiro.

²⁸⁸ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 29. No mesmo sentido é a posição de Antonio Magalhães Gomes Filho (GOMES FILHO, *op. cit.*, 1997, p. 46).

²⁸⁹ Aliás, sobre isso, Beccaria comentou o seguinte: “Não se admirem de ver-me empregar a palavra probabilidade ao tratar de crimes que, para merecerem um castigo, devem ser comprovados; pois, a rigor, toda certeza moral não é senão uma probabilidade (...)” (BECCARIA, *op. cit.*, 2014, p. 26).

²⁹⁰ BADARÓ, *op. cit.*, 2019, p. 215.

²⁹¹ BAZARIAN, Jacob. *O Problema da Verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 83.

²⁹² FERREIRA, *op. cit.*, 2010, p. 1711.

²⁹³ SILVA, *op. cit.*, 2016, p. 1107.

²⁹⁴ Carnelutti afirmou que, “quando a probabilidade alcança um grau tão alto que chega a equivaler, praticamente, à certeza, nós acostumamos a chamá-la com este mesmo nome; tal costume tem ocasionado à ciência graves obstáculos e fastidiosos; só ultimamente, através de um longo e difícil caminho, temos compreendido que a equivalência prática não deve induzir a confundir a verdadeira certeza com o que se chama certeza ainda quando verdadeiramente não o seja” (CARNELUTTI, *op. cit.*, 2005, p. 14-15).

O conceito de probabilidade é, porém, complexo. Abbagnano esclarece que probabilidade consiste num método, pautado em critérios matemáticos ou estatísticos, que oferece a possibilidade de se estimar a ocorrência de um evento a partir de sua frequência relativa. Ela também designa métodos que propiciam o estabelecimento de graus de crença racional ou a definição de graus de confirmação da veracidade ou falsidade de uma determinada hipótese.²⁹⁵

Segundo Taruffo²⁹⁶, a probabilidade é amplamente utilizada “em vários âmbitos com o propósito de explicar e racionalizar diferentes tipos de conhecimentos incertos”, podendo ser dividida em probabilidade quantitativa e probabilidade lógica.

A probabilidade quantitativa é determinada por meio de cálculos matemáticos ou estatísticos. Ela pode ser frequentista ou pascalina (ou bayesiana). Aquela é a probabilidade de eventos ou sucessões; esta é chamada de probabilidade de proposições.²⁹⁷

A probabilidade quantitativa frequentista tem natureza objetiva. A partir da ideia básica de frequência relativa e mediante um cálculo específico, pode-se definir as chances de ocorrência de um evento em um experimento aleatório, como no lançamento de um dado ou na retirada de uma carta de um baralho.²⁹⁸ Interpreta-se a probabilidade de um evento a partir da medida da frequência desse evento quando o experimento é repetido continuamente.

Já a probabilidade quantitativa pascalina²⁹⁹ (ou bayesiana) é aquela que, também por meio de fórmulas matemáticas, indica a medida da crença racional de um indivíduo numa proposição ou na possibilidade de ocorrência de um evento; dirige-se a apurar a maior ou menor chance de uma asserção ser verdadeira (ou falsa) ou de um evento ter ocorrido. Ross³⁰⁰ menciona que “a probabilidade de que Shakespeare tenha realmente escrito Hamlet é de 90%”, enquanto “a probabilidade de que Lee Harvey Oswald tenha agido sozinho no assassinato de Kennedy é de 0,8”. Essa é a ideia subjetiva do conceito de probabilidade, pois procura apontar o “grau de certeza” do observador, não ficando dispensada sua interpretação nem se afastando a falibilidade, naturalmente.

Por meio de cálculos aritméticos, procura-se identificar um valor numérico que expresse a convicção sobre a veracidade de uma proposição fática ou sobre a ocorrência de um evento. O teorema de Bayes³⁰¹ é a maneira mais utilizada, sobretudo nos Estados Unidos da América,

²⁹⁵ ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 794.

²⁹⁶ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 30.

²⁹⁷ BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 94-97.

²⁹⁸ ROSS, Sheldon. *Probabilidade: um curso moderno com aplicações*. 8. ed. Trad. de Alberto Resende De Conti. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 44-45.

²⁹⁹ Em alusão a Blaise Pascal, famoso matemático francês do século XVII, que planejou a primeira calculadora mecânica.

³⁰⁰ ROSS, *op. cit.*, 2010, p. 68.

³⁰¹ Thomas Bayes (1702-1761) foi um matemático inglês que, por meio de uma fórmula básica, descobriu a maneira de se calcular a variação da probabilidade prévia a partir do acréscimo de novas informações a um caso.

para buscar a determinação de uma probabilidade no contexto do direito probatório.³⁰² Tal famoso teorema é expresso numa fórmula que, a partir do conhecimento *a priori* (probabilidade prévia), permite calcular a probabilidade *a posteriori* de um evento, isto é, depois que novas informações são levadas em conta. Esse cálculo de probabilidade denomina-se probabilidade condicional, uma vez que recebe “um maior peso quanto mais provável for a ocorrência do evento ao qual está relacionada”.³⁰³ Segue um dos exemplos dados por Ross³⁰⁴:

Em certo estágio de uma investigação criminal, o inspetor encarregado está 60% convencido da culpa de certo suspeito. Suponha, no entanto, que uma nova prova que mostre que o criminoso tinha certa característica (como o fato de ser canhoto, careca, ou ter cabelo castanho) apareça. Se 20% da população possuem essa característica, quão certo da culpa do suspeito o inspetor estará agora se o suspeito apresentar a característica em questão?

Solução Supondo que G represente o evento em que o suspeito é culpado e C o evento em que ele possui a característica do criminoso, temos:

$$\begin{aligned}
 P(G|C) &= \frac{P(GC)}{P(C)} \\
 &= \frac{P(C|G)P(G)}{P(C|G)P(G) + P(C|G^c)P(G^c)} \\
 &= \frac{1(0,6)}{1(0,6) + (0,2)(0,4)} \\
 &\approx 0,882
 \end{aligned}$$

É evidente que o fator decisivo para se chegar a uma probabilidade de 88% não foi a informação adicional de certa característica do agente, mas o patamar da probabilidade *a priori* que, no exemplo, foi fixada em 60% sem se dizer o fundamento. Ela é que define a maior ou menor probabilidade posterior. Na maioria dos casos, o grande dilema é estabelecer com adequação e segurança a probabilidade prévia, é interligar, com inferências seguras, as informações prévias a um evento que é único, de modo a tentar evitar generalizações aproximativas equivocadas, que levem a um erro judiciário.

Taruffo³⁰⁵ afirma que “a ideia principal que permeia essas teorias baseia-se na possibilidade de determinar, por meio de cálculo das probabilidades matemáticas, o índice de probabilidade que se deve atribuir a um determinado enunciado fático”. Ele assevera que, conquanto os números e as fórmulas matemáticas deem a impressão de objetividade ou de fidedignidade na análise da prova, não é nada fácil conectar os elementos disponíveis aos fatos em litígio, o que torna extremamente complexo o cálculo, de modo que poucos poderiam fazê-lo. O referido autor assinala que, apesar dos esforços, os resultados insatisfatórios não recomendam o avanço nesse rumo. Cálculos matemáticos ou concepções

³⁰² TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 30.

³⁰³ ROSS, *op. cit.*, 2010, p. 89.

³⁰⁴ ROSS, *op. cit.*, 2010, p. 94.

³⁰⁵ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 30-31.

estatísticas podem ser úteis para auxiliar no contexto da produção e da valoração da prova nos processos judiciais, mas não podem ser decisivos.³⁰⁶

Leila Schneps e Coralie Colmez discorreram sobre diversos casos em que erros de cálculo e fórmulas inapropriadas levaram a probabilidades altamente enganosas.

No ano de 1964, a senhora Juanita Brooks teve sua bolsa roubada num bairro de Los Angeles por uma mulher de cabelo louro, usado em rabo de cavalo, a qual fugiu num veículo Lincoln de cor amarela, conduzido por um homem negro. A polícia foi acionada, mas não obteve pistas. O filho da vítima, porém, visitou diversos postos de gasolina da região dando a descrição do casal. Num dos postos, um dos frentistas informou que um casal inter-racial, muito incomum naquela época, costumava ir ali para abastecer um Lincoln amarelo. A partir daí, a polícia chegou ao casal Malcolm e Janet Collins, que se encaixava na descrição e que possuía um veículo com tais características. Ela era empregada doméstica; ele estava desempregado e tinha antecedentes criminais. Foram levados para a delegacia, interrogados e fotografados. Como negaram a autoria do delito e não havia indícios mais consistentes, foram liberados.³⁰⁷

As fotografias foram apresentadas à vítima e à única testemunha. Elas não reconheceram o casal Collins, mas a testemunha disse que o rabo de cavalo usado pela assaltante parecia com o do retrato que lhe foi apresentado. A polícia então retornou à casa do casal e lá ficou à espera. Janet foi presa assim que chegou e abriu a porta ao oficial Kinsey. Seu marido foi preso na casa de um vizinho, escondido num armário. Na delegacia, eles foram interrogados novamente, ocasião em que, sentindo-se pressionada e com medo de seu esposo ser condenado a uma pena elevada por causa de seu histórico criminal anterior, Janet indagou ao policial: “Se eu lhe dissesse que ele não sabia de nada, e que fui eu que fiz, você o soltaria?”³⁰⁸

O casal foi processado e levado a julgamento. Para embasar a acusação, o promotor Ray Sinetar adotou as seguintes estimativas para que fossem calculadas as possibilidades de o casal ter praticado o crime³⁰⁹:

- Homem negro de barba: uma em dez.
- Homem de bigode: uma em quatro.
- Mulher branca de cabelo louro: uma em três.
- Mulher de rabo de cavalo: uma em dez.
- Casal inter-racial num carro: uma em mil.
- Carro amarelo: uma em dez.

³⁰⁶ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 30-31.

³⁰⁷ SCHNEPS, Leila; COLMEZ, Coralie. *A matemática nos tribunais: uso e abuso dos números em julgamentos*. Trad. de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 37-45.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 41

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 45-46.

A partir desses dados, a pedido do promotor, o professor de matemática Daniel Martinez, da Universidade Estadual da Califórnia, fez a multiplicação dos números entre si, de forma que obteve o resultado que se segue: $1/10 \times 1/4 \times 1/3 \times 1/10 \times 1/1000 \times 1/10 = 1/12.000.000$, uma probabilidade em 12 milhões.³¹⁰

Então, o casal foi levado a júri em dezembro de 1964. Após 8 horas e 5 rodadas de votação, Malcolm e Janet Collins foram condenados por assalto em segundo grau. Janet não recorreu, mas Malcolm interpôs recursos até levar o caso à Suprema Corte da Califórnia. Lá, um dos assistentes dos juízes da corte, Laurence Tribe, pós-graduado em matemática em Harvard, detectou sérias falhas nos cálculos de probabilidade que sustentaram a condenação, assim narradas por Schneps e Colmez³¹¹:

“(…) O promotor atribuiu valores arbitrários, tirando da sua própria cabeça, às probabilidades de características tais como carro amarelo – para não mencionar o absurdo de chamar de probabilidade o fato de uma moça estar de rabo de cavalo, pois esse penteado, ao contrário da cor do carro, pode ser instantaneamente alterado ao sabor da vontade. Quanto à premissa de que os ladrões era efetivamente um casal, esta parecia não ter qualquer justificativa; não havia nenhuma prova de que as pessoas no carro amarelo na cena do assalto fossem casadas. Em suma, as premissas de Sinetar, e seus números, não se baseavam em pesquisa estatística nenhuma (ou quase nenhuma; Sinetar recorda-se de ter pedido às secretárias do tribunal seus palpites antes de fazer a tabela!) e certamente em nenhuma evidência sólida. Essas estimativas podem ser valiosas na vida diária. A capacidade de dar palpites bem-fundamentados é uma das armas que as pessoas podem usar para combater o abuso dos números no domínio público. Mas as estimativas vagas não têm lugar num tribunal de justiça – a liberdade de uma pessoa não pode depender delas. Como que para sublinhar a impressão, o promotor chegou a ponto de dizer ao júri que suas estimativas eram bem “conservadoras”, como foi ressaltado pelo artigo da revista Time, convidando-o a fazer seus próprios cálculos e sugerindo que praticamente qualquer número servia. (...) O erro seguinte do promotor foi pedir ao perito que testemunhava para aplicar a regra do produto a essas probabilidades específicas, sem verificar ou permitir que a testemunha verificasse quais eventos da lista eram independentes. Este foi um erro sério, uma vez que muitos desses eventos não são de modo algum independentes. A probabilidade de um homem ter barba e bigode com toda a certeza não é igual à probabilidade de um homem ter bigode multiplicada pela probabilidade de um homem ter barba, pois as barbas não acompanhadas de bigode são muito raras”.

Destarte, o recurso da defesa prosperou e Malcolm Collins foi absolvido em março de 1968. “Pelo mau uso de matemática e por seu peso expressivo na tomada da decisão pelo júri, o julgamento original foi revertido.”³¹² Depois de 3 anos preso, Malcolm voltou ao convívio de sua família.

Outro exemplo de falácia matemática ou estatística nos tribunais foi o caso Sally Clark. Moradora de Londres, ela, em 22 de setembro de 1996, deu à luz um menino, mas o bebê

³¹⁰ SCHNEPS; COLMEZ, *op. cit.*, 2014, p. 46.

³¹¹ SCHNEPS; COLMEZ, *op. cit.*, 2014, p. 49.

³¹² SCHNEPS; COLMEZ, *op. cit.*, 2014, p. 51.

faleceu em 13 de dezembro daquele ano, por conta de uma infecção pulmonar, segundo a autópsia. Superado o período de luto, depressão e de alguns excessos com o álcool, Sally, advogada, voltou a trabalhar. Porém, veio uma nova gravidez e outro menino nasceu em 29 de novembro de 1997. Em decorrência da morte do primeiro filho, o casal Steve e Sally Clark participava de um programa governamental que orientava os pais quanto a eventuais problemas respiratórios de recém-nascidos.³¹³

No dia 26 de janeiro de 1998, depois que retornou de um centro médico, onde havia sido levado pela mãe para tomar vacinas habituais, o bebê Harry entrou num estado de letargia e, mais tarde, ficou “mole e branco”, com a cabeça pendendo para frente. Os pais se desesperaram e a família correu para o hospital com Harry, mas ele veio a óbito. O patologista atestou ter constatado uma hemorragia retinal nos olhos da criança, sinal comum de asfixia, assim como a fratura de uma costela, mas sem poder indicar se tal fratura era recente ou não. “Harry também tinha grandes quantidades de bactéria no nariz, garganta, pulmões e estômago, mas ninguém prestou atenção nisso”. O perito sugeriu caso de maus-tratos, de forma que Steve e Sally acabaram detidos e acusados de assassinato dos dois filhos. Interrogados, foram depois colocados em liberdade mediante fiança.³¹⁴

Cerca de 1 (um) ano depois, Steve não foi denunciado, mas Sally passou a ser acusada de duplo assassinato. Nesse período, o casal teve um terceiro filho, que, por conta da grave acusação, foi entregue a uma creche em cumprimento a uma ordem judicial.³¹⁵

No caso em questão, o depoimento decisivo foi o do pediatra Roy Meadow. Nos anos 70, como professor sênior e consultor pediátrico na Universidade de Leeds, ele descobriu ou inventou uma nova enfermidade e a denominou síndrome de Münchausen por procuração (com a sigla SMPP). Tratava-se de uma síndrome em que o doente buscava constante atendimento médico não para si, mas para outra pessoa, geralmente incapaz. O doente é quem sentiria intensa necessidade de atenção médica, mas causava mal a terceiros, geralmente bebês, de forma que pudesse se colocar diante um médico em busca de conforto e proteção. Embora estranha, a síndrome estudada por Meadow ganhou notoriedade no início dos anos 90, quando uma enfermeira foi acusada de matar 4 bebês e ferir outro por ser portadora de SMPP. A partir daí, apesar de alguns especialistas questionarem, a síndrome descoberta por Meadow foi invocada para explicar várias mortes súbitas infantis (morte no berço). Diversas mortes tidas por naturais começaram a ser questionadas, acreditando-se que os bebês tinham morrido por sufocação ou outros maus-tratos.³¹⁶

³¹³ SCHNEPS; COLMEZ, *op. cit.*, 2014, p. 12-13.

³¹⁴ SCHNEPS; COLMEZ, *op. cit.*, 2014, p. 13-14.

³¹⁵ SCHNEPS; COLMEZ, *op. cit.*, 2014, p. 15.

³¹⁶ SCHNEPS; COLMEZ, *op. cit.*, 2014, p. 16-19.

Foi nesse contexto que Sally foi levada a julgamento, ocorrido em 09 de novembro de 1999 e, como dito, o depoimento de Meadow teve um peso enorme. Ele deu todo o respaldo às acusações afirmando que “a chance de uma morte no berço numa família do *status* social da família Clark é de uma em 8.543” e que, tendo havido 2 mortes, a possibilidade seria igual ao quadrado, isto é, a chance era de “uma em cerca de 73 milhões”. Esses números impressionaram os jurados, de modo que Sally Clark foi condenada à prisão perpétua. Sua condenação foi mantida pela Corte de Apelação. Ela ainda recorreu à Câmara dos Lordes, mas foi negado provimento ao seu recurso.³¹⁷

Steve Clark recuperou a guarda de seu terceiro filho e continuou buscando apoio para esclarecer a causa da morte de seu segundo filho (Harry). Com a ajuda de pessoas que desconfiavam do trabalho de Meadow, Steve finalmente teve acesso aos documentos médicos relativos ao óbito de Harry, onde havia evidências de que o bebê sofria de apneia e que esta se agravou por causa de 08 colônias de bactérias letais, o que provavelmente o levou à morte em decorrência de uma séria infecção respiratória. Nesse tempo, por volta de outubro de 2001, as afirmações matemáticas do famoso pediatra já estavam sendo questionadas noutros casos pela Real Sociedade de Estatística perante a Câmara dos Lordes.³¹⁸

As autoridades finalmente atinaram para o fato de que as duas mortes no berço não eram necessariamente independentes uma da outra, mas que poderiam decorrer de fatores genéticos ou ambientais desconhecidos, tendo sido absolutamente equivocado o cálculo de probabilidade feito por Meadow, que multiplicou probabilidades não independentes e induziu a condenação de Sally e de outras dezenas de mulheres. A condenação de Sally foi, então, revogada em 29 de janeiro de 2003, após a intervenção da Comissão de Revisão de Casos Criminais. Depois de 3 anos em custódia, ela reconquistou a liberdade, vindo, todavia, a morrer 4 anos depois em decorrência de depressão e de uma intoxicação alcoólica.³¹⁹

Em 2005, Meadow teve seu registro profissional cassado pelo Conselho Geral de Medicina da Inglaterra, por conta do uso indevido de estatística no caso de Sally. Ele ainda conseguiu recuperar sua credencial de médico pouco antes de se aposentar, tendo chegado a reconhecer que não deveria ter se aventurado pela seara estatística, já que não fazia parte de sua área de conhecimento.³²⁰

Esses dois casos, dentre vários outros que aqui não podem ser abordados ante os limites da pesquisa, mostram que estimativas imprecisas e falhas de cálculos levam a probabilidades

³¹⁷ SCHNEPS; COLMEZ, *op. cit.*, 2014, p. 25-29.

³¹⁸ SCHNEPS; COLMEZ, *op. cit.*, 2014, p. 30-32.

³¹⁹ SCHNEPS; COLMEZ, *op. cit.*, 2014, p. 32.

³²⁰ SCHNEPS; COLMEZ, *op. cit.*, 2014, p. 34.

incorretas e a graves erros judiciários. Assim, não se pode aceitar a possibilidade de julgamento *by mathematics*.

Perfilhando essa compreensão, Jordi Ferrer Beltrán refuta a ideia de se empregar o teorema de Bayes para orientar a tomada da decisão judicial criminal. Por serem expressivas, vale reproduzir suas palavras³²¹:

Os defensores da probabilidade subjetiva, também chamados de bayesianos, argumentam que qualquer inferência probatória é substancialmente baseada na aplicação do teorema de Bayes sob a interpretação subjetivista da probabilidade como um grau de crença racional. (...) está claro que o resultado do cálculo depende das probabilidades a priori atribuídas, mas como as probabilidades anteriores ou prévias são determinadas?

Uma resposta habitual é usar probabilidades estatísticas para determinar a probabilidade anterior da hipótese (LEMPERT, 1986: 463 ss.; MARTIN, 1986: 710-711). Mas, além do fato de que essa solução pode apresentar novamente problemas de adequação ao usar dados de frequência como forma de determinar probabilidades de proposições referentes a fatos individuais, o fato é que esses dados estatísticos quase nunca estão disponíveis. E se dispuserem deles, quantas variáveis do caso individual deveriam ser levadas em consideração para selecionar os dados estatísticos apropriados?³²² (tradução nossa)

Susan Haack³²³ também rechaça o emprego de teorias de probabilidade quantitativas para se determinar a culpa ou a inocência de um acusado. Ela entende que cálculos matemáticos não podem ser a “coluna vertebral” de um caso; que cálculos estatísticos devem estar acompanhados de outros elementos de convicção. Haack defende que o probabilismo jurídico não deve ser identificado com probabilidades que se guiem por cálculos matemáticos, pois estes não servem para calcular os graus de credibilidade das provas ou o grau de confirmação das hipóteses a partir do raciocínio inferencial. Ela argumenta que o grau de confirmação de um enunciado fático depende de ele estar apoiado em prova que gere uma “integração explicativa” do ocorrido.³²⁴ Um elemento de prova dá apoio a uma hipótese, atrai confiança a um raciocínio quando se mostra coerente (não encerra contradições) e contribui

³²¹ BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 110-111.

³²² **No original:** “Los defensores de la probabilidad subjetiva, también llamados bayesianos, sostienen que cualquier inferencia probatoria se basa substancialmente en la aplicación del teorema de Bayes bajo la interpretación subjetivista de la probabilidad como grado de creencia racional. (...) resulta claro ya que el resultado del cálculo depende de las probabilidades a priori asignadas, pero cómo se determinan las probabilidades a priori o previas?”

Una respuesta habitual es la de usar probabilidades estadísticas para determinar la probabilidad previa de la hipótesis (LEMPERT, 1986: 463 ss.; MARTIN, 1986: 710-711). Pero más allá de que esta solución pueda presentar de nuevo problemas de adecuación al utilizar datos frecuenciales como modo de determinar probabilidades de proposiciones referidas a hechos individuales, el caso es que casi nunca se dispone de esos datos estadísticos. Y si se dispusiera de ellos, cuántas variables del caso individual deberían tomarse en cuenta para seleccionar el dato estadístico apropiado?”

³²³ HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una dimensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 65-66 e 89.

³²⁴ *Ibid.*, p. 79-80.

para a “integração explicativa” do todo, ideia que está ligada à da inferência para a melhor explicação, abordada no tópico 3.4.

Como dito, não se nega que o cálculo de probabilidades matemáticas possa ser útil para aclarar algum aspecto da causa, porém não se pode abrir mão da exigência de provas consistentes, analisadas por meio de um raciocínio lógico, assunto que doravante será comentado.

A probabilidade lógica ou baconiana³²⁵ (indutiva) não invoca frequência estatística ou cálculos matemáticos para averiguar ou definir a maior ou menor possibilidade de um evento ter ocorrido ou de um enunciado ser verdadeiro. Essa concepção se pauta pelo grau de confirmação lógica de um enunciado a partir das inferências feitas com amparo nas provas disponíveis. Nesse modelo, segundo Taruffo³²⁶, tudo gira em torno de “determinar quais inferências sejam possíveis a partir dos elementos de prova relevantes, e como esses sustentam as inferências que conduzem a conclusões acerca de um fato controvertido.”

A probabilidade lógica é guiada por critérios qualitativos, não quantitativos.³²⁷ É apoiada na conexão lógica e coerente dos enunciados com os elementos probatórios produzidos nos autos do processo. O grau de probabilidade sobre a veracidade de uma proposição fática depende da suficiência dos dados disponíveis para sustentar a inferência em que se sustenta tal proposição. Quanto mais elementos convergentes e consistentes houver para amparar um raciocínio inferencial, maior será a probabilidade sobre a verdade da hipótese nele ancorada. “O grau de probabilidade de uma hipótese depende dos meios de prova que a sustentam”.³²⁸

Em vez de cálculos matemáticos, o tomador da decisão recorre a padrões lógicos de argumentação, que consideram as características típicas de cada caso e que se apoiam em inferências formuladas a partir das provas produzidas naquele processo. A verdade aproximada de um caso individual e concreto não será alcançada a partir de números, mas por raciocínio inferencial, expressado numa linguagem racional e convincente, que conecte os elementos de prova aos fatos controversos e explique satisfatoriamente o ocorrido.

A valoração da prova e a tomada da decisão na perspectiva da probabilidade lógica exigem que se aprecie as provas daquele caso, que se verifique qual é o apoio probatório das proposições fáticas. Cada elemento probante deve ser apreciado de forma individual, averiguando-se, por exemplo, a fiabilidade dos testemunhos, a autenticidade e o conteúdo de um documento, a consistência de um laudo pericial para se passar, depois, à valoração do

³²⁵ Baconiana porque é inspirada em Francis Bacon (1561-1626), tendo depois sido desenvolvida por L. Jonathan Cohen.

³²⁶ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 32.

³²⁷ BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 121-122.

³²⁸ SALAVERRÍA, *op. cit.*, 1995, p. 211.

conjunto amalhado, confrontando-se evidências e argumentos, definindo-se, a partir do debate entre os litigantes e mediante inferências, o que restou provado. A hipótese da parte autora foi corroborada ou contrastada? Deve prevalecer uma hipótese alternativa mais plausível? A hipótese da parte demandante foi superada pela hipótese rival suscitada pela parte demandada? Paira dúvida?

Portanto, a probabilidade lógica avalia o grau de confirmação das proposições factuais. Não se vale de cálculos matemáticos, mas toma em conta a quantidade e a qualidade das provas. Baseia-se num nexó lógico de confirmação ou de refutação das hipóteses à luz das provas³²⁹.

Taruffo³³⁰ afirma, com razão, que a teoria da probabilidade lógica “parece muito mais eficiente como uma interpretação analítica da prova judicial”, na medida em que, a partir de *standards* de suficiência probatória, busca oferecer “molduras para a análise de complexas situações probatórias, além de topologias que correspondem aos diversos tipos de casos que ocorrem na prática judicial”.

Nesse contexto, avulta a concepção teórica que procura orientar o juízo de fato a partir de inferências que, calcadas em evidências consistentes, melhor expliquem o ocorrido. E o importante é que a melhor explicação satisfaça ao *standard* estabelecido para aquele tipo de processo. “Por exemplo, sob o *standard* da ‘prova clara e convincente’, a explicação deve ser substancialmente melhor do que suas alternativas e para o *standard* da prova ‘além da dúvida razoável’ seria se houvesse uma explicação plausível que inclua os elementos formais e não houvesse explicação plausível compatível com a inocência do acusado”³³¹ (tradução nossa). Porém, mesmo que esse seja o critério ou a metodologia a ser adotado para guiar a decisão sobre os fatos, fica claro que é preciso saber qual é o grau de probabilidade a ser alcançado em cada tipo de ação judicial para se dar por provada uma hipótese³³², o que remete aos *standards* de prova. Voltar-se-á ao assunto nos capítulos seguintes.

No tópico abaixo, será abordado o segundo vetor axiológico da tomada de decisão sobre os fatos, qual seja, a justiça. Toda a tentativa de alcançar a verdade se dá exatamente porque se almeja que o provimento jurisdicional se revele justo.

4.3. JUSTIÇA

³²⁹ ABELLÁN, *op. cit.*, 2010, p. 159-165.

³³⁰ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 32.

³³¹ PARDO, Michael S. Estándares de prueba y teoría dela prueba. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 115. **No original:** “Por ejemplo, bajo el estándar ‘prueba clara y convincente’ la explicación debe ser sustancialmente mejor que sus alternativas y para el estándar ‘más allá de toda duda razonable’ sería si existe una explicación plausible que incluya los elementos formales y no hay una explicación plausible compatible con la inocencia” do acusado”.

³³² BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 139.

O ser humano naturalmente aprecia, aprova e clama por justiça, vista como um valor universal e permanente, que marca suas relações interindividuais desde a Antiguidade. Uma sociedade se torna civilizada “quando seus membros e instituições se orientam em conformidade com a noção mais elevada de justiça”.³³³

Esse valor excelso, por óbvio, deve animar as atividades forenses caracterizadas pela determinação dos fatos e pela aplicação da lei, de forma que convém ter claro seu conceito, suas dimensões. É a noção de justiça que dá significação ao direito, sobretudo num Estado de feição democrática. O intento de toda decisão judicial deve ser a justa composição do litígio. Realizar a justiça deve ser a preocupação central do direito e do próprio Estado.

O termo “justiça”, do latim “iustitia”, refere-se ao que está em consonância com a norma, que se ajusta à ordem estabelecida. Ele também diz respeito ao complexo de órgãos formadores do Poder Judiciário.³³⁴ Porém, a ideia de justiça é filosoficamente mais complexa, encerrando um valor essencial que deve nortear as relações entre os indivíduos, entre estes e o Estado e a tomada de decisões pelas autoridades, sobretudo judiciárias.

Paulo Nader³³⁵ ensina que “a justiça é referência, objeto de busca ou de discussão, não apenas quando se consideram os bens materiais, a sua distribuição, mas diante dos amplos e diversificados interesses das pessoas”. Ela, como bússola para a solução dos conflitos, deve ser resultado de reflexões decorrentes da razão e da experiência.

Michael J. Sandel³³⁶ enfoca 3 (três) concepções acerca de justiça. A primeira é a de justiça distributiva³³⁷, no sentido de que justo é aquele proceder que distribui equanimente a riqueza, os deveres e direitos, os poderes e as oportunidades. “Uma sociedade justa distribui esses bens da maneira correta; ela dá a cada indivíduo o que lhe é devido”. A justiça, nessa acepção, representa a maximização do bem-estar, traduz as noções de igualdade, proporcionalidade, felicidade e utilidade. A segunda compreensão associa a justiça à virtude, à correção ou retidão moral, a ser cultivada pelos indivíduos, denotando, de certo modo, um aspecto religioso desse ponto de vista. Já a terceira concepção é a que vincula a justiça à ideia de liberdade, de respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. Por esse enfoque, haverá justiça se forem eliminados os obstáculos opostos à liberdade da espécie humana, se os direitos dos cidadãos forem respeitados.

³³³ NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 67-68.

³³⁴ OTHON SIDOU, *op. cit.*, 2016, p. 589.

³³⁵ NADER, *op. cit.*, 2014, p. 71.

³³⁶ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 8. ed. Trad. de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 28-29.

³³⁷ Nader esclarece que a justiça distributiva está associada à atuação dos governos, que devem perseguir o bem comum, a igualdade, a distribuição equitativa dos valores, impondo encargos ou atribuindo. Já a justiça comutativa está ligada a relações contratuais entre os particulares, devendo “haver igualdade entre o quinhão que se dá e o que se recebe”. A justiça criminal é uma espécie de justiça distributiva (NADER, *op. cit.*, 2014, p. 73).

Por sua vez, Nicole Abbagnano³³⁸ também expõe a compreensão de que a justiça representa a paz, no sentido de afastar o estado de beligerância, de arredar o conflito de interesses e promover a pacificação social. O provimento judicial deve externar equidade, exatidão e razão tendentes a restabelecer a tranquilidade junto à comunidade, seja, no caso penal, por exemplo, para punir quem realmente praticou uma infração penal, aplacando os desejos retributivos da vítima ou de sua família, seja para absolver quem foi injustamente acusado, acalmando seu espírito. A realização da justiça e a restauração da paz se dão pela aplicação da pena ao que é declarado culpado, como pela absolvição do que é considerado inocente.

A par da ideia de justiça como valor positivo, há seu correspondente negativo ou desvalor, a injustiça, que gera revolta, repulsa no corpo social³³⁹. Não distribuir os bens de maneira igual ou proporcional, não tratar os indivíduos com isonomia, violar direitos fundamentais, condenar um inocente ou absolver um culpado são condutas que retratam a injustiça e devem ser evitadas. Porém, a condenação de um inocente gera um sentimento muito maior de injustiça, havendo de ser a todo custo impedida, de forma que, havendo dúvida, os ordenamentos jurídicos recomendam a absolvição do réu, como fizeram grandes pensadores mencionados por Laudan:³⁴⁰

É muito mais prudente absolver duas pessoas que sejam culpadas que ditar uma sentença condenatória a uma pessoa virtuosa ou inocente – Voltaire (1749); é melhor que dez culpados escapem da punição do que uma pessoa inocente morra - Matthew Hale (1678); é melhor que dez pessoas culpadas se livrem do castigo a que um inocente o sofra - William Blackstone (século XVIII); Na verdade, eu deveria preferir vinte homens culpados a escapar da morte por misericórdia, do que um inocente para ser condenado injustamente - John Fortesque (1471); É melhor que cem pessoas culpadas se livrem que uma pessoa inocente sofra - Benjamin Franklin (1785); É melhor absolver mil pessoas culpadas que condenar à morte um só inocente - Moses Maimonides (século XX).³⁴¹

Tendo em vista essas noções, não resta dúvida de que a justiça é um vetor axiológico capital para a condução dos processos judiciais e para a edificação do juízo fático. Garantido o respeito à igualdade de tratamento e aos demais direitos dos litigantes, a decisão sobre os

³³⁸ ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 595-596.

³³⁹ NADER, *op. cit.*, 2014, p. 72.

³⁴⁰ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 63.

³⁴¹ **No original:** “It is much more prudence to acquit two persons, tho’ actually guilty, than to pass sentence of condemnation on one that is virtuous and innocent. – Voltaire (1749). It is better that five guilty persons should escape punishment than one innocent person should die. – Matthew Hale (1678). It is better that ten guilty persons escape [punishment] than that one innocent suffer. –William Blackstone (eighteenth century). I should, indeed, prefer twenty guilty men to escape death through mercy, than one innocent to be condemned unjustly. – John Fortesque (1471). It is better a hundred guilty persons should escape than one innocent person should suffer. – Benjamin Franklin (1785). It is better...to acquit a thousand guilty persons than to put a single innocent man to death. – Moses Maimonides (twelfth century)”.

fatos deve se aproximar do ideal de justiça, buscando dar a cada um aquilo que é seu, aplicar a lei com retidão, de maneira a restabelecer a paz social.³⁴²

Seguramente, muito mais se poderia comentar sobre a justiça como valor básico perseguido quando da tomada da decisão concernente à *quaestio facti*, mas sua percepção está mais sedimentada e é imanente ao ofício judicante, sendo suficiente enfatizar que ela se faz mediante o respeito aos direitos fundamentais. A justiça é reflexo da concretização de tais direitos traçados nas constituições democráticas dos povos civilizados.³⁴³

Destarte, cabe agora delinear os contornos da presunção de inocência, outro relevante vetor que necessita ser bem compreendido por quem toma decisões na esfera do processo penal.

4.4. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência diz respeito ao direito de ser presumido inocente, ou seja, traduz a ideia de que a inocência do acusado é presumida, não precisando ser provada. Como reflexo dessa compreensão, cabe à acusação provar a culpa do imputado, devendo ele ser tratado como inocente até que, por sentença transitada em julgado³⁴⁴, venha a ser declarado culpado.³⁴⁵

Não há dúvida de que a presunção de inocência é um direito fundamental assegurado nas constituições dos países do mundo moderno e também nos principais tratados ou convenções internacionais de direitos humanos. Porém, é um direito fundamental exatamente porque constitui um valor superior e uma exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. Assim como fizeram outros países e organismos internacionais, o Estado brasileiro escolheu a presunção de inocência como um valor estruturante de sua ordem democrática³⁴⁶. Como bem pontuou Zanoide de Moraes³⁴⁷, “pelo vetor racional empreendido pelo Iluminismo na expressão ‘presunção de inocência’ assevera-se a certeza de que a maioria dos homens é honesta e não criminoso e que a reconstrução probatória atinge somente o provável, jamais a

³⁴² Na Bíblia Sagrada está prescrito que “o fruto da justiça será a paz” (Isaías 32:17).

³⁴³ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*. Fundamentação e aplicação do direito como um *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

³⁴⁴ No Brasil, a presunção de inocência se estende até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF/1988 e art. 283 do CPP). Depois de muita celeuma, o Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2019, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, entendeu que, exatamente em razão do marco temporal adotado na Constituição Federal de 1988, não é possível iniciar a execução da pena logo após a condenação em segunda instância, já que há de se tratar o réu como inocente até trânsito em julgado da sentença condenatória.

³⁴⁵ PATRÍCIO, Rui. *A presunção de inocência no julgamento em processo penal*. Alguns problemas. Coimbra: Almedina, 2019, p. 95-96.

³⁴⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 234.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 92.

perfeição”. Então, há de se assegurar o estado de inocência até que a culpa do acusado seja legitimamente reconhecida.

Jordi Nieva Fenoll³⁴⁸ explica que a origem da presunção de inocência está ligada à noção de justiça, no sentido de que sempre foi “preferível deixar impune um culpado a condenar um inocente”; que sempre foi “melhor absolver dez culpados do que condenar um inocente”. Além disso, quando surgem suspeitas contra alguém e essa pessoa vem a ser acusada, isso lhe acarreta um enorme prejuízo, um prejuízo social de culpabilidade, uma vez que logo é vista como culpada pela sociedade, ainda que a acusação seja falsa, fruto de rumores. Então, a presunção de inocência se dirige a lutar contra tal prejuízo.

Com pertinência, Rui Patrício³⁴⁹ ainda aduz que a presunção de inocência, além de uma condição de real dignidade a ser assegurada ao acusado, “é um meio de atenuar o desequilíbrio em que se joga o confronto” entre ele e o aparelho repressor do Estado. Trata-se, nas palavras de Luigi Ferrajoli³⁵⁰, de um “princípio fundamental de civilidade”, representando “o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”.

A despeito de consagrado o termo “presunção” de inocência, não se trata de uma presunção em sentido técnico-jurídico, já que não se parte de um fato conhecido para se aceitar outro, desconhecido.³⁵¹ Por isso, muitos autores optam por designar esse direito como *estado* de inocência. A rigor, o acusado é (e não se presume) inocente até que sua culpa seja declarada por sentença.³⁵²

Ao longo dos tempos, até o final do século XVIII, em maior ou menor medida, prevaleceu a presunção de culpabilidade. No processo criminal, de cunho inquisitivo, não se assegurava direito algum ao acusado, o qual, a partir de uma mera suspeita, já enfrentava uma presunção de culpa. Em situação de inferioridade, reduzido à condição de objeto, o réu era tratado como culpado e tinha de tentar provar a sua inocência. O contexto era de absoluta desigualdade e arbitrariedade, tanto que a tortura era aceita como uma forma de se obter a confissão.³⁵³

Esse cenário começou a mudar com a reação de Beccaria³⁵⁴ que, em sua paradigmática obra, exigiu que o acusado devia ser presumido inocente até que fosse declarado culpado:

³⁴⁸ FENOLL, Jordi Nieva. La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret Revista para el análisis del derecho*, vol. 1, jan/2016, p. 4-6.

³⁴⁹ PATRÍCIO, *op. cit.*, 2019, p. 10.

³⁵⁰ FERRAJOLI, *op. cit.*, 2014, p. 506.

³⁵¹ VILELA, Alexandra. *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 81-82.

³⁵² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 81-82.

³⁵³ VILELA, *op. cit.*, 2000, p. 29-30.

³⁵⁴ BECCARIA, *op. cit.*, 2014, p. 34.

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas a que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado? Aí está uma proposição muito simples: ou o crime é certo ou é incerto. Se é certo, apenas deve ser punido com a pena que a lei fixa, e a tortura é inútil, porque não se tem mais necessidade das confissões do acusado. Se o crime é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Efetivamente, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não está provado.

Segundo Alexandra Vilela, embora a presunção de inocência, enquanto regra probatória do processo penal, não fosse desconhecida do direito romano (*innocens praesamitur cuius nocentia non probatur*)³⁵⁵, foi a partir do discurso de Beccaria que adquiriu os contornos de um princípio ou ideia mais forte, capaz de contrapor a presunção de culpabilidade que então vigia.³⁵⁶

Os ideais retratados no *Dos Delitos e das Penas* (que Voltaire apelidou de “Código da Humanidade”)³⁵⁷ difundiram-se entre os pensadores iluministas e levaram a reformas no campo do processo penal. A presunção de inocência foi consagrada como princípio no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789³⁵⁸: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. Essa proclamação bem expressou a repulsa às práticas arbitrárias e desumanas do Antigo Regime.

Nesse contexto, ganhou expressão a Escola Clássica italiana que, por meio de Francesco Carrara, considerou a presunção de inocência como um princípio estruturante do processo penal, como uma condição absoluta de legitimidade dos procedimentos penais. “Proclama-se a inocência até que a culpabilidade esteja provada, e provada de acordo com os modos previamente estabelecidos que deverão ser respeitados na medida em que procedem da absoluta razão”.³⁵⁹

³⁵⁵ Para Miguel Angel Montañés Pardo, foi a partir de uma máxima de Ulpiano (“*Nadie debe ser condenado por sospechas, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente*”) que a Escola Clássica italiana estabeleceu “o precedente romano del ‘favor rei’ y del principio ‘in dubio pro reo’, origen mediato del derecho a la presunción de inocencia” (PARDO, Miguel Angel Montañés. *La presunción de inocencia*. Análisis Doctrinal y Jurisprudencia. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999, p. 29).

³⁵⁶ VILELA, *op. cit.*, 2000, p. 32.

³⁵⁷ VILELA, *op. cit.*, 2000, p. 30, nota 30.

³⁵⁸ Paulo Saint Pastous Caleffi afirma que, conquanto a Declaração da Virgínia tenha feito referência ao assunto em 1776 (“Seção 8, última parte: Ninguém pode ser privado de sua liberdade, exceto segundo a lei do país e após o juízo de seus pares”), prevalece na doutrina o entendimento de que o marco fundamental da presunção de inocência foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 (CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil*. Análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 15).

³⁵⁹ VILELA, *op. cit.*, 2000, p. 38.

Em contraposição a essa concepção, levantaram-se a Escola Positiva de Enrico Ferri e Raffaele Gafarolo, assim como a Escola Técnico-Jurídica, representada principalmente por Vincenzo Manzini. Eles passaram a criticar o princípio da presunção de inocência, rejeitando-o com base “em argumentos de política criminal, revelando uma preocupação com o enfraquecimento de medidas de defesa social contra a delinquência”.³⁶⁰

Embora admitisse a presunção de inocência na fase de investigação, desde que o acusado não fosse confesso ou não tivesse sido preso em flagrante, Ferri a considerava um “exagero individualista”, sem qualquer lógica em certas situações.³⁶¹ Já Gafarolo acreditava que o acusado não deveria ser presumido inocente ou culpado, mas ser posto na condição de imputado, sendo que, se fosse confesso, se tivesse sido preso em flagrante ou se houvesse prova bastante contra ele, um defensor só poderia atuar em seu favor se insistisse em negar a prática do crime.³⁶²

Por sua vez, Manzini era mais duro e refutava totalmente a tutela da inocência no processo criminal. Ele dizia que a presunção de inocência era algo paradoxal e irracional, pois o processo penal tem início quando há fortes indícios da prática delitiva, existindo, sim, uma presunção de culpabilidade em desfavor do acusado.³⁶³ O referido jurista enxergava uma falha na ideia de presunção de inocência, porque o acusado poderia, em verdade, não ser inocente.³⁶⁴

Essas leituras distorcidas formaram uma base ideológica que, em regimes autoritários, afastaram a noção de presunção de inocência. Os Códigos de Processo Penal da Itália de 1913 e 1930 não asseguraram o postulado em comento, tendo sido este último o que serviu de inspiração para elaboração, em 1941, do Código de Processo Penal brasileiro que ainda hoje está em vigor.³⁶⁵ Infelizmente, esse código de ritos até recentemente trazia disposições inconciliáveis com o princípio em estudo, que deve constituir verdadeiro vetor a iluminar a tomada da decisão penal.

Superados os períodos de guerras mundiais e vencidos os principais regimes autocráticos, o primado da presunção de inocência ressurgiu com muita força no seio das sociedades civilizadas.³⁶⁶ A noção de presunção de inocência se tornou um valor importante

³⁶⁰ VILELA, *op. cit.*, 2000, p. 42.

³⁶¹ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 113.

³⁶² MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 115.

³⁶³ VILELA, *op. cit.*, 2000, p. 46.

³⁶⁴ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 128.

³⁶⁵ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 117-118.

³⁶⁶ Andrew Ashworth, todavia, afirma que atualmente há ameaças à presunção de inocência quando, em casos de acusações de crimes muito graves, como de terrorismo ou de narcotráfico, praticados por organizações criminosas, flexibiliza-se tal postulado para, de modo excepcional, impor-se ao acusado o ônus de provar algum fato ligado à imputação por ter ele “facilidade probatória” ou “conhecimento peculiar” sobre os fatos. O referido autor, mencionando iniciativa levada a efeito no Reino Unido após setembro de 2001, também vê ameaça ao princípio em questão quando os Estados adotam a detenção de pessoas por prazo indeterminado, sem

dos Estados democráticos, tendo sido incorporada nos ordenamentos jurídico-legais como direito fundamental a ser observado para a legitimidade da atividade persecutória estatal.

Nessa perspectiva, em 1948, como oposição aos regimes totalitários nazi-facistas, foi promulgada pela Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, em seu artigo 11.1, adotou a presunção de inocência nos seguintes termos: “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito a ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no que lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à defesa”.³⁶⁷

Seguindo seu trajeto histórico, a presunção de inocência foi assegurada e reafirmada em 1950, na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6.2), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966 (art. 14, n. 2) e na Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em 1969 (art. 8.2).

Também a Constituição brasileira de 1988, pela primeira vez na história desta República, sob os influxos dos ideais democráticos, consagrou a presunção de inocência como direito fundamental: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII).³⁶⁸

Note-se que o legislador constituinte brasileiro optou por não mencionar a tradicional expressão “presunção de inocência”, empregando uma linguagem diversa. Segundo Zanoide de Moraes³⁶⁹, na proposta de redação final apresentada em 15 de junho de 1987 à Comissão de Sistematização dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, a redação era a seguinte: “presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Todavia, no dia 12 de agosto de 1987, a partir de proposição do constituinte José Ignácio Ferreira (senador pelo MDB-ES), a redação foi alterada para: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. A justificativa apresentada foi: “A proposta visa apenas a caracterizar mais tecnicamente a ‘presunção de inocência’, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia do atual dispositivo”.³⁷⁰

Ainda que tal mudança não tenha tido um viés ideológico, a noção de “não consideração prévia de culpabilidade” derivava da Escola Técnico-Jurídica, acima referida, que afirmava que, se não se podia dizer que o imputado era culpado no início da persecução penal, também

julgamento, com o propósito de apurar ou combater o terrorismo (ASHWORTH, Andrew. Four Threats to the Presumption of Innocence. *In: The South African Law Journal*. nº 123, 2006, p. 83-87).

³⁶⁷ BATISTI, Leonir. *Presunção de inocência*. Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.

³⁶⁸ BATISTI, *op. cit.*, 2009, p. 35-42.

³⁶⁹ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 217-218.

³⁷⁰ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 217-218.

não se podia dizer que ele era inocente. O acusado poderia ser tratado como *não culpado*, mas não como *inocente*.³⁷¹ Seja como for, a origem histórico-cultural fascista da presunção de não culpabilidade foi suplantada nos campos político, doutrinário e jurisprudencial. Prevaleceu o entendimento de que, “tecnicamente, não há diferenciação possível ou juridicamente útil entre ‘inocente’ e ‘não culpado’, restando superada a distinção de conteúdo ideológico (...)”.³⁷² Tanto a presunção de inocência como a presunção de não culpabilidade traduzem a mesma ideia, a qual constitui um pilar do Estado Democrático de Direito, cabendo agora expor suas relevantes dimensões.

Como direito fundamental do acusado e como princípio estruturante do processo penal, a presunção de inocência apresenta 3 (três) facetas: regra de tratamento, regra probatória e regra de julgamento.³⁷³ Essas são as maneiras de a presunção de inocência se manifestar no âmbito do processo penal. São regras que dirigem comandos ao legislador ordinário e às autoridades estatais.

No curso das investigações criminais e no decorrer do processo penal, o investigado ou acusado deve ser tratado como inocente. A presunção de inocência impõe esse tratamento ao imputado³⁷⁴, até que sua culpa venha a ser declarada por sentença transitada em julgado (art. 5º, LVII, da CF /1988 e art. 283 do CPP). Ele não pode ser equiparado a um condenado. Não pode ser submetido a uma publicidade vexatória, abusiva. Não pode ter sua liberdade pessoal restringida a título de antecipação de pena.

Todavia, apesar de ter assumido dignidade constitucional, a presunção de inocência não é um valor absoluto, podendo ser restringida para dar espaço às prisões provisórias, por exemplo, quando preenchidos os requisitos legais.³⁷⁵ Por outro lado, atentavam contra o paradigma em comento as normas legais que vedavam a concessão de liberdade provisória ao acusado, assim como o preceito do CPP nacional que previa a prisão como reflexo automático da sentença condenatória recorrível.

A presunção de inocência também atua como regra probatória, na medida em que faz recair sobre a acusação o ônus de provar, lícitamente, a culpa do acusado. Como afirma Miguel Angel Montañes Pardo³⁷⁶, ela desloca “o ônus da prova para as partes acusadoras, a

³⁷¹ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 215.

³⁷² MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 223.

³⁷³ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 424.

³⁷⁴ Rui Patrício assevera que, por esse enfoque, o princípio da presunção de inocência impõe que o acusado “(...) receba um tratamento e uma consideração próprios de alguém que é considerado inocente e que, portanto, está no uso de seu *jus libertatis* – pelo menos, até onde o exercício do *jus puniendi* do Estado o não restringir” (PATRÍCIO, *op. cit.*, 2019, p. 96).

³⁷⁵ VILELA, *op. cit.*, 2000, p. 92-94.

³⁷⁶ PARDO, Miguel Angel Montañes. *La presunción de inocencia*. Análisis Doctrinal y Jurisprudencia. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999, p. 81.

quem compete provar os elementos constitutivos da pretensão acusatória”.³⁷⁷ “Se todo acusado se presume inocente até que seja condenado, logicamente a presunção de inocência também deve incidir na regras de distribuição do ônus material da prova” (tradução nossa)³⁷⁸, de forma que cabe à acusação provar os enunciados fáticos em que se amparam a pretensão punitiva.³⁷⁹

Portanto, o Ministério Público, se almeja a condenação do réu, está obrigado a derrotar sua presunção de inocência. Deve comprovar a materialidade do delito e também a autoria, demonstrando que esta recai na pessoa do réu. O *Parquet* precisa mostrar que o réu não agiu amparado em excludentes ou dirimentes, revelando-se justa e adequada a condenação que pleiteia.

Ainda, a presunção de inocência representa uma regra de julgamento ou regra de juízo, sendo esta a dimensão do postulado que mais interessa a este trabalho. Por esse ângulo, a presunção de inocência reflete na tomada da decisão criminal, exigindo que a prova seja suficiente para amparar um pronunciamento desfavorável ao investigado ou acusado. Enquanto regra probatória, ela impõe ao órgão acusador o ônus de provar a culpa e, como regra de julgamento, opera sobre o material probatório já produzido, cabendo ao julgador mostrar que é suficiente para afastar ou derrotar o estado de inocência de que goza o imputado.³⁸⁰

Se o órgão acusador produzir prova lícita e suficiente para arredar a presunção de inocência, a decisão deverá atender a seus interesses; do contrário, se a prova não for bastante, o provimento deverá ser favorável ao investigado ou réu. Permanecendo em dúvida fundada sobre a suficiência da prova, seja para receber a denúncia, seja para pronunciar ou julgar o imputado, o magistrado deverá rejeitar a peça acusatória, impronunciar o réu ou absolvê-lo, uma vez que incidirá o *in dubio pro reo*, que é uma manifestação da presunção de inocência, é sua representação em termos de norma de juízo.³⁸¹

Para Rui Patrício³⁸², da presunção de inocência, enquanto regra de julgamento, decorre o *in dubio pro reo*, aforismo que, “procurando responder ao problema da dúvida na apreciação do caso criminal (não a dúvida sobre o sentido da norma, mas a dúvida sobre o

³⁷⁷ **No original:** “(...) la carga de la prueba a las partes acusadoras, a quienes corresponde probar los elementos constitutivos de la pretensión acusatoria”.

³⁷⁸ **No original:** “Si todo acusado se presume inocente hasta que sea condenado, logicamente la presunción de inocencia también ha de incidir en las reglas de distribución de la carga material de la prueba”, de forma que cabe à acusação provar os fatos constitutivos da pretensão punitiva”.

³⁷⁹ PARDO, *op. cit.*, 1999, p. 82.

³⁸⁰ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 468-469.

³⁸¹ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 405.

³⁸² PATRÍCIO, *op. cit.*, 2019, p. 96. No mesmo sentido: MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa. O princípio *in dubio pro reo* e o novo código de processo penal. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 49, n. 2, Set. 1989, p. 592-594.

facto)”, determina que a decisão seja favorável ao investigado ou réu. Embora o *in dubio pro reo*, “sem prejuízo de possíveis antecedentes mais remotos, tenha clara origem histórica no direito romano, do qual passou ao canônico, antigo e medieval”,³⁸³ tendo percorrido o pensamento ético-jurídico da humanidade, o supracitado professor português afirma que tal adágio tornou-se um corolário da presunção de inocência.³⁸⁴

Maurício Zanoide de Moraes³⁸⁵, nessa linha de pensar, aduz que o *in dubio* é uma verdadeira manifestação do estado de inocência no momento da tomada da decisão criminal; “ele é uma parte da presunção de inocência, apenas um de seus desdobramentos (...)”. Na verdade, a presunção de inocência, enquanto regra de julgamento, é revelada no *in dubio pro reo* ou com ele se confunde³⁸⁶. Nessa esteira, Perfecto Andrés Ibáñez³⁸⁷ aduz:

Ora, a integração do princípio da dúvida no quadro de uma disciplina constitucional do processo articulado em torno da presunção de inocência, caracterizada como já se dito, envolve uma transformação significativa do primeiro, que passa a ser a implicação essencial do segundo, do qual pode ser distinguido pela análise, mas não dissociado. Tanto é verdade que - para Foschini - ‘a presunção de inocência do arguido se resume no princípio *in dubio pro reo*’.³⁸⁸ (tradução nossa)

Outrossim, há quem sustente que a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* são expressões do princípio do *favor rei*³⁸⁹, são postulados que atuam no campo da prova, mas o que os distingue essencialmente é que aquela opera necessariamente em qualquer caso, enquanto o segundo só incide nos casos em que surgirem dúvidas³⁹⁰. Trata-se de uma diretriz dirigida ao juiz para que decida a favor do acusado quando estiver em dúvida.

Nessa linha, Marina Gascón Abellán³⁹¹ esclarece:

(...) com efeito, a presunção de inocencia significa (...) que só se pode condenar se a hipótese acusatória tiver resultado suficientemente confirmada por provas e as eventuais contraprovas tiverem sido refutadas; de maneira que se não for confirmada ou não tiver sido refutadas as contraprovas (se houver dúvidas sobre sua veracidade) a

³⁸³ MARTÍNEZ VAL, Jose María. *El principio in dubio pro reo*. Madrid: Reus, 1956, p. 27.

³⁸⁴ PATRÍCIO, *op. cit.*, 2019, p. 42.

³⁸⁵ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 404.

³⁸⁶ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 68.

³⁸⁷ IBÁÑEZ, *op. cit.*, 2009, p. 82.

³⁸⁸ **No original:** “Ahora bien, la integración del principio de duda en el marco de una disciplina constitucional del proceso articulada en torno al de presunción de inocencia, caracterizado como se já dicho, comporta una significativa transformación del primero, que pasa a ser implicación esencial del segundo, del que podrá distinguirse mediante el análisis, pero no disociarse. Tanto que - para Foschini - ‘la presunción de inocencia del imputado se resume en el principio *in dubio pro reo*’”

³⁸⁹ O princípio do *favor rei*, também denominado *favor innocentiae* ou *favor libertatis*, traduz a ideia de que, “na ponderação entre o direito de punir do Estado e o *status libertatis* do imputado, este último de prevalecer” (ALENCAR; TÁVORA, *op. cit.*, 2018, p. 88). Expressa-se “quando se apela à aplicação da lei mais favorável ao arguido, no reafirmar da proibição da *reformatio in pejus*, ao proclamar a presunção de inocência, ou quando se apela ao *in dubio* no caso de a prova deixar dúvidas relativamente à prática dos factos pelos quais o arguido vem acusado, situação em que deve ser proferida sentença de absolvição” (VILELA, *op. cit.*, 2000, p. 73-74).

³⁹⁰ VILELA, *op. cit.*, 2000, p. 76-79.

³⁹¹ ABELLÁN, *op. cit.*, 2010, p. 128-129.

decisão deve ser absolutória, favorável às teses fáticas da defesa. Em poucas palavras: o princípio atribui ao estado de dúvida uma decisão absolutória.³⁹² (tradução nossa)

E, neste instante, cabe sublinhar uma diretriz muito relevante: a presunção de inocência, como norma de juízo traduzida na máxima *in dubio pro reo*, “não incide apenas na decisão de mérito da causa”, não baliza somente a prolação da sentença, “quando se decide pela culpa ou pela inocência do imputado”, mas deve ser tomada em conta em todas as decisões judiciais que impliquem restrições aos direitos do acusado.³⁹³ Então, tal aforismo também é aplicável quando se decide sobre a decretação ou não de uma prisão provisória, sobre o recebimento ou rejeição da denúncia, sobre a pronúncia ou impronúncia do réu e na fase de julgamento, quando se decide se é o caso de condenação ou de absolvição do acusado.³⁹⁴

Justamente por falta de compreensão adequada dessa dimensão da presunção de inocência, que, como regra de juízo, aplica-se a todos os momentos da persecução penal, passou-se a aplicar o questionado brocardo *in dubio pro societate*. Esse adágio significa “na dúvida, a favor da sociedade”, estando ligado à ideia de defesa social, de repressão à criminalidade, na esteira da escola técnico-jurídica italiana.³⁹⁵ Sobre sua origem, Rafael Fecury Nogueira³⁹⁶ esclarece o seguinte:

A origem precisa da adoção do *in dubio pro societate* pela doutrina na análise sobre a pronúncia é desconhecida. Contudo, o mesmo raciocínio do *in dubio pro societate*, ainda que sem essa nomenclatura, já era utilizado por Vincenzo Manzini para o envio do acusado para a fase final do juízo oral no processo penal italiano, pelo menos, desde a década de 1940 (...). (...) naquela época se advogava a afirmação do *in dubio pro reo* apenas para o julgamento de mérito, excluindo-o dos juízos de admissibilidade sobre a acusação.

Assim, contrariando-se a diretriz decorrente do primado da presunção de inocência, a dúvida deixou de ser aplicada a favor do acusado, mas contra ele (*in dubio contra reum*).³⁹⁷ É

³⁹² **No original:** “En efecto, la presunción de inocencia significa (...) que sólo puede condenarse si la hipótesis acusatoria ha resultado suficientemente confirmada por pruebas y las eventuales contrapruebas han sido refutadas; de manera que si no está confirmada o no han sido refutadas las contrapruebas (si hay dudas sobre su veracidad) la decisión debe ser absolutoria, favorable a las tesis fácticas de la defensa. En pocas palabras: el principio atribuye al estado de duda una decisión absolutoria”

³⁹³ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 406.

³⁹⁴ Para Jose María Martínez Val, o *in dubio pro reo* tem um âmbito de incidência mais extenso do que o da prova dos fatos, devendo ser aplicado também em matéria de interpretação da lei penal (MARTÍNEZ VAL, *op. cit.*, 1956, p. 4, 22-23 e 28). Na doutrina pátria, porém, o assunto enseja debate, prevalecendo a compreensão de que esse axioma não se aplica na exegese de disposição legais (PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: Doutrina e Jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 160-164).

³⁹⁵ Martínez Val afirmou que, porém, a noção de *in dubio pro societate* já era defendida, de um ponto de vista teórico, por Ferri e alguns de seus discípulos (Lessona e outros), embora dentro da própria escola positiva houvesse também defensores do *in dubio pro reo* (MARTÍNEZ VAL, *op. cit.*, 1956, p. 27).

³⁹⁶ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *A decisão de pronúncia no processo penal brasileiro: valoração da prova e limites à motivação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 221-222.

³⁹⁷ Para uma abordagem mais detalhada a esse respeito: ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah H. *In dubio pro hell: profanando o sistema penal*. 3. ed. Florianópolis: EMais, 2018.

rotineiro, como se observará nos itens 6.4.1 e 6.4.2, invocar-se o *in dubio pro societate* para se justificar o recebimento da denúncia ou para servir de motivação para a pronúncia do réu.

Como ensina Santiago Melendo³⁹⁸, “estar em dúvida, *in dubio*, significa carecer de certeza, encontrar-se na incerteza. Naturalmente, quando do juiz tem o convencimento da responsabilidade do acusado, não há possibilidade de aplicação dos preceitos relativos à situação de dúvida (...)” (tradução nossa).³⁹⁹ Porém, se está em dúvida quanto ao preenchimento dos requisitos fixados na lei, deve decidir favoravelmente ao acusado.

Assim, se não há dúvida sobre a justa causa, se não existe dúvida sobre a existência de um lastro probatório mínimo, a peça acusatória deve ser recebida. Todavia, se há dúvida quanto ao preenchimento de tal requisito, obviamente a peça acusatória deve ser rejeitada (art. 395, III, do CPP). Se o juiz está convencido da materialidade de um crime contra a vida e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o acusado deve ser pronunciado (art. 413 do CPP). Porém, se o juiz está em dúvida quanto a isso, deve naturalmente impronunciar o acusado, e não se valer de uma máxima que distorce a lógica da presunção de inocência e viola sua essência.⁴⁰⁰ Retornar-se-á a esse tema no último capítulo.

Note-se que a dúvida é fática, referindo-se à suficiência dos elementos probatórios adquiridos para servir de base à resolução.⁴⁰¹ A dúvida diz respeito ao adequado preenchimento dos requisitos factuais para o recebimento da denúncia (existe justa causa?), para a decretação da prisão (há prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria? O estado de liberdade do imputado oferece perigo?), para a pronúncia do réu (há prova da materialidade do fato delitivo e indícios suficientes de autoria ou de participação?) ou para sua condenação (existe prova suficiente da culpabilidade?).

Como dito, se não há dúvida quanto à existência de tais elementos de prova no patamar exigido pela lei, o provimento deve ser favorável ao órgão acusador. De outro lado, se existe dúvida sobre a suficiência da prova reclamada em cada um desses momentos ou etapas, o julgador deve decidir a favor do réu, ou seja, deve-se aplicar o aforismo *in dubio pro reo*, pois, em contexto de incerteza, a garantia da liberdade há de prevalecer sobre o interesse persecutório do Estado ou sobre sua pretensão punitiva. A dúvida sempre e em todos esses casos favorece o acusado.

Cabe salientar que a dúvida que atrai a aplicação do aforismo em questão é a dúvida racional, fundada, plausível, que não permite ao julgador considerar preenchidos os requisitos

³⁹⁸ MELENDO, Santiago Sentis. *In dubio pro reo*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa - América, 1971, p. 20.

³⁹⁹ **No original:** “Estar en duda, *in dubio*, significa carecer de certeza, encontrar-se en la incertidumbre. Naturalmente, cuando el juez tiene el convencimiento de la responsabilidad del imputado, no hay posibilidad de aplicación de los preceptos relativos a la situación de duda (...)”.

⁴⁰⁰ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 412-422.

