

BRUNO JOSHUA SANTOS BIANECK

**EPISTEMOLOGIA JUDICIÁRIA E *STANDARDS* PROBATÓRIOS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como requisito parcial
para à obtenção do grau de Bacharel em Direito,
Escola de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas,
Centro Universitário Autônomo do Brasil -
UniBrasil.**

**Orientadora: Prof^a. Dra. Allana Campos Marques
Schrappe.**

CURITIBA

2022

TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNO JOSHUA SANTOS BIANECK

EPISTEMOLOGIA JUDICIÁRIA E STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof^a. Dra. Allana Campos Marques Schrappe
Professora do Curso de Direito, Escola de Ciências Sociais Aplicadas, Centro
Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

Curitiba, _____ de _____ de 2022

*“Há algum conhecimento tão certo que
nenhum homem razoável possa dele
duvidar?”*

Bertrand Russel

SUMÁRIO

RESUMO	v
ABSTRACT	vi
INTRODUÇÃO	1
1 EM BUSCA DA VERDADE REAL	3
1.1 O sistema penal inquisitório e o princípio da verdade real.....	3
1.2 Para além de uma verdade formal aproximativa.....	8
1.3 Algumas propostas para a superação da ambição da verdade no processo penal	12
2 STANDARDS PROBATÓRIOS	17
2.1 Sistemas de valoração de prova	18
2.2 Livre convencimento motivado.....	20
2.3 Standards Probatórios: uma análise no direito estrangeiro.....	26
2.3.1 <i>Preponderance of the evidence</i> : preponderância da evidência	27
2.3.2 <i>Clear and convincing evidence</i> : prova clara e convincente	29
2.3.3 <i>Beyond a reasonable doubt</i> : além da dúvida razoável	33
3 APLICAÇÃO DE STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	39
3.1 Decisão que decreta a prisão preventiva: aplicabilidade de um <i>standard</i> intermediário	39
3.2 Decisão de pronúncia no âmbito do tribunal do júri: aplicabilidade da preponderância da prova ou prova plena.....	43
3.3 Sentença: aplicabilidade do B.A.R.D (<i>beyond a reasonable doubt</i>).....	47
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	58

RESUMO

Este trabalho de monografia se propõe a identificar o que é a verdade buscada pelo juiz dentro do processo penal, supostamente amparada pelo chamado princípio da busca da verdade real. Para tanto, após comparar os conceitos de “verdade” com base nas definições trazidas por diversos autores, serão analisadas as vantagens de substituir a ideia de busca pela verdade por um juízo de certeza racionalmente justificado e amparado em *standards* probatórios. Superado o princípio da busca da verdade real, serão analisados alguns padrões probatórios a partir da experiência norte-americana. Por fim verificar-se-á os benefícios ou malefícios na aplicação desses modelos de constatação no processo penal brasileiro, bem como de que forma eles vêm sendo utilizados, com base em casos concretos. A fim de alcançar os objetivos mencionados, este estudo utilizará o método lógico-dedutivo em uma pesquisa bibliográfica sobre o tema.

Palavras-chave: Verdade. Processo Penal. *Standard* probatório. Valoração probatória. Epistemologia judiciária.

ABSTRACT

This monograph work proposes to identify what is the truth sought by the judge within the criminal process, supposedly supported by the so-called principle of the search for the real truth. Therefore, after comparing the concepts of “truth” based on the definitions brought by different authors, the advantages of replacing the idea of the search for the truth with a rationally justified judgment of certainty supported by evidentiary standards will be analyzed. Having overcome the principle of the search for the real truth, some evidentiary patterns based on the North American experience will be analyzed. Finally, it will be verified the benefits or harms in the application of these models of verification in the Brazilian criminal procedure, as well as how they have been used, based on concrete cases. In order to achieve the aforementioned objectives, this study will use the logical-deductive method in a bibliographic research on the subject.

Keywords: Truth. Criminal proceedings. Evidence standard. Evidence assessment. Judicial epistemology.

INTRODUÇÃO

A busca da verdade real é um princípio utilizado há muito tempo dentro do processo penal, que, apesar de muito criticado por parte da doutrina atual, ainda é amplamente difundido nos fóruns criminais brasileiros.

Diante disso, surge o questionamento sobre a compatibilidade desse princípio dentro de um processo penal acusatório e garantista, bem como até que ponto é possível encontrar a “verdade” sobre os fatos apurados dentro do processo penal, que se presta, ao fim e ao cabo, como um caminho necessário para que o Estado possa se utilizar do *ius puniendi*.

Para encontrar uma resposta, a tarefa não é simples, pois nos deparamos com diversos dilemas jurídicos e filosóficos, como o conceito de verdade no processo, a prova, o sistema processual, o convencimento e a argumentação judicial.

Na busca de uma resposta, devemos primeiro realizar a distinção entre os sistemas processuais inquisitório e acusatório, os quais trazem características e sistemas diferentes em relação à sua forma de funcionamento.

A distinção é necessária, pois como se verá adiante, é justamente no sistema inquisitório que se destaca o princípio da busca da verdade real, conferindo ao juiz amplos poderes probatórios a fim de que, para além dos elementos probatórios trazidos pelas partes, possa ele mesmo buscar novas evidências, não se contentando com o que lhe foi apresentado.

A problemática se complica quando questionamos o que é a verdade buscada pelo juiz, pois para além do sentido ontológico que deve ser atribuído ao conceito de verdade, é preciso levar em conta que essa mesma verdade, seja ela trazida pelas partes ou “encontrada” pelo próprio magistrado, será utilizada para convencê-lo dos fatos.

Para isso, inicia-se com a investigação do sistema processual inquisitório e sua relação com a busca da verdade real, para em seguida demonstrar os conceitos que a verdade recebe dos autores que debatem o tema.

Dentre as conceituações, encontraremos aqueles que sustentam pela deslocação da verdade correspondente por uma justificação racional, um juízo de certeza ou uma verdade construída analogicamente, o que nos levará à ilação de que a utilização de um *standard* probatório pode se demonstrar adequado nesse contexto do processo penal.

Uma vez verificada a necessidade de adoção de modelos de contestação no processo penal brasileiro, será realizada uma análise de alguns *standards* probatórios na legislação alienígena.

Estabelecidas algumas premissas e definições básicas, cumprirá verificar se seria adequado utilizar-se de modelos de constatação no processo penal, a fim de se estabelecer instrumentos de controle intersubjetivo das decisões judiciais, buscando-se evitar arbitrariedades e ilegalidades, bem como serão analisados casos concretos para aferir como esses *standards* vêm sendo utilizados.

1 EM BUSCA DA VERDADE REAL

1.1 O sistema penal inquisitório e o princípio da verdade real

Tamanha é a relevância do debate acerca da verdade, que NIETZSCHE há muito fez uma declaração aos realistas que acreditavam possuir a verdade, questionando a realidade que eles supõem conhecer e os criticando ao pronunciar: “Ó homens racionais, que se sentem encorajados contra a paixão e a imaginação (...), vocês se chamam de realistas e dão a entender que o mundo é verdadeiramente como lhes parece; que são os únicos a ver a verdade se, o véu...”¹.

Em rasa interpretação da passagem transcrita, parece que o filósofo buscava criticar aqueles que pretendiam possuir a verdade, que acreditavam ser possível desvelar e conhecer a realidade em sua essência, como se fosse possível, através de uma cientificidade, conhecê-la tal como ela é, sem as distorções da visão subjetiva do observador.

O conceito de verdade é controvertido e muito debatido ao longo da história, seja por teorias filosóficas, religiões, doutrinas ou ideologias políticas, sempre se modificando a depender do lugar e da ótica utilizada pelo observador.

Ocorre que, quando debatemos o seu significado no contexto de um processo penal, a sua relevância transcende o campo meramente acadêmico, posto que o processo penal consiste em um caminho utilizado para o exercício do *ius puniendi*, condicionando tal exercício à observância das *regras do jogo*².

Para CARNELUTTI, o processo penal é uma trilha em que o magistrado forma um juízo de certeza sobre a culpabilidade do acusado. Nas palavras do autor, o processo é “um proceder, de um caminhar, de um percorrer um longo caminho, cuja meta parece indicada por um ato solene, com o qual o juiz declara a certeza, ou seja, diz que é certo: (...) que o acusado é culpado ou que o acusado é inocente”³.

Logo, quando o conceito de verdade influencia no poder de punir do Estado, e, conseqüentemente, a liberdade daquele que será punido, o debate transcende o campo meramente teórico.

¹ NIETZSCHE, Friederich Wilhelm. **A gaia ciência**. Tradução Antonio Carlos Braga. São Paulo: Lafonte, 2017, p. 79.

² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 43.

³ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 1ª ed. [S.l.: s.n], [2002?], p. 35

É importante observar que a verdade pode possuir conceitos e finalidades diversas a depender do tipo de processo penal que estamos tratando, isto é, quando situada em um processo penal inquisitório pode constituir o foco central de um processo, naquilo que se traduz como princípio da busca da verdade real, enquanto que, em um processo penal acusatório, pode ser relativizada.

Para uma melhor contextualização, convém conceituar os chamados sistemas processuais penais, que costumam ser classificados em inquisitório, acusatório e misto, apesar de, na prática, todos os sistemas serem mistos, posto que essas classificações não passam de modelos históricos⁴.

O sistema inquisitório consiste no processo em que o julgador se confunde na figura do acusador/inquisidor, agindo de *ex officio* na produção da prova, para ao final de uma instrução escrita e secreta, com contraditório e ampla defesa mitigados, proferir uma sentença⁵.

Por outro lado, o sistema acusatório é aquele em que o juiz se mantém inerte em relação às partes, sendo atribuída à acusação o ônus de comprovar as suas imputações através de provas, a serem produzidas com a defesa através de um processo com ampla defesa e contraditório público e oral, para, ao final, ser julgado pelo magistrado em sua livre convicção motivada⁶.

Verticalizando um pouco o tema, LANGER elucida que a distinção entre inquisitório e acusatório pode ser dar enquanto (i) tipos ideais descritivos (apesar de nenhum processo possuir exatamente as características de cada tipo), em que a diferenciação surge em disputa entre partes e investigação unitária imparcial, procedimentos orais ou escritos, procedimentos concentrados ou sequenciais, juízes profissionais ou leigos etc; (ii) sistemas históricos ou sociológicos, em que determina-se o modelo com base no período histórico em que foi utilizado (*commom law* ou *civil law*), ou determina-se com base nas características do processo, e até mesmo em análise dos sistemas contemporâneos das atuais jurisdições de *commom* e *civil law*; (iii) valores ou interesses opostos, segundo os quais os sistemas distinguem-se com relação ao valor e interesse encontrados em diferentes graus de jurisdição; (iv) funções, nas quais o processo inquisitório busca admissões de culpa de forma

⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, p. 54.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

coercitiva e sistemática, ao contrário do acusatório; e (v) modelos normativos, nos quais “Estes modelos incluem um conjunto de princípios ou características negativas e positivas que podem ser usadas para avaliar procedimentos penais contemporâneos, decidir casos individuais e promover reformas processuais penais”⁷.

O sistema processual misto possui características dos dois anteriores, separando-se em investigação preliminar (com procedimento escrito, sigiloso e sem contraditório) e a fase da instrução judicial e julgamento (com contraditório, publicidade, livre apreciação de provas e a oralidade)⁸.

Nesse ponto, nos importa observar que o magistrado, imbuído de poderes inquisitórios, atua ativamente na produção probatória, como se extrai da simples leitura do artigo 156 do Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

São institutos dessa natureza que justificam uma mentalidade inquisitória ao magistrado, autorizando práticas muitas vezes abusivas sob a égide da máxima da “busca pela verdade real”⁹.

Nesta senda, o princípio da verdade real se traduz nos poderes de iniciativa probatória concedida ao juiz, de modo que não fica restrito aos elementos probatórios apresentados pelas partes, tornando-o verdadeiro coautor na produção das provas a fim de encontrar uma “verdade” para além do processo, pois o juiz pode ouvir outras testemunhas (art. 209), providenciar independentemente de requerimento o documento de que tiver notícia (art. 234), realizar, de ofício, a verificação de falsidade (art. 147), determinar diligências, de ofício, para dirimir dúvidas (art. 156, III), fora o

⁷ LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 307-332.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 112.

⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, p. 576.

fato de que não se considerada a nulidade se ela não influenciar na “verdade substancial” ou na decisão da causa (art. 566)¹⁰.

Para ilustrarmos o perigo da busca de uma verdade “real” no processo penal, basta lembrarmos brevemente a sua relação com um processo penal totalmente inquisitório, a Santa Inquisição.

A verdade real guarda uma grande conexão com o surgimento da Inquisição, que através do seu modelo de processo penal inquisitório criou uma tradição autoritária, cujas sequelas podem ser observadas nos tempos hodiernos, visto que, nas palavras de KHALED JUNIOR “A inquisição consolidou uma concepção de verdade nas práticas punitivas que permanece hegemônica e cujo índice de violência autoritária é extremamente elevado”¹¹.

O Santo Ofício se originou da necessidade de localizar e punir aqueles considerados hereges pela Igreja Católica. O problema da heresia começou a se consolidar quando o cristianismo se tornou uma religião oficial, momento em que surgiu a necessidade de se combater qualquer doutrina que colocasse em risco a unidade política do cristianismo¹².

Apesar de a repressão e controle das atividades consideradas hereges ganharem força nos séculos IV e V, a Inquisição em si, só surge efetivamente em 1232, quando o Imperador Frederico II (Sacro Imperador Romano e Rei da Itália), com receio de fragmentações internas, criou editos para enfrentamento dos hereges em todo o império. Em razão disso, o Papa Gregório IX, com medo das ambições do Imperador, atraiu para si a missão inquisitória e instituiu inquisidores papais¹³.

A inquisição católica fundamentava a sua criação na premissa de posse da verdade absoluta, oriunda das escrituras sagradas fornecidas por Deus, que só podiam ser lidas e interpretadas corretamente pelos seus representantes, o Papa e os Bispos, abençoados com o privilégio divino de emitir pronunciamentos acerca da fé e da moral com infalibilidade¹⁴.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 190-191.

¹¹ KHALED JUNIOR, Salah H. **Ambição de verdade no processo penal**: Uma introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 17.

¹² BOFF, Leonardo. Prefácio. Inquisição: Um espírito que continua a existir. In EYMERICH, Nicolau. **Directorium Inquisitorium**: Manual dos Inquisidores: Escrito por Nicolau Eymerich em 1376, revisto e ampliado por Francisco de La Peña em 1578. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993, p. 13.

¹³ Idem.

¹⁴ Ibidem, p. 10.

A verdade revelada por Deus era, portanto, incontestável e absoluta, de modo que tudo aquilo que fosse contrário a ela estava errado ou equivocadamente, representando a negação da fé, isto é, a própria heresia, que não se admitia perdão, constituindo um mal absoluto, pois negava a verdade divina e o caminho para a eternidade¹⁵.

A partir disso se tornou necessário que a repressão e punição à heresia fosse aplicada na mesma medida de gravidade da sua prática, devendo ser exercida máxima vigilância e punição, pois a verdade sendo absoluta e não admitindo exceções exige intolerância naquilo que a contraria. Isso porque a verdade só é absoluta se aquele que possui a verdade for intolerante, ou seja, “só os que não possuem a verdade podem ser tolerantes. Consentir a dúvida. Permitir a busca. Aceitar a verdade de outros caminhos espirituais. O fiel, este é condenado à intolerância”¹⁶.