⁴⁰¹ MELENDO, *op. cit.*, 1971, p. 161-162.

legais para decidir contra o acusado. Zanoide de Moraes⁴⁰² esclarece que “a dúvida impeditiva do afastamento da presunção de inocência” do acusado é a “dúvida fundada na razão (*reasonable doubt*)”.

Também cumpre assinalar que, assim como a certeza não pode ser alcançada por completo, a dúvida também não pode ser integralmente excluída. Jordi Fenoll⁴⁰³ assevera que “é materialmente impossível para um ser humano não ter dúvidas sobre as decisões que toma, e reconhecemos que a maioria dessas dúvidas são razoáveis, mas tendem a ser rejeitadas em favor de razões que são consideradas melhores. Quando um juiz profere uma sentença, é-lhe impossível não ter dúvidas, embora as deixe de lado por acreditar que a hipótese de culpa é muito mais provável”⁴⁰⁴ (tradução nossa). Por isso que o juízo da culpa é um juízo de probabilidade, probabilidade que deve ser muito elevada para amparar uma condenação.

Seguindo adiante, impende realçar que, como reflexo da adoção da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* pelo ordenamento jurídico pátrio, a (in)existência de dúvida é o critério eleito pelo legislador para guiar a tomada da decisão penal. À vista disso, apesar da previsão contida no art. 156, II⁴⁰⁵, e no art. 616, ambos do CPP, o magistrado, de primeira ou segunda instância, deve evitar, mesmo a título suplementar, determinar a produção de prova *ex officio* a pretexto de dirimir dúvidas. No sistema acusatório, o juiz, para preservar sua imparcialidade, deve se limitar à apreciação dos pedidos probatórios formulados pelas partes, que perseguem interesses opostos no que tange à averiguação da verdade e à concretização da justiça.⁴⁰⁶ O assunto em questão, porém, suscita muita polêmica.

Posicionando-se favorável à iniciativa probatória complementar do juiz, Marcos Alexandre Coelho Zilli⁴⁰⁷ aduz que “o poder de accertamento fático, consubstanciado na possibilidade de tomar iniciativas probatórias, é inerente ao exercício do poder jurisdicional, sobretudo em uma sociedade como a brasileira”, marcada por tantas desigualdades. Ele assinala que tal iniciativa não é incompatível com a imparcialidade que se espera do julgador, pois ele “(...) desconhece qual será o resultado da diligência e, por consequência, quem será porventura beneficiado”.

⁴⁰² MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 474.

⁴⁰³ FENOLL, *op. cit.*, 2016, p. 10.

⁴⁰⁴ **No original:** “Es materialmente imposible que un ser humano no albergue ninguna duda sobre las decisiones que toma, y reconozcamos que la mayoría de esas dudas son razonables, pero acostumbran a despreciarse en favor de razones que se consideran mejores. Cuando un juez pronuncia una sentencia de culpabilidad es imposible que no tenga dudas, aunque las deja de lado porque cree que es mucho más probable la hipótesis de culpabilidad”.

⁴⁰⁵ Já o inciso I do artigo 156 do CPP, que permite a determinação, de ofício e mesmo antes de iniciada a ação penal, da produção de provas antecipadas pelo juiz, é manifestamente inconstitucional, por ferir o modelo acusatório, na linha do que já decidiu o STF na ADI 1570/DF, em 12/02/2004.

⁴⁰⁶ GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 2016, p. 73-74.

⁴⁰⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 274 e 144.

O referido professor e magistrado paulista defende, porém, que essa iniciativa do julgador deve ser “excepcional, concretizável, apenas e tão-somente, quando as partes processuais não tiverem sido suficientemente hábeis a ponto de esclarecer o fato, seus pontos e circunstâncias relevantes”.⁴⁰⁸ Na sua visão, a iniciativa suplementar do juiz (nunca antecipada ou prematura) deve ser exercida com comedimento e prudência para esclarecer fatos ou afastar incertezas passíveis de superação. Ele aduz que o receio de que tal poder seja mal empregado não justifica que essa possibilidade seja extirpada, “simplesmente porque sempre haverá bons e maus julgadores”.⁴⁰⁹

Nessa senda, também discorrendo em defesa da iniciativa probatória do juiz, Mauro Fonseca Andrade⁴¹⁰ demonstrou que o Franco Cordero havia se referido a “quadros mentais paranóicos”, com o comprometimento psicológico do julgador, num contexto de sistema inquisitivo, em que o juiz incumbido da investigação era encarregado de julgar a causa, posição essa que não foi reafirmada pelo renomado professor após a promulgação da nova codificação processual penal italiana, a qual previu, em diversos dispositivos, a produção de provas *ex officio* pelo juiz na fase processual.

Andrade⁴¹¹ ainda mostrou que os precedentes do TEDH costumeiramente invocados para censurar a iniciativa instrutória do juiz referem-se a casos em que o juiz previamente foi membro do Ministério Público, e presidiu a investigação dos fatos (caso *Piersack*), ou antes atuou como juiz de instrução, como investigador (caso *De Cubber*). O referido professor também salienta que as reformas processuais penais européias não extirparam o poder instrutório do juiz no sistema acusatório, de forma que se faz presente “nos códigos da Alemanha (§§ 214 [4] e 244 [1]), Portugal (artigo 340, 1 e 2) e Itália (artigos 190.2, 70, 195, 224, 237, 507, 508, 511 e 602)”.⁴¹²

O professor gaúcho⁴¹³ sustenta que a atividade probatória *ex officio judicis* não fere os princípios da igualdade de armas e do contraditório. Não haveria ofensa ao primeiro princípio, por supostamente o juiz somar forças à acusação, exatamente porque, na sua visão, tal postulado não existe no ordenamento jurídico-penal brasileiro e também porque seria descabido imaginar o julgador como um instrumento – uma arma processual – e não como um sujeito da relação processual. Ainda, não haveria violação ao contraditório porque o resultado da diligência, com o aporte de novas provas, deve se dar com a participação das partes,

⁴⁰⁸ ZILLI, *op. cit.*, p. 144.

⁴⁰⁹ ZILLI, *op. cit.*, p. 275.

⁴¹⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. A atividade probatória *ex officio judicis* na recente reforma processual penal. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 34, fev. 2010, p. 7-8. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35184/atividade_probat%c3%b3ria_officio_andrade.pdf. Acesso em: 03/04/2021.

⁴¹¹ ANDRADE, *op. cit.*, 2010, p. 8.

⁴¹² ANDRADE, *op. cit.*, 2010, p. 9.

⁴¹³ ANDRADE, *op. cit.*, 2010, p. 9-10.

havendo elas, naturalmente, de ter a chance de se manifestar previamente ao julgamento. Além do mais, o supracitado autor vê como preconceituoso o argumento de que o juiz estaria pré-julgando ou agindo com o propósito de prejudicar o réu.

Andrade⁴¹⁴, calcado em informações históricas extraídas do direito clássico, entende que a aplicação do *in dubio pro reo* não é a única possibilidade para a superação do *non liquet* (“não está claro”). Ele explica que, no direito romano, nos casos em que a dúvida persistia, havia incidência da *ampliatio*, instituto que consistia na ampliação do julgamento mediante o aporte de novas provas capazes de dissipar a dúvida e permitir o julgamento do mérito da causa. Assim, na sua visão, “o *in dubio pro reo* nada teve a ver com eventual dúvida do julgador em relação à responsabilização penal do réu”, mas com uma situação de empate em votos.⁴¹⁵ Assim, com embasamento histórico e filosófico, ele assevera que o estado de dúvida não impõe a direta absolvição do acusado mediante a aplicação do *in dubio*, havendo respaldo para a atividade probatória complementar *ex officio*.⁴¹⁶ Ainda, combate com assertividade a ideia de que tal iniciativa probatória seria aceitável se voltada a favorecer o acusado, como se o juiz pudesse divisar previamente o resultado da diligência. Ao final, o supradito professor afirma que a discussão deveria ser “travada não no campo do *pode* ou *não pode*, mas em relação aos limites para que esses poderes sejam validamente exercidos pelo magistrado”.⁴¹⁷

De outro lado, Morais da Rosa e Khaled Jr.⁴¹⁸ sustentam que a atividade instrutória do juiz está em flagrante descompasso com o modelo democrático de processo penal, pois “desconsidera completamente o *in dubio pro reo*”. Eles asseveram que, na dúvida, o julgador não deve partir em busca de provas ou esclarecimentos, ignorando que, “em uma estrutura regradada de contenção do poder punitivo”, ela (a dúvida) deve favorecer o acusado. Os referidos professores asseveram que uma lógica diversa “configura um verdadeiro *in dubio pro hell*”.

Nessa mesma linha, Martins Pinto e Soares Leite⁴¹⁹ afirmam, com pertinência, que “as normas processuais penais que permitem a atuação ativa e *ex officio* do julgador fortalecem o enviesamento cognitivo e subvertem a imparcialidade objetiva⁴²⁰ do juiz, pois se o julgador

⁴¹⁴ ANDRADE, *op. cit.*, 2010, p. 11-12.

⁴¹⁵ ANDRADE, *op. cit.*, 2010, p. 11.

⁴¹⁶ Nesse mesmo sentido é a posição de Jordi Nieva Fenoll (FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 143-146).

⁴¹⁷ ANDRADE, *op. cit.*, 2009, p. 11-12.

⁴¹⁸ ROSA; KHALED JR., *op. cit.*, 2018, p. 29.

⁴¹⁹ PINTO, Felipe Martins; LEITE, Hebert Soares. O princípio da presunção de inocência e a impossibilidade de produção de provas *ex officio* pelo julgador. In: PINTO, Felipe Martins (coord.). *Presunção da inocência*. Estudos em homenagem ao professor Eros Grau. 1. ed. 2. tir. Belo Horizonte: IAMG, 2020, p. 133.

⁴²⁰ Enquanto a imparcialidade subjetiva diz respeito ao fato de o juiz não ter vínculos com as partes ou interesses pessoais no desfecho da causa, a imparcialidade objetiva “corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou

procura produzir a prova, já está convencido que o acusado é culpado, uma vez que para absolver, basta a dúvida, conforme a regra do *in dubio pro reo*.” Eles aduzem que “(...) quando o juiz se torna juiz-ator no processo, produzindo provas, ele o faz para condenar, já que para absolver, existe o princípio *in dubio pro reo*.”⁴²¹

Não é fácil a tarefa de se posicionar de modo definitivo sobre essa matéria, o que não é o escopo desta pesquisa, mas parece que a reafirmação do sistema acusatório (art. 3º-A do CPP) no seio de um Estado Democrático Direito, e que tem a presunção de inocência como uma regra de juízo, sinaliza para a máxima limitação ou remoção da iniciativa instrutória do juiz.

Divisa-se aqui uma solução intermediária para o problema, capaz de bem conciliar o respeito aos princípios da imparcialidade objetiva do julgador, do contraditório e da ampla defesa. Se a dúvida suscitada no juiz decorrer de fato novo ou de questão fática só apresentada nas alegações finais defensivas (que por derradeiro falou antes da conclusão do feito a julgamento), parece evidente que, percebendo isso, deva o julgador dar a chance de a parte acusadora se manifestar sobre tal ponto, ouvindo-se em seguida a defesa (esta sempre falará por último). Caso uma das partes (ou ambas) peça a reabertura da instrução probatória com o intento de solver tal dúvida emanada da novel alegação factual, a providência será de rigor, inclusive com possibilidade de novo interrogatório para depois, manifestadas as partes, retornarem os autos para o julgamento.

A solução aqui alvitrada caminha no sentido de manter a passividade do julgador em termos probatórios, resguardando sua imparcialidade, assim como provoca/permite o esclarecimento da questão fática inovadora, conciliando o respeito ao contraditório e à ampla defesa. No rito do júri, o entendimento majoritário⁴²² firmou-se na direção de obstar a inovação defensiva na tréplica⁴²³, em homenagem ao contraditório, à lealdade processual e para evitar o demasiado alongamento do julgamento popular. Nos demais ritos processuais, uma resolução nessa linha poderia bem acomodar os princípios e interesses em tensão.

Concluindo este tópico, fica claro que, na tomada da decisão judicial criminal, para a qual a presunção de inocência funciona como um vetor capital expresso pela máxima *in dubio*

sobre a sorte jurídica da lide por decidir” (Voto-vista do ministro César Peluso no HC 94641/BA, julgado pelo STF em 11/11/2008, publicado no informativo nº 528 daquela corte).

⁴²¹ PINTO; LEITE, *op. cit.*, 2020, p. 134.

⁴²² Nesse sentido: STJ. REsp 1451538/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª turma, julgado em 08/11/2018, DJe 23/11/2018)

⁴²³ De outro lado, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna defendem que, no procedimento do júri, a maneira mais adequada de conciliar a colisão entre os princípios da ampla defesa e do contraditório é justamente conferir novo prazo ao MP para falar sobre a tese inovadora e novo prazo à defesa para pronuncie por último, solução que lhes parece mais consentânea com o Estado Democrático de Direito por reafirmar o respeito aos direitos fundamentais (BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. As inovações da defesa na tréplica: exercício da ampla defesa ou violação do contraditório? In: MONTEIRO, Rodrigo (org). *Tribunal do Júri: o Ministério Público em defesa da justiça*. 2. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 73-94).

pro reo, a discussão inevitavelmente deságua no grau de suficiência da prova. Existem indícios suficientes de autoria para colocar em xeque a presunção de inocência do acusado? Os enunciados fáticos foram corroborados no nível exigido pela lei? Foi atingido o grau de probabilidade reclamado para uma condenação, lançando por terra a presunção de não culpabilidade do réu?⁴²⁴ Ou sobressaem dúvidas que devem beneficiá-lo?

Como já se pôde depreender até aqui, a certeza ou a dúvida do juiz sobre a suficiência da prova deve ser definida à luz dos *standards* probatórios. E tal certeza ou dúvida, como estados mentais ou psicológicos que retratam a convicção do julgador, deve ser formada e explicitada com racionalidade, havendo de se achar clarividentes no *decisum* os fundamentos que levaram à manutenção ou à derrubada da presunção de inocência do acusado. A racionalidade é, portanto, a última referência axiológica do juízo de fato, da qual se cuidará a seguir.

4.5. RACIONALIDADE

O vocábulo “racionalidade”⁴²⁵, segundo o Aurélio, significa “qualidade do que é racionável ou racional”; expressa a qualidade daquilo que está em consonância com a razão. Por sua vez, “racional”⁴²⁶ diz respeito “ao que se deduz pela razão” ou ao que procede “conforme à razão”; também retrata o que é razoável, coerente, que demonstra bom senso ou juízo ponderado.

Além da verdade, da justiça e da presunção de inocência, a racionalidade também é um vetor axiológico da tomada da decisão judicial sobre os fatos. É que o juízo de fato deve ser formulado a partir da razão, por meio de argumentos lógicos, racionais, e não a partir de sentimentos, intuições ou emoções. A valoração da prova e a tomada da decisão devem ser pautadas pela racionalidade, a partir de critérios objetiváveis, controláveis.

A racionalidade aqui apontada tem raízes no racionalismo, corrente filosófica, representada por Descartes, Espinosa e Leibniz, que acreditava que somente a razão poderia proporcionar o conhecimento a respeito da realidade das coisas, em contraposição ao empirismo, que via apenas na experiência a fonte natural do conhecimento⁴²⁷. Porém, quando se tem em mente que o agir racional do julgador deve considerar as provas produzidas no processo, percebe-se que a racionalidade em comento mais se amolda à posição eclética de

⁴²⁴ No processo penal, justamente por força da presunção de inocência, reconhecida pela grande maioria dos países do mundo contemporâneo, é particularmente elevado o *standard* probatório a ser satisfeito para que se possa condenar uma pessoa.

⁴²⁵ FERREIRA, *op. cit.*, 2010, p. 1768.

⁴²⁶ FERREIRA, *op. cit.*, 2010, p. 1768.

⁴²⁷ ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 821-822.

Kant, que sustentou a ideia de que “o conhecimento se forma pela conjugação da razão e da experiência”.⁴²⁸

A razão, como uma atividade do intelecto, deve operar diante dos fatos provados nos autos, em vista da realidade descortinada no processo a partir do intercurso linguístico, dialético. Não se pode aceitar que a razão que ditará a solução para a disputa seja construída exclusivamente no espírito do juiz, seguindo os sabores de seu sentimentalismo⁴²⁹ ou os rumos apontados por seu intuicionismo. Luis Manuel Fonseca Pires⁴³⁰ afirma que “a intuição é irracional porque irrompe sem prévia deliberação, sem qualquer maturação intelectual precedente, sem ser elaborada pela consciência como seu constructo (...)”.

A racionalidade de que se trata não se harmoniza com decisionismo ou subjetivismo, mas deve ser guiada por argumentos lógicos e ser possível de ser controlada epistêmica e intersubjetivamente. Não há (mais) espaço para decisões segundo critérios pessoais, para juízos discricionários, subjetivos ou solipsistas⁴³¹, caracterizadores de um paradigma epistemológico denominado de “filosofia da consciência”.⁴³² Os provimentos devem ser construídos segundo critérios objetivos de racionalidade democrática, calcados na filosofia da linguagem, vista como algo que se produz e que é condição de possibilidade para as interações, de maneira que a resposta correta (decisão do fato ou decisão do direito) seja aquela adequada à Constituição, às leis, às provas, e não à consciência do julgador.⁴³³

Ainda, a racionalidade, como vetor do juízo de fato, não se confunde com a racionalização, “termo frequentemente empregado por psicólogos e sociólogos para indicar a tendência a procurar argumentos e justificações para crenças cuja força não está nesses processos racionais, mas em emoções, interesses, instintos, preconceitos, hábitos, etc.”⁴³⁴ A racionalidade ora apontada não concebe que primeiro se decida para depois se buscar justificar, mas propugna que primeiro se analise as provas e os argumentos das partes para,

⁴²⁸ NADER, *op. cit.*, 2014, p. 10-11.

⁴²⁹ “A decisão racional deve se manter livre e protegida de toda e qualquer incidência de fatores psicológicos externos sobre a convicção do julgador, a exemplo de vaidade, religião, pressão política, mídia, relacionamento social, insegurança, juizite, abuso de poder, emoção e imaturidade” (COUTINHO, Pedro Nelson de Miranda; LEAL, Reynaldo Borges. Fatores psicológicos externos e a tomada da decisão. In: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcacer de; PEREZ, Kathia Nemeth (orgs). *Lógica e Aspectos Psicológicos da Decisão Judicial*. São Paulo: Perse, 2017, p. 207).

⁴³⁰ PIRES, Luis Manuel Fonseca. Justiça Arquetípica – Instituto, Intuição e Sentimento de Justiça – A Consciência de Justiça. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Um Diálogo sobre a Justiça*. A Justiça Arquetípica e a Justiça Deontica. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 139.

⁴³¹ Segundo Nicole Abbagnano, solipsismo consiste na “tese de que só eu existo e de que todos os outros entes (homens ou coisas) são ideias minhas”. O termo representa um viver solitário e egoísta (egoísmo metafísico). Trata-se de uma doutrina que sustenta ser o eu individual toda a realidade, traduzindo a noção de “eu sou o meu mundo” (ABBAGNANO, *op. cit.*, 2007, p. 918-919).

⁴³² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 115.

⁴³³ STRECK, *op. cit.*, 2013, p. 16, 17 e 111.

⁴³⁴ VANDENBOS, *op. cit.*, 2015, p. 882.

em seguida, decidir-se de forma lógica, coerente, explicável, como deve ser num modelo caracterizado pela democraticidade.⁴³⁵

Como bem destaca Eduardo José da Fonseca Costa, é preciso combater “as decisões judiciais baseadas tão somente em intuições subjetivas ou ideias preconcebidas, segundo as quais se chega antes à conclusão e depois se elegem fundamentos *ad hoc* para justificá-las.”⁴³⁶ A emoção e os sentimentos não podem se sobrepor à razão, à racionalidade. Nas palavras de Fiorelli e Mangini, “deixar-se dominar pela emoção significa comprometer percepção, atenção, pensamento e memória e abrir espaço para enganos de raciocínio (falsas inferências, conclusões inadequadas), falhas de percepção (fixação em figura inadequada, eliminação de detalhes), lapsos e outros fenômenos psíquicos”.⁴³⁷

Nessa perspectiva, a concepção racionalista da valoração da prova, como dito, fortalece-se e cresce na Europa Ocidental e na América Latina, dado que alberga a ânsia de que a apreciação dos elementos probatórios e a tomada da decisão judicial criminal sejam comandadas por critérios lógicos, coerentes e mais objetivos, que possibilitem um controle intersubjetivo mais satisfatório por parte da instância recursal, dos jurisdicionados e da sociedade.

A exigência constitucional de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/1988) já é um instrumento importante para se conquistar racionalidade na interpretação da lei e na determinação dos fatos que estão na base da disputa, porém não é suficiente. Uma decisão racional e escoreta no que tange ao substrato fático da causa requer a clarificação e a sistematização dos critérios relativos aos graus de suficiência da prova. O juiz pode livremente valorar a prova, mas a tomada de uma decisão racional sobre os fatos reclama critérios precisos, bem delineados quanto ao nível de prova exigido para se definir sobre a corroboração ou refutação das hipóteses.

Por conseguinte, torna-se patente a necessidade e a importância de se definir ou aclarar os *standards* de prova. Para que se avance em termos de racionalidade do juízo fático, rumo a uma adequada valoração da prova e a uma tomada de decisão judicial mais justa e sujeita a controle epistêmico e cognitivo, é imprescindível ter em mente *quanto* de prova é exigido para se reputar provada uma alegação sobre os fatos.

⁴³⁵ Para Cavalcante de Oliveira, “preocupa bastante quando o juiz, estribado no livre convencimento, perpetrar arbitrariedades e tenta trazer para o plano racional e motivado aquilo que representa apenas sua vontade pessoal. Daí a necessidade de um razoável exame dos fatos e argumentos lançados na dialética processual” (OLIVEIRA, Marcelo Carvalho Cavalcante de. Decisão judicial: operação racional? *Revista da Escola de Magistratura Federal da 1ª Região*. I Jornada de Ciências Sociais. Brasília: ESMAF, 2012, p. 183).

⁴³⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 202.

⁴³⁷ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 180.

No modelo processual penal brasileiro, como se verá no capítulo 6, é imperioso que fique mais explícito quando se pode aceitar uma hipótese por verdadeira, em que condições os fatos podem ser tidos por provados. Esse esclarecimento ajuda a diminuir as margens para a subjetividade ou a discricionariedade na formulação do juízo de fato. Não se pode admitir que se considere provado apenas aquilo em relação a que o juiz se considera convencido.

A falta de balizas mais claras e de maior aprofundamento teórico a respeito dos graus e dos critérios de suficiência da prova alarga as raias para que os sentimentos (afeições e aversões, simpatias e antipatias) influenciem a tomada da decisão em detrimento da escolha mais racional e correta, o que conduz a falhas cognitivas, as quais ao máximo devem ser evitadas.⁴³⁸

No capítulo que se segue, será realizada uma abordagem dos critérios de suficiência da prova empregados nos EUA. Além dos *standards* de prova lá adotados, comentar-se-á acerca da incorporação do *standard* da prova *beyond a reasonable doubt* por países da matriz romano-germânica, pelo Tribunal Penal Internacional e pelas cortes internacionais de direitos humanos.

⁴³⁸ Para uma abordagem sobre o assunto: ANDRADE, Flávio da Silva. *Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia: Heurísticas e vieses, Dissonância cognitiva, Falsas memórias e Comparticipação*. Salvador: JusPodivm, 2020.

5. STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL NORTE-AMERICANO

Nos capítulos anteriores, foram expostas as premissas epistemológicas do juízo de fato, tendo sido apontados o conceito e as finalidades dos *standards* de prova. Também foram delineados os vetores axiológicos da tomada da decisão sobre os fatos no âmbito da justiça criminal. Agora, caminha-se para a análise de direito comparado: cuidar-se-á dos *standards* probatórios do direito norte-americano, com especial atenção aos que são empregados na esfera do processo penal estadunidense.

A pesquisa também abordará a adoção do *standard* da prova *beyond a reasonable doubt* por países de *civil law*, pelo Tribunal Penal Internacional, pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e pela Corte Americana de Direitos Humanos.

5.1. NOÇÕES SOBRE O SISTEMA JUDICIAL DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Os Estados Unidos da América são uma república constitucional federativa composta por 50 estados e um distrito federal; constituem uma democracia representativa, “em que a regra da maioria é temperada por proteções concedidas por lei aos direitos das minorias”⁴³⁹ (tradução nossa).

O sistema jurídico dos EUA é qualificado como uma *common law*, porém as normas vinculantes que regem o convívio social não decorrem apenas de acórdãos dos tribunais superiores (*judge-made law*), mas também das leis editadas pelo Poder Legislativo (*statute law*)⁴⁴⁰. Sheb II e Sharma⁴⁴¹ esclarecem que:

Embora o sistema jurídico americano seja baseado na *common law* inglesa, o Congresso e as cinquenta legislaturas estaduais tornaram-se extremamente ativos em promulgar leis para atender às condições modernas. Uma vez adotada, uma lei substitui o direito consuetudinário dentro dessa jurisdição. Muitas das modernas leis aprovadas pelo legislativo tratam de assuntos desconhecidos da *common law*, como direitos civis, saúde pública, lei antitruste, proteção ambiental e bem-estar social.⁴⁴² (tradução nossa)

⁴³⁹ SHEB II, John M.; SHARMA, Hemant. *An Introduction to the American Legal System*. Fourth Edition New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2015, p. 25. **No original:** “(...) in which majority rule is tempered by protections afforded to minority rights by law”.

⁴⁴⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law*. Introdução ao Direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 82 e 134.

⁴⁴¹ SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 43.

⁴⁴² **No original:** “Although the American legal system is based on English common law, Congress and the fifty state legislatures have become extremely active in crafting statutes to meet modern conditions. Once adopted, a statute supersedes the common law within that jurisdiction. Many modern statutes deal with subjects unknown to the common law, such as civil rights, public health, antitrust law, environmental protection, and social welfare”.

Como o país constitui uma federação, a organização judiciária é regulada nos níveis federal e estaduais⁴⁴³. A Justiça Federal possui 03 (três) graus de jurisdição: no primeiro grau, há 91 *District Courts*; o segundo grau é composto de 12 tribunais regionais denominados *US Court of Appeals for the Circuit*⁴⁴⁴, sendo um a *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, com sede em Washington, a quem também compete julgar recursos de tribunais administrativos⁴⁴⁵, e outras 11 cortes espalhadas pelo país. Ainda, há a *United States Court of Appeals for the Federal Circuit*, “o décimo terceiro circuito”, com jurisdição nacional, destinado ao julgamento de recursos atinentes a matérias de comércio, propriedade intelectual e patentes⁴⁴⁶. A *Supreme Court of the United States* é a instância máxima do Poder Judiciário estadunidense.⁴⁴⁷

Já os 50 estados federados, com enorme autonomia assegurada pela Lei Fundamental do país, organizam suas justiças em 02 (dois) ou 03 (três) graus, variando as denominações dos órgãos e as formas de especialização. “Alguns estados, como Idaho, Illinois, Iowa e Dakota do Sul, têm um tribunal consolidado que trata de todos os casos civis e criminais. Outros estados têm vários tribunais de primeira instância, cada um com jurisdição especializada” (tradução nossa).⁴⁴⁸ Assim como no plano federal, no âmbito dos Estados-membros, os juízes, no 1º grau, decidem com ou sem a participação do júri. Já os 2º e 3º graus são formados por colegiados. Os tribunais de 3º grau costumam ser denominados de *Supreme Courts*.⁴⁴⁹

Conforme previsto na Constituição, o Presidente da República, sujeito ao consentimento do Senado, nomeia todos os juízes federais. Com exceção daqueles que servem nos Tribunais do Artigo I⁴⁵⁰, as nomeações são vitalícias.⁴⁵¹ Já os magistrados estaduais “são selecionados de várias maneiras. A maioria é eleita, no entanto alguns concorrem em eleições partidárias e outros em disputas não partidárias. Muitos são nomeados pelos governadores, diretamente ou

⁴⁴³ SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 55.

⁴⁴⁴ Tais cortes são chamadas *tribunais de circuito* “porque cada um deles preside uma área geográfica conhecida como circuito. A nação está dividida geograficamente em doze circuitos, com cada circuito contendo um ou mais federais distritos judiciais”. “(...) Por exemplo, a Corte do Décimo Primeiro Circuito, com sede em Atlanta, julga apelações dos tribunais distritais localizados no Alabama, Geórgia e Flórida” (tradução nossa) (SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 61).

⁴⁴⁵ Além dos órgãos do Poder Judiciário, há os tribunais administrativos, tanto na esfera federal como nas estaduais, criados “para dirimir disputas entre os administrados e os órgãos da Administração descentralizada (as *federal agencies* ou as *State Agencies*)” (SOARES, *op. cit.*, 2000, p. 93).

⁴⁴⁶ SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 61.

⁴⁴⁷ SOARES, *op. cit.*, 2000, p. 89-91.

⁴⁴⁸ SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 69. **No original:** “Some states, such as Idaho, Illinois, Iowa, and South Dakota, have one consolidated trial court that handles all civil and criminal cases. Other states have multiple trial courts, each with specialized jurisdiction”.

⁴⁴⁹ SOARES, *op. cit.*, 2000, p. 92-93.

⁴⁵⁰ Na esfera federal, tais tribunais são especializados em determinadas matérias (tributárias, responsabilidade civil contra o poder público, comércio internacional, por exemplo) e estão sob a autoridade do Congresso. Esses tribunais são integrados por juízes nomeados para mandatos fixos (SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 65).

⁴⁵¹ SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 65.

por meio de um processo de nomeação conhecido como seleção por mérito”⁴⁵², conforme definido por cada ente federado.⁴⁵³

A Justiça Federal tem competência para julgar questões disciplinadas na Constituição dos EUA ou em alguma lei federal, assim como assuntos relacionados ao governo federal, ações que envolvem cidadãos de diferentes estados (se o valor da controvérsia exceder U\$ 75.000,00), causas de falência e delitos previstos em leis federais.⁴⁵⁴ Sheb II e Sharma⁴⁵⁵ afirmam, porém, que:

Os tribunais estaduais têm jurisdição sobre a maioria dos casos criminais, porque a maioria dos delitos são infrações às leis estaduais. Os tribunais estaduais tratam da maioria das questões de direito de propriedade, incluindo questões imobiliárias, de sucessões e herança. As cortes estaduais lidam com a maioria dos atos ilícitos civis extracontratuais e a maioria das disputas contratuais. (...) Resolvem quase todos os casos de direito da família, incluindo questões de divórcio, guarda dos filhos, assim como lides relativas à delinquência juvenil. Na verdade, a grande maioria dos casos são decididos não pelos tribunais federais, mas pelos tribunais estaduais.⁴⁵⁶ (tradução nossa)

No tocante às causas cíveis, tanto no campo federal como no estadual, está previsto na Sétima Emenda o direito ao julgamento pelo júri, que deve ter no mínimo 6 jurados. Até os anos 70, exigiam-se 12 jurados, mas a Corte Suprema americana autorizou a formação de um colegiado menor.⁴⁵⁷ Os jurados são selecionados entre pessoas da comunidade.

Quanto aos processos criminais, é assegurado pela Constituição Federal (art. III, 2, § 3) o direito de que as questões de fato sejam julgadas por um júri popular. Há de se comentar primeiro sobre o *grand jury*, que é um colegiado composto por 16 a 23 pessoas (o número varia conforme o estado federado), a quem compete realizar o juízo de admissibilidade de pedidos formulados pela acusação.⁴⁵⁸ Trata-se do júri da acusação, previsto na Quinta Emenda⁴⁵⁹.

⁴⁵² **No original:** “State judges are selected in a variety of ways. Most are elected, though some run on partisan ballots and others run in non-partisan races. Many state judges are appointed by governors, either directly or through a nominating process known as merit selection” (SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 70).

⁴⁵³ Para uma abordagem detalhada sobre as formas de recrutamento dos juizes americanos: OLIVEIRA, André Matos de Almeida. Recrutamento de Juizes e Ideologia no Judiciário Brasileiro e no Americano. In: GONÇALVES, Gláucio Maciel; ANDRADE, Érico (coord). *Organização Judiciária no Direito Comparado* (Alemanha, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha, Itália e Portugal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 65-81.

⁴⁵⁴ SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 376.

⁴⁵⁵ SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 69.

⁴⁵⁶ **No original:** “State courts have jurisdiction over most criminal cases, because most crimes are offenses against state laws. State courts address most questions of property law, including real estate, probate, and inheritance questions. State courts handle most torts and most contract disputes. (...) resolve almost all family law cases, including issues of divorce, child custody, guardianship, and juvenile delinquency. Indeed, the great majority of cases are decided not by the federal courts but by state courts”.

⁴⁵⁷ SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 383.

⁴⁵⁸ SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 429.

⁴⁵⁹ “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público,

A despeito do número de jurados, em todos os casos são exigidos “doze votos para a acusação”. “Os estados variam em relação ao tamanho dos júris, mas, em todos eles, pelo menos a maioria dos membros do *grand jury* deve concordar que há causa provável para um julgamento, a fim de seja aberto um processo contra o acusado”⁴⁶⁰ (tradução nossa). Da causa provável (*probable cause*) se tratará mais adiante.

Se a acusação for aceita e o caso seguir para julgamento, este caberá ao pequeno júri (*petty jury*). Atualmente, porém, tem prevalecido a seguinte compreensão sobre o direito de julgamento pelo júri⁴⁶¹:

(...) a Sexta Emenda garante a um acusado o direito a um julgamento por júri em casos criminais em que puder ser imposta uma pena de mais de seis meses de prisão. Crimes que levam à possível pena de não mais que seis meses de prisão são geralmente denominados “pequenos delitos”, e um julgamento por júri não é exigido pela Constituição dos Estados Unidos. Em alguns estados, por disposição da constituição ou da legislação estadual, um réu pode ter direito a um julgamento por júri ainda que o crime seja classificado como um pequeno delito.⁴⁶² (tradução nossa)

No plano federal, o *petty jury* é formado por 12 leigos (*laymen*), a menos que o réu por escrito concorde com menos membros (Regra 23 (b) das *Federal Rules of Criminal Procedure*). Os estados federados, em regra, também exigem 12 jurados para todos os casos, mas é possível que optem por um júri de 6 jurados para as hipóteses de contravenção.⁴⁶³

Como se pode notar, os júris estão profundamente enraizados na tradição norte-americana, apesar das restrições adotadas para diminuir o julgamento popular. Eles são considerados “um componente essencial do sistema”, um “importante meio de controle sobre o governo”. De fato, é uma instituição que se mantém forte por lá, a despeito de muitos americanos manifestarem descontentamento com o dever de servir, assim como indignação com seus vereditos que, às vezes, parecem injustos ou mesmo inexplicáveis.⁴⁶⁴

ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo (...)” (tradução nossa). **No original:** “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger (...)” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Congress of the United States. Bill of Rights*. Disponível em: <https://www.archives.gov/files/legislative/resources/education/bill-of-rights/images/handout-3.pdf>. Acesso em: 09/06/2020).

⁴⁶⁰ SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 429. **No original:** “States vary in regard to the size of grand juries, but in every state at least a majority of grand jurors must agree that there is probable cause for a trial in order to hand down an indictment against the accused”.

⁴⁶¹ SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 436.

⁴⁶² **No original:** “(...) the Sixth Amendment guarantees an accused the right to a jury trial in criminal cases where a penalty of more than six months in jail can be imposed. Offenses that carry a possible penalty of no more than six months’ imprisonment are generally termed ‘petty offenses’, and a jury trial is not required under the United States Constitution. In some states, by constitutional provision or statute, a defendant may be entitled to a jury trial for an offense even if it is classified as a petty offense”.

⁴⁶³ SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 436.

⁴⁶⁴ SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 87.

O juiz singular tem a incumbência de julgar as matérias de direito, mas as partes podem renunciar ao julgamento pelo júri (*jury trial waiver*), de modo que, nesse caso, a competência para o julgamento fica inteiramente a cargo do magistrado (*bench trial*). Tanto na seara civil como na criminal, numa fase *pretrial*, há diversas possibilidades de solução do conflito por consenso.⁴⁶⁵

Se o caso não encontra uma resolução por acordo, faz-se toda uma preparação para o *trial*, conduzida pelo juiz singular e recheada de técnica jurídica, para que o processo, já saneado no que tange à matéria fática controvertida, seja levado ao júri, exceto se as partes renunciarem a esse direito de forma a ensejar o julgamento pelo juiz singular.⁴⁶⁶

Na área cível, a longa espera por um julgamento pelo júri tem motivado a renúncia a esse direito, assim como impulsiona o uso das chamadas *Alternatives Dispute Resolution – ADR*⁴⁶⁷. Também, nas causas que envolvem matérias técnico-jurídicas, as partes tendem a preferir o sistema de produção de provas perante unicamente o juiz singular. Se o julgamento ficar a cargo do júri, diante dele serão produzidas as provas, cabendo-lhe decidir as questões fáticas controversas. A decisão pode ser tomada por maioria de votos, conforme as regras de cada estado da federação americana. Apesar de o veredito dos jurados ser inapelável, a parte que se considerar prejudicada pode apresentar uma moção alegando que não houve correspondência entre as provas e o decidido pelo júri⁴⁶⁸. Cada estado federado tem regras particulares sobre recursos e algumas nuances do julgamento.

Na área penal, um cidadão só é processado criminalmente se perante o *grand jury*⁴⁶⁹ forem apresentadas provas suficientes da materialidade delitiva e da autoria (*probable cause*). Se isso acontecer, haverá o indiciamento (*indictment*)⁴⁷⁰ do acusado. Então, o promotor apresentará a acusação (*prosecutor's information*) ao tribunal, tendo início o processo. Em seguida, será designada uma audiência (*first appearance* ou *arraignment*) e o imputado deverá comparecer perante o juiz para se pronunciar sobre as acusações.⁴⁷¹

⁴⁶⁵ SHEB II; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 88-89 e 382.

⁴⁶⁶ SOARES, *op. cit.*, 2000, p. 111-112.

⁴⁶⁷ CALVI, James V; COLEMAN, Susan. *American Law and Legal Systems*. 5th ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2004, p. 75-77.

⁴⁶⁸ SOARES, *op. cit.*, 2000, p. 118.

⁴⁶⁹ “Na verdade, o direito constitucional a um julgamento pelo *Grand Jury*, colegiado composto de cidadãos não versados na técnica jurídica (*laymen*, ou seja, leigos), que pode ouvir testemunhas, ordenar providências investigatórias, em audiências secretas (a fim de não prejudicar a reputação do acusado, no caso de uma eventual absolvição), é direito disponível e, sendo assim, pode o acusado preferir um ‘indiciamento’ tão-somente pelo *prosecutor* (...)”, com quem geralmente celebra um acordo (SOARES, *op. cit.*, 2000, p. 130).

⁴⁷⁰ O *indictment* americano é assimilável à pronúncia, ou seja, é bem diferente do indiciamento brasileiro. Este se refere somente à opinião do delegado quando à presença de indícios de autoria, não tendo consequências maiores para o processo penal.

⁴⁷¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 187-188.

A grande maioria⁴⁷² dos casos se resolve na fase *pretrial*, a partir de uma declaração de culpa (*guilty plea*)⁴⁷³ feita pelo acusado após uma negociação com a acusação, denominada *plea bargaining*.⁴⁷⁴ Vale lembrar que o processo penal estadunidense adota o sistema adversarial (*adversarial system*), ou seja, é marcado pela disputa entre as partes. Incumbe-lhes a responsabilidade de produzir as provas que lhes sejam favoráveis (inclusive por meio de investigações paralelas), competindo ao juiz assegurar o respeito às regras do jogo⁴⁷⁵. Vigora o princípio da disponibilidade do processo e de seu objeto, de modo que é natural que as partes possam compor o conflito pela via negocial, por acordo, quando considerem oportuno e conveniente. A atuação da promotoria também é caracterizada por uma absoluta discricionariedade (*prosecutorial discretion*).

Porém, quando o acusado não celebra acordo com o Ministério Público e se declara inocente (*plea of not guilty*), a fase instrutória e o julgamento se darão perante um júri (*petty jury verdict*). Segundo Garcez Ramos⁴⁷⁶, “o juiz tem o dever de instruir convenientemente os jurados do princípio da presunção de inocência (*presumption of innocence*), isto é, de que, para emitir um juízo condenatório, devem estar convencidos além de uma dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*).” Todavia, há estados federados que, como será visto mais adiante, vetaram qualquer esclarecimento desse tipo aos jurados.

A resposta dos jurados deve ser *guilty* ou *not guilty*, sem necessidade de justificação. A votação é secreta e não se admitem, em regra, votos discordantes. Sobre isso, Sheb e Sharma aduzem:

Nos tribunais federais e na grande maioria dos tribunais estaduais, um veredito do júri em um julgamento criminal deve ser unânime. Alguns estados, no entanto, aceitam vereditos não unânimes. A Suprema Corte aprovou vereditos não unânimes proferidos por júris de doze pessoas, mas decidiu que um veredito por um júri de seis pessoas, mesmo em crimes graves, deve ser unânime.⁴⁷⁷ (tradução nossa)

⁴⁷² Mais de 90% (noventa por cento) dos processos criminais são encerrados, tanto no nível federal como no estadual, por meio de acordos com a acusação (FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. Stanford, Calif., Stanford University Press, 2003, p. 223).

⁴⁷³ Em alguns estados, o acusado pode optar pelo *nolo contendere* (ou *plea of no contest*). Nesse caso, ele, renunciado a direitos constitucionais, não se opõe à acusação, mas não há assunção de culpa. A principal vantagem para o réu é que tal não contestação geralmente não pode ser usada como uma admissão de responsabilidade em um caso civil relacionado (SHEB; SHARMA, *op. cit.*, 2015, p. 431).

⁴⁷⁴ Segundo Milton Heumann, “*plea bargaining* é o processo pelo qual o réu, num caso criminal, renuncia a seu direito de ir a julgamento pelo júri em troca da redução das acusações e/ou da pena” (HEUMANN, Milton. *Plea Bargaining: The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys*. Chicago and London, The University of Chicago Press, 1978, p. 1).

⁴⁷⁵ Segundo Garcez Ramos, “é comum que os escritórios, seja dos promotores, seja dos advogados de defesa, produzam as provas fora das salas de audiências e apenas introduzam essas provas, na forma documental, para a discussão durante o julgamento” (RAMOS, *op. cit.*, 2006, p. 190).

⁴⁷⁶ RAMOS, *op. cit.*, 2006, p. 192.

⁴⁷⁷ **No original:** “In federal courts and in the great majority of state courts, a jury verdict in a criminal trial must be unanimous. A few states, however, accept less-than-unanimous verdicts. The Supreme Court has approved nonunanimous verdicts rendered by twelve-person juries, but it has ruled that a verdict by a six-person jury, even in a non-petty offense, must be unanimous”.

Proferido o veredito, se declarar inocente o réu, o processo é encerrado. Todavia, se o júri o declara culpado, avança-se para o momento do sentenciamento (*sentencing proceedings*), cabendo ao magistrado aplicar a pena ao condenado. Inconformado, o réu poderá interpor a apelação (*appeal*), buscando demonstrar que não teve um *fair trial*. Pode também lançar mão de *habeas corpus* sob o argumento de que a pena foi imposta com violação à Constituição ou à lei dos EUA.

O sistema jurídico norte-americano, na esfera cível e na criminal, atribui exclusivamente às partes a responsabilidade pela produção das provas. Esse modelo exigiu dos profissionais da área jurídica uma formação acadêmica mais aprofundada em *Law of Evidence*, o que inclui conhecimentos específicos sobre as espécies de provas possíveis e admissíveis; procedimentos de coleta e de apresentação em juízo (*admission and exclusion of evidence*)⁴⁷⁸; regras de ônus da prova (*burden of proof*); presunções legais de existência e de veracidade; critérios quanto ao grau de suficiência da prova (*standards of proof*), especialmente no que se refere ao julgamento pelo júri.⁴⁷⁹ Há uma enorme preocupação com a produção de provas válidas, assim como um cuidado especial, nos procedimentos perante o júri, no que tange a como as provas documentais serão expostas na forma oral, sobre como serão retratadas oralmente na *trial session*.⁴⁸⁰

Nos procedimentos cíveis ou criminais, a tradicional opção constitucional pelos julgamentos por júri, quando não há renúncia a esse direito, faz da oralidade um traço característico dos processos judiciais norte-americanos. Esse fato, à primeira vista, pode indicar praticidade e celeridade, mas o regramento detalhado atinente à produção das provas na forma oral diante de um júri formado por juízes leigos, a quem compete decidir a matéria fática, torna o processo judicial estadunidense bastante complexo, caro e demorado⁴⁸¹, o que contrasta com os ideais de eficiência e de pragmatismo⁴⁸² arraigados na cultura americana.

⁴⁷⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Evidence*. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_-_dec_1_2019_0.pdf. Acesso em: 17/06/2020.

⁴⁷⁹ SOARES, *op. cit.*, 2000, p. 134-144.

⁴⁸⁰ SOARES, *op. cit.*, 2000, p. 145.

⁴⁸¹ SOARES, *op. cit.*, 2000, p. 137 e 147. No mesmo sentido: GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Trad. de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 157.

⁴⁸² Pragmatismo é um movimento filosófico que teve origem nos Estados Unidos, no final do século XIX, em torno de pensadores como Charles Sanders Peirce e William James. Essa corrente filosófica sustenta que, no enfrentamento dos problemas, é preciso afastar-se de abstrações metafísicas e verbais, que ignoravam a realidade prática. Por essa linha de pensamento, o intérprete deve voltar-se para os fatos e seus efeitos, centrando atenção nos resultados que se esperava obter. Defende-se que o homem deve ver as coisas e interpretá-las tendo em conta seus efeitos e suas consequências concretas (JAMES, William. *Pragmatismo*. Trad. de Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 43-47).

Malgrado a questionável capacidade do júri americano de bem decidir questões fáticas mais complicadas ou técnicas, ele, calcado em uma filosofia política republicana, é mantido por força da tradição, por representar a democracia participativa estadunidense e por propiciar legitimação aos julgamentos, ainda que as decisões sejam secretas e sem fundamentação (razão pela qual o colegiado popular é chamado de *black box*)⁴⁸³.

Mesmo que cidadãos e empresas tendam a renunciar ao júri por conta da demora e da imprevisibilidade do julgamento, ainda que pendam enormes discussões sobre reformas voltadas a restringir o papel dessa instituição nos EUA⁴⁸⁴, ela continua ocupando um espaço relevante no seu cenário jurídico, sendo constantemente retratada em filmes e livros, com a aura da soberania e da participação popular na administração da justiça. Contudo, o custo, a morosidade e a mais constante necessidade de se recorrer a um *special master*, para assistir aos jurados na compreensão de aspectos técnicos ou mais complexos da causa, deixam o modelo norte-americano numa “posição desconfortável”, parecendo nítida a tensão entre a legitimação popular perseguida e a perda evidente em termos de eficiência e racionalidade.⁴⁸⁵

Seja como for, especialmente com o intento de bem orientar os jurados, o modelo probatório dos EUA concebeu *standards of proof* dirigidos a esclarecer⁴⁸⁶ os jurados e os juízes sobre a medida da prova, sobre o grau de suficiência da prova para que se possa considerar confirmadas as proposições fáticas, como será mostrado a seguir. Ainda, como os custos dos erros judiciais diferem conforme o contexto⁴⁸⁷, os *standards* são mais ou menos exigentes conforme o tipo de processo, a relevância dos bens jurídicos tutelados ou o momento ou fase da tomada da decisão.

5.2. STANDARDS DE PROVA DO MODELO NORTE-AMERICANO

⁴⁸³ GARAPON; PAPADOPOULOS, *op. cit.*, 2008, p. 147-169.

⁴⁸⁴ No plano federal, “o principal meio processual de que dispõe um juiz para contornar o veredicto de um júri em matéria civil é o *directed verdict*, isto é, o julgamento pronunciado pelo juiz que estabelece os fatos em lugar do júri quando a prova é tão forte que uma única decisão pode razoavelmente constituir uma consequência lógica ou, ao contrário, quando ela não pode ser considerada nem mesmo como um início de prova” - Regra 50 da *Federal Rules of Civil Procedure* (GARAPON; PAPADOPOULOS, *op. cit.*, 2008, p. 155, nota 27).

⁴⁸⁵ GARAPON; PAPADOPOULOS, *op. cit.*, 2008, p. 160-169.

⁴⁸⁶ De acordo com a Suprema Corte estadunidense, os *standards* de prova representam, “nesse sentido, uma tentativa de instruir o juiz dos fatos sobre o grau de confiança que nossa sociedade acha que ele deveria ter na correção de conclusões factuais para um tipo específico de julgamento. Embora as frases ‘preponderância das provas’ e ‘prova além de uma dúvida razoável’ sejam quantitativamente imprecisas, elas comunicam ao juiz do fato diferentes noções relativas ao grau de confiança que se espera que ele tenha na correção de sua conclusão factual” (tradução nossa). **No original:** “In this regard, a standard of proof represents an attempt to instruct the fact-finder concerning the degree of confidence our society thinks he should have in the correctness of factual conclusions for a particular type of adjudication. Although the phrases ‘preponderance of the evidence’ and ‘proof beyond a reasonable doubt’ are quantitatively imprecise, they do communicate to the finder of fact different notions concerning the degree of confidence he is expected to have in the correctness of his factual conclusion” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/>. Acesso em: 30/05/2020).

⁴⁸⁷ CLERMONT, Kevin M. Standards of Proof Revisited. *Vermont Law Review*, v. 33, 2009, p. 486.

Como gizado no tópico 3.5, nos EUA são empregados, em ordem crescente quanto ao grau de exigência de corroboração factual, 3 (três) tipos de *standards* de prova, quais sejam⁴⁸⁸: a) preponderância das provas (*preponderance of the evidence - PoE*), que significa que o julgador deve escolher a hipótese que se mostrar “mais provável” com base nos meios de prova disponíveis; b) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence - CCE*), que retrata uma probabilidade elevada; e c) prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt - BARD*), que representa uma probabilidade elevadíssima⁴⁸⁹. Existem outros dois *standards* probatórios: a *reasonable suspicion* (suspeita razoável) e a *probable cause* (causa provável), que também serão abaixo abordados por sua relevância e conexão com a temática deste estudo.

5.2.1. STANDARD DA PREPONDERÂNCIA DA PROVA (*PREPONDERANCE OF THE EVIDENCE*)

No Black’s Law Dictionary⁴⁹⁰, a *preponderance of the evidence* está definida como:

O maior peso da prova, não necessariamente estabelecido pelo maior número de testemunhas que atestam um fato, mas por evidências que têm a força mais convincente; um peso probatório superior que, embora não seja suficiente para libertar totalmente a mente de toda dúvida razoável, ainda é suficiente para inclinar uma mente justa e imparcial para um lado da questão e não para o outro. Esse é o ônus da prova na maioria dos julgamentos civis, nos quais o júri é instruído a decidir em favor da parte que, no geral, possui provas mais fortes, por mais tênues que sejam as vantagens - Também denominado *equilíbrio de probabilidade; maior peso da prova*⁴⁹¹ (tradução nossa).

O *standard* da preponderância da prova (ou da probabilidade prevalente) indica que o juiz, entre as hipóteses sustentadas pelas partes, deve escolher a que se revele “mais provável do que não” (*more likely than not*).⁴⁹² Isso significa que, havendo versões conflitantes sobre um fato, o julgador deve escolher a que se mostrar “mais provável” com base nos meios de prova disponíveis.

⁴⁸⁸ HAACK, *op. cit.*, 2014, p. 16.

⁴⁸⁹ GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 5.

⁴⁹⁰ GARNER, Bryan A.; BLACK, Henry Campbell (ed.). *Black’s law dictionary*. 11th ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2019, p. 1431.

⁴⁹¹ **No original:** “The greater weight of the evidence, not necessarily established by the greater number of witnesses testifying to a fact but by evidence that has the most convincing force; superior evidentiary weight that, though not sufficient to free the mind wholly from all reasonable doubt, is still sufficient to incline a fair and impartial mind to one side of the issue rather than the other. This is the burden of proof in most civil trials, in which the jury is instructed to find for the party that, on the whole, has the stronger evidence, however slight the edge may be. - Also termed *balance of probability; greater weight of the evidence*”.

⁴⁹² HAACK, *op. cit.*, 2014, p. 16-18.

Note-se que não basta que uma hipótese seja a “mais provável”. É necessário que sua afirmação seja mais provável que sua negação.⁴⁹³ Essa regra oferece dupla vantagem: reduz a chance de erro na determinação dos fatos e reafirma o princípio da igualdade entre as partes no processo civil.⁴⁹⁴ Divide-se o risco de decisões errôneas de maneira aproximadamente igual entre autores e réus.

A racionalidade desse *standard* está no fato de que, frente a uma hipótese e outra que retrate a sua negação, é descabido preferir a que teve um menor grau de confirmação. Por óbvio, deve prevalecer a versão que se mostrou “mais forte” à luz das provas amealhadas.⁴⁹⁵ Assim, para o autor da ação vencer a demanda, deve produzir provas que preponderem, que demonstrem a prevalência de sua hipótese fática. Se assim o fizer, a decisão da disputa deve lhe ser favorável. Do contrário, se não satisfizer a esse *standard*, o julgador deverá rejeitar o pedido.⁴⁹⁶

A preponderância da prova não é avaliada em termos de quantidade, mas de qualidade. Deve preponderar a versão calcada na prova mais convincente, que retrate a provável verdade. A prevalência da prova diz respeito à sua força, à sua consistência ou peso lógico-epistêmico para dar suporte a uma hipótese fática.

Trata-se de um critério probatório menos exigente. Não é um *standard* tão rigoroso. Se fosse quantificado em termos numéricos, ele equivaleria a uma probabilidade superior a 50 %.⁴⁹⁷ Esse *standard* deve guiar a tomada da decisão de mérito⁴⁹⁸ nas causas cíveis em geral, em que há disputas patrimoniais.

Embora tenha sido absolvido na esfera criminal da acusação de ter assassinado, em 1994, mediante golpes de faca, sua ex-esposa, Nicole Brown, e o amigo dela, Ronald Goldman, Orenthal James Simpson, conhecido como O.J. Simpson, famoso ex-jogador de futebol americano, foi declarado responsável pelas mortes, em 1997, em ação civil de reparação de dano movida pelas famílias Brown e Goldman, sendo condenado ao pagamento de milhares de dólares em *compensatory damages*. A diferença de resultados nos julgamentos se deveu exatamente ao fato de que, no julgamento cível, foi adotado o *standard* da preponderância da prova. Se, no âmbito penal (*People v. O. J. Simpson*), os jurados consideraram não haver prova da culpa além da dúvida razoável, na esfera cível o júri reputou

⁴⁹³ REDMANYNE, Mike. Standards of Proof in Civil Litigation. *Modern Law Review*, vol. 62, n.2, March, 1999, p. 168.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 169-174.

⁴⁹⁵ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 135.

⁴⁹⁶ CALVI; COLEMAN, *op. cit.*, 2004, p. 168.

⁴⁹⁷ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 56.

⁴⁹⁸ Naturalmente, os critérios ou graus de probabilidade em estudo dizem respeito ao julgamento do mérito da causa. Os provimentos cautelares ou de antecipação dos efeitos da tutela seguem parâmetros ou modelos diversos, já que no início ou no curso do processo não há tanto rigor quanto ao grau de convicção do tomador da decisão.

confirmadas as hipóteses no nível de suficiência probatória exigido (probabilidade acima de 50%), o que acarretou a condenação do ex-atleta.⁴⁹⁹

5.2.2. STANDARD DA PROVA CLARA E CONVINCENTE (*CLEAR AND CONVINCING EVIDENCE*)

O *standard clear and convincing evidence* exige que a prova da proposição fática indique ser ela “altamente provável ou razoavelmente certa”. É um padrão que representa “um fardo maior do que a preponderância das evidências”, mas exige menos do que o *standard* da prova além de uma dúvida razoável, aplicável em casos criminais.⁵⁰⁰

Esse *standard* exige uma probabilidade mais elevada do que o da preponderância das provas. Ele exige que a hipótese sustentada pela parte autora seja muito mais provável do que a sua negação (*much more likely than not*). Também traduz a ideia de uma hipótese altamente provável (*highly probable*). O enunciado fático da parte requerente deve receber um grau maior de confirmação probatória. A prova precisa ensejar um maior grau de certeza, isto é, deve apontar para uma hipótese altamente provável.⁵⁰¹ Ela deve retratar uma firme convicção de que a proposição autoral é verdadeira.

Assim, se a prova produzida pela parte autora satisfizer a esse *standard* probatório, o pleito deve ser acolhido. Entretanto, se os elementos probatórios da parte requerente não derem respaldo a uma hipótese altamente provável, o pleito deve ser denegado. Nota-se, assim, que o padrão *CCE* destina-se a proporcionar à parte ré maior proteção contra decisões errôneas do que sob o *standard* de preponderância da prova.

Esse *standard* equivaleria a uma probabilidade igual ou acima de 75%. A hipótese deve ficar “provada em 75%” ou o direito alegado deve ser “provado em ¾.”⁵⁰² É um padrão aplicado em casos cíveis que ultrapassam a dimensão patrimonial, como numa ação de destituição de poder familiar. Também é aplicável numa lide em que as partes não estão numa situação de igualdade ou em importantes processos civis instaurados pelo governo contra um indivíduo almejando a imposição de sanções pesadas, como em ações de improbidade administrativa.

⁴⁹⁹ Para mais detalhes de tais julgamentos criminal e cível: GIUSTI, Gilberto. O.J. Simpson. In: NEVES, José Roberto de Castro (org.). *Os grandes julgamentos da história*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018, p. 31-76.

⁵⁰⁰ GARNER; BLACK, *op. cit.*, 2019, p. 698.

⁵⁰¹ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 135.

⁵⁰² Com o propósito de estabelecer uma objetivação dos graus ou níveis de convicção, a doutrina americana emprega expressões de porcentagem para melhor expressar a ideia trazida no *standard*, para bem delinear a noção probabilística que deve guiar o juízo de fato em determinados casos, conforme o bem jurídico tutelado (VARIS, Frederick E. Toward a General Theory of Standards of Proof. *Catholic University Law Review*, v. 60, 2011, p. 1-46).

Portanto, o *standard clear and convincing evidence* tem um caráter intermediário, já que, como dito, situa-se entre o da preponderância de provas e o da prova além da dúvida razoável, exigindo da parte demandante a apresentação de provas mais fortes, isto é, maior grau de corroboração probatória do que o reclamado em casos cíveis normais. Noutras palavras, uma proposição fática só será aceita se as provas produzidas indicarem que é altamente provável.⁵⁰³ A parte autora suporta um risco maior no caso de um veredito incorreto.

5.2.3. STANDARD DA PROVA PARA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL (*PROOF BEYOND A REASONABLE DOUBT*)

Beyond a reasonable doubt (BARD) “é o *standard* usado por um júri para determinar se um acusado é culpado. (...) Ao decidir se a culpa foi provada ‘além de uma dúvida razoável’, o júri deve começar com a presunção de que o réu é inocente”.⁵⁰⁴ A dúvida razoável é a “que impede que alguém fique firmemente convencido da culpa de um réu”. Ela representa “a crença de que existe uma possibilidade real de que um réu não seja culpado”.⁵⁰⁵

Gardner e Anderson⁵⁰⁶ esclarecem que esse *standard* de prova é o utilizado pelos jurados e pelos juízes (*fact finders*), nos processos criminais, para declarar um réu culpado ou inocente da acusação. De acordo com esse critério de suficiência probatória, todos os elementos essenciais do crime imputado devem ser provados pela parte acusadora para além da dúvida razoável a fim de que o acusado possa ser condenado e punido pelo delito cometido. Se a prova produzida pela acusação não tiver força para superar as dúvidas razoáveis suscitadas pela defesa, o réu deve ser absolvido.⁵⁰⁷

Um filme norte-americano, de 1957, *Twelve Angry Men*⁵⁰⁸ (que aqui recebeu o título de “Doze homens e uma sentença”), dirigido por Sidney Lumet e que teve Henry Fonda no papel principal, retratou bem o significado de *beyond a reasonable doubt*. A película mostra uma sessão de julgamento pelo júri na cidade de Nova Iorque, em que um jovem porto-riquenho

⁵⁰³ MCCAULIFF, C. M. A. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees? *Vanderbilt Law Review*, 35, 1982, p. 1293-1335.

⁵⁰⁴ GARNER; BLACK, *op. cit.*, 2019, p. 1.518. **No original:** “*Beyond a reasonable doubt* is the standard used by a jury to determine whether a criminal defendant is guilty. (...) In deciding whether guilt has been *proved beyond a reasonable doubt*, the jury must begin with the presumption that the defendant is innocent”.

⁵⁰⁵ GARNER; BLACK, *op. cit.*, 2019, p. 1.518. **No original:** “The doubt that prevents one from being firmly convinced of a defendant's guilt (...) the belief that there is a real possibility that a defendant is not guilty”.

⁵⁰⁶ GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 78.

⁵⁰⁷ GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 78.

⁵⁰⁸ *TWELVE ANGRY MEN*. Direção de Sidney Lumet. Estados Unidos: Orion-Nova Productions, 1957. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Vbr1HmrplN0&list=PLc0vIBdUNxwmD4fyc7CUAadBN1zHUE9h5>. 96 min. Acesso em 01/06/2020.

estava sendo acusado de parricídio e a promotoria queria mandá-lo para a cadeira elétrica. Na cena inicial, o juiz orientou os jurados acerca da regra de que, por unanimidade, deveriam absolver o réu se houvesse dúvida razoável sobre sua culpa, mas o condenar em caso negativo.⁵⁰⁹

Em uma sala abafada, em que o ventilador estava quebrado, 11 jurados, numa votação preliminar, praticamente sem discussões, consideraram haver prova suficiente para a condenação. Eles argumentaram existir elementos probatórios que davam certeza da culpabilidade daquele jovem latino. Alguns jurados, deixando inclusive transparecer seus preconceitos, queriam resolver logo o caso, pois tinham outros afazeres. Porém, o Sr. Davis, que era o oitavo jurado, interpretado por Fonda, votou em sentido contrário à condenação. Assim o fez não porque estava certo da inocência do acusado, mas porque entendia não haver prova para além de uma dúvida razoável.⁵¹⁰ O oitavo jurado nutria dúvidas sobre a culpabilidade do réu e pediu que seus pares examinassem melhor os fatos. Ele, então, apesar da resistência de alguns, começou a questionar os depoimentos das testemunhas e as demais provas exibidas pela acusação, tecendo considerações mais detalhadas que indicavam a possibilidade de o réu não ser culpado. Ultrapassadas algumas horas de debates, os outros jurados foram se convencendo, um a um, acerca da inconsistência da versão acusatória. O resultado do julgamento foi a absolvição por unanimidade.

Além de buscar valorizar a instituição do júri, tal clássico do cinema faz sobressair a importância do *standard* em questão, que foi decisivo para o triunfo da justiça num caso em que, “a partir da imagem arquetípica do réu, os jurados julgaram-no imediatamente culpado só por ser porto-riquenho e marginalizado”.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Disse o juiz: Os senhores “ouviram um longo e complexo caso de homicídio em primeiro grau. Um homicídio premeditado é a mais grave acusação em nossos tribunais. Ouviram os testemunhos, a lei lhes foi lida para ser aplicada ao caso. Agora é dever de vocês separar os fatos da versão. Um homem está morto. A vida de outro está em jogo. Se houver dúvida razoável sobre a culpa do acusado, uma dúvida razoável, devem entregar-me o veredito de inocente; se, entretanto, não houver, devem, em sã consciência, declarar o acusado culpado. O que quer que decidam, o veredito deve ser unânime. No caso de julgarem o acusado culpado, o tribunal não considerará a hipótese de perdão. A sentença de morte é compulsória neste caso. Estão frente à grande responsabilidade. Obrigado, cavalheiros” (tradução nossa). **No original:** “You’ve listened to a long and complex case. A murder in the first degree. Premeditated murder is the most serious charge tried in our criminal courts. You’ve listened to the testimony, you’ve had the law read to you and interpreted as it applies in this case. It’s now your duty to sit down and try and separate the facts from the fancy. One man is dead. Another man’s life is at stake. If there’s a reasonable doubt in your minds as to the guilt of the accused, a reasonable doubt, then you must bring me a verdict of not guilty. If, however, there’s no reasonable doubt, then you must, in good conscience, find the accused guilty. However you decide, your verdict must be unanimous. If the event that you find the accused guilty, the bench will not entertain a recommendation for mercy. The death sentence is mandatory in this case. You are faced with a grave responsibility. Thank you, gentleman.”

⁵¹⁰ MENDES, Paulo de Sousa A incerteza factual e a prova no processo penal. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (coord.). *Liber amicorum*: Manuel Simas Santos Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p. 1060.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 1061.

Com efeito, o *BARD*, reservado para causas penais, é um *standard* que exige um altíssimo grau de confirmação (quase certeza – forte convicção). Por esse critério, as hipóteses acusatórias devem ser confirmadas num grau particularmente elevado⁵¹², superando as dúvidas (consistentes, fundadas na razão) suscitadas pela defesa. Note-se, então, que é um critério definido negativamente, exigindo que não reste dúvida razoável quanto à culpabilidade do réu.

De acordo com a doutrina norte-americana, isso equivaleria a uma probabilidade ou nível de corroboração de 95 a 99%⁵¹³. Exige-se, pois, uma prova forte, robusta, com elevado grau de probabilidade, de forma que reafirma a presunção de inocência e serve de escudo para o acusado.

Haack⁵¹⁴ assinala que o *standard* da probabilidade prevalente faz com que os litigantes compartilhem o risco de erro de maneira aproximadamente igual, enquanto, num processo criminal, justamente porque o réu tem muito a perder, o Estado exige provas além de uma dúvida razoável, garantindo-se que imponha sobre si mesmo quase todo o risco de erro.

Segundo Calvi e Coleman⁵¹⁵, este padrão probatório coloca um fardo maior sobre o Estado, tentando evitar condenações injustas, procurando “minimizar as chances da condenação de um inocente”. Eles assinalam como é tormentoso condenar alguém à prisão e depois descobrir que houve um erro. Como compensar os anos de prisão, de angústia mental? “Como o Estado pode devolver cinco anos de vida a uma pessoa?”.

James Q. Whitman⁵¹⁶ aduz que o *BARD* faz parte da cultura dos EUA, que é um critério familiar a seu povo, considerado essencial para o senso de justiça daquele país. Ele diz que esse *standard* foi considerado “tão fundamental que a Suprema Corte o leu em nosso direito constitucional, mesmo que a frase ‘dúvida razoável’ não apareça em parte alguma da Constituição”. Para o professor de Yale, “todo mundo parece concordar que a lei criminal americana seria inimaginável sem o *standard* da prova além da dúvida razoável,

⁵¹² Segundo Clermont, “os *standards* elevados ajudam a evitar os altos custos sociais dos falsos positivos, como na condenação de inocentes, e o *standard* da preponderância minimiza os custos sociais esperados em qualquer ambiente em que os falsos positivos não sejam mais caros que os falsos negativos” (CLERMONT, *op. cit.*, 2009, p. 486). **No original:** “The elevated standards help to avoid the high social costs of false positives, as in convicting the innocent, and the preponderance standard minimizes expected social costs in any setting where false positives are no more costly than false negatives”.

⁵¹³ NEWMAN, J. O. Beyond 'reasonable doubt'. *New York University Law Review*, 68, 1993, p. 979-1002. KAGEHIRO, Dorothy K.; STANTON, W. Clark. Legal vs. quantified definitions of standards of proof. *Law and Human Behavior*. Vol. 9. No. 2 (1985), p. 159–178. Ainda, em julho de 1978, o U.S. District Court for the Eastern District of New York, no caso *United States v. Fatico*, 458 F. Supp. 388, consignou: “If quantified, the beyond a reasonable doubt standard might be in the range of 95 + % probable. *United States v. Shipani*, 289 F. Supp. 43, 57 (E.D.N.Y. 1968), *aff'd*, 414 F.2d 1262 (2d Cir. 1969)”. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/458/388/1875797/>. Acesso em: 09/07/2020.

⁵¹⁴ HAACK, *op. cit.*, 2014, p. 51.

⁵¹⁵ CALVI; COLEMAN, *op. cit.*, 2004, p. 168.

⁵¹⁶ WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*. New Haven, London: Yale University Press, 2008, p. 2.

independentemente do que o texto da Constituição possa ou não dizer”.⁵¹⁷ Todavia, como se notará adiante, isso não significa que inexistam celeumas sobre a definição do instituto e acerca de dever, ou não, explicá-lo aos jurados.

A seguir, será exposta a origem e a evolução desse critério de suficiência da prova criminal concebido para guiar os julgamentos criminais, assim como se comentará mais sobre o conceito de “dúvida razoável” e sobre as controvérsias que existem em torno do assunto. Depois, cuidar-se-á de outros dois *standards* do processo penal norte-americano: a *probable cause* e a *reasonable suspicion*.

5.2.3.1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

Na Inglaterra, a partir da publicação da *Magna Charta*, em 1215, e da proibição dos ordálios pelo IV Concílio Laterano, houve a consolidação do *jury trial* como forma de resolução das disputas. Os jurados foram deixando a condição de *testemunhas do fato* para se tornarem *juízes do fato*. Eles, como cidadãos pertencentes à comunidade, aos bairros, estavam a par dos fatos e decidiam alicerçados no conhecimento pessoal que detinham sobre o ocorrido.⁵¹⁸

Todavia, de acordo com Barbara Shapiro⁵¹⁹, sobretudo a partir do século XV, os júris não eram mais autoinformados, mas estavam informalmente ouvindo testemunhas e avaliando provas apresentadas por acusadores particulares e funcionários do governo. Muitos jurados já não moravam mais na aldeia onde o fato tinha acontecido, de forma que precisavam ouvir vítimas, parentes e testemunhas sobre os eventos e acerca da reputação dos réus. “Os jurados não tinham conhecimento suficiente para chegar a vereditos sem provas”.⁵²⁰

“À medida que a sociedade se tornou mais complexa e a mobilidade aumentou, os júris civis e criminais se tornaram menos familiarizados com os fatos e cada vez mais passaram a confiar nos depoimentos das testemunhas (...) para chegar a conclusões e tomar decisões”.⁵²¹ As testemunhas, então, começaram a ser ouvidas pelos júris para que pudessem decidir a respeito dos fatos.

⁵¹⁷ **No original:** “(...) is so fundamental that the Supreme Court has read it into our constitutional law, even though the phrase ‘reasonable doubt’ appears nowhere in the Constitution. (...) everyone seems to agree that American criminal law would be unimaginable without the reasonable doubt standard of proof, regardless of what the text of the Constitution may or may not say”.

⁵¹⁸ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 39-40.

⁵¹⁹ SHAPIRO, Barbara J. *Beyond reasonable doubt and probable cause: Historical perspectives on the anglo-american law of evidence*. Berkeley, University of California Press, 1991, p. 4.

⁵²⁰ **No original:** “Jurors did not have enough knowledge to arrive at verdicts without evidence”.

⁵²¹ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 6. **No original:** “As society became more complex and mobility increased, both civil and criminal juries became less familiar with the facts and increasingly came to rely on the testimony of witnesses (...) in order to reach conclusions and make decisions.

Então, a partir dos séculos XVI, XVII e XVIII, os juízes profissionais tiveram a difícil tarefa de orientar os jurados acerca de noções de credibilidade de testemunhas e também quanto aos *standards* que deveriam empregar para tomar as decisões sobre os fatos. E para cumprir essa tarefa, os juízes buscaram aportes no direito canônico, na doutrina religiosa e nas ideias de alguns ilustres filósofos da época (v.g. John Locke, Francis Bacon e Robert Boyle).⁵²²

Locke, no seu famoso Ensaio sobre o Entendimento Humano (*Essay on Human Understanding*), de 1690, asseverou que a análise da prova oral deveria atentar para o número de testemunhas, para a integridade dos relatos, para concordância de circunstâncias, assim como para a presença ou ausência de declarações contrárias.⁵²³ Ele rechaçava a ideia de certeza absoluta e trabalhava com a noção de probabilidade e de certeza moral⁵²⁴, conceitos naturalmente distintos da certeza matemática, associada à demonstração rigorosa dos fatos.⁵²⁵

Por sua vez, no início do século XVII, Bacon, na condição de chanceler da Inglaterra e notável reformador legal, afirmou que a lei inglesa deixou a análise da credibilidade dos testemunhos “inteiramente à consciência e entendimento dos jurados”, diretrizes que foram incorporadas a uma proclamação real emitida em outubro de 1607.⁵²⁶

A partir daí, segundo Shapiro⁵²⁷, foram ganhando solidez as concepções de “consciência segura”, “consciência satisfeita” e de “certeza moral” como critérios que deveriam guiar os julgamentos pelo júri. Esses conceitos se harmonizavam com a teologia cristã, com a tradição religiosa que imperava à época, de forma que se tornaram aceitos por teólogos naturais, filósofos morais, historiadores e pensadores da revolução científica.

Para a supracitada professora⁵²⁸, a avaliação da credibilidade dos testemunhos transformou-se no tema central dos julgamentos criminais e a noção de ‘consciência satisfeita’ “tornou-se gradualmente sinônimo de crença racional, isto é, de crença além da dúvida razoável”. A consciência “certa” e “segura” pressupunha a inexistência de dúvida razoável. Shapiro⁵²⁹ acredita que “os *standards* da ‘consciência satisfeita’, ‘certeza moral’ e ‘além da dúvida razoável’”, que se tornou característica nos tribunais ingleses do final do século XVII e XVIII, derivaram de disciplinas ou áreas de pensamento que já tinham

⁵²² SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 1-2.

⁵²³ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 11.

⁵²⁴ Segundo Laudan, “eles apelidaram esse tipo de certeza de ‘moral’ não porque tivesse algo a ver com ética ou moralidade, mas para contrastá-lo com a certeza ‘matemática’ do tipo tradicionalmente associado a demonstrações rigorosas”. **No original:** “They dubbed this sort of certainty “moral” not because it had anything to do with ethics or morality but to contrast it with ‘mathematical’ certainty of the sort traditionally associated with rigorous demonstration” (LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 33).

⁵²⁵ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 33.

⁵²⁶ SHAPIRO, *op. cit.*, p. 11-12.

⁵²⁷ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 13.

⁵²⁸ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 13.

⁵²⁹ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 19-20.

desenvolvido ou estavam tentando desenvolver regras e padrões em questões de fato e na vida cotidiana. Na sua visão, o termo ‘além da dúvida razoável’ foi adicionado para esclarecer as noções de ‘certeza moral’ e ‘crença satisfeita’, de forma que, se os jurados estivessem diante de alguma dúvida razoável, deveriam absolver.

“Assim, no final do século XVIII, os conceitos de ‘certeza moral’ e ‘além da dúvida razoável’ estavam intimamente ligados na literatura filosófica, em tratados legais e em discussões jurídicas destinadas a atingir o público educado” no mundo anglo-americano⁵³⁰ (tradução nossa).

Por outro lado, James Q. Whitman aponta uma perspectiva diferente e bem mais crível, de fundo religioso, para a real origem do *BARD*.

A fórmula da *reasonable doubt* ou dúvida razoável, segundo Whitman, foi adotada, na Inglaterra, no final do século XVIII, por volta de 1780, com o intento de resolver uma questão religiosa⁵³¹. Ela não foi pensada para proteger o acusado, mas para proteger a alma dos jurados contra uma condenação ao inferno. Condenar um inocente era um pecado mortal⁵³², daí porque, para se evitar absolvições em decorrência de qualquer dúvida, tal conceito passou a ser adotado para orientar os jurados no sentido de que podiam condenar sempre que as dúvidas não fossem razoáveis.

Whitman⁵³³ aduz:

“(…) A famosa prescrição de São Mateus - *Não julgue, para que não sejais julgados!* - tinha um significado concreto: condenar um réu inocente era considerado, na tradição cristã mais antiga, como um potencial pecado mortal. A regra da dúvida razoável foi uma das muitas regras e procedimentos desenvolvidos em resposta a essa possibilidade inquietante. Era originalmente uma doutrina teológica, destinada a tranquilizar os jurados de que eles poderiam condenar o acusado sem arriscar sua própria salvação, desde que suas dúvidas sobre culpa não fossem ‘razoáveis’. ‘Além de uma dúvida razoável’ era originalmente uma regra para cristãos ansiosos, vivendo em uma época assombrada, como nosso mundo não é mais, pelo medo da danação eterna.⁵³⁴ (tradução nossa)

⁵³⁰ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 29. **No original:** “Thus by the late eighteenth century the concepts of moral certainty and beyond reasonable doubt were tightly linked in philosophical literature, in legal treatises, and in legal discussions designed to reach the educated public”.

⁵³¹ WHITMAN, *op. cit.*, 2008, p. 2.

⁵³² Na Bíblia Sagrada consta: “Há duas coisas que o Senhor Deus abomina: que o inocente seja condenado e que o culpado seja declarado inocente” (Provérbios 17:15) e “Afasto-se da acusação falsa: não faça morrer o inocente e o justo, nem absolva o culpado” (Êxodo 23:7).

⁵³³ WHITMAN, *op. cit.*, 2008, p. 3.

⁵³⁴ **No original:** “The famous injunction of Saint Matthew — Judge not lest ye be judged! — had a concrete meaning: convicting an innocent defendant was regarded, in the older Christian tradition, as a potential mortal sin. The reasonable doubt rule was one of many rules and procedures that developed in response to this disquieting possibility. It was originally a theological doctrine, intended to reassure jurors that they could convict the defendant without risking their own salvation, so long as their doubts about guilt were not ‘reasonable’. ‘Beyond a reasonable doubt’ was originally a rule for anxious Christians, living in an age haunted, as our world no longer is, by the fear of damnation”.

Como os jurados eram cristãos, eles ficavam muito receosos de colocar suas almas em risco caso viessem a condenar o réu e houvesse a mínima possibilidade de ele ser inocente. Esse medo era muito maior quando a punição prevista consistia em execuções ou mutilações. A igreja, especialmente nesses casos de “punição de sangue” (*blood punishment*), era fascinada por castigar por eventual erro pecaminoso cometido pelo jurado que, ao condenar um inocente, acabava por “construir uma mansão no inferno”.

A teologia cristã, especialmente quando se tratava de infligir punições mais severas, “voltou-se em particular para o problema da dúvida. A dúvida sobre os fatos apresentava um perigo real para a alma do jurado. A dúvida era a voz de uma consciência incerta, e em princípio tinha que ser obedecida”⁵³⁵ (tradução nossa). Essa era a “maneira mais segura” de o jurado não arriscar sua salvação. Naquela época, a igreja orientava o seguinte: “Em todos os casos de dúvida, onde a salvação está em perigo, deve-se sempre tomar o caminho mais seguro”⁵³⁶, qual seja, absolver o acusado.

Os jurados cristãos estavam temerosos, tinham medo de perseguição por parte da igreja. Eles receavam que uma “acusação de sangue inocente batesse em suas portas” e, assim, “simplesmente não queriam condenar.”⁵³⁷ Nem mesmo as mudanças nas práticas de punição operadas no final do século XVIII foram suficientes para afastar tais preocupações morais.

Foi neste contexto religioso, marcado pela resistência às condenações, que a ‘dúvida razoável’ veio a lume no *Old Bailey* (o tribunal criminal de Londres)⁵³⁸ no início de 1780.⁵³⁹ A justiça criminal inglesa adotou tal diretriz com o objetivo de convencer os jurados de que, sem risco para suas salvaçãoes, poderiam condenar os réus desde que suas dúvidas não fossem razoáveis.

Nas palavras de Whitman:⁵⁴⁰

(...) Foi em resposta a tal ‘timidez’ e ‘pavor’ do jurado que o *standard* da ‘dúvida razoável’ se introduziu na *common law*. Os jurados cristãos ingleses da década de 1780, seguindo os preceitos padrão da mais que centária teologia do caminho mais seguro, muitas vezes desejavam tomar o ‘lado mais seguro’ ou o ‘caminho mais

⁵³⁵ WHITMAN, *op. cit.*, 2008, p. 3.

⁵³⁶ **No original:** “In every case of doubt, where one's salvation is in peril, one must always take the safer way. . . . A judge who is in doubt must refuse to judge.”

⁵³⁷ WHITMAN, *op. cit.*, 2008, p. 4.

⁵³⁸ Whitman afirma que, nos EUA, em 1770, no julgamento dos soldados envolvidos no Massacre de Boston, um dos advogados de defesa dirigiu aos jurados observações extraídas da obra de Sir Matthew Hale, *History of Pleas of the Crown* (1769), que diziam: “Onde você estiver em dúvida, nunca aja; isto é, se você duvida da culpa do prisioneiro, nunca o declare culpado (...), pois é melhor que cinco pessoas culpadas fiquem impunes do que morra uma pessoa inocente”. **No original:** “Where you are doubtful never act; that is, if you doubt of the prisoner guilt, never declare him guilty (...) it is better, five guilty persons should escape unpunished, than one innocent person should die” (WHITMAN, *op. cit.*, 2008, p. 193). Segundo o referido professor, porém, foi no *Old Bailey*, na década seguinte, que, de forma mais clara, foi oferecida aos jurados a orientação no sentido de *proof beyond a reasonable doubt* (WHITMAN, *op. cit.*, 2008, p. 194-195).

⁵³⁹ WHITMAN, *op. cit.*, 2008, p. 187.

⁵⁴⁰ WHITMAN, *op. cit.*, 2008, p. 4.

seguro', recusando-se a condenar os acusados quando experimentavam "qualquer grau de dúvida". A regra da dúvida razoável surgiu diante dessa relutância em condenar motivada pela religião, tomando sua forma agora familiar durante o ano de 1780. Está conosco hoje um fóssil vivo de um mundo moral mais antigo.⁵⁴¹ (tradução nossa)

Portanto, segundo Whitman⁵⁴², o *standard BARD* não foi originalmente concebido para tornar mais difícil a condenação, mas projetado para facilitá-la, “assegurando aos jurados que suas almas estariam seguras se votassem para condenar o acusado” e se não existisse dúvida razoável sobre sua culpa. Em sua forma original, tal padrão probatório não tinha nada a ver com a manutenção do Estado de Direito ou com a proteção do direito fundamental de liberdade, mas visava a propiciar um “conformo moral” aos jurados temerosos. E, por isso, de acordo com o referido autor, seu conceito hoje gera confusão, não cumprindo satisfatoriamente a função que lhe é atribuída.

De todo modo, também não se pode negar que a ideia de dúvida razoável surgiu para evitar sentenças absolutórias baseadas em dúvidas irracionais ou ilógicas. Ainda que haja o fundamento religioso (o intento de afastar do jurado cristão o medo da condenação divina), a justiça criminal anglo-americana almejava obstar absolvições despropositadas, calcadas em dúvidas triviais ou imaginárias que se agigantavam por causa do temor e da ansiedade que atingia os jurados da época.⁵⁴³ Os tribunais admitiram que, em muitos casos, a culpa do réu nunca poderia ser reconhecida com absoluta certeza, ou seja, sempre haveria, não importa o quão improvável, uma chance de o réu ser inocente, de forma que optaram por adotar o aludido critério.⁵⁴⁴

A partir de 1850, nos Estados Unidos, o *BARD* tornou-se amplamente conhecido e aplicado nos tribunais federais e estaduais. Naquele ano, o juiz Lemuel Shaw, Presidente da Corte Suprema de Massachusetts, proferiu uma decisão, em *Commonwealth v. Webster*, 59 *Mass.* 295:320, que se converteu na formulação clássica do *standard* além da dúvida razoável. Ele definiu o *standard* da seguinte forma:⁵⁴⁵

⁵⁴¹ **No original:** “It was in response to such juror ‘timidity’ and ‘dread’ that the ‘reasonable doubt’ standard introduced itself into the common law. English Christian jurors of the 1780s, following the standard precepts of centuries-old safer way theology, often wished to take the ‘surest side’ or the ‘safer way’, refusing to convict the accused where they experienced ‘any degree of doubt’. The reasonable doubt rule arose in the face of this religiously motivated reluctance to convict, taking its now-familiar form during the 1780. It is with us today, a living fossil from an older moral world”.

⁵⁴² WHITMAN, *op. cit.*, 2008, p. 4-5.

⁵⁴³ “As pesquisas históricas demonstram que o *BARD* foi introduzido no início do século XIX para inspirar os jurados na distinção entre dúvidas triviais, infáveis ou infundadas, que não deveriam impedir a condenação, e dúvidas razoáveis, que, sim, deveriam impedi-la” (LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 61). **No original:** “Historical research shows that BARD was introduced around the turn of the nineteenth century in order to encourage jurors to distinguish between trivial, elusive, and ill-founded doubts, which ought not to block conviction, and reasonable doubts, which should”.

⁵⁴⁴ GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 79.

⁵⁴⁵ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 33-34.

(...) Então, o que é uma dúvida razoável? É um termo usado com frequência, provavelmente bem compreendido, embora difícil de definir. Não se trata simplesmente de uma dúvida possível; porque tudo relacionado a assuntos humanos, e que dependa de provas morais, está sujeito a alguma dúvida possível ou imaginária. Trata-se desse estado do caso que, após toda a comparação e consideração de todas as provas deixa a mente dos jurados em tal condição que eles não podem dizer que sentem uma convicção perdurável, que produz certeza moral, acerca da verdade da acusação. O ônus da prova recai sobre a acusação. Independentemente das provas específicas, todas as presunções jurídicas estão a favor da inocência; e toda pessoa é presumida inocente até que seja provada sua culpabilidade. Se, porém, subsiste uma dúvida razoável em relação a tal prova da culpa, o acusado tem o direito de ser beneficiado por uma absolvição. Para isto não é suficiente estabelecer uma probabilidade, embora forte, decorrente da doutrina das chances, de que é mais provável o fato cobrado ser verdade do que o contrário. Mas as provas têm de estabelecer a verdade dos fatos no sentido de produzir uma certeza razoável ou moral; é dizer, uma certeza que convence, dirige o entendimento e que satisfaz a razão e o juízo daqueles que estão obrigados a atuar conscientemente com base nessa certeza. Isto é o que se considera uma prova além da dúvida razoável.⁵⁴⁶(tradução nossa)

Assim, segundo Laudan⁵⁴⁷, entre 1850 e 1970, a maneira mais comum de explicar a prova além da dúvida razoável era, seguindo a diretriz de Shaw, afirmar que ela equivalia à “certeza moral” ou que significava uma “convicção que produz uma certeza moral”. Essa explicação tinha um fundamento sólido na literatura filosófica da certeza moral.

No início da década de 70, numa famosa decisão da Suprema Corte americana, no caso *In re Winship*, o *BARD* foi elevado a *standard* de nível constitucional. A partir de uma interpretação criativa, os ministros daquele tribunal entenderam que o texto constitucional, na décima quarta emenda⁵⁴⁸, determinava que os jurados fossem obrigatoriamente instruídos a aplicar o *BARD*, sob pena de revogação da sentença condenatória.⁵⁴⁹ A *US Supreme Court* assentou que: “a cláusula do devido processo protege o acusado contra a condenação, exceto

⁵⁴⁶ **No original:** “Then ,what is reasonable doubt? It is a term often used, probably pretty well understood, but not easily defined. It is not mere possible doubt; because everything relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge. The burden of proof is upon the prosecutor. All the presumptions of law independent of evidence are in favor of innocence; and every person is presumed to be innocent until he is proved guilty. If upon such proof there is reasonable doubt remaining, the accused is entitled to the benefit of it by an acquittal. For it is not sufficient to establish a probability, though a strong one arising from the doctrine of chances, that the fact charged is more likely to be true than the contrary; but the evidence must establish the truth of the fact to a reasonable and moral certainty, a certainty that convinces and directs the understanding, and satisfies the reason and judgment, of those who are bound to act conscientiously upon it. This we take to be proof beyond reasonable doubt.”

⁵⁴⁷ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 34-35.

⁵⁴⁸ Em voto divergente, o juiz Black afirmou que “em dois lugares a Constituição prevê julgamento por júri, mas em nenhum lugar do documento consta que a condenação por crime exige prova de culpa, além de uma dúvida razoável”. No original: “in two places the Constitution provides for trial by jury, but nowhere in that document is there any statement that conviction of crime requires proof of guilt beyond a reasonable doubt” (LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 34).

⁵⁴⁹ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 35.

mediante prova além de uma dúvida razoável de todos os fatos necessários para constituir o crime pelo qual ele é acusado”.⁵⁵⁰

Ainda, na motivação de seus votos, alguns ministros desaconselharam o uso da noção de “certeza moral” para explicar aos jurados o conceito de *BARD*, entendendo que tal terminologia era arcaica, inútil. A recomendação no sentido de se evitar o uso de tal expressão foi reiterada noutros casos que chegaram àquela corte.⁵⁵¹

Com a desvinculação do *BARD* do conceito filosófico de certeza moral, juízes e juristas passaram a procurar outras maneiras de definir e explicar tal *standard* aos jurados, como será visto a seguir. A divergência de compreensão sobre o instituto e as decisões ou diretrizes diferentes emanadas dos tribunais ao longo dos anos tornaram confusa a noção de dúvida razoável.⁵⁵²

5.2.3.2. *BEYOND A REASONABLE DOUBT*: DEFINIÇÃO, CONTROVÉRSIAS E CRÍTICAS

Como dito, o *standard* da prova *beyond a reasonable doubt* é um dos mais familiares ao povo norte-americano. No entanto, tribunais e estudiosos do direito não chegaram a um consenso sobre a definição exata desse importante critério de suficiência probatória.⁵⁵³ Como resultado, as instruções que os juízes dão aos jurados variam bastante, gerando críticas e instabilidade jurídica.

De acordo com Laudan⁵⁵⁴, há várias definições para o *beyond a reasonable doubt*. Esse *standard* é conceituado como a segurança da crença apropriada para as decisões mais importantes da vida de alguém (*security of belief appropriate to important decisions in one's life*); como não hesitação de uma pessoa prudente para agir ou como ausência de um tipo de dúvida que faça a pessoa prudente vacilar (*sort of doubt that would make a prudent person hesitate to act*); como uma convicção perdurável da culpabilidade do réu (*abiding conviction of guilt*); como o critério que se pauta por uma dúvida para a qual se pode dar uma razão (*a doubt for which a reason could be given*); e como alta probabilidade (*high probability*). Nenhuma dessas interpretações é dominante; elas também são associadas para melhor explicar o instituto, mas todas são objeto de críticas.

⁵⁵⁰ **No original:** “The due process clause protects the accused against conviction except upon proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute the crime with which he is charged” (In re Winship, 397 U. S., 358, 364, 1970).

⁵⁵¹ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 35.

⁵⁵² LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 35.

⁵⁵³ GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 78.

⁵⁵⁴ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 36.

O primeiro conceito para o *BARD*, como dito, retrata-o como uma “segurança da certeza” apropriada para a tomada das decisões mais importantes da vida do indivíduo. Consoante essa definição, há prova além da dúvida razoável quando o julgador alcança uma convicção similar à confiança necessária para tomar as decisões mais importantes da vida, como se casar, trocar de trabalho ou recusar uma cirurgia recomendada no bojo de um tratamento médico. Uma instrução dessa natureza foi repassada aos jurados do Quinto Circuito Federal⁵⁵⁵: “Prova além de qualquer dúvida razoável, portanto, é a prova de um caráter tão convincente que você estaria disposto a confiar e agir de acordo com ela sem hesitar nos assuntos mais importantes de sua vida.”⁵⁵⁶

Laudan⁵⁵⁷, com razão, considera enganosa essa explicação, pois mesmos tais decisões da vida pessoal às vezes são tomadas num contexto de incerteza, de hesitações. Por isso, a Corte Suprema de Massachusetts fez a seguinte crítica:

“O grau de certeza necessário para condenar é exclusivo do direito penal. Não achamos que as pessoas habitualmente tomem decisões privadas de acordo com esse padrão, nem que seja possível fazê-lo. De fato, suspeitamos que, se esse padrão fosse obrigatório em assuntos privados, o resultado seria uma inércia maciça. Os indivíduos podem amiúde se dar ao luxo de desfazer erros privados; um veredito de culpado é frequentemente irrevogável”.⁵⁵⁸ (tradução nossa)

A segunda definição de *BARD* exposta pelo supracitado professor norte-americano é no sentido de não hesitação de uma pessoa prudente para agir ou não nos seus assuntos pessoais mais importantes. Nessa perspectiva, se a prova é suficiente para que o julgador não hesite quanto a declarar o réu culpado, estará atendido o *standard* em comento. Porém, se há um tipo de dúvida que gera hesitação, a decisão deve ser tomada no sentido absolutório. Laudan⁵⁵⁹ transcreve a seguinte instrução do Segundo Circuito Federal que retrata essa ideia:

“Uma dúvida razoável é uma dúvida baseada na razão e no bom senso - o tipo de dúvida que faria uma pessoa razoável hesitar em agir. A prova além de uma dúvida razoável deve, portanto, ser uma prova de caráter tão convincente que uma pessoa razoável não hesitaria em confiar e agir com base nela no mais importante de seus próprios assuntos”.⁵⁶⁰ (tradução nossa)

⁵⁵⁵ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 36.

⁵⁵⁶ **No original:** “Proof beyond reasonable doubt, therefore, is proof of such a convincing character that you would be willing to rely and act upon it without hesitation in the most important of your own affairs”.

⁵⁵⁷ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 37.

⁵⁵⁸ **No original:** “The degree of certainty required to convict is unique to the criminal law. We do not think that people customarily make private decisions according to this standard nor may it even be possible to do so. Indeed, we suspect that were this standard mandatory in private affairs the result would be massive inertia. Individuals may often have the luxury of undoing private mistakes; a verdict of guilty is frequently irrevocable”.

⁵⁵⁹ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 37.

⁵⁶⁰ **No original:** “A reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense – the kind of doubt that would make a reasonable person hesitate to act. Proof beyond a reasonable doubt must, therefore, be proof of such a convincing character that a reasonable person would not hesitate to rely and act upon it in the most important of his own affairs”.

Essa compreensão também é contestada por não retratar um critério certo, mais exato. As pessoas comuns hesitam em agir mesmo na ausência de dúvida razoável. As dúvidas ilógicas ou irracionais também fazem o ser humano vacilar em alguma medida para tomar decisões acerca de assuntos pessoais relevantes. Assim como ocorre com a definição anterior, este conceito é falho por realizar uma analogia inapropriada entre a tomada da decisão num caso criminal e a tomada de decisão em situações ou escolhas pessoais, o que enfraquece o grau de exigência de comprovação da culpa do réu conforme se espera do *standard* em questão.⁵⁶¹

A terceira definição de *BARD* é a de convicção perdurável ou duradora acerca da culpabilidade do acusado, formulação que pode ser encontrada nas instruções dirigidas ao júri nas cortes da Califórnia:⁵⁶²

A dúvida razoável é definida da seguinte forma: Não é uma mera dúvida possível; porque tudo relacionado a assuntos humanos, e que dependa de provas morais, está sujeito a alguma dúvida possível ou imaginária. Trata-se desse estado do caso que, após toda a comparação e consideração de todas as provas, deixa a mente dos jurados em tal condição que eles não podem dizer que sentem uma convicção perdurável, que produz certeza moral, sobre a verdade da acusação.⁵⁶³(tradução nossa)

Note-se que há uma imprecisão em algumas definições que embaralham o conceito do *standard BARD* com o da própria dúvida razoável. O critério probatório é o da prova da culpa além da dúvida razoável enquanto a famosa dúvida razoável⁵⁶⁴ é a dúvida fundada, não imaginária.

A concepção acima também se mostra defeituosa porque se centra na firmeza ou na estabilidade da crença a respeito da culpabilidade do réu, reclamando que seja uma convicção que possa se prolongar no tempo, que não seja transitória ou fugaz. Porém, o que deve indicar

⁵⁶¹ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 38.

⁵⁶² LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 38.

⁵⁶³ **No original:** “Reasonable doubt is defined as follows: It is not a mere possible doubt; because everything relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible doubt or imaginary doubt. It is that state of the case which after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of the jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge”.

⁵⁶⁴ “Uma dúvida razoável é exatamente o que infere. Uma dúvida razoável é uma dúvida justa e honesta, resultante das provas ou falta de provas nesse caso; ou surgida de quaisquer inferências razoáveis ou legítimas extraídas das provas ou falta de provas. Não é apenas uma dúvida imaginária ou uma dúvida frágil e fantasiosa. Mas, ao contrário, é uma dúvida justa e honesta, baseada na razão e no bom senso”. **No original:** “A reasonable doubt is exactly what it infers. A reasonable doubt is a fair, honest doubt growing out of the evidence or lack of evidence in this case; or growing out of any reasonable or legitimate inferences drawn from the evidence or lack of evidence. It is not merely an imaginary doubt or a flimsy, fanciful doubt. But, rather, it is a fair, honest doubt based upon reason and common sense” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of Michigan. People v. Allen*, 643 N.W. 2d 227 (2002). Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/848954/people-v-allen/>. Acesso em: 01/06/2020).

a suficiência da prova não é a firmeza ou estabilidade da crença do julgador, mas o fato de sua convicção estar amparada nas provas reunidas nos autos ou na falta delas.

Laudan⁵⁶⁵ assinala, com percuciência, que a convicção dos jurados deve surgir “de uma reflexão cuidadosa sobre a prova e de inferências prudentes dela derivadas”. Ele entende que, conquanto as instruções acima mencionem a consideração das provas, a maioria delas, infelizmente, “não diz nada sobre o tipo de prova necessária para a condenação, concentrando-se constantemente apenas no estado subjetivo do jurado (...)”.⁵⁶⁶

Prosseguindo, cabe trazer outra noção de *BARD*, a que considera razoável a dúvida a qual se pode dar razão. É uma interpretação que se mostra óbvia, mas recebeu objeções das cortes de apelação, como, por exemplo, em *Pennsylvania v. Dauphinee*, quando se ponderou que, “para ser ‘razoável’, a dúvida deve ser substancial, como o oposto da imaginária ou especulativa, mas não é essencial que o jurado seja capaz de apresentar uma razão capaz de sustentá-la; ela pode existir sem que o jurado seja capaz de formular alguma razão para isso”. E, no *Pennsylvania v. Baker*, a corte teceu a seguinte consideração: “Pode haver uma dúvida razoável na mente do júri sem a necessidade de formular qualquer razão”.⁵⁶⁷

O problema de tal instrução reside no fato de que ela sugere que o jurado deva explicar sua dúvida, como se tivesse que dar uma razão para absolver. Laudan⁵⁶⁸ esclarece que:

Alguns tribunais se preocupam com o fato de que isso pode causar pressão psicológica indevida a um jurado, dizendo que ele precisa de algum motivo para suas dúvidas antes de poder considerá-las razoáveis. O Tribunal do Segundo Circuito manifesta a preocupação de que essa instrução possa ‘intimidar um jurado, sugerindo que ele possa ser chamado a explicar suas dúvidas, embora certamente não exija que ele as justifique’.⁵⁶⁹ (tradução nossa)

Todavia, o próprio professor da Universidade do Texas⁵⁷⁰ não vê óbice nessa diretriz na medida em que o modelo de julgamento criminal estadunidense reclama que a votação pelos jurados seja unânime, de forma que “exigir que eles possam expressar essas dúvidas aos colegas jurados, ou pelo menos a si mesmos, é perfeitamente compatível com a presunção de inocência e a imposição de todo o ônus da prova sobre a acusação.”⁵⁷¹ Então, se um ou dois

⁵⁶⁵ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 39.

⁵⁶⁶ **No original:** “Unfortunately, most jury instructions say nothing about the kind of evidence necessary for conviction, focusing instead almost entirely on the subjective state of the juror (...)”

⁵⁶⁷ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 41.

⁵⁶⁸ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 41-42.

⁵⁶⁹ **No original:** “Some courts fret that it might put undue psychological pressure on a juror to tell him that he needs some reason for his doubts before he can consider them to be reasonable. The U.S. Second Circuit Court voices a concern that this instruction might ‘intimidate a juror by suggesting that he may be called upon to explain his doubts, although it surely does not require him to justify them’.”

⁵⁷⁰ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 43.

⁵⁷¹ **No original:** “Requiring them to be able to express such doubts to fellow jurors, or at least to themselves, is perfectly compatible with the presumption of innocence and the placing of the full burden of proof on the prosecution.”

jurados disserem que não estão convencidos da culpa do acusado, parece sensato que devam apontar a seus pares, ou pelo menos a si mesmos, as razões em que se amparam suas dúvidas. Porém, segundo o aludido autor, essa não é a concepção prevalente nas cortes de justiça norte-americanas, que a veem como uma interpretação incorreta do instituto.

O quinto conceito de *BARD* é o que o enxerga como uma alta probabilidade. Essa visão é inspirada na leitura que se faz do *standard* da preponderância da prova que, como se viu, estabelece que, para um enunciado fático ser tido por comprovado, basta uma probabilidade de mais de 0,5 em 1. Por essa linha de raciocínio, na esfera do processo penal, para uma condenação, tal probabilidade deveria equivaler a 0,90 ou 0,95.⁵⁷² Essa concepção evidencia a falibilidade da justiça.

As definições quantificadas na forma de percentagem constituem uma maneira mais precisa e adequada de transmitir o grau de exigência probatória que deve guiar a decisão sobre os fatos⁵⁷³. Trata-se de um enfoque que tem boa aceitação junto à parte dos estudiosos do direito anglo-americano e também dos juízes. É uma formulação de fácil compreensão pelo público em geral e pelos jurados, indicando a exigência de um grau bastante elevado de crença na culpabilidade do acusado, próximo da certeza. Porém, como assinala Laudan⁵⁷⁴, há aqueles que discordam do emprego de termos probabilísticos para retratar o grau de suficiência da prova exigido para se declarar a culpabilidade do réu.

Nos anos 80, ao reverter uma condenação num julgamento em que o juiz definiu o *BARD* em termos probabilísticos, uma corte de apelações em Massachusetts insistiu na “idéia de dúvida razoável não é suscetível de quantificação; é inerentemente qualitativo”.⁵⁷⁵ Ainda, a Corte Suprema de Nevada concorda com esse ponto de vista⁵⁷⁶: “A idéia de dúvida razoável é inerentemente qualitativa. Qualquer tentativa de quantificá-la pode reduzir inadmissivelmente o ônus da prova da acusação e provavelmente confundirá, em vez de esclarecer”.⁵⁷⁷

Essa, todavia, é uma compreensão obtusa, que ignora o fato de que o *BARD*, assim retratado, reforça o nível muito elevado de confirmação dos fatos que é exigido para que se

⁵⁷² LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 44.

⁵⁷³ Evidentemente, não se trata de tentar medir, em termos matemáticos, a crença do julgador ou o grau de probabilidade de uma hipótese fática, mas de indicar com clareza o grau de corroboração necessário para que se possa dar uma proposição factual por provada.

⁵⁷⁴ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 44.

⁵⁷⁵ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 44-45.

⁵⁷⁶ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 45.

⁵⁷⁷ **No original**, transcrito por Laudan: “(...) the idea of reasonable doubt is not susceptible to quantification; it is inherently qualitative”. The Supreme Court of Nevada agrees: ‘The idea of reasonable doubt is inherently qualitative. Any attempt to quantify it may impermissibly lower the prosecution’s burden of proof, and is likely to confuse rather than clarify.’”

admita a condenação do réu. As pesquisas empíricas coordenadas por Dorothy K. Kagehiro⁵⁷⁸ indicaram que os jurados reagem melhor aos números. Nos testes em que foram instruídos apenas mediante o uso das três expressões consagradas supracitadas, a proporção entre os casos decididos contra ou a favor de cada uma das partes não apresentou grandes variações em função do grau de convicção que se pedia aos jurados que aplicassem, sendo as diferenças praticamente nulas entre as aplicações dos *standards preponderance of the evidence* e *clear and convincing evidence*. Os resultados apontaram que tais instruções não eram rigorosamente seguidas, pois o sentido das decisões indicou que os jurados aplicaram na maioria dos casos algo próximo do critério intermediário.

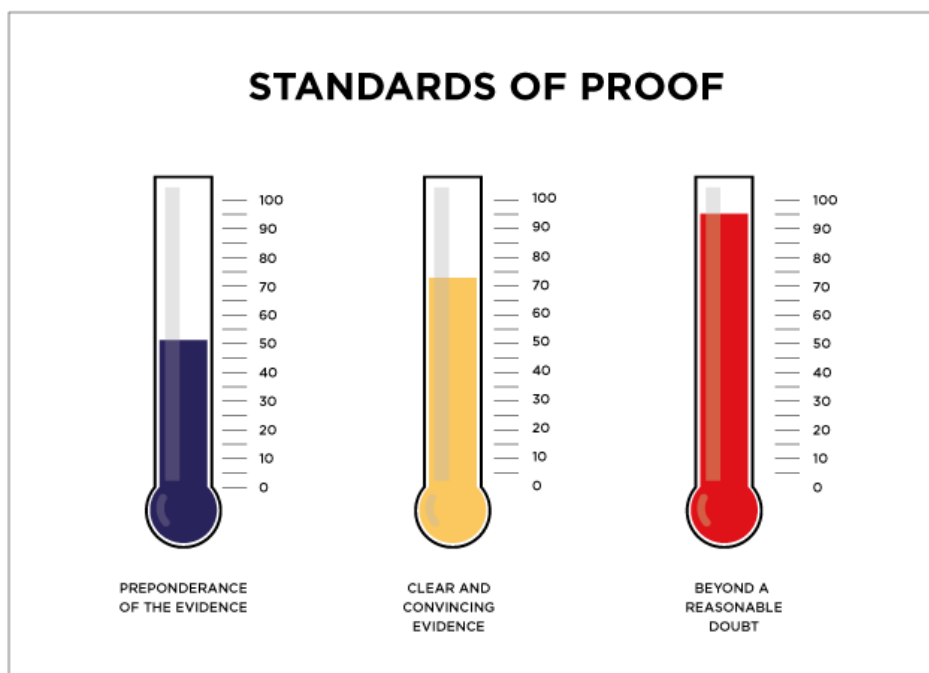
De outro lado, os testes de Kagehiro revelaram que, quando se pediu aos jurados que aplicassem graus de convicção de 51%, 71% e 91%, os veredictos favoráveis aos demandantes diminuiriam significativamente à medida que o *standard* da prova se tornou mais rigoroso. Noutras palavras, definições jurídicas quantificadas em termos de probabilidade transmitiram mais precisão e rigor quanto ao grau de convicção exigido do julgador.⁵⁷⁹

Se não é possível alcançar certeza ou verdade absoluta no juízo fático, há de se trabalhar com a noção de probabilidade, a qual, ilustrada em termos de porcentagem, facilita sobremaneira o entendimento do grau de corroboração da hipótese exigido pelo ordenamento jurídico em cada situação, assim como torna mais objetivável o debate em torno da decisão sobre os fatos. Ainda que essa espécie de definição dê a ideia de limitação da flexibilidade desejável para ajustar o rigor do *standard* às particularidades de cada caso⁵⁸⁰, parece inegável que oferece a medida clara ao tomador da decisão, deixando-lhe explícito o nível de corroboração da hipótese fática que deve ser atingido no julgamento da questão, conforme sintetizado na figura abaixo:

⁵⁷⁸ KAGEHIRO, Dorothy K.; STANTON, W. Clark. Legal vs. quantified definitions of standards of proof. *Law and Human Behavior*. Vol. 9. No. 2 (1985), p. 159–178.

⁵⁷⁹ KAGEHIRO, Dorothy K. Defining the Standard of Proof in Jury Instructions. *Psychological Science*. Vol. 1, No. 3 (May, 1990), p. 194-200.

⁵⁸⁰ STOFFELMAYR, E.; DIAMOND, S. S. The conflict between precision and flexibility in explaining beyond a reasonable doubt. *Psychology, Public Policy and Law*, 6(3), 2000, p. 769-787.



Não se está a defender o probabilismo bayesiano ou que o *standard* para guiar os julgamentos penais deva ser formulado em expressões numéricas ou de percentagem que explicitem a alta probabilidade ou a quase certeza exigida para se condenar alguém. Apenas se pretende pontuar que não é sensato vetar o emprego de ilustrações assim por receio de assumir que pode haver, sim, uma margem de 1 ou 5% de incerteza mesmo nos casos de condenação.⁵⁸¹ É preciso assumir que não há como produzir provas que gerem uma certeza completa ou uma probabilidade de 100%. A doutrina e os tribunais admitem que não se pode alcançar certeza absoluta nas questões humanas, mas querem que os juízes só condenem se for a culpa provada em patamar equivalente à probabilidade de 100%, o que se revela bem incongruente.

De todo modo, ante o exposto até aqui, constata-se que há controvérsias em torno da definição do *BARD*⁵⁸². Tais diferentes aceções quanto a esse critério de suficiência probatória geraram, e ainda geram, confusão e perplexidade.⁵⁸³ Especialmente na década de

⁵⁸¹ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 46.

⁵⁸² Por isso que, em *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1 (1994), Sandra Day O'Connor pontuou que, “embora o padrão de dúvida razoável seja um aspecto antigo e consagrado no nosso sistema de justiça criminal, desafia a fácil explicação”. **No original:** “(...) although the standard of reasonable doubt is an ancient and honored aspect of our criminal justice system, it defies easy explication” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1 (1994). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/511/1/>. Acesso em: 06/06/2020).

⁵⁸³ “Outro sinal mais eloquente do mesmo desassossego é que a Inglaterra, que tem, como nós, a tradição do *common law*, abandonou recentemente sua prática bicentenária, em que os juízes instruem os jurados sobre a natureza da dúvida razoável. Em vez disso, simplesmente indicam que a condenação requer que estejam “seguros” da culpabilidade do acusado. A Inglaterra fez esta mudança porque os principais teóricos jurídicos decidiram que a dúvida razoável não podia ser definida nem compreendida de maneira uniforme, tampouco podia ser aplicada de modo consistente”. **No original:** “Another more telling sign of the same uneasiness is that England, which has the same common law tradition as our own, has recently abandoned its two-hundred-year-

80 e início dos anos 90, como última tentativa para resolver o impasse, diversas cortes de apelação, federais e estaduais, estabeleceram que os juízes não deveriam dar instruções aos jurados sobre o assunto. No Estado de Oklahoma, se o juiz dirigir qualquer explicação aos jurados acerca do tema, procurando esclarecer o que é dúvida razoável, isso é motivo para a revogação automática da condenação.⁵⁸⁴

Em 1990, a Corte Suprema dos EUA entendeu que, no caso *Cage v. Louisiana*,⁵⁸⁵ as instruções transmitidas aos jurados não refletiram o conceito adequado de dúvida razoável. O juiz havia instruído o júri dizendo, entre outras coisas, que a dúvida razoável é a que “daria origem a uma grave incerteza” (*such doubt as would give rise to a grave uncertainty*), é “uma dúvida substancial e real” (*an actual and substantial doubt*), mas a *US Supreme Court* considerou que tal instrução sugeriu aos jurados que eles deveriam adotar um grau de dúvida maior do que o fixado pelo *BARD*. Já em 1994, em *Sandoval v. California* (511 U.S. 1, 6), a referida corte confirmou a validade de instruções⁵⁸⁶ que definiram dúvida razoável como “não uma mera dúvida possível” (*not a mere possible doubt*).⁵⁸⁷

Também em 1994, o Quarto Circuito entendeu que, mesmo que algum jurado solicitasse ao juiz esclarecimentos sobre a definição de dúvida razoável, este poderia negar-se

old practice of having judges instruct jurors about the nature of reasonable doubt. Instead, jurors there are simply told that conviction requires that they must be ‘sure’ of the guilt of the accused. England madet his change because senior legal theorists concluded that reasonable doubt could be neither defined, nor uniformly understood, nor consistently applied” (LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 32).

⁵⁸⁴ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 47-48.

⁵⁸⁵ Vale transcrever a orientação dada ao júri no caso *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990): “Se você tiver uma dúvida razoável sobre qualquer fato ou elemento necessário para constituir a culpa do réu, é seu dever dar a ele o benefício dessa dúvida e emitir um veredito de inocente. Mesmo quando as provas demonstrarem uma probabilidade de culpa, se não estabelecer tal culpa além de uma dúvida razoável, você deve absolver o acusado. Porém, essa dúvida deve ser razoável, com base substancial, tangível, real, e não derivar de mero capricho ou conjecturas. Deve haver uma dúvida que levaria a uma grave incerteza, suscitada em sua mente por razões do caráter insatisfatório da prova ou da falta delas. Uma dúvida razoável não é uma mera dúvida possível. É uma dúvida substancial, real. É uma dúvida que um homem razoável possa ter seriamente. O que é necessário não é uma certeza absoluta ou matemática, mas uma certeza moral” (tradução nossa). **No original:** “If you entertain a reasonable doubt as to any fact or element necessary to constitute the defendant's guilt, it is your duty to give him the benefit of that doubt and return a verdict of not guilty. Even where the evidence demonstrates a probability of guilt, if it does not establish such guilt beyond a reasonable doubt, you must acquit the accused. This doubt, however, must be a reasonable one; that is one that is founded upon a real tangible substantial basis and not upon mere caprice and conjecture. It must be such doubt as would give rise to a grave uncertainty, raised in your mind by reasons of the unsatisfactory character of the evidence or lack thereof. A reasonable doubt is not a mere possible doubt. It is an actual substantial doubt. It is a doubt that a reasonable man can seriously entertain. What is required is not an absolute or mathematical certainty, but a moral certainty” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/498/39/>. Acesso em: 26/06/2020).

⁵⁸⁶ As instruções oferecidas aos jurados foram: “A dúvida razoável não é uma mera dúvida possível, porque tudo relacionado aos assuntos humanos, e que dependa de provas morais, está sujeito a alguma dúvida possível ou imaginária. Trata-se desse estado do caso que, após toda a comparação e consideração de todas as provas, deixa as mentes dos jurados em tal condição que eles não podem dizer que sentem uma convicção perdurável, que produz certeza moral, sobre a verdade da acusação.” **No original:** “Reasonable doubt is not a mere possible doubt, because everything relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of the jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge”.

⁵⁸⁷ GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 79.

a fazê-lo. Naquele mesmo ano, a Suprema Corte estadunidense, no caso *Victor v. Nebraska*, entendeu ser possível que os tribunais e juízes instruem os jurados acerca do *BARD*, mas que não há obrigatoriedade quanto a isso.⁵⁸⁸ A corte assentou que o *BARD* “é uma exigência do devido processo legal, mas a Constituição não proíbe os tribunais de definir dúvida razoável nem exige que eles o façam”.⁵⁸⁹ Os ministros depreenderam, então, que naquele caso as instruções dadas aos jurados foram válidas e não violaram a Constituição. É oportuno consignar as instruções dadas aos jurados nesse caso⁵⁹⁰:

Dúvida razoável é uma dúvida que levaria uma pessoa razoável e prudente, em uma das transações mais graves e mais importantes da vida, a fazer uma pausa e hesitar antes de considerar os fatos representados verdadeiros, confiar e agir com base neles. É uma dúvida que não permitirá que, após uma consideração completa, justa e imparcial de todas as evidências, você tenha uma convicção duradoura de uma certeza moral, da culpa do acusado. Você pode considerar um acusado culpado pelas fortes probabilidades do caso, desde que tais probabilidades sejam fortes o suficiente para excluir qualquer dúvida de sua culpa que seja razoável. Uma dúvida razoável é uma dúvida real e substancial decorrente das provas, dos fatos ou circunstâncias mostrados pelas provas ou da falta de provas por parte do Estado, distinta de uma dúvida decorrente da mera possibilidade, da imaginação pura ou de conjecturas fantasiosas.⁵⁹¹ (tradução nossa)

Note-se que, neste julgamento, embora tenha havido divergência (7 x 2), a *US Supreme Court* aceitou a definição de dúvida razoável como "uma dúvida real e substancial". Os juízes Harry Blackmun e David Souter invocaram a compreensão traçada em *Cage v. Louisiana*, mas foram vencidos.

Nesse julgamento paradigmático, a juíza Ruth Bader Ginsburg citou, em tom de aprovação, a seguinte instrução do Centro Judiciário Federal:⁵⁹²

O órgão de acusação tem o ônus de provar o réu culpado além de uma dúvida razoável. Alguns de vocês podem ter servido como jurados em casos civis, onde lhe disseram que é necessário apenas provar que um fato é provavelmente mais verdadeiro do que não verdadeiro. Em casos criminais, a prova da acusação deve ser mais poderosa que isso. Deve estar além de uma dúvida razoável. Prova além de uma dúvida razoável é a prova que o deixa firmemente convencido da culpa do réu.

⁵⁸⁸ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 49.

⁵⁸⁹ **No original:** “(...) is a requirement of due process, but the Constitution neither prohibits trial courts from defining reasonable doubt nor requires them to do so as a matter of course”.

⁵⁹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Victor v. Nebraska, 511 U.S. 1 (1994)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/511/1/>. Acesso em: 28/06/2020.

⁵⁹¹ **No original:** “Reasonable doubt is such a doubt as would cause a reasonable and prudent person, in one of the graver and more important transactions of life, to pause and hesitate before taking the represented facts as true and relying and acting thereon. It is such a doubt as will not permit you, after full, fair, and impartial consideration of all the evidence, to have an abiding conviction to a moral certainty, of the guilt of the accused. You may find an accused guilty upon the strong probabilities of the case, provided such probabilities are strong enough to exclude any doubt of his guilt that is reasonable. A reasonable doubt is an actual and substantial doubt arising from the evidence, from the facts or circumstances shown by the evidence, or from the lack of evidence on the part of the state, as distinguished from a doubt arising from mere possibility, from bare imagination, or from fanciful conjecture”.

⁵⁹² GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 79.

Existem muito poucas coisas neste mundo que sabemos com absoluta certeza, e em casos criminais a lei não exige provas que superem todas as dúvidas possíveis. Se, com base na sua consideração das provas, você estiver firmemente convencido de que o réu é culpado do crime acusado, você deve considerá-lo culpado. Se, por outro lado, você acha que existe uma possibilidade real de que ele não seja culpado, você deve dar a ele o benefício da dúvida e considerá-lo inocente.⁵⁹³ (tradução nossa)

Segundo Gardner e Anderson,⁵⁹⁴ essas instruções foram elogiadas por vários juristas, na medida em que conceituam mais satisfatoriamente o instituto, informando aos jurados, ainda, que o *BARD* é um critério mais rigoroso do que os *standards* de prova usados em casos civis.

Sem embargo, o que se observa é que, claramente, a Corte Suprema americana optou por não definir o *standard* em comento, assim como não elaborou instruções que deveriam ser oferecidas aos jurados, afastando as fórmulas discrepantes e controversas. Talvez essa tenha sido sua falha. Não há um sentido homogêneo para o *beyond a reasonable doubt* e se discute se devem ou não ser oferecidas instruções sobre isso aos jurados.

Nesse contexto, os juízes federais dão instruções aos jurados conforme delineado pela corte a que estão vinculados. No plano estadual, cada juiz faz os esclarecimentos aos jurados segundo as diretrizes estabelecidas pela respectiva corte de apelação ou corte suprema.⁵⁹⁵ No entanto, como dito, não estão obrigados a tanto, sendo que há estados federados que proíbem que o juiz singular dê instruções aos juízes do fato.⁵⁹⁶

Então, ante a divergência de concepções e a diversidade de diretrizes⁵⁹⁷, como se pode dizer que nos EUA há um *standard* coerente e estável a orientar os julgadores (togados ou leigos)?

Em tom crítico, Whitman⁵⁹⁸ indaga como o *BARD* pode ser essencial para o senso de justiça criminal norte-americano se há cortes que impedem que ele seja explicado aos jurados,

⁵⁹³ **No original:** “The government has the burden of proving the defendant guilty beyond a reasonable doubt. Some of you may have served as jurors in civil cases, where you were told that it is only necessary to prove that a fact is more likely true than not true. In criminal cases, the government’s proof must be more powerful than that. It must be beyond a reasonable doubt. Proof beyond a reasonable doubt is proof that leaves you firmly convinced of the defendant’s guilt. There are very few things in this world that we know with absolute certainty, and in criminal cases the law does not require proof that overcomes every possible doubt. If, based on your consideration of the evidence, you are firmly convinced that the defendant is guilty of the crime charged, you must find him guilty. If on the other hand, you think there is a real possibility that he is not guilty, you must give him the benefit of the doubt and find him not guilty”.

⁵⁹⁴ GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 78-79.

⁵⁹⁵ GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 78.

⁵⁹⁶ DIAMOND, Henry A. Reasonable Doubt: To Define, Or Not To Define. *Columbia Law Review*, vol. 90, n. 6, October 1990, p. 1716-1736.

⁵⁹⁷ Thomas Mulrine demonstrou que, embora seja vista como critério fundamental de justiça, a dúvida razoável também experimenta variação conceitual ou de explicação noutros países da família *common law*. Pautando-se por instruções utilizadas nos júris canadenses, o autor entende que fornece um alívio à incerteza entender que dúvida razoável é a dúvida baseada na razão, em processos lógicos da mente e que esteja conectada com a prova produzida em juízo. Assim, ele refuta a dúvida fantasiosa, especulativa ou “baseada na simpatia ou no preconceito” (MULRINE, Thomas V. Reasonable doubt: How in the world is it defined? *American International Law Review*, vol. 12, 1997, p. 224-225).

ainda que alguns deles já estejam relativamente familiarizados com tal critério. Como tal conceito pode deixar de ser esclarecido aos integrantes do júri, sobretudo quando estes o solicitam, se mesmo o profissional do direito mais preparado pode ter dificuldade de explicá-lo, de apontar sua definição com clareza? O professor de Yale afirma que é nesse contexto perturbador que estão sendo tomadas decisões importantes sobre as vidas das pessoas, selando seus destinos.

Nessa mesma linha, Laudan⁵⁹⁹ duramente salienta:

Se os juízes não conseguem concordar entre si sobre essa noção crucial, e está claro que eles não conseguem, é um ato perigoso, de autoengano (ou pior) sugerir que os jurados leigos, completamente sem formação jurídica, tenham um entendimento comum e compartilhado sobre esta doutrina (...). Como os jurados podem aplicar racionalmente um *standard* quando eles têm interpretações tão divergentes desse *standard* e quando tantos tribunais se recusam a esclarecê-lo? Se os juízes não podem dizer aos jurados nada além de que um veredito de culpado exige o *BARD*, é provável (...) que quase todo júri conterà jurados que trazem interpretações inadequadas desse padrão para a mesa. Em tais circunstâncias, a falta de esclarecimento do significado do *BARD* para os jurados é desarrazoada.

É difícil resistir à conclusão de que o que realmente motiva a crescente relutância em definir o *BARD* não é tanto a ficção que seu significado é claro para todos. Em vez disso, é a preocupação do judiciário que a coexistência de definições conflitantes do *BARD* - do tipo que apareceria vividamente se os juízes fossem livres para explicar o *BARD* aos jurados - levaria ao conhecimento público o fato de que nenhum sentido unívoco pode ser associado à frase 'além de uma dúvida razoável'. (...) Em vez de admitir esse fato e fazer algo para remediá-lo, muitos tribunais - especialmente no nível federal - parecem disfarçar as diferenças reais que existem, fingindo que a concepção não requer explicações ou esclarecimentos adicionais. Um sistema baseado na ideia de que a justiça pode ser garantida simplesmente com o juiz que, com um piscar ou um aceno de cabeça, diz aos jurados: 'você já sabe o que significa uma dúvida razoável', precisa urgentemente de uma revisão.⁶⁰⁰ (tradução nossa)

Porém, o aspecto mais relevante da crítica de Laudan é o questionamento do fato de o *standard* em estudo estar focado exclusivamente no estado mental do julgador. Ele discorda

⁵⁹⁸ WHITMAN, *op. cit.*, 2008, p. 2.

⁵⁹⁹ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 49-50.

⁶⁰⁰ **No original:** "If judges cannot agree among themselves about this crucial notion, and it is clear that they cannot, it is a dangerous act of self-deception (or worse) to suggest that lay jurors, completely unschooled in the law, will have some common, shared understanding of this doctrine (...). How can jurors rationally apply a standard of proof to the evidence when they have such divergent interpretations of that standard and when so many courts refuse to clarify it for them? If judges can tell jurors no more than that a guilty verdict requires *BARD*, it is likely (...) that almost every jury will contain jurors who bring inappropriate construals of that standard to the table. In such circumstances, failure to clarify the meaning of *BARD* to jurors is unconscionable. It is difficult to resist the conclusion that what really drives the growing reluctance to define *BARD* is not so much the fiction that its meaning is clear to all. It is instead the judiciary's worry that the coexistence of conflicting definitions of *BARD* - of the sort that would vividly show up if judges were free to explain *BARD* to jurors - would bring to public notice the fact that no univocal sense can be attached to the phrase 'beyond a reasonable doubt'. (...) Rather than concede that fact and do something to remedy it, many courts - especially at the federal level - seem disposed to paper over the real differences that exist by pretending that the conception requires no further explication or clarification. A system founded on the idea that justice can be secured simply by having the judge, with a wink and a nod, tell jurors, 'you already know what *reasonable doubt* means,' is in urgent need of overhaul."

das definições ou orientações que fazem referência a “convencimento firme”, “estar seguro”, “completamente persuadido” ou “com a consciência satisfeita” sobre a culpabilidade do réu, as quais enfatizam o ‘estado subjetivo’ ou ‘estado mental’ do juiz ou jurado. Laudan lembra que, enquanto os *standards* de prova dos processos civis dirigem a atenção para a prova amalhada, baseiam-se na “preponderância da prova” ou na “prova clara e convincente”, o *BARD* enfatiza o estado mental do julgador, quando deveria centrar-se na estrutura da prova apresentada para retratar a culpabilidade do réu.⁶⁰¹

No texto *Is reasonable doubt reasonable?*, Laudan⁶⁰² faz observações que ajudam a bem compreender seu ponto de vista:

A pergunta principal não é se a acusação convenceu os membros do júri, individual ou coletivamente. A questão é se as provas que viram e escutaram deveriam ser convincentes quanto ao nível de suporte que oferecem à hipótese, apresentada pela acusação, de que o acusado é culpado. O ponto chave é que a pergunta “Em que medida a prova dá suporte à teoria de que o acusado é culpado?” é uma questão *objetiva* sobre relações lógicas entre eventos, e não mera ou primariamente uma pergunta sobre o estado subjetivo da mente dos jurados. No julgamento, não se deveria tratar – como questão de fato contingente – se todos os doze membros do júri estão completamente convencidos da culpabilidade do acusado. Em vez disso, deveria ser perguntado: “Estas provas dão apoio de maneira sólida à teoria de que o acusado é culpado?” Formulada de outro modo: “Uma pessoa racional e séria pensaria que estas provas sustentam uma argumentação convincente a respeito da culpabilidade do acusado?” Para que os jurados possam responder a essas perguntas, é de pouca ou nula utilidade dizer-lhes que têm que estar firmemente convencidos ou que têm que ter uma convicção perdurável sobre a culpabilidade. Antes disso, eles têm que poder dizer precisamente a si mesmos, e aos demais, porque a prova disponível conduz ou não inequivocamente à culpabilidade do acusado. Para isso, requer-se que tomem toda uma série de decisões sobre se as provas sustentam, com o grau exigido, cada afirmação chave da teoria da acusação.⁶⁰³ (tradução nossa)

Refletindo sobre o assunto, Susan Haack⁶⁰⁴ concorda em grande parte com essas críticas:

“É certo que a linguagem na qual se expressam os *standards* de prova é parcialmente psicológica: pelo menos falar de “ônus de persuasão” parece subjetivo, sugerindo que a tarefa do advogado é simplesmente persuadir, induzir um certo estado mental no

⁶⁰¹ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 51-57.