Assim, tudo aquilo que era contrário ou colocava, mesmo que de forma indireta, em dúvida a doutrina da Igreja Católica, era visto pela Inquisição como heresia, devendo o seu agente ser investigado, interrogado, convocado, preso, torturado e sentenciado (como Pietro d’Abano, médico e filósofo, e Cecco d’Ascoli, que foram condenados à fogueira por defender a existência dos antípodas, que ao contrário daquilo se depreendia da Bíblia, só poderiam existir se a terra fosse esférica)¹⁷.

Na inquisição a prisão era regra, o juiz também acusava, e o acusado, sem quaisquer direitos ou garantias, não passava de um mero objeto do processo, pois era a sua alma que estava em jogo¹⁸.

Em que pese a íntima relação da mentalidade inquisitória com a religião e a fé difundida durante a Santa Inquisição, os inquisidores não desapareceram após o iluminismo e com o advento da “era da ciência”.

KHALED JUNIOR indica que o dogma religioso foi substituído pelo saber científico, sendo que a verdade real foi acolhida por esse novo paradigma, pois a partir daqui passou a se supor que a verdade poderia ser revelada através do modelo “galilaico-newtoniano”, quando a verdade encontra amparo na filosofia da consciência, se encaixando na relação objeto-sujeito racional (no sentido cartesiano). Nesse

¹⁵ BOFF, Leonardo. Op. Cit., p. 11

¹⁶ Idem.

¹⁷ Ibidem, p. 16.

¹⁸ KHALED JUNIOR, Salah H. **Ambição de verdade no processo penal**: Uma introdução. p. 17.

sentido, o discurso científico abriu alas para um exercício arbitrário do poder, posto que agora a verdade seria cientificamente verificável, sendo este o “momento de triunfo da concepção de verdade como correspondência totalizante – logo dogmática – em decorrência do pensamento de Descartes”¹⁹.

Destarte, evidente o risco de aceitar a possibilidade de uma verdade absoluta e a sua busca infundável em um processo penal, posto que essa ambição pode levar às mais variadas arbitrariedades e ilegalidades, de modo que se faz necessário a localização de um conceito adequado de verdade, ou até mesmo a sua substituição.

1.2 Para além de uma verdade formal aproximativa

A disputa pela busca de um conceito de verdade é inacabável, uma vez que ela recebe significações distintas no decorrer da história, sendo praticamente impossível encontrar um conceito definitivo e acertado para a verdade.

De modo geral, entende-se a verdade como “a qualidade em virtude da qual um procedimento cognoscitivo qualquer torna-se eficaz ou obtém êxito”, seja a partir de concepção de conhecimento como processo mental ou linguístico, conforme conceitua ABBAGNANO²⁰.

Segundo o autor italiano, é possível diferenciar cinco definições de verdade: como correspondência; como revelação; como conformidade a uma regra; como coerência; e como utilidade.

A verdade como correspondência pode ser identificada desde a filosofia clássica em Platão: “Verdadeiro é o discurso que diz como as coisas são; falso é aquele que diz como não são”, bem como em Aristóteles; desde a filosofia medieval, como em S. Tomás para quem a verdade é “adequação entre o intelecto e a coisa” (a verdade é a correspondência das coisas com seu princípio, que é Deus, isto é, a primeira e suprema verdade); e inclusive entre os contratualistas, visando uma ideia mais nominalista da verdade, como simples atributo das proposições²¹.

¹⁹ KHALED JUNIOR, Salah H. **Ambição de verdade no processo penal**: Uma introdução, p. 27-28.

²⁰ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bossi. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 994.

²¹ *Ibidem*. p. 996.

Nessa definição de correspondência, entre os lógicos contemporâneos se destaca o conceito trazido por TARSKI, cujo conceito descreve que “Um enunciado será verdadeiro se for satisfeito por todos os objetos; caso contrário, será falso”²². Para esse autor, uma proposição será verdadeira quando corresponder a um estado de coisa existentes, como “O enunciado ‘a neve é branca’ é verdadeiro se, e somente se, a neve for branca”, traduzindo em fórmula “X é verdadeiro se, e somente se, p”²³.

Seguindo adiante, a verdade enquanto revelação pode ser empirista ou teológica, consistindo, respectivamente, naquilo que se revela ao homem enquanto sensação, intuição ou fenômeno, ou no segundo caso, enquanto conhecimento privilegiado, por meio do qual a essência das coisas é revelada, isto é, seu ser ou princípio (Deus), como para Descartes, para quem “as Verdades eternas são garantidas e reveladas diretamente por Deus, e por isso são eternas”²⁴.

A terceira concepção da verdade é significada como “conformidade a uma regra”, trazida por KANT como critério de verdade, se traduzindo naquilo que se refere à forma da verdade, ou seja, na conformidade do intelecto com as suas próprias leis gerais²⁵.

Na quarta definição, a verdade como coerência surge a partir dos idealistas ingleses, muito difundido por BRADLEY, essa definição se deve à crítica do autor em relação ao mundo da experiência, segundo a qual aquilo que é contraditório não pode ser real, de modo que a verdade seria a coerência perfeita. Ocorre que, para BRADLEY, existem graus de coerência diferentes, de modo que a consciência humana atinge apenas uma coerência aproximativa e imperfeita²⁶.

Por fim, a verdade como utilidade se encontra no pragmatismo, segundo o qual a verdade se traduz apenas em sua utilidade no conhecimento, noutras palavras, “uma proposição, qualquer que seja o campo a que pertença, só é verdadeira pela sua efetiva utilidade, ou seja, por ser útil para estender o conhecimento ou para, por meio deste, estender o domínio do homem sobre a natureza”²⁷.

²² ABBAGNANO, Nicola, Op. Cit., p. 996

²³ Idem.

²⁴ Ibidem, p. 997.

²⁵ Ibidem, p. 998.

²⁶ Idem, p. 998.

²⁷ Idem.

Como se pode ver, a verdade é disputada e extremamente controversa em suas definições filosóficas, e entre os juristas não é diferente.

De forma geral, a maioria dos autores não defende a existência de uma verdade absoluta ou a possibilidade de sua cognição perfeita através de um juízo racional, de modo que muitas vezes procuram se situar entre uma verdade correspondente e uma verdade relativa, ou até mesmo deixando de lado a ideia de verdade.

PACELLI, por exemplo, reconhece que a “verdade real” é inatingível, posto que corresponde aos fatos da realidade que já ocorreram, de forma que a reconstituição dos fatos se traduz em uma verdade processual, tratando-se de uma natureza exclusivamente jurídica²⁸.

FERRAJOLI, por sua vez, define a verdade jurídica do direito penal como “verdade material” ou “verdade substancial”, que consiste em uma verdade absoluta, que sem o devido controle gera um processo penal autoritário e irracional. Trata-se de uma concepção que não respeita limites legais, perseguida a qualquer custo, ela “degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal”²⁹.

Em outro sentido, o autor esclarece que a verdade buscada com controle e com respeito a regras precisas é a “verdade formal” ou “verdade processual”, que não se propõe a ser a verdade em si, sendo mais controlada em relação à forma que é adquirida e reduzida no seu conteúdo. A verdade formal é apenas provável e opinativa, isto é, “na falta de acusação ou provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da falsidade formal ou processual das hipóteses acusatórias.”³⁰

A verdade processual divide-se em “verdade fática” e “verdade jurídica” que são, respectivamente, a correspondência dos acontecimentos do mundo fático comprovados no processo e a interpretação que se faz desses fatos em subsunção à norma jurídica, em outras palavras, a primeira (cuja comprovação se faz de forma

²⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 431.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Fauzi Hassan Choukr. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 451-452.

³⁰ Idem.

indutiva com base nas provas) diz respeito aos fatos ocorridos e imputados ao réu, enquanto que a segunda (verificável através da dedução relativa ao significado das palavras) é a “interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito”³¹.

Em contraponto à proposta de FERRAJOLI, infere-se a partir das contribuições trazidas pela filosofia da linguagem que não existem fatos brutos inerentes à realidade, afastando a ideia de uma verdade limitada à dimensão semântica, meramente aproximativa³².

Sendo assim, depreende-se que inexistindo uma verdade única alcançável pelos indivíduos, a percepção dela irá variar de acordo com cada observador, de modo que “A comprovação do fato típico não se dá empiricamente e daí decorre a natural inaptidão do processo judicial na busca da verdade real”³³.

O objeto do processo se traduz em uma realidade fundada na razão, sendo que o fato imputado corresponde a um grau de verossimilhança (razoável), mas não um espelho dos acontecimentos reais. Não se trata da busca de uma “verdade epistemologicamente autêntica, como representação de um fato real”, sendo a hipótese fática voltada para a formação de um juízo de certeza, logicamente demonstrado e justificado³⁴.

Assim, considerando que a verdade absoluta é inatingível e a verdade aproximativa deixa margem de probabilidade para ambos os discursos, alguns autores sugerem a superação da verdade no processo penal, através da sua realocação dentro do processo, substituindo essa busca por um grau de certeza da decisão judicial ou pela justificação racional.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 41.

³² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Verdade e justificação no processo penal: uma proposta de estudo a partir da filosofia da linguagem. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão; BUSATO, Paulo César (Orgs). **Direito Penal, neurociência e Linguagem**: anais do III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 168. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/?page_id=6658. Acesso em: 19 abr. 2022.

³³ ALVES, Fábio Wellington Ataíde. A Renovação Conceitual da Capacidade de Convencimento do Juiz: uma crítica à busca da verdade real pelo processo penal. Revista Eletrônica Constituição e Garantia de Direitos, Rio Grande do Norte, v. 2 nº 1, 2007. Disponível em: < <https://ojs.ccsa.ufrn.br/index.php/cgd/article/view/194> >. Acesso em: 02 nov. 2021, p. 3.

³⁴ Ibidem, p. 6.

1.3 Algumas propostas para a superação da ambição da verdade no processo penal

Partindo da premissa de que a verdade absoluta é inatingível e uma verdade aproximativa ou probabilística não é muito útil aos fins buscados por um processo penal acusatório que visa assegurar direitos e garantias fundamentais, conclui-se pela necessidade de transcender a mera busca da verdade no processo penal.

Uma proposta interessante é trazida por KHALED JUNIOR, que apresenta um caminho através da adoção do conceito de passeidade e da criação de uma verdade analógica no processo penal através de rastros.

O autor sustenta que para avançarmos no tema da verdade no processo penal é necessário adotar a epistemologia da passeidade, que não deixa de lado a complexidade do debate intrínseco à própria realidade, em outros termos, o autor reconhece que a realidade não é cognoscível pelo intelecto humano, mas defende que isso não seria justificativa para deixarmos esse debate de lado e realizar uma violência conceitual em nome de uma persecução desmedida, conforme ele mesmo defende ao conceituar a epistemologia da passeidade:

Trata-se de uma epistemologia que procura atender para a complexidade do real, rompendo com os limites discursivos que caracterizam as epistemologias processuais obcecadas pela busca da verdade. Nesse sentido, é movida por uma intenção de renúncia à característica mais marcante da maquinaria inquisitória: a violência conceitual que renega a complexidade das coisas em nome da persecução desmedida que conforma o critério reitor do sistema. A relação entre o processo penal e os eventos da vida é extremamente complexa: está para além da lógica de resolução da realidade pelo poder cognitivo do sujeito do conhecimento. Os “fatos” não são “evidentes” por si mesmos. O real é resistência: não se curva aos poderes metodológicos do homem racional³⁵.

Posto isso, com base em HEIDEGGER e RICOURT, KHALED JUNIOR evidencia a necessidade e utilidade da adoção do conceito de rastro para a criação de uma verdade narrativamente apresentada pelo juiz. Os rastros são marcas deixadas pelo passado e que podem ser, até certa medida, conhecidas no presente, pois o passado consiste em um tempo escoado e que não volta mais. Assim, é através

³⁵ KHALED JUNIOR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, nº 1, p. 166-184, 2015. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9> >. Acesso em: 19 abr. 2022, p. 168.

dos rastros que o passado se faz presente por meio de um signo daquilo que se passou, permitindo a construção de um conhecimento na dimensão do saber processual, de modo que a “verdade” (que se extrai dos signos presentes que são rastros do passado) deve ser “produzida narrativamente por um juiz que é ‘ser no mundo’ e que tenta apreender um grande todo, que sempre se mostrará inapreensível”³⁶.

Destarte, com base nas concepções de passividade e rastro apresentadas, KHALED JUNIOR defende que é preciso ir além de uma ideia de verdade correspondente absoluta ou relativa, bem como de uma rejeição completa da verdade, em um relativismo cético radical, posto que essas três hipóteses se baseiam no poder do juiz, levando a “espaços potestativos de decisionismo processual”³⁷.

A sugestão que surge então é a construção de uma narrativa construída analogicamente pelo juiz que, como um ser no mundo, necessariamente irá incluir algo seu, de modo que essa verdade se constitui enquanto “(re)produção analógica do passado e não enquanto correspondência – ainda que relativa ou aproximada – em relação a um evento que pertence a um passado escoado”³⁸.

O ponto é: reposicionar o lugar da verdade através de um caráter analógico que é produzido narrativamente pelo juiz permite dar primazia às regras do jogo, separando a função do juiz da acusação e passando a produção da prova às partes³⁹.

De forma muito semelhante ao conceito de verdade analógica trazida por KHALED JUNIOR, ALVES propõe a superação de uma verdade meramente probabilística através da adoção de um sistema de certeza, que se objetiva por meio do livre convencimento motivado⁴⁰.

A partir da filosofia da linguagem, o autor parte da premissa de que não existe uma verdade atingível, seja qual for o meio adotado, razão pela qual o processo penal, por meio da busca da verdade real, é inapto para comprovar empiricamente o fato típico imputado na denúncia⁴¹.

³⁶ KHALED JUNIOR., Salah H. **A produção analógica da verdade no processo penal**, p. 174.

³⁷ Ibidem. p. 180.

³⁸ Ibidem, p. 181.

³⁹ Ibidem, p. 182.

⁴⁰ ALVES, Fábio Wellington Ataíde. Op. Cit.

⁴¹ Ibidem, p. 4.

Nesse aspecto, ALVES argumenta que não é possível demonstrar logicamente o “fato probante” com o “fato real”, posto que apreendemos apenas os vestígios deixados por este, de modo que o “fato real” não é e não será cognoscível por ninguém⁴².

Ademais, o referido autor sustenta que assim como essa correspondência é impossível, a aceitação de uma verdade probabilística é tampouco desejável, pois nela “todas as possibilidades contrárias são aceitas como possíveis (...) julga os motivos convergentes e divergentes como ‘todos dignos’ (...)”⁴³.

Em contrapartida, com base em MALESTA, ALVES infere que a certeza seria mais adequada, pois “rechaça racionalmente os juízos divergentes”⁴⁴. Sendo a verdade correspondente inatingível e a probabilística indesejável, é na certeza enquanto verdade seguramente percebida (mesmo estando sujeita a erros) que é preciso voltar a atenção, pois só se atinge a certeza, independente de uma “verdade real”, a partir de um jogo convincente de raciocínio linguístico⁴⁵.