⁶⁰² LAUDAN, *op. cit.*, 2003, p. 320-321.

⁶⁰³ **No original:** “The principal question is not whether the jurors, individually and collectively, are convinced by the prosecution. The issue is whether the evidence they have seen and heard should be convincing in terms of the level of support it offers to the prosecution’s hypothesis that the defendant is guilty. The key point is that the question: ‘How strongly does the evidence support the theory of guilt?’ is an objective question about logical relations between events, not merely or primarily a question about the subjective state of the jurors’ minds. The issue at trial should not be whether, as a contingent matter of fact, the twelve jurors are all fully convinced of the guilt of the accused. Instead, it should be: Does this evidence strongly support the theory that the defendant is guilty? Putting it differently: Would a rational and soberminded person confronted with this evidence find that it made a compelling case for guilt? For jurors to be able to answer such questions, it is of little or no avail to tell them that they must be firmly convinced or have an abiding conviction of guilt. Rather, they must be able to say to themselves and to one another precisely why the evidence to hand does or does not point unambiguously to the guilt of the accused. Doing so requires them to make a whole series of decisions about whether the evidence supports each key claim of the prosecution’s theory to the requisite degree.”

⁶⁰⁴ HAACK, *op. cit.*, 2013, p. 70-71.

júri; e ‘convencimento’ também parece como uma questão psicológica. Porém, a linguagem dos *standards* de prova é também em parte epistemológica: ‘razoável’ em ‘além de toda dúvida razoável’, ‘clara’ em ‘clara e convincente’, parecem questões objetivas, dado que aparentemente se referem à qualidade das provas apresentadas. E o aspecto epistemológico, na minha opinião é crucial”.⁶⁰⁵ (tradução nossa)

Haack demonstra entender a referência a termos que retratam estados psicológicos num cenário de disputa, em que se almeja convencer o julgador, mas enfatiza que a linguagem epistemológica é essencial e deve preponderar num *standard*, precisa conduzir à análise da razoabilidade, da qualidade, da suficiência da prova para que se venha concluir pela corroboração ou refutação da hipótese fática.

Assim, acredita-se que o *BARD*, não tanto pelas razões que geraram sua formulação, mas especialmente por estar centrado no estado psíquico do julgador, na sua confiança pessoal, revela-se demasiadamente vago, aberto a interpretações diversas, dando margem a subjetividades, o que levou Laudan⁶⁰⁶ a asseverar que um *standard* probatório subjetivo não é um *standard*. Ainda que não se possa, nesse campo, afastar completamente a subjetividade, pois um ser humano valorará a prova e decidirá se considera confirmada ou não uma hipótese, é possível delinear critérios que reduzem bastante o espaço para a arbitrariedade, o sentimentalismo ou o capricho.

Enfim, parece bem fundamentada a crítica de que um *standard* de prova não deveria estar assentado (exclusivamente) nas noções de certeza, confiança, convencimento ou dúvida do julgador a respeito de hipótese ou proposição, mas carece ser direcionado ao tipo de prova apresentada, à solidez das conexões lógicas ou inferências que devem existir entre a prova disponível e a hipótese acusatória, de modo que seja menos dependente do subjetivismo do juiz. É necessário que fique explícito que a prova da acusação precisa ser suficiente para refutar uma versão alternativa compatível com a inocência do acusado.⁶⁰⁷

Por outro lado, esse critério já está incorporado à cultura jurídica americana, como afirmado acima, e “tem a vantagem de não apelar a certezas de nenhum tipo”, reconhecendo a possibilidade de que uma hipótese pode ser considerada provada mesmo que haja alguma dúvida no espírito do julgador, desde que não seja razoável.⁶⁰⁸ Além disso, ele hoje representa claramente a opção de se evitar ao máximo a condenação de um inocente, já que, como visto,

⁶⁰⁵ **No original:** “Es cierto que el lenguaje en que se expresan los estándares de prueba es parcialmente psicológico: al menos hablar de ‘carga de persuasión’ suena subjetivo, sugiriendo que la tarea del abogado es simplemente persuadir, inducir cierto estado mental en los jurados; y ‘convencimiento’ también suena como una cuestión psicológica. No obstante, el lenguaje de los estándares de prueba es también en parte epistemológico: ‘razonable’ en ‘más allá de toda duda razonable’, ‘clara’ en ‘clara y convincente’, parecen cuestiones objetivas dado que aparentemente se refieren a la calidad de las pruebas presentadas. Y el aspecto epistemológico, en mi opinión, es crucial.”

⁶⁰⁶ LAUDAN, *op. cit.*, 2005, p. 104-108.

⁶⁰⁷ LAUDAN, *op. cit.*, p. 104-108.

⁶⁰⁸ BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 145-146.

requer um grau altíssimo de confirmação da hipótese acusatória para que o réu venha a ser condenado.

No último capítulo, serão apresentados, à luz da doutrina do próprio Laudan e de Ferrer Beltrán, contributos voltados ao correto entendimento do *BARD*, assim como esboços para seu aprimoramento ou para a concepção de uma nova fórmula, procurando focar na prova, na tarefa de constatar a confirmação ou a refutação das hipóteses, portanto, mais aptos a guiar o juízo de fato no que tange à culpa do imputado.

Dando sequência ao estudo, a seguir será analisada a adoção do *BARD* por alguns países de tradição jurídica romano-germânica, pelo Tribunal Penal Internacional e também por tribunais internacionais de proteção aos direitos humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

5.2.3.3. A INCORPORAÇÃO DO *BARD* POR PAÍSES DA MATRIZ ROMANO-GERMÂNICA, PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E PELAS CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Sem embargo das críticas formuladas contra o *BARD*, no sentido de que é um *standard* subjetivo, centrado meramente no estado psicológico do julgador, como visto no tópico anterior, nas últimas décadas ele vem se tornando um critério aplicado também por países de matriz jurídica romano-germânica, pelo Tribunal Penal Internacional e por cortes internacionais de direitos humanos.⁶⁰⁹

Embora disponham do tradicional princípio *in dubio pro reo*, os países de *civil law*, na Europa Continental e na América Latina, têm adotado o *standard* anglo-americano da prova para além de uma dúvida razoável, almejando não só deixar claro que tipo de dúvida deve levar à absolvição do acusado, mas pretendendo também tornar mais explícito quando ele pode ser condenado, quando se pode entender derrubada a presunção de inocência que o protege.

O Chile, no seu código de processo penal publicado no ano 2000⁶¹⁰, incorporou o *BARD* ao seu ordenamento jurídico, estabelecendo, no art. 340 daquele diploma, que “ninguém pode ser condenado por um crime, senão quando o tribunal que o julga adquire, além de toda dúvida razoável, a convicção de que realmente foi cometido o fato punível objeto da acusação

⁶⁰⁹ OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro. *Standards* probatórios: presença e aplicação nos países de *civil law*. In: VITORELLI, Edilson (Org). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 753-754.

⁶¹⁰ CHILE. Ley 19696, que establece o Código Procesal Penal. Disponível em: https://leyes-cl.com/codigo_procesal_penal.htm. Acesso em: 04/08/2020.

e que nele tenha correspondido ao acusado uma participação culpável e apenada pela lei”.⁶¹¹ (tradução nossa)

A Colômbia, no seu estatuto de ritos penais do ano de 2004⁶¹², no art. 7º, preconizou que, “para proferir sentença condenatória deverá existir convencimento da responsabilidade penal do acusado, além da dúvida razoável”.⁶¹³ Ainda, no art. 372, consignou: “As provas têm por fim trazer ao conhecimento do juiz, além de dúvida razoável, os fatos e circunstâncias da matéria sob julgamento e os da responsabilidade penal do acusado, como autor ou participante.”⁶¹⁴ (tradução nossa)

Por sua vez, a Itália, na reforma processual de 2006⁶¹⁵, também adotou o *standard* em questão ao dispor, no art. 533 do seu código de processo penal, que o juiz somente proferirá uma sentença condenatória “se o acusado resultar culpado do crime alegado para além de qualquer dúvida razoável”.⁶¹⁶

Na Argentina, em 2013⁶¹⁷, a Ley 14543 alterou o Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires para, no artigo 371 ter, no item 1, em relação às instruções a serem oferecidas aos jurados, determinar que o juiz “les explicará en qué consiste la presunción de inocencia y que para declarar culpable a una persona se debe probar su autoría más allá de toda duda razonable”.

Na Espanha, embora o *BARD* não tenha sido formalmente incorporado à legislação, há muito é aplicado por suas cortes de justiça. Vale mencionar os seguintes julgados do Tribunal Supremo espanhol:

A presunção de inocência, constitucionalmente garantida, impõe à acusação o ônus da prova acima de qualquer dúvida razoável.⁶¹⁸ (tradução nossa)

No mesmo sentido, a doutrina constitucional estabeleceu que a presunção de inocência funciona, no âmbito do processo penal, como o direito do réu a não sofrer uma

⁶¹¹ **No original:** “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él, hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.”

⁶¹² COLOMBIA, Ley 906, que aprovou o Código de Procedimiento Penal. Disponível em: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html. Acesso em: 05/08/2020.

⁶¹³ **No original:** “Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de duda razonable”

⁶¹⁴ **No original:** “Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”.

⁶¹⁵ ITÁLIA. Legge 20 febbraio 2006, n. 46 (in G.U. n. 44 del 22 febbraio 2006). Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento. Disponível em: <http://www.lexitalia.it/leggi/2006-46.htm>. Acesso em: 04/08/2020.

⁶¹⁶ **No original:** “(...) se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio.”

⁶¹⁷ ARGENTINA. Ley 14543, de 12/09/2013, que alterou o “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires”. Disponível em: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/xqQ1Aspx.html>. Acesso em: 05/08/2020.

⁶¹⁸ ESPANHA. Tribunal Supremo. STS 258/2003. Relator(a): Cándido Conde-Pumpido Tourón. Madrid, 25/02/2003. Disponível em: <https://supremo.vlex.es/vid/salud-absolucion-ups-15526200>. Acesso em: 04/08/2020. **No original:** “La presunción de inocencia, constitucionalmente garantizada, impone a la acusación la carga de la prueba por encima de cualquier duda razonable”.

condenação a menos que a sua culpa tenha sido comprovada, para além de qualquer dúvida razoável, em virtude de provas que podem ser consideradas exigíveis e obtidas com todas as garantias.⁶¹⁹ (tradução nossa)

Por fim, o princípio ‘in dubio pro reo’ a que se refere o recorrente não é um princípio absoluto, mas algo que deve permear a interpretação em caso de dúvida razoável do juiz; só quando, após avaliação conjunta das provas, forem igualmente possíveis duas opções, é que este princípio entra em vigor, devendo sempre acolher aquela que for mais favorável ao acusado. É óbvio que isso não ocorre no presente caso, em que a convicção judicial sobre como os fatos ocorreram foi formulada sem dúvida.⁶²⁰ (tradução nossa)

Ainda, num projeto de novo Código Processual Penal apresentado pelo Ministério da Justiça espanhol em fevereiro de 2013, na parte relativa ao “Derecho a la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*”, constaram preceitos com os seguintes dizeres⁶²¹:

Artigo 6º - Direito à presunção de inocência e *in dubio pro reo*

1.- Toda pessoa deve ser considerada e tratada como inocente até que seja condenada em sentença definitiva devidamente fundamentada, ditada pelo tribunal competente, em processo com todas as garantias em que sua culpabilidade tenha sido comprovada além de toda dúvida razoável.

2.- O ônus da prova recai contra a acusação e se projeta sobre a totalidade dos elementos constitutivos do delito, tanto de carácter objetivo como subjetivo.

3.- As provas serão livremente valoradas pelo Tribunal, conforme as regras da lógica, da ciência e as máximas da experiência.

4.- Qualquer dúvida razoável sobre os fatos debatidos que sejam penalmente relevantes deve se resolver a favor do acusado.⁶²² (tradução nossa)

⁶¹⁹ ESPANHA. Tribunal Supremo. STS 532/2019. Relator(a): Vicente Magro Servet. Madrid, 04/11/2019. Disponível em:

<https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzsbA0tTBQK0stKs7Mz7Mty0xPzStJBfEz0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKTIvNzSktSQ4sybUOKSIMBVGEjfUUA AAA=WKE>. Acesso em: 04/08/2020. **No original:** “En la misma dirección, la doctrina constitucional ha establecido que la presunción de inocencia opera, en el ámbito del proceso penal, como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías”.

⁶²⁰ ESPANHA. Tribunal Supremo. STS 1856/2019. Relator(a): Carmen Lamela Dias. Madrid, 07/06/2019. Disponível em:

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2484b8072b28c6b92ab629ee40aa8dc959>. Acesso em: 04/08/2020. **No original:** “Por último, el principio ‘in dubio pro reo’ a que hace referencia el recurrente no es un principio absoluto, sino algo que debe impregnar la interpretación en el caso de duda razonable del juzgador; solo cuando, tras la valoración conjunta de la prueba, dos opciones son igualmente posibles, entra en funcionamiento este principio, debiéndose acoger siempre la que sea más favorable para el acusado. Es obvio que ello no concurre en el presente caso, en el que la convicción judicial de la forma de ocurrir los hechos ha sido formulada sin dudas.”

⁶²¹ Projeto de lei disponível em: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288778173060/Detalle.html> Acesso em: 04/08/2020.

⁶²² **No original:** “Artículo 6 - Derecho a la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*

1.- Toda persona debe ser considerada y tratada como inocente hasta que sea condenada en sentencia firme debidamente motivada, dictada por el Tribunal competente, en un proceso con todas las garantías en el que haya quedado probada su culpabilidad más allá de cualquier duda razonable.

2.- La carga de la prueba corresponde a la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos constitutivos del delito, tanto de carácter objetivo como subjetivo.

3.- Las pruebas serán libremente valoradas por el Tribunal, conforme a las reglas de la lógica, de la ciencia y las máximas de la experiencia.

4.- Cualquier duda razonable sobre los hechos debatidos que sean penalmente relevantes debe resolverse a favor del encausado”.

Os tribunais portugueses também têm adotado o *standard* anglo-americano da prova da culpa *beyond a reasonable doubt*, como se pode observar nos seguintes precedentes do Supremo Tribunal de Justiça daquela nação:

Inexistindo dúvida razoável na formulação do juízo factual que conduziu à condenação do arguido, fica afastado o princípio do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência, nomeadamente quando tal juízo factual não teve por fundamento uma imposição de inversão da prova, ou ônus da prova a cargo do arguido, mas resultou do exame e discussão livre das provas produzidas e examinadas em audiência, como impõe o art. 355.º, n.º 1 do CPP, subordinadas ao princípio do contraditório, conforme art. 32.º, n.º 1 da CRP.⁶²³

Determinando o princípio *in dubio pro reo* que “a dúvida que fique aquém da razoável deverá ser valorada de forma favorável ao arguido” (Maria João Antunes), de modo que da “presunção de inocência do arguido só pode decorrer que se deem como provados os factos favoráveis ao arguido, decidindo o tribunal como se tivesse sido feita prova dos factos caso fique aquém da dúvida razoável” (idem), então não estamos perante um caso em que o Tribunal recorrido devesse decidir de forma favorável ao arguido, uma vez que expressamente referiu que estava para lá da dúvida razoável e não aquém da dúvida razoável.⁶²⁴

A asserção feita pelo tribunal *a quo* de que a convicção a que chegou resulta com uma probabilidade próxima da certeza ou para além de toda a dúvida razoável não pode deixar de ser interpretada e entendida no contexto de todo e qualquer procedimento criminal, ou seja, sem esquecer as limitações próprias do processo penal, entre elas a que resulta do facto de a certeza do juízo judicial não corresponder à certeza científica.⁶²⁵

Por sua vez, o Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional⁶²⁶, dispõe, em seu art. 66, 3, que, “para proferir sentença condenatória, o tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”. Note-se que o Brasil aprovou tal estatuto pelo Decreto Legislativo nº 112/2002 e o promulgou pelo Decreto

⁶²³ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Proc. n.º 114/15.2GABRR.L2.S1 - 3.ª Secção. Relator(a): Pires da Graça. Boletim anual criminal – 2019, p. 192. Lisboa, 27/03/2019. Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2020/04/criminal_sumarios_2019.pdf. Acesso em: 05/08/2020.

⁶²⁴ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Proc. n.º 480/14.7PASXL.L1.S1 - 5.ª Secção. Relator(a): Helena Moniz. Boletim anual criminal – 2017, p. 533-534. Lisboa, 11/10/2017. Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/06/criminal_sumarios_2017.pdf. Acesso em: 05/08/2020.

⁶²⁵ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Proc. n.º 20/15.OPDOER.S1 – 3.ª Secção. Relator(a): Oliveira Mendes. Boletim anual criminal – 2016, p. 190. Lisboa, 20/04/2016. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/criminal2016.pdf>. Acesso em: 05/08/2020.

⁶²⁶ O Tribunal Penal Internacional foi criado por uma conferência da ONU, em 17 de julho de 1998. Com sede nos Países Baixos, na cidade de Haia, é uma corte que tem personalidade jurídica internacional, caráter permanente, independente e com jurisdição complementar aos tribunais nacionais. Tem competência para processar e julgar crimes de genocídio, delitos contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão (LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 50-56).

nº 4.388/2002⁶²⁷. Então, diante dessa ratificação, manifestando concordância com a jurisdição complementar do TPI, há de se entender que o ordenamento jurídico brasileiro aceita o padrão probatório adotado naquela corte internacional. A esse assunto se voltará no capítulo seguinte.

Oportuno mencionar, a título de exemplo, o caso Charles Taylor, em que aquela corte, por meio da Câmara de Julgamentos do Tribunal Especial para Sierra Leone, Processo nº SCSL-03-01-T, em 18/05/2012⁶²⁸, baseou-se em provas documentais contemporâneas contidas nos relatórios de organizações internacionais e entendeu comprovado, para além da dúvida razoável, que o acusado, ex-Presidente da Libéria, concorreu para a prática de crimes contra a humanidade, inclusive homicídios e estupros contra civis, cometidos por integrantes das forças militares daquele país, entre 1997 e 2002. No acórdão, logo na parte inicial, há um tópico específico para apontar o *standard* de prova que guiaria o julgamento, retratado na regra 87(A) do regulamento do tribunal, que, em sua parte relevante, aduz: “A conclusão da culpa só pode ser alcançada quando a maioria da Câmara de Julgamentos estiver convencida de que a culpa foi comprovada além de qualquer dúvida razoável”.⁶²⁹

A Corte Interamericana de Direitos Humanos⁶³⁰ também tem se orientado pelo *standard beyond a reasonable doubt* para definir se um Estado-parte denunciado violou o direito à presunção de inocência de um de seus cidadãos, sendo pertinente mencionar dois casos para ilustrar.

José Agapito Ruano Torres foi acusado de ter participado de um sequestro em El Salvador no ano de 2000. Ele foi identificado como “El Chopo”, mas insistia na sua inocência dizendo que não era “El Chopo”, mas sim seu irmão. Ruano Torres não teve chance de provar seu álibi e foi condenado a 15 anos de prisão. Em 2015, a CIDH reconheceu o erro judiciário, entendendo que o Estado violou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de forma que determinou a reparação de danos. No que interessa ao presente estudo, a corte consignou:⁶³¹

⁶²⁷ ESTATUTO DE ROMA. Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 112/2002 e promulgado pelo Decreto 4.388/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 01/08/2020.

⁶²⁸ PAÍSES BAIXOS. Tribunal Penal Internacional. Processo nº SCSL-03-01-T. Haia, 18/05/2012. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/8075e7/pdf>. Acesso em: 07/08/2020.

⁶²⁹ **No original:** “A finding of guilt may be reached only when a majority of the Trial Chamber is satisfied that guilt has been proved beyond reasonable doubt”.

⁶³⁰ A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial autônomo que tem sede em San José, na Costa Rica, cujo propósito é, em caráter consultivo, aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e, em caráter jurisdicional, solucionar “controvérsias que se apresentem acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção”. Faz parte do chamado Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Não é um tribunal penal e, portanto, não resolve sobre a culpabilidade individual ou sobre a inocência dos acusados (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 165-166).

⁶³¹ COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença do caso *Ruano Torres e outros v. El Salvador*, p. 37-38. San José, 05/10/2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf. Acesso em: 05/08/2020.

126. O artigo 8.2 da Convenção estabelece que “toda pessoa acusada de um crime tem o direito de ser presumida inocente enquanto sua culpa não estiver legalmente estabelecida”. Por isso, a Corte salientou que o princípio da presunção de inocência constitui uma base para as garantias judiciais. A presunção de inocência implica que o acusado goza de uma condição legal de inocência ou não culpabilidade enquanto se resolve sobre sua responsabilidade penal, de forma que deve receber do Estado um tratamento de acordo com sua condição de pessoa não condenada. Ante o exposto, o princípio da presunção de inocência exige que ninguém seja condenado senão pela existência de provas plenas ou além de qualquer dúvida razoável da sua culpa, após processo conduzido com as devidas garantias.

127. Este estado jurídico de inocência se projeta em várias obrigações que orientam o desenvolvimento de todo o processo penal. Assim, a demonstração fiável da culpa constitui requisito indispensável para a sanção penal, para que o ônus da prova recaia sobre a parte acusadora e não sobre o réu. Nesse sentido, o acusado não deve demonstrar que não cometeu o crime que lhe é atribuído, uma vez que o *onus probandi* é de quem acusa e qualquer dúvida deve ser utilizada em benefício do réu. Por outro lado, o princípio da presunção de inocência implica que os juízes não iniciem o processo com a ideia preconcebida de que o acusado cometeu o crime imputado. (...) ⁶³². (tradução nossa)

Já no caso *Zegarra Marín v. Peru*, a CIDH ⁶³³ entendeu, em fevereiro de 2017, que também houve ofensa ao princípio da presunção de não culpabilidade, pois “(...) as declarações dos corréus não foram corroboradas ou analisadas com as provas no seu conjunto, de forma a indicar a responsabilidade criminal para além de qualquer dúvida razoável, o que também foi evidenciado pela falta de motivação da decisão judicial” (tradução nossa) ⁶³⁴. Assim, o tribunal declarou ter havido violação dos artigos 8.1 e 8.2 da Convenção Americana, em prejuízo de Zegarra Marín.

⁶³² **No original:** “126. El artículo 8.2 de la Convención dispone que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Por ello, la Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. La presunción de inocencia implica que el imputado goza de un estado jurídico de inocencia o no culpabilidad mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, de modo tal que debe recibir del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada. En relación con lo anterior, el principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad, tras un proceso sustanciado de acuerdo a las debidas garantías. 127. Este estado jurídico de inocencia se proyecta en diversas obligaciones que orientan el desarrollo de todo el proceso penal. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. En este sentido, el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. Por otro lado, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa. (...)”

⁶³³ COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentença do caso Zegarra Marín v. Peru*, p. 47. San José, 15/02/2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf. Acesso em: 07/08/2020.

⁶³⁴ **No original:** “(...) las declaraciones de lo coimputados no fueron corroboradas ni analizadas con la prueba en su conjunto, a fin de determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable, lo cual además quedó evidenciado con la falta de motivación de la decisión judicial”.

Nessa mesma linha, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos⁶³⁵ considera que a presunção de inocência estabelecida no art. 6.2 da convenção, como visto no tópico 4.4, implica impor sobre a acusação o ônus de produzir provas que demonstrem a culpa do réu *beyond a reasonable doubt*. Em *Adali v. Turkey (Application n. 38187/97)*⁶³⁶, a Corte de Estrasburgo deixou assentado que, em sua atuação, orienta-se pelo *standard* da prova “além de qualquer dúvida razoável, e tal prova pode resultar da coexistência de inferências suficientemente fortes, claras e concordantes ou de presunções de fato não contestadas (ver *Irlanda v. Reino Unido*, sentença de 18 de janeiro de 1978, Série A nº 25, p. 65, § 161)”.⁶³⁷ Nesse caso, a requerente, esposa de um jornalista, acusou o Estado turco pela morte de seu marido, que era um profissional que comumente dirigia críticas ao governo. Entretanto, o tribunal concluiu que os elementos reunidos nos autos não comprovaram, além de qualquer dúvida razoável, que o marido da requerente foi morto por ou com a conivência de qualquer agente do poder público.⁶³⁸

Ressalte-se, ademais, que, conforme esclareceu Jeremy McBride⁶³⁹, “o TEDH aplica o *standard* da prova ‘além da dúvida razoável’- um critério frequentemente usado em casos criminais - para determinar se existe ou não violação de uma disposição da Convenção Europeia, deixando claro que sua tarefa não é se pronunciar sobre culpa criminal ou responsabilidade civil.”⁶⁴⁰

5.2.4. PROBABLE CAUSE e REASONABLE SUSPICION

De acordo com o Black Law Dictionary⁶⁴¹, *probable cause* (também denominada *reasonable cause; sufficient cause; reasonable grounds*) consiste num “motivo razoável para

⁶³⁵ A Corte de Estrasburgo possui, além da competência contenciosa, a competência consultiva sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção Europeia de Direitos Humanos e de seus protocolos (PIOVESAN, *op. cit.*, 2019, p. 144).

⁶³⁶ FRANÇA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Application* nº 38187/97 - 1ª Seção. Estrasburgo, em 31/05/2005. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-68670%22%5D%7D>. Acesso em: 07/08/2020.

⁶³⁷ **No original:** “(...) beyond reasonable doubt”, and such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact (see Ireland v. the United Kingdom, judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 65, § 161)”.
⁶³⁸ No mesmo sentido: *Enukidze and Girgвлиani v. Georgia* (App. n. 25091/07) Eur. Ct. H. R. (Apr. 26, 2011).

⁶³⁹ MACBRID, Jeremy. *The case law of the European Court of Human Rights on evidentiary standards in criminal proceedings*. Disponível em: <https://rm.coe.int/council-of-europe-georgia-european-court-of-human-rights-case-study-ev/16807823c3>. Acesso em: 07/08/2020.

⁶⁴⁰ **No original:** “(...) the European Court itself applies the standard of “beyond reasonable doubt” – a standard often used in criminal cases - in determining whether or not there has been a violation of a provision of the European Convention, while making it clear that its task is not to rule on criminal guilt or civil liability”.

⁶⁴¹ GARNER; BLACK, *op. cit.*, 2019, p. 1.454. **No original:** “A reasonable ground to suspect that a person has committed or is committing a crime or that a place contains specific items connected with a crime”. (...) Which amounts to more than a bare suspicion but less than evidence that would justify a conviction — must be shown before an arrest warrant or search warrant may be issued. - Also termed *reasonable cause; sufficient cause; reasonable grounds; reasonable excuse*”.

se suspeitar que uma pessoa cometeu ou está cometendo um crime ou que um local contém itens específicos relacionados a um crime”. Ainda segundo o aludido dicionário, a causa provável, nos termos da Quarta Emenda⁶⁴², “que equivale a mais do que uma simples suspeita, mas menos do que uma prova que justificaria uma condenação - deve ser mostrada antes que um mandado de prisão ou mandado de busca possa ser emitido”.

Nessa mesma linha, Gardner e Anderson⁶⁴³ esclarecem que a *probable cause* indica o *quantum* de provas que é exigido para se efetuar uma prisão ou emitir um mandado de busca. É um critério que representa mais que a suspeita razoável (*reasonable suspicion*), porém menos que o *BARD*.

A *probable cause* também é o *standard* probatório que estabelece o grau de suficiência da prova necessário para autorizar a abertura de um processo criminal nos EUA. A promotoria deve demonstrar a causa provável diante do *grand jury* ou do magistrado, conforme o procedimento adotado em cada estado, para que haja o *indictment* e o acusado seja levado a julgamento pelo *petty jury*.⁶⁴⁴ Por isso, como já assinalado, o grande júri é chamado de júri da acusação.

Assim como o *BARD*, a *probable cause* teve uma longa história, marcada por conflitos frequentes, essencialmente políticos, sobre o papel a ser desenvolvido pelo *grand jury*, instituição tradicionalmente identificada com a defesa dos direitos e liberdades individuais dos anglo-saxões. Os júris consistiam numa forma de contenção do poder estatal; representavam, no sistema de justiça anglo-americano, um equilíbrio entre a administração central e a participação popular.⁶⁴⁵

Como visto, o *BARD* foi concebido para guiar o *petty jury* no julgamento do mérito da acusação, enquanto o critério da causa provável foi pensado para orientar a tomada de decisões pelo *grand jury*, colegiado a quem cabia (e ainda cabe nos EUA) definir sobre a existência de provas suficientes para levar alguém a julgamento pelo pequeno júri, evitando-se acusações por capricho ou perseguições descabidas ou injustificadas.

⁶⁴² A Quarta Emenda dispõe que “o direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas” (tradução nossa). **No original:** “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Congress of the United States. Bill of Rights*. Disponível em: <https://www.archives.gov/files/legislative/resources/education/bill-of-rights/images/handout-3.pdf>. Acesso em: 15/08/2020).

⁶⁴³ GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 78.

⁶⁴⁴ INGRAM, Jefferson L. *Criminal Evidence*. Tenth edition. John C. Klotter Justice Administration Legal Series. LexisNexis Group: United States, 2009, p. 33-34.

⁶⁴⁵ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 42-44.

Tal qual aconteceu com o pequeno júri, o *grand jury* foi perdendo a condição de decidir “por sua própria experiência pessoal direta e tiveram que confiar no testemunho”. Inspirados na forma de atuação dos tribunais eclesiásticos, começaram a se orientar por “suspeitas” e também pela “má fama” dos acusados.⁶⁴⁶

Na Inglaterra, a partir do século XVI, e à medida que aumentavam os embates e as trocas de acusações entre adversários políticos, os integrantes do grande júri recebiam exortações usuais sobre preconceito, vingança e imparcialidade, assim como sobre o conceito de “suspeita” e “fama comum”.⁶⁴⁷ Barbara Shapiro⁶⁴⁸ também apurou que, quando a denúncia versava sobre um crime que pudesse levar à aplicação da pena de morte, os jurados se mostravam antipáticos a acusações excessivamente baseadas em “mera suspeita”. Quanto ao crime de bruxaria, os jurados eram aconselhados a agir de forma a garantir que “não houvesse engano dos sentidos” ou “engano da razão ou da imaginação”.⁶⁴⁹

No final do século XVII, a Era da Restauração acirrou ainda mais os conflitos políticos e as denúncias de prática de crimes, elevando a pressão sobre o grande júri. De um lado, os Whigs insistiam que os jurados deveriam apurar toda a verdade e decidir segundo o critério da “consciência satisfeita”, protegendo os inocentes de acusações falsas. De outro, os Tories afirmavam que a função precípua daquele colegiado não era declarar o investigado inocente ou culpado, mas averiguar se havia elementos suficientes para levá-lo a julgamento pelo pequeno júri. Eles diziam que o alto padrão da “consciência satisfeita” era destinado ao julgamento do mérito da causa.⁶⁵⁰

Nessa época, as questões probatórias estavam ganhando a atenção de um grupo muito diversificado de filósofos, naturalistas, teólogos e historiadores. O assunto passou a ser calorosamente discutido em debates públicos e nos livros, assim como em panfletos que eram distribuídos com o fito de defender as posições dos grupos rivais. Faltava consenso sobre a natureza e as funções do grande júri.

Em 1677, Zachary Babington manifestou-se mais simpático à segunda posição, pois uma “acusação era apenas uma acusação” e o critério da “consciência satisfeita” devia ser reservado ao pequeno júri. Entretanto, Babington ficou incomodado com a prática comum de os integrantes do grande júri só ouvirem a acusação, o que não lhe parecia correto. Então, ele passou a defender que, para os jurados enviarem um caso a julgamento, deveriam ter uma

⁶⁴⁶ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 44.

⁶⁴⁷ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 49.

⁶⁴⁸ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 50.

⁶⁴⁹ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 52.

⁶⁵⁰ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 55-56.

forte suspeita, uma grande ou violenta presunção contra o acusado, de forma que, *prima facie*, já se pudesse vislumbrar a verdade provável da transgressão da lei por aquele cidadão.⁶⁵¹

Por sua vez, Sir Matthew Hale, embora não tenha adotado os mesmos critérios expostos por Babington, propugnou pela adoção de um *standard* intermediário de probabilidade, criticando o fato de os jurados do grande júri estarem agindo de modo a querer se antecipar ao julgamento pelo pequeno júri. Hale defendia que o grande júri deveria ouvir apenas a acusação e, a partir da ideia de probabilidade, encontrar um critério situado em algum lugar entre a mera suspeita e a prova da culpa além da dúvida razoável.⁶⁵²

De outro lado, John Somers e Hawles insistiam em defender que o grande júri, órgão independente, deveria avaliar criteriosamente a credibilidade das testemunhas e só levar o acusado a julgamento se estivesse “totalmente convencido”, de “consciência satisfeita” sobre a culpa do imputado. Eles entendiam que o critério da probabilidade era pernicioso e que não se podia permitir que “suspeitas e causas prováveis” colocassem homens em perigo.⁶⁵³

Entretanto, naquele período, os estudos de Locke e outros pensadores já indicavam que os critérios da “consciência satisfeita”, da “certeza moral” e da “além da dúvida razoável” permaneciam no domínio da probabilidade. “Somers usa o termo no sentido pré-lockiano mais tradicional, significando verossímil, provável ou possível”.⁶⁵⁴ E se aqueles eram os critérios que passaram a guiar o pequeno júri, era evidente que o grande júri deveria se satisfazer com um mais baixo do que o do júri de julgamento do mérito da causa.⁶⁵⁵ Era incongruente e representava desperdício de recursos a compreensão que, a pretexto de buscar “toda a verdade”, empurrava o papel institucional do grande júri para uma posição quase idêntica à do júri.

Ainda assim, a disputa entre as duas correntes (critério da consciência satisfeita e critério da probabilidade) se estendeu também pelo século XVIII, alongando o antigo debate de Whig-Tory sobre total persuasão ou probabilidade. Um lado preocupava-se com a tutela dos direitos e liberdades individuais, almejava conhecer “a verdade inteira” e não queria um júri passivo, mas questionador, que não exercesse uma função cerimonial. O outro lado preocupava-se com o avanço da criminalidade, com a necessidade de aprimorar o controle dos comportamentos delitivos. Porém, a insistência dos que defendiam para o grande júri o mesmo *standard* de prova do pequeno júri questionava necessidade de dois procedimentos quase idênticos, o que era um paradoxo institucional.⁶⁵⁶

⁶⁵¹ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 56-57.

⁶⁵² SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 58-59.

⁶⁵³ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 64-69.

⁶⁵⁴ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 69.

⁶⁵⁵ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 69-72.

⁶⁵⁶ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 78.

William Blackstone, almejando aliviar as tensões, buscou construir uma solução conciliatória para o problema. Ele era mais inclinado pelo critério da probabilidade, pela avaliação da causa provável, mas se mostrava preocupado com acusações infundadas, assim como também se preocupava com a prática de os grandes júris só ouvirem a versão da promotoria quanto aos motivos razoáveis para levar o acusado a julgamento. Então, Blackstone resgatou o critério da prova *prima facie*, defendido por Babington, buscando uma combinação do *standard* da probabilidade com o da persuasão completa. O acusado deveria ser levado a júri se houvesse uma suspeita muito forte, uma violenta presunção que deixasse os jurados satisfatoriamente convencidos do acerto da medida.⁶⁵⁷

Também nos Estados Unidos da América, no século XVIII, repetiu-se o mesmo embate. Francis Hopkinson e James Wilson abraçaram a posição de Somers no sentido de que era exigida uma consciência satisfeita, uma certeza moral. McKean defendeu o critério da probabilidade, entendendo ser suficiente uma base provável para a acusação. Já no início do século XIX, Joseph Chitty e Thomas Starkie retomaram a sugestão de Blackstone, propondo o *standard* da prova *prima facie* da culpa do acusado, critério que exigia uma crença confiante, um grau elevado de probabilidade de culpa exatamente porque só se ouvia a versão da promotoria, isto é, a acusação não era contestada diante do grande júri. Então, à primeira vista, a prova já deveria se revelar suficiente para uma condenação.⁶⁵⁸

Essas ideias de Chitty e Sarkie prosperaram. Até o final do século XIX e início do século XX, o *standard* da prova *prima facie* tornou-se o critério para balizar a atuação do grande júri⁶⁵⁹, enquanto o da prova conclusiva, retratada pelo *BARD*, ficou reservado para o pequeno júri. A compreensão era a de que, se o grande júri ouvia apenas a acusação, não havia problema no fato de ele se pautar por um critério mais rigoroso, mais próximo do *BARD*. Entendeu-se que o padrão da prova *prima facie* fornecia um equilíbrio adequado entre o interesse de proteger liberdades individuais e o de garantir o controle do crime. O *standard* da *probable cause* ficou restrito às hipóteses de buscas e prisões.

Contudo, na Inglaterra, ao longo do século XIX, a instituição do grande júri passou a ser questionada por pensadores como Jeremy Bentham, que acreditavam que a necessária proteção contra governos arbitrários já não mais se justificava como antes, que aquele modelo de justiça criminal era caro, muito sujeito a injunções políticas, tomava muito tempo e

⁶⁵⁷ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 82.

⁶⁵⁸ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 86-96.

⁶⁵⁹ Segundo Shapiro, George Edwards declarou a posição americana à época: “O dever do grande júri é determinar se a prova apresentada pelo Estado gera ou não uma presunção *prima facie* de culpa do réu; se, em outras palavras, a prova da acusação é suficiente para sustentar uma condenação” (tradução nossa). **No original:** “The duty of the grand jury is to determine whether or not the evidence presented by the state raises a *prima facie* presumption of guilt of the defendant, in other words, is the evidence for the prosecution sufficient to sustain a conviction” (SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 96).

obstruía a aplicação da lei penal num período em que as cidades cresciam e aumentavam as taxas de criminalidade. Então, aos poucos o grande júri inglês foi sendo substituído por audiências preliminares conduzidas por juízes singulares, que recobram o critério da causa provável para triar as acusações, reafirmando-se a posição no sentido de que o julgamento do mérito da causa é da competência do pequeno júri.⁶⁶⁰

As reformas inglesas repercutiram nos EUA, que ao longo do século XX promoveram mudanças nos planos federal e estaduais. Embora em regra tenha sido mantido o grande júri, aderiu-se às audiências preliminares, com variação de modelos, conforme o estado federado, e se resgatou o *standard* da causa provável para guiar a análise da admissibilidade das acusações. Para muitos, o critério da prova *prima facie* parecia impor padrões de prova consideravelmente mais altos à acusação.⁶⁶¹

Não obstante a causa provável tenha triunfado, o critério *prima facie* não desapareceu completamente. No final de 1981, “o Alasca exigiu que um grande júri indiciasse apenas quando todas as provas reunidas, se inexplicadas ou sem contradição, justificassem a condenação do réu”⁶⁶² (tradução nossa)⁶⁶³ Noutras palavras, deveria haver forte suspeita contra o acusado. “Em algumas jurisdições, a *probable cause* é aproximadamente a mesma exigida para a prisão. Em outras, acredita-se que tal causa provável, em termos de admissibilidade da denúncia, exija mais do que provável causa de prisão, mas menos do que a prova além de uma dúvida razoável”.⁶⁶⁴

As razões que levaram à abolição do grande júri na Inglaterra ainda geram discussões em solo norte-americano quanto ao papel daquela instituição, mas os movimentos a favor de sua eliminação nunca ganharam força para alcançar tal intento.⁶⁶⁵ De todo modo, claro está atualmente que ao grande júri não cabe querer decidir a culpa ou a inocência do investigado, mas deve procurar evitar ao máximo acusações infundadas, maliciosas ou amparadas em provas ilícitas ou em meros boatos.

Portanto, a *probable cause* é um *standard* probatório relevante no cenário jurídico-penal estadunidense, estando situada, em termos epistemológicos quanto ao nível de probabilidade, acima de uma suspeita razoável (*reasonable suspicion*) e abaixo da prova além da dúvida razoável.⁶⁶⁶ Ela significa os motivos justos e razoáveis para se instaurar um processo criminal;

⁶⁶⁰ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 98-99.

⁶⁶¹ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 101.

⁶⁶² SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 102.

⁶⁶³ **No original:** “Alaska required that a grand jury indict only “when all the evidence taken together, if unexplained or uncontradicted, would warrant a conviction of the defendant”.

⁶⁶⁴ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 101-102. **No original:** “In some jurisdictions, probable cause is roughly the same as that required for arrest. In others, such probable cause is thought to require more than probable cause for arrest but less than beyond a reasonable doubt of guilt”.

⁶⁶⁵ SHAPIRO, *op. cit.*, 1991, p. 104.

⁶⁶⁶ MCCAULIFF, *op. cit.*, 1982, p. 1303-1306.

retrata uma base razoável para apoiar uma acusação perante o *petty jury*, e também significa, como visto, os motivos razoáveis a serem demonstrados para se efetuar uma prisão ou emitir um mandado de busca e apreensão domiciliar. Naturalmente, quando se pensa em decretação de prisão, há que se retratar uma causa provável mais robusta, uma maior probabilidade de culpa do agente.

Discute-se na doutrina americana sobre qual seria o “grau de certeza” reclamado pela *probable cause*. Seria menos, igual ou mais de 50%? Seria equivalente ao do critério da preponderância da prova? O assunto não é pacífico, até porque a ilustração probabilística em números, nessa área, enseja controvérsia na medida em que o grau de corroboração fática exigido variará conforme a natureza da medida.⁶⁶⁷ O certo é que a *probable cause* situa-se acima da *reasonable suspicion* e abaixo do padrão *clear and convincing evidence*.

Cabe agora tecer algumas observações sobre a *reasonable suspicion*⁶⁶⁸, que é uma “base particularizada e objetiva, apoiada em fatos específicos e articuláveis, para suspeitar de uma pessoa de atividade criminosa. Um policial deve ter uma suspeita razoável para parar uma pessoa em um local público”. Esse critério da suspeita razoável representa o *quantum* de prova que “um policial precisa para fazer uma parada investigativa”, uma busca pessoal. Ele indica “uma causa menos provável, mas mais do que um palpite ou mera suspeita.”⁶⁶⁹

Foi no famoso caso Terry (*Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 1968) que “a Suprema Corte dos Estados Unidos aprovou a prática de revistar suspeitos por uma causa menos provável, quando houver motivos razoáveis para acreditar que alguma atividade criminosa estivesse em andamento”⁶⁷⁰ (tradução nossa). A suspeita razoável não é suficiente para levar a uma prisão, mas permite uma rápida detenção para investigação. Para fazer uma parada temporária para fins de averiguação, “o policial deve ser capaz de apontar para fatos específicos e articuláveis que, juntamente com inferências racionais desses fatos, justificam razoavelmente essa intrusão”⁶⁷¹ (tradução nossa).

Portanto, a *reasonable suspicion* é um *standard* de prova rebaixado, que consiste em motivos razoáveis para se desconfiar, retratados em circunstâncias que farão uma pessoa razoável acreditar que o suspeito cometeu, está cometendo, ou está prestes a cometer um

⁶⁶⁷ MCCAULIFF, *op. cit.*, 1982, p. 1303-1308.

⁶⁶⁸ GARNER; BLACK, *op. cit.*, 2019, p. 1.748. **No original:** “A particularized and objective basis, supported by specific and articulable facts, for suspecting a person of criminal activity. A police officer must have a reasonable suspicion to stop a person in a public place”.

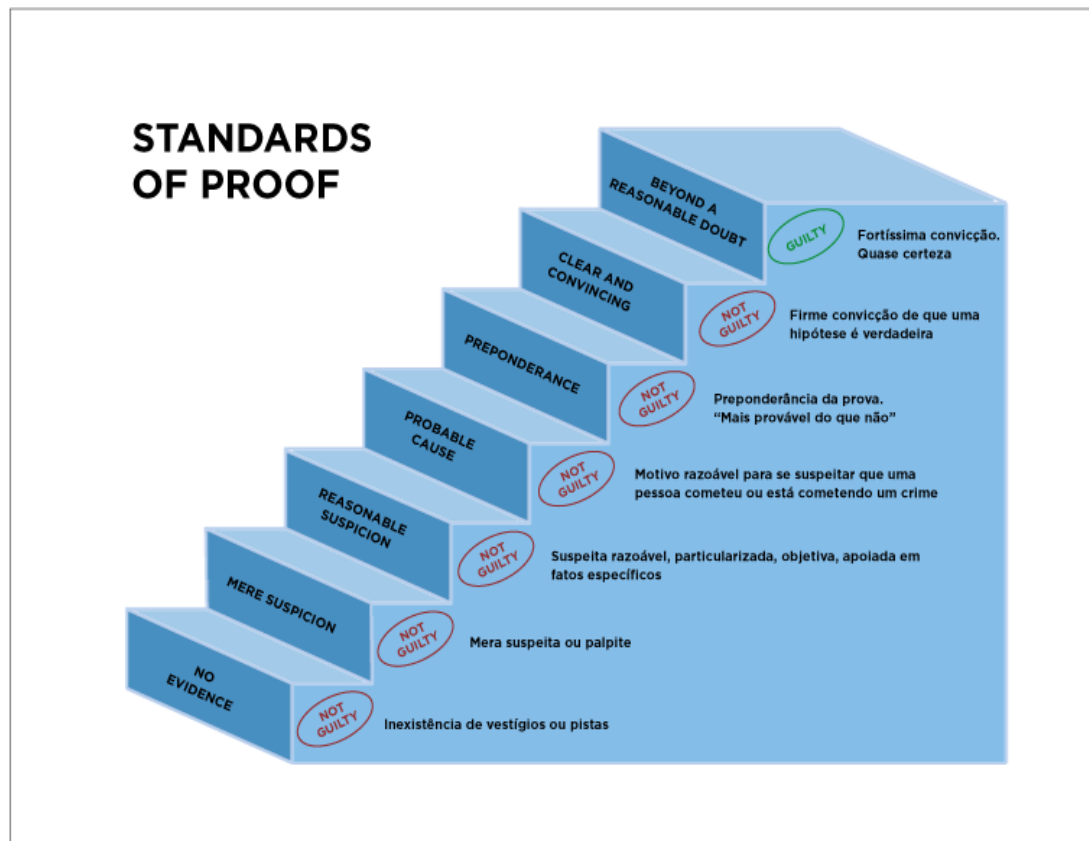
⁶⁶⁹ GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 78.

⁶⁷⁰ INGRAM, *op. cit.*, 2009, p. 664. **No original:** “(...) the United States Supreme Court approved the practice of frisking suspects on less than probable cause when there were reasonable grounds to believe that criminal activity might be afoot”.

⁶⁷¹ GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 355 e 357. **No original:** “(...) the officer must be able to point to specific and articulable facts which, taken with rational inferences from those facts, reasonably warrant that intrusion”.

crime. Para determiná-la, deve-se olhar para todo o quadro e todas as circunstâncias que existiam no momento em que o agente estatal decidiu agir.⁶⁷²

Concluindo este tópico, é oportuno explicitar, numa figura, um quadro que resume os graus de suficiência probatória do sistema jurídico norte-americano. Cada degrau representa um critério de prova, sendo que o nível de exigência aumenta à medida que o procedimento caminha rumo à sentença:



No capítulo seguinte, em que se tratará dos *standards* de prova no processo penal brasileiro, será averiguada, no tópico 6.5.2, a (in)compatibilidade do *BARD* com os princípios reitores do Direito Processual Penal nacional. Almeja-se também, à luz da experiência norte-americana e da concepção racionalista de valoração da prova, aclarar e sistematizar critérios de suficiência probatória existentes no ordenamento jurídico-penal brasileiro, mormente no que diz respeito à medida da prova necessária para se declarar a culpa do réu, aspecto que é o ponto principal desta pesquisa.

⁶⁷² GARDNER; ANDERSON, *op. cit.*, 2013, p. 355.

6. STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Conforme exposto no capítulo anterior, nos países de *common law*, por causa da tradição de julgamentos por júris nas searas cível e criminal, há muito se discute a medida da prova, os critérios ou graus de suficiência probatória destinados a orientar os jurados a respeito do *quantum* de prova é necessário para se considerar provada uma hipótese. Nos sistemas jurídicos anglo-americanos, portanto, é comum traçarem-se distinções entre diversos graus de convicção para se dar um fato por provado; é usual o estudo em torno dos *standards* probatórios, buscando explicitar os parâmetros de suficiência da prova, os quais devem guiar a tomada da decisão judicial quanto à questão fática.

De outro lado, no sistema do *civil law*, conquanto não se desconheçam os *standards* de prova ou modelos de constatação dos fatos (“indícios suficientes”, “fundadas razões”, “justa causa”)⁶⁷³, relegou-se para um segundo plano de prioridades a pesquisa relativa aos graus ou critérios de suficiência da prova⁶⁷⁴. Noutras palavras, embora os ordenamentos dos países de matriz romano-germânica tenham oferecido balizas para direcionar a determinação dos fatos, não houve tanta preocupação acadêmica em bem retratar *quanta prova* é necessário para se reputar provada uma proposição fática, em apontar qual o grau de confirmação de uma hipótese é exigido para que seja considerada verdadeira⁶⁷⁵.

O grau de confirmação das hipóteses fáticas fica exclusivamente a cargo do julgador, muito à mercê de seu prudente arbítrio em vista das circunstâncias do caso concreto, entendendo-se suficiente que ele motive sua decisão⁶⁷⁶. Todavia, como assinalado ao longo deste trabalho, os *standards* de prova precisam ser previamente definidos e explicitados, para balizar a atuação das partes em contraditório, para orientar o julgador e propiciar o controle de sua decisão. Eles funcionam como guias para a valoração racional da prova e devem proporcionar controlabilidade ao ato decisório.

⁶⁷³ Gustavo Badaró esclarece que a lei brasileira elenca alguns *standards* ou modelos de constatação: “(...) para a prisão temporária bastam “fundadas razões ... de autoria” (Lei nº 7.960/89, art. 1º, inc. III), enquanto que para a prisão preventiva é necessário “indício suficiente de autoria” (CPP, art. 312); já para a pronúncia não basta – no singular – indício suficiente, sendo exigidos “indícios suficientes de autoria” (CPP, art. 413, *caput*); por outro lado, para o sequestro, “indícios veementes de proveniência ilícita dos bens” (CPP, art. 126). No incidente de insanidade mental, basta a “dúvida sobre a integridade mental do acusado” (CPP, art. 149, *caput*). Assim, varia o grau de probabilidade exigida, seja uma simples preponderância de uma hipótese sobre a outra, seja uma probabilidade reforçada ou qualificada” (BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 432-433).

⁶⁷⁴ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 432-433.

⁶⁷⁵ Duas exceções, como registrado, foram os seguintes trabalhos: KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízo cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, nov. 2007, p. 161-185. E, mais recentemente, outros trabalhos foram surgindo a respeito do assunto.

⁶⁷⁶ BELTRÁN, *op. cit.*, 2013, p. 34-35.

No Brasil, nos últimos anos, assim como noutros países da Europa Continental e na América Latina, nota-se o interesse pela compreensão dos *standards* de prova de países de matriz anglo-americana. Como será visto mais abaixo, na esfera do processo penal, crescentemente se tem invocado o *BARD* como critério de suficiência da prova, o que tornou imperioso o estudo mais detido do tema, buscando não só averiguar a (in)compatibilidade de tal *standard* com o modelo nacional de processo penal, mas almejando um desenvolvimento epistêmico dessa dimensão do direito probatório brasileiro. Não se pode continuar atrelado ao estado mental e subjetivo do julgador.

Porém, antes de discutir o *standard* destinado a guiar o julgamento do mérito da causa penal, impõe-se enfrentar as dificuldades dogmáticas para tentar apontar os níveis de suficiência probatória exigidos para se deferir medidas de obtenção de prova (medidas cautelares probatórias), medidas cautelares penais (pessoais e reais), sobretudo para a decretação da prisão temporária e da prisão preventiva, para se receber a denúncia ou a queixa e para a pronúncia ou impronúncia do acusado (juízo de admissibilidade da acusação). Como afirmado no início deste estudo, há a premente necessidade de uma sistematização clara, didática e consistente da matéria.

Os *standards* de prova disponibilizados pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro estão dispostos de forma difusa, fragmentária, parecendo às vezes encobertos por outros elementos ou requisitos relativos à decisão ou ao momento processual, havendo necessidade de que sejam tratados de forma metodológica, organizativa e coordenada. Embora representem graus diversos de probabilidade, de corroboração das proposições fáticas, variando conforme o tipo de provimento jurisdicional ou de bem jurídico tutelado e se tornando mais exigentes à medida que o processo caminha para a fase final, a abordagem sistematizada ajudará a melhor compreender o assunto e sua relevância para o controle de abusos e arbitrariedades, assim como auxiliará no desfazimento de equívocos nos campos doutrinário e jurisprudencial.

Então, nesta parte final do trabalho, a partir da experiência norte-americana e da concepção racionalista de valoração da prova, buscar-se-á a sistematização dos critérios de suficiência probatória existentes no ordenamento jurídico-penal brasileiro com o intuito de responder às indagações que motivaram a pesquisa: quais são os graus de suficiência probatória ou os níveis de confirmação das hipóteses fáticas para que a prisão provisória de um cidadão seja decretada, para que a denúncia contra ele ofertada seja recebida pelo juízo competente, para que seja levado a júri popular e para que seja ele condenado? Quando se pode considerar derrotada a presunção de inocência do acusado? O critério anglo-americano da prova *beyond a reasonable doubt* é aplicável no Brasil?

6.1. STANDARDS DE PROVA DOS MEIOS DE INVESTIGAÇÃO (MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA OU MEDIDAS CAUTELARES PROBATÓRIAS)

De acordo com Gustavo Badaró⁶⁷⁷, “meios de prova são os instrumentos pelos quais se leva ao processo um elemento de prova apto a revelar ao juiz a verdade de um fato”. Servem, diretamente, para provar a veracidade da hipótese fática, para convencer o julgador. São exemplos as declarações do ofendido, os relatos das testemunhas, os documentos etc.

Já os meios de obtenção de prova são meios de investigação; nas palavras daquele mesmo autor, são “instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova”⁶⁷⁸. Não são provas, mas meios para obtê-las. Servem para recolher elementos que, conforme o resultado da medida, poderão constituir meios de prova. Como exemplos de meios de obtenção de prova, há as “quebras” de sigilos bancário, fiscal ou telefônico, a interceptação de comunicação telefônica, a gravação ambiental e a infiltração de agente. Também são denominadas medidas cautelares probatórias.⁶⁷⁹

O CPP brasileiro tratou da busca e apreensão no título VII como se ela fosse um meio de prova. Entretanto, na realidade, como assentado pela doutrina, a busca e apreensão não é meio de prova, mas um meio de obtenção de prova, uma medida cautelar probatória⁶⁸⁰, que pode ser decretada antes (preparatória) ou no curso da ação penal (incidental). Garcez Ramos a classificou como medida cautelar instrutória de urgência, destinada a encontrar pessoas e coisas (resgatar vítimas, localizar e apreender instrumentos ou proveitos do crime etc.).⁶⁸¹

Pois bem. O art. 240 do CPP dispõe que a busca e apreensão será pessoal ou domiciliar. A primeira diz respeito à “revista”, que “consiste em apalpar, tocar com a mão, superficialmente, o perfil corporal de suspeitos”, também podendo ser feita por algum meio mecânico, como um detector de metais.⁶⁸² Essa medida naturalmente não se confunde com uma intervenção corporal ou com inspeções nas cavidades naturais do corpo humano.⁶⁸³ Já a segunda (busca domiciliar) refere-se, por óbvio, à busca no domicílio do suspeito (ou investigado), ou seja, em sua residência, casa, local de trabalho ou escritório, assim como num

⁶⁷⁷ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 392.

⁶⁷⁸ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 393.

⁶⁷⁹ NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 850.

⁶⁸⁰ NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 851.

⁶⁸¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 66 e 72.

⁶⁸² NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 856.

⁶⁸³ NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 859.

quarto de hotel, *trailer* ou *motorhome*. E sendo inviolável o domicílio da pessoa, há a necessidade uma ordem judicial para o cumprimento da medida (art. 5º, XI, da CF/88).⁶⁸⁴

Para a busca pessoal (exame superficial do corpo, vestes e objetos), aquele dispositivo legal estabelece que terá cabimento “quando houver *fundada suspeita* de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados” no preceito. No que tange à busca domiciliar, a lei só permite sua decretação “quando *fundadas razões* a autorizarem” (§ 1º) (destaques nossos). Noutras palavras, o afastamento do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio clama pela apresentação de “fundadas razões” que justifiquem sua necessidade.⁶⁸⁵

Essa “fundada suspeita” e essas “fundadas razões” consistem em rebaixados *standards* de prova ou modelos de constatação dos fatos. Evidentemente, distinguem-se de uma simples suspeita, de uma pura intuição ou desconfiança. Elas vão além disso, devendo estar conectadas a fatos objetivos, apresentando-se consistentes, realmente fundadas. São parâmetros menos exigentes, que podem ser traduzidos por uma suspeita razoável (*reasonable suspicion*), por um motivo aceitável que, nas circunstâncias, sejam suficientes para justificar a busca a fim de se esclarecer fatos e eventualmente colher provas.

Todavia, a busca domiciliar, calcada em “fundadas razões” (e não em “fundada suspeita”), exige mais do que a busca pessoal, tanto que reclama autorização judicial escrita e fundamentada, “salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro” (art. 5º, XI, da CF/88). Numa situação ou noutra (hipótese de flagrância de delito permanente)⁶⁸⁶, ela deve estar justificada por elementos concretos que a legitimem. A casa ou moradia de alguém é reservada à vida íntima, à privacidade do indivíduo, é geralmente compartilhada por outras pessoas, de modo que a lei cobra mais que a “fundada suspeita”, exigindo “fundadas razões”, isto é, indícios mais consistentes de que a pessoa ou objeto procurado esteja naquele local preservado constitucionalmente. Sobre este aspecto, vale registrar a seguinte observação de Schietti Cruz:⁶⁸⁷

⁶⁸⁴ NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 852-853.

⁶⁸⁵ “Não se desconhece que a busca e apreensão domiciliar pode ser de grande valia à cessação de crimes e à apuração de sua autoria. No entanto, é de particular importância consolidar o entendimento de que o ingresso na esfera domiciliar para apreensão de drogas em determinadas circunstâncias representa legítima intervenção restritiva apenas se devidamente amparada em justificativas e elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, sem o que os direitos à privacidade e à inviolabilidade do lar serão vilipendiados” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 598.051/SP. Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021, p. 22. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/02032021%20HC598051.pdf>. Acesso em: 01/04/2021).

⁶⁸⁶ Sobre esse ponto, o Supremo Tribunal Federal definiu o seguinte, no tema 280: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”.

⁶⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 598.051/SP. Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021, p. 22. Disponível em:

(...), ao contrário do que se dá em relação a outros direitos fundamentais, o direito à inviolabilidade do domicílio não protege apenas o alvo de uma atuação policial, mas todo o grupo de pessoas que residem ou se encontram no local da diligência. Ao adentrar uma residência à procura de drogas – pense-se na cena de agentes do Estado fortemente armados ingressando em imóveis onde habitam famílias numerosas – são eventualmente violados em sua intimidade também os pais, os filhos, os irmãos, parentes em geral do suspeito, o que potencializa a gravidade da situação e, por conseguinte, demanda mais rigor e limite para a legitimação da diligência”.

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça, pensando exatamente em melhor salvaguardar a inviolabilidade de domicílio e a intimidade das pessoas, sobretudo em comunidades mais carentes, em relação às quais exsurtem mais notícias de agir abusivo por parte de agentes policiais, entendeu que a diligência deve ser filmada, sobretudo quando lastreada no consentimento do morador. Schietti Cruz⁶⁸⁸ aduziu que é “de fundamental importância que se registre, em vídeo e áudio, toda a diligência, máxime nas situações em que, por ausência justificada do formulário ou por impossibilidade qualquer de sua assinatura, seja indispensável comprovar o livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar”.

A referida corte nacional também assentou ser indispensável que o mandado de busca e apreensão em domicílio deve ter “objetivo certo e pessoa determinada, não se admitindo ordem judicial genérica”.⁶⁸⁹ Foi refutada a ideia de busca e apreensão coletiva, afastando-se a possibilidade de concessão de ordem indiscriminada de busca e apreensão para a entrada da polícia em qualquer residência”.

Assim, para decretar uma busca e apreensão domiciliar ou para que seja realizada sem mandado, em situação de flagrância de crime permanente, é necessário mais do que o exigido para uma busca pessoal. É preciso que a autoridade requerente demonstre uma suspeita razoável, razões fundadas que efetivamente justifiquem a medida. A autoridade policial ou o órgão de acusação precisa apontar razões concretas, isto é, base empírica, objetivamente verificável, que indiquem a probabilidade, ainda que menor, de envolvimento da pessoa-alvo numa prática criminosa. Em contrapartida, justamente porque o propósito da medida é a obtenção de prova, o *standard* de prova para a busca domiciliar (“fundadas razões”) não deve ser tão exigente como uma justa causa (ou *probable cause*), mas deve retratar mais que a “fundada suspeita”, não dando azo a medidas arbitrárias ou totalmente injustificadas.

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/02032021%20HC598051.pdf>. Acesso em: 01/04/2021.

⁶⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 598.051/SP. Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021, p. 47. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/02032021%20HC598051.pdf>. Acesso em: 01/04/2021.

⁶⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 435.934/RJ. Relator(a): Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 20/11/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800269307&dt_publicacao=20/11/2019. Acesso em: 01/04/2021.

O importante é que, num caso e noutro (e especialmente no que toca à busca domiciliar), tal probabilidade de prática delitiva ou de envolvimento criminoso não seja remota, expressando mera conjectura, mas que seja real, ainda que diminuta, apoiada em elementos fáticos concretos, capazes de justificar o ato⁶⁹⁰, evitando-se abusos e vexames desnecessários por parte de quem sofre a busca.⁶⁹¹

Luciano Dutra⁶⁹² assinala que, invariavelmente, os alvos dessas intervenções policiais “são pessoas de nível econômico-social mais baixo, de pouca escolaridade, que moram em favelas e que, via de regra, desconhecem os limites da autoridade pública (...)”. Assim, “a exigência de razões seguras que possam ser justificadas e devidamente fundamentadas não pode ceder espaço ao subjetivismo do policial”. Os motivos das buscas devem, pois, estar presentes e serem capazes de legitimar tais intromissões na esfera íntima do cidadão, sob pena de abuso de autoridade.⁶⁹³

Como dito, as quebras de sigilos bancário, fiscal ou telefônico (informações sobre chamadas pretéritas, tais como data, horário da ligação, número do telefone chamado e duração) também são meios ordinários de investigação, de obtenção de prova. O sigilo dos dados bancários, garantido pela Constituição Federal (art. 5º, X), pode ser afastado judicialmente, consoante a Lei Complementar nº 105/2001, “quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial” (art. 1º, § 4º).

O sigilo fiscal, também assegurado pela Carta Magna (art. 5º, X, e art. 145, § 1º) e pelo art. 198, § 1º, I, do Código Tributário Nacional, pode ser quebrado pela autoridade judicial “no interesse da justiça”, assim como não é vedada a divulgação dos dados se o desiderato é formular ao Ministério Público a denominada representação para fins penais nos casos em que as autoridades fiscais identificarem indícios de práticas criminosas contra a ordem tributária e a Previdência Social. Já o afastamento judicial de sigilo de dados telefônicos (detalhamento ou histórico das ligações) pode se dar sempre que necessário para se tentar elucidar fatos atinentes ao cometimento de um ilícito penal.

Nesses casos, em que se almeja a quebra dos sigilos de dados, são bem leves os parâmetros de exigência para se autorizar tais medidas, bastando que seja retratada a “necessidade para a apuração” ou o “interesse da justiça” e a disposição de elucidar os fatos a

⁶⁹⁰ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 444.024/PR. Relator(a): Min Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz. 6ª Turma, data do julgamento: 02/04/2019, DJe 02/08/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800782456&dt_publicacao=02/08/2019. Acesso em: 01/04/2021.

⁶⁹¹ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 399.

⁶⁹² DUTRA, Luciano. *Busca e Apreensão Penal*. Da legalidade às ilegalidades cotidianas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 146.

⁶⁹³ DUTRA, *op. cit.*, 2007, p. 147.

partir de indícios⁶⁹⁴ de possível prática delitiva. Esses são critérios que devem orientar a tomada da decisão no sentido do deferimento ou do indeferimento da medida cautelar voltada à colheita de elemento de prova. Note-se que, malgrado as referidas leis silenciem, é evidente que tal necessidade ou interesse deve estar calcado em indícios da materialidade delitiva e em indícios, ainda que tênues, de autoria ou da participação na prática criminosa.⁶⁹⁵ Não fosse assim, estaria aberta uma perigosa janela para a violação de direitos fundamentais sem uma justificativa plausível.

Por outro lado, em relação às interceptações de comunicações telefônicas ou de comunicações via sistemas de informática e telemática para fins de investigação ou instrução criminal, a Lei nº 9.296/1996 exige que a autoridade requerente da medida aponte “indícios razoáveis da autoria ou participação” em infração penal punida com reclusão. Essa exigência “não pode ser confundida com a mera suspeita, que pode decorrer, v.g., de uma simples conjectura pessoal, sem amparo em nenhum dado objetivo de conhecimento”.⁶⁹⁶ Também é necessário que a prova dos fatos não possa ser produzida por outros meios (caráter de subsidiariedade).

Como essa medida cautelar probatória é mais invasiva, representando uma maior restrição a direitos fundamentais, a lei estabelece um *standard* um pouco mais pesado, mais exigente, reclamando que a autoridade policial ou o agente do MP indiquem “indícios razoáveis” de que o representado está cometendo determinado delito e que não há outra maneira de coletar as provas da ilicitude que está em andamento.⁶⁹⁷ Esse padrão de suficiência probatória está acima do que é exigido para a decretação das quebras de sigilo referidas nos parágrafos anteriores, mas, claramente, aquém da justa causa, que é o *standard* que orienta o juízo de admissibilidade da denúncia, como será visto adiante.

⁶⁹⁴ Os indícios, como visto no item 2.3, são elementos que, por meio de um raciocínio lógico ou por inferência, podem comprovar uma proposição fática e, por isso, são considerados prova indireta (TONINI, *op. cit.*, 2002, p. 53).

⁶⁹⁵ Como assinala Madeira Dezem, o “indício”, o “indício suficiente” e o “indício razoável” são *standards* probatórios “que não são de fácil diferenciação” (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 832). Porém, pode-se notar que os adjetivos têm o propósito de retratar o maior grau de corroboração da hipótese fática que é esperado em determinada situação ou contexto.

⁶⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta, 2013, p. 516.

⁶⁹⁷ Como aduziu Schiatti Cruz, “com efeito, a interceptação telefônica atinge uma das liberdades mais importantes do indivíduo, que é a livre expressão do pensamento externado durante a comunicação, que pode portar os segredos mais íntimos da pessoa humana ou, como explicita José Afonso da Silva, “confissões íntimas, na confiança que se deu pura confidência” (Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros Editora, 2006, p. 104). Diversamente ocorre com o sigilo bancário, cujas informações pessoais são estáticas, em regra unipessoais, referentes a movimentações financeiras e de conhecimento das instituições financeiras e de inúmeras pessoas (funcionários, gerentes, escriturários etc), cujo acesso somente não é franqueado ao público de maneira geral” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 349.945/PE, Relator(a): Min. Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Rogerio Schiatti Cruz, 6ª Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 02/02/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600498873&dt_publicacao=02/02/2017. Acesso em: 03/04/2021).

Da mesma forma, a gravação ambiental (captação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos), prevista no art. 3º, II, da Lei nº 12.850/2013, reclama “indícios razoáveis” da prática de crime, não havendo como entender que o modelo de constatação fática seja diverso ou menos exigente que aquele que norteia a interceptação de comunicação telefônica. Num caso e noutro, deve haver mais que uma suspeita fundada, deve haver “indícios razoáveis” a retratarem uma maior probabilidade de autoria ou participação em práticas criminosas.

No tocante à figura da infiltração de agentes policiais, também prevista na Lei nº 12.850/2013 (arts. 3º, VII, e 10), “será admitida a infiltração se houver *indícios de infração penal* de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis”⁶⁹⁸ (§ 2º do art. 10) (sem destaque no original). Aqui, a lei já não faz a exigência de que os indícios sejam razoáveis, contentando-se que eles sejam apontados para justificar o emprego dessa ferramenta de enfrentamento e combate à criminalidade organizada. Nesse contexto, não se vê diferença significativa entre um padrão e outro, isto é, não se divisa uma graduação que os diferencia em termos de probabilidade lógica. O certo é que o emprego desses meios especiais de obtenção de prova reclama mais que “fundada suspeita” ou “razões fundadas”, sendo necessário também que os elementos probatórios não possam ser amealhados de outra forma.

Em todos esses meios de investigação ou de obtenção de prova, os padrões de verificabilidade fática ou os modelos de constatação não são tão exigentes exatamente porque o que se almeja é a coleta de provas. No entanto, eles não podem ser ignorados, mas precisam ser adequadamente observados, para que as medidas não venham a ser deferidas sem lastro, a partir de alegações vazias, ao talante dos órgãos de persecução penal, com enveredamento para o campo das arbitrariedades ou dos abusos, com violação gratuita de direitos fundamentais de quem é suspeito ou investigado.

6.2. STANDARDS DE PROVA DAS MEDIDAS CAUTELARES REAIS OU PATRIMONIAIS

Denominadas pelo legislador de 1941 de “medidas assecuratórias”, 03 (três) são as medidas cautelares reais ou patrimoniais previstas no Código de Processo Penal brasileiro: o sequestro de bens imóveis (art. 125) e de bens móveis (art. 132); a especialização e o registro

⁶⁹⁸ Marllon Sousa esclarece que “(...) a medida de infiltração policial, por ser a mais gravosa atividade de investigação, seja do ponto de vista do investigado ou do infiltrado, somente pode ser deferida se nenhuma outra medida investigatória tiver resultado em sucesso para a elucidação de fatos relacionados aos crimes possivelmente cometidos pelo grupo organizado” (SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 84-85).

da hipoteca legal (art. 134); e o arresto (arts. 136 e 137). São medidas cautelares que, como se percebe, recaem sobre coisas e não sobre pessoas. A primeira recai sobre bens de procedência ilícita e as outras duas alcançam patrimônio de origem lícita. Essas cautelares têm o propósito de assegurar a perda do produto ou proveito do crime em favor da União, assegurar a reparação do dano causado ao ofendido ou a terceiro de boa-fé, assim como o pagamento da pena de multa e das despesas processuais. Elas podem ser requeridas pelo Ministério Público, pelo ofendido ou, ainda, mediante representação da autoridade policial.

Apesar do laconismo do texto do CPP, dois pressupostos iniciais devem estar presentes, como exigido por toda medida cautelar penal: a) o *fumus comissi delicti*, representado pela prova da materialidade delitativa e pelos indícios de autoria, assim como pelos indícios de proveniência ilícita dos bens, quando for o caso; e b) o *periculum in mora*, consubstanciado em elementos informativos indicadores de que o patrimônio será dilapidado, transferido ou ocultado⁶⁹⁹. Nos casos, porém, em que se almeja a constrição de bens que constituam produto ou proveito do delito, o perigo na demora é indicado pela própria natureza da infração e pelas circunstâncias dos fatos.⁷⁰⁰

A medida de sequestro visa a alcançar bens imóveis ou móveis⁷⁰¹, “adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro” (art. 125). O *standard* probatório estabelecido pelo art. 126 consiste em “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens” (sem destaque no original). Note-se que, “embora a lei se refira apenas aos indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, a aludida norma contém, implicitamente, a referência aos indícios do próprio crime, a ser objeto de ação penal futura, se adotada a medida ainda na fase de investigação”.⁷⁰²

De acordo com Hélio Tornaghi⁷⁰³, “indícios veementes são os que levam à grave suspeita, os que eloqüentemente apontam um fato, gerando uma suposição bem vizinha da certeza”. Não se está a falar, destarte, de quaisquer indícios, mas de indícios fortes, vigorosos, que ensejam alta probabilidade da prática do delito.

⁶⁹⁹ Nesse ponto, de um lado, Lopes Jr. argumenta que a parte requerente deve demonstrar, concretamente, a real necessidade da medida, “jamais se admitindo que se presuma o perigo de perecimento do bem ou ainda que o réu irá fraudar a (futura) execução” (LOPES JR., *Aury. Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1101). Por outro prisma, Pacelli e Fischer pontuam que o perigo da demora repousa exatamente “nas dificuldades de recuperação do bem, quando houver a sua alienação, propiciando o repasse e o incremento de uma cadeia de terceiros de boa-fé” (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 293).

⁷⁰⁰ Sobre esse aspecto, João Gualberto Garcez Ramos assinala que, “tendo o agente cometido um crime patrimonial doloso (...) motivado por cobiça, por exemplo, é razoável pensar-se que, uma vez consumado o crime, seu objetivo passe a ser o *status quo* alcançado com a prática da infração penal; talvez até com a repetição de ações moralmente reprováveis. Nisso também reside a potencial inutilidade das medidas patrimoniais do processo penal se desvestidas de urgência” (RAMOS, *op. cit.*, 1998, p. 287).

⁷⁰¹ Naturalmente, só cabe o sequestro de bens móveis quando eles não puderem ser apreendidos a partir de uma medida de busca (art. 132 do CPP).

⁷⁰² PACELLI; FISCHER, *op. cit.*, 2017, p. 293.

⁷⁰³ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 216.

Ao comentar esse ponto, Badaró⁷⁰⁴ assinala que os indícios veementes não se confundem com uma “simples suspeita” ou uma “mera suposição”, devendo haver “elevada probabilidade” de que os bens sejam de origem ilícita. Ele sustenta que, havendo outra hipótese provável para a origem dos bens, não afastada pelos indícios, eles não podem ser considerados veementes e o pleito cautelar deve ser denegado.

Por sua vez, a especialização e o registro da hipoteca legal recaem sobre bens imóveis que licitamente integrem o patrimônio do acusado.⁷⁰⁵ Quanto a essa medida, a lei explicitou o *fumus comissi delicti* ao mencionar, no art. 134 do CPP, a necessidade de se demonstrar “certeza da infração e indícios suficientes da autoria”, termos que também retratam o grau de constatação fática exigido para o seu deferimento. Noutras palavras, em termos de suficiência probatória, são exigidos prova da materialidade delitiva e indícios razoáveis, consistentes, de autoria. Se os indícios forem fracos, frágeis, indicando uma baixa probabilidade de o acusado ter cometido a infração, a medida não pode ser autorizada. A presunção de inocência impede que, sem se ter alcançado o grau de constatação fática exigido pelo *standard*, sejam impostas restrições aos direitos do acusado.

Já o arresto, que também recai sobre patrimônio de origem lícita, pode ser de duas espécies: a) arresto de bens imóveis, prévio à especialização da hipoteca legal (art. 136), hipótese em que não passa de uma medida destinada “a preservar bens especializáveis, possibilitando, assim, a inscrição da hipoteca”⁷⁰⁶; b) arresto subsidiário de bens móveis (art. 137), que será, na fase de execução, convertido em penhora. Nessas duas modalidades de arresto, embora a lei tenha omitido, também se reclama prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, aplicando-se as observações acima no que tange ao nível de suficiência probatória exigido para que a medida possa ser deferida. Não pode ser diferente, pois essa medida também afeta o direito de propriedade, constitucionalmente assegurado.

Ainda, o Decreto-Lei nº 3.240/1941⁷⁰⁷ permite, no seu art. 1º, o sequestro de bens das pessoas indiciadas ou denunciadas por crimes que resultem em prejuízo para a Fazenda Pública ou por crimes que acarretem locupletamento ilícito em benefício próprio. Para a

⁷⁰⁴ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 1157.

⁷⁰⁵ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 1173.

⁷⁰⁶ NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 849.

⁷⁰⁷ Parte da doutrina entende que o sequestro do Decreto-Lei nº 3.240/1941 foi revogado em função da disciplina que o CPP deu ao instituto, revogação que teria se tornado ainda mais explícita a partir das alterações promovidas pela Lei nº 11.435/2006 no que toca às medidas assecuratórias em questão (BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 1171-1172). Todavia, no Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que tal decreto-lei “não foi revogado pelo Código de Processo Penal, tendo sistemática própria o sequestro de bens de pessoas indiciadas ou denunciadas por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, sendo certo, outrossim, que o art. 4º do mencionado diploma dispõe que o sequestro pode recair sobre todo o patrimônio dos acusados e compreender os bens em poder de terceiros, contanto que estes os tenham adquirido com dolo ou culpa grave. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no REsp 1530872/BA, Relator(a). Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015).

decretação dessa medida, exigem-se “indícios veementes de responsabilidade” penal (art. 3º), sendo que o bloqueio “pode recair sobre todos os bens do indiciado”, independente de sua origem, “e compreender os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave” (art. 4º).

De outro lado, no que concerne ao crime de tráfico de drogas, a Lei nº 11.343/2006, alterada pela Lei nº 13.840/2019, dispõe que o juiz, a requerimento do MP, do assistente de acusação ou mediante representação do delegado, “poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias nos casos em que haja *suspeita* de que os bens, direitos ou valores sejam produto do crime ou constituam proveito dos crimes” (sem destaque no original). Ao substituir, na recente mudança legislativa, “indícios suficientes” por “suspeita”, fica nítido que o legislador estabeleceu, para esse tipo de delito, um critério de verificabilidade fática de baixíssimo grau para admitir a decretação do sequestro de bens do que o exigido pelo CPP.

Um indicativo da incongruência dessa alteração é que, em relação aos crimes de terrorismo tipificados na Lei nº 13.260/2016, nitidamente mais graves, o legislador manteve o mesmo *standard* probatório (“indícios suficientes”)⁷⁰⁸. De todo modo, ainda que o tráfico de drogas seja uma infração penal grave, odiosa, essa “suspeita” evidentemente não pode ser vaga, uma mera suposição, mas precisa estar alicerçada em elementos concretos, capazes de dar base à restrição patrimonial em comento.

No caso dos crimes de lavagem de dinheiro, a Lei nº 9.613/1998 exige “indícios suficientes de infração penal” para que se possa decretar o sequestro de “bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes”. Note-se que nessa lei a exigência “indícios suficientes” refere-se à “infração penal”, não se fazendo menção a “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”, como consignado no art. 126 do CPP. Tal redação da lei de branqueamento de capitais denota a opção por um menor grau de constatação fática, por um *standard* de prova de menor exigência, se comparado com o requisito mais rigoroso traçado no CPP como regra geral para o sequestro de bens.⁷⁰⁹

De todo modo, ressalvada a adoção de critério de constatação dos fatos extremamente rebaixado pela Lei de Drogas, a exigência de “indícios suficientes” de autoria do crime ou de “indícios veementes da proveniência dos bens” deixa patente que, para a decretação dessas

⁷⁰⁸ Veja-se: “Art. 12. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes de crime previsto nesta Lei, poderá decretar, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei”.

⁷⁰⁹ ALENCAR; TÁVORA, *op. cit.*, 2018, p. 558.

medidas cautelares reais ou patrimoniais, é imperioso um juízo de probabilidade da culpa equiparável ou até mais elevado que o critério da justa causa, reclamado para o juízo positivo de admissibilidade da denúncia ou queixa. Em termos de *standard* probatório, para que os bens do investigado/acusado sejam bloqueados e até antecipadamente alienados (art. 144-A do CPP), com manifesta restrição ao direito de propriedade, o legislador exige um nível mais alto de corroboração das hipóteses fáticas em que se embasam a acusação.

6.3. STANDARDS DE PROVA DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

Cumpra agora explicar sobre os *standards* probatórios ou modelos de constatação atinentes à medidas cautelares pessoais, que são de 03 (três) modalidades: a) medidas alternativas à prisão; b) prisão preventiva e prisão temporária⁷¹⁰; e c) medida substitutiva à prisão preventiva (prisão domiciliar).

As medidas cautelares diversas da prisão estão previstas nos arts. 319 e 320 do CPP⁷¹¹. Tais medidas são preferíveis à prisão, providência essa mais drástica, que deve ser reservada para hipóteses excepcionais.

Apesar de a Lei nº 12.403/2011 não ter mencionado o *standard* de prova ou modelo de constatação fática relativo às medidas cautelares alternativas à prisão, há de se entender que

⁷¹⁰ Cabe esclarecer que a prisão em flagrante, apesar de ser uma prisão provisória, não é modalidade de prisão cautelar. Trata-se de uma prisão pré-cautelar, uma medida precária, de curta duração, que não se destina a garantir o resultado do processo, isto é, que não exige o requisito do *periculum libertatis* (DEZEM, *op. cit.*, 2018, p. 777).

⁷¹¹ São elas: 1) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; 2) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; 3) proibição de manter contato com determinada pessoa quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante dela; 4) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; 5) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; 6) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; 7) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; 8) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; 9) monitoração eletrônica; 10) a proibição de ausentar-se do país. Além dessas estabelecidas no CPP, o Código de Trânsito Brasileiro prevê a medida cautelar de suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção (art. 294). Já a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) dispôs sobre as seguintes medidas protetivas de urgência, as quais têm natureza cautelar (art. 22): “I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio”.

ele consiste exatamente na exigência de “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, requisito estabelecido para a decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP). Trata-se do *fumus commissi delicti* (fumaça do cometimento do delito), isto é, da probabilidade de o acusado ter praticado um crime⁷¹². Ele se funda num juízo de probabilidade de condenação; representa “um *prius* em relação ao exame do *periculum libertatis*”, de forma que, sem ele, não é possível a decretação dessas medidas.⁷¹³

Assim, no processo penal, nenhuma medida cautelar pessoal pode ser decretada sem que sejam satisfatoriamente demonstrados a prova da materialidade delitiva e o indício suficiente da autoria. E “indício suficiente de autoria”, como ensinou Antônio Magalhães Gomes Filho⁷¹⁴, é aquele que autoriza “um prognóstico de um julgamento positivo sobre a autoria ou a participação”, de sorte que se reduzam as possibilidades de serem aplicadas a um inocente.

Ainda que menos intensas que a prisão, as medidas cautelares alternativas encerram restrições a direitos fundamentais, máxime o da liberdade de ir e vir, de forma que só podem ser aplicadas se a parte requerente demonstrar elementos objetivos que provem a ocorrência do crime e que apontem que foi cometido por aquela pessoa. Noutras palavras, a materialidade do delito deve estar provada nos autos e a autoria imputada precisa se revelar plausível, provável à luz dos indícios. Conquanto a análise se dê em cognição sumária, os indícios devem ser suficientes para fazer crer, com certa segurança, que o representado é o autor da infração penal.

Em termos de suficiência probatória, a imposição dessas medidas exige uma razoável probabilidade de que o acusado seja o autor do delito. Para evitar a imposição arbitrária de tais medidas cautelares, para reduzir o risco de sujeição de pessoas a constrangimentos injustificados ou abusivos, o *standard* de prova em questão exige mais que suspeita, mais que um mero vestígio ou indicativo; esse padrão exige além disso, requer “indícios suficientes”⁷¹⁵, ou seja, indícios que permitam divisar a responsabilidade penal do acusado. Se não forem apontados elementos que assim permitam enxergar, o pleito cautelar deve ser denegado, em respeito ao princípio da presunção da inocência.

Em relação à prisão preventiva e à prisão temporária, medidas cautelares pessoais mais enérgicas ou rigorosas, os parâmetros de suficiência probatória que guiam a tomada da decisão estão disciplinados em leis diferentes. O *standard* de prova que orienta a decisão atinente à prisão preventiva está fixado no art. 312 do CPP, como acima mencionado. Já o

⁷¹² LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 25.

⁷¹³ CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 444.

⁷¹⁴ GOMES FILHO, *op. cit.*, 2001, p. 223.

⁷¹⁵ A lei utiliza o adjetivo *suficiente* exatamente para demonstrar não ser qualquer indício o demonstrador da autoria, mas aquele que se apresente convincente, sólido, capaz de indicar certa probabilidade de culpa.

critério que indica a exigência probatória relativa à prisão temporária está previsto na lei respectiva, a Lei nº 7.960/1989.

Com efeito, para a decretação da medida extremada da prisão preventiva (*ultima ratio*), o referido preceito legal reclama a “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, além do *periculum libertatis*. A lei exige a prova da materialidade delitiva, indicando a necessidade de certeza da ocorrência do fato típico, antijurídico e culpável e, ao mesmo tempo, cobra “indício suficiente da autoria”, ou seja, deve existir elementos probatórios que espelhem uma razoável probabilidade de autoria⁷¹⁶.

Não obstante o legislador tenha usado os termos “indício suficiente”, no singular, não se deve imaginar que é aceitável um único elemento indiciário leve ou fraco, que não explicita um genuíno juízo de probabilidade da culpa. O adjetivo “suficiente” indica uma exigência de maior grau de confirmação da hipótese, aponta para a necessidade de uma probabilidade num patamar mais elevado para que se possa deferir a medida. Por conseguinte, há de se entender que, ao empregar os termos no singular, houve uma clara impropriedade⁷¹⁷ do legislador. Ora, se, para se deferir a interceptação telefônica ou gravação ambiental, a legislação extravagante reclama “indícios razoáveis” da autoria ou da participação na conduta delitiva, há de se entender que, para se decretar a prisão do acusado, exige-se mais do que isso, evidentemente.

Para evitar controvérsia e salvaguardar melhor o direito de liberdade de locomoção, a lei deveria mencionar “indícios veementes de autoria” (no plural), de forma a cobrar maior grau de corroboração da hipótese acusatória quanto à autoria ou à participação no delito. Tais expressões, em vez de “indício suficiente de autoria” (no singular, como está na lei), indicariam a exigência de um maior grau de confirmação da hipótese, denotariam um mais elevado juízo de probabilidade da culpa, como deve ser quando se pensa numa medida severa e de caráter excepcional como a custódia preventiva.

Não há como negar que a “veemência” dos indícios representa mais que a “suficiência” deles⁷¹⁸. Ao menos do plano teórico, é fácil perceber que, numa escala probatória, primeiro

⁷¹⁶ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 1063.

⁷¹⁷ Curiosamente, na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, consta que a prisão preventiva pressupõe “a existência de suficientes indícios para imputação da autoria do crime (...)”, ou seja, o termo é empregado no plural (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Exposição de Motivos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decretolei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaoodemotivos-149193-pe.html>. Acesso em: 07/09/2020).

⁷¹⁸ Nada obstante, calha transcrever a posição de Campos Barros: “Na verdade a expressão “indícios suficientes” significa probabilidade certa de autoria e não simples possibilidade. Aliás, a expressão é usada no Código com o mesmo sentido de veemente”, que é mais tradicional, e era usada no Código de Processo Criminal do Império e pela maioria dos processualistas reinícolas, tais como Paula Pessoa e outros. O prof. Pernambucano Dr. Roque de Brito Alves, depois de percutiente busca em toda a nossa legislação antiga, desde as Ordenações do Reino, não faz qualquer distinção do grau de credibilidade que possa existir entre indícios veementes e indícios suficientes, usando, indistintamente, as duas expressões no sentido de apontar um grau de conhecimento da autoria mais elevado, ou seja, de maior verossimilhança para o convencimento do juiz” (BARROS, *op. cit.*, 1982, p. 194).

há uma conjectura, uma simples suspeita, depois vem a fundada suspeita ou razões fundadas, passando para os indícios, seguindo, em ascensão, para os indícios suficientes e, depois, para os indícios veementes, indicadores de maior grau de probabilidade de culpa, e para a prova suficiente ou plena, mais próxima da certeza, em termos de raciocínio lógico-dedutivo.

Portanto, para o deferimento de medidas cautelares diversas da prisão, o Código de Processo Penal, de forma indireta, como se viu, exige prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria. Uma alteração legislativa seria bem-vinda para deixar essa diretriz explícita no seu art. 319, dispensando a invocação da regra de seu art. 312 para tanto. Ainda, parece sensato defender que, ao mesmo tempo, este dispositivo deve ser alterado para constar “indícios veementes” de autoria como condição para o deferimento da prisão preventiva.⁷¹⁹

Na realidade, diante do alto custo que a segregação preventiva representa para o acusado⁷²⁰, há de se entender que os indícios de autoria devem se mostrar ainda mais fortes ou intensos. O *standard* probatório deve ser ainda mais exigente do que quando se pensa em medidas cautelares diversas da prisão. A razão de tal exigência decorre do princípio da proporcionalidade, uma vez que, quanto maior for a importância do direito fundamental afetado e mais grave for a restrição a ele, maior deve ser o nível de exigência do *standard* de prova a ser atingido. Quanto mais severa é a medida restritiva, mais alto deve ser o grau de probabilidade da culpa.

Note-se que, para a decretação do sequestro de bens do acusado, medida cautelar real antes mencionada, a lei exige a apresentação de “indícios veementes” da proveniência ilícita dos bens (art. 126 do CPP) ou “indícios veementes da responsabilidade” criminal (art. 3º do Decreto-Lei nº 3.240/1941). Então, por que não se deve estabelecer um *standard* probatório mais rigoroso, isto é, cobrar maior grau de corroboração fática quando o que está em jogo, em cognição sumária, é a liberdade do acusado?

⁷¹⁹ Em Portugal, por exemplo, o código processual penal exige, no art. 202º, “indícios fortes” da prática do crime para a decretação da prisão preventiva (PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/87, instituiu o Código de Processo Penal. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/139876418/202009230026/73862023/diploma/indice>. Acesso em: 05/09/2020. Já a Espanha, no art. 503, 2º, estabelece que, para se decretar a prisão provisional, é necessário “que surjam (...) motivos bastantes para acreditar que a pessoa é criminalmente responsável pelo crime (...)”. **No original:** “Que aparezcan (...) motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona (...)” (ESPAÑA. Decreto de 14 de septiembre de 1882, que aprovou a Ley de Enjuiciamiento Criminal. Disponível em: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con). Acesso em: 05/09/2020.

⁷²⁰ Essa medida deve ser a *ultima ratio* porque, retirando do cidadão a liberdade de locomoção, “sujeita-o a um controle minucioso de todos os aspectos do seu dia a dia, impede-o de prosseguir a sua vida profissional, familiar, pessoal, afectiva” (BELEZA, Teresa Pizarro. Prisão Preventiva e Direitos do Arguido. In: MONTE, Mário Ferreira (Org). *Que futuro para o processo penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 673).

O *fumus commissi delicti*, nas palavras de Lopes Jr.⁷²¹, “exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que, por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir, com maior ou menor veemência, a comissão do delito (...)”.

Schietti Cruz⁷²², ao comentar sobre o grau de suficiência da prova para decretar a prisão preventiva, assevera que o juiz não deve dispor de prova inequívoca da culpabilidade do acusado, porém deve contar com indícios suficientes, mais sólidos, que seriamente permitam a formulação de um juízo probabilístico de sua culpabilidade. Amparado no pensamento de Andrea Dalia e Marzia Ferraioli, ele acresce que tais elementos indiciários devem se revelar consistentes e idôneos para, posteriormente, somados a outras provas, alicerçar a responsabilização penal do réu.⁷²³

Portanto, para a decretação da prisão preventiva, que importa no sacrifício da liberdade do acusado, é necessário um juízo de probabilidade mais elevado, a partir da exigência de um maior grau de suficiência em termos probatórios, de forma a reduzir ou melhor distribuir os riscos de erros e de prejuízos irreparáveis ao acusado. Nesse ponto, a respeito dos requisitos a serem observados para a decretação de prisões cautelares, Jordi Ferrer Beltrán⁷²⁴ assinala:

(...) os elementos de juízo (provas) que sustentam tal acusação devem ser suficientemente consistentes para considerar baixa a probabilidade de que o acusado submetido à prisão provisória acabe finalmente absolvido e, portanto, resulte injustificada a medida cautelar; (...) os elementos de juízo (provas) que apoiam a hipótese da existência de um grave risco processual devem ter um alto grau de corroboração.⁷²⁵ (tradução nossa)

Nessa mesma linha, José Luís Castillo Alva⁷²⁶ assevera:

Uma democracia constitucional – e não uma democracia meramente formal – deve fazer efetivo o respeito aos direitos humanos e, em especial, à liberdade pessoal, garantindo que, quando houver acusações contra um cidadão, o uso da prisão preventiva fique reservado para casos graves e excepcionais, calcado num acervo probatório credenciado que, para além da existência de perigo processual, represente um alto grau de probabilidade de uma pessoa ter cometido um delito.

⁷²¹ LOPES JR., *op. cit.*, 2017, p. 94.

⁷²² CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 238.

⁷²³ *Ibid.*, p. 238.

⁷²⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Presunción de inocencia y prisión preventiva. In: MELLADO, José María Asencio; ALVA, José Luis Castillo (Dir.). *Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba*. Lima: Ideas Solucion Editorial, 2017, p. 121.

⁷²⁵ **No original**: “(...) los elementos de juicio (pruebas) que apoyen tal acusación deben ser suficientemente consistentes para considerar baja la probabilidad de que el acusado sometido a prisión provisional acabe finalmente absuelto y, por tanto, resulte injustificada la medida cautelar; (...) os elementos de juicio (pruebas) que apoyen la hipótesis de la existencia de un grave riesgo procesal deben ser acreditar ese riesgo con un alto grado de corroboración”.

⁷²⁶ ALVA, José Luis Castillo. El *fumus commissi delicti* y el estándar probatorio en la prisión provisional. In: VÁZQUEZ, Carmen (Dir.). *Hechos y razonamiento probatorio*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2018, p. 240.

Por outro lado, um *standard* probatório alto para a prisão preventiva possibilita que a distribuição do erro no processo penal – que não ocorre só em termos de sentenças condenatórias – não tenha que ser suportada pelo acusado. As injustas privações da liberdade como consequência de erro judicial (falsos positivos) encontra mais terreno fértil em termos de prisão provisória do que de sentenças condenatórias, pois sua emissão geralmente coincide com a primeira etapa do processo penal (ou investigação preparatória), em que as provas da acusação formulada são escassas ou incipientes, sobretudo se comparadas com os elementos de julgamento que possam existir no final do processo penal.

Além disso, o fato de se tratar de medida cautelar variável (*regra rebus sic stantibus*) implica no reconhecimento de que é possível que na sua adoção não se tenha considerado as provas de defesa que pudessem determinar tanto a inocência da pessoa, quanto à existência da simples possibilidade ou o desaparecimento da alta probabilidade de que ele cometeu o ato. Apesar de não serem mantidas estatísticas oficiais a esse respeito, sabe-se que na América Latina os presos sem condenação e posteriormente absolvidos no processo penal são muitos, representam uma taxa elevada. Neste sentido, um *standard* probatório inferior ao de uma prova clara e convincente (alta probabilidade) determina que haja um aumento dos erros judiciais e com ele o aumento dos presos em prisão preventiva. Se o erro judicial deve ser mantido dentro de limites razoáveis - visto que é impossível excluir qualquer possibilidade de erro em uma medida cautelar - um *standard* probatório alto deve ser estabelecido e utilizado na prisão preventiva.⁷²⁷ (tradução nossa)

Então, no que tange à prisão preventiva, a exigência probatória, o grau de probabilidade a respeito da prática do delito deve ser maior do que aquele necessário para autorizar o início da ação penal. Segundo Castilho Alva⁷²⁸, “para a decretação de uma medida cautelar tão grave como a prisão preventiva não basta que se conte com o mesmo requisito para abrir o processo penal ou que haja só um mínimo de provas que confirmem a acusação” (tradução nossa). O referido autor⁷²⁹ aduz que, se as consequências da prisão preventiva são maiores que as do processamento de uma pessoa, resulta lógico exigir indícios e provas de maior

⁷²⁷ **No original:** “Una democracia constitucional -y no una democracia meramente formal - debe hacer efectivo el respeto a los derechos humanos y, en especial, a la libertad personal garantizando que cuando existan imputaciones contra un ciudadano solo pueda activarse el uso de la prisión provisional en casos graves y excepcionales, sobre la base de que se acredite - además de la existencia del peligro procesal -, un caudal probatorio que represente en un alto grado de probabilidad de que una persona ha cometido un delito.

Por otro lado, un estándar probatorio alto en la prisión provisional posibilita que la distribución del error en el proceso penal - que no solo se produce a nivel de las sentencias condenatorias - no tenga que soportarlo el imputado. Las privaciones de la libertad injustas como consecuencia del error judicial (falsos positivos) tienen un caldo de cultivo mayor a nivel de los autos de prisión provisional que a nivel de las sentencias condenatorias, pues su emisión coincide por lo general con la primera etapa del proceso penal (o investigación preparatoria) en la que hay una evidencia escasa o incipiente sobre la imputación que se formula, sobre todo si se lo compara con los elementos de juicio que pueden haber al culminar el proceso penal. Asimismo, el hecho de que sea una medida cautelar variable (regla del rebus sic stantibus) supone el reconocimiento que es posible que en su adopción no se haya tenido la evidencia de descargo que puede determinar tanto la inocencia de la persona, la existencia de la simple posibilidad o la desaparición de la alta probabilidad de que haya cometido el hecho. Pese a que no se manejan estadísticas oficiales al respecto se conoce que en América latina los presos sin condena que luego son absueltos en el proceso penal son muy elevado y de un rango muy alto. En el mismo sentido, un estándar probatorio menor al de una prueba clara y convincente (alta probabilidad) determina que haya un aumento de los errores judiciales y con ello el incremento de los presos preventivos. Si es que se quiere mantener el error judicial en límites razonables - pues resulta imposible excluir cualquier posibilidad de error en una medida cautelar - se debe establecer y manejar un estándar probatorio alto en la prisión provisional”.

⁷²⁸ ALVA, *op. cit.*, 2018, p. 220.

⁷²⁹ ALVA, *op. cit.*, 2018, p. 220.

importância (...), pois “os requisitos que se tem para processar não podem ser os mesmos que para privar a liberdade de uma pessoa”. Na sua visão, essa compreensão é exigida “não só pela lógica, pelo senso comum”, mas também “por qualquer ideia elementar de justiça e de proporcionalidade” (tradução nossa).⁷³⁰

Não se olvida que a necessidade da prisão preventiva geralmente exsurge na fase investigatória ou num estado incipiente ou embrionário do processo penal, em que é menor o grau de cognição do magistrado a respeito dos fatos. Nessa etapa, não é razoável exigir prova mais abundante ou variada para a decretação da medida, pois só poderá ser obtida ao final do inquérito policial ou na fase final da instrução da ação penal. Porém, os indícios reveladores da prática do delito devem ser veementes, devem ser consistentes a ponto de refletir uma alta probabilidade de o acusado ser o autor ou o partícipe do crime.

Esse alto e mais qualificado grau de probabilidade é reclamado pela natureza grave da medida, que afeta um bem jurídico tão relevante, a liberdade do indivíduo. Também há de se ponderar que a lei (art. 312 do CPP) exige outros requisitos (fundamentos da prisão preventiva: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal) que reforçam o nível de exigência probatória capaz de vincular a pessoa ao fato criminoso. Esses aspectos, somados, apontam a necessidade de haver maior chance de a pessoa ser a autora ou partícipe do delito para que a medida em comento seja validamente decretada.

Nessa perspectiva, no que toca à prisão preventiva, tem-se que é aplicável o padrão da prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*), que reclama que a hipótese acusatória seja muito mais provável do que a sua negação (*much more likely than not*), *standard* que, se fosse expresso em números, equivaleria a uma probabilidade de 70%. Claro que essa interpretação não é inflexível, porém parece lógico e coerente entender que para prender preventivamente é necessário mais do que o reclamado para dar início à ação penal. Ainda, mais uma vez, cabe assinalar que a menção a tal percentual serve apenas para ilustrar, para facilitar o entendimento, até porque, como assinalado no capítulo 4, é a probabilidade lógica ou indutiva que preside a valoração da prova.

Por sua vez, a prisão temporária conta com um *standard* probatório um pouco diferente. Essa medida cautelar, como consignado, é disciplinada pela Lei nº 7.960/1989, sendo cabível

⁷³⁰ **No original:** “No basta para el dictado de una medida cautelar tan grave como la prisión provisional el que se cuente con el mismo requisito para abrir proceso penal o que solo haya un mínimo de pruebas que confirmen la imputación. Si las consecuencias de la prisión provisional son mayores que las del procesamiento de una persona resulta lógico exigir una evidencia e indicios de mayor entidad (...). Los requisitos que se tiene para procesar no pueden ser los mismos que para privar la libertad a una persona; no solo lo exige así la lógica y el sentido común, sino cualquier idea elemental de justicia y de proporcionalidad”.

somente na fase do inquérito policial, em relação a certos delitos⁷³¹, possuindo prazo determinado, como o próprio nome da medida já indica⁷³², devendo ser governada pelos critérios da absoluta necessidade e da excepcionalidade.

O art. 1º da lei preconiza que a prisão temporária será cabível “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial (inciso I); quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (inciso II)”, devendo haver “fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado” no crime (inciso III). Nessa última parte do dispositivo reside o *fumus commissi delicti*, que retrata o *standard* probatório relativo a esse tipo de prisão.

Note-se que, diferentemente do modelo de constatação fática da prisão preventiva, que reclama prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a lei da prisão temporária contenta-se com “fundadas razões da autoria ou participação do indiciado” num determinado contexto tido por criminoso, dispensando a comprovação da materialidade delitiva.

Tal menor exigência em termos probatórios decorre do fato de que essa medida, de prazo predefinido, foi idealizada – e constitucionalmente aceita sob críticas⁷³³ – com o fim precípuo de possibilitar/favorecer as investigações policiais de crimes graves. Na realidade, na perspectiva dos órgãos de persecução penal, esse tipo de prisão facilita a coleta de provas para depois, se for o caso, pedir-se a prisão preventiva do suspeito.

Ainda que denote a ideia de prisão para averiguações, de prisão para investigar, é uma custódia cautelar que foi mantida no sistema jurídico-penal pátrio por ser considerada essencial para o êxito da investigação de certos crimes, na medida em que evita que o investigado venha a atrapalhar o desvendamento da prática delitiva ou que empreenda fuga ao tomar conhecimento da investida apuratória dos órgãos de persecução penal. Schietti Cruz⁷³⁴ assinala, contudo, que não se trata “de conveniência ou comodidade para o bom andamento do inquérito policial, mas de verdadeira necessidade da medida, aferida caso a caso”.

⁷³¹ Essa medida só pode ser decretada para viabilizar a investigação de um dos delitos taxativamente elencados na lei, quais sejam: homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; atentado violento ao pudor; raptio violento; epidemia com resultado de morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; quadrilha ou bando; genocídio; tráfico de drogas; crimes contra o sistema financeiro; e crimes de terrorismo.

⁷³² Em regra, tem duração de 5 dias, prorrogáveis por mais 5, em caso de comprovada necessidade. Em se tratando de crimes hediondos, tráfico de entorpecentes, terrorismo ou tortura, o prazo será de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 (art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/1990). Decorrido o prazo, o preso deverá ser colocado em liberdade, salvo se tiver sido decretada a prisão preventiva.

⁷³³ A (in)constitucionalidade da prisão provisória está sendo novamente discutida na Suprema Corte brasileira, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3360 e 4109.

⁷³⁴ CRUZ, *op. cit.*, 2018, p. 240.

Apesar de enérgica, a natureza efêmera da prisão temporária e seu propósito de viabilizar as investigações dos delitos justificam o emprego de um *standard* probatório relativamente menos rigoroso do que o da custódia preventiva.⁷³⁵ A medida em comento não reclama um tão elevado juízo probabilístico da culpabilidade do investigado, isto é, não há uma maior exigência de confirmação da hipótese fática que apoia o pedido da autoridade policial. Isso não significa, obviamente, que esse tipo de prisão possa ser decretado sem nenhum respaldo empírico⁷³⁶, sem elementos que a embasem, mas o nível de suficiência probatória é nitidamente menor que o da segregação em caráter preventivo.

Como, por óbvio, é constitucionalmente questionável prender para depois investigar, para se tentar harmonizar a natureza drástica da medida com um *standard* de prova menos exigente (menor grau de constatação fática), há de se refletir seriamente sobre a redução do prazo das prisões temporárias no Brasil para 48, 72 ou 96 horas. Na Itália e em Portugal, a prisão temporária é de 48 horas. Na Espanha, essa prisão tem o prazo de 24 horas, podendo chegar a 72 horas.⁷³⁷

A necessidade de uma mudança assim se tornou mais explícita depois que a Lei nº 12.403/2011 trouxe um rol de medidas alternativas à prisão, como visto acima, as quais podem cumprir, em grande parte, os propósitos da prisão temporária após o decurso do prazo. E quando se pensa numa prisão temporária de 30 ou 60 dias, conforme previsto para os crimes hediondos (art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/1990), a inconstitucionalidade fica ainda mais gritante. Há muito, aliás, Schietti Cruz⁷³⁸ chamou a atenção para o assunto, asseverando não ser razoável uma prisão temporária durar até 60 dias pelo simples fato de o crime ser hediondo:

Insustentável, a nosso ver, a crença de que o êxito das investigações policiais possa vir a depender da manutenção, no cárcere, do indiciado por tão longo período. Deveras, um interrogatório não dura mais do que algumas horas; um reconhecimento formal, outras tantas; igualmente, uma reconstituição do crime. Que outra providência depende da presença do indiciado, duraria mais do que um ou dois dias.

.....
Sem maiores esforços, portanto, aflora a percepção de que sem a prisão temporária, mesmo na modalidade menos gravosa (5 dias), serve e tem servido a outros propósitos que não simplesmente o de acautelar as investigações e, indiretamente, o processo penal a ser eventualmente instaurado. Na verdade, ao estabelecer o legislador tão alongado prazo, o que se objetivou foi punir antecipadamente aquele sobre quem pairar a acusação da prática de crime hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes e

⁷³⁵ ALVA, *op. cit.*, 2018, p. 232.

⁷³⁶ A liberdade física é um dos mais relevantes direitos fundamentais do ser humano. A restrição a esse direito, em qualquer caso, é medida extraordinária, excepcional, só podendo se verificar quando realmente necessária, observados os requisitos e parâmetros delineados na lei, o que deve ficar retratado em decisão judicial fundamentada.

⁷³⁷ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão Temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 162-164.

⁷³⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Sessenta dias de prisão temporária. É razoável? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 17, jan-mar/1997, p. 154-155.

terrorismo, estigmatizando-o perante a sociedade, que parece sentir-se aliviada com a sumária punição do indiciado”.

O referido autor⁷³⁹ conclui, assim, que tal norma se apresenta “totalmente contrária ao texto constitucional, posto que contrária ao princípio do *substantive due process* (razoabilidade ou proporcionalidade da norma)”, pois os indiciados por crimes hediondos “estão sujeitos a serem presos, antes de qualquer acusação formal e sem que se demonstre real necessidade, idoneidade e proporcionalidade da medida, por período de até 60 dias”.

Concluindo este tópico atinente aos *standards* probatórios das medidas cautelares pessoais, cabe recordar que o artigo 282, § 3º, do CPP assegura ao imputado a oportunidade de se manifestar antecipadamente sobre os pleitos cautelares penais, sempre que não haja uma situação excepcional de urgência ou risco de ineficácia da medida⁷⁴⁰. Essa regra do contraditório prévio ou antecipado no que tange às medidas cautelares contribui para a prolação da “melhor decisão”⁷⁴¹, amplia a possibilidade de acerto da medida, reduzindo a chance de se cometer uma injustiça. Não sendo possível a manifestação prévia, o juiz deve assegurar o contraditório posterior.

Tomando em conta os *standards* de prova acima apontados e à vista das manifestações das partes, em contraditório, deve o julgador verificar se a hipótese fática em que se arrima o pedido cautelar representa a melhor explicação para os elementos concretos até então disponíveis, integrando-os de forma coerente e consistente.⁷⁴² Se assim for, atendidos aos demais requisitos, a medida há de ser deferida. Porém, se a proposição acusatória é superada por uma hipótese alternativa apresentada pela defesa, compatível com a inocência do acusado e que melhor explique tais elementos reunidos nos autos ou que lance dúvida sobre o preenchimento dos pressupostos autorizadores da medida, deve o pleito cautelar ser denegado. Como visto no item 4.4, também nesse momento impera a presunção de inocência, de maneira que, havendo dúvida sobre a presença dos requisitos, impõe-se a aplicação do *in dubio pro reo*.⁷⁴³

6.4. STANDARDS DE PROVA PARA O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO

⁷³⁹ CRUZ, *op. cit.*, 1997, p. 160.

⁷⁴⁰ No que diz respeito às exceções ao contraditório prévio fundadas na urgência da medida, é diante do caso concreto que se poderá aferir as situações invocadas como justificativas excepcionais para a postergação da manifestação do imputado. Num caso de pedido de prisão cautelar fundado no risco de fuga do representado, não teria o menor sentido a intimação do investigado/acusado para se manifestar previamente.

⁷⁴¹ LOPES JR., *op. cit.*, 2017, p. 34.

⁷⁴² BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 147.

⁷⁴³ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 406.

O ajuizamento de uma ação penal (pública ou privada), mediante o oferecimento de uma denúncia ou de uma queixa, a ensejar o curso de um processo criminal perante o órgão jurisdicional competente, é o meio constitucional e legal preconizado pelo ordenamento jurídico de países democráticos para que, assegurado o exercício de direitos pelo acusado, as provas sejam produzidas e os fatos (re)construídos e discutidos, a fim de que, ao final, seja o réu condenado ou absolvido. Se condenado em caráter definitivo, deverá cumprir a pena a fim de que haja a punição pelo delito cometido.

Entretanto, figurar como acusado numa ação penal já constitui um constrangimento, “em razão do caráter infamante do processo penal em si, em que o simples fato de estar sendo processado já significa”, para muitos, “uma grave pena”, um incômodo oneroso e vexatório.⁷⁴⁴ Então, é preciso evitar acusações levianas, claramente inconsistentes, que possam oprimir injustificadamente o cidadão e ferir seu *status dignitatis*.⁷⁴⁵ Uma acusação criminal, como asseverou Marcos Zilli⁷⁴⁶, “por si só, produz efeitos que vão muito além da dimensão processual. Atinge, diretamente, a imagem social do imputado, cujo comprometimento dificilmente é recomposto, mesmo na hipótese de absolvição”.

Para sujeitar alguém a um processo penal, é necessário que as autoridades responsáveis pela persecução penal reúnam elementos probatórios plausíveis, que retratem a ocorrência do crime e apontem o seu autor. O inquérito policial e outros tipos de procedimentos investigatórios existem exatamente com tal propósito. Não se pode aceitar peças acusatórias temerárias, não estribadas em elementos concretos que lhes dêem embasamento, densidade.

O juízo de admissibilidade da acusação consiste no controle jurisdicional da admissibilidade da denúncia ou da queixa. Esse juízo prévio de admissibilidade da peça acusatória é dirigido a constatar se há um suporte fático que ampare a imputação e se o órgão acusador fez, à primeira vista, o adequado enquadramento jurídico do fato. O controle em questão destina-se a evitar abusos ou excessos acusatórios.⁷⁴⁷ Nos crimes de competência do júri, a admissibilidade da acusação se dá, para além da análise da denúncia, por meio do *judicium accusationis* (“juízo da acusação”).

Trata-se de um juízo preliminar, provisório da culpabilidade do denunciado (que poderá ou não ser confirmada em sentença). Ele deve se dar por meio de decisão devidamente

⁷⁴⁴ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 175.

⁷⁴⁵ JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 105 e 356.

⁷⁴⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O povo contra... As condições da ação penal condenatória. Velhos problemas. Novas idéias. *Cadernos Jurídicos – Direito Processual Penal*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, ano 17, nº 44, Jul-Set/2016, p. 148.

⁷⁴⁷ ALMEIDA, Carlos José Reis de. *O juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa*. Campo Grande: Contemplar, 2017, p. 92-94.

motivada, já que, sendo positivo, apontando uma probabilidade de culpa, altera a condição do cidadão para a de acusado, processado criminalmente.⁷⁴⁸

Destarte, direcionando a estudo para o juízo de admissibilidade da acusação quanto ao plano fático, tratar-se-á abaixo dos *standards* de prova ou modelos de constatação oferecidos pela legislação processual penal brasileira para guiar a tomada da decisão tendente a receber ou rejeitar a denúncia ou a queixa e a pronunciar ou impronunciar o acusado nos crimes de competência do tribunal do júri.

6.4.1. A JUSTA CAUSA E O NÍVEL DE SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU QUEIXA

O art. 395 do CPP dispõe que “a denúncia ou queixa será rejeitada quando”, dentre outras hipóteses, “faltar *justa causa* para o exercício da ação penal” (inciso III) (sem destaque no original)⁷⁴⁹. Em razão da vagueza e da ambiguidade dos termos “justa causa”, a doutrina e a jurisprudência divergiram bastante em relação ao que significa e, sobretudo, quanto à sua natureza jurídica.⁷⁵⁰

Atualmente, prevalece o entendimento de que a justa causa é um “suporte probatório mínimo”, representado pela prova da existência do crime e por indícios de autoria⁷⁵¹; é um “lastro probatório mínimo sobre a existência (materialidade) e autoria de um fato criminoso”⁷⁵², necessário para o ajuizamento da ação penal. Nessa mesma linha é a compreensão de Eugenio Pacelli⁷⁵³, de Madeira Dezem⁷⁵⁴ e de Afrânio Silva Jardim e Coutinho de Amorim⁷⁵⁵, que também a veem como um “lastro probatório mínimo” para dar sustentação à denúncia ou à queixa-crime, para demonstrar a viabilidade da acusação.

“A ausência desse lastro probatório ou da *probable cause* autoriza a rejeição da peça acusatória (...)”. “A razão de exigir a justa causa para a ação penal é evitar que denúncias ou

⁷⁴⁸ 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, 2014, p. 219-220.

⁷⁴⁹ A Lei nº 11.719/2008 revogou o art. 43 do CPP, que versava sobre as hipóteses de rejeição da denúncia ou da queixa, e transportou para o art. 395 do código a disciplina do tema, inserindo a “justa causa” como uma das razões para o indeferimento da peça acusatória, transformando-a em um requisito essencial a ser analisado para o recebimento de denúncia ou queixa-crime. Entretanto, o legislador não a definiu. A “justa causa” já era encontrada no art. 648, I, do CPP. Também já estava mencionada no art. 44, § 1º, da Lei nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa): “A denúncia ou queixa será rejeitada quando não houver justa causa para a ação penal, bem como nos casos previstos no art. 43 do CPP”.

⁷⁵⁰ Para uma abordagem mais detalhada do assunto: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁷⁵¹ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 176.

⁷⁵² NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 255.

⁷⁵³ PACELLI, *op. cit.*, 2019, p. 165.

⁷⁵⁴ DEZEM, *op. cit.*, 2018, p. 255.

⁷⁵⁵ JARDIM; AMORIM, *op. cit.*, 2013, p. 105.

queixas infundadas, sem uma viabilidade aparente, possam prosperar”.⁷⁵⁶ Se o órgão do Ministério Público não encontra prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria ou de participação do investigado, deve promover o arquivamento do procedimento de apuração criminal, evitando estigmatizações desnecessárias provocadas pela persecução penal em juízo.

Nessa mesma esteira, para expressar a necessidade da justa causa, Lopes Jr.⁷⁵⁷ pontua:

Deve a acusação ser portadora de elementos – geralmente extraídos da investigação preliminar (inquérito policial) – probatórios que justifiquem a admissão da acusação e o custo que representa o processo penal em termos de estigmatização e penas processuais. Caso os elementos probatórios do inquérito sejam insuficientes para justificar a abertura do processo penal, deve o juiz rejeitar a acusação.

No tocante à natureza jurídica da justa causa, apesar de muita controvérsia, é majoritária a corrente doutrinária⁷⁵⁸ que a enxerga como uma condição autônoma da ação penal, ao lado da possibilidade jurídica do pedido (tipicidade objetiva ou aparente)⁷⁵⁹, do interesse de agir (punibilidade concreta) e da legitimidade de partes. Por sua vez, Maria Thereza Rocha de Assis Moura⁷⁶⁰ a entendeu como uma síntese das condições da ação penal, como uma conjugação de elementos que demonstrem a existência de fundamentos de fato e de direito que autorizam a instauração da ação penal.

Não é o caso de discorrer sobre essas correntes de pensamento e sobre as variações de posicionamentos em torno do assunto, pois se pretende focar o estudo no grau de suficiência probatória que permite o recebimento da denúncia ou da queixa-crime e a abertura de um processo penal.

A justa causa, compreendida como uma condição da ação penal que retrata a necessidade de prova da materialidade delitiva e indícios de autoria, constitui exatamente o *standard* que indica o nível de prova exigido para que a peça acusatória seja recebida e tenha

⁷⁵⁶ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 176.

⁷⁵⁷ LOPES JR., *op. cit.*, 2020, p. 344.

⁷⁵⁸ Nesse sentido: BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 176; NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 255; JARDIM; AMORIM, *op. cit.*, 2013, p. 325; PACELLI, *op. cit.*, 2019, p. 165; DEZEM, *op. cit.*, 2018, p. 255.

⁷⁵⁹ Cabe consignar que, embora o CPC de 2015 tenha deixado de mencionar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, passando o assunto a ser uma questão de mérito, não se mostra inadequado continuar a referir-se a ela no processo penal, “pois somente quando se está diante de um fato penalmente relevante, ainda que em uma análise *prima facie*, é que o processo penal é possível. Não se trata de um sistema em que todos os processos são possíveis, salvo se houver vedação. A necessidade de uma tipicidade estrita, no campo material, se projeta no plano processual, gerando um regime oposto em que o processo penal somente é possível diante de um caso de tipicidade aparente” (BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 170). No Direito Processual Penal, a possibilidade jurídica do pedido tem natureza positiva (exige-se tipicidade objetiva ou aparente), enquanto no processo civil tinha natureza negativa, representada “pela vedação, pelo ordenamento, do provimento jurisdicional invocado” (CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. As repercussões do novo CPC em relação às condições da ação no processo penal. *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença*. V. 16, n. 2, jul./dez. 2018, p. 231-232).

⁷⁶⁰ MOURA, *op. cit.*, 2001, p. 223.

início a “*persecutio criminis in judicio*”. Ela consiste na justa razão ou na razão suficiente para o início da ação penal, exigindo que a denúncia ou a queixa guarde “ressonância e estrita fidelidade aos elementos que lhe dão arrimo, sem o que não passará de ato arbitrário, autoritário, que a ordem jurídica não pode tolerar”.⁷⁶¹ Para Marcos Zilli, a justa causa “é um selo de plausibilidade frente à narrativa fática e de viabilidade da imputação jurídica. (...) Supõe, assim, a demonstração da materialidade (ocorrência do fato material) e indícios de autoria (probabilidade de vinculação com os fatos)”.⁷⁶²

Portanto, por albergar a reconstrução de fatos, a análise da justa causa pauta-se por um juízo de probabilidade, e não de certeza, na linha do que foi exposto no tópico 4.2.1. Não é fácil definir tal grau de probabilidade. Naturalmente, neste momento inicial da ação, não se exige uma probabilidade elevada, próxima da certeza, como a reclamada para se proferir uma sentença condenatória. O *quantum* probatório não é o da prova suficiente para condenar ou da prova além da dúvida razoável, tema do qual se cuidará mais adiante. Não é suficiente também o *quantum* de prova exigido para se decretar uma busca e apreensão ou a quebra de sigilo bancário ou fiscal, por exemplo. É preciso mais do que isso, ficando claro, pois, que é intermediário o grau de suficiência de que se está a tratar.

Já que a lei não definiu a justa causa, a medida da prova ou o nível de suficiência probatória exigido para a deflagração da ação penal é apontado pela doutrina e pela jurisprudência à luz dos *standards* ou modelos de constatação explicitados para outras decisões, como visto nos tópicos anteriores. Costumeiramente, como consignado acima, com alguma variação de linguagem, exigem-se prova da materialidade delitiva e indícios de autoria. Quanto à prova da existência do crime, não há maiores questionamentos. Deve haver “certeza” de que ocorreu um fato comissivo ou omissivo que caracterize um delito.⁷⁶³ No tocante à autoria é que falta clareza no sentido de se indicar o nível de probabilidade exigido para a abertura da ação penal.

Os indícios de autoria evidentemente não podem ser frágeis ou débeis. Devem, então, ser suficientes, razoáveis ou veementes? Claramente, não podem ser simples indícios, mas precisam ser suficientes, razoáveis, não necessitando, porém, ser veementes, vigorosos, como parece ser imperioso quando se pensa em decretar a prisão preventiva de alguém. O importante é que permitam inferir razoavelmente que o acusado é o autor ou partícipe do delito.

Na realidade, para alicerçar um juízo positivo de admissibilidade da inicial acusatória, os indícios precisam ser idôneos, consistentes ou firmes o bastante para sustentar a acusação,

⁷⁶¹ MOURA, *op. cit.*, 2001, p. 291-292.

⁷⁶² ZILLI, *op. cit.*, 2016, p. 159-160.

⁷⁶³ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 177.

para retratar sua plausibilidade, para amparar um juízo positivo de probabilidade no sentido da culpa do denunciado, de que ele é o autor do delito ou partícipe da infração penal.⁷⁶⁴ Ainda que o juízo de recebimento da denúncia seja de mera delibação, não se pode deixar de verificar se foi alcançado o umbral mínimo de prova necessário para retratar a viabilidade da pretensão acusatória.

Se o Estado dispõe de aparato para investigar, se há meios de apuração e de obtenção de provas, se existem procedimentos próprios, preliminares, de cunho inquisitivo, para a coleta de elementos concretos a respeito da ocorrência do delito e de sua autoria, não se pode admitir que cidadãos sejam acusados sem o supracitado lastro probatório, sem que o conjunto de elementos reunidos na investigação permita formular um juízo probabilístico da culpabilidade do investigado, um prognóstico de condenação.

Assim deve ser especialmente porque o procedimento investigatório não admite contraditório, além do que, no modelo de processo penal brasileiro, não há, como regra⁷⁶⁵, o direito de manifestação da defesa previamente ao juízo de admissibilidade da denúncia. Então, é bem razoável exigir que a acusação esteja alicerçada em elementos suficientes para, *prima facie*⁷⁶⁶, tornar provável sua verdade, sua alegação inculpatória a respeito dos fatos.

A opção da doutrina brasileira por denominar a justa causa de “suporte probatório mínimo” acaba por dar a ideia equivocada de que os indícios de autoria não precisam ser suficientes ou razoáveis o bastante para um prognóstico de julgamento positivo sobre a autoria ou a participação na prática delitiva. Na verdade, como se constata, tais indícios devem ser consistentes para levar à instauração do processo penal, devem ter força suficiente para fazer com que alguém, em princípio inocente, passe à condição de réu em uma ação

⁷⁶⁴ O membro do Ministério Público deve sempre fazer um exame da viabilidade material de suas iniciativas. Sendo reduzida a possibilidade de êxito na ação penal, não há porque acionar a máquina judicial sem a razoável convicção de obter um resultado favorável.

⁷⁶⁵ A lei brasileira só assegura o direito de resposta prévia ao juízo de admissibilidade da peça inicial acusatória nos seguintes casos: Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas – “Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”); CPP - crimes de responsabilidade dos servidores públicos - “Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias”; Lei nº 9.099/1995, dos Juizados especiais criminais - “Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença”; e Lei nº 8.038/1990, que estabelece o procedimento para os crimes de competência originária dos tribunais – “Art. 4º. Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias”.

⁷⁶⁶ “Prova *prima facie* (*prima facie evidence*, do Direito anglo-americano), ou prova à primeira vista (*Beweis des erstens Anscheins*, dos alemães) é aquela que deixa desde logo no espírito do juiz a convicção da veracidade de um fato, embora possa depois ser infirmada por outras provas” (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Vol. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 419).

penal⁷⁶⁷, até porque o só fato de ser processado criminalmente é um fardo que o acusado carrega, o qual, muitas vezes, já é entendido como uma punição.⁷⁶⁸ A justa causa só é justa se espelhar um lastro probatório (*fumus commissi delicti*) capaz de arrimar um prognóstico de condenação e justificar a abertura da ação penal.

Nessa perspectiva, ao fazer o juízo de admissibilidade da exordial acusatória, o magistrado deve verificar se os elementos concretos apresentados pelo órgão acusador permitem, para além da suspeita, divisar a responsabilidade penal do acusado, fazendo acreditar, à primeira vista, que ele é culpado. Se os elementos amealhados no procedimento apuratório inquisitivo não permitem um bom palpite sobre a culpa do investigado, se não indicam uma prognose de culpa, não haverá justa causa. E se, havendo chance de prévia manifestação defensiva sobre a acusação, as razões positivas de culpabilidade não se sustentarem, não prevalecerem sobre as negativas, também não estará presente a justa causa. Quando as razões positivas e negativas de culpabilidade se igualam logo no limiar da ação penal, a probabilidade de cometimento do crime diminui e passa ao campo da mera possibilidade, o que deve ensejar o indeferimento da peça acusatória, como bem esclarece Gustavo Badaró.⁷⁶⁹

Mesmo que não seja possível medir, em termos numéricos ou matemáticos, a certeza ou a probabilidade fática que deve balizar a tomada da decisão judicial, não se pode ignorar que a probabilidade tem diferentes graus, podendo ser remota, baixa, intermediária ou elevada. Como assinalado no capítulo 4, a probabilidade remota ou baixa, está mais próxima de 0 e a probabilidade alta aproxima-se mais de 1. Então, em vista das ponderações acima, pode-se afirmar, com segurança, que a probabilidade que autoriza o juízo positivo de admissibilidade da denúncia deve ser superior a 50%.⁷⁷⁰ Noutras palavras, o critério que pode se adotado para guiar a tomada da decisão nesse momento processual é o da preponderância da prova ou da probabilidade prevalente, segundo o qual o juiz, entre as hipóteses defendidas pelas partes, deve escolher a que se revele “mais provável do que não” (*more likely than not*), a que melhor explique os fatos a partir dos elementos probatórios carreados aos autos até então.⁷⁷¹

⁷⁶⁷ Nesse ponto, vale recordar que a Lei nº 13.869/2019 (nova Lei de Abuso de Autoridade) tipificou a conduta de “dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente” (art. 30). Isso exige ainda mais cuidado e razoabilidade quanto juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa.

⁷⁶⁸ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 176.

⁷⁶⁹ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 177.

⁷⁷⁰ Malgrado não se possa quantificar a certeza/convicção, sabe-se que é suscetível de intensidades diferentes, nada impedindo que se adotem definições quantificadas para expressar os critérios de suficiência probatória destinados a orientar os julgadores, facilitando o processo decisório (KAGEHIRO; STANTON, *op. cit.*, 1985, p. 159–178).

⁷⁷¹ MCCAULIFF, *op. cit.*, 1982, p. 1303.

De todo modo, arrematando esta parte do trabalho, pode-se concluir que, para o recebimento da denúncia ou queixa, deve haver prova da materialidade delitiva e estarem presentes indícios suficientes de autoria; devem preponderar os elementos probatórios incriminatórios colhidos na fase de investigação, a ponto de revelarem a plausibilidade fático-jurídica da acusação, permitindo formar um bom juízo probabilístico de culpa em desfavor do acusado.