Isso porque a certeza precisa ser objetivada em uma linguagem, em um convencimento racional, que poderia ser reproduzido em qualquer outro sujeito além do julgador, naquilo que foi chamado por MALATESTA de “sociabilidade do convencimento”, em que o juiz decide como membro de uma sociedade constituída em um Estado Democrático de Direito. Essa sociabilidade se insere num aspecto garantista, pois o juiz deve dialogar com a comunidade, de modo que, conforme exposto por ALVES, nas palavras de MALATESTA, ainda que convencido da culpabilidade, o juiz deve absolver quando “sente que suas razões não são tais que possam gerar convicção em qualquer outro cidadão racional e desinteressado”⁴⁶.

Assim, o autor conclui que o convencimento deve ser racionalmente demonstrado, com os cuidados de não se utilizar conceitos subjetivistas “indeterminados, vagos, abstratos ou puramente discriminatórios”, que evidentemente causariam diversas arbitrariedades⁴⁷.

⁴² ALVES, Fábio Wellington Ataíde. Op. Cit., p. 7.

⁴³ Ibidem. p. 9.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Ibidem, p. 10.

⁴⁷ Ibidem, p. 11.

Por fim, evitando prolixidade excessiva e observando o limite daquilo que se propõe no presente trabalho, é necessário trazer uma última sugestão para a solução da busca da verdade no processo penal.

CABRAL, através de uma crítica ao conceito de verdade aproximativa (processual-fática) trazida por FERRAJOLI, propõe um uso cauteloso da verdade no processo penal e a adoção de verdade como justificação⁴⁸.

O autor explica, assim como já dito neste trabalho anteriormente, que a verdade processual trazida por FERRAJOLI se divide em fática e jurídica, sendo que a primeira diz respeito à correspondência entre os fatos da vida real e a verdade das proposições postas no processo, com a ressalva de que essa verdade semântica serve apenas para demonstrar a adequação das proposições com os fatos, de modo que a verdade processual representa uma verdade aproximada, posto que a verdade é um ideal inalcançável⁴⁹.

Contudo, apesar dessa pretensão de descrever fatos brutos objetivamente constatados, o referido autor afirma, com base em WITTGENSTEIN, que as práticas delitivas só podem ser descritas através da linguagem, uma vez que não é possível descrever ou apontar um fato, pois estar-se-ia apenas repetindo a proposição justificada⁵⁰.

Os fatos descritos como criminosos não são verificáveis dessa forma pois passam necessariamente pelo jogo da linguagem, que supõe uma significação e interpretação intersubjetiva dos agentes envolvidos nas ações, de modo que já sabem como determinados atos podem ou não configurar um delito, que, nas palavras de ARAÚJO, citado por CABRAL, bem elucidada: “Falar sobre algo depende de inúmeros fatores que vão da designação, passando pela significação, descrição, situação, intenção, e que dependam, em última análise, do contexto do discurso”⁵¹.

Sendo assim, em contrapartida ao que sustenta a teoria da semântica, a solução seria a deslocação da verdade para uma justificação racional, pois no processo penal não seria necessária uma definição filosófica tão pormenorizada de

⁴⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. Cit., p. 165.

⁴⁹ Ibidem. p. 164.

⁵⁰ Ibidem. p. 166.

⁵¹ Ibidem, p. 168.

verdade, bastando que nos debrucemos sobre a possibilidade de atestar se alguém cometeu um delito ou não⁵².

A justificação, por sua vez, aparece no processo enquanto razões trazidas pelo sujeito quando realiza um juízo de certeza, sendo utilizada de forma subjacente às provas produzidas, de modo que tal juízo se traduz em afirmar, para além de uma dúvida razoável, com razões devidamente justificadas que a hipótese acusatória estaria comprovada, conforme descreve Cabral:

Desse modo, com base em VIVES ANTÓN e WITTGENSTEIN, emerge como horizonte investigativo a afirmação de que a condenação de uma pessoa somente pode ocorrer naqueles casos em que há certeza intersubjetiva de que os fatos narrados na denúncia ocorreram, é dizer, naqueles casos em que *“normalmente não se pode duvidar, porque estão [provados] ‘além de toda a dúvida razoável’*⁵³

Portanto, com base naquilo que foi trazido pelos supracitados autores, infere-se que a verdade como correspondência é inadequada dentro de um processo penal, pois além de ser epistemologicamente insuficiente, abre margens para práticas inquisitivas e arbitrárias.

Em contraponto, levanta-se a hipótese de que uma possível solução seria a deslocação da busca da verdade “real” (que simboliza um suposto espelhamento perfeito da realidade), por um juízo de certeza intersubjetivo racionalmente justificado, no qual o julgador se reconhece enquanto um sujeito inserido em determinado contexto social com jogos linguísticos pré-estabelecidos, conquanto tais razões estejam sempre embasadas em provas que atendam a um *standard* probatório que permita afirmar a hipótese condenatória para além de uma dúvida razoável.

⁵² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. Cit., p. 169.

⁵³ Ibidem, p. 178.

2 STANDARDS PROBATÓRIOS

Em breve retrospectiva, verificou-se nos capítulos anteriores que o princípio da “busca da verdade real” não se coaduna a um processo acusatório e protetor de direitos e garantias fundamentais, posto que por uma impropriedade epistemológica do agente que acredita ser possível atingir tal verdade correspondente, seja absoluta ou aproximativa, abre-se espaço para condutas inquisitivas e arbitrárias dentro da persecução penal.

Para a superação dessa mentalidade inquisitória, foram encontradas algumas sugestões propostas por KHALED JUNIOR, ALVES e CABRAL, que, respectivamente, sustentam a realocação da verdade para outra posição, priorizando (i) a construção de uma verdade analógica pelo juiz, enquanto sujeito criador da realidade e influenciado por ela, lastrado em rastros, isto é, provas produzidas em contraditório; (ii) a criação de um juízo de certeza obtido através de um convencimento racionalmente demonstrado; e (iii) a substituição da verdade pela noção de uma decisão exarada também por um juízo de certeza, racionalmente justificado, lastreado em *standards* probatórios.

Aqui encontra-se o cerne da questão e ponto crucial para admissão do juízo de certeza decorrente do livre convencimento motivado, pois para evitar arbitrariedades inerentes à atividade judicial – considerando a falibilidade da mente humana que estamos todos sujeitos – é necessário a adoção de *standards* probatórios ou modelos de constatação para um controle mais efetivo das decisões proferidas através do livre convencimento motivado, que talvez não seja tão livre assim⁵⁴.

Desse modo, é importante observarmos que há uma ligação essencial entre prova, verdade e decisão judicial, uma vez que tais conceitos necessariamente se influenciam, tendo em vista que, segundo TAVARES, há um sentido polissêmico para a palavra “prova”, entendida como “atividade”, destinada a atestar determinado fato; como “meio” voltado para embasar uma hipótese; e como “resultado”, causado pela convicção do julgador⁵⁵.

⁵⁴ KNIJNIK, Danilo. Os “*Standards*” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 353, jan-fev. 2001. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf> >. Acesso em: 03 maio 2022, p. 18-19.

⁵⁵ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 17

A prova é destinada, portanto, a informar o julgador a respeito da validade da hipótese acusatória que se imputa ao acusado⁵⁶. Assim, a instrução probatória é destinada à captura psíquica do juiz, que a partir da “reconstrução” histórica sobre as hipóteses apresentadas, fará com que o julgador possa eleger algumas das versões, através da valoração da prova (crença), bem como “na própria axiologia, incluindo a carga ideológica, que faz da norma (penal ou processual penal) aplicável ao caso⁵⁷”.

Nas lições de CARNELUTTI, vale lembrar que a função do processo é justamente a reconstrução histórica através das provas, que servem para voltar atrás e alcançar o passado, atividade com qual deve se tomar cuidado, pois o dano causado por erro é grave, principalmente considerando que essa reconstrução visa decidir o destino de alguém, além, é claro, do próprio estigma que o sujeito já sofre por estar simplesmente respondendo um processo, ofuscando-se a presunção de inocência, visto que “O homem quando sobre ele recai a suspeita de um delito, é jogado às feras, como se dizia num tempo em que os condenados eram oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão”⁵⁸.

Para escolher uma dessas teses com base nas provas produzidas, inevitavelmente o juiz deverá realizar a valoração daquela prova utilizando-se de determinado sistema, como o do livre convencimento motivado ou persuasão racional, atualmente adotado no processo penal brasileiro (art. 155).

2.1 Sistemas de valoração de prova

Os sistemas de valoração da prova são classificados em sistema da prova legal, íntima convicção e livre convencimento motivado.

O sistema da prova legal é aquele em que o legislador define de forma antecipada um sistema hierarquizado de valoração da prova, limitando o julgador a critérios previamente definidos, cerceando a capacidade de uma análise mais inteligente do caso concreto⁵⁹.

⁵⁶ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. Op. Cit., p. 20.

⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, p. 559-558.

⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Campinas: Russel, 2013, p. 25-26.

⁵⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, p 607

Segundo ALMEIDA, esse sistema predominava à época do direito romano primitivo e no medieval, quando eram utilizadas as ordálias e os juramentos. Era também utilizado no processo germânico, com fortes traços de religião e superstição, no qual cabia ao juiz apenas demonstrar, por meio das provas, qual era a vontade divina⁶⁰.

O supracitado autor explica que apesar de ser comum defender que o sistema de prova tarifada possui origem nas ordálias, observa-se que ela se baseava na ignorância da relação de causa e efeito de fenômenos naturais e na crença da vontade divina, de modo que consistia em um sistema de resolução de conflitos, sistema de valoração de provas sem base na realidade ou mesmo em efetiva valoração dos meios probatórios⁶¹. Outrossim, trazendo um contraponto, ALMEIDA sustenta com base em FENOLL, que as primeiras manifestações da prova tarifada na realidade tiveram origem no Direito Romano, do Código de Hamurabi e da Lei das XII Tábuas⁶².

Por outro lado, JUAREZ e CASARA argumentam que a prova tarifada mostra suas primeiras manifestações em rituais primitivos decorrentes de um vínculo de solidariedade da própria família primitiva, que na ambição de demonstrar determinada verdade para julgar o “transgressor”, realizava-se determinado ritual simbólico para provar a quebra da solidariedade daquela comunidade⁶³.

Em relação às ordálias, esses autores lecionam que se tratava de “uma espécie de sistema probatório composto de uma variedade de técnicas (duelo judicial prova d’água, caldeirão fervente etc) que poderiam ser utilizadas em cada situação”⁶⁴. Ao contrário do sustentado por certa doutrina, os ordálios não eram um sistema irracional, posto que atendiam a uma lógica própria no contexto no qual estavam inseridos⁶⁵.

Ademais, o declínio das ordálias coincidem com alguns momentos históricos relevantes, que dividem-se em dois caminhos distintos: nos países de matriz anglo-saxã, onde predomina o *commom law*, essa transição possui relação com o

⁶⁰ ALMEIDA, Vitor Luís de. A apreciação judicial da prova nos sistemas de valoração. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 65, n° 208, p. 27-41, jan./mar. 2014. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/8428?mode=full>>. Acesso em: 03 maio 2022, p. 28.

⁶¹ Idem.

⁶² Ibidem, p. 29.

⁶³ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. Op. Cit., p. 39

⁶⁴ Ibidem, p. 45.

⁶⁵ Idem.

surgimento do *jury trial*, que traz uma legitimidade comunitária aos julgamentos, como garantia individual contra a opressão do poder; enquanto que nos países da Europa continental, com predominância do *civil law*, surge a *probatio* substituindo a *divinatio*, trazendo meios de provas “racionais” para reconstrução dos fatos, isto é, “procurou-se abandonar os ordálios em uma tentativa de ‘racionalizar’ a busca pela verdade como condição para a realização do valor justiça”⁶⁶.

Como superação ao sistema tarifado da prova, surge então o sistema da íntima convicção - apesar de isso não ser incontroverso, pois há autores como PACELLI que sustentam justamente o contrário, que o sistema tarifado é que surgiu para superar o da íntima convicção⁶⁷ -, que consiste naquele em que o juiz não se limita a nenhum critério de avaliação de provas ou ao dever de fundamentação, estando livre para valorar a prova como quiser, o que levou a um excesso de discricionariedade e liberdade de julgamento⁶⁸.

Nesse sentido, como dito anteriormente, o declínio do sistema da prova tarifada coincidiu com o surgimento do tribunal do júri, instituição que existe no Brasil até os dias de hoje, onde o conselho de sentença pode julgar conforme sua íntima convicção, sem qualquer dever de fundamentação ou critério legal de prova⁶⁹.

Numa tentativa de superar os dois sistemas anteriores e seus defeitos intrínsecos, o processo moderno se encaminhou para o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, no qual o juiz possui liberdade para valorar as provas e formar seu convencimento, mas deve fundamentar a sua decisão, demonstrando a partir de uma argumentação racional as razões que o levaram a decidir de determinado modo⁷⁰.

Entretanto, em que pese esse sistema de fato supere os dois anteriores, veremos que também não está isento de críticas.

2.2 Livre convencimento motivado

⁶⁶ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. Op. Cit., p. 46.

⁶⁷ PACELLI, Eugênio. Op. Cit., p. 430.

⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, p. 607.

⁶⁹ Ibidem, p. 608.

⁷⁰ PACELLI, Eugênio. Op. Cit., p. 431

Como dito alhures, o sistema da persuasão racional permite que o juiz se convença acerca de determinada hipótese sem estar preso a um sistema previamente definido de provas tarifadas, podendo realizar a sua valoração de maneira livre, contanto que sempre de forma fundamentada.

Nesse sistema, após a colheita da prova e confronto dos elementos produzidos, o julgador vai paulatinamente criando a sua convicção segundo uma análise racional, sendo livre para atribuir o peso que entender adequado para cada prova. Apesar da liberdade permitida nessa valoração, não significa dizer que o magistrado estaria livre para valorar as prova de qualquer forma, uma vez que a sua decisão está vinculada às provas produzidas e a um critério de racionalidade, isto é, devem ser utilizados métodos racionais para a valoração (não se pode, por exemplo, valorar determinada prova com base na fé), sendo imprescindível que, ao final, como forma de controle, o julgador exponha de forma “racional” as razões que o levaram a decidir dessa forma⁷¹.

O dever de fundamentação das decisões judiciais recebe especial relevo dentro do sistema do livre convencimento motivado, uma vez que, conforme expõe ALMEIDA, esse dever de fundamentação surge, em um primeiro momento enquanto aspecto endoprocessual, como mecanismo apto a viabilizar que a parte vencida em determinado processo tenha condições de tomar ciência das razões que levaram a determinando comando judicial, possibilitando que, por conseguinte, também possa manejar o recurso adequado para enfrentar a referida decisão, atacando os argumentos lá expostos⁷².

Além disso, a fundamentação também serve para que o órgão julgador do recurso possa ter ciência dos fundamentos utilizados pelo julgador de piso, a fim de permitir uma análise acerca do eventual equívoco contido no ato judicial hostilizado⁷³.

De mais a mais, outro aspecto inerente ao dever de fundamentação é o político, no sentido de legitimar politicamente a decisão judicial, permitindo o controle da decisão para além do processo, a partir de uma monitoração advinda da própria

⁷¹ ALMEIDA, Vitor Luís de. A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 1, nº 5, p. 2497-2536, 2012. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/publicacao/revista-do-instituto-do-direito-brasileiro-ano-1-2012-n-5/122>>. Acesso em: 03 maio 2022, p. 2499-2500.

⁷² Ibidem, p. 2503.