Todavia, se houver dúvida quanto à presença desses requisitos que constituem a justa causa da ação penal, o princípio constitucional da presunção de inocência, como destacado no capítulo 4, impõe a rejeição da peça acusatória, já que a máxima *in dubio pro societate* não está prevista no ordenamento jurídico pátrio e ainda atenta contra o referido postulado constitucional. É oportuno transcrever a lição de Zanoide de Moraes:⁷⁷²

Não há que se falar em '*in dubio pro societate*' no momento do recebimento da denúncia. Há duas dúvidas nesse instante decisório: uma aceitável e que não deve ser resolvida; outra impeditiva da continuidade da perseguição. A dúvida aceitável é aquela quanto ao mérito da causa, ou seja, a que versa sobre a culpa pelo crime. Não é esta que o juiz deverá enfrentar ou resolver no instante do recebimento da denúncia. Deverá decidir, segundo a imposição constitucional do '*in dubio pro reo*', uma outra dúvida, a referente à legitimidade para a continuidade da persecução. Isto é, se tiver dúvida quanto (i) à demonstração de existência de crime, (ii) à suficiência dos indícios de autoria, (iii) à narrativa escorreita e apta para a compreensão da imputação com todos os seus elementos e circunstâncias e, com isso, servir de base para o exercício da ampla defesa, (iv) à existência de condições para o exercício da ação penal ou, ainda, (v) à existência de pressupostos processuais, deverá decidir em favor do denunciado e, portanto, rejeitar a denúncia, nos termos do atual art. 395 do Código de Processo Penal.

De outro lado, se o juiz não tem dúvidas quanto ao preenchimento dos aludidos requisitos, sendo capaz de retratar isso de forma racional e fundamentada em sua decisão, ele deve obviamente receber a peça acusatória. O que não se pode admitir é a simplificação da tarefa judicante a partir do emprego de uma fórmula que, embora tradicional, atenta frontalmente contra o princípio constitucional da presunção de inocência e favorece o recebimento automático de denúncias não ancoradas em real justa causa.

O juízo de admissibilidade da denúncia ou da queixa não é um juízo de mera possibilidade de aplicação de pena ou de medida de segurança. Para que a peça acusatória seja recebida, é necessário, em última análise, que os elementos probatórios retratem uma possibilidade concreta, razoável de condenação, sob pena de se violar a presunção de inocência constitucionalmente consagrada. É óbvio que tal prognose se assenta numa noção de menor intensidade que a exigida para a condenação, mas a acusação deve ter uma base

⁷⁷² MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 419.

consistente, deve realmente estar estribada em indícios *suficientes*. Do contrário, deverá incidir o *in dubio pro reo*. Aliás, se o órgão de acusação perceber a falta de justa causa, a ausência de causa provável (*probable cause*) de condenação em sede de julgamento, deve promover o arquivamento do caso ao invés de denunciar.⁷⁷³

É abusivo ofertar uma denúncia ou recebê-la em desfavor de uma pessoa contra quem não foram colhidos elementos de convicção seguros e idôneos de haver cometido determinada infração penal. Se o material amealhado na investigação é frágil, insuficiente para amparar uma acusação, o caminho a ser trilhado é o arquivamento do procedimento apuratório, e não o do manejo de uma ação fadada ao insucesso. Se o membro do Ministério Público não tiver a sensibilidade para perceber que sua pretensão é inviável, sem substrato para lastrear uma *persecutio criminis in iudicio*, cabe ao magistrado realizar o devido controle.⁷⁷⁴

Infelizmente, além da compreensão da justa causa retratar no Brasil, em termos de suficiência probatória, um padrão mais baixo ou reduzido do que o desejável, incompatível com o propósito desse *standard* de evitar acusações infundadas, inconsistentes ou levianas, ainda impera uma visão equivocada a respeito da dúvida nesse momento processual⁷⁷⁵, a qual,

⁷⁷³ CARMO, Rui do. Algumas notas sobre o encerramento do inquérito. In: MONTE, Mário Ferreira (Org). *Que futuro para o processo penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 107-108.

⁷⁷⁴ “Sem que *fumus boni juris* ampare a imputação, dando-lhe os contornos de razoabilidade, pela existência de justa causa, ou pretensão viável, a denúncia ou queixa não pode ser recebida ou admitida. Para que seja possível o exercício do direito de ação penal é indispensável que haja, nos autos do inquérito ou nas peças de informação ou representação, elementos sérios idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios mais ou menos razoáveis, de que seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção” (RT 643/2990).

⁷⁷⁵ “(...) Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a propositura da ação penal exige tão somente a prova da materialidade e a presença de indícios mínimos de autoria. Prevalece, na fase de oferecimento da denúncia, o princípio do *in dubio pro societate*” (RHC 120.607/MG, Relator(a): Min. Leopoldo de Arruda Raposo - Desembargador Convocado do TJ/PE – Quinta Turma, DJe 17/12/2019). 7. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (AgRg no RHC 124.153/PR, Relator(a): Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/05/2020, DJe 25/05/2020). “(...) 5. A existência de indícios mínimos da materialidade e de autoria delitiva, associada à inteligência do princípio do *in dubio pro societate*, recomendam o recebimento da denúncia como forma de permitir a instauração do processo-crime e a apuração da verdade real, sob o palio do devido processo legal e com as garantias do contraditório e da ampla defesa. 6. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 1861537/RS, Relator(a): Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/06/2020, DJe 24/06/2020). “Se a denúncia está formalmente perfeita, retrata crime em tese e tem por sustentáculo elementos indiciários que autorizam o impulso inicial da persecução estatal, seu recebimento é a regra, deixando-se às partes a oportunidade de trazer aos autos, no curso da instrução criminal, as provas que dispõem. Afinal, nesta fase do processo não se exige comprovação plena dos fatos imputados, prevalecendo o princípio *in dubio pro societate* (Precedentes desta Corte). 2. Recebida a denúncia”. (TJMG. Proc. Investigatório MP 1.0000.18.109348-5/000, Relator(a): Eduardo Brum, 4ª Câmara Criminal, julgamento em 02/12/2019, publicação da súmula em 04/12/2019). “Recurso em sentido estrito. Rejeição da denúncia com fulcro no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal. Suposta prática dos delitos previstos no artigo 1º, caput, §§ 1º e 4º, da Lei nº 9.613/98, c.c. artigo 29, por diversas vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal – A Justiça Pública entende que a denúncia deve ser recebida eis que presentes os indícios de autoria e prova da materialidade do crime – Admissibilidade - Prevalece na fase do recebimento da denúncia o princípio *in dubio pro societate* de modo que o magistrado deve sopesar essa exigência de lastro mínimo probatório imposto pelo ordenamento jurídico pátrio a ponto de não inviabilizar o *jus accusationis* estatal a perquirir prova plena da ocorrência de infração penal - Presente a justa causa para o recebimento da denúncia - Recurso ministerial provido” (TJSP. Recurso em Sentido Estrito 0016399-56.2020.8.26.0050. Relator(a): Sérgio Ribas. Órgão Julgador: 8ª Câmara Criminal - Foro Central Criminal Barra Funda - 1ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital. Data do Julgamento: 14/08/2020. Data de Registro: 14/08/2020).

desvirtuando o aludido princípio constitucional, é interpretada em desfavor do acusado.⁷⁷⁶ No entanto, também há sinais de que, no âmbito dos tribunais, um novo olhar começa a ser lançado sobre o assunto.⁷⁷⁷

6.4.1.1. A JUSTA CAUSA E O GRAU DE SUFICIÊNCIA DA PROVA PARA EMBASAR ACORDOS CRIMINAIS

Na esteira do pensamento acima exteriorizado, tem-se que o órgão de acusação só pode propor um acordo penal ao investigado ou acusado se no procedimento de apuração criminal tiverem sido reunidos elementos que caracterizem a justa causa, ou seja, se realmente houver prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, a sinalizarem uma boa probabilidade de êxito de uma ação penal. Noutras palavras, a celebração do acordo é admissível quando predominarem as razões positivas de culpabilidade, retratadas pela prova da materialidade da infração penal e pelos indícios suficientes de autoria.

No que tange às infrações de menor potencial ofensivo, só é cabível a celebração da transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/1995) se o termo circunstanciado de ocorrência ou outro procedimento de investigação de prática infracional indicar a presença da justa causa, isto é, do supracitado lastro probatório capaz de apontar, ao menos num grau intermediário de probabilidade, para a responsabilidade penal do autor do fato. Se não estiverem presentes elementos aptos a prenunciar um juízo positivo de admissibilidade da denúncia, também há de se entender que não existe base para a propositura e celebração de um acordo.

“A proposta de transação penal não é alternativa ao pedido de arquivamento, mas algo que pode ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda deva o processo penal ser instaurado.”⁷⁷⁸ Como assinala Stephan Gomes Mendonça⁷⁷⁹:

⁷⁷⁶ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 412-422.

⁷⁷⁷ Ao comentar sobre o aforismo *in dubio pro societate*, Ricardo Lewandowski, ministro da Corte Suprema brasileira, afirmou: “Eu, durante muito tempo, e venho na judicatura criminal há quase vinte oito anos, passei pelo Tribunal de Alçada Criminal, repetia, sem maior crítica, o provérbio, o brocardo, que, nesta fase do procedimento penal, ou seja, no recebimento da denúncia, a dúvida milita em favor da sociedade. E eu meditando melhor sobre esse assunto, inclusive, preparando, e peço escusas por trazer à colação um depoimento mais pessoal, um curso de pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sobre exatamente os princípios constitucionais que regem o processo penal, eu acabei chegando à conclusão de que a dúvida milita em favor do réu mesmo nessa fase, até a fase final do julgamento. Eu penso que os doutrinadores e mesmo a jurisprudência equivocadamente vêm repetindo esse brocardo sem, *data venia*, uma maior reflexão, o que permite o recebimento de certas denúncias sem maior consistência de elementos que possam levar avante uma denúncia minimamente hígida” (Observação feita no julgamento do Inquérito n. 4.074-DF, Relator(a): Min. Edson Fachin. Redator do acórdão: Min. Dias Toffoli. Segunda Turma, julgado em 14/08/2020 e publicado em publicação: 17/10/2018, p. 130-131).

⁷⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 151.

⁷⁷⁹ MENDONÇA, Stephan Gomes. Lei dos Juizados Especiais: 20 anos de vigência e reflexos no processo penal. *Revista Jurídica Consulex*, v. XIX, 2015, p. 10.

Salvo raras exceções, quando o termo circunstanciado chega às mãos do representante do Ministério Público, é requerida, de imediato, a designação de audiência preliminar para possível composição dos danos causados pela infração e, sem um maior aprofundamento acerca da viabilidade ou não da acusação, já se delimita a proposta de transação penal (...). Há incontestável banalização do instituto, em prejuízo do suposto autor do fato, visando à rápida resolução dos processos.

Essas balizas também se aplicam ao instituto da composição civil (art. 74 da Lei nº 9.099/1995).

Em relação à suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, a apresentação de proposta de solução consensual do caso naturalmente pressupõe a presença da justa causa. O juiz não está dispensado do dever de fazer o exame de admissibilidade da peça acusatória⁷⁸⁰, ou seja, deve averiguar se ela está lastreada em prova da materialidade delitiva e em indícios suficientes de autoria, de forma que deve rejeitá-la, se entender que não está ancorada em elementos que atendam ao *standard* probatório referido linhas acima.

Entretanto, na prática forense, diante da proposta de resolução pactuada apresentada pelo Ministério Público, e tendo em conta a redação atual do § 1º do art. 89 da Lei nº 9.099/1995⁷⁸¹, os magistrados logo designam a audiência tendente à celebração do acordo ou mandam intimar o denunciado para se pronunciar sobre a proposição do representante do MP. Por conseguinte, na realidade, na maioria dos casos, acaba não ocorrendo uma apreciação mais detida da justa causa em que se ampara a denúncia, como impõem os arts. 41 e 395 do CPP.

O que se quer deixar claro, destarte, é que uma peça acusatória inepta, sem estar escorada numa verdadeira justa causa, que indique um bom prognóstico de responsabilização penal em caso de julgamento do mérito da causa, não pode ser aceita para respaldar a propositura e a celebração do *sursis* processual. Não se pode submeter um cidadão ao cumprimento de condições por certo período de prova se não estiver presente a justa causa, a probabilidade prevalente de que a acusação possa prosperar em caso de julgamento meritório do feito.

Evidentemente, não é diferente quando se pensa na celebração do acordo de não persecução penal, novel ferramenta de solução de casos penais por consenso, incorporada ao ordenamento jurídico-penal brasileiro pela Lei nº 13.964/2019, que inseriu o art. 28-A no

⁷⁸⁰ Como observa Bitencourt, “a redação faz supor que a aceitação da proposta é anterior ao recebimento da denúncia, o que não é admissível, porque só após o juiz admitir o exercício da pretensão punitiva como hábil a ser deduzida é que poderá suspendê-la” (BITENCOURT, Antônio Carlos dos Santos. *Justiça Penal Pactuada*. Juizados Especiais Criminais (Anotações à Lei nº 9.099/95). Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997, p. 164).

⁷⁸¹ “Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo (...)”

CPP. O ANPP é uma ferramenta de justiça penal negociada que se aproxima mais da transação penal, mas a lei estabelece a exigência de confissão do investigado ou acusado para que a avença possa ser aperfeiçoada.

Como dispõe expressamente a parte inicial do aludido dispositivo, “não sendo caso de arquivamento”, o MP poderá propor o ANPP. Isto deixa claro que o acordo somente pode ser proposto se estiver presente a justa causa para a instauração da ação penal.⁷⁸² Assim como ocorre com a transação penal, a formulação da proposta só pode ocorrer se não for caso de arquivamento do procedimento apuratório. O ANPP não é uma alternativa ao arquivamento do procedimento investigatório.⁷⁸³

Assim, o conjunto de informações ou elementos colhidos na fase de investigação criminal, aliado à confissão do investigado ou acusado, deve permitir a formação de uma *opinio delicti* contrária ao arquivamento do caso. Por conseguinte, a celebração do ANPP exige a presença de material probatório ou de elementos de convicção que espelhem a justa causa, isto é, que apontem uma probabilidade de culpa superior a 50%, se se quiser retratá-la em termos numéricos para facilitar a compreensão.

Não é despidendo dizer que tal justa causa, retratando o grau da prova necessário para o entabulamento do acordo, não pode ser representada apenas pela confissão, mas, para os que a entendem inarredável⁷⁸⁴, deve ser vista como um elemento que reforça a justa causa⁷⁸⁵, que se agrega aos demais elementos para dar mais peso ao juízo probabilístico no sentido da culpabilidade do investigado ou acusado.

No tocante ao acordo de colaboração premiada, disciplinado pela Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013), malgrado enxergado como estratégia processual voltada para acusados implicados num contexto de organizações criminosas, deve a defesa averiguar a opção de negociá-lo, propô-lo ou aceitá-lo (a partir da iniciativa do MP) tendo em vista a real presença da justa causa. Os elementos investigatórios colhidos pelo órgão acusador revelam

⁷⁸² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). In: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. HAMILTON, Olavo (orgs). *Pacote anticrime: temas relevantes*. Natal: OWL, 2021, p. 45-46.

⁷⁸³ BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (orgs). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 173-175.

⁷⁸⁴ De outro lado, parte da doutrina entende que a exigência de confissão é contraditória quando se pensa no cidadão inocente. Walter Nunes da Silva Júnior aduz: “Encarado o ANPP sob a justificativa de que seria uma forma de evitar que o inocente não seja submetido ao acordo, o sistema apresentaria uma solução negociada para o *culpado*, enquanto o *inocente* não poderia dispor dessa alternativa, senão enfrentar o processo. Isso não parece razoável e, sob esse viés, poder-se-ia sustentar a inconstitucionalidade do preceito legal que impõe a confissão formal e circunstancial como condição para o ANPP” (SILVA JÚNIOR, *op. cit.*, 2021, p. 51). Schmitt de Bem também critica a exigência de confissão por entender que ela é transformada numa “moeda de troca”, além de tornar descartáveis ou secundários os demais elementos que devem ser coligidos ao procedimento investigatório (BEM, *op. cit.*, 2021, p. 199).

⁷⁸⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (orgs). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 217.

mesmo um lastro probatório capaz de atrair o pretense colaborador, com alguma vantagem, para a celebração da avença? Há mesmo justa causa que sustente, autorize e recomende o entabulamento de um acordo dessa natureza?⁷⁸⁶

Por isso, antes de caminhar nesse rumo, o investigado/acusado e seu defensor devem, logo no início das tratativas/negociações, procurar conhecer os fatos imputados e sua capitulação legal, os elementos de prova carreados em seu desfavor, o material incriminador de posse da autoridade policial e do MP, examinando se são capazes de levar a uma futura condenação. Somente depois de terem ciência de tais elementos é que devem avaliar sobre a celebração do acordo em questão.⁷⁸⁷ O parâmetro é sempre a presença de justa causa, com os contornos probabilísticos delineados linhas volvidas.

Portanto, há um nível de suficiência probatória a ser cobrado e observado para o embasamento de acordos penais, sendo ele traduzido pela justa causa, pela causa provável (*probable cause*) de uma condenação na hipótese de o caso ser levado a julgamento de mérito pelo órgão jurisdicional competente. O Ministério Público não pode querer usar a via do acordo para contornar dificuldades probatórias, para encerrar um caso em que ele não conseguiu evidências capazes de caracterizar a justa causa. E a defesa, por sua vez, não deve se sentir pressionada ou coagida por uma proposta de acordo que não está calcada em justa causa.

Por seu turno, o magistrado, ao realizar o controle judicial da solução pactuada, não deve apenar averiguar se a manifestação de vontade do investigado/acusado foi livre, consciente e esclarecida, mas também deve averiguar se há base fática (*factual basis*) que dê sustentação ao acordo, assegurando que a resposta do Estado ao comportamento delitivo seja justa e legítima.

É certo que a negociação vem se tornando a tônica no âmbito do processo penal, sobretudo a partir da incorporação do ANPP ao ordenamento jurídico pátrio, na medida em que ampliou as zonas ou espaços de consenso na esfera da justiça criminal.⁷⁸⁸ Porém, a formulação dos acordos criminais deve se dar sob uma base que aponte de forma relativamente segura para a culpabilidade penal do investigado ou acusado, sob pena de, ao invés de se avançar em termos de celeridade e efetividade na resolução de casos criminais, retroceder-se na tutela de direitos fundamentais.

6.4.2. O GRAU DE SUFICIÊNCIA DA PROVA PARA A PRONÚNCIA DO RÉU

⁷⁸⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 145.

⁷⁸⁷ VASCONCELLOS, *op. cit.*, 2017, p. 144

⁷⁸⁸ Esse assunto foi abordado de forma detida no seguinte trabalho: ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2018.

No sistema jurídico-penal brasileiro, os crimes dolosos contra a vida são de competência do tribunal do júri (art. 5º, XXXVIII, “d”, da CF/1988). Nesses casos, a primeira fase do procedimento judicial é denominada “juízo da acusação” (*judicium accusationis*), que tem início com o recebimento da denúncia e se estende até o trânsito em julgado da decisão de pronúncia (arts. 406 a 421 do CPP).⁷⁸⁹ Essa fase também é denominada “sumário da culpa”. A segunda fase desse procedimento, denominada “juízo da causa” (*judicium causae*) diz respeito ao julgamento da causa pelo colegiado popular, englobando os atos praticados até a votação pelos jurados e a prolação da sentença (arts. 422 a 493 do CPP).⁷⁹⁰

Ao final da referida primeira fase (“juízo da acusação”), o magistrado pode, a partir das provas produzidas, entender que o caso é de pronúncia, de impronúncia, de absolvição sumária ou de desclassificação do crime. A pronúncia, que tem o condão de levar o acusado a julgamento popular, só terá lugar se o juiz, fundamentadamente, demonstrar que está “convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação” (art. 413 do CPP – sem destaque no original). Esse é o *standard* probatório ou o modelo de constatação fática que deve guiar a tomada da decisão judicial no final dessa primeira fase.

Então, para a pronúncia, a lei exige a demonstração de prova “da materialidade do fato” (criminoso⁷⁹¹) e de “indícios suficientes de autoria ou de participação” do réu. Até as alterações feitas pela Lei nº 11.690/2008, o dispositivo que tratava do assunto fazia referência apenas a “indícios” (“art. 408 - Se o Juiz se convencer da existência do crime e de *indícios* de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento” – sem destaque no original), tendo a referida lei incluído o adjetivo “suficientes”. Por óbvio, a adjetivação dos indícios não foi feita por mero capricho, mas para explicitar que eles devem ser consistentes, sólidos o bastante para “formar a culpa”, para indicar um juízo positivo da probabilidade no que tange à culpabilidade do acusado.

Todavia, há muito, no Brasil, sem embasamento legal e sem o menor estofamento teórico-epistêmico⁷⁹², vem se aplicando, nesse momento processual, o brocardo *in dubio pro*

⁷⁸⁹ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 670 e 677.

⁷⁹⁰ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 696.

⁷⁹¹ Embora o legislador não tenha mencionado, evidentemente esse fato é o fato considerado criminoso.

⁷⁹² Como aduz Rafael Fecury Nogueira, “ao se delimitar a análise da legitimidade do *in dubio pro societate* no espaço atual do direito brasileiro não há como sustentá-la por duas razões básicas. A primeira se dá pela absoluta ausência de previsão legal desse brocardo e, ainda, pela ausência de qualquer princípio ou regra orientadora que lhe confira suporte político-jurídico de modo a ensejar a sua aplicação. (...) A segunda razão se dá em face da existência expressa da presunção de inocência no ordenamento constitucional brasileiro, conferindo, por meio de seu aspecto probatório, todo o suporte político-jurídico do *in dubio pro reo* ao atribuir o ônus da prova à acusação, desonerando o réu dessa incumbência probatória” (NOGUEIRA, Rafael Fecury. *A decisão de pronúncia no processo penal brasileiro: valoração da prova e limites à motivação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 226).

societate.⁷⁹³ Olvida-se a clareza da lei. Havendo prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, o réu deve ser pronunciado. Contudo, havendo dúvida a respeito do preenchimento desses pressupostos, ele deve ser impronunciado.⁷⁹⁴ Essa é a diretriz normativa em vigor. A dúvida quanto a tais requisitos não pode ser dissolvida contra o acusado, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência, como assinalado no capítulo 4 desta tese. Essa é uma garantia que a lei confere ao imputado para que ele não seja levado a julgamento por um colegiado popular que decide sem oferecer razões, que decide por íntima convicção. A aplicação de tal aforismo distorce o propósito garantidor do “juízo da acusação” (*judicium accusationis*), que deve funcionar como um filtro destinado a reter acusações que se revelem inconsistentes ou injustas.

Sem embargo das diversas críticas formuladas pela doutrina⁷⁹⁵, a maioria dos juízes, em todas as instâncias, insiste em ignorar a melhor compreensão em torno do assunto. Ainda que a lei⁷⁹⁶ e a jurisprudência⁷⁹⁷ recomendem prudência e cometimento na elaboração dessa decisão, isto é, o juiz togado não pode ingressar no mérito da acusação nem empregar linguagem excessiva, capaz de influenciar os jurados, não deve ele deixar de cumprir seu papel, motivando adequadamente o *decisum*. Não é aceitável que “lave as mãos” invocando uma fórmula que apenas simplifica seu trabalho e retira sua responsabilidade, distorcendo a lógica do sistema na medida em que a dúvida é dirimida contra o réu e o *standard* de prova fixado na lei acaba desconsiderado ou flagrantemente rebaixado a pretexto de propiciar a todo custo o veredito popular, menos suscetível a críticas.⁷⁹⁸

⁷⁹³ Apenas para ilustrar, cabe transcrever as seguintes ementas: “(...) 2. A decisão de pronúncia tem por escopo a admissibilidade da acusação de prática de crime doloso contra a vida, remetendo o caso à apreciação do Tribunal do Júri. Por sua natureza perfunctória, prevalece nessa fase o princípio *in dubio pro societate*, segundo o qual se preserva as elementares do tipo penal a serem submetidas à avaliação dos jurados, dispensando-se fundamentação exauriente. 3. (...). 4. *Habeas corpus* não conhecido” (STJ. HC 583.439/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020). “(...) Eventuais dúvidas ou contradições na prova não impedem a sentença de pronúncia, a qual encerra mero juízo de admissibilidade da acusação, pautado pelo *in dubio pro societate*, bastando, assim, que haja prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria, descabendo a impronúncia quando presentes tais elementos de convicção. Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes (Súmula 64-TJMG). (TJMG. Rec. em Sentido Estrito 1.0024.15.046007-9/001, Relator(a): Júlio Cezar Gutierrez, 4ª Câmara Criminal, julgamento em 27/05/2020, publicação da súmula em 08/06/2020). “(...) Para que se profira sentença de pronúncia é preciso apenas que haja indícios suficientes de autoria, pois se trata de mero juízo de admissibilidade da acusação, vigendo neste caso o princípio do *in dubio pro societate*” (TJMG. Rec. em Sentido Estrito 1.0428.17.000647-5/001, Relator(a): Sálvio Chaves, 7ª Câmara Criminal, julgamento em 22/04/2020, publicação da súmula em 24/04/2020).

⁷⁹⁴ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 685.

⁷⁹⁵ DEZEM, *op. cit.*, 2018, p. 998.

⁷⁹⁶ O § 1º do art. 413 do CPP dispõe que “a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”.

⁷⁹⁷ “Na sentença de pronúncia, o dever de fundamentação do magistrado deve ser cumprido dentro de limites estreitos, com linguagem comedida, sob pena de influenciar os jurados. (...)” (REsp 1723140/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 23/06/2020, DJe 01/09/2020).

⁷⁹⁸ Para uma abordagem mais detalhada: BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *Estigma de Pilatos – A Desconstrução do Mito In Dubio Pro Societate da Pronúncia no Rito do Júri e sua Repercussão Jurisprudencial*. Curitiba: Juruá, 2010.

Entretanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal⁷⁹⁹ censurou duramente o emprego do *in dubio pro societate* ao término da primeira fase do procedimento do júri, afirmando que nesse momento é aplicável o aforismo *in dubio pro reo*, na linha do que antes foi ponderado. E, indo além, o Pretório Excelso indicou o *standard* de prova que deve balizar tais decisões, qual seja, o da preponderância das provas ou da prova prevalente. O Ministro Gilmar Mendes consignou:⁸⁰⁰

(...) percebe-se a lógica confusa e equivocada ocasionada pelo suposto “princípio *in dubio pro societate*”, que, além de não encontrar qualquer amparo constitucional ou legal, acarreta o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova. Além de desfocar o debate e não apresentar base normativa, o *in dubio pro societate* desvirtua por completo o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro, esvaziando a função da decisão de pronúncia.

(...) para a pronúncia não se exige uma certeza além da dúvida razoável, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um *standard* probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias.

De fato, assim como acontece em relação ao juízo de admissibilidade da denúncia, avulta a necessidade de se explicitar melhor o *standard* de prova destinado a orientar a tomada de decisão ao final da primeira fase do procedimento do júri. A análise da verificabilidade empírica das hipóteses, a valoração das provas reunidas e a definição sobre a confirmação ou refutação das proposições fáticas deve se dar à luz do *standard* intermediário

⁷⁹⁹ “Penal e Processual Penal. 2. Júri. 3. Pronúncia e *standard probatório*: a decisão de pronúncia requer uma preponderância de provas, produzidas em juízo, que sustentem a tese acusatória, nos termos do art. 414, CPP. 4. Inadmissibilidade *in dubio pro societate*: além de não possuir amparo normativo, tal preceito ocasiona equívocos e desfoca o critério sobre o *standard probatório* necessário para a pronúncia. 5. Valoração racional da prova: embora inexistam critérios de valoração rigidamente definidos na lei, o juízo sobre fatos deve ser orientado por critérios de lógica e racionalidade, pois a valoração racional da prova é imposta pelo direito à prova (art. 5º, LV, CF) e pelo dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). 6. Critérios de valoração utilizados no caso concreto: em lugar de testemunhas presenciais que foram ouvidas em juízo, deu-se maior valor a relato obtido somente na fase preliminar e a testemunha não presencial, que, não submetidos ao contraditório em juízo, não podem ser considerados elementos com força probatória suficiente para atestar a preponderância de provas incriminatórias. 7. Dúvida e impronúncia: diante de um estado de dúvida, em que há uma preponderância de provas no sentido da não participação dos acusados nas agressões e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, impõe-se a impronúncia dos imputados, o que não impede a reabertura do processo em caso de provas novas (art. 414, parágrafo único, CPP). Primazia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF e art. 8.2, CADH). 8. Função da pronúncia: a primeira fase do procedimento do Júri consolida um filtro processual, que busca impedir o envio de casos sem um lastro probatório mínimo da acusação, de modo a se limitar o poder punitivo estatal em respeito aos direitos fundamentais. 9. Inexistência de violação à soberania dos veredictos: ainda que a Carta Magna preveja a existência do Tribunal do Júri e busque assegurar a efetividade de suas decisões, por exemplo ao limitar a sua possibilidade de alteração em recurso, a lógica do sistema bifásico é inerente à estruturação de um procedimento de júri compatível com o respeito aos direitos fundamentais e a um processo penal adequado às premissas do Estado democrático de Direito. 10. Negativa de seguimento ao Agravo em Recurso Extraordinário. *Habeas corpus* concedido de ofício para restabelecer a decisão de impronúncia proferida pelo juízo de primeiro grau, nos termos do voto do relator” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. ARE 1067392. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, 26/03/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343636549&ext=.pdf>. Acesso em: 05/11/2020).

⁸⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. ARE 1067392. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, 26/03/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343636549&ext=.pdf>. Acesso em: 05/11/2020.

da preponderância das provas. Noutras palavras, o réu só deve ser pronunciado se as provas incriminadoras preponderarem sobre as que apontam para a não culpabilidade.

A acusação só deve ser julgada admissível se os enunciados fáticos em que se embasa o órgão acusador se mostrarem mais prováveis que seus rivais, de acordo com os elementos probatórios reunidos. Num raciocínio matemático ou numérico, o grau de probabilidade da hipótese acusatória precisar mostrar-se superior a 50%, ou seja, as razões positivas em termos de culpa devem preponderar sobre as negativas, devem superar tal patamar para justificar o julgamento pelo conselho de sentença.

Alguém pode questionar a adoção desse *standard*, entendendo que o grau de exigência de corroboração deveria ser maior⁸⁰¹, porém a lei não reclama “indícios veementes” de autoria, mas “suficientes”, que são aqueles que permitem um razoável prognóstico de culpa.⁸⁰² O “juízo da acusação” existe para que seja avaliada a consistência da imputação, para que seja averiguada sua viabilidade de produzir uma condenação legítima do réu. Por isso, não parece ser o caso aplicar, nesta fase, o *standard clear and convincing evidence*, que exige um nível de prova que retrate uma probabilidade de cerca de 75%, consoante abordado no capítulo anterior. Exigir nesta fase uma corroboração da hipótese acusatória em tal patamar obrigaria uma incursão mais profunda na prova produzida, o que a lei impede, além do que ensejaria a usurpação da competência do tribunal popular para o julgamento de crimes dolosos contra a vida.

Nessa etapa, o grau de suficiência probatória é idêntico ao da admissibilidade da denúncia ou queixa, mas com uma particularidade, os indícios de autoria *devem se manter suficientes* mesmo depois da produção de provas pela defesa e da apresentação de seus argumentos. A primeira fase do procedimento (*judicium accusationis*) serve exatamente para saber se a justa causa sobrevive ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Se ela subsistir às provas da defesa e ao debate contraditório⁸⁰³, se os indícios de autoria se mantiverem consistentes, plausíveis ao lado da prova da materialidade do delito, preponderando os elementos probantes que alicerçam a pretensão acusatória, o réu deve ser pronunciado; do contrário, deve ser impronunciado.

⁸⁰¹ Nesse sentido é a posição de Rafael Fecury Nogueira: “Vislumbrando-se o espaço existente entre os *standards* da preponderância da prova e o da prova além da dúvida razoável, *i. e.*, entre a mera probabilidade e a prova plena, respectivamente, vê-se que o critério de probabilidade proposto pelo *standard* da prova clara e convincente atende ao juízo pretendido com a decisão de pronúncia. Isso porque, como afirmado, ao operar entre a mera probabilidade e a certeza, o *standard* da prova clara e convincente reclama a alta probabilidade para a sua verificação, estando na linha intermediária entre a preponderância da prova e a prova além da dúvida razoável.” (NOGUEIRA, Rafael Fecury. *A decisão de pronúncia no processo penal brasileiro: valoração da prova e limites à motivação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 183).

⁸⁰² GOMES FILHO, *op. cit.*, 2001, p. 223.

⁸⁰³ NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 509.

6.5. STANDARDS DE PROVA PARA O JULGAMENTO DO MÉRITO DA CAUSA PENAL

No sistema processual penal brasileiro, conquanto haja a previsão constitucional do princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF/1988), dele decorrendo a regra de julgamento *in dubio pro reo*, como exposto no tópico 4.4, a lei não fixa, de modo expresso, o nível ou grau de suficiência probatória necessário para a emissão de um decreto condenatório. Há algumas regras dirigidas ao magistrado que julgará a causa, como a que obriga a motivação da decisão (art. 93, IX, da CF/1988), a que veda a condenação fundada, exclusivamente, em elementos informativos colhidos na fase investigativa (art. 155 do CPP) ou que tenha por base apenas a confissão do acusado (art. 197 do CPP). Há também as diretrizes normativas para orientar a prolação de uma sentença absolutória, exigindo-se que o juiz indique o motivo que ensejou a absolvição do réu (art. 386 do CPP).

Não existem, porém, regras ou critérios clarificados quanto à medida de suficiência da prova ou quanto ao grau de corroboração das hipóteses exigido para que o juiz possa proferir uma decisão condenatória⁸⁰⁴. O art. 156 do CPP limita-se a dizer que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” enquanto o art. 381 do mesmo código estabelece, no inciso III, que a sentença conterà “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”. Numa leitura a *contrario sensu* dos preceitos normativos que norteiam a edificação de sentenças absolutórias (art. 386 do CPP), é possível depreender que a condenação só é possível se houver “prova da existência do fato” e de que o “réu concorreu para a infração penal”, assim como não existir “dúvida fundada” sobre causas de exclusão da tipicidade ou da culpabilidade, quando se poderá entender que existe “prova suficiente para a condenação”. Já o art. 387 do referido código traz normas sobre a aplicação da pena, nada mencionando sobre o grau de suficiência da prova.

Esse quadro indica que o ordenamento jurídico-penal é limitado nessa matéria, deixando de apontar de forma mais explícita ou instrutiva qual grau de suficiência da prova é exigido para que o réu seja condenado, quando se pode considerar suplantada a presunção de inocência do acusado a fim de que a pretensão acusatória seja acolhida e ele declarado culpado. Esse é um tema da maior relevância e que reclama mais embasamento dogmático e epistêmico a partir da teoria racionalista de valoração da prova; é um assunto que precisa ser devidamente sistematizado por meio de um *standard* concebido à luz das premissas epistemológicas do juízo de fato, conforme exposto no capítulo 3, assim como na esteira dos vetores axiológicos delineados no capítulo 4.

⁸⁰⁴ BALTAZAR JUNIOR, *op. cit.*, 2007, p. 176-177.

6.5.1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O *IN DUBIO PRO REO* COMO BALIZAS ORIENTADORAS DO JULGAMENTO CRIMINAL

O postulado da presunção de inocência e a máxima *in dubio pro reo* estão umbilicalmente conectados no âmbito da principiologia do processo penal democrático, sendo ambos reflexos do *favor rei*. O aforismo latino, embora, como já assinalado, tenha antecedentes históricos mais remotos e já estivesse previsto nas legislações romanas e canônicas⁸⁰⁵, manifesta-se, nos países civilizados e de perfil antiautoritário, como uma das facetas da presunção de inocência, isto é, como uma regra de julgamento destinada a proteger o *status libertatis* do cidadão contra pretensões punitivas escoradas em provas insuficientes, que deixam dúvidas quanto à sua culpabilidade. Nesta acepção, pode-se dizer que a presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*.⁸⁰⁶ Este axioma é uma forma de se designar a presunção de inocência numa de suas dimensões⁸⁰⁷.

Assim, enxergado como regra de julgamento, o brocardo *in dubio pro reo* deve incidir em todos os momentos ou fases do processo penal, como asseverado no item 4.4. Subsistindo dúvida quanto ao preenchimento dos requisitos de uma medida cautelar ou quanto à admissibilidade da acusação, a decisão deve favorecer o acusado. Do mesmo modo, no instante do julgamento do mérito da causa, se pairar dúvida⁸⁰⁸ no tocante à culpa do imputado, a decisão deve necessariamente favorecê-lo.⁸⁰⁹ Santiago Melendo⁸¹⁰ fez uma observação interessante sobre a tomada de decisão nesse contexto ao dizer que, em verdade, o juiz que aplica a máxima *in dubio pro reo* “não decide com dúvida, mas firmemente seguro, com a certeza de que faltam indícios ou provas” bastantes para receber a denúncia, decretar a prisão ou condenar o acusado.

O embasamento do referido aforismo está no pensamento ético-jurídico de que é preferível absolver um culpado a condenar um inocente. Nessa linha de raciocínio e reforçando tal compreensão, a chamada “Fórmula de Blackstone” (célebre jurista inglês do século XVIII, referido no capítulo antecedente) prescreve que é melhor que dez pessoas culpadas escapem a que um inocente sofra.⁸¹¹ O *in dubio*, portanto, é expressão da intenção de realizar a justiça.⁸¹²

⁸⁰⁵ MARTÍNEZ VAL, *op. cit.*, 1956, p. 4 e 27.

⁸⁰⁶ BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 68.

⁸⁰⁷ IBÁÑEZ, *op. cit.*, 2009, p. 86 e 93.

⁸⁰⁸ MELENDO, *op. cit.*, p. 158-159.

⁸⁰⁹ MACHADO, *op. cit.*, 1989, p. 593.

⁸¹⁰ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 406.

⁸¹¹ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 63.

⁸¹² MACHADO, *op. cit.*, 1989, p. 593.

À primeira vista, parece ser simples aplicar essa lógica: na dúvida, basta que se faça prevalecer o *status libertatis* do indivíduo em face do *jus puniendi* estatal. Todavia, no plano prático, é preciso averiguar a densidade ou suficiência da prova e a natureza ou intensidade da dúvida, o que se faz verificando se e até que ponto as asserções fáticas foram corroboradas pelos elementos probantes. A prova é suficiente para confirmar a hipótese acusatória ou deixou dúvida? Essa dúvida é fundada?⁸¹³ Ora, a prova é bastante quando atesta a veracidade das proposições factuais da parte acusadora e dissipa as dúvidas suscitadas pela defesa, dúvidas que naturalmente sejam fundadas, isto é, sérias, concretas, não as triviais ou fantasiosas. Somente a dúvida séria tem força para excluir a acusação calcada em provas que apontem a culpabilidade do acusado.⁸¹⁴

Assim como não é qualquer prova que cumpre o papel de corroborar a hipótese acusatória e ensejar a convicção acerca da culpabilidade do agente, devendo ser sólida e coerente, não é qualquer dúvida fática que tem o condão de levar à absolvição. Noutros dizeres, não beneficia o réu a dúvida imaginária ou infundada, que não logra colocar em xeque ou diminuir a força do material probatório produzido pela acusação.⁸¹⁵

Também cumpre salientar que, se não é possível alcançar a verdade absoluta ou a certeza plena na seara do juízo de fato, também não é possível eliminar por completo a dúvida. Como esclarece Luigi Ferrajoli⁸¹⁶, “(...) se se tomasse ao pé da letra o princípio *in dubio pro reo*, as margens irredutíveis de incerteza, que caracterizam a verdade processual, deveriam comportar a ilegitimidade de qualquer condenação e, portanto, a paralisia da função judicial”. É exatamente por isso que se diz que o juízo fático opera no campo das probabilidades.⁸¹⁷

Note-se que, apesar de o art. 386 do CPP, no inciso VI, só se referir à dúvida fundada no que tange às causas de exclusão da tipicidade ou da culpabilidade, o *in dubio pro reo* impõe que a dúvida também leve à absolvição se ela versar sobre a materialidade delitiva ou sobre a autoria ou participação do réu. A dúvida diz respeito à culpa do agente, alcançando todos os aspectos da imputação criminosa. Assim, havendo dúvida sobre fatos relevantes do processo penal, ela deve ser resolvida em favor do acusado.⁸¹⁸

⁸¹³ A dúvida fundada é aquela fundada na razão, impeditiva do afastamento da presunção de inocência do acusado (MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 474).

⁸¹⁴ MACHADO, *op. cit.*, 1989, p. 592.

⁸¹⁵ MELENDO, *op. cit.*, 1971, p. 23-24 e 31. No mesmo sentido: VILELA, *op. cit.*, 2000, p. 121.

⁸¹⁶ FERRAJOLI, *op. cit.*, 2014, p. 64.

⁸¹⁷ “Se assim não fosse, o princípio *in dubio pro reo*, entendida a dúvida no sentido de incerteza objetiva, jamais permitiria a condenação, dado que qualquer hipótese é, por sua natureza, provável e sempre será possível, qualquer que seja o grau de probabilidade ou de confirmação, que seja objetivamente falsa” (FERRAJOLI, *op. cit.*, 2014, p. 143).

⁸¹⁸ BADARÓ, *op. cit.*, 2003, p. 301 e 436.

Destarte, até aqui, o que se pode constatar é que a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* são balizas orientadoras essenciais para o justo julgamento (*fair trial*) na esfera do processo penal. O veredito deverá ser favorável ao réu sempre que a prova produzida pela acusação não for suficiente para dirimir as dúvidas fundadas suscitadas pela defesa e estampar a responsabilidade criminal do acusado.

Como apontado no final do tópico 4.4, parte da doutrina, amparada na regra expressa do art. 156, II, do CPC, argumenta em prol de uma atividade instrutória supletiva e excepcional do juiz, cabível quando advier um estado de dúvida que pode ser superado por uma diligência viável e pertinente.⁸¹⁹ Marcos Zilli afirma que, “não raro, a visão global do contexto probatório somente é obtida após o encerramento da instrução”, quando o magistrado se debruça sobre os autos para a tomada da decisão final. “É justamente neste estágio da marcha processual que dúvidas específicas, não observadas anteriormente, poderão ser reconhecidas”. Assim, o referido professor sustenta que, com esteio no aludido preceito legal, pode o juiz ordenar diligências lícitas, viáveis e factíveis “para afastar incertezas ou obscuridades passíveis de serem superadas”⁸²⁰, agir esse que fica “longe de afetar sua imparcialidade”, assegura equilíbrio entre as partes na disputa e leva a uma “apuração mais completa dos fatos”. Em abono à sua visão, ele menciona a seguinte lição de Ada Pellegrini Grinover: “Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão”.⁸²¹

Essa posição, ainda que desenvolvida com fundamentos sólidos, é propícia, em muitos casos, no campo do processo civil, mas esbarra, na seara do processo penal, no princípio da presunção de inocência e na máxima *in dubio pro reo*. A dúvida (fundada) quanto à culpabilidade do réu, exurgida na fase de julgamento do *meritum causae*, exige a absolvição. Se o juiz está com dúvida a respeito da confirmação ou refutação da hipótese incriminadora, o caminho a trilhar é o da absolvição. Quando ele, nesse contexto, toma iniciativa probatória (suplementar), parece claro que estará se inclinando para o lado da parte acusadora. Ele não precisa ordenar diligências para dirimir dúvidas, pois a incerteza, a falta de elementos bastantes que corroborem a proposição acusatória já aponta para a improcedência do pedido.

No processo penal, se o juiz já está diante de uma dúvida fundada, razoável, deve ele absolver o réu. O magistrado não deve agir para suprir a debilidade da prova produzida pelo órgão de acusação, nem mesmo a partir de uma pretensa atuação instrutória equilibrada. À luz do supracitado postulado e do referido adágio, o julgador, ao determinar a produção de uma prova, sobretudo quando o caso já está em fase de julgamento, acaba por assumir que a

⁸¹⁹ ZILLI, *op. cit.*, p. 182.

⁸²⁰ ZILLI, *op. cit.*, p. 274.

⁸²¹ ZILLI, *op. cit.*, p. 144.

hipótese acusatória não está satisfatoriamente comprovada, pendendo para o flanco da parte acusadora⁸²², além do que depois tende a dar mais crédito ou a valorar de forma apaixonada ou entusiasmada o produto de sua própria iniciativa⁸²³, o que não é desejável.⁸²⁴

Porém, se a dúvida que assaltou o espírito do juiz decorrer de uma alegação fática inédita, de uma questão factual inovadora, só suscitada nas alegações finais da defesa, deverá ele ouvir a acusação sobre tal ponto e, em seguida, novamente a defesa (que sempre deve falar por último), podendo deferir pedido de produção de novas provas destinadas a aclarar o aspecto obscuro. É evidente que essa questão da iniciativa instrutória do juiz no processo penal tem robustez para uma abordagem mais alongada e profunda, mas sobre ela já há excelentes estudos⁸²⁵ além dos que foram citados no tópico 4.4.

Destarte, conquanto sejam de extrema relevância, como se pode notar, tais balizas orientadoras (princípio da presunção de inocência e máxima *in dubio pro reo*) constituem parâmetros demasiadamente abertos, faltando comandos normativos mais diretos e explícitos no sentido de fixar o nível de suficiência probatória reclamado para lastrear uma condenação criminal. Sobre o assunto, Jordi Ferrer Beltrán⁸²⁶ pondera:

A presunção de inocência como regra de julgamento apenas estabelece que, em caso de dúvida, presume-se a inocência do acusado, mas não implica nenhum *standard* de prova específico. Ou, dito de outro modo, o direito à presunção de inocência é compatível com diferentes *standards* de prova, que expressam diferentes níveis de exigência probatória.⁸²⁷ (tradução nossa)

Em outro texto sobre o assunto, Beltrán⁸²⁸ argumenta que a presunção de inocência vista como regra de julgamento expressa pelo *in dubio pro reo*: “a) nada nos diz sobre o grau de dúvida racional admissível, isto é, sobre o *standard* de prova que deverá ser utilizado no

⁸²² Nesse sentido: PINTO, Felipe Martins; LEITE, Hebert Soares. O princípio da presunção de inocência e a impossibilidade de produção de provas *ex officio* pelo julgador. In: PINTO, Felipe Martins (coord.). *Presunção da inocência*. Estudos em homenagem ao professor Eros Grau. 1. ed. 2. tir. Belo Horizonte: IAMG, 2020, p. 121-137.

⁸²³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 173-174.

⁸²⁴ Como assinalado na parte final do tópico 4.4, há aspectos relevantes pontuados também por Mauro Fonseca Andrade e Jordi Nieva Fenoll que precisam ser bem avaliados e considerados (para uma abordagem mais acurada: ANDRADE, Mauro Fonseca. A atividade probatória *ex officio judicis* na recente reforma processual penal. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, n. 3, 2009, p. 49-75; FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013).

⁸²⁵ Por exemplo: PEREIRA, Frederico Valdez. Iniciativa Provatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁸²⁶ BELTRÁN, *op. cit.*, 2013, p. 35, nota 18.

⁸²⁷ **No original**: “(...) la presunción de inocencia como regla de juicio establece únicamente que en caso de duda se presume la inocencia del acusado, pero no implica ningún estándar de prueba específico. O, dicho de otro modo, el derecho a la presunción de inocencia es compatible con estándares de prueba distintos, que expresan diversos niveles de exigencia probatoria”.

⁸²⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan./abr. 2018, p. 173-174. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/131>. Acesso em: 03/09/2020.

processo penal”; e b) “pressupõe que se disponha de um *standard* de prova cuja aplicação seja intersubjetivamente controlável, para tornar viável a função de garantia da presunção de inocência”.

O sistema pátrio resente-se de um critério positivado que aponte o grau ou nível de suficiência da prova a ser alcançado para a condenação de um acusado.⁸²⁹ É preciso que as noções acima comentadas sejam expressadas de forma categórica, objetiva, que dê visibilidade ao assunto, sem necessidade de se recorrer à doutrina mais conceituada com o intuito de entender o critério de suficiência da prova para o reconhecimento da culpa do acusado.

No Brasil, o critério atinente ao grau de suficiência da prova para condenar é ditado a *contrario sensu*, a partir da leitura de hipóteses em que se deve absolver, o que deixa encoberto um indicador que deve estar bem evidente em qualquer ordenamento processual penal. Ora, a medida da prova ou o umbral a ser alcançado para a edificação de uma sentença condenatória deve ser apontado de forma clara pela legislação para guiar os atores processuais⁸³⁰, não havendo razão para que essa importante indicação se dê de maneira residual, a partir de uma leitura às avessas do art. 386 do CPP, concebido para reger os efeitos da coisa julgada penal em termos absolutórios.

É evidente que os profissionais do direito que militam na área criminal têm noção da lógica contida no axioma *in dubio pro reo*, indicador de quando se deve absolver o réu. Porém, o *standard* anglo-americano traduz o verso da moeda, apontando quando é possível condenar, indicando o patamar de suficiência da prova capaz de amparar uma condenação criminal. E esse modelo de constatação fática, adotado nos países da *common law* e por cortes internacionais, como visto no capítulo anterior, ultimamente vem sendo utilizado por juízes brasileiros, o que tornou necessário seu estudo para se conhecer sua gênese, evolução, acepções, virtudes e seus pontos criticáveis, a fim de se avaliar sua compatibilidade com os princípios reitores do processo penal brasileiro. Assim, o tópico seguinte se ocupará desse aspecto, buscando constatar se o *BARD* pode ser aqui aplicado.

⁸²⁹ BALTAZAR JUNIOR, *op. cit.*, 2007, p. 177.

⁸³⁰ Como assinalou Jordi Ferrer Beltrán, “(...) a segurança jurídica exige que o *standard* de prova com o qual os fatos serão julgados seja previamente conhecido à decisão (...) Também o direito à presunção de inocência parece exigir o mesmo, uma vez que, se não se conhece o *standard* de prova, não há como saber quando foi derrotada a presunção de inocência. (...) a importância de se definir com clareza os *standards* de prova é crucial, pois sem eles não se pode pretender uma valoração racional nem um controle da valoração realizada” (BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 152). **No original:** “(...) la seguridad jurídica exige que el estándar de prueba con el que se van a juzgar los hechos sea conocido de antemano respecto de la decisión. También el derecho a la presunción de inocencia parece requerir lo mismo, puesto que si no se conoce el estándar de prueba, no hay forma de saber cuándo se ha derrotado la presunción. (...) La importancia de definir con claridad todos esos estándares de prueba es crucial, puesto que si ellos no puede pretenderse una valoración racional de la prueba ni un control de la valoración realizada”.

6.5.2. A APLICABILIDADE DO *STANDARD* PROBATÓRIO *BEYOND A REASONABLE DOUBT (BARD)* AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Como visto no capítulo 5, na sua forma original, o *standard* anglo-americano *proof beyond a reasonable doubt* não estava relacionado à manutenção dos direitos fundamentais e dos ideais de liberdade. Foi um padrão probatório concebido por razões religiosas, isto é, foi pensado para salvar as almas dos jurados que optassem pela condenação do acusado.

Sem embargo, como se notou em sua evolução histórica, tal *standard* probatório norte-americano é compatível com o princípio da presunção de inocência. Apesar de suas limitações, ao exigir que a prova do órgão acusador seja bastante para superar a dúvida razoável e desvelar a culpabilidade do acusado, o padrão estadunidense constitui uma expressão do postulado do estado de inocência⁸³¹, só podendo o réu ser considerado culpado se o órgão acusador provar satisfatoriamente sua culpa, apresentando evidências suficientes para romper ou superar a presunção constitucional de não culpabilidade. O *standard* em comento explicita bem que a carga probatória é inteiramente atribuída ao acusador, o qual tem o dever de provar a culpa do acusado e destruir a presunção de inocência de que goza.

Embora seja criticável por estar calcado no estado mental do julgador, como aduzido ao final do tópico 5.2.3.2, o *standard* da prova além da dúvida razoável harmoniza-se com o princípio da presunção de inocência, na medida em que dirige ao julgador e ao órgão de acusação uma regra que, se não é a ideal, serve de critério de suficiência probatória para a condenação no processo penal. É claro que há indefinição sobre o conceito de “dúvida razoável”, o que está a exigir mudanças e reflexões dogmáticas a partir do modelo racionalista da prova, mas tal falta de clareza ou ambiguidade também existe quando se pensa na dúvida a que se refere o *in dubio pro reo*. O assunto deve ser enfrentado tendo em mira as duas faces da medalha.

Aliás, não se pode negar que o *standard* anglo-saxão também se coaduna com o aludido axioma *in dubio pro reo*⁸³², uma vez que reafirma a noção de que a existência de dúvida deve acarretar a absolvição do réu.⁸³³ Para Rui Patrício⁸³⁴, “o princípio *in dubio pro reo* encontra a

⁸³¹ FENOLL, *op. cit.*, 2013, p. 66-67.

⁸³² Como assinala Wladimir Brito, “o princípio *in dubio pro reo*, como um princípio geral do processo penal, aplica-se predominantemente em sede de prova e assegura a presunção de inocência do arguido até ser condenado, impondo que se faça a prova completa e capaz de afastar qualquer dúvida razoável sobre a culpa do arguido. De acordo com a doutrina anglo-saxônica, este princípio “*stipulates that justice is served only if it is based on admissible evidence that proves the guilt of the accused ‘beyond a reasonable doubt’*” (BRITO, Wladimir. *Processo Penal Internacional*. In: MONTE, Mário Ferreira (Org). *Que futuro para o processo penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 225).

⁸³³ Os dois modelos pautam-se pela ausência de dúvida, de incerteza, mas os países de *common law* adicionaram a exigência de razoabilidade da dúvida, como esclarece Damaska (DAMASKA, *op. cit.*, 2018, p. 142).

⁸³⁴ PATRÍCIO, *op. cit.*, 2019, p. 42, nota 55.

sua equivalência, no sistema anglo-americano, na imposição de que a condenação do arguido surja *beyond a reasonable doubt*". Porém, o padrão estadunidense deixa ainda mais claro que não é qualquer dúvida que enseja o desfecho absolutório, mas a dúvida razoável, isto é, a dúvida fundada na razão, a dúvida consistente, capaz de infirmar as provas apresentadas pela acusação. E assim já ensinava Hélio Tornaghi⁸³⁵:

“No Direito moderno, o princípio *in dubio pro reo* é levado às últimas consequências: *non esses et non probari paria sunt*, isto é, não estar provado é o mesmo que não existir. Para esse efeito a dúvida se equipara à ignorância e à suspeita, ainda que grave. É preciso, entretanto, que se trate de dúvida grave (a *reasonable doubt* dos anglo-americanos). Pondera com razão Campbell Black que tudo quanto se relaciona com assuntos humanos está sujeito a alguma dúvida. Dúvida razoável é aquela que, após o exame e a consideração de todas as provas, fica no espírito do juiz, o que se vê sem poder afirmar que tem a convicção fundada de que a acusação é verdadeira. Nesse caso o acusado goza do benefício da dúvida”

A doutrina mais recente, representada por Zanoide de Moraes⁸³⁶, também adota esse entendimento, como não poderia deixar de ser:

“(...) a dúvida impeditiva da decisão desfavorável não poderá ser qualquer dúvida, ou seja, a dúvida advinda da mera possibilidade de os fatos terem ocorrido de forma diversa. Deverá ser uma dúvida baseada na racionalidade (dúvida razoável) e que somente poderá ser afastada se as provas incriminadoras apresentarem um alto grau de probabilidade fática (e não mera possibilidade) para todos os aspectos que se relacionarem com a conduta do indivíduo e sua criminalização.

Portanto, a dúvida fundada prevista na legislação nacional e que atrai a incidência do *in dubio pro reo* é exatamente a dúvida razoável a que se refere o *standard* anglo-americano. E dúvida fundada na razão (*reasonable doubt*) é aquela gerada por uma hipótese alternativa à da acusação e que é capaz de, com base nas provas dos autos, explicar os fatos de uma forma compatível com a inocência do acusado. A absolvição se imporá sempre que a prova da acusação não for suficiente para solver a dúvida razoável ou fundada, sempre que os elementos probatórios produzidos pela parte acusadora não forem suficientes para refutar as hipóteses de inocência ou teses alternativas sustentadas pela defesa.⁸³⁷

Se alguém ainda imaginava que o *in dubio pro reo* era uma máxima destinada a respaldar alegações defensivas vazias ou fantasiosas que pudessem ocasionar uma absolvição, o *standard* americano ajuda a demonstrar que a dúvida imaginária ou a mera conjectura não tem esse condão. “Não se trata aqui de uma qualquer dúvida metódica, que os factos quase sempre consentem, já que a imaginação só tem como limites as leis da física e a capacidade

⁸³⁵ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Vol. 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 180.

⁸³⁶ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 475.

⁸³⁷ FENOLL, *op. cit.*, 2013, p. 83.

intelectual dos agentes”.⁸³⁸ O referido aforismo não milita em favor do acusado se a dúvida não se mostrar razoável, fundada, se não tiver uma base tangível, isto é, se não constituir uma explicação alternativa factível no sentido da inocência do acusado.⁸³⁹

Na realidade, conquanto sua fórmula deva ser aprimorada ou substituída, o *BARD* pode ser visto como uma garantia ao acusado justamente por exigir o enfrentamento e a superação de todas as alegações ou explicações alternativas plausíveis de inocência, que constituam dúvidas relevantes capazes de obstar a condenação.⁸⁴⁰ Nessa linha, Perfecto Andrés Ibáñez⁸⁴¹ afirmou que “decidir jurisdicionalmente conforme a presunção de inocência, em rigor, equivale a entender que somente se condenará quando, razoavelmente (isto é, em termos de racionalidade indutiva), não existir nenhuma dúvida razoável acerca da materialidade do delito e da identidade do autor”. As palavras de Zanoide de Moraes⁸⁴² também dão respaldo a esse entendimento:

(...) O julgador precisará convencer, por meio de uma racionalidade a ser integralmente exposta, como foi possível superar aquela dúvida inerente àquele ponto sem prova incriminadora direta. Tornado a dúvida superável por argumentos racionais, estará colocando sua decisão além de qualquer dúvida razoável (“beyond a reasonable doubt”). Somente após dar cabo dessa tarefa argumentativa, poderá decidir desfavoravelmente ao imputado.

Ademais, ao assumir a posição de que a verdade e a certeza absolutas são inalcançáveis pelo ser humano⁸⁴³, o *standard* da prova *beyond a reasonable doubt* estabelece um elevado grau ou nível de confirmação da hipótese acusatória⁸⁴⁴, exigindo que a parte acusadora forneça os elementos probatórios necessários e suficientes para formar a culpa, para retratar a culpabilidade do réu num patamar suficiente para derrotar a presunção de inocência. Se as provas produzidas não forem plenamente aptas a comprovar todos os elementos do fato

⁸³⁸ RUÇO, *op. cit.*, 2019, p. 295.

⁸³⁹ Esse aspecto é bem salientado por André Wagner Melgaço Reis, em trabalho intitulado “Desmistificando Alguns Dogmas do Processo Penal (Verdade Real, Certeza Absoluta e *In Dubio Pro Reo*). Em Defesa de um Novo Paradigma: a Probabilidade e o *Standard* de Prova para Condenação no Processo Penal (*Standard Beyond a Reasonable Doubt* – Além da Dúvida Razoável)”, publicado na Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Ano XIV – Nº 84, Jun-Jul 2018, p. 80-97.

⁸⁴⁰ SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Prolongaciones a partir de Laudan. Doxa*, n. 28, 2005, p. 143. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10006/1/Doxa_28_11.pdf. Acesso em: 11/09/2020.

⁸⁴¹ IBÁÑEZ, *op. cit.*, 2009, p. 91.

⁸⁴² MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 475.

⁸⁴³ Jordi Ferrer Beltrán, embora seja crítico do *BARD*, admite que “esta fórmula, efetivamente, tem a vantagem de não fazer apelação a certezas de nenhum tipo” (LAUDAN, 2006: 32-36). E mais, reconhece a possibilidade de que uma hipótese provada suscite dúvidas no julgador, sempre que estas não sejam razoáveis” (BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 145-146). **No original:** “Esta fórmula, efectivamente, tiene la ventaja de no hacer apelación a certezas de ningún tipo (LAUDAN, 2006: 32-36). Es más, se reconoce la posibilidad de que una hipótesis probada suscite dudas en el juzgador, siempre que éstas no sean razonables”.

⁸⁴⁴ Apesar de considerar o *BARD* um critério incerto, Taruffo disse ser manifesto que “requer um grau particularmente elevado de confirmação probatória da culpabilidade do imputado, que tende à certeza, visto que admite somente a presença de dúvidas ‘irrazoáveis’, numa evidente tentativa de reduzir ao mínimo o risco da condenação de um inocente” (TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 253).

imputado (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), de forma a determinar a culpa do acusado, a sentença deverá ser absolutória.

Não fosse escoreta essa visão, os países de *common law* não adotariam tal *standard* probatório, assim como não seria ele aceito pelas cortes internacionais de proteção aos direitos humanos, nem seria o padrão abraçado pelo Tribunal Penal Internacional, como evidenciado no capítulo anterior. Vale aqui novamente pontuar que o Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 112/2002, aprovou o texto do Estatuto de Roma, que criou o TPI e que, em seu art. 66, 3, estabelece que, “para proferir sentença condenatória, o tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”. Tal estatuto foi promulgado pelo Decreto Presidencial nº 4.388/2002⁸⁴⁵. A partir da ratificação em questão, por meio da qual o país aquiesceu com a jurisdição complementar do TPI, há de se entender que o ordenamento jurídico brasileiro aceita o *standard* probatório adotado por aquela corte.

Destarte, há de se considerar que o *standard* de prova *beyond a reasonable doubt* é compatível com o Direito Processual Penal brasileiro. O artigo 386, VI, do CPP dispõe que o réu será absolvido quando houver “fundada dúvida” sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou que o isentem de pena. E “fundada dúvida” deve ser lida como dúvida razoável, consistente, não como dúvida descabida, trivial ou especulativa. O artigo 386, VII, do CPP, por sua vez, consigna que o réu deve ser absolvido quando “não existir prova suficiente para a condenação”, o que pode ser entendido como “quando não for produzida prova além da dúvida razoável”.⁸⁴⁶

Essas ponderações são suficientes para mostrar que, apesar de sua origem e de suas limitações, o *standard* anglo-saxão *beyond a reasonable doubt* é aplicável ao processo penal brasileiro⁸⁴⁷, pois é indiscutível que expressa a ideia de respeito ao princípio da presunção da inocência, assim como se conforma à máxima *in dubio pro reo*, dando-lhe até mais clareza,

⁸⁴⁵ ESTATUTO DE ROMA. Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 112/2002 e promulgado pelo Decreto 4.388/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 01/08/2020.

⁸⁴⁶ Não prospera, portanto, a argumentação de Guilherme Lucchesi no sentido de que o *BARD* não é compatível com o modelo processual penal brasileiro, embora seja correta a crítica de que, mal compreendido, tal *standard* pode não cumprir o papel de evitar condenações indevidas. Na realidade, bem entendido, sem prejuízo da construção de uma fórmula mais aprimorada, pode ajudar a obstar condenações indevidas e também absolvições indesejadas (LUCCHESI, Guilherme B. O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 156, jun. 2019, p. 173-174).