⁷³ Idem.

coletividade. Isso porque, ao contrário dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário não é eleito democraticamente, de modo que se torna necessário a legitimação dos seus atos em um momento posterior, naquilo que ALMEIDA, com base em TARUFFO, cita como “controle democrático difuso por parte da população acerca do exercício do poder jurisdicional”⁷⁴.

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, apesar de estar presente na legislação ordinária desde as ordenações portuguesas, o dever de fundamentação das decisões ganhou status constitucional apenas recentemente, com o advento da Constituição Federal de 1988, quando a obrigatoriedade de fundamentação passou a ser prevista no art. 93, IX⁷⁵:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

ALMEIDA explica que, em um estado democrático de direito, a atividade jurisdicional não pode ser arbitrária, devendo ser submetida à legislação vigente, de modo que o dever de fundamentação, ao demonstrar as razões que levaram a determinada decisão, presta contas às partes do processo e a quem possa interessar. Nesse sentido, para além de um simples princípio, esse dever se constitui como uma verdadeira garantia constitucional, apta a permitir o acesso ao poder jurisdicional, tendo em vista que, em que pese não estar previsto no rol do art. 5º ou em outros dispositivos do Título II da Constituição Federal de 1988, entende-se que determinadas disposições Carta Magna, ainda que esparsas no texto, essas disposições constitucionais também podem apontar direitos e garantias fundamentais⁷⁶.

No âmbito infraconstitucional, especificamente no processo penal brasileiro, a base legislativa que sustenta a adoção desse sistema pode ser encontrada no art. 155 e 315 do Código de Processo Penal:

⁷⁴ ALMEIDA, Vitor Luís. **A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado**, p. 2504-2505.

⁷⁵ Ibidem, p. 2514.

⁷⁶ Ibidem, p. 2517.

Art. 155. 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.

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

Apesar de superar em muito os demais sistemas, na medida em que traz um controle de racionalidade das decisões, é preciso verificar as suas limitações, pois elas podem eventualmente levar a certas arbitrariedades e ilegalidades.

Conforme lições trazidas por CASARA, esse princípio/sistema encontra lastro na filosofia da consciência, na crença de que, em uma relação de sujeito/objeto, seja possível apreender a prova para depois decidir conforme a própria consciência. Contudo, ao recorrer a esse princípio de forma “desavisada”, o julgador ignora a virada linguística, deixando de observar que a linguagem já está dada, de modo que o acesso à prova não se dá de forma direta e objetiva, e, portanto, “o sujeito cartesiano não pode mais ser visto como o fundamento do conhecimento, pois ele também só surge com e pela linguagem”⁷⁷.

É preciso tomar cuidado com a postura solipsista de negar o inconsciente na atitude de confiar na possibilidade de fazer escolhas racionais sem variantes externas, sendo necessário pensar o julgador submetido ao inconsciente, inserido em um contexto pré-estabelecido, enquanto um ser-no-mundo, cujas decisões não estão sob o controle absoluto da razão⁷⁸.

Sobre esse ponto, cruciais são as lições trazidas por STRECK, que explica: a chamada filosofia da consciência surge com a modernidade, como superação do objetivismo (metafísica clássica), onde considerava-se que os sentidos estavam nas coisas, pois elas possuiriam uma essência. Assim, a filosofia da consciência aparece no ato de “assujeitar” as coisas, passando o mundo a ser explicado pela razão (numa relação de sujeito-objeto)⁷⁹.

⁷⁷ CASARA, Rubens R. R. O mito do livre convencimento motivado: dogmática processual vs a tradição e o inconsciente. **Direito e Diversidade**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 15-17, 2012. Disponível em: <<https://aluno.facha.edu.br/revista-direito-diversidade-1>>. Acesso em: 03 maio 2022, p. 16.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. E-book. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/ne1v8>>. Acesso em: 19 abr. 2022, p. 6.

Ocorre que o paradigma da filosofia da consciência sofre uma ruptura com o *linguist turn*, ocorrido numa invasão da linguagem na filosofia, momento em que passa-se a deslocar a questão do conhecimento para a linguagem, pois nesta é que se dá a ação e o sentido, é justamente na linguagem e pela linguagem que o sujeito aparece⁸⁰. Indo além, STRECK traz a noção de uma virada ontológico-linguística, que considera a inserção de estruturas prévias, afastando o sentido da “consciência” do ser pensante e aproximando da linguagem, pois a nossa interação se dá com a linguagem (que já está dada) e não diretamente com os objetos, como se verifica nas palavras do próprio autor:

Nesse novo paradigma, a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade. A linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento.

Nesse sentido, a viragem ontológico-linguística se coloca como o que precede qualquer relação positiva. Não há mais um “sujeito solitário”; agora há uma comunidade que antecipa qualquer constituição de sujeito:⁸¹

Especificamente sobre o livre convencimento, o supracitado autor faz a assertiva crítica de que o problema fulcral encontra-se na vaga definição do que seja um livre convencimento, bem como na impossibilidade de aceitar uma decisão decorrente de um “conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas”, sem a adoção de qualquer controle intersubjetivo⁸².

Nesse ponto, retomando um pouco tudo que foi dito até então, a fim de demonstrar aonde se pretende chegar, verifica-se que o processo penal, enquanto um instrumento voltado para assegurar direitos e garantias fundamentais do indivíduo que se encontra na posição de réu em uma persecução penal, leva a produção de provas – consideradas como rastros de fatos ocorridos num passado escoado – que pretendem atingir a captura psíquica do juiz. Diante dos discursos apresentados (acusatório e defensivo), o magistrado então deverá, através de um juízo de certeza, sem a ambição de atingir uma verdade real, seja absoluta ou aproximativa, proferir uma decisão ao eleger determinada tese – utilizando-se do livre convencimento

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit., p. 7.

⁸¹ Ibidem, p. 8.

⁸² Ibidem, p. 21.

motivado, se baseando nas provas produzidas no processo, mas sem ignorar que esse convencimento não é tão livre, considerando que ele próprio está inserido num contexto e compreende as provas pela linguagem, bem como que não está isento de fatos externos e do próprio inconsciente.

Diante disso, busca-se como solução um controle intersubjetivo, a fim de justamente afastar o risco inerente trazido pela íntima convicção do juiz, uma limitação ao “livre” convencimento, para evitar o solipsismo judicial.

Para tanto, na linha do exposto por CABRAL, no sentido de que uma condenação só pode ocorrer quando houver uma certeza intersubjetiva, onde não se duvida dos fatos “provados” para além de toda dúvida razoável, vislumbra-se que tal controle intersubjetivo para o livre convencimento seja a utilização de *standards* probatórios⁸³.

Destarte, ao se perguntar o “quão livre é o princípio do livre convencimento”, KNIJNIK argumenta que, apesar de esse princípio surgir como combate ao subjetivismo da íntima convicção e a rigidez da prova legal, ainda se verifica uma necessidade de afastar o arbítrio que decorre do convencimento em relação ao espectro fático⁸⁴.

Com efeito, o autor explica que a doutrina, especialmente estrangeira, vem ressaltando que o livre convencimento não significa um “convencimento livre”, pois em oposição a um convencimento íntimo, passa-se a sustentar que o julgador não pode se isentar de certas regras no momento da valoração probatória, o que se traduz numa tentativa de racionalizar o livre convencimento com uma “objetivização”, voltada à “razão prática, à lógica do discurso, à teoria da argumentação”⁸⁵, isto é, essas regras de “razão prática” nada mais são do que *standards* probatórios que servem como controle intersubjetivo das decisões judiciais, limitando a livre apreciação e fundamentando a correção do juízo, em suma “eles nada mais serão do que critérios para orientar a análise da prova, critérios para efetivamente submeter ao contraditório, a par de um diálogo comum, as opções valorativas do juiz”⁸⁶.

⁸³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. Cit., p. 178.

⁸⁴ KNIJNIK, Danilo. Op. Cit., p. 19.

⁸⁵ Ibidem, p. 20.

⁸⁶ Ibidem, p. 21.

2.3 Standards Probatórios: uma análise da experiência norte-americana

Neste subcapítulo do trabalho, a fim de trazer um recorte adequado à dimensão da presente monografia, serão analisados apenas três *standards* probatórios: (i) preponderância da prova (*preponderance of the evidence*); (ii) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*); e (iii) prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*).

Pois bem, na esteira do que foi dito anteriormente, isto é, que vislumbra-se a utilização de *standards* probatórios como um possível instrumento para controle intersubjetivo da valoração da prova realizada pelo juiz. Verifica-se que, segundo a conceituação trazida por LOPES JUNIOR, *standard* de prova é o quanto de prova se exige para a prolação de determinada decisão, uma vez atingido o grau de confirmação (da hipótese acusatória, nos casos criminais), é a satisfação desse critério que irá legitimar a decisão⁸⁷.

Nesse diapasão, quando se fala em *standard* probatório ou modelo de constatação, refere-se a um padrão de nível de prova exigido para possibilitar que exista um grau de certeza mínima para tomada de decisão, procurando-se estabelecer um controle racional sob o livre convencimento do julgador, a fim de mitigar os riscos de erros judiciários na tomada de decisão⁸⁸.

Outrossim, exsurge-se, com base em NARDELLI e MASCARENHAS, que a valoração de certa hipótese irá possuir determinado grau de confirmação, cujo valor quantitativo dessa confirmação (qual *standard* probatório será utilizado), para que a hipótese seja considerada provada, decorrerá de uma decisão política⁸⁹.

⁸⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, p. 574.

⁸⁸ BESSA NETO, Luis Irapuan Campelo; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; PRADO, Rodolfo Macedo do. A aplicabilidade dos standards probatórios ao processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 165, p. 129-158, mar. 2020. Disponível em: < http://vwww.ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/revista-13-05-2020-19-28-12-441845.pdf >. Acesso em: 03 mai. 2022, p. 135.

⁸⁹ NARDELLI, Marcella Mascarenhas; MASCARENHAS, Fabiana Alves. Os *standards* probatórios como métrica da verdade: em busca de parâmetros objetivos para racionalização das decisões sobre os fatos. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. Bogotá, v. 44, p. 45-66, 2016. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.32853/01232479.v44.n44.2016.425> >. Acesso em: 03 maio 2022, p 56.

2.3.1 *Preponderance of the evidence*: preponderância da evidência

O primeiro *standard* a ser abordado é o da preponderância da prova ou preponderância da evidência (*preponderance of the evidence*), cujo grau confirmatório é o menor dentre os três citados acima, pois “requer a verificação se o autor da pretensão provou os fatos de modo que estes pareçam mais prováveis de serem verdadeiros do que falsos”⁹⁰.

Esse *standard* surge inicialmente no século XVIII em contraponto ao utilizado para casos penais, sendo direcionado justamente para os processos cíveis, sendo apenas realmente utilizado no júri pelos juízes a partir do século XIX. Segundo explicitado por PEIXOTO, o *standard* da preponderância recebe quatro classificações distintas pela doutrina, sendo a (i) *greater weight of the evidence*, consistente em apresentação por analogia (como a de uma balança), isto é, “se as provas fizerem a balança pender para um lado, este será considerado o lado da hipótese provada”, isso para simplificar o significado do *standard* para os jurados; (ii) *more likely than not*, segundo a qual a parte autora deve comprovar que a sua hipótese é mais provável de ser verdadeira do que não ser; (iii) *actual belief*, em que o jurado deve crer nas provas apresentadas pela parte, para que sejam consideradas “provadas”; e (iv) *balance of probabilities*, no qual o autor deve provar que sua hipótese tem mais probabilidade de ser verdadeira do que falsa⁹¹.

Apenas para esclarecer alguns pontos sobre essa classificação trazida por PEIXOTO, extrai-se do autor citado por ele (LEUBSDORF) que, primeiro, a diferença entre a classificação *more likely than not* e a *balance of probabilities*, é que esta é utilizada na Inglaterra, enquanto aquela é utilizada na Califórnia, de modo que não há uma distinção clara entre as duas, pois ambas pretendem demonstrar que a hipótese apresentada possui uma maior probabilidade de ser verdadeira do que ser falsa. O segundo ponto é que a classificação *Actual Belief* não representa realmente um *standard* de preponderância, posto que os jurados dependem de acreditar na prova produzida, não levando em consideração se a parte contrária produziu provas

⁹⁰ NARDELLI, Marcella Mascarenhas; MASCARENHAS, Fabiana Alves, Op. Cit., p. 57.

⁹¹ PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Rio de Janeiro, 2020. 323 f. Tese (doutorado em Direito) – Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 148.

preponderantes ou não, como no exemplo de os jurados julgarem desfavorável para a parte autora, pelo fato de a testemunha apresentada ter sido desacreditada, mesmo que a outra parte não tenha produzido prova nenhuma,⁹² não havendo preponderância: “Como não há provas contrárias, a preponderância das provas nesta alegação apoia o autor, mas os jurados não estão preparados para dizer que realmente acreditam na testemunha duvidosa”^{93 94}.

Indo além e nos socorrendo novamente em KNIJNIK, verificamos que nos tribunais norte-americanos consideram-se satisfeitos os critérios exigidos pelo *preponderance of the evidence* quando o juiz, mesmo que em dúvida, acredita na preponderância, ou seja, admite-se a possibilidade de um estado de dúvida, bastando que o julgador escolha a hipótese que pareça mais provável, aquela que efetivamente prepondera⁹⁵.

Contudo, é preciso ter cuidado com uma utilização descuidada dessa “preponderância”, como mero critério probabilístico, uma vez que é necessário observar se a parte que carrega o ônus probatório, de fato produziu provas suficientes para atingir o grau de certeza exigido, de modo a não se contentar com uma operação matemática de que, por exemplo, uma parte produziu mais depoimentos que a outra, conforme muito bem apontado por HAACK acerca do *standard* de preponderância: “Não basta que uma parte produza provas melhores que a outra; pelo contrário, é necessário que a parte com o ônus da prova produza provas suficientemente boas para sustentar a conclusão no grau exigido”^{96 97}.

Nesse sentido, PEIXOTO também adverte sobre a cautela necessária para utilização desse standard, de modo que não se deve pautar a partir de critérios quantitativos, mas sim qualitativos, a fim de considerar “a qualidade do suporte probatório em relação à hipótese fática construída pela parte”. Além disso, o autor

⁹² LEUBSDORF, John. *The surprising history of the preponderance standard of civil proof*. **Florida Law Review**, Florida, v. 67, nº 2, 2016. Disponível em: <<https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol67/iss5/2/>>. Acesso em: 03 maio 2022, p. 1573-1575.

⁹³ Ibidem., p. 1575.

⁹⁴ Tradução livre.

⁹⁵ KNIJNIK, Danilo. Op. Cit., p. 23.

⁹⁶ HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen García (org.); BELTRAN, Jordi Ferrer; HAACK, Susan. **Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013, p. 65-98, p. 81.

⁹⁷ Tradução livre.

também ressalta que não se deve considerar apenas a preponderância como evidência, pois na linha daquilo que foi dito por LEUBSDORF sobre a *Actual Belief*, não se pode restringir o julgador a uma hipótese com lastro em uma prova qualquer, só com base na preponderância (por exemplo se a parte contrária não tiver prova nenhuma). Por fim, uma última e pertinente crítica, diz respeito à própria natureza desse *standard*, no sentido de que é voltado para os casos cíveis, em que pressupõe-se uma igualdade entre as partes, não havendo prevalência da valoração da prova para nenhuma das partes (equivalência dos custos dos erros, que significa dizer que não haveria problema em aceitar um falso positivo ou negativo, ante a natureza pecuniária dos casos)⁹⁸.

Interessante notar que esse *standard* possui diversas implicações dependendo da natureza da demanda, pois, por exemplo, caso utilizado em um caso de direito consumerista no direito brasileiro, já ficaria a sua evidente deficiência ao desconsiderar a desigualdade entre o consumidor e o fornecedor, bem como a possibilidade de inversão do ônus probatório. Tal apontamento é relevante ante a aplicação desse princípio, pelo Supremo Tribunal Federal, em um caso criminal no contexto da (in)aplicabilidade do princípio *in dubio pro societate* e a decisão de (im) pronúncia, que será analisado de forma pormenorizada no capítulo 3.

2.3.2 *Clear and convincing evidence*: prova clara e convincente

O *standard* probatório da prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*) consiste em um modelo de constatação no qual se exige um nível relativamente alto de confirmação nos elementos de juízo, podendo-se afirmar que é mais exigente do que o *preponderance of the evidence* e menos do que o *beyond a reasonable doubt*. Isso porque, com base na jurisprudência norte-americana, esse *standard* é utilizado para casos cíveis que tratam de direitos não meramente patrimoniais, como “direitos de personalidade, destituição do pátrio poder e outras

⁹⁸ PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Op. Cit., p. 146-147.

hipóteses do direito de família, bem como em ações civis com caráter sancionador, como improbidade administrativa⁹⁹.

Esse padrão exige essa carga intermediária pelo fato de os casos nos quais ele é utilizado tratam de situações em que existe a possibilidade de restrições de direitos, de modo que é necessário um maior rigor do que aquele utilizado para casos relativos a questões monetárias, mas não tão exigente se comparado com casos criminais¹⁰⁰.

Rastreando a gênese desse padrão probatório, PONZINI aponta alguns casos em que, apesar da utilização de nomenclaturas distintas, se utilizou o referido *standard*:

O *standard* aparece em 1839, no caso *Perry v. Pearson*, como *full, clear and unequivocal*; em 1847, no caso *Bailey v. Bailey*, como *clear, certain and satisfactory*; em 1855, no caso *Davidson v. Greer*, como *clear and convincing*; em 1898, no caso *Rogers v. Smith*, como *clear, exact and satisfactory*; em 1925, no caso *Jones v. Jones*, como *clear, convincing and satisfactory*; em 1938, no caso *Whitaker v. Moore*, como *clear, cogent and convincing*. Em todos esses casos havia questões especiais, estando em jogo situações mais importantes do que pecúnia ou propriedade.

Consoante explica PEIXOTO, a Suprema Corte dos Estados Unidos já consignou o caráter intermediário desse modelo, definindo que é “adequado para as hipóteses em que os interesses individuais em jogo sejam mais importantes e mais relevantes do que uma simples perda monetária”, como nos casos de (i) cessação da autoridade parental, em que a manutenção do direito familiar é mais importante do que a pretensão estatal; (ii) desnaturalização; e (iii) eutanásia com o desligamento de aparelhos hospitalares ante a impossibilidade de recuperação das atividades cognitivas; hipóteses que ilustram bem a finalidade do *standard*, no sentido de estabelecer uma devida distribuição de riscos, isto é, partindo do pressuposto de que existe a possibilidade de erro nas decisões judiciais, é preciso definir qual lado deve arcar com o maior risco (que fica para o Estado)¹⁰¹.

⁹⁹ PONZONI, Christian. **Standards de prova no processo civil brasileiro**. Porto Alegre, 2020. 180 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, p. 96.

¹⁰⁰ NARDELLI, Marcella Mascarenhas; MASCARENHAS, Fabiana Alves. Op. Cit., p. 57.

¹⁰¹ PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Op. Cit., p. 148-151.

Isso porque, os riscos de um falso positivo são muito maiores do que um falso negativo, como no caso da eutanásia, pois se uma decisão equivocada negar o desligamento dos aparelhos que mantêm determinada pessoa viva, o possível resultado (mesmo que remotamente) é a cura do paciente diante de eventual avanço na medicina, enquanto que uma decisão equivocada no sentido de permitir o desligamento, resultará na morte do paciente, sendo, portanto, irreversível¹⁰².

Por essas razões, a prova deve ser clara e convincente, implicando numa mensuração objetiva da prova em que se descreve um estado de provas, pois para além da função cognitiva de persuasão da convicção do julgador (quando se fala em prova convincente), também deve-se levar em conta o aspecto epistemológico com base em questões objetivas referentes à qualidade das provas (quando se fala em evidência clara)¹⁰³.

Um caso paradigmático em que esse estândar foi utilizado é o *Santosky v. Kramer* (1982), em que a Suprema Corte norte-americana fixou o entendimento de que era necessário a existência de prova clara e convincente para a extinção do poder parental, que segundo a lei vigente à época em Nova York, era definitiva¹⁰⁴.

In casu, ocorreu que em novembro de 1973, Kramer (Comissário do Departamento de Serviços Sociais do Condado de Ulster), após incidentes refletindo negligência de Jonh Santosky II e Annie Santosky em relação aos filhos Tina e John III, iniciou processo de negligência para remoção deles da casa natural, bem como do terceiro filho Jed, que nasceu depois. Em outubro de 1978, Kramer peticionou ao Tribunal de Família do Condado de Ulster para encerrar os direitos dos pais¹⁰⁵.

Em razão disso, os pais contestaram questionando a constitucionalidade do *standard* da preponderância da prova, previsto na seção 622 da Lei do Tribunal de Família do Estado de NY, o que foi rejeitado pelo referido Tribunal e pela Suprema Corte de Nova York, em sede de recursal¹⁰⁶.

¹⁰² PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Op. Cit., p. 148-151.

¹⁰³ PONZONI, Christian. Op. Cit., p. 98.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ US. Supreme Court. *Santoski Et Al. v. Kramer, Comissiner, Ulster County Department of Social Services, et al.* 455 U.S (1982). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/455/745/>>. Acesso em: 11 abril 2022.

Após novo recurso, o caso foi para a Suprema Corte dos Estados Unidos, quando então foi alterado o entendimento adotado pelas instâncias inferiores, oportunidade em que firmou-se o seguinte entendimento: (i) os pais tem direito a um devido processo constitucional nos casos de rescisão de direitos parentais, pois tal direito encontra amparo na décima quarta emenda e esse tipo de demanda afeta direitos que exigem uma ponderação de três fatores, sendo o interesse privado afetado, o risco de erro gerado pelo procedimento e o interesse estatal; (ii) o padrão de “*fair preponderance of the evidence*” previsto no §622, viola a cláusula do devido processo previsto na quarta décima emenda, posto que o interesse privado é dominante ante ao fato de que eventual decisão pela rescisão do direito parental é irrevogável, de modo que o *standard* de preponderância não aloca o risco de forma justa, o que leva a conclusão de que um padrão mais exigente é consistente com os interesses estatais em jogo; (iii) portanto, antes que o Estado possa extinguir de maneira irreversível os direitos dos pais sobre seus filhos, o devido processo requer que o Estado apoie sua alegações por meios de provas claras e convincentes¹⁰⁷.

Posto a origem do *standard* probatório da prova clara e convincente, bem como os parâmetros da sua aplicação, cumpre salientar, por uma questão de demonstrar a pertinência do referido padrão com o tema da presente monografia, que respeitados os devidos cuidados ao fazer um “transplante” desse modelo do direito do *commom law* e do espectro civil, é possível vislumbrar a sua aplicação em processos criminais, como, por exemplo, propõe FECURY, ao sugerir a aplicação desse *standard* para a decisão de pronúncia, uma vez que não se exige um juízo de certeza em relação a autoria (pois nesse caso a decisão de pronúncia anteciparia um juízo condenatório), afastando-se a exigência de uma prova além da dúvida razoável, possibilitando a utilização de um meio termo entre este *standard* e o da preponderância da prova, na medida em que o critério de probabilidade da prova clara e convincente se basta para o juízo de decisão de pronúncia¹⁰⁸.

¹⁰⁷ US. Supreme Court. *Santoski Et Al. v. Kramer, Comissiner*, Ulster County Department of Social Services, et al. 455 U.S (1982). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/455/745/>>. Acesso em: 11 abril 2022.

¹⁰⁸ NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Pronúncia**: valoração da prova e limites à motivação. São Paulo, 2012. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 178.

2.3.3 *Beyond a reasonable doubt*: além da dúvida razoável

Paralelamente ao *standard* da preponderância da prova, aplicada aos casos cíveis, encontramos o padrão de prova para além de uma dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*) destinado aos casos criminais, em que o acusado só pode ser considerado culpado se os fatos forem considerados provados para além de toda dúvida razoável¹⁰⁹.

Esse modelo de constatação é mais rigoroso que os demais, pois ao contrário daquele utilizado para casos cíveis (preponderância ou prova clara), este exige que para a hipótese seja considerada provada, é necessário uma alta probabilidade da ocorrência dela, além de considerar a inviabilidade de hipóteses alternativas, vedando qualquer dúvida razoável quanto à hipótese acusatória¹¹⁰.

Não se sabe precisar exatamente em que caso foi utilizado pela primeira vez, mas é certo que vem sendo aplicado em julgamentos desde o final do século XVIII, sendo que o primeiro registro localizado se refere ao julgamento de massacres em Boston, oportunidade em que as partes já faziam menção ao *standard* do *beyond a reasonable doubt* como utilizado na doutrina tradicional da época. Sobre o contexto histórico do surgimento desse modelo, é interessante mencionar que ele tem origens teológicas, e ao contrário do que se pode pensar em um primeiro momento (de que ele teria surgido para a proteção dos acusados), verifica-se que ele surge para a proteção dos julgadores, posto que para a tradição cristã, condenar um inocente era considerado um pecado, o que gerava uma taxa baixa de condenação, de modo que o *standard* surge para trazer seguranças ao jurados na hora de condenar, contanto que o fizessem com base em provas para além de toda dúvida razoável¹¹¹.

Apesar de já ser utilizado há muito tempo nos Estados Unidos, esse *standard* só veio receber status constitucional em 1970, no julgamento do caso “*In re Winship*”, situação em que uma adolescente havia sido condenada por furto com base na preponderância de provas, razão pela qual a Suprema Corte Americana entendeu

¹⁰⁹ KNIJNIK, Danilo. Op. Cit., p. 24.

¹¹⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 16, n. 2, 2020. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/83261> >. Acesso em: 03 maio 2022, p. 9.

¹¹¹ PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Op. Cit., p. 139.

que, assim como no julgamento de adultos, esse caso também deveria ser julgado utilizando-se o B.A.R.D (*beyond a reasonable doubt*), com base no devido processo substantivo¹¹².

A menção do caso é relevante pois restou assentada pela Corte Americana a relação que a aplicação desse *standard* tem com a presunção de inocência, o direito de liberdade e a assunção de riscos referentes a erros de julgamento. *In casu*, assentou-se que o acusado tem em jogo interesses muito importantes, pois poderia perder a liberdade e receberia o estigma da condenação, motivo pelo qual não deveria ser condenado quando houvesse dúvida razoável sobre sua culpa. Isso é necessário ao se levar em consideração a margem de erro na apuração dos fatos, cujo risco não deve cair sobre ele:

A exigência de prova acima de qualquer dúvida razoável tem esse papel vital em nosso processo penal por razões cogentes. O acusado, durante a persecução penal, tem em jogo interesses de imensa importância, tanto pela possibilidade de perder a liberdade ao ser condenado quanto pela certeza de que seria estigmatizado pela condenação. Assim, uma sociedade Página 397 EUA 364 que valoriza o bom nome e a liberdade de cada indivíduo não deve condenar um homem pela prática de um crime quando há dúvida razoável sobre sua culpa. Como dissemos em *Speiser v. Randall*, supra, em 357 U.S. 525-526: "Há sempre, no litígio, uma margem de erro, representando erro na apuração dos fatos, que ambas as partes devem levar em conta. Quando uma parte tem em jogo um interesse de valor transcendente - como réu criminal sua liberdade - essa margem de erro é reduzido quanto a ele pelo processo de colocar sobre a outra parte o ônus de... persuadir o investigador na conclusão do julgamento de sua culpa além de qualquer dúvida razoável. O governo carregou o ônus de... convencer o investigador de sua culpa."^{113 114}

Conforme já explicitado anteriormente, é justamente nisso que se baseiam as escolhas do modelos de constatação, isto é, por uma decisão política deve se definir quem receberá o encargo de assumir os erros de decisão, que em relação ao *standard* da prova além da dúvida razoável, se traduz na máxima de que "é preferível absolver um culpado do que condenar um inocente", pois como bem dito por NARDELLI, cabe

¹¹² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. **Revista AJUFERGS**, v. 4, nº 1, p. 161-185, 2007. Disponível em: < https://www.ajufergs.org.br/revista_det.php?id=4 >. Acesso em: 03 mai. 2022, p. 167.

¹¹³ US. Supreme Court. *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Addington v. Texas*, 441 U.S (1979). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/>>. Acesso em: 11 abril 2022.

¹¹⁴ Tradução livre.

ao Estado administrar a margem de erro aceitável de absolvições equivocadas que a sociedade deve arcar para evitar condenações equivocadas¹¹⁵.

Dito isso, agora nos cabe investigar o que seria então uma prova além de qualquer dúvida razoável, bem como o que seria uma dúvida razoável.

BALTAZAR JUNIOR relata que o conceito de dúvida razoável não é evidente, citando, por exemplo, o conceito definido pelo Centro Judicial Federal, segundo o qual “a prova acima da dúvida razoável é aquela que deixa você firmemente convencido da culpa do acusado e não leva você a pensar que há uma ‘real possibilidade’ de que ele seja inocente”, bem como aquele trazido nas Instruções para Júri Federal:

[Dúvida razoável] é uma dúvida baseada na razão e no senso comum. É uma dúvida que uma pessoa razoável possui após cuidadosamente sopesar todas as provas. É uma dúvida que leva uma pessoa razoável a hesitar em tomar uma decisão em uma questão de importância para sua vida pessoal. (...) Uma dúvida razoável não é uma fantasia ou capricho; não é uma especulação ou suspeita. Não é uma desculpa para evitar o cumprimento de um dever desagradável. E não é compaixão.¹¹⁶

No mesmo sentido, PEIXOTO expõe em seu trabalho de doutorado, com base em LAUDAN, que a conceituação desse *standard* não é nem um pouco pacificada, sendo localizados diversos conceitos utilizados pelos tribunais norte-americanos, no sentido de que a prova acima de toda dúvida razoável seria: (i) “a segurança que consideramos apropriadas para a tomada de decisões na vida ordinária” (classificação não muito útil, pois não se exige tal critério de decisão para atos da vida rotineira; (ii) “o tipo de dúvida que faria uma pessoa prudente vacilar em atuar de determinada forma em suas atuações pessoais relevantes” (também não é muito útil, visto que mesmo em decisões importantes, deixamos de tomá-las ainda com a existência de uma dúvida razoável); (iii) “uma convicção estável na culpabilidade do acusado” (o problema dessa classificação é que uma íntima convicção não está ligada necessariamente à existência de provas); (iv) “aquela dúvida para qual é possível oferecer alguma razão” (traz alguns problemas, como a indefinição dessas razões, impossibilidade do jurado formular a dúvida, o jurado teria que ter uma razão para

¹¹⁵ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Presunção de inocência, standard de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Coord.). **Crise no processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 289-309, p. 304.