⁸⁴⁷ Nessa mesma linha, Lopes Jr. e Morais da Rosa afirmaram que, “(...) ao consagrar a presunção de inocência e seu subprincípio *in dubio pro reo*, a Constituição e a Convenção Americana sinalizam claramente na adoção do *standard* probatório de “além da dúvida razoável”, que, somente se preenchido, autoriza um juízo condenatório. É claro que isso não imuniza o sistema do risco do decisionismo, mas é um importantíssimo mecanismo de controle e redução de danos” (LOPES Jr., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do *standard* probatório no processo penal. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. 26 de julho de 2019. Acesso em: 06/09/2020).

além de exigir um elevadíssimo grau de corroboração da hipótese acusatória para que se possa declarar a culpabilidade do acusado.⁸⁴⁸

O princípio da presunção da inocência impõe ao juiz o dever de aplicar o *in dubio pro reo*, se as provas da parte acusadora não tiverem força para dirimir as dúvidas fundadas/razoáveis suscitadas pela defesa. Noutras palavras, o magistrado deve proferir um julgamento favorável ao réu (*pro reo*) sempre que a culpa não é provada além da dúvida razoável. A presunção de inocência só pode ser validamente afastada se a acusação provar a responsabilidade penal do réu para além da dúvida razoável, se as provas apresentadas pelo órgão acusador confirmarem a hipótese incriminadora de modo a dissipar qualquer dúvida razoável suscitada pela defesa. É em face da dúvida razoável, da dúvida fundada que se torna inevitável aplicar o aforismo *in dubio pro reo* para absolver o réu.⁸⁴⁹

Essa leitura, que se revela inarredável à vista da maneira como está disciplinado o assunto no ordenamento jurídico-penal em vigor, tem levado ao emprego do *BARD* pelos tribunais brasileiros, mas se pode verificar algumas incompreensões, assim como referências a ele como mero recurso retórico para lastrear condenações, sem uma maior preocupação de averiguar, no caso concreto, se a hipótese acusatória recebeu confirmação probatória num patamar elevado, como deve ser.⁸⁵⁰

6.5.2.1. O EMPREGO DO *BARD* PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Assim como noutros países de tradição romano-germânica, os tribunais brasileiros começaram a se guiar pelo *BARD* como critério para avaliar a (in)suficiência da prova produzida no bojo do processo penal.

Foi em meados dos anos 90 que o critério da prova além da dúvida razoável passou a ser mencionado por juízes das cortes brasileiras. No julgamento do HC 73.338/RJ pelo Supremo Tribunal Federal, impetrado num caso de acusação de prática do crime de corrupção de menores (art. 1º da Lei nº 2.252/1954), o relator do *writ*, Ministro Celso de Mello⁸⁵¹, para afastar a caracterização de tal figura típica e conceder parcialmente a ordem, asseverou que cumpria ao Ministério Público “demonstrar, de modo consistente – e além de qualquer dúvida

⁸⁴⁸ TARUFFO, *op. cit.*, 2014, p. 295.

⁸⁴⁹ MARTÍNEZ VAL, *op. cit.*, 1956, p. 25/26.

⁸⁵⁰ MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do *BARD*: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, jun. 2019, p. 234.

⁸⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.338/RJ. Relator(a): Min. Celso de Mello. Brasília/DF, 13/08/1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>. Acesso em: 06/09/2020.

razoável – a ocorrência do fato constitutivo do pedido, comprovando documentalmente a condição etária (menor de 18 anos) da vítima (...).”

No ano de 2007, o referido ministro, no julgamento do HC 83.947/AM⁸⁵², que questionava uma acusação de prática de um crime financeiro (art. 25 da Lei nº 7.492/1986), reiterou tal compreensão ao conceder a ordem, salientando que “**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” (destaques no original). Esse entendimento também foi manifestado no voto que Celso de Mello proferiu na condição de relator do HC 84580/AM, julgado em 25/08/2009 (DJe 18/09/2009). Entretanto, nesses dois casos o referido ministro mencionou o *BARD* para justificar a rejeição da denúncia. E antes foi demonstrado que o critério norte-americano para guiar o exame de admissibilidade da denúncia é a *probable causa*.

Mas foi no ano de 2012, no julgamento, pelo plenário do STF, da Ação Penal 470/MG, conhecida como “Caso do Mensalão”, que o aludido *standard* foi mencionado diversas vezes por alguns ministros para balizar a valoração da prova tendente à condenação ou à absolvição dos acusados. Num trecho de seu voto, o relator Joaquim Barbosa assinalou:⁸⁵³

(...) não se pode negar que, observados o ônus da acusação de provar os fatos por ela alegados, e o direito da defesa de contraditá-los, o conjunto de múltiplos e sólidos indícios concordantes têm o condão de constituir prova adequada e necessária do ponto de vista da racionalidade empírica, e, nessa medida, convincente justificativa para um decreto condenatório.

O convencimento que, proveniente da prova, se mostra racionalmente seguro, para além da dúvida razoável, ostenta toda a certeza necessária à legitimação da sentença de condenação.

.....
Certamente, o conjunto probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, ou quer exclusivamente por provas diretas ou exclusivamente por provas indiretas, deve ser robusto o suficiente para alcançar o *standard* de prova próprio do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada, na feliz fórmula anglo-saxã, acima de qualquer dúvida razoável.

.....
Então – e para que fique bem claro – considerar e valorar indícios, no sentido técnico de prova indireta, não representa qualquer transigência em relação à presunção de inocência, pois as provas indiretas devem ser robustas, convincentes, aptas a afastar qualquer dúvida razoável quanto à materialidade e à autoria de um delito.

⁸⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83.947/AM. Relator(a): Min. Celso de Melo. Brasília/DF, 07/08/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506601>. Acesso em: 06/09/2020.

⁸⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470/MG. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Brasília/DF, 17/12/2012, p. 1094-1096. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>. Acesso em: 06/09/2020.

Por sua vez, em parte de seu voto, o Ministro Luiz Fux fez a seguinte observação:⁸⁵⁴

O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para “além da dúvida razoável” não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação.⁸⁵⁵

.....
(...) E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer “dúvida razoável” que as alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador.

Já em agosto de 2014, a Segunda Turma da Corte Suprema julgou a Ação Penal 858/DF, da qual foi relator o Ministro Gilmar Mendes. Um parlamentar foi acusado pela Procuradoria-Geral da República de praticar o crime de uso de documento falso (art. 304 do Código Penal), tendo sido absolvido por falta de provas quanto à ciência, pelo acusado, da falsidade documental. Ao proferir seu voto, o Ministro Celso de Mello consignou:⁸⁵⁶

Na realidade, em nosso sistema jurídico, como ninguém o desconhece, **a situação de dúvida razoável só pode beneficiar o réu, jamais** prejudicá-lo, **pois esse é um princípio básico que deve sempre prevalecer** nos modelos constitucionais **que consagram** o Estado democrático de Direito.

O exame dos elementos constantes **destes autos evidencia** que o Ministério Público **deixou de produzir** prova penal lícita **que corroborasse** o conteúdo da imputação penal **deduzida** contra o réu, **não sendo capaz de cumprir, por isso mesmo**, a norma inscrita no art. 156, “caput”, do CPP, **que atribui** ao órgão estatal da acusação penal **o encargo** de provar, **para além de qualquer dúvida razoável, a autoria e a materialidade** do fato delituoso. Como sabemos, nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia. (destaques no original)

.....
Não podemos desconhecer, no ponto, que o processo penal, **representando** uma estrutura formal de cooperação, **rege-se** pelo princípio da contraposição dialética, que, **além de não admitir** condenações judiciais baseadas em prova alguma, **também não legítima nem tolera** decretos condenatórios **apoiados** em elementos de informação **unilateralmente** produzidos pelos órgãos da acusação penal. A condenação do réu pela prática de qualquer delito – **até mesmo** pela prática de uma simples contravenção penal – **somente** se justificará **quando existentes**, no processo, **e sempre colhidos** sob

⁸⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Luiz Fux na AP 470-MG, da relatoria do Min. Joaquim Barbosa. Brasília/DF, 17/12/2012, p. 1503 e 1505. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>. Acesso em: 14/09/2020.

⁸⁵⁵ Nessa linha, Fernando de Almeida Pedrosa aduz: “Vem a lanço destacar que a simples alegação do acusado, contrária ao teor acusatório carreado em seu desfavor, não possui robustez bastante para, isolada, sem qualquer prestígio e abono de outros elementos instrutórios, delinear o *in dubio pro reo*” (PEDROSO, *op. cit.*, 2017, p. 158). Quer-se dizer que a dúvida não pode ser abstrata, vazia, mas deve revelar-se séria, razoável.

⁸⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Celso de Melo na AP 858/DF, da relatoria do Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, 26/08/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=289068100&ext=.pdf>. Acesso em: 06/09/2020.

a égide do postulado constitucional do contraditório, **elementos de convicção** que, **projetando-se** “*beyond all reasonable doubt*” (**além, portanto, de qualquer dúvida razoável**), **veiculem** dados consistentes **que possam legitimar** a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário. (destaques no original)

No mês de dezembro de 2014, no julgamento de um dos casos resultantes da denominada “Operação Sanguessuga”, que apurou crimes de fraudes licitatórias e corrupção do âmbito do SUS, a Ministra Rosa Weber, relatora da Ação Penal 521/MT, votou pela absolvição de um parlamentar federal por entender que a prova produzida pelo Ministério Público Federal foi insuficiente para retratar a culpa do acusado. A magistrada⁸⁵⁷ afirmou que “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.”

Em abril de 2016, a Segunda Turma da Corte Suprema julgou a Ação Penal 858/SC, em que a Procuradoria-Geral da República acusava um parlamentar de, enquanto prefeito, ter praticado o delito previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/1967. Em seu voto no sentido da absolvição do réu, o relator, o finado Teori Zavascki⁸⁵⁸, apontando a insuficiência das provas apresentadas pela PGR, transcreveu lição de Celso de Mello no sentido de que, “como cediço, cabe à acusação produzir prova inequívoca que conduza à condenação. Afinal, 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” (HC 84580/AM, Relator(a): Min. Celso de Mello, DJe de 18/09/2009).

Por sua vez, nas razões de seu voto, Celso de Mello, entendendo assistir plena razão ao relator, aduziu:⁸⁵⁹

O exame destes autos **revela** que o Ministério Público **não se desincumbiu**, *como se lhe impunha*, **do ônus de comprovar**, **de modo pleno**, os elementos **pertinentes** à acusação penal.

⁸⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 676/MT. Relator(a): Min. Rosa Weber. Brasília/DF, 02/12/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7688221>. Acesso em: 06/09/2020.

⁸⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 898/SC. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília/DF, 12/04/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309475493&ext=.pdf>. Acesso em: 06/09/2020.

⁸⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Celso de Mello na AP 898/SC, da relatoria do Min. Teori Zavascki. Brasília/DF, 12/04/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309475493&ext=.pdf>. Acesso em: 06/09/2020.

E, como se sabe, as acusações penais não se presumem provadas, eis que o ônus da prova **concernente** aos elementos constitutivos do pedido (autoria e materialidade do fato delituoso) **incumbe, exclusivamente, a quem acusa.**

.....

Cumpre destacar, por oportuno, que em nosso sistema jurídico, como ninguém o desconhece, a situação de dúvida razoável só pode beneficiar o réu, jamais prejudicá-lo, pois esse é um princípio básico que deve sempre prevalecer nos modelos constitucionais **que consagram** o Estado Democrático de Direito.

O exame dos elementos constantes destes autos **evidencia** que o Ministério Público **deixou de produzir** prova penal lícita **que corroborasse** o conteúdo da imputação penal **deduzida** contra o réu, **não sendo capaz de cumprir**, por isso mesmo, a norma inscrita no art. 156, “caput”, do CPP, **que atribui** ao órgão estatal da acusação penal **o encargo** de provar, **para além de qualquer dúvida razoável, a autoria e a materialidade** do fato delituoso. (destaques no original)

No ano de 2017, na Ação Penal 676/MT, outro caso da suprarreferida “Operação Sanguessuga”, relativa a fraudes em licitações e peculato, a Ministra Rosa Weber, relatora, votou pela absolvição do parlamentar federal acusado por entender que não havia prova bastante para evidenciar sua responsabilidade penal. Ela aduziu o seguinte:⁸⁶⁰

A **presunção de inocência**, no processo criminal, é tanto uma **regra de prova** como um **escudo** contra a **punição prematura**. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o standard anglo-saxônico no sentido de que a **responsabilidade criminal** deve ser provada **acima de qualquer dúvida razoável** (*proof beyond a reasonable doubt*), o qual foi construído durante os séculos XVIII e XIX na Inglaterra e nos Estados Unidos (conforme, dentre outros, SHAPIRO, Barbara J. **Beyond reasonable doubt and probable cause: Historical perspectives on de AngloAmerican Law of evidente**. Los Angeles: University of Califórnia Press, 1991). Tal *standard* também foi consagrado no art. 66, item 3, do **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional** (*Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável*). Isso impõe a **necessidade** de um **quadro probatório robusto**, com provas de todos os elementos da acusação. As provas devem ser **aptas** a gerar a **responsabilidade criminal** do acusado, com o **afastamento** de todas as **hipóteses contrárias**, desde que **razoáveis**, a essa convicção. (destaques no original)

Já em março de 2018, quando do julgamento de um deputado federal acusado de ter praticado, em continuidade delitiva, o crime previsto no art. 350 do Código Eleitoral (falsidade ideológica), o Ministro Alexandre de Moraes, na condição de relator, examinou os elementos probantes contidos nos autos e detectou que os documentos referidos pelo MPF eram apócrifos e as informações, contraditórias. Assim, fazendo alusão aos fundamentos empregados no HC 84580/SP⁸⁶¹, concluiu inexistir prova bastante para corroborar a imputação e afastar a dúvida razoável apontada pela defesa. Moraes asseverou o seguinte:⁸⁶²

⁸⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 676/MT. Relator(a): Min. Rosa Weber. Brasília/DF, 17/10/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379878/false>. Acesso em: 06/09/2020.

⁸⁶¹ “As acusações penais 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

A narrativa dos fatos somente se baseia em provas produzidas durante a fase inquisitorial que não foi conclusiva e cuja veracidade e certeza não foram comprovadas na fase judicial, seja por meio de testemunhas, seja por meio de perícia, que, repita-se, sequer foram solicitadas pelo órgão da acusação, levando a concluir pela ausência de elementos de prova com robustez suficiente para corroborar o descrito na peça acusatória e afastar a dúvida razoável sobre a ausência de sua culpabilidade.

Já na Ação Penal 965/SP, julgada pelo Pretório Excelso em junho de 2020, a 1ª Turma daquela corte entendeu, por maioria, que “a análise conjunta das provas dos autos – em especial, os contratos de financiamento, as interceptações telefônicas, as movimentações financeiras, os documentos apreendidos, os resultados das vigilâncias policiais e os depoimentos colhidos em Juízo – demonstram, acima de qualquer dúvida razoável, que o acusado concorreu para o desvio de valores de financiamentos concedidos pelo BNDES”.⁸⁶³ No seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que os convergentes e consistentes elementos de prova apresentados pelo Ministério Público só poderiam ceder diante de versão defensiva apta gerar uma dúvida razoável sobre a tese acusatória, o que não se verificou. Ainda, pouco antes disso, em maio daquele ano, no julgamento do HC 170.117/SP⁸⁶⁴, num caso de acusação de estupro, o referido órgão colegiado concedeu a ordem para absolver o paciente porque a prova carregada aos autos revelou “situação de dúvida razoável concernente à configuração do crime” ante a divergência de laudos técnicos no tocante à saúde mental da vítima.

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma maneira, tem utilizado e admitido o emprego do *proof beyond a reasonable doubt*. No HC 441411/SP, julgado por aquela corte em setembro de 2019, um cidadão condenado por roubo na capital paulista, questionou o acerto do provimento e a medida da pena imposta. Quanto à valoração da prova, o Ministro Joel Ilan Paciornik, relator da ação, considerou plenamente válidas as ponderações da corte de apelação no tocante à suficiência do material probante para amparar a condenação, já que lastreada em diversos elementos, sólidos e harmônicos, aptos a corroborar a hipótese acusatória. O relator transcreveu grande parte da motivação do TJSP, valendo destacar o seguinte trecho:

culpabilidade do acusado” (STF. HC 84580/SP, 2ª Turma. Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 25/08/2009).

⁸⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 883/DF. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Brasília/DF, 20/03/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14801986>. Acesso em: 09/09/2020.

⁸⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 965/SP. Relator(a) para o acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília/DF, 08/06/2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754370793>. Acesso em: 09/10/2020.

⁸⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 170.117/SP. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília/DF, 19/05/2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754035067>. Acesso em: 09/10/2020.

(...) Ocorre que o acolhimento da pretensão punitiva é possível a partir de prova que, ainda que não conducente à certeza plena, afaste a presença de dúvida razoável. **É a prova que, consoante o direito norte-americano, conduza à certeza possível, *beyond any reasonable doubt*, prova inconclusa e outras assemelhadas não constituem mais que eufemismo. Segundo a doutrina americana *Beyond any Reasonable Doubt*, "the standard that must be met by the prosecution's evidence in a criminal prosecution: that no other logical explanation can be derived from the facts except that the defendant committed the crime, thereby overcoming the presumption that a person is innocent until proven guilty"** (Esta norma deve ser observada em relação às evidências da acusação em um processo criminal: nenhuma outra explicação lógica pode ser derivada a partir dos fatos, exceto que a pessoa acusada cometeu o crime, ultrapassando assim a presunção de que uma pessoa é inocente até que se prove a culpa). Ou seja, se da prova produzida nos autos nos fornece única dedução lógica no sentido de que o crime foi praticado pela pessoa denunciada, esta é suficiente para sustentar a condenação.⁸⁶⁵ (sem destaque no original)

Esse entendimento tem sido expressado por algumas cortes de apelação do país, cabendo mencionar um trecho de voto proferido pelo desembargador José Orestes de Souza Nery em caso julgado, em 2014, pela 9ª Câmara Criminal do TJSP⁸⁶⁶:

“Tenha-se, desde o início, em mente ser inaceitável exigir, para a prolação do édito condenatório, grau absoluto de certeza, condição incompatível com as limitações inerentes à natureza humana. O acolhimento da pretensão punitiva é possível a partir de prova que, ainda que não conducente à certeza plena, afaste a presença de dúvida razoável. Para a condenação é suficiente a evidência que afaste dúvida significativa, seja a respeito da materialidade da infração, seja sobre a respectiva autoria. É a prova que, consoante o direito norte-americano, conduza à certeza possível, *beyond any reasonable doubt*. Por isso, expressões como prova categórica, prova cabal, prova inconcussa e outras assemelhadas não constituem mais que eufemismo. Suficiente a embasar condenação penal é a evidência que, afastada a dúvida razoável, conduza à formulação de juízo revestido de confortadora probabilidade de exatidão, tal como ocorre nos presentes autos.”⁸⁶⁷

Destarte, como se constata, esses julgados espelham, em linhas gerais (ressalvados os casos em que o Min. Celso de Melo o mencionou para justificar a rejeição da denúncia e algum ponto específico da AP 470/MG, marcada por sua magnitude e complexidade), uma compreensão correta do *standard beyond a reasonable doubt*, ou seja, ele foi enxergado e aplicado como uma expressão do princípio da presunção de inocência, como um padrão que atribui todo o ônus da prova à parte acusadora e que impõe a absolvição sempre que pairar

⁸⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 441411/SP. Relator(a): Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília/DF, 27/09/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=101492854&tipo_documento=documento&num_registro=201800623001&data=20191001&formato=PDF. Acesso em: 10/09/2020.

⁸⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação criminal n. 0097665-80.2011.8.26.0050. 9ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): José Orestes de Souza Nery. Data do julgamento: 06/02/2014.

⁸⁶⁷ De fato, no julgamento criminal, como em qualquer julgamento envolvendo matéria fática, o que se verifica é uma avaliação da probabilidade de ocorrência de determinado evento com base nas informações reunidas nos autos, com esteio nas provas atinentes à reconstrução dos fatos. O juízo não é de certeza ou de verdade absoluta, mas de probabilidade, como assentado no tópico 4.2.1.

uma dúvida razoável sobre a culpabilidade do réu. Entretanto, também há decisões que revelam um entendimento equivocado do aludido critério probatório.

No Supremo Tribunal Federal, no Inquérito 2968/SP⁸⁶⁸, relativo à acusação de injúria formulada contra um parlamentar, o *BARD* foi mencionado para justificar o recebimento da queixa-crime. O relator, apesar de inicialmente ter consignado que o *beyond a reasonable doubt* deve guiar o julgamento do mérito da causa, exigindo-se que as provas levem à superação das dúvidas razoáveis, depois pontuou que as condutas narradas pelo querelante, amoldavam-se, em tese, ao tipo penal, mas “(...) a defesa apresentada pelo querelado não permite concluir, de modo robusto, ou *para além de toda dúvida razoável*, pela improcedência da acusação”. A corte acabou por dizer que caberia à defesa apontar elementos que indicassem, para além da dúvida razoável, a improcedência da peça acusatória. E essa foi a parte do voto transcrita na ementa, passando a ser mencionada noutros julgados. Mas o *standard* estadunidense que orienta o juízo de admissibilidade da acusação é, como visto, a *probable cause*.

No Superior Tribunal de Justiça, na Ação Penal 719/DF⁸⁶⁹, o relator do caso afirmou que, em razão do “estado jurídico de inocência, corolário da dignidade da pessoa humana, exige-se *certeza além de uma dúvida razoável* para a que se edite sentença condenatória criminal, não sendo suficiente a alta probabilidade”. O nome do *standard* (*proof beyond a reasonable doubt*) foi vinculado à noção de certeza. A ideia de alta probabilidade que tal *standard* atualmente encerra foi confundida com a de certeza. E a “certeza plena ou absoluta”, como assinalado no capítulo 4.1, não pode ser alcançada pelo ser humano quando está em discussão a reconstrução de fatos. Nesse plano, o que se pode é apontar uma probabilidade, a qual, para ensejar condenação no âmbito criminal, precisa ser elevadíssima, ficando reduzida ao mínimo a margem de erro. Por isso que é mais adequado, nessa seara, referir-se à certeza possível ou verdade provável, como já destacado.

Naquele mesmo tribunal, na Ação Penal 712/DF⁸⁷⁰, conquanto a relatora tenha apontado elementos a justificarem o recebimento da denúncia, invocou o *standard* estadunidense para, asseverar, na linha do que decidido pelo Pretório Excelso, que “a defesa apresentada pelo

⁸⁶⁸ BRASIL. STF. Inq 2968/SP, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, data do julgamento: 19/05/2011, data da publicação: 17/08/2011, p. 12. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625937>. Acesso em: 20/10/2020.

⁸⁶⁹ BRASIL. STJ. APn 719/DF, Relator(a): Min. Humberto Martins, Corte Especial, data do julgamento: 05/11/2014, data da publicação: 18/11/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301062619&dt_publicacao=18/11/2014. Acesso em: 20/10/2020.

⁸⁷⁰ BRASIL. STJ. APn 712/DF, Relator(a): Min. Laurita Vaz, Corte Especial, data do julgamento: 06/11/2013, data da publicação: 08/04/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202433308&dt_publicacao=08/04/2014. Acesso em: 20/10/2020.

querelado não permite concluir, para além de toda dúvida razoável, pela improcedência da acusação”.

Esses exemplos retratam que também há transplante desacertado do direito comparado, uma vez que tal *standard* de prova, que reclama um elevado grau de corroboração da hipótese acusatória e é destinado a balizar o julgamento do mérito da causa criminal, foi empregado para cobrar da parte acusada provas de sua inocência na fase inicial do processo, assim como também foi adotado para justificar a exigência de “certeza absoluta” para que o réu pudesse ser condenado.⁸⁷¹

Guilherme Lucchesi⁸⁷² manifestou preocupação quanto ao fato de que, no processo penal brasileiro, que adota o sistema do livre convencimento motivado do julgador, possa o *BARD* não aumentar o grau de controle sobre a atividade judicial, mas servir de argumento contrário ou distorcido em desfavor do réu. Ele assevera ter a impressão de que o aludido *standard* anglo-saxão está sendo usado “como simples adorno retórico da decisão, sem que esteja cumprindo alguma efetiva função de controle”.

Também Janaína Matida e Antonio Vieira⁸⁷³ expuseram suas inquietações com a crescente adoção do *standard* da “prova além da dúvida razoável” no Brasil. Questionando seu emprego nas últimas décadas pelos tribunais pátrios, sobretudo no “Caso do Mensalão” (Ação Penal 470/MG) e, mais recentemente, nos processos criminais decorrentes da denominada “Operação Lava Jato”, afirmaram temer que “o *BARD* acabe sendo utilizado no sistema de justiça criminal brasileiro para cumprir papel diametralmente oposto daquele que seria o esperável”. Eles aduziram que⁸⁷⁴:

O perigo para o qual queremos sinalizar é que o *BARD* termine funcionando como um “anti-*standard*” de prova, passando a servir como um elemento puramente retórico de justificação das decisões, em nada diminuindo os espaços de subjetivismo, de discricionariedade ou mesmo de arbitrariedade que precisamente se quer evitar a partir da adoção de um modelo racionalista de prova (o qual recorre a um *standard* justamente por reconhecer-lhe como instrumento capaz de incrementar o controle intersubjetivo das decisões judiciais).

Conquanto tenha havido algumas incompreensões a respeito do *BARD*, como acima apontado, e apesar de existirem julgadores que, sem maior conhecimento de causa, utilizam-no mais com apelo retórico ou com mera intenção de ataviar suas sentenças ou seus votos, parecem exageradas tais preocupações no sentido de que pode se transformar num mecanismo

⁸⁷¹ Vale voltar à lição de Beccaria: “Não se admirem de ver-me empregar a palavra probabilidade ao tratar de crimes que, para merecerem um castigo, devem ser comprovados; pois, a rigor, toda certeza moral não é senão uma probabilidade (...)” (BECCARIA, *op. cit.*, 2014, p. 26).

⁸⁷² LUCCHESI, *op. cit.*, 2019, p. 177.

⁸⁷³ MATIDA; VIEIRA, *op. cit.*, 2019, p. 221-248.

⁸⁷⁴ MATIDA; VIEIRA, *op. cit.*, 2019, p. 224.

destinado a prejudicar ou desfavorecer o réu. As incompreensões devem ser superadas justamente a partir de debate e reflexões sobre os *standards* de prova, tema que, de certo modo, é novidade no país não só para juízes, mas também para membros do Ministério Público e advogados. E as motivações judiciais deficientes, que fazem referência ao *BARD* apenas para tentar aformosear o ato decisório mediante uma retórica enganadora, devem ser combatidas na via recursal, como se dá com qualquer outro ato jurisdicional falho ou equivocado.

Não se deve olvidar que o *BARD* explicita a mesma lógica contida no *in dubio pro reo*, mas, de modo reverso, indica quando se pode condenar. O “in dubio” aponta para a absolvição sempre que existir dúvida fundada quanto à culpa do acusado, enquanto o *beyond a reasonable doubt* autoriza a condenação exatamente quando tal dúvida for dissipada pela prova do órgão acusador. Aliás, essa compreensão de que “prova suficiente para condenar”⁸⁷⁵ é a que tem força para superar as dúvidas fundadas suscitadas pela defesa sempre esteve presente no contexto da justiça criminal nacional.

A aplicação do *in dubio pro reo* pressupõe a existência da dúvida fundada na razão, da dúvida razoável. Se o órgão acusador não comprovar a responsabilidade penal do acusado de uma forma que retem afastadas as teses defensivas e superadas as dúvidas razoáveis/fundadas, será caso de absolvição, em respeito ao *in dubio pro reo*.

O *standard* brasileiro para condenar, apesar de assim não designado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, sempre foi o da dissipação da dúvida fundada na razão⁸⁷⁶, que traduz a necessidade de a acusação produzir provas capazes de superar a dúvida séria e derrubar a presunção de inocência do réu.⁸⁷⁷ Essa leitura não representa novidade alguma, de maneira que o *BARD*, que expressa a mesma ideia, não deve preocupar ou incomodar tanto os que prezam por um processo penal democrático e por um julgamento justo. Ainda, não se pode afirmar que o critério anglo-americano é aceitável quando empregado para absolver, e que assim não é se tomado como baliza para condenar.

Portanto, a aplicação do critério da prova além da dúvida razoável, na verdade, não reduz o sistema de garantias do acusado, mas reforça a necessidade de respeito à presunção de inocência, que só poderá ser considerada destruída se a acusação produzir provas que retratem com muita clareza a culpabilidade do acusado, que superem todas as dúvidas fundadas

⁸⁷⁵ A palavra “suficiente” significa, segundo o Aurélio, “que satisfaz”, “bastante”, “capaz” (FERREIRA, *op. cit.*, 2010, p. 1978), de modo que “prova suficiente” não pode ser entendida como “certeza absoluta”, mas como prova de uma altíssima probabilidade, que conforta o espírito do julgador e propicia legitimidade ao *decisum*.

⁸⁷⁶ MORAES, *op. cit.*, 2010, p. 474-475.

⁸⁷⁷ “Somente havendo prova robusta, forte, altamente confiável, de indiscutível qualidade epistêmica, que se traduza em um alto grau de probabilidade (...), que supere toda e qualquer dúvida fundada sobre questões relevantes do caso penal, é que autoriza uma sentença penal condenatória, pois apta a superar a barreira do ‘acima da dúvida razoável’” (LOPES JR., *op. cit.*, 2020, p. 577).

indicadas pela defesa. Esse padrão probatório, embora imperfeito, criticável, e enquanto não sobrevém uma fórmula mais aprimorada, revela-se aplicável em países que, como o Brasil, exigem a motivação das decisões judiciais.⁸⁷⁸ E mesmo nos casos de júri, onde ainda se decide por íntima convicção, sem necessidade de se expor os fundamentos⁸⁷⁹, há o supracitado *judicium accusationis* e a possibilidade de interposição de recurso sempre que a decisão dos jurados se revelar manifestamente contrária à prova dos autos (593, III, “d”, do CPP).

Note-se que não se está a dizer que a aplicação do *BARD* é obrigatória⁸⁸⁰ no país, mas apenas que ela é aceitável, que ele é um critério aqui também aplicável mediante a inversão da *ratio* do *in dubio*, lógica que implicitamente está presente no sistema nacional. Porém, o julgador pode optar por continuar se orientando pelos comandos do art. 386 do CPP, que, a partir de leitura invertida, como visto, indicam que a prova suficiente para condenar é a que tem lastro para dissipar ou superar as dúvidas fundadas (na razão) suscitadas pela defesa no tocante à culpabilidade do réu.

Cabe realçar que a posição aqui sustentada a respeito do *BARD* não significa que se deve ignorar as críticas a ele dirigidas, as quais cumprem o papel primordial de provocar a reflexão e de levar à correção de rumos por parte de quem não compreendeu seu sentido e seus fins. Se os magistrados brasileiros almejam aplicar tal *standard* anglo-saxão, é crucial que procurem conhecer sua origem, sua evolução e o elevado grau de confirmação da hipótese acusatória por ele exigido.

Também é preciso que os juízes entendam o critério da “prova além da dúvida razoável” na esteira do modelo de valoração racional da prova, que propugna pela análise da confirmação ou refutação de um enunciado fático a partir da solidez e coerência das provas, do raciocínio inferencial e de conexões lógicas e explicativas dos elementos reunidos nos autos, como se exporá no tópico abaixo. Do contrário, se for empregado em descompasso com

⁸⁷⁸ SALAVERRÍA, *op. cit.*, 2005, p. 143 e 150.

⁸⁷⁹ Marcella Nardelli defende mudanças no sentido de se oportunizar “um momento deliberativo entre os membros do conselho de sentença e a fixação de um número mais elevado de votos para a imposição do decreto condenatório (...)”. Ela entende que “a deliberação contribui para que os jurados sejam levados a fundamentar suas posições perante os demais membros, de modo que se questionem sobre a racionalidade de suas próprias convicções na medida em que não puderem se sustentar diante do debate aberto” (NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 537).

⁸⁸⁰ Deltan Dallagnol enxerga o *BARD* como uma alternativa aos conceitos de verdade e certeza no que tange ao nível de prova exigido para uma condenação criminal, enfatizando que ele encerra uma noção que, “embora um tanto fluida, assume a realidade de que a verdade e a certeza são inalcançáveis ou inadequadas e, ao mesmo tempo, infunde a necessidade de uma dose bastante significativa de segurança para a condenação criminal” (DALLANGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. 1. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 267).

seu fim, com a concepção de proteção de direitos que alberga⁸⁸¹ e de valoração racional das provas, não desempenhará ele o papel de guiar adequadamente o juízo de fato e de bem distribuir o risco de erro da decisão penal.

Assim, tendo ficado assentado que o *BARD* é aplicável no Brasil no contexto normativo atual, não havendo como fugir dessa compreensão, torna-se imperioso delinear seu correto entendimento, discutir como aprimorá-lo ou por qual fórmula substituí-lo para que o processo penal nacional disponha de um *standard* probatório mais propício a realmente orientar o trabalho de valoração dos elementos de prova, distribuir com prudência o risco do erro no julgamento do mérito da causa penal e reduzir a margem de subjetivismo na tomada da decisão sobre os fatos nessa seara.

Como apontado nos tópicos precedentes, juristas de escol⁸⁸² acreditam que o *BARD*, em sua fórmula original, não pode cumprir satisfatoriamente tais propósitos pelo fato de estar arrimado no estado mental do julgador, por representar uma fórmula muito subjetiva, centrada no grau de crença do juiz no lugar de focar a natureza e as características das provas produzidas pelas partes para sustentar os enunciados fáticos em que amparam suas pretensões.⁸⁸³ Evidentemente, tais críticas também atingem o axioma *in dubio pro reo*, sendo incongruente entender que só atingem o padrão anglo-americano.

É preciso, pois, estabelecer a adequada compreensão do *BARD*, discutir seu aprimoramento ou a substituição dele por outra fórmula a partir da concepção racionalista da prova que, como pontuado no capítulo 3, tem refutado, de modo acertado e contundente, a vinculação entre prova e convicção puramente psicológica do juiz.⁸⁸⁴

6.5.3. O ENTENDIMENTO ADEQUADO, O APRIMORAMENTO OU A SUBSTITUIÇÃO DO *BARD* À LUZ DA CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA

⁸⁸¹ Como assinalou a Suprema Corte americana em *Addington v. Texas*: “(...) o *standard* ‘beyond a reasonable doubt’ historicamente tem sido reservado para casos criminais. Este *standard* probatório único, não prescrito ou definido na Constituição, é considerado parte crítica da ‘força moral do direito penal’, *In re Winship*, 397 U.S. at 397 U. S. 364, e devemos hesitar em aplicá-lo de forma ampla ou informal em casos não criminais. O *standard* rigoroso aplicado em casos criminais manifesta nossa preocupação de que o risco de erro para o indivíduo deve ser minimizado mesmo com o risco de que alguns que são culpados possam ser absolvidos, *Patterson v. New York*, 432 U. S. 197, 432 U. S. 208 (1977)”. **No original:** “(...) the ‘beyond a reasonable doubt’ standard historically has been reserved for criminal cases. This unique standard of proof, not prescribed or defined in the Constitution, is regarded as a critical part of the ‘moral force of the criminal law’, *In re Winship*, 397 U.S. at 397 U. S. 364, and we should hesitate to apply it too broadly or casually in noncriminal cases. The heavy standard applied in criminal cases manifests our concern that the risk of error to the individual must be minimized even at the risk that some who are guilty might go free, *Patterson v. New York*, 432 U. S. 197, 432 U. S. 208” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/441/418/>. Acesso em: 13/09/2020).

⁸⁸² LAUDAN, *op. cit.*, 2003, p. 320-321. No mesmo sentido: TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 253.

⁸⁸³ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 51-57.

⁸⁸⁴ BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 54.

Apesar de o *BARD* constituir o parâmetro de suficiência probatória adotado por países de tradição anglo-saxã, aceito por relevantes cortes internacionais e, nas últimas décadas, abraçado também por países de *civil law* com o intuito de aclarar a medida da prova reclamada para a condenação penal, dando até uma interpretação mais precisa à máxima *in dubio pro reo*, tal critério anglo-americano é severamente criticado por juristas como Larry Laudan, Jordi Ferrer Beltrán e Michele Taruffo.

Segundo Larry Laudan⁸⁸⁵, o *BARD* traduz uma noção “penosamente inadequada”, “deliberadamente pouco clara”, “totalmente subjetiva e aberta”; ele constitui um critério “obscuro, incoerente e pantanoso”, de forma “que nem mesmo as mentes mais perspicazes do sistema de justiça criminal foram capazes de chegar a um entendimento homogêneo sobre o nível de prova apropriado para condenar alguém por um crime”⁸⁸⁶ (tradução nossa).

Para Jordi Beltrán⁸⁸⁷, “(...) o apelo tradicional à íntima convicção ou a incorporação progressiva (por meios legislativos ou jurisprudenciais), aos sistemas continentais, do ‘além de toda dúvida razoável’, típico dos sistemas anglo-saxões, não satisfaz as necessidades de forma alguma, pois deixa a decisão nas mãos da subjetividade do decisor e não permite nenhum controle intersubjetivo”.

Na visão de Taruffo⁸⁸⁸, “(...) o significado exato desse critério é bastante incerto: por um lado, não é possível saber como esse é efetivamente aplicado pelos júris estadunidenses, que não motivam seus vereditos; por outro lado, a definição de ‘dúvida razoável’ é tudo menos clara, e as tentativas de dar a essa uma quantificação não produziram qualquer resultado”.

De fato, da maneira como foi estruturado, o *BARD* e suas definições omitem referências à consistência da prova⁸⁸⁹, ficando restrito ao estado mental do julgador, à força de sua crença, o que dá azo a acesas discussões. Essa mera menção ao estado subjetivo do agente

⁸⁸⁵ LAUDAN, *op. cit.*, 2006, p. 30-31.

⁸⁸⁶ **No original:** “(...) that not even the keenest minds in the criminal justice system have been able to hammer out a shared understanding about the level of proof appropriate to convict someone of a crime”.

⁸⁸⁷ BELTRÁN, *op. cit.*, 2013, p. 35. **No original:** “(...) *la tradicional apelación a la íntima convicción o la progresiva incorporación (por vía legislativa o jurisprudencial) del “más allá de toda duda razonable” propio de los sistemas anglosajones a los sistemas continentales, no satisface las necesidades en absoluto, puesto que deja la decisión en manos de la subjetividad del decisor y no permite ningún control intersubjetivo*”.

⁸⁸⁸ TARUFFO, *op. cit.*, 2016, p. 253.

⁸⁸⁹ Assim, os tribunais europeus que o adotam aos poucos foram delineando o conceito e buscando conectá-lo ao resultado da prova: “Embora se reconheça a dificuldade, senão impossibilidade, na definição dos parâmetros objetivos em que deve assentar este *standard* probatório, entende-se que a *dúvida razoável* poderá consistir na dúvida que seja ‘compreensível para uma pessoa racional e sensata’, e não ‘absurda’ nem apenas meramente ‘concebível’ ou ‘conjectural’. Nesta perspectiva, o convencimento pelo tribunal de que determinados factos estão provados só se poderá alcançar quando a ponderação conjunta dos elementos probatórios disponíveis permitirem excluir qualquer outra explicação lógica e plausível” (PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n. 679/06.0GDTVD.L1 -3. Relator(a): João Carlos Lee Ferreira. Data do acórdão: 04/07/2012. Votação: unanimidade. Resultado: Negado provimento ao recurso. Lisboa, 04/07/2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8e6a4b734855238b80257a3a00628c9f?OpenDocument>. Acesso em: 24/09/2020).

decisor (juiz profissional ou jurado) não é suficiente para guiar a valoração da prova e para balizar a tomada da decisão final quanto aos fatos que estão na base da disputa.

Para reduzir o subjetivismo e propiciar mais racionalidade e controlabilidade ao juízo fático, é preciso traçar balizas para que tal *standard* seja entendido de uma maneira funcional e adequada, calcada na verificabilidade ou na refutabilidade das hipóteses à luz das provas produzidas nos autos. Também se deve pensar no aprimoramento ou na reformulação do *BARD*, assim como é possível conceber uma nova fórmula que venha a cumprir a tarefa de *standard* de prova para a sentença penal condenatória.

Ao contrário de limitar o discurso à censura do *BARD*, demonstrando suas imperfeições ou limitações, mas procurando realmente avançar para além de sua fórmula original, cumpre expor alguns contributos que podem, num primeiro momento, auxiliar no correto entendimento desse critério, e, num segundo, ajudar na sua reformulação em bases mais objetivas ou na sua substituição por um novo padrão probatório voltado a orientar o juízo de fato no instante do julgamento do mérito da causa penal.

De acordo com Ferrer Beltrán⁸⁹⁰, para que uma hipótese acusatória possa ser considerada confirmada, dever atender, conjuntamente, às seguintes condições:

- 1) (...) 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 ter sido refutadas todas as demais hipóteses plausíveis explicativas desses mesmos dados, que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*.

Marina Gascón Abellán⁸⁹¹ reforça que “não basta que as provas disponíveis proporcionem um alto grau de apoio à hipótese acusatória; é necessário, além disso, que permitam excluir hipóteses alternativas” formuladas pela defesa e compatíveis com a inocência do acusado. Nessa linha de raciocínio, Perfecto Andrés Ibáñez⁸⁹² aduz:

Para que a hipótese acusatória possa considerar-se válida, precisa-se de uma pluralidade de confirmações. A fecundidade de uma hipótese requer que ela seja confirmada por mais de um fato (o único fato de Fulano ter estado no lugar do crime não lhe imputa, sozinho, a autoria do crime). É preciso assim mesmo que a hipótese seja resistente às contraprovas apresentadas pela defesa.

⁸⁹⁰ BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 147.

⁸⁹¹ ABELLÁN, *op. cit.*, 2010, p. 156.

⁸⁹² IBÁÑEZ, *op. cit.*, 2006, p. 97.

Pois bem. À luz dessas premissas, e almejando traçar uma adequada compreensão para o *BARD*⁸⁹³, há de se entender que provar a culpa além da dúvida razoável é produzir elementos probatórios que corroborem a hipótese fática da acusação mediante o esclarecimento dos fatos de uma forma coerente e íntegra, que retrate a responsabilidade penal do réu e exclua as hipóteses absolutórias ou alternativas formuladas pela defesa.⁸⁹⁴ Noutras palavras, só se pode entender provada a culpa do acusado se a hipótese acusatória estiver corroborada pelos elementos de prova disponíveis nos autos, aptos a explicar coerentemente os fatos, afastando as hipóteses alternativas da defesa, as teses exculpatórias compatíveis com a inocência do réu.⁸⁹⁵

Nessa perspectiva, deve se entender, de outro lado, que a dúvida razoável é a gerada por uma hipótese fática alternativa à da acusação e que é capaz de, com base nas provas constantes dos autos, explicar os fatos de uma forma compatível com a inocência do acusado. Essa hipótese absolutória deve ser capaz de subsistir à crítica da parte acusadora, revelando-se uma alternativa razoável, plausível de inocência, de forma a atrair a incidência da máxima *in dubio pro reo*.⁸⁹⁶

Essa compreensão confere densidade epistêmica ao referido *standard*, torna-o mais claro, mais propício ou adequado ao controle racional e intersubjetivo do ato sentencial. É uma leitura que deixa de focar as crenças subjetivas do julgador e centra atenção na análise da corroboração ou refutação da hipótese acusatória, primando pela inferência à melhor explicação, distribuindo mais adequadamente o risco de erro, só viabilizando a condenação quando não existir uma explicação alternativa plausível para os elementos de prova coligidos, compatíveis com a inocência do acusado. Se for apresentada uma versão exculpatória que, com suporte nos dados disponíveis, infirme a tese acusatória ou com ela coexista, será caso de absolvição em respeito à presunção de inocência e ao aforismo *in dubio pro reo*.

Esse discernimento a respeito do *BARD* estabelece bem o ônus probatório a ser exercido pelo órgão acusador e o grau de confirmação da hipótese a ser alcançado para que o julgador possa condenar o acusado⁸⁹⁷. Fica claro quando se pode considerar derrotada ou superada a

⁸⁹³ Note-se que, embora Jordi Ferrer Beltrán seja um crítico do *BARD* (*op. cit.*, 2007, p. 146), nada impede que suas ideias sejam utilizadas exatamente para estabelecer um correto entendimento daquele *standard* ou mesmo para aprimorá-lo.

⁸⁹⁴ Aliás, Luigi Ferrajoli, conquanto não tenha tratado do assunto em termos de *standards* probatórios, há muito ponderou: “Para ser aceita como verdadeira, a hipótese acusatória não só deve ser confirmada por várias provas e não ser desmentida por qualquer contraprova, senão que também deve prevalecer sobre todas as possíveis hipóteses em conflito com ela (...)”. Em respeito ao *in dubio pro reo*, não se permite a condenação “enquanto junto à hipótese acusatória permanecerem outras hipóteses não refutadas em conflito com ela” (FERRAJOLI, *op. cit.*, 2014, p. 144).

⁸⁹⁵ LAUDAN, *op. cit.*, 2005, p. 104-108.

⁸⁹⁶ ABELLÁN, *op. cit.*, 2010, p. 128-129.

⁸⁹⁷ “As acusações penais 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

presunção de inocência do acusado. Ainda, a imposição do ônus da prova dos elementos do delito ao órgão acusador e a fixação do *standard* criminal em um patamar alto reforça bem a ideia de que moralmente é pior condenar um inocente do que absolver um culpado.

Vinicius Gomes de Vasconcellos⁸⁹⁸ também sustenta a possibilidade de utilização da categoria “além da dúvida razoável” no Brasil em razão de sua relevância e de sua consolidação no plano internacional, acreditando que essa opção deve ocorrer “a partir de uma definição mais precisa de seu conteúdo, orientada pelos parâmetros da valoração racional da prova”.

Assim, pensando no aprimoramento do *BARD* para fins de expressa previsão normativa no ordenamento jurídico-penal pátrio, Vasconcellos⁸⁹⁹ assinala que precisa ficar claro o dever de a parte acusadora “comprovar todos os elementos de sua hipótese incriminatória de modo consistente, a partir das provas lícitamente produzidas em contraditório”. Ele enfatiza, na esteira do pensamento de Jordi Ferrer Beltrán, que “a hipótese acusatória deve ser capaz de explicar de modo coerente e íntegro todos os elementos fáticos comprovados no processo de um modo individual e específico (...).⁹⁰⁰ E, além de comprovar a hipótese incriminadora, as provas do órgão acusador “devem afastar eventuais explicações alternativas para os fatos provados, ou seja, a tese incriminatória precisa resistir a qualquer dúvida razoável”.⁹⁰¹

Por sua vez, a dúvida razoável, na visão de Vasconcellos⁹⁰², pode ser definida “como a hipótese alternativa à tese incriminatória, que se mostre logicamente possível e amparada pelo lastro probatório do processo”. Assim, ele propõe⁹⁰³ a incorporação, ao Código de Processo Penal brasileiro, dos seguintes dispositivos:⁹⁰⁴

Art. XX. Toda pessoa é presumidamente inocente até que se prove a sua culpa em definitivo, de modo que incumbe ao acusador provar todos os elementos de cada hipótese fática tipificada penalmente, autorizando-se a condenação somente se houver prova além da dúvida razoável de materialidade e autoria do crime.

contrário, ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado” (STF. 2ª Turma. HC 88.875/AM. Relator(a): Celso de Mello. DJE 09/03/2012).

⁸⁹⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, p. 16. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v16n2/2317-6172-rdgv-16-02-e1961.pdf>. Acesso em: 28/09/2020.

⁸⁹⁹ VASCONCELLOS, *op. cit.*, 2020, p. 17.

⁹⁰⁰ VASCONCELLOS, *op. cit.*, 2020, p. 17.

⁹⁰¹ Nesse mesmo sentido, Perfecto Andrés Ibáñez aduz que “uma hipótese pode ser considerada verdadeira quando se mostra compatível com os dados probatórios, porque os integra e os explica em sua totalidade, harmonicamente; e não resulta desmentida por nenhum deles” (IBÁÑEZ, *op. cit.*, 2006, p. 51).

⁹⁰² VASCONCELLOS, *op. cit.*, 2020, p. 18.

⁹⁰³ Vasconcellos pontuou: “Ainda que Laudan defenda a necessidade de um novo *standard*, tendo em vista o esvaziamento do “prova além da dúvida razoável” (2005b, p. 153-155), pensa-se que há potencial espaço para aprimoramentos a partir da definição de seu conteúdo em termos ainda não concretizados nos exemplos indicados pelo autor, especialmente em ordenamentos em que há um dever forte de motivação das decisões judiciais” (VASCONCELLOS, *op. cit.*, 2020, p. 15).

⁹⁰⁴ VASCONCELLOS, *op. cit.*, 2020, p. 18-19.

§1º A hipótese acusatória deve ser capaz de explicar de modo coerente e íntegro todos os elementos fáticos comprovados no processo, apresentando critérios confirmatórios disponíveis.

§2º Considera-se dúvida razoável a hipótese alternativa à tese incriminatória que se mostre logicamente possível e amparada pelo lastro probatório do processo.

§3º A sentença ou acórdão deve apresentar motivação fática consistente, a partir de critérios objetivos e racionais, indicando elementos probatórios que justifiquem cada afirmação fática e analisando eventuais hipóteses alternativas de potencial dúvida razoável.

Esse esboço, *de lege ferenda*, sintetiza bem as ideias que devem orientar o acerto dos fatos, indicando o nível de suficiência probatória reclamado para a condenação no âmbito do processo penal.⁹⁰⁵ Naturalmente, como assinalou Danilo Kninik⁹⁰⁶, não é possível construir uma fórmula totalmente objetiva, de modo que sempre haverá algum espaço para o subjetivismo, para a dúvida sobre a confirmação ou refutação da hipótese acusatória, sobre a presença da dúvida razoável, retratada na hipótese alternativa à da acusação e que é capaz de levar à absolvição. Porém, uma fórmula assim ajudaria a reduzir as margens para o arbítrio no que tange ao juízo fático e propiciaria mais racionalidade e controlabilidade à decisão tomada pelo julgador.⁹⁰⁷

A incorporação de um preceito assim à legislação brasileira daria visibilidade a esse assunto de capital importância, esclarecendo aspectos que hoje suscitam dúvidas, apontando o grau de confirmação da hipótese acusatória necessário para se declarar a culpa do réu, assim como indicando o caminho da absolvição quando a defesa apresentar uma hipótese alternativa à da acusação e que se revele logicamente possível e que tenha suporte nas provas encartadas nos autos do processo.

Por sua vez, Gustavo Badaró⁹⁰⁸ defende o completo abandono da forma original do *BARD*, “por ser fundado na crença subjetiva do juiz e não no grau de corroboração que a prova confere à hipótese”⁹⁰⁹, propondo, em substituição, o seguinte *standard* de prova para a

⁹⁰⁵ É nesse sentido também que se propõe a interpretação e até o aprimoramento do *standard* “más allá de toda duda razonable” no Chile, como assinala Daniela Accatino (ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2011, p. 483-511).

⁹⁰⁶ KNIJNIK, *op. cit.*, 2007, p. 46.

⁹⁰⁷ Como assinala Nicolás Schiavo, é preciso estabelecer uma regra positiva que confira conteúdo ao *standard* e associe o raciocínio à prova e viabilize a revisão do ato decisório. Ele assinala que (...) a explicação fundamentada do peso conferido à prova é irrelevante se não for estabelecido um quadro conceitual - previamente - que permita afirmar o grau de certeza que a hipótese acusatória requer para sustentar uma condenação além de toda dúvida”. **No original:** “(...) “la explicitación razonada del peso probatorio conferido a la evidencia carece de toda relevancia si no se fija - previamente - un marco conceptual que permita afirmar el grado de certeza que requiere la hipótesis de imputación para poder sustentar una condena más allá de toda duda” (SCHIAVO, *op. cit.*, 2015, p. 143).

⁹⁰⁸ BADARÓ, *op. cit.*, 2019, p. 280-281.

⁹⁰⁹ Entretanto, continua a defender a aplicação do *in dubio pro reo* “se houver dúvida sobre qualquer fato penalmente relevante, que integre a imputação” (BADARÓ, *op. cit.*, 2019, p. 281).

condenação no processo penal: “a) há elementos de prova que confirmam, com elevadíssima probabilidade, todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação; e b) não há elementos de prova que tornem viável ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integra a imputação”.

Embora se compreenda essa posição que almeja a instituição de uma nova fórmula que não mencione o estado mental do julgador ou seu grau de crença, não se pode ignorar que “todo o processo gira em torno da dúvida”.⁹¹⁰ A acusação coloca em dúvida o estado de inocência do acusado, busca desconstituí-lo ao tentar comprovar a sua culpabilidade. O réu, por seu turno, rebate a hipótese acusatória e lança dúvidas sobre ela com o intuito de obter a absolvição. Sempre poderá haver incerteza sobre se uma hipótese fática foi suficientemente corroborada ou se foi refutada.

Então, entre abandonar completamente uma construção já internacionalmente consagrada e procurar aprimorá-la, acredita-se que esta é a melhor solução, como apontou Vinicius Gomes de Vasconcellos⁹¹¹. É possível, pois, ajustar tal *standard* de prova para que centre a atenção na natureza e nas características dos elementos probatórios, no grau de suporte que eles conferem às alegações fáticas da parte autora, mas sem desconsiderar a ideia de que a dúvida deve se resolver em favor do réu, sem deixar de realçar que cabe à acusação dissipar as dúvidas fundadas na razão, se almeja a condenação do acusado.

Conquanto seja crítico da fórmula original do *BARD*, Michele Taruffo⁹¹² entende que, com cuidadosa reflexão, é conveniente que os países de *civil law* adotem um *standard* de prova para guiar o julgamento do mérito da causa penal, afirmando que, “nesta direção, a referência ao *BARD* estadunidense pode ter um indubitável valor de enunciação de um princípio ético e político, e de guia para a direção em que deveria realizar-se a análise”⁹¹³ (tradução nossa). O mestre italiano enfatiza que o importante é que os ordenamentos jurídicos não deixem a valoração da prova ao arbítrio subjetivo do juiz, devendo adotar *standards* especialmente elevados, que minimizem os riscos de condenação de um inocente.

Enfim, a expressa adoção de *standards* de prova (regras orientadoras fortes) pela lei processual penal, como salientou Geraldo Prado⁹¹⁴, tende a diminuir espaços para o discricionarismo no que tange à avaliação da prova pelo juiz criminal, além de lançar luzes sobre essa temática de inquestionável relevância. Um modelo de constatação fática que se

⁹¹⁰ FENOLL, *op. cit.*, 2013, p. 13.

⁹¹¹ VASCONCELLOS, *op. cit.*, 2020, p. 18-19.

⁹¹² TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N. 28, 2005, p. 122.

⁹¹³ **No original:** “En esta dirección, la referencia al *BARD* estadounidense puede tener un indudable valor de enunciación de un principio ético y político, y de guía para la dirección en que debería realizarse el análisis”.

⁹¹⁴ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 39.

harmonize e dê densidade normativa ao princípio da presunção de inocência em termos de valoração racional probatória pode constituir um importante mecanismo de contenção de abusos ou arbitrariedades no âmbito de um processo penal democrático.

6.6. PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DOGMÁTICA DOS STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Todo conhecimento precisa ser sistematizado, isto é, organizado racionalmente, estruturado de forma lógica, para que seja entendido e adequadamente aplicado. No campo da ciência jurídica, a sistematização do conhecimento, seu agrupamento ordenado, metódico e coerente cumpre o papel de explicitar critérios conducentes à adequada solução dos conflitos de interesses a partir da aplicação esmerada do direito.⁹¹⁵

Como visto no tópico 3.5, os *standards* de prova são critérios que apontam quando se pode aceitar como verdadeira uma hipótese fática; eles respondem à pergunta de quando se pode considerar provada uma hipótese fática; indicam o grau de confirmação exigido para que um enunciado factual seja considerado provado.⁹¹⁶ Por isso são também denominados modelos de constatação dos fatos, guias para a valoração racional da prova ou mecanismos para a distribuição do risco de erros. Esse assunto assume contornos de particular relevância no âmbito da justiça criminal.

Os *standards* probatórios orientam a formulação do juízo de fato, procurando evitar que se considerem provados fatos que não aconteceram ou que ocorreram de modo diverso, assim como eles, quando estruturados racionalmente, levam à redução do subjetivismo na tomada da decisão e propiciam condições de controle intersubjetivo quanto ao que foi decidido.

Nos domínios do processo penal, como se pôde observar acima, os critérios de suficiência probatória variam de acordo com o tipo de provimento jurisdicional requestado e conforme o momento ou fase processual.⁹¹⁷ É possível detectar diversos graus de probabilidade de culpa. O grau de confirmação de uma hipótese é menor quando a medida postulada tem exatamente o propósito de coletar provas. A exigência de corroboração da hipótese fática aumenta, ou seja, exige-se um juízo de probabilidade mais elevado, se o provimento representar maior sacrifício a direito fundamental do acusado.

O juízo de admissibilidade da peça inicial acusatória reclama a preponderância ou prevalência dos elementos probatórios incriminadores colhidos na fase de investigação, em

⁹¹⁵ DINIZ, Maria Helena. Sistematização: Problema Central da Ciência Jurídica. *Revista de Direito Brasileira*. Vol. 13, n. 6, São Paulo, jan./abr. 2016, p. 88-91.

⁹¹⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *In: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, p. 131 e 139.

⁹¹⁷ BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 141.

patamar suficiente para arrimar a acusação, levando a crer que a pessoa cometeu o crime que lhe é imputado e que há boa probabilidade de condenação. Já no momento de decidir o mérito da causa exige-se a demonstração de uma probabilidade elevadíssima de culpa, o que, não acontecendo, deve resultar na absolvição do réu, pois o maior risco de erro deve ser suportado pelo Estado.

Nessa perspectiva, em relação às medidas de busca e apreensão, pessoal ou domiciliar, que constituem meios ordinários de investigação ou de obtenção de provas (medidas cautelares probatórias), são exigidos *standards* probatórios ténues, rebaixados. Porém, a busca domiciliar, lastreada em “fundadas razões” (e não em “fundada suspeita”), requer mais do que o necessário para um busca pessoal, tanto que reclama autorização judicial escrita e fundamentada. Ela deve estar justificada por elementos concretos que legitimem a medida. Como já consignado, a casa ou moradia de um indivíduo é reservada à sua vida privada, sendo geralmente compartilhada por outras pessoas, de forma que a lei cobra mais que a “fundada suspeita”, exigindo “fundadas razões”, isto é, indícios mais consistentes de que a pessoa ou objeto procurado esteja naquele local preservado constitucionalmente. De todo modo, esses parâmetros representam os primeiros degraus de uma escada probatória que termina na elevada probabilidade de culpa e que autoriza a condenação.

Por sua vez, a análise dos pedidos de quebras de sigilos bancário, fiscal ou telefônico, que também são meios ordinários de obtenção de prova, é guiada por *standards* menos exigentes, igualmente rebaixados, identificados pela “necessidade para a apuração” ou o “interesse da justiça” a partir de indícios de possível prática delitativa. Noutras palavras, deve haver indícios da materialidade delitativa e de autoria, mas esses indícios, apontando a “necessidade de apuração” ou o “interesse da justiça”, também podem ser ténues, ficando praticamente equiparados às “fundada suspeita” acima referida, de forma que também estão nos primeiros degraus antes mencionados. Esses *standards* equivalem à *reasonable suspicion* do direito norte-americano.

Já as medidas extraordinárias de obtenção de provas, consistentes na interceptação de comunicação telefônica, na gravação ambiental e na infiltração de agente, são mais intrusivas, ofensivas, de maneira que se exige mais que “fundadas razões” ou “fundada suspeita”; são exigidos “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”, assim como que a prova não possa ser produzida por outros meios disponíveis. Embora a Lei nº 12.850/2013, diferentemente da Lei nº 9.296/1996, não mencione “indícios razoáveis”, há de se entender que é idêntico o *standard* de prova ou o modelo de constatação para essas medidas especiais de obtenção de prova. Não há razão para distinção de parâmetros no que tange a tais medidas.

Porém, cabe esclarecer que tais “indícios razoáveis” também não exigem um grau tão elevado de probabilidade quanto à hipótese persecutória exatamente porque se destinam a colher indícios de autoria e prova da materialidade dos crimes investigados. Então, tais indícios autorizadores dessas medidas representam mais do que aquilo que é exigido para o deferimento de medidas cautelares probatórias ordinárias, mas não equivalem à justa causa necessária para o juízo positivo de admissibilidade da denúncia. Eles estão no segundo e terceiro degraus na escala probatória ou de probabilidade lógica acima aventada.

Em relação às medidas cautelares reais, a lei exige “indícios veementes” da proveniência ilícita dos bens (art. 126 do CPP), demonstração de “certeza da infração e indícios suficientes da autoria” (art. 134 do CPP) ou “indícios veementes da responsabilidade” criminal (art. 3º do Decreto-Lei nº 3.240/1941). Há de se compreender que é exigido um juízo probabilístico de culpa, no mínimo, em um grau intermediário que, na escala supracitada, significaria alcançar o quarto ou o quinto degraus para cima. Esse juízo de probabilidade de culpa equivale ao da justa causa, isto é, é necessária ao menos uma probabilidade intermediária da culpabilidade.

No tocante às medidas cautelares pessoais alternativas à prisão e à medida da prisão preventiva, viu-se que a lei exige “prova da existência do crime” e “indício suficiente de autoria”, requisitos que retratam o *fumus commissi delicti* (fumaça do cometimento do delito). Mas esse *standard* de prova reclama que grau de confirmação fática? Qual é esse grau de probabilidade de o acusado ter praticado um crime? É uma probabilidade que, assim como a das cautelares reais, seguramente representa mais do que a reclamada para o deferimento de meios de obtenção de prova, de medidas cautelares probatórias.

Com efeito, para se decretar medidas cautelares diversas da prisão contra a pessoa do investigado ou acusado, deve haver indícios suficientes para um prognóstico de culpa, indícios bastantes para permitir acreditar, *prima facie*, no futuro reconhecimento de sua responsabilidade penal. Exige-se, pois, uma probabilidade de culpa em um grau intermediário que, na escala imaginária em comento, significaria alcançar, no mínimo, o quinto ou sexto degraus. Noutras palavras, deve ser cobrada uma probabilidade da culpa em grau mediano ou superior, capaz de fazer crer que um crime foi cometido e que o acusado foi seu autor.

Porém, para a decretação da medida cautelar consistente na prisão preventiva, embora a lei mencione “prova da materialidade delitiva” e “indício suficiente de autoria” (art. 312 do CPP), há de se entender, na esteira da exposição feita no tópico 6.3, que se fazem necessários indícios veementes de autoria, que retratam um maior grau de corroboração da hipótese acusatória quanto à autoria ou a participação no delito.

Consoante acima consignado, o CPP exige, para o sequestro de bens, “indícios veementes” de sua procedência ilícita, o que, implicitamente, significa exigir indícios veementes de autoria. Por seu turno, o Decreto-Lei nº 3.240/1941 exige “indícios veementes de responsabilidade” penal para o sequestro de bens nos casos em que houve prejuízo à Fazenda Pública. Por conseguinte, impõe-se entender que, para a decretação da prisão preventiva, a lei não pode exigir menos. Na verdade, ante o elevado custo que a prisão preventiva representa para o acusado, urge considerar que o ordenamento jurídico exige indícios fortes, vigorosos, que apontem, com razoável segurança, no sentido da responsabilidade penal do acusado.

Portanto, no que diz respeito à custódia preventiva, o *standard* probatório deve ser ainda mais exigente do que aquele que guia as medidas cautelares diversas da prisão⁹¹⁸. O grau de confirmação reclamado sinaliza para um juízo probabilístico de culpabilidade que se situe entre o da justa causa e o que é exigido para a condenação⁹¹⁹. Voltando à escala probatória ou de probabilidade acima mencionada, equivaleria ao sétimo degrau. Por isso que nesse domínio se pode considerar aplicável o *standard clear and convincing evidence*, que retrata uma probabilidade de 70%. Defendendo essa posição, Castilho Alva⁹²⁰ pontuou que:

(...) a exigência probatória da prisão preventiva é muito maior e mais intensa do que a necessária para autorizar o processamento (indícios indicativos da prática do crime) ou a detenção preliminar de uma pessoa (motivos plausíveis). As provas intensas e os elementos de julgamento mais exigentes permitem que decretação de uma prisão provisória tenha fundamento razoável e haja uma justificativa material para privar da liberdade uma pessoa.