¹¹⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. Cit., p. 167.

absolver o réu, o jurado poderia se sentir intimidado diante da obrigação de explicar suas dúvidas); (v) “uma crença altamente provável, relacionando-a a probabilidades numéricas, no sentido de haver uma probabilidade entre 90 e 95% de que o acusado seja culpado”¹¹⁷.

Em relação aos modelos probabilísticos, o supracitado autor destaca que um modelo muito utilizado é o probabilismo bayesiano, que consiste numa fórmula para cálculo de probabilidades condicionais, que são interdependentes, o que permitiria uma atualização do grau de crença em determinada hipótese com base na mudança das provas disponíveis, dividindo-se em uma visão subjetiva (relativa a um grau de crença com base nas provas existentes) e uma objetiva (referente à pretensão de analisar a problemática por um viés estatístico)¹¹⁸.

Contudo, o próprio autor faz a ressalva de que a utilização desse modelo na esfera jurídica é problemática, tendo em vista que o teorema não provê as probabilidades iniciais, além da própria dificuldade do ser humano em lidar com estatísticas, em decorrência de vieses cognitivos, de modo que a decisão continuaria sendo subjetiva, possuindo apenas uma objetividade aparente¹¹⁹.

Além disso, segundo BADARÓ, uma das principais críticas diz respeito à inexistência de uma base de dados para atestar a frequência dos fenômenos referentes ao caso em análise, além de que mesmo nos casos em que exista a base de dados, ela pode não ser útil ao caso, de modo que se mostra ser um modelo contraproducente e implicando muitos riscos de erro, posto que não traz uma racionalidade eficiente para a confirmação probatória determinada hipótese¹²⁰.

Um caso paradigmático foi o *People v. Collins*, em que um casal foi acusado de roubar uma idosa em Los Angeles. A vítima havia dito que viu uma mulher loira com rabo de cavalo fugir num carro amarelo dirigido por um jovem negro com barba e bigode. O casal, que possuía as mesmas características, foi condenado com base na constatação estatística de que existia a possibilidade de uma em doze milhões de que uma dupla tivesse tais características. A Corte da Califórnia reformou a decisão ante o questionamento em aspectos técnicos relativos ao cálculo probabilístico, bem

¹¹⁷ PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Op. Cit., p. 140-141.

¹¹⁸ Ibidem, p. 79.

¹¹⁹ Ibidem, p. 84.

¹²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 42-43.

como em relação ao fato de que a utilização da estatística tinha desviado o júri de sua função, que seria valorar as provas, fazendo com que não verificassem se a dupla de fato possuía tais características ou se existia a possibilidade de existir outro casal com as mesmas descrições¹²¹.

Apesar disso, modelos probabilísticos não são imprestáveis à prova científica, visto que é amplamente aceito em casos de exames periciais, o que não se confunde com a utilização da probabilidade enquanto modelo para valoração probatória¹²².

Segundo NARDELLI, para além de modelos que simplesmente atestem a quantidade de prova necessária, os *standards* probatórios devem servir como um método de decisão racional, permitindo orientar o raciocínio do julgador e servindo como critério segundo o qual deve ser realizada a fundamentação, se constituindo como “mecanismo de controle de racionalidade do juízo”¹²³.

Para a autora, o método mais adequado seria o indutivo num espectro de epistemologia falsificacionista, na qual o juiz deverá ter uma postura de incredulidade em relação à hipótese acusatória, fazendo-a passar por diversas tentativas de refutação. Tal método se sustenta no princípio da presunção de inocência, que implica ao magistrado a obrigação de partir do pressuposto de que o acusado é inocente, exigindo que se busque explicações paralelas que sejam compatíveis com a tese de inocência (isso para que se afaste qualquer dúvida a respeito da inocência do acusado)¹²⁴.

Assim, a dúvida razoável só será considerada afastada quando não houver alternativas compatíveis com a inocência do acusado, restando a hipótese acusatória como única plausível. Portanto, o instrumento será a própria dúvida, seja interna (quando a hipótese em si se mostrar contraditória), seja externa (quando a hipótese acusatória é confrontada com outra “hipótese alternativa dotada de racionalidade prática, e não simplesmente conjectura”¹²⁵).

¹²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. Cit., p. 140-141.

¹²² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. Cit., p. 175.

¹²³ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **Presunção de inocência, standard de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal**, p. 303.

¹²⁴ Ibidem, p. 304.

¹²⁵ Ibidem, p. 305.

Para demonstrar uma fórmula objetiva de qual processo de raciocínio deve ser adotado, a autora cita uma desenvolvida por BELTRAN, segundo o qual o cumprimento padrão de prova penal estará cumprido quando:

(1) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as previsões de novos dados que a hipótese permita formular devem ter sido confirmadas. (2) Devem ter sido refutadas todas as demais hipóteses plausíveis capazes de explicar os mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*¹²⁶

Assim, em relação ao exposto por NARDELLI, conclui-se que esse método lógico de controle sobre a fundamentação racional do juiz é voltado para que se possa atingir o rigor probatório exigido pelo próprio *standard*, devendo ser expresso na fundamentação, a fim de que o próprio raciocínio do julgador possa ser objeto de fiscalização. Não se propõe aqui uma completa superação do arbítrio e do livre convencimento do julgador, mas sim uma limitação, posto que a tutela da inocência do indivíduo deve estar condicionada “a um padrão objetivo de constatação, alcançado por meio da aplicação de uma técnica controlável, capaz de aprimorar, ainda que de forma limitada, a racionalidade na decisão sobre fatos”¹²⁷.

¹²⁶ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **Presunção de inocência, *standard* de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal**, p. 305.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 306.

3 APLICAÇÃO DE STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Uma vez postos e definidos alguns dos *standards* probatórios existentes, cumpre agora fazer um breve levantamento bibliográfico e análise de casos para ver se existe a possibilidade de aplicabilidade desses modelos de constatação, ou se já vêm sendo aplicados no processo penal brasileiro, bem como de que forma isso ocorre e as suas (des)vantagens e (in)coerências dentro do sistema jurídico pátrio.

Consoante o exposto por BALTAZAR JUNIOR, verifica-se que, assim como nos países de matriz *civil law*, não há no processo penal brasileiro a previsão legal de *standards* probatórios, assim como não há uma formulação clara pela jurisprudência acerca da aplicação desses modelos de constatação. O autor mencionado relata, com base em FLETCHER, que, em relação aos países de tradição romano-germânica, o princípio da presunção de inocência faz o papel do *standard* da prova acima da dúvida razoável¹²⁸.

De todo modo, como veremos adiante, o *standard* probatório da prova além da dúvida razoável não é o único utilizado dentro do processo penal, considerando que a sua utilização não se limita à sentença condenatória, de modo que é utilizado em diversos tipos de decisões que exigem cognição sumária. Em razão disso, a fim de delimitar a pesquisa aos parâmetros propostos ao nível de um trabalho de monografia, – considerando as diversas decisões possíveis dentro de um processo criminal – será abordada apenas a aplicabilidade de padrões de prova para a decisão que decreta a prisão preventiva, a decisão de pronúncia no âmbito do tribunal do júri e a sentença condenatória.

3.1 Decisão que decreta a prisão preventiva: aplicabilidade de um *standard* intermediário.

Com esteio no magistério de NUCCI, a prisão preventiva consiste numa medida cautelar, baseada em critérios legais, aplicada ao indiciado/acusado ante motivos de necessidade, sendo aceita quando observados os seguintes requisitos: (i) natureza

¹²⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. Cit., p. 179.

do delito (doloso); (ii) *fumus boni iuris*; (iii) *periculum in mora*; e (iv) controle jurisdicional prévio¹²⁹.

Sobre os requisitos, o autor elenca (i) prova de materialidade, (ii) indício de autoria e (iii) existência de uma das situações do art. 312 do CPP: “a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) garantia de aplicação da lei penal”.

Pois bem, antes de abordar o tema dos *standards* na decisão que decreta a preventiva, é necessário fazer uma análise mais crítica do conceito e dos requisitos da prisão preventiva enquanto medida cautelar, observando conceitos próprios do processo penal, sem realizar um transplante de terminologias do processo civil.

Sendo assim, consoante sustenta OLIVEIRA, para uma compreensão mais crítica da prisão preventiva, é importante ressaltar que não se deve falar em *fumus boni iuris*, mas sim em *fumus commissi delicti*, do mesmo modo que é equivocada a utilização do termo *periculum in mora*, sendo mais correto referir-se a *periculum libertatis*¹³⁰.

Nesse diapasão, conforme explicita LOPES JUNIOR, é inadequado falar em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, visto que a prisão preventiva é totalmente distinta das cautelares próprias do processo civil. Nesse sentido, observando os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal¹³¹, exsurge-se que o *fumus commissi delicti* (fumaça da existência de um crime) é aquele que exige a demonstração da existência de materialidade e indícios de autoria a partir de um suporte fático concreto com base em sinais externos dos quais seja possível deduzir a possível prática do delito, com base em um “raciocínio lógico, sério e desapaixionado”¹³².

O autor prossegue, com base em CARNELUTTI, dizendo que a proposição “indícios suficientes” não quer dizer nada, no sentido de que não se sabe qual o valor

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 988.

¹³⁰ OLIVEIRA, João Rafael de. **Contribuições para uma compreensão crítica do uso da prisão preventiva pelos juízos criminais estaduais de Curitiba**. Curitiba, 2015. 121 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Paraná, p. 35-36.

¹³¹ “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.”

¹³² LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62.

das provas exigidas para que o imputado seja detido. Para isso, LOPES JUNIOR defende que é preciso distinguir juízo de probabilidade de juízo de possibilidade, sendo que este prescinde de “um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa”, enquanto que aquele se traduz na necessidade de um predomínio das razões positivas, naquilo que se traduz em verossimilhança destas razões diante na inexistência de requisitos negativos do delito¹³³.

Ademais, quando se observa outros conceitos trazidos como requisitos, é possível verificar a ampla utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Cite-se aqui, por exemplo, a garantia da “ordem pública”, que nada mais é do que um conceito extremamente “vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico”, que permite a utilização da prisão preventiva de modo arbitrário¹³⁴.

Feitas essas breves considerações, que nem de perto pretendem exaurir o tema de forma verticalizada o suficiente para uma análise crítica de todos os requisitos, de modo que se presta apenas para apontar como a utilização de conceitos abstratos como “indícios suficientes” e “ordem pública” podem levar a decisões arbitrárias que ficam a cargo da “livre convicção” do julgador, vejamos como os *standards* poderiam auxiliar numa prestação jurisdicional menos subjetivista.

Sobre o tema, MASSENA discorre argumentando que a doutrina brasileira contemporânea, assim como a clássica, trabalha com “uma ideia de certeza ou prova plena” acerca do cometimento do delito para a decretação da prisão preventiva, o que leva a inferência de que se exige um grau de confirmação elevado. Para o autor, essa visão é compatível com a assunção do risco de erro com a gravidade respectiva à prisão preventiva, posto que a restrição de liberdade antes de uma sentença condenatória interfere gravemente nos direitos fundamentais do preso¹³⁵.

Como bem pontuado por NUCCI, com base em GARCIA, a medida é voltada para garantir a administração da justiça, mas nem por isso deve ser ignorado o risco de dano irreversível ao direito de liberdade do sujeito, posto que quando o sujeito é “apontado como infrator da lei penal, é submetido aos efeitos deploráveis de um

¹³³ LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62.

¹³⁴ OLIVEIRA, João Rafael de. Op. Cit., p. 38.

¹³⁵ MASSENA, Caio Badaró. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, nº 3, p. 1631-1668, set-dez. 2021. Disponível em: < <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.617> >. Acesso em: 03 maio 2022, p. 1655.

decreto judicial que o afasta do convívio da família, proscrevendo-o da sociedade como se fosse um criminoso”¹³⁶.

Sendo assim, MASSENA, a partir de BELTRAN, sugere o seguinte *standard* para confirmação do *fumus comissi delicti*:

- a) a hipótese de existência do crime deve ser capaz de explicar todos os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente;
- b) a hipótese deve refutar todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a não existência do crime, excluídas as meras hipóteses ad hoc¹³⁷.

Em relação à autoria, não se exige uma certeza, mas sim uma probabilidade (vide distinção da possibilidade, feita anteriormente), um alto ou forte grau de probabilidade, mas ainda menor se comparado com a materialidade, em atenção à característica de ascendência dos *standards* (devem aumentar gradativamente ao longo do processo), sendo adequado um juízo de cognição sumária, motivo pelo qual MASSENA sugere o seguinte modelo:

- a) a hipótese de autoria do crime pelo imputado deve ser a mais provavelmente verdadeira, à luz de todos os elementos existentes no procedimento/processo;
- b) o conjunto de elementos juntados ao procedimento/processo deve ser o mais completo possível (excluídas as provas redundantes), considerando a fase processual e as circunstâncias do evento¹³⁸.

Em relação ao *periculum libertatis*, apesar das complexidades em se estabelecer um raciocínio inferencial (não isento de problemas), é possível a comprovação de enunciados fáticos inferir uma prática futura. Essa inferência deve ser feita com base em elementos fáticos apoiados em um enunciado fático para se enquadrar na hipótese do requisito, tendo como base uma “definição de risco/perigo adotada pela doutrina, pela jurisprudência ou pelo legislador”¹³⁹.

Interpretando a expressão de indício suficiente como a exigência de um “alto grau de confirmação empírica do enunciado fático (complexo) que se pretende

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 988.

¹³⁷ MASSENA, Caio Badaró. Op. Cit., p. 1656.

¹³⁸ Ibidem, p. 1657.

¹³⁹ Ibidem, p. 1658.

encaixar em alguma das hipóteses de *periculum libertatis*¹⁴⁰, o autor propõe como modelo de constatação para essa decisão o seguinte:

- a) a hipótese do enunciado fático que será utilizado como base para inferir o *periculum libertatis* deve ser capaz de explicar todos os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente;
- b) a hipótese deve refutar todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a não existência do enunciado fático, excluindo as meras hipóteses ad hoc¹⁴¹.

Com base nas sugestões trazidas acima, verifica-se que a utilização dos *standards* propostos pode ser muito eficaz para a instituição de um maior controle das decisões que decretam prisões preventivas, na medida em que não se fica refém da subjetividade do julgador caso escolha se utilizar de termos jurídicos indeterminados como “garantia da ordem pública” ou “indícios suficientes”.

3.2 Decisão de pronúncia no âmbito do tribunal do júri: aplicabilidade da preponderância da prova ou prova plena

O Tribunal do Júri, destinado aos casos que tratam de crimes dolosos contra a vida, é constituído por um juiz-presidente togado e pelo Conselho de Sentença, formado por sete juízes leigos escolhidos por meio de sorteio, sendo bifásico, dividindo-se em duas partes: (a) instrução preliminar, voltada à formação da culpa e (b) julgamento em plenário¹⁴². Por previsão constitucional (art. 5º, XXXVIII, CRFB/88), é garantido ao Tribunal do Júri (i) a plenitude de defesa; (ii) o sigilo das votações; (iii) a soberania dos veredictos; e (iv) a competência para os crimes dolosos contra a vida.

Pode-se afirmar que a instituição do Tribunal do Júri visa atribuir um caráter democrático ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, isto é, nas palavras de PACELLI: “aplicar-se-ia o Direito segundo a sua compreensão popular e não segundo as técnicas dos tribunais”. Nesse sentido, o autor logo faz um alerta sobre a possibilidade de arbitrariedade ante a ausência de motivação dos veredictos, de modo que os jurados podem julgar segundo a sua íntima convicção sem qualquer dever de

¹⁴⁰ MASSENA, Caio Badaró. Op. Cit., p. 1659.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² PACELLI, Eugênio. Op. Cit., p. 900, 903.

fundamentação, o que por si só já gera um grande risco, pois desse modo abre-se brecha para “Preconceitos, ideias preconcebidas e toda a intolerância podem emergir no julgamento em Plenário, tudo a depender da eficiência retórica dos falantes (Ministério Público, assistente de acusação e defesa)”¹⁴³.

Em razão do risco de julgamentos arbitrários é que o Tribunal do Júri possui caráter bifásico, consistindo em um filtro processual, a fim de evitar levar casos em que haja acusações inconsistentes para o juízo dos julgadores leigos. Diante disso é que sobressai a importância de se debruçar sobre as implicações da decisão de pronúncia, posto que se trata de tema extremamente espinhoso na doutrina e jurisprudência, principalmente pela recorrente utilização do brocardo “*in dubio pro societate*”.

A partir da simples leitura do termo *in dubio pro societate*, percebe-se que a controvérsia envolve diretamente a função da dúvida no processo penal. Sobre o tema, fundamentais são os apontamentos trazidos por SANTIAGO, BRAGA, MAMEDE, FRANCO e XIMENES em artigo publicado na *Católica Law Review*¹⁴⁴.

Os autores sustentam que a dúvida no processo penal deve ser tida com base na previsão constitucional da presunção de inocência, do que se extrai que em caso de dúvida, deve-se julgar em favor do acusado. Isso porque a presunção de inocência se constitui em três dimensões: (i) política, implicando na obrigação de verificação da ocorrência dos delitos; (ii) regra de tratamento, no sentido de tratar o acusado como inocente a fim de evitar antecipação da pena; e (iii) regra probatória, voltada à exigência de comprovação de culpa do acusado além de qualquer dúvida razoável¹⁴⁵.

Sendo assim, é preciso interpretar atentamente a previsão do art. 413 do Código de Processo Penal, que define os parâmetros para a decisão de pronúncia, pois aqui não está se falando em dúvida, mas sim em indícios suficientes de autoria, de modo que se aproxima da decisão de recebimento da denúncia, como um “re-re-

¹⁴³ PACELLI, Eugênio. Op. Cit., p. 902.

¹⁴⁴ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BRAGA, Italo Farias; MAMEDE, Juliana Maria Borges; FRANCO, Bianca Maria Simão; XIMENES, Lyara Maria Peres. Dúvida e processo penal: procedimento do tribunal do júri, decisão de pronúncia e o “*in dubio pro societate*”. **Católica Law Review**. v. 3. n. 3, p. 43-61, nov. de 2019. Disponível em: < <https://doi.org/10.34632/catolicallawreview.2019.9125> >. Acesso em: 03 maio 2022.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 51.

recebimento”, tratando-se de um juízo de probabilidade, pois em razão da instrução preliminar as dúvidas teriam de ter sido dissipadas¹⁴⁶.

Portanto, deve-se levar o termo “indício” como indicação da “existência de possibilidade fática e real da ocorrência de fato”, em conjunto com “suficiente”, que indica a necessidade de “elementos adequados, bastantes, peremptórios, de autoria na realização do fato imputado”. Daí surge a necessidade de configuração de *standards* probatórios, afastando-se a questão da dúvida, pois ainda quando se fala em *in dubio pro societate*, o que se verifica é a inexistência de previsão normativa e contrariedade ao texto constitucional, que por sua vez relaciona a dúvida com a presunção de inocência do acusado¹⁴⁷.

Sobre a utilização inadequada do *in dubio pro societate*, também vale mencionar as lições de RANGEL, o qual sustenta que o brocardo não deve ser utilizado, pois se há dúvidas é porque o Ministério Público não obteve sucesso de se desincumbir do seu ônus: “não sendo admissível que sua falência institucional seja resolvida em desfavor do acusado, mandando-o a júri, onde o sistema que importa, lamentavelmente, é o da íntima convicção”¹⁴⁸.

Logo, para a superação do *in dubio pro societate*, a sugestão que tem surgido é a utilização de *standards* probatórios, a fim de racionalizar essa valoração probatória no momento da “(im)pronúncia”.

Levando em consideração a lógica progressiva da utilização dos modelos de constatação, NOGUEIRA, considerando a inexistência de produção probatória com contraditório no momento de recebimento da denúncia, defende que o *standard* probatório adequado para o recebimento da exordial seria o da preponderância da evidência, razão pela qual, levando em conta a existência de instrução preliminar na primeira fase do júri, bem como a distância entre os *standards* da preponderância da prova (recebimento de denúncia) e da prova além da dúvida razoável (sentença), propõe como critério de probabilidade para o juízo da decisão de pronúncia o modelo de constatação da prova clara e convincente¹⁴⁹.

¹⁴⁶ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BRAGA, Italo Farias; MAMEDE, Juliana Maria Borges; FRANCO, Bianca Maria Simão; XIMENES, Lyara Maria Peres. Op. Cit., p. 53.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 54-55.

¹⁴⁸ RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**: visão linguística, histórica social e jurídica. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 154.

¹⁴⁹ NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Pronúncia**: valoração da prova e limites à motivação. São Paulo, 2012. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 178.

Dito isso, para ir além do plano teórico e acadêmico, vejamos como o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão recentemente.

O caso a ser abordado se trata do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.067.392/CE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e julgado pela Segunda Turma do STF em 26 de março de 2019. No julgamento foi fixado o entendimento de que o princípio do *in dubio pro societate* é inadmissível, devendo o juiz realizar uma valoração racional da prova com base no *standard* probatório da preponderância da prova¹⁵⁰.

In casu, consta dos autos que os réus foram denunciados pela suposta prática do crime de homicídio qualificado, previsto no art. 121, §2º, incisos I, III e IV do Código Penal, sendo narrado na denúncia que os eles teriam agredido a vítima com chutes e pontapés, utilizando-se ainda de um instrumento contundente.

Após os acusados terem sido impronunciados em primeiro grau, o Ministério Público recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, oportunidade em que o recurso foi provido para reformar a decisão de piso e pronunciar os recorridos. Após oposição de Embargos de Declaração, os réus interuseram Recurso Extraordinário alegando a inconstitucionalidade do princípio *in dubio pro societate* e fragilidade de provas. Inadmitido o recurso, foi interposto agravo.

No julgamento do agravo, verificou-se que as testemunhas oculares afirmaram em juízo que não viram os acusados agredirem a vítima, sendo consignado que os únicos relatos incriminatórios eram da mãe e esposa da vítima (que não presenciaram os fatos) colhidos durante o Inquérito Policial. Além disso, os Desembargadores do Tribunal deram preponderância a um testemunho de *ouvi-dizer* (pois a mãe e esposa teriam ouvido as declarações da vítima no hospital).

Sendo assim, o relator argumentou que é necessário adotar uma teoria racionalista da prova, imposição que se infere do direito à prova (art. 5º, LV, CF) e do dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF), motivo pelo qual se faz necessária a definição de *standards* probatórios.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo em Recurso Extraordinário 1.067.392/CE. Recorrente: José Reginaldo da Silva Cordeiro; Cleiton Cavalcante. Recorrido: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de março de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427698/false>>. Acesso em: 16 abr. 2022.

Tendo isso em vista, o Min. Gilmar Mendes sustentou que apesar de não se exigir uma certeza além da dúvida razoável para a decisão de pronúncia, é preciso que exista uma base probatória consistente da tese acusatória, no sentido de uma preponderância de provas incriminatórias. Desse modo, adotando o *standard* probatório da preponderância da prova, restou decidido que havia uma “preponderância de provas no sentido da não participação dos imputados José Reginaldo e Cleiton nas agressões que ocasionaram o falecimento da vítima”. Ademais, ainda que houvesse dúvidas, a decisão acertada seria a impronúncia, pois “Se houver uma dúvida sobre a preponderância de provas, deve então ser aplicado o *in dubio pro reo*, imposto nos termos constitucionais (art. 5º, LVII, CF), convencionais (art. 8.2, CADH) e legais (arts. 413 e 414, CPP) no ordenamento brasileiro”.

Por fim, o relator ainda argumentou que o princípio da soberania dos jurados não seria violado pelo afastamento do *in dubio pro societate*, uma vez que a primeira fase do rito do júri consiste num filtro processual “que busca impedir o envio de casos sem um lastro probatório mínimo da acusação”, além de a decisão de impronúncia não impedir o oferecimento de nova denúncia com base em novas provas.

Analisando o exposto pela doutrina e o caso citado acima, verifica-se que, seja o modelo de constatação da prova clara e convincente ou o da preponderância, a mera utilização de um *standard* já foi útil (como no caso concreto) para afastar uma das aberrações jurídicas mais recorrentes, o *in dubio pro societate*, motivo pelo qual a aplicação de *standards* probatórios, parecem, *a priori*, ser vantajosa para o nosso sistema processual penal.

3.3 Sentença: aplicabilidade do B.A.R.D (*beyond a reasonable doubt*)

Segundo o conceito trazido por NUCCI, sentença é a “decisão terminativa do processo e definitiva quanto ao mérito, abordando a questão relativa à pretensão punitiva do Estado, para julgar procedente ou improcedente a imputação”¹⁵¹.

A sentença pode ser (i) condenatória, quando a acusação será julgada procedente e uma pena será aplicada ao réu; (ii) absolutória, quando a acusação será julgada improcedente; ou (iii) absolutória imprópria, situação em que o acusado é

¹⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 1095.

considerado inimputável, sendo-lhe aplicada medida de segurança. Além disso, também são consideradas sentenças as decisões que não julgam necessariamente a acusação, mas relativas a outras questões, sendo denominadas como “decisões interlocutórias mistas e as definitivas”¹⁵².

LOPES JUNIOR trazendo a classificação doutrinária tradicional brasileira, sob o aspecto formal-dogmático dos atos jurisdicionais no processo penal, define que: (i) despachos de mero expediente são aqueles sem teor decisório, na qual se impulsiona o processo, não cabendo recurso; (ii) decisões interlocutórias simples são aquelas que possuem um mínimo cunho decisório, gerando gravame a uma das partes (decisão de recebimento da denúncia, indefere pedido de habilitação do assistente de acusação etc); (iii) decisões interlocutórias mistas são aquelas que possuem um conteúdo decisório, causando gravame a uma das partes, finalizando o processo sem julgar o mérito ou encerrando determinado procedimento (decisão que recebe a denúncia, pronúncia, impronúncia etc); (iv) sentenças são aqueles atos que têm teor decisório pleno, gerando prejuízo a uma das partes, podendo ser condenatória, absolutória (própria ou imprópria) ou declaratória (extinção da punibilidade)¹⁵³.

Indo adiante, o autor ao delinear um conceito, define o ato da sentença como “aquele ato jurisdicional que põe fim ao processo, pronunciando-se sobre os fatos que integram seu objeto e sobre a participação do imputado neles, impondo-se uma pena ou absolvendo-o, como manifestação do poder jurisdicional atribuída ao Estado”¹⁵⁴.

Com fulcro no art. 381 do Código de Processo Penal¹⁵⁵, LOPES JUNIOR explica que a estrutura externa da sentença se divide em: (i) relatório, onde devem ser indicadas as partes e o resumo do processo; (ii) motivação, momento em que devem ser analisadas todas as teses da acusação e defesa, devendo ser realizada uma análise fática, com a valoração das provas, e uma análise jurídica, com avaliação das teses jurídicas trazidas pelas partes, mas afastadas. Caso a sentença seja condenatória, o juiz deve se manifestar sobre eventual responsabilidade civil do

¹⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 1096.

¹⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, p. 1396-1397.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 1398.

¹⁵⁵ “Art. 381. A sentença conterá: I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II - a exposição sucinta da acusação e da defesa; III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV - a indicação dos artigos de lei aplicados; V - o dispositivo; VI - a data e a assinatura do juiz.”

acusado; (iii) dispositivo, oportunidade em que será consignada a absolvição ou condenação, hipótese em que será feita a dosimetria da pena¹⁵⁶.

Feita uma breve definição a respeito do que é o ato decisório da sentença no processo penal brasileiro, cumpre verificar agora a aplicabilidade do *standard* probatório da prova além de toda dúvida razoável.

Provavelmente o modelo de constatação mais aplicado e difundido no judiciário brasileiro seja o *beyond a reasonable doubt*, posto que é possível inferir a sua aplicabilidade para a sentença condenatória a partir do princípio do *in dubio pro reo*, decorrente da presunção de inocência.

Nesse sentido, verifica-se que a presunção de inocência (como regra de tratamento, norma probatória e norma de juízo) foi uma escolha política levando em consideração a assunção do erro judiciário (consoante já foi exposto reiteradamente nesta monografia, naquilo que se traduz na máxima de que “é melhor absolver um culpado do que condenar um inocente”). Assim, o *in dubio pro reo* decorre do princípio da presunção de inocência enquanto norma probatória, da qual se extrai que, para condenar o acusado, é necessário prova robusta que supere a dúvida razoável, sendo que se houver dúvida, a absolvição se impõe¹⁵⁷.

Assim, entende-se que é plenamente aplicável o referido modelo de constatação para que seja proferida uma sentença condenatória

Apesar disso, conforme certa crítica feita por GONÇALVES e DISSENHA, é preciso tomar cuidado ao se utilizar (de forma acrítica) institutos jurídicos estrangeiros a partir de uma técnica de direito comparado. Os autores apontam que no caso do BARD, verifica-se na prática uma inversão da sua finalidade para facilitar as condenações. Numa lógica inversa, alguns julgamentos utilizaram o *standard* para condenar quando a dúvida não for razoável, ao invés de absolver quando houver dúvida razoável, em uma qualificação da dúvida¹⁵⁸.

¹⁵⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, p. 1399.

¹⁵⁷ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JUNIOR, Aury. **Sobre o uso do *standard* probatório no processo penal**. Conjur, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

¹⁵⁸ GONÇALVES, Alana; DISSENHA, Rui Carlo. Proof Beyond a Reasonable Doubt: um estudo da adaptação brasileira como risco potencial a garantias processuais. **Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad**, Espanha, v. 7, 2021. Disponível em: <<https://www.ejc-reeps.com/n-mero-7-especial-2021>>. Acesso em: 03 maio 2022, p. 8.

Os autores supracitados mencionam como exemplo o julgamento da ação penal 470/MG (Caso Mensalão), em que alguns votos, como o do Min. Fux, foram no sentido de que poderia haver condenação se a dúvida suscitada pela defesa não fosse razoável, em uma interpretação na qual se conclui que “caso o acusado não consiga suscitar dúvida razoável de sua participação, poderia haver condenação”. O que se verifica é uma clara inversão na ordem, pois partindo da presunção de inocência, incumbe à acusação provar a prática do crime para além da dúvida razoável. Do mesmo modo indica-se os julgamentos da operação lava jato, em que utilizou-se amplamente do *standard* BARD para fundamentar diversas condenações¹⁵⁹.