O *standard* probatório de prisão preventiva deve refletir uma alta probabilidade de prática de um delito por um acusado em qualquer uma das modalidades típicas de intervenção criminal (autoria direta, coautoria, autoria indireta, instigação e cumplicidade). (tradução nossa)⁹²¹

⁹¹⁸ Nessa esteira, Carlos Gustavo de Souza Miranda pontua que “se, para receber a denúncia, há necessidade de prova da materialidade do crime e indícios suficientes da autoria, ante a gravidade que a simples existência da ação penal causa ao *status dignitatis* do acusado, é óbvio ululante que os indícios de autoria, para se decretar prisão cautelar (prisão preventiva), clamam por maior consistência probatória, precisam ser muito mais robustos, pois tal medida é assaz mais lesiva ao patrimônio jurídico do imputado” (MIRANDA, Carlos Gustavo de Souza. *Princípios Fundamentais de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 146).

⁹¹⁹ Como disse J. Osório, “na apreciação do justo grau de probabilidade está o segredo do acerto da decisão” (OSÓRIO, J. Julgamento de facto. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1954, p. 218).

⁹²⁰ ALVA, *op. cit.*, 2018, p. 232.

⁹²¹ **No original:** “(...) la exigencia probatoria de la prisión provisional es mucho mayor y más intensa que la necesaria para autorizar el procesamiento (indicios reveladores de la comisión de un delito) o la detención preliminar de una persona (razones plausibles). La evidencia intensa y los elementos de juicio más exigentes permite que la imputación en la prisión provisional posea un fundamento razonable y haya una justificación material para privar de la libertad a una persona. El estándar probatorio de la prisión provisional debe reflejar una alta probabilidad respecto a la comisión de un delito por parte de un imputado en cualquiera de las modalidades típicas de intervención criminal (autoría directa, coautoría, autoría mediata, instigación y complicidad).

O mesmo raciocínio, como se vê e já gizado, não se aplica à prisão temporária. Nesse tipo de medida cautelar, é aceitável um menor grau de corroboração da hipótese fática (em apuração), tanto que a lei se satisfaz com “fundadas razões da autoria ou participação do indiciado”, sequer cobrando a comprovação da materialidade delitiva. Esse menor grau de exigência probatória se justifica porque o propósito da medida é justamente viabilizar as investigações policiais de crimes graves. Então, o grau de confirmação da proposição fática pode ficar aquém daquele da justa causa, isto é, não é necessário que se demonstre uma probabilidade intermediária ou prevalente da culpabilidade.

No que diz respeito ao juízo de admissibilidade da denúncia ou da queixa, foi constatado que a lei exige a justa causa (art. 395, III, do CPP), entendida como um “lastro probatório mínimo” representado pela prova da materialidade delitiva e por indícios suficientes de autoria ou de participação no delito. Como já assinalado no tópico 6.4.1 e reafirmado acima, os elementos incriminadores reunidos pela parte acusadora devem permitir inferir razoavelmente que o acusado é o autor ou partícipe do crime; os elementos colhidos na fase de investigação devem levar a um bom juízo probabilístico de culpa, indicando um prognóstico de condenação.

Assim, a justa causa há de ser compreendida como um *standard* probatório que reclama, no mínimo, uma probabilidade prevalente de culpabilidade, isto é, as razões positivas de culpa devem preponderar sobre as negativas. Ilustrando em termos numéricos ou quantitativos, está-se a falar de uma probabilidade superior a 50%. Mesmo que tenha havido uma resposta prévia à acusação (o que não é regra no sistema de processo penal nacional), deve persistir a maior probabilidade de culpa para que seja positivo o juízo de admissibilidade da acusação.

Em relação aos acordos criminais (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal e colaboração premiada), o grau de suficiência probatória reclamado para os fundamentar é retratado pela justa causa, pela causa provável (*probable cause*) de uma condenação. O Ministério Público somente deve oferecer e a defesa só deve aceitar uma proposta de resolução consensual do caso, se ela estiver apoiada em prova da materialidade da infração penal e em indícios suficientes de autoria ou participação. O investigado ou acusado não deve se sentir coagido por uma proposta de acordo que não está laestreada em justa causa.

Quanto ao grau de suficiência da prova para a pronúncia do réu, foi demonstrado que o CPP reclama prova da materialidade do fato delitivo e de indícios suficientes de autoria ou de participação (art. 413). Aqui não está em causa a culpa do acusado, mas a viabilidade da acusação; não se faz um juízo da questão de fundo, mas da acusação, de sorte que deve ser

exigido o mesmo grau de confirmação (da hipótese acusatória) cobrado quando do recebimento da denúncia ou queixa.

Como o juiz não pode se aprofundar no exame da prova, até para não assumir a competência constitucional do júri popular, cabe-lhe verificar se os indícios de autoria *se mantiveram suficientes* mesmo depois *judicium accusationis*. Se a justa causa se manteve firme frente o contraditório e a ampla defesa, se preponderam as razões positivas de culpabilidade que amparam a acusação, o réu deve ser pronunciado, a partir da aplicação do critério da probabilidade prevalente. Todavia, se a hipótese incriminadora não se conservar preponderante em vista das provas e alegações trazidas pela defesa, será caso de impronúncia.

Por fim, nessa tarefa de buscar a sistematização da matéria, a harmonização dos *standards* de prova, cabe apontar o nível de probabilidade ou o grau de corroboração da hipótese acusatória exigido para a condenação do réu.

De lege lata, a prova suficiente para condenar, referida no art. 386, VII, do CPP, é a prova capaz de dissipar as dúvidas fundadas suscitadas pela defesa ou, se se preferir, é a prova que retrata a culpabilidade do réu para “além da dúvida razoável”. Entretanto, na esteira do que foi estudado, é preciso enxergar além da lei e não ficar preso às críticas, procurando densificar tais conceitos à luz da concepção racionalista de valoração da prova para afastar a preocupação com o estado mental do julgador, representada por suas certezas subjetivas ou dúvidas, de sorte a focar a análise no tipo de prova, nas suas características lógicas e epistêmicas e nas conexões que podem ser feitas a partir do raciocínio inferencial.

Por esse ângulo, a melhor hermenêutica é a de que a prova suficiente para condenar, a prova além da dúvida razoável, é a prova que corrobora a hipótese incriminadora a partir do esclarecimento dos fatos de uma maneira coerente e íntegra, que retrate a responsabilidade penal do réu e exclua as hipóteses absolutórias ou alternativas formuladas pela defesa. A prova será suficiente para condenar se a hipótese acusatória for muito satisfatoriamente confirmada pelos elementos de prova disponíveis nos autos, aptos a explicar coerentemente o ocorrido, restando afastadas as hipóteses alternativas da defesa, as teses exculpatórias compatíveis com a inocência do réu.

Já a dúvida razoável deve ser entendida como a gerada por uma hipótese fática alternativa à da acusação e que é capaz de, com base nas provas constantes dos autos, explicar os fatos de uma forma compatível com a inocência do acusado. Essa hipótese absolutória deve ser capaz de subsistir à crítica da parte acusadora, revelando-se uma alternativa razoável, plausível de inocência, de forma a atrair a incidência da máxima *in dubio pro reo*.

Destarte, o grau de probabilidade de culpa para que se emita um decreto condenatório é um grau elevadíssimo, exige uma prova forte, robusta, que retrate um elevado nível de

confirmação da hipótese acusatória, apta a derrubar, com segurança, a presunção de inocência de que goza o réu. Expressada em termos numéricos para facilitar a compreensão, tal probabilidade equivaleria a um grau de corroboração de 95 a 99%.⁹²²

Jordi Ferrer Beltrán⁹²³ entende razoável pensar no estabelecimento de *standards* de prova para a condenação penal mais ou menos exigentes conforme o tipo de delito e de sanção prevista na lei ou, ainda, consoante as dificuldades probatórias enfrentadas para a apuração de alguns fatos e para a responsabilização de seus agentes⁹²⁴. Nessa mesma linha, Dallagnol⁹²⁵ defende a modulação dos *standards* probatórios: em relação a delitos mais graves cujas penas são mais altas, o *standard* deveria ser mais exigente; no tocante a delitos menos graves, punidos com penas mais leves, poderia ser menos rigoroso (respeitado um limiar mínimo). Ele também propõe que se tome em conta a dificuldade probatória, ponderando que um *standard* de prova que exija 95% de probabilidade de culpa para os casos de homicídio pode levar à absolvição de um elevado número de réus culpados em casos de lavagem de capital.

Entretanto, como se constatou neste tópico, não é nada fácil delinear os parâmetros de suficiência probatória, os graus de confirmação de uma hipótese ou de probabilidade lógica das proposições fáticas exigidos para a tomada de decisões diferentes durante a fase de investigação criminal e no curso da ação penal. Mais tormentoso ainda seria estabelecer *standards* diversos a partir do tipo de imputação criminal ou de pena, ideia que significa, em última análise, flexibilizar a presunção de inocência, de forma que deve ser vista com reservas. Ao refletir sobre o assunto em questão, Vasconcellos⁹²⁶ aduziu com lucidez:

Em qualquer situação, a acusação deve provar claramente todos os elementos de sua tese e essenciais ao tipo penal, e não pode haver uma hipótese alternativa de inocência viável, que apresente amparo probatório mínimo. O que pode, sim, variar é a possibilidade e a amplitude da utilização de provas indiciárias, além dos juízos inferenciais delas decorrentes. Em situações de complexidade e inviabilidade de

⁹²² NEWMAN, *op. cit.*, 1993, p. 979-1002. KAGEHIRO; STANTON, *op. cit.*, 1985, p. 159-178. Como já assinalado, em 1978, o *U.S. District Court for the Eastern District of New York*, no caso *United States v. Fatico*, 458 F. Supp. 388, consignou: “If quantified, the beyond a reasonable doubt standard might be in the range of 95 + % probable. *United States v. Schipani*, 289 F. Supp. 43, 57 (E.D.N.Y. 1968), *aff’d*, 414 F.2d 1262 (2d Cir. 1969)”. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/458/388/1875797/>. Acesso em: 09/07/2020.

⁹²³ BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, p. 140.

⁹²⁴ Ferrer Beltrán aduz que, “por exemplo, certamente as condenações por crimes de agressão sexual seriam muito escassas se a sua prova fosse exigida com o mesmo nível de corroboração dos crimes de homicídio: em muitas ocasiões nas primeiras há apenas o depoimento da vítima a respeito de muitos fatos para provar (falta de consentimento, a identificação do agressor)”. **No original:** “(...) por ejemplo, seguramente las condenas por delitos de agresión sexual serían muy escasas si a la prueba de éstos se les exigiera el mismo nivel de corroboración que a los delitos de homicidio: em muchas ocasiones en los primeros se cuenta únicamente con la declaración de La víctima respecto de muchos de hechos a probar (falta de consentimiento, la identificación del agresor, etc.) (tradução nossa) (BELTRÁN, *op. cit.*, 2007, nota 122, p. 140).

⁹²⁵ DALLANGNOL, *op. cit.*, 2018, p. 256-257.

⁹²⁶ VASCONCELLOS, *op. cit.*, 2020, p. 15, nota 41. .

comprovação direta, pode-se ampliar a consideração de provas indiciárias que permitam concluir pela ocorrência da tese acusatória e afastar qualquer hipótese alternativa de inocência viável, que apresente amparo probatório mínimo.

Por fim, concluindo este trabalho, e com o intuito de facilitar a compreensão de todas essas ideias sobre *standards* de prova, sua interpretação e aplicação no âmbito da justiça criminal brasileira, cabe sintetizá-las na figura abaixo. Mais uma vez, cumpre ressaltar que, nesse contexto de valoração da prova, deve-se trabalhar com a probabilidade lógica ou indutiva, o que, todavia, não obsta a menção a porcentagens ou expressões numéricas apenas em caráter ilustrativo, para auxiliar o entendimento do grau de confirmação de uma hipótese ou do grau de probabilidade de culpa que deve ser cobrado ou alcançado em cada tipo de decisão ou etapa processual.⁹²⁷

Como assinalou Margarida Lima Rego⁹²⁸, poderá supor-se despidiendia a quantificação desses graus em termos matemáticos, mas estudos de campo, “comparando as fórmulas qualitativa e quantitativa de instruir os jurados, revelaram que estes reagem melhor aos números (...)”. Evidentemente, tais referências a expressões numéricas também são úteis para orientar o melhor entendimento do assunto por juízes profissionais.



⁹²⁷ MENDES, *op. cit.*, 2019, p. 19-40.

⁹²⁸ REGO, *op. cit.*, 2013, p. 133.

É indubitável que esses critérios não são inflexíveis e que o juízo da *quaestio facti* deve tomar em conta as particularidades de cada caso, porém se afigura essencial clarificar as balizas ou critérios de suficiência probatória para que os provimentos jurisdicionais não se enveredem pela senda do subjetivismo ou do decisionismo, distanciando-se dos ideais de racionalidade e justiça. Também é certo que a visão acima explicitada pode ser questionada em algum ponto, como é natural em qualquer ciência, mas se almejou apresentar o tema dos *standards* de prova de uma maneira ordenada, lógica e sistemática, procurando facilitar seu conhecimento, seu entendimento e seu manejo por parte dos profissionais que atuam na seara do sistema de justiça criminal.

7. CONCLUSÕES

Encerrando este trabalho, cabe expor as conclusões a partir da pesquisa e das reflexões realizadas.

Os países de *civil law* relegaram a segundo plano a pesquisa quanto aos graus de suficiência da prova, a investigação de parâmetros racionais voltados à objetivação do juízo de fato. Conquanto se tenha avançado no estudo do direito à prova e do ônus probatório na seara do processo penal, não se privilegiou a investigação destinada a saber *quanta prova é necessário para se reputar provado um enunciado fático*, qual grau de corroboração de uma hipótese fática é exigido para que ela possa ser considerada verdadeira.

O assunto atinente ao acertamento judicial dos fatos, relativo aos critérios de suficiência da prova dos enunciados fáticos, é de extrema importância no contexto da decisão judiciária. É crucial que a verificabilidade dos fatos em disputa se dê a partir de critérios de suficiência probatória bem definidos, adequadamente regradados ou sistematizados, de modo a permitir um debate mais franco e consistente, em contraditório, sobre a confirmação ou a refutação das proposições factuais, tendente a minimizar erros ou arbítrios e estabelecer formas mais racionais e objetivas de controle da decisão judicial.

Os juízos fáticos não podem derivar de critérios imprecisos, puramente subjetivos, não objetiváveis. No terreno da determinação judicial dos fatos e da tomada da decisão, precisam ser estabelecidos esquemas racionais, mais objetivos, que orientem o juiz pelos caminhos da consistência lógico-argumentativa, da coerência narrativa e, sobretudo, da análise da confirmação ou refutação das hipóteses, de modo a possibilitar, em bases intersubjetivas, um controle mais exato do raciocínio empreendido e do convencimento alcançado.

Na valoração da prova, o juiz deve examinar o material probatório e definir sobre a confirmação ou refutação dos enunciados fáticos que estão na base da disputa. É equivocada a concepção psicológica ou subjetiva da motivação, segundo a qual esta representaria a descrição do processo mental do juiz. O foco principal deve ser o exame das provas, verificando-se se há corroboração ou refutação das hipóteses fáticas. É o vigor das razões pautadas nessa compreensão que leva ao acolhimento ou rejeição de um pedido e que possibilita averiguar o acerto ou desacerto do que foi decidido.

A concepção racionalista da prova contrasta com a noção psicológica ou subjetivista que dela se tem e que considera uma hipótese factual comprovada quando o julgador se sente “seguro”, “convencido” ou “convicto” a respeito da *quaestio facti*. O modelo racionalista contrapõe-se à ideia de que a prova está vinculada às crenças ou dúvidas dos juízes sobre os fatos, defendendo, de modo mais moderno e sensato, que se procure analisar se houve

confirmação ou refutação de uma proposição fática a partir da solidez e coerência do conjunto probatório, do raciocínio inferencial, da conexão lógica e explicativa que deve existir entre os dados disponíveis e a hipótese que se almeja ver declarada provada.

Aliás, o raciocínio inferencial tem enorme relevância na atividade de valoração racional da prova, uma vez que direciona o acertamento dos fatos e a tomada da decisão sobre eles. A inferência é uma atividade intelectual que conecta um dado conhecido, uma proposição tida por verdadeira, a um fato desconhecido. Noutras palavras, a proposição antecedente, considerada verdadeira, implica a proposição consequente, que também é tomada como verdadeira. Esse processo intelectual pode operar por indução ou dedução.

O valor de uma inferência probatória depende da consistência do fundamento cognoscitivo (*warrant*) em que ela se ampara. São a solidez e a confiabilidade do critério utilizado para extrair a inferência que conferirão à hipótese sustentada uma confirmação em grau mais elevado ou mais baixo. Além disso, nos casos em que a prova é indiciária, composta a partir de inferências extraídas de dados ou elementos diferentes, elas devem ser convergentes de forma a dar suficiente sustentação à conclusão. Se os indícios não forem convergentes, a inferência pode ser falha, levando a conclusões inconsistentes e injustas.

Porém, é à luz dos *standards* de prova que se define se houve ou não a confirmação satisfatória dos enunciados fáticos que dão suporte a uma pretensão. Eles são guias ou diretrizes quanto ao grau de suficiência da prova para que se possa considerar comprovada uma alegação fática. Os *standards* probatórios consistem em critérios ou níveis de suficiência da prova para que uma hipótese venha a ser aceita como verdadeira, permitindo o controle do juízo de fato. Eles é que devem guiar a valoração da prova, a tomada da decisão fática, viabilizando o controle mais objetivo e racional do acertamento dos fatos.

Tais critérios de suficiência probatória estão na base da doutrina da distribuição dos erros judiciais, isto é, são voltados a reduzir a probabilidade de erros na formulação do juízo de fato. Com o emprego deles, pretende-se distribuir os erros de um modo determinado. Esses critérios variam conforme o tipo de processo, a natureza da demanda e dos bens jurídicos que estão em jogo. No processo penal, o *standard* que orienta o julgamento da causa é mais exigente do que no processo civil porque existe uma opção ética no sentido de que é preferível absolver um culpado a condenar um inocente. Noutras palavras, é melhor que haja mais erros do tipo falso negativo (absolvições falsas) do que do tipo falso positivo (condenações falsas). Essa é uma exigência ética, inarredável quando se tem em mira um modelo de justiça criminal que se harmoniza com o Estado Democrático de Direito.

O juízo de fato, por meio do qual se define sobre a veracidade ou a falsidade de uma proposição fática, é inevitavelmente norteado pela certeza ou pela dúvida, dois estados

mentais marcantes, subjacentes à tomada da decisão. A pesquisa revelou que não há certezas absolutas, mas visões ou compreensões ancoradas em proposições a respeito das quais a dúvida foi logicamente excluída. A certeza deve ser vista sob o viés objetivo, desvinculada do sentimento pessoal e alicerçada em evidências e razões plausíveis, com força bastante para convencer os participantes de um intercuro linguístico, num determinado sistema ou contexto, em que as proposições provadas, tomadas num todo, se conciliem, conforme o pensamento wittgensteiniano. Se assim não for, estar-se-á diante da dúvida.

Na realidade, quando se exige um maior grau de certeza, fica reduzida a margem de dúvida e ampliada a chance de se estar mais próximo da verdade. Contudo, se surge determinado grau de dúvida (falta de certeza), capaz de colocar em xeque uma versão ou narrativa, significa que a verdade pode estar distante e o erro, bem próximo, sendo este o resultado que a justiça deve procurar evitar. É por isso que a dúvida, no processo penal, consubstancia-se numa ideia muito importante. Se ela for consistente (fundada, razoável) e não permitir que seja alcançado o grau de certeza exigido pela lei, deve necessariamente levar a uma decisão favorável ao réu em decorrência do princípio da presunção de inocência.

Contudo, apesar de a certeza e a dúvida terem enorme importância no contexto da tomada da decisão judicial sobre os fatos, representando aquilo que é formado ao cabo na mente e no espírito do julgador, não podem elas próprias servir de critérios de suficiência probatória. Os *standards* de prova ou modelos de constatação fática é que devem ditar os graus de suficiência da prova, o nível de confirmação da hipótese esperado em certo momento ou fase processual.

Os estudos permitiram constatar a necessidade de que a verificabilidade fática, que a tomada da decisão sobre os fatos no universo do processo penal deve ser guiada por 4 (quatro) vetores axiológicos: a verdade, a justiça, a presunção de inocência e a racionalidade.

A verdade em questão é a verdade objetiva, a qual não é fruto das preferências individuais ou das idiossincrasias dos sujeitos, mas se funda em elementos e razões objetivas, controláveis; ela é produto de dados cognoscitivos resultantes da prova, assim como de argumentos racionais que independem do querer do indivíduo. Trata-se da verdade processual, que é construída dentro do processo, como expressão do trabalho das partes, do material probatório amealhado, do contraditório, da linguagem. Essa verdade objetiva, processual, é a verdade possível, provável, representada pela ideia de probabilidade.

A probabilidade que deve balizar o juízo de fato não é a quantitativa (frequentista ou pascalina/bayesiana), mas a probabilidade lógica ou baconiana/indutiva, que se pauta pelo grau de confirmação lógica de um enunciado a partir das inferências feitas com amparo nas provas disponíveis. Ela é guiada por critérios qualitativos, não quantitativos; é apoiada na

conexão lógica e coerente dos enunciados com os elementos probatórios produzidos nos autos do processo. A pesquisa mostrou o insucesso do emprego da probabilidade matemática para guiar os julgamentos criminais.

A justiça, como um valor universal e permanente da humanidade, obviamente é um vetor axiológico capital para a condução dos processos judiciais e para a tomada da decisão sobre os fatos, inspirando o julgador a agir para dar a cada um aquilo que é seu, a aplicar a lei com retidão, de maneira a restabelecer a paz social.

A presunção de inocência, enquanto regra de julgamento expressa pelo axioma *in dubio pro reo*, é outro vetor axiológico primordial para orientar o juízo de fato. Ela impõe ao órgão acusador todo o ônus de provar a culpa, assim como exige que, havendo dúvida sobre a suficiência da prova reclamada nos vários momentos ou etapas do processo penal, o julgador deve decidir a favor do réu, pois, em contexto de incerteza, a garantia da liberdade há de prevalecer sobre o interesse persecutório do Estado ou sobre sua pretensão punitiva. Todavia, a dúvida que atrai a aplicação de tal aforismo é a dúvida racional, fundada, plausível, que não permite ao julgador considerar preenchidos os requisitos legais para decidir contra o acusado.

Por sua vez, a racionalidade é o quarto vetor axiológico da valoração da prova e da decisão sobre os fatos. O juízo fático deve ser formulado a partir da razão, por meio de argumentos lógicos, racionais, e não a partir de sentimentos, intuições ou emoções. Daí a importância de se buscar o delineamento de critérios objetiváveis, controláveis em termos de suficiência probatória, de forma a se reduzir as margens para a subjetividade ou a discricionariedade.

No estudo do direito norte-americano, constatou-se que, apesar da questionável capacidade de seus júris de bem decidir questões fáticas mais complicadas ou técnicas, eles são mantidos por força da tradição, por representar a democracia participativa e por propiciar legitimação aos julgamentos. E para orientar os jurados, o modelo probatório estadunidense adotou *standards of proof* destinados a esclarecer sobre a medida da prova, sobre seu grau de suficiência para que se possa considerar confirmadas as proposições fáticas.

Assim, no sistema de justiça dos EUA, são empregados, em ordem crescente quanto ao grau de exigência de corroboração factual, 3 (três) tipos de *standards* de prova, quais sejam: a) preponderância de provas (*preponderance of the evidence - PoE*), que significa que o julgador deve escolher a hipótese que se mostrar “mais provável” com base nos meios de prova disponíveis; b) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence - CCE*), que retrata uma probabilidade elevada; e c) prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt - BARD*), que representa uma probabilidade elevadíssima.

A investigação histórica esclareceu que o *BARD* surgiu na Inglaterra, no final do século XVIII, por volta de 1780, com o intento de resolver uma questão religiosa. Ele não foi pensado para proteger o acusado, mas para proteger a alma dos jurados contra uma condenação ao inferno. Condenar um inocente era um pecado mortal, daí porque, para se evitar absolvições em decorrência de qualquer dúvida, tal conceito passou a ser adotado para orientar os jurados no sentido de que podiam condenar sempre que as dúvidas não fossem razoáveis.

Ainda que tenha havido o fundamento religioso (o intento de afastar do jurado cristão o medo da condenação divina), a justiça criminal anglo-americana almejava obstar absolvições despropositadas, calcadas em dúvidas triviais ou imaginárias que se agigantavam por causa do temor e da ansiedade que atingia os jurados da época. A evolução histórica desse *standard* consolidou a compreensão de que o ônus da prova recai sobre a parte acusadora e que dela é exigível uma prova suficiente para superar a dúvida razoável e desvelar a culpabilidade do acusado, de maneira que é visto como expressão do postulado do estado de inocência.

Porém, o *BARD*, não tanto pelas razões que acarretaram sua formulação, mas especialmente por estar focado no estado psíquico do julgador, na sua confiança pessoal, revela-se vago, aberto a interpretações diversas, dando margem a subjetividades. É um padrão probatório que está assentado (exclusivamente) nas noções de certeza, confiança, convencimento ou dúvida do julgador a respeito da hipótese acusatória, carecendo ser direcionado ao tipo de prova apresentada, à solidez das inferências, das conexões lógicas.

Por outro lado, tal critério já está incorporado à cultura jurídica americana, é adotado pelo TPI e mais recentemente foi abraçado por países de *civil law*, assim como também é um padrão aceito pelo TEDH e pela CADH. É um *standard* que tem a vantagem de não apelar para certezas, reconhecendo a possibilidade de que uma hipótese pode ser considerada provada mesmo que haja alguma dúvida no espírito do julgador, desde que não seja razoável. Além disso, ele hoje representa claramente a opção de se evitar ao máximo a condenação de um inocente, já que requer um grau altíssimo de confirmação da hipótese acusatória para que o réu venha a ser condenado.

A pesquisa ainda revelou que a *probable cause* é um *standard* probatório relevante no cenário jurídico-penal estadunidense. É um padrão que está situado acima de uma suspeita razoável (*reasonable suspicion*) e abaixo da *proof beyond a reasonable doubt*. Ela significa os motivos justos e razoáveis para se instaurar um processo criminal; retrata uma base razoável para apoiar uma acusação perante o *petty jury*, assim como significa os motivos razoáveis a serem demonstrados para se efetuar uma prisão ou emitir um mandado de busca e apreensão.

Naturalmente, quando se pensa em decretação de prisão, há que se demonstrar uma causa provável mais robusta, uma maior probabilidade de culpa do agente.

Já a *reasonable suspicion* (suspeita razoável) é um critério rebaixado de suficiência probatória, utilizado para que um policial possa fazer uma parada investigativa, uma abordagem ou busca pessoal.

Passando ao cenário brasileiro, ficou claro que o ordenamento jurídico-penal nacional oferece *standards* de prova ou modelos de constatação dos fatos para direcionar a valoração das provas e a tomada da decisão. Entrementes, como estão dispostos de forma difusa, fragmentária, sem maior densidade conceitual, buscou-se sua sistematização a partir da experiência norte-americana e da concepção racionalista de valoração da prova. Procurou-se organizá-los em ordem crescente, desde o início da atividade persecutória até o julgamento do mérito da causa criminal, tendo em conta a natureza das decisões e dos bens jurídicos por elas afetados.

Em relação à busca e apreensão (pessoal ou domiciliar) e às quebras de sigilos bancário, fiscal ou telefônico, que constituem meios ordinários de investigação ou meio de obtenção de prova (medidas cautelares probatórias), são exigidos *standards* probatórios mais tênues, rebaixados, retratados pela “fundada suspeita” e pelas “fundadas razões” ou identificados pela “necessidade para a apuração” ou o “interesse da justiça” a partir de indícios de uma possível prática delitiva. Esses *standards* equivalem à *reasonable suspicion* do direito norte-americano.

Porém, para se decretar a busca domiciliar, a lei exige mais do que o necessário para a realização da busca pessoal ou revista. São exigidas “fundadas razões” (e não apenas “fundada suspeita”), tanto que a medida reclama ordem judicial escrita e fundamentada, já que o domicílio da pessoa é reservado à sua vida íntima, à sua privacidade, sendo comumente ocupado por outros integrantes do núcleo familiar. Assim, as razões para afastamento do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio devem ser mais consistentes, mais plausíveis no sentido de indicar a probabilidade de envolvimento da pessoa ou objeto numa prática delitiva.

Já a interceptação de comunicação telefônica, a gravação ambiental e a infiltração de agente, meios extraordinários de obtenção de provas, são instrumentos apuratórios mais invasivos, de forma que se exige mais que “fundadas razões” ou “fundada suspeita”; são exigidos “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”, assim como que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis. Apesar de a Lei nº 12.850/2013, diversamente da Lei nº 9.296/1996, não mencionar “indícios razoáveis”, é preciso entender que é idêntico o *standard* para essas medidas especiais de obtenção de prova, não se exigindo

um grau intermediário de probabilidade quanto à hipótese. Então, exige-se mais do que o necessário para o deferimento de medidas ordinárias de investigação, porém menos que a justa causa. Não se deve exigir um maior grau de probabilidade exatamente porque constituem meios de coleta de provas. Também são considerados *standards* rebaixados, menos exigentes.

No tocante às medidas cautelares reais, o estudo permitiu concluir que a lei exige um juízo probabilístico de culpa, no mínimo, em um grau intermediário, já que são reclamados “indícios veementes” da proveniência ilícita dos bens (art. 126 do CPP), demonstração de “certeza da infração e indícios suficientes da autoria” (art. 134 do CPP) ou “indícios veementes da responsabilidade” criminal (art. 3º do Decreto-Lei nº 3.240/1941). Então, está-se a falar de juízo de probabilidade de culpa equivalente ou até um pouco superior ao da justa causa. Os elementos de prova carreados devem indicar uma prognose de culpa seguramente superior a 50%.

Para a imposição de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, o Código de Processo Penal, de forma indireta, exige prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria. Uma alteração legislativa seria bem-vinda para deixar essa diretriz explícita no seu art. 319, dispensando a invocação da regra de seu art. 312 para tanto. De todo modo, é certo que a lei cobra “prova da existência do crime” e “indício suficiente de autoria”, requisitos que retratam o *fumus commissi delicti* (fumaça do cometimento do delito) e que devem apontar um prognóstico de culpa. Noutras palavras, os elementos colhidos devem indicar, *prima facie*, para o futuro reconhecimento da responsabilidade penal do acusado. Reclama-se, portanto, uma probabilidade de culpa em nível mediano ou superior, capaz de fazer crer que um crime foi cometido e que o acusado foi seu autor.

Em relação à prisão preventiva, embora a lei mencione “prova da materialidade delitiva” e “indício suficiente de autoria” (art. 312 do CPP), há de se entender que são necessários indícios veementes de autoria, que retratem maior grau de corroboração da hipótese acusatória quanto à autoria ou a participação no delito. Aliás, o ideal é que o referido dispositivo seja alterado para nele constar “indícios veementes” de autoria como condição para o deferimento da prisão preventiva. A decretação dessa medida não pode exigir menos que o necessário para deferir medidas cautelares reais. Em vista do alto custo que essa medida representa, impõe-se exigir indícios fortes, vigorosos, que apontem, com razoável segurança, no sentido da responsabilidade penal do acusado. O padrão de prova aqui não pode ser o mesmo das medidas cautelares diversas da prisão. O grau de confirmação a ser exigido situa-se entre o da justa causa e o que é reclamado para a condenação. O padrão probatório indicado para as prisões preventivas é o *clear and convincing evidence*, que cobra um nível

de prova que retrate uma probabilidade de culpa que gira em torno de 70%. Evidente que essa leitura não é inflexível, porém parece lógico e coerente entender que para prender preventivamente é necessário mais do que o exigido para a deflagração da ação penal.

Essa diretriz não se aplica à prisão temporária, já que a lei se satisfaz com “fundadas razões da autoria ou participação do indiciado”, sequer exigindo a comprovação da materialidade delitiva. Esse menor grau de exigência probatória se justifica porque o propósito da medida é justamente viabilizar as investigações policiais de crimes graves. Então, o grau de confirmação da proposição fática pode ficar aquém daquele da justa causa. Nessa parte da pesquisa se respondeu ao questionamento sobre o grau de suficiência da prova para que um acusado possa ser preso cautelarmente.

Para o juízo de admissibilidade da denúncia ou da queixa, foi constatado que a lei exige a justa causa, retratada pela prova da materialidade delitiva e por indícios suficientes de autoria ou de participação no delito. Isso significa que os elementos colhidos na investigação criminal devem permitir inferir razoavelmente que o acusado é o autor ou partícipe do delito, isto é, devem indicar um prognóstico de condenação, sobretudo se a análise da peça acusatória acontecer sem um contraditório prévio. Aqui se aplica o *standard* anglo-americano da preponderância da prova, da prova prevalente da culpabilidade, já que as razões positivas de culpa devem preponderar sobre as negativas. Se retratada em termos de porcentagem, tal probabilidade deveria ser superior a 50%. Neste ponto do estudo foi explicitado quando a prova é suficiente para um processo criminal ser iniciado e uma pessoa se tornar ré.

No que tange aos acordos criminais (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal e colaboração premiada), o nível de suficiência probatória a ser cobrado e observado para os embasar é traduzido pela justa causa, pela causa provável (*probable cause*) de uma condenação. O MP só deve apresentar e a defesa só deve aceitar uma proposta de solução pactuada, se ela estiver assentada em prova da materialidade da infração penal e em suficientes indícios de autoria. O acusado não deve se sentir pressionado por uma proposta de acordo que não está alicerçada em justa causa.

Para a pronúncia dos acusados de crimes dolosos contra a vida, a lei reclama prova da materialidade do fato delitivo e de indícios suficientes de autoria ou de participação (art. 413 do CPP). Tendo em vista que o juiz não está autorizado a se aprofundar no exame do material probatório, pois a competência constitucional para o julgamento da causa é do tribunal do júri, deve ele averiguar, sobretudo, se os indícios de autoria *se mantiveram suficientes* mesmo depois *judicium accusationis*, mesmo após o exercício do contraditório e da ampla defesa. Em caso positivo, se preponderarem as razões positivas de culpabilidade que sustentam a acusação, o réu deve ser pronunciado; do contrário, deverá ser impronunciado. Nesta fase,

aplica-se o mesmo *standard* que baliza o recebimento da inicial acusatória, qual seja, o da preponderância ou prevalência das provas.

Encerrando o trabalho, foram abordados os *standards* de prova para o julgamento do mérito da ação penal. Demonstrou-se que a lei brasileira deixa de apontar de forma mais explícita ou instrutiva qual grau de suficiência da prova é exigido para que o réu seja condenado. Nessa parte se respondeu às outras duas perguntas que marcaram o estudo (quando a prova é suficiente para condenar o réu e se o *BARD* é aplicável no Brasil).

Sustentou-se que, embora o princípio constitucional da presunção de inocência e o axioma *in dubio pro reo* sejam balizas orientadoras essenciais para o justo julgamento, ainda constituem parâmetros demasiadamente abertos, faltando comandos normativos mais diretos e explícitos no sentido de fixar, em bases epistemicamente mais sólidas, o nível de suficiência probatória reclamado para lastrear uma condenação criminal.

Concluiu-se que, conquanto seja criticável por estar centrado no estado mental do julgador, o *standard* da prova além da dúvida razoável harmoniza-se com o princípio da presunção de inocência, na medida em que dirige ao julgador e ao órgão de acusação uma regra que, se não é a ideal, serve de critério de suficiência probatória para a condenação no processo penal. Também se entendeu que o *standard* anglo-saxão se coaduna com o aludido aforismo *in dubio pro reo*, uma vez que reafirma a noção de que a existência de dúvida deve levar à absolvição do réu. O *BARD* explicita a mesma lógica contida no *in dubio*, mas, de modo reverso, indica quando se pode condenar.

O princípio da presunção da inocência impõe ao juiz o dever de aplicar o *in dubio pro reo*, se as provas da parte acusadora não tiverem força para dirimir as dúvidas fundadas/razoáveis suscitadas pela defesa. Noutras palavras, o magistrado deve proferir um julgamento favorável ao réu (*pro reo*) sempre que a culpa não é provada além da dúvida razoável. Noutras palavras, a presunção de inocência só pode ser validamente afastada se a acusação provar a responsabilidade penal do réu para além da dúvida razoável, se as provas apresentadas pelo órgão acusador confirmarem a hipótese incriminadora de modo a dissipar qualquer dúvida razoável suscitada pela defesa. É em face da dúvida razoável, da dúvida fundada que se torna inevitável aplicar o aforismo *in dubio pro reo* para absolver o réu.

No entanto, não se asseverou que a aplicação do *BARD* é obrigatória no país, mas apenas que ela é aceitável, que ele é um critério aqui também aplicável mediante a inversão da *ratio* do *in dubio pro reo*, lógica que implicitamente está presente no sistema nacional. É oportuno consignar que o Brasil ratificou o Estatuto de Roma, que criou o TPI, corte que adota expressamente o padrão probatório anglo-americano (art. 66, 3), havendo de se entender que o ordenamento jurídico nacional aceita o aludido *standard*. Os juízes brasileiros

naturalmente podem optar por continuar se orientando pelos comandos do art. 386 do CPP, os quais, a partir de uma leitura invertida e adequada, indicam que a prova suficiente para condenar é a que tem lastro para dissipar ou superar as dúvidas fundadas (na razão) suscitadas pela defesa no tocante à culpabilidade do réu.

Foram refutadas as críticas a respeito da aplicabilidade do *BARD* no Brasil, entendendo-se que tal padrão não reduz o sistema de garantias do acusado, mas reforça a necessidade de respeito à presunção de inocência, que só poderá ser considerada destruída se a acusação produzir provas que retratem com muita clareza a culpabilidade do acusado, que superem todas as dúvidas fundadas indicadas pela defesa. Esse padrão probatório, embora imperfeito, criticável, e enquanto não sobrevém uma fórmula mais aprimorada, revela-se aplicável em países que, como o Brasil, exigem a motivação das decisões judiciais.

Porém, não foram ignoradas as reprochas dirigidas ao *BARD*, pontuando-se a necessidade de que os magistrados entendam o critério da “prova além da dúvida razoável” na esteira do modelo de valoração racional da prova, que propugna pela análise da confirmação ou refutação de um enunciado fático a partir da solidez e coerência das provas, do raciocínio inferencial e de conexões lógicas e explicativas dos elementos reunidos nos autos.

Nessa esteira, para além de criticar o padrão probatório objeto da pesquisa por causa de suas imperfeições ou limitações, defendeu-se que ele seja entendido à luz da própria concepção racionalista da prova. Assim, propugnou-se que provar a culpa além da dúvida razoável seja entendido como produzir elementos probatórios que corroborem a hipótese fática da acusação mediante o esclarecimento dos fatos de uma forma coerente e íntegra, que retrate a responsabilidade penal do réu e exclua as hipóteses absolutórias ou alternativas formuladas pela defesa. Nessa mesma linha de pensar, propôs-se que a dúvida razoável seja compreendida como aquela que é gerada por uma hipótese fática alternativa à da acusação e que é capaz de, com base nas provas constantes dos autos, explicar os fatos de uma forma compatível com a inocência do acusado. Essa hipótese absolutória deve ser capaz de subsistir à crítica da parte acusadora, revelando-se uma alternativa razoável, plausível de inocência, de forma a atrair a incidência da máxima *in dubio pro reo*. O *BARD* assim entendido e aplicado expressaria uma probabilidade ou grau de corroboração de 95 a 99% da hipótese acusatória, ou seja, refletiria um grau elevadíssimo de confirmação da hipótese incriminadora, o que é desejável e esperado num Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicole. *Dicionário de filosofia*. Trad. de Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Tercera edición. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *In: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, p. 127-139.

ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2011, p. 483-511.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 13. ed. JusPodivm: Salvador, 2018.

ALLEN, Ronald J. Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. *In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 41-63.

ALMEIDA, Carlos José Reis de. *O juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa*. Campo Grande: Contemplar, 2017.

ALVA, José Luis Castilho. El fumus comissi delicti y el estándar probatorio en la prisión provisional. *In: VÁZQUEZ, Carmen (Dir.). Hechos y razonamiento probatorio*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2018, p. 159-240.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2018.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia: Heurísticas e vieses, Dissonância cognitiva, Falsas memórias e Comparticipação*. Salvador: JusPodivm, 2020.

ANDRADE, Mauro Fonseca. A atividade probatória *ex officio judicis* na recente reforma processual penal. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 34, fev. 2010. Disponível em:

https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35184/atividade_probata%3%b3ria_officio_andrade.pdf. Acesso em: 03/04/2021.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *Ensaio sobre o fato, a verdade e a certeza*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ARGENTINA. Ley 14543, de 12/09/2013, que alterou o “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires”. Disponível em: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/xqQ1Aspx.html>. Acesso em: 05/08/2020.

ASHWORTH, Andrew. Four Threats to the Presumption of Innocence. *In: The South African Law Journal*. nº 123, 2006, p. 63-97.

ASIMOV, Isaac. *No mundo dos números*. Trad. de Lauro S. Blandy. Rio de Janeiro: F. Alves, 1983, p. 42-43.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, nov. 2007, p. 161-185. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>>. Acesso em: 03/03/2019.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Sentença Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

- BATISTI, Leonir. *Presunção de inocência. Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BAZARIAN, Jacob. *O Problema da Verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Torrieri Guimarães. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. As inovações da defesa na tréplica: exercício da ampla defesa ou violação do contraditório? In: MONTEIRO, Rodrigo (org). *Tribunal do Júri: o Ministério Público em defesa da justiça*. 2. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 73-94.
- BELEZA, Teresa Pizarro. Prisão Preventiva e Direitos do Arguido. In: MONTE, Mário Ferreira (Org). *Que futuro para o processo penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 671-685.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. Presunción de inocencia y prisión preventiva. In: MELLADO, José María Asencio; ALVA, José Luis Castillo (Dir.). *Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba*. Lima: Ideas Solucion Editorial, 2017
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21-39.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan./abr. 2018, p. 173-174. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/131>. Acesso em: 03/09/2020.

BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (orgs). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 171-206.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Vol. I. Trad. de Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971.

BITENCOURT, Antônio Carlos dos Santos. *Justiça Penal Pactuada*. Juizados Especiais Criminais (Anotações à Lei nº 9.099/95). Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Exposição de Motivos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decretolei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>. Acesso em: 10/04/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.338/RJ. Relator(a): Min. Celso de Melo. Brasília/DF, 13/08/1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>. Acesso em: 06/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83.947/AM. Relator(a): Min. Celso de Melo. Brasília/DF, 07/08/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506601>. Acesso em: 06/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470/MG. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Brasília/DF, 17/12/2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>. Acesso em: 06/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Luiz Fux na AP 470/MG, da relatoria do Min. Joaquim Barbosa. Brasília/DF, 17/12/2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>. Acesso em: 14/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Celso de Melo na AP 858/DF, da relatoria do Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, 26/08/2014. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=289068100&ext=.pdf>. Acesso em: 06/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 676/MT. Relator(a): Min. Rosa Weber. Brasília/DF, 02/12/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7688221>. Acesso em: 06/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 898/SC. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília/DF, 12/04/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309475493&ext=.pdf>. Acesso em: 06/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Celso de Mello na AP 898/SC, da relatoria do Min. Teori Zavascki. Brasília/DF, 12/04/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309475493&ext=.pdf>. Acesso em: 06/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 676/MT. Relator(a): Min. Rosa Weber. Brasília/DF, 17/10/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379878/false>. Acesso em: 06/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 883/DF. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Brasília/DF, 20/03/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14801986>. Acesso em: 09/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 965/SP. Relator(a) para o acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília/DF, 08/06/2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754370793>. Acesso em: 09/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 170.117/SP. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília/DF, 19/05/2020. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754035067>. Acesso em: 09/10/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 441411/SP. Relator(a): Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília/DF, 27/09/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=101492854&tipo_documento=documento&num_registro=201800623001&data=20191001&formato=PDF. Acesso em: 10/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 2968/SP. Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, data do julgamento: 19/05/2011, data da publicação: 17/08/2011, p. 12. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625937>. Acesso em: 20/10/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. APn 719/DF. Relator(a): Min. Humberto Martins, Corte Especial, data do julgamento: 05/11/2014, data da publicação: 18/11/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301062619&dt_publicacao=18/11/2014. Acesso em: 20/10/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. APn 712/DF. Relator(a): Min. Laurita Vaz, Corte Especial, data do julgamento: 06/11/2013, data da publicação: 08/04/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202433308&dt_publicacao=08/04/2014. Acesso em: 20/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. ARE 1067392. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, 26/03/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343636549&ext=.pdf>. Acesso em: 05/11/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 598.051/SP. Relator(a): Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021, p. 22. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/02032021%20HC598051.pdf>. Acesso em: 01/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 435.934/RJ, Relator(a): Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 20/11/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800269307&dt_publicacao=20/11/2019. Acesso em: 01/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça HC 444.024/PR. Relator(a): Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Min. Rogério Schietti Cruz. 6ª Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 02/08/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800782456&dt_publicacao=02/08/2019. Acesso em: 01/04/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 349.945/PE. Relator(a): Min Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 02/02/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600498873&dt_publicacao=02/02/2017. Acesso em: 03/04/2021.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *Estigma de Pilatos – A Desconstrução do Mito In Dubio Pro Societate* da Pronúncia no Rito do Júri e sua Repercussão Jurisprudencial. Curitiba: Juruá, 2010.

BRITO, Wladimir. Processo Penal Internacional. In: MONTE, Mário Ferreira (Org). *Que futuro para o processo penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 207-246.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. *Teoria Geral da Prova*. São Paulo: Edicamp, 2001.

BURTON, Robert A. *Sobre ter certeza*. Como a neurociência explica a convicção. Trad. de Marcelo Barbão. São Paulo: Blucher, 2017.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (orgs). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 207-222.

- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. de Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2013.
- CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil*. Análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- CALVI, James V; COLEMAN, Susan. *American Law and Legal Systems*. 5th ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2004.
- CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.
- CARMO, Rui do. Algumas notas sobre o encerramento do inquérito. In: MONTE, Mário Ferreira (Org). *Que futuro para o processo penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 103-115.
- CARNELUTTI, Francesco. *Das provas no processo penal*. Trad. de Vera Lúcia Bison. Campinas: Impactus, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Trad. de Eduardo Cambi. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 9, jul.-set. 1998, p. 606-609.
- CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. As repercussões do novo CPC em relação às condições da ação no processo penal. *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença*. V. 16, n. 2, jul./dez. 2018, p. 229-237.
- CHILE. Ley 19696, que estabelece o Código Procesal Penal. Disponível em: https://leyes-cl.com/codigo_procesal_penal.htm. Acesso em: 04/08/2020.
- CLERMONT, Kevin M. Standards of Proof Revisited. *Vermont Law Review*, v. 33, 2009, p. 469-487.
- CLERMONT, Kevin; SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. *American Journal of Comparative Law*. Vol. 50, 2002, p. 243-276.

COLOMBIA, Ley 906, que aprovou o Código de Procedimiento Penal. Disponível em: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html. Acesso em: 05/08/2020.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018.

COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e *standards* de prova. ZUFELATO, Camilo; YARSHEL, Flávio Luiz (orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 356-380.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença do caso *Ruano Torres e outros v. El Salvador*, p. 37-38. San José, 05/10/2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf. Acesso em: 05/08/2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença do caso *Zegarra Marín v. Peru*, p. 47. San José, 15/02/2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf. Acesso em: 07/08/2020.

COUTINHO, Pedro Nelson de Miranda; LEAL, Reynaldo Borges. Fatores psicológicos externos e a tomada da decisão. In: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer de; PEREZ, Kathia Nemeth (orgs.). *Lógica e Aspectos Psicológicos da Decisão Judicial*. São Paulo: Perse, 2017, p. 189-220.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: De Palma, 1969.

CRUZ, Rogerio Schietti. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Sessenta dias de prisão temporária. É razoável? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 17, jan-mar/1997, p. 153-160.

- DALLANGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. 1. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- DAMASKA, Mirjan. *Evaluation of Evidence: pre-modern and modern approaches*. Cambridge, United Kingdom; New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2018.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- DIAMOND, Henry A. Reasonable Doubt: To Define, Or Not To Define. *Columbia Law Review*, vol. 90, n. 6, October 1990, p. 1716-1736.
- DINIZ, Maria Helena. Sistematização: Problema Central da Ciência Jurídica. *Revista de Direito Brasileira*. Vol. 13, n. 6, São Paulo, jan./abr. 2016, p. 88-94.
- DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca do papel da “convicção-crença” nas decisões judiciais. *Revista da Faculdade de Direito da UNL*. Ano IV, n. 6, 2003, p. 5-17.
- DUTRA, Luciano. *Busca e Apreensão Penal*. Da legalidade às ilegalidades cotidianas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Congress of the United States. Bill of Rights*. Disponível em: <https://www.archives.gov/files/legislative/resources/education/bill-of-rights/images/handout-3.pdf>. Acesso em: 01/06/2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. In re Winship, 397 U.S. 358 (1970)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/>. Acesso em: 30/05/2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of Michigan. People v. Allen, 643 N.W.2d 227 (2002)*. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/848954/people-v-allen/>. Acesso em: 01/06/2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Evidence*. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_-_dec_1_2019_0.pdf. Acesso em: 17/06/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/498/39/>. Acesso em: 26/06/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1 (1994). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/511/1/>. Acesso em: 28/06/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/441/418/>. Acesso em: 13/09/2020.

ESTATUTO DE ROMA. Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 112/2002 e promulgado pelo Decreto nº 4.388/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 01/08/2020.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. STS 258/2003. Relator(a): Cándido Conde-Pumpido Tourón. Madrid, 25/02/2003. Disponível em: <https://supremo.vlex.es/vid/salud-absolucion-ups-15526200>. Acesso em: 04/08/2020.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. STS 532/2019. Relator(a): Vicente Magro Servet. Madrid, 04/11/2019. Disponível em: <https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzbA0tTBQK0stKs7Mz7Mty0xPzStJBfEz0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKTivNzSktSQ4sybUOKS1MBVGEjfUUA AAA=WKE>. Acesso em: 04/08/2020.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. STS 1856/2019. Relator(a): Carmen Lamela Dias. Madrid, 07/06/2019. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2484b8072b28c6b92ab629ee40aa8dc9>. Acesso em: 04/08/2020.

ESPAÑA. Decreto de 14 de septiembre de 1882, que aprobou a Ley de Enjuiciamiento Criminal. Disponível em: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con). Acesso em: 05/09/2020.

FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba en el proceso penal*. Cidade do México: Editorial MaGister, 2017.

FENOLL, Jordi Nieva. La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret Revista para el análisis del derecho*, vol. 1, jan/2016, p. 1-23.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. Stanford, Calif., Stanford University Press, 2003.

FRANÇA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Application* nº 38187/97 - 1ª Seção. Estrasburgo, em 31/05/2005. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-68670%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-68670%22]}). Acesso em: 07/08/2020.

FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão Temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GADAMER, H-G. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Trad. de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. *Criminal evidence: principles and cases*. 8th ed. Wadsworth: Cengage Learning, 2013.

GARNER, Bryan A.; BLACK, Henry Campbell (ed.). *Black's law dictionary*. 11th ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2019.

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, 2014.

GIUSTI, Gilberto. O.J. Simpson. In: NEVES, José Roberto de Castro (org.). *Os grandes julgamentos da história*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018, p. 31-76.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2016.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoite de (orgs.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303-318.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Tres modos de razonar sobre hechos (Y algunos problemas sobre la prueba judicial planteados a partir de ellos). In: VÁZQUEZ, Carmen (Dir.). *Hechos y razonamiento probatorio*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2018, p. 17-43.

GRAY, Christopher Barry (ed). *The Philosophy of Law: an Encyclopedia*, II vol., New York dan London: Garland Publishing, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. V. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUSMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

HAACK, Susan. *Evidence Matters: science, proof, and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una dimensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 65-98.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad. de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HARMAN, Gilbert. Inference to the best explanation. *The Philosophical Review*, 74, 1965, p. 85-95.

HERDY, Rachel; MATIDA, Janaina. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (org.). *Epistemologias críticas do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 209-237.

HEUMANN, Milton. *Plea Bargaining: The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys*. Chicago and London, The University of Chicago Press, 1978.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Trad. de Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

INGRAM, Jefferson L. *Criminal Evidence*. Tenth edition. John C. Klotter Justice Administration Legal Series. LexisNexis Group: United States, 2009.

ITÁLIA. Legge 20 febbraio 2006, n. 46 (in G.U. n. 44 del 22 febbraio 2006). Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento. Disponível em: <http://www.lexitalia.it/leggi/2006-46.htm>. Acesso em: 04/08/2020.

JAMES, William. *Pragmatismo*. Trad. de Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

KAGEHIRO, Dorothy K.; STANTON, W. Clark. Legal vs. quantified definitions of standards of proof. *Law and Human Behavior*. Vol. 9. No. 2 (1985), p. 159–178.

KAGEHIRO, Dorothy K. Defining the Standard of Proof in Jury Instructions. *Psychological Science*. Vol. 1, No. 3 (May, 1990), p. 194-200.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízo cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, jan./fev. 2001, p. 15-52.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006.

LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* *Legal Theory*. n. 9. New York: Cambridge University Press, 2003.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *In: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005, p. 95-113.

LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES Jr., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do *standard* probatório no processo penal. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. 26 de julho de 2019. Acesso em: 06/09/2020.

LUCCHESI, Guilherme B. O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 156, jun. 2019, p. 165-188.

MACBRID, Jeremy. *The case law of the European Court of Human Rights on evidentiary standards in criminal proceedings*. Disponível em: <https://rm.coe.int/council-of-europe-georgia-european-court-of-human-rights-case-study-ev/16807823c3>. Acesso em: 07/08/2020.

MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa. O princípio *in dubio pro reo* e o novo código de processo penal. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 49, n. 2, Set. 1989, p. 583-611.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. de Paolo Capitanio. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARTÍNEZ VAL, Jose María. *El principio in dubio pro reo*. Madrid: Reus, 1956.
- MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do *BARD*: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, jun. 2019, p. 221-248.
- MCCAULIFF, C. M. A. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees? *Vanderbilt Law Review*, 35, 1982, p. 1293-1335.
- MELENDO, Santiago Sentis. *In dubio pro reo*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa - América, 1971.
- MENDES, Paulo de Sousa. Medida da prova. In: MENDES, Paulo de Sousa; PEREIRA, Rui Soares. *Prova Penal Teórica e Prática*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 19-40.
- MENDES, Paulo de Sousa. A incerteza factual e a prova no processo penal. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (coord.). *Liber amicorum*: Manuel Simas Santos Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p. 1057-1079.
- MENDONÇA, Stephan Gomes. Lei dos Juizados Especiais: 20 anos de vigência e reflexos no processo penal. *Revista Jurídica Consulex*, v. XIX, 2015.
- MIRANDA, Carlos Gustavo de Souza. *Princípios Fundamentais de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- MIRANDA, Sérgio. Introdução. In: Wittgenstein, Ludwig. *Da certeza*. Trad. de Maria Elisa Costa. Lisboa: Almedina, 2018, p. 11-96.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORTARI, Cezar Augusto; DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. Introdução. In: TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade*. Trad. de Celso Braidia *et al.* São Paulo: Editora Unesp, 2007, p. 12.

MOUGENOT, Edilson. Curso de processo penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MULRINE, Thomas V. Reasonable doubt: How in the world is it defined? *American International Law Review*, vol. 12, 1997, p. 195-225.

MYERS, David G. *Psicologia*. 9. ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri*: uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NEVES, Antonio Castanheira. *Questão-de-facto e questão-de-direito*. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967.

NEWMAN, J. O. Beyond 'reasonable doubt'. *New York University Law Review*, 68, 1993, p. 979-1002.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. *A decisão de pronúncia no processo penal brasileiro*: valoração da prova e limites à motivação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

OLIVEIRA, André Matos de Almeida. Recrutamento de Juízes e Ideologia no Judiciário Brasileiro e no Americano. In: GONÇALVES, Gláucio Maciel; ANDRADE, Érico (coord.). *Organização Judiciária no Direito Comparado* (Alemanha, Espanha, Estados Unidos da

América, França, Grã-Bretanha, Itália e Portugal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 65-81.

OLIVEIRA, Marcelo Carvalho Cavalcante de. Decisão judicial: operação racional? *Revista da Escola de Magistratura Federal da 1ª Região*. I Jornada de Ciências Sociais. Brasília: ESMAF, 2012, p. 181-184.

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro. *Standards* probatórios: presença e aplicação nos países de civil law. In: VITORELLI, Edilson (Org). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 745-761.

OSÓRIO, J. Julgamento de facto. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1954, p. 196-219.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba*. Ensayos de epistemología jurídica. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.

PAÍSES BAIXOS. Tribunal Penal Internacional. Processo nº SCSL-03-01-T. Haia, 18/05/2012. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/8075e7/pdf>. Acesso em: 07/08/2020.

PARDO, Michael S. Estándares de prueba y teoría dela prueba. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 99-118.

PARDO, Michael S; ALLEN, Ronald J. Juridical proof and the best explanation. *Law and Philosophy*, 27, 2008, p. 223-268.

PARDO, Miguel Angel Montañés. *La presunción de inocencia*. Análisis Doctrinal y Jurisprudencia. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999.

PATRÍCIO, Rui. *A presunção de inocência no julgamento em processo penal*. Alguns problemas. Coimbra: Almedina, 2019.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: Doutrina e Jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PINTO, Felipe Martins; LEITE, Hebert Soares. O princípio da presunção de inocência e a impossibilidade de produção de provas *ex officio* pelo julgador. In: PINTO, Felipe Martins (coord.). *Presunção da inocência*. Estudos em homenagem ao professor Eros Grau. 1. ed. 2. tir. Belo Horizonte: IAMG, 2020, p. 121-137.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Justiça Arquetípica – Instituto, Intuição e Sentimento de Justiça – A Consciência de Justiça. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Um Diálogo sobre a Justiça*. A Justiça Arquetípica e a Justiça Deontica. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

POPPER, Karl R. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Trad. de Paulo Taipas. Lisboa: Edições 70, 1999.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Proc. n.º 114/15.2GABRR.L2.S1 - 3.ª Secção. Relator(a): Pires da Graça. Boletim anual criminal – 2019, p. 192. Lisboa, 27/03/2019. Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2020/04/criminal_sumarios_2019.pdf. Acesso em: 05/08/2020.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Proc. n.º 480/14.7PASXL.L1.S1 - 5.ª Secção. Relator(a): Helena Moniz. Boletim anual criminal – 2017, p. 533-534. Lisboa, 11/10/2017. Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/06/criminal_sumarios_2017.pdf. Acesso em: 05/08/2020.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Proc. n.º 20/15.0PDOER.S1 – 3.ª Secção. Relator(a): Oliveira Mendes. Boletim anual criminal – 2016, p. 190. Lisboa, 20/04/2016. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/criminal2016.pdf>. Acesso em: 05/08/2020.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/87, instituiu o Código de Processo Penal. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/139876418/202009230026/73862023/diploma/indice>. Acesso em: 05/09/2020.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n. 679/06.0GDTVD.L1 -3. Relator: João Carlos Lee Ferreira. Data do acórdão: 04/07/2012. Votação: unanimidade. Resultado: Negado provimento ao recurso. Lisboa, 04/07/2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8e6a4b734855238b80257a3a00628c9f?OpenDocument>. Acesso em: 24/09/2020.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controlos epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

REDMANYNE, Mike. Standards of Proof in Civil Litigation. *Modern Law Review*, vol. 62, n.2, March, 1999, p. 167-195.

REGO, Margarida Lima. *Decisões em ambiente de incerteza: Probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais*, Julgar 21, Coimbra, 2013, p. 119-147.

REIS, André Wagner Melgaço. Desmistificando Alguns Dogmas do Processo Penal (Verdade Real, Certeza Absoluta e *In Dubio Pro Reo*). Em Defesa de um Novo Paradigma: a Probabilidade e o *Standard* de Prova para Condenação no Processo Penal (*Standard Beyond a Reasonable Doubt* – Além da Dúvida Razoável). *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Ano XIV – Nº 84, Jun-Jul 2018, p. 80-97.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah H. *In dubio pro hell: profanando o sistema penal*. 3. ed. Florianópolis: EMais, 2018.

ROSS, Sheldon. *Probabilidade: um curso moderno com aplicações*. 8. ed. Trad. de Alberto Resende De Conti. Porto Alegre: Bookman, 2010.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova e Formação da Convicção do Juiz*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Prolongaciones a partir de Laudan*. *Doxa*, n. 28, 2005, p. 141-150. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10006/1/Doxa_28_11.pdf. Acesso em: 05/09/2020.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*. Fundamentação e aplicação do direito como um *maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 8. ed. Trad. de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCHIAVO, Nicolás. *Valoración racional de la prueba en materia penal*. Un estándar probatorio subjetivo que no es tal. Tres pasos para un estándar objetivo. El juicio de valoración como un esquema de verdad probabilística prevalente. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

SCHNEPS, Leila; COLMEZ, Coralie. *A matemática nos tribunais: uso e abuso dos números em julgamentos*. Trad. de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

SCHROEDER, Cristina Montibeller. *Wittgenstein, linguagem e cultura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SHAPIRO, Barbara J. *Beyond reasonable doubt and probable cause: Historical perspectives on the anglo-american law of evidence*. Berkeley, University of California Press, 1991.

SHEB II, John M.; SHARMA, Hemant. *An Introduction to the American Legal System*. Fourth Edition New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2015.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 32. ed., revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). In: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. HAMILTON, Olavo (orgs). *Pacote anticrime: temas relevantes*. Natal : OWL, 2021.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law*. Introdução ao Direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015.

STOFFELMAYR, E.; DIAMOND, S. S. The conflict between precision and flexibility in explaining beyond a reasonable doubt. *Psychology, Public Policy and Law*, 6(3), 2000, p. 769-787.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade*. Trad. de Celso Braida *et al.* São Paulo: Editora Unesp, 2007.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. O juiz e a construção dos fatos. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. Rethinking the Standards of proof. *In: American Journal of Comparative Law*. Vol. 51, n. 3 (Summer, 2003), p. 659-677.

TARUFFO, Michele. Inferences in judicial decisions about facts. *In: Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*. Vol. 1, 2018, p. 1-11.

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

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

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Vol. 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Vol. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

TWELVE ANGRY MEN. Direção de Sidney Lumet. Estados Unidos: Orion-Nova Productions, 1957. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Vbr1HmrplN0&list=PLc0vIBdUNxwmD4fyc7CUAadBN1zHUE9h5>. 96 min. Acesso em 01/06/2020.

TWINING, Willian. Talking facts seriously. Taking facts seriously. *Journal of Legal Education*, v. 34, n. 1, p. 22-42, 1984.

TWINING, Willian. Talking facts seriously again. *Journal of Legal Education*, n. 55, 2005.

VANDENBOS, Gary R. *Dictionary of psychology*. Second edition. Washington, DC: American Psychological Association, 2015.

VARS, Frederick E. Toward a General Theory of Standards of Proof. *Catholic University Law Review*, v. 60, p. 1-46, 2011.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro*. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v16n2/2317-6172-rdgv-16-02-e1961.pdf>. Acesso em: 28/09/2020.

VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

VILELA, Alexandra. *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*. New Haven, London: Yale University Press, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Trad. de Maria Elisa Costa. Lisboa: Almedina, 2018.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O povo contra... As condições da ação penal condenatória. Velhos problemas. Novas idéias. *Cadernos Jurídicos – Direito Processual Penal*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, ano 17, nº 44, Jul-Set/2016, p. 147-162.