Portanto, apesar de ser possível (e até benéfico) esse “transplante jurídico”, ele deve ser feito com cuidado, tendo o jurista a “obrigação de tentar minimizar o caráter idiossincrático da leitura que ele faz do outro direito, sob pena de incorrer na distorção ou uso acríptico do direito estrangeiro”. No caso do BARD, é preciso se atentar ao seu aspecto teleológico, isto é, esse modelo de constatação surgiu no sistema jurídico norte-americano para evitar condenações errôneas, num contexto de um modelo de processo adversarial na produção das provas, sem ingerência do julgador, de modo que a dúvida, quando razoável, deve ser base para a absolvição¹⁶⁰.

Outrossim, também se mostram relevantes os apontamentos realizados por VASCONCELLOS, no sentido de que a “prova além da dúvida razoável” pode causar a inversão do ônus probatório, pois desloca-se a atenção dos jurados para a existência ou não de dúvida razoável trazida pela defesa, desconsiderando-se se a acusação produziu provas para se desincumbir do seu ônus ou não¹⁶¹.

Apesar disso, o autor sugere que a adoção desse modelo de constatação pode ser muito vantajosa para o processo penal brasileiro, contanto que seja realize a introdução do *standard* com os devidos cuidados. Isso porque ao contrário do sistema americano (*commom law*), em que os jurados não possuem dever de motivação, julgando por íntima convicção, no modelo brasileiro (*civil law*), existe tal dever¹⁶².

Desse modo, VASCONCELLOS sustenta que “a definição de um *standard* probatório para decisão condenatória é primordial”, devendo serem tomadas as

¹⁵⁹ GONÇALVES, Alana. DISSENHA, Rui Carlo. Op. Cit., p. 8.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 11-12.

¹⁶¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op. Cit., p. 12.

¹⁶² Ibidem, p. 14.

devidas cautelas ante o risco de o BARD se tornar um “anti-*standard*”, servindo como mero artifício retórico, bem como em relação a indeterminação do conteúdo do termo “prova além da dúvida razoável”¹⁶³.

Assim, a proposta do autor é de utilizar o BARD com uma definição mais específica do seu conteúdo, baseado numa teoria de valoração racional da prova, buscando a redução do subjetivismo do julgador, que sempre haverá, mas pode ser controlado de forma intersubjetiva, pois os *standards* permitirão o controle da condenação pelas partes envolvidas e pela própria sociedade¹⁶⁴.

Para tanto, é preciso (i) regular que a acusação deve comprovar a sua hipótese de maneira consistente com base em provas robustas, a fim de evitar a crítica da inversão do ônus da prova; (ii) após a comprovação da tese acusatória, devem ser afastadas todas as teses alternativas que a contrariem, através de uma verificação de falseabilidade, numa “epistemologia falsificacionista”; e por fim (iii) definir a dúvida razoável como: dúvida sendo a indecisão do julgador entre as teses apresentadas e razoável se a tese contrária for logicamente possível e amparada por provas¹⁶⁵. A partir disso, o autor propõe a criação dos seguintes dispositivos no Código de Processo Penal:

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.

§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 razoável¹⁶⁶.

Estabelecidas essas considerações para uma utilização crítica dos *standards* probatórios, vale realizar a análise de um caso concreto em que se utilizou do BARD

¹⁶³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op. Cit., p. 16.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 17.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 18.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 19.

para a absolvição do acusado, a fim de se evitar abstração excessiva do tema e verificar como vem sendo aplicado em casos concretos.

O caso escolhido trata-se do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Penal nº 676/MG, referente à denominada Operação Sanguessuga, de relatoria da Ministra Rosa Weber, no qual o réu foi absolvido das acusações da suposta prática dos crimes de quadrilha, corrupção passiva e crime licitatório do art. 90 da Lei 8.666/93¹⁶⁷.

Em suma, consta da denúncia¹⁶⁸ que o acusado (deputado federal) teria participado de um esquema criminoso para a superfaturação de ambulâncias, sendo a ele incumbida a tarefa (em troca de vantagem financeira) de criar emendas orçamentárias, que possibilitariam a realização de licitações fraudulentas nos municípios do Estado da Paraíba.

O ponto que nos interessa acerca da decisão é em relação ao crime de corrupção passiva, posto que foi na valoração probatória referente a ele que a relatora utilizou-se do BARD.

A hipótese acusatória sustenta que o réu teria recebido três pagamentos:

(i) R\$ 15.000,00, em espécie, entregues no Gabinete do acusado no Congresso Nacional, “pelas mãos” de L. A. V., em 21.9.2004; (ii) R\$ 10.000,00, em espécie, “pelas mãos” de D. V., também no Gabinete do acusado, em 15.6.2004, e (iii) de R\$ 15.000,00, por via de R. M., preposto do grupo P.

Os supostos pagamentos estariam embasados pelos depoimentos prestados em colaboração premiada por D.V e L.A.V, em tese corroborados por manuscritos apreendidos na sede do grupo de saúde que participou do esquema criminoso.

Para a Min. Rosa Weber, a hipótese acusatória não foi confirmada por outros elementos probatórios, razão pela qual a condenação não pode ser baseada exclusivamente no depoimento do agente delator.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Ação Penal 676/MS. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Benjamin Gomes Maranhão Neto. Relator: Min. Rosa Weber, 17 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379878/false>>. Acesso em: 19 abr. 2022.

¹⁶⁸ O réu foi denunciado como incurso nos delitos previstos no art. 288 (quadrilha, nomenclatura adotada pelo Código à época da denúncia) e 317, §1º (corrupção passiva), ambos do Código Penal, bem como no art. 90 da Lei 8.666/93 (fraude à licitação).

Além disso, a Ministra argumenta que o delator D.V não confirmou as alegações em juízo, na medida em que alegou não se lembrar de efetuar os pagamentos. O colaborador L.A.V, por sua vez, confirmou o pagamento de R\$ 15.000,00, mas de forma contraditória. Não bastasse isso, a julgadora ainda ressaltou que “a defesa produziu início de prova que contradiz a sua ocorrência, ao colocar em dúvida a presença do acusado nas dependências do Congresso Nacional nas datas das supostas entregas dos numerários”.

Em relação ao pagamento de R\$ 15.000,00 (supostamente ocorrido no dia 21/09/2004), concluiu-se que, a partir de uma certidão que atestava “não consta[r] o registro de presença do referido Deputado” na “Sessão Ordinária não-Deliberativa”, que essa “prova” seria meramente indiciária, colocando em dúvida relevante a hipótese acusatória.

Também se afastou as alegações acusatórias no sentido de que movimentações financeiras não identificadas na conta do acusado indicariam que se tratavam de recebimento de propinas, pois não foram identificados depósitos em valores idênticos ou aproximados aos mencionados na denúncia.

Desse modo, a Ministra embasa a absolvição no princípio da presunção de inocência, do qual se extrai do seu aspecto de “regra de prova” a formulação do *standard* probatório anglo-saxônico de que “a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*)”. Outrossim, ressaltou que é preciso um substrato probatório consistente, com provas capazes de afastar “todas as hipóteses contrárias, desde que razoáveis, a essa convicção”, motivos pelos quais absolveu o réu com base no art. 386, VII do Código de Processo Penal¹⁶⁹.

Do caso, no que se refere à utilização do *standard* probatório, o que se extrai é que a julgadora sopesou bem as hipóteses acusatórias e defensivas, utilizando-se de uma “epistemologia falsificacionista”, pois submeteu a tese acusatória à hipóteses de falseabilidade, verificando que, além de o Ministério Público não ter produzido provas suficientes, a tese defensiva foi mais que o suficiente para levantar dúvidas razoáveis

¹⁶⁹ “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII – não existir prova suficiente para a condenação.”

(apesar de nesse ponto, ser desnecessário, posto que se enquadra na crítica de inversão do ônus probatório, como se a defesa tivesse o encargo de comprovar uma dúvida razoável). Mas de modo geral, o que se conclui é que o *standard* da prova acima da dúvida razoável realmente se presta a trazer um controle intersubjetivo acerca das sentenças condenatórias, reforçando uma valoração racional da prova e diminuindo o grau de subjetividade do “livre convencimento motivado”.

CONCLUSÃO

O presente trabalho de monografia se iniciou com a investigação de um tema espinhoso e a princípio muito abstrato, procurando definir o que seria a verdade dentro do processo penal, bem como se essa verdade deve ser buscada com base no princípio da “busca da verdade real”.

Da bibliografia revisada, não se verificou nenhuma que defendesse a existência de uma “verdade real” ou “verdade absoluta” que pudesse ser conhecida pelo julgador. Contudo, foi identificada certa controvérsia no que diz respeito à adequação da utilização de uma verdade como correspondência.

Alguns autores defendem a possibilidade da verdade como correspondência, pois não se poderia abandonar a busca da verdade (contanto que limitada por normas garantistas) e seguir para um relativismo extremo. Por outro lado, outros autores (dos quais concorda-se) argumentam pela superação da verdade no processo penal, posto que a verdade correspondente, ainda que aproximativa, não se mostra útil num processo que se pretende ser acusatório e garantista, pois a ambição por uma busca da verdade no processo penal deixa a entender que o juiz tem a missão alcançá-la.

Ao contrário, observou-se que é mais adequado a realocação ou substituição da verdade por um juízo de certeza racionalmente justificado, com base em *standards* probatórios, tendo em vista que se reconhece dois pontos essenciais: (i) não se pode ignorar o *linguist turn*, pois essa quebra de paradigma demonstrou que o ser humano conhece a realidade através da linguagem, de modo que não é possível conhecê-la como a partir de uma inteligência racional de supostos fatos brutos, pois já estamos inseridos em jogos linguísticos dos quais não se pode escapar; e (ii) a racionalidade por si só também se demonstra frágil, o que se observou quando da análise do tema do “livre convencimento motivado”, pois a tomada de decisão não é tão livre assim, uma vez que o julgador não está isento da interferência externa e do próprio inconsciente.

Nesse ponto vale fazer um comentário, pois deixou-se de abordar o tema das heurísticas e vieses cognitivos por eles extrapolarem o escopo do presente trabalho, mas não se pode ignorar que todo ser humano está sujeito à ocorrência desses vieses cognitivos, de modo que não se pode mais supor que somos plenamente racionais e

isentos de erros. Assim, é preciso reconhecer a falibilidade da racionalidade para que se possa criar mecanismos que auxiliem na redução desses erros, dos quais se cita, por exemplo, o juiz das garantias e os próprios *standards* probatórios.

Destarte, uma vez substituída a busca da verdade no processo penal pelo juízo de certeza racionalmente justificado do juiz enquanto ser no mundo, que deve ter ciência do contexto em que está inserido, no qual irá proferir uma decisão motivada e com base em *standards* probatórios que visam servir como controle intersubjetivo da decisão, procurou-se no segundo capítulo fazer uma análise da experiência norte-americana na utilização de *standards*, verificando-se aqueles que (na opinião deste autor) eram mais relevantes para o presente estudo.

Na pesquisa foram identificados os *standards* da preponderância da prova (*preponderance of evidence*), da prova clara e convincente (*Clear and convincing evidence*) e da prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*). A partir da bibliografia analisada foi possível observar a origem e de que forma esses *standards* têm sido aplicados na legislação alienígena, oportunidade em que foi possível concluir que mesmo no sistema *common law* de matriz anglo-saxã, em que se utilizam tais modelos a muito tempo e de forma tradicional, ainda existem muitas inconsistências, em razão da indeterminação dos próprios conceitos e forma que são aplicados, de modo que a eficácia dos *standards* em si mesmos, no contexto de uma teoria de valoração racional da prova, demanda um estudo mais aprofundado, que não foi possível no nível de pesquisa realizado nesta monografia.

Partindo para o sistema jurídico brasileiro, observou-se que existem propostas de aplicação de *standards* probatórios e inclusive já existem casos em que foram utilizados. De modo geral, não foram encontradas produções bibliográficas que argumentassem pela não utilização dos modelos probatórios, mas muito pelo contrário, todas as produções analisadas pugnavam justamente pela aplicabilidade dos *standards*.

O que se verificou é que se faz necessária uma aplicação cautelosa dos *standards* probatórios, pois realizar o seu transplante de maneira descuidada pode ser extremamente prejudicial, como se apontou em relação ao risco da inversão do ônus da prova no caso do B.A.R.D, situação em que a lógica do modelo é subvertida para facilitar condenações.

Todavia, foi possível observar a utilização dos modelos de constatação de forma muito positiva, como no caso em que o Ministro Gilmar Mendes aplicou o *standard* da preponderância da prova para realizar a valoração da prova para avaliar se o acusado deveria ser pronunciado ou não, afastando o “princípio” do “*in dubio pro societate*”.

Até mesmo no julgamento da Ação Penal de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que o *standard* da prova além da dúvida razoável foi aplicado de forma coerente e consistente, em consonância com aquilo que NARDELLI denominou de “epistemologia falsificacionista” em um raciocínio indutivo de falseabilidade da hipótese acusatória.

Sendo assim, de modo geral, conclui-se que os *standards* probatórios são aplicáveis no processo penal brasileiro e podem efetivamente servir como controle intersubjetivo para as decisões judiciais, cujo juízo prescindirá de uma busca da verdade, bastando que se realize um juízo de certeza racionalmente justificado, embasado em provas e lastreado numa teoria de valorização racional consistente, submetendo o próprio processo decisório do magistrado ao controle intersubjetivo proporcionado pelos *standards* probatórios.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bossi. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALMEIDA, Vitor Luís de. A apreciação judicial da prova nos sistemas de valoração. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 65, nº 208, p. 27-41, jan./mar. 2014. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/8428?mode=full>>. Acesso em: 03 maio 2022.

ALMEIDA, Vitor Luís de. A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 1, nº 5, p. 2497-2536, 2012. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/publicacao/revista-do-instituto-do-direito-brasileiro-ano-1-2012-n-5/122>>. Acesso em: 03 maio 2022.

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. A Renovação Conceitual da Capacidade de Convencimento do Juiz: uma crítica à busca da verdade real pelo processo penal. **Revista Eletrônica Constituição e Garantia de Direitos**, Rio Grande do Norte, v. 2 nº 1, 2007. Disponível em: <https://ojs.ccsa.ufrn.br/index.php/cgd/article/view/194>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. **Revista AJUFERGS**, v. 4, nº 1, p. 161-185, 2007. Disponível em: <https://www.ajufergs.org.br/revista_det.php?id=4>. Acesso em: 03 maio 2022.

BESSA NETO, Luis Irapuan Campelo; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; PRADO, Rodolfo Macedo do. A aplicabilidade dos standards probatórios ao processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 165, p. 129-158, mar. 2020. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/revista-13-05-2020-19-28-12-441845.pdf>. Acesso em: 03 maio 2022.

BOFF, Leonardo. Prefácio. Inquisição: Um espírito que continua a existir. In EYMERICH, Nicolau. **Directorium Inquisitorum**: Manual dos Inquisidores: Escrito por Nicolau Eymerich em 1376, revisto e ampliado por Francisco de La Peña em 1578. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Ação Penal 676/MS. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Benjamin Gomes Maranhão Neto. Relator: Min. Rosa Weber, 17 de outubro de 2017. Disponível em:

<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379878/false>>. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo em Recurso Extraordinário 1.067.392/CE. Recorrente: José Reginaldo da Silva Cordeiro; Cleiton Cavalcante. Recorrido: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de março de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427698/false>>. Acesso em: 16 abr. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Verdade e justificação no processo penal: uma proposta de estudo a partir da filosofia da linguagem. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão; BUSATO, Paulo César (Orgs). **Direito Penal, neurociência e Linguagem: anais do III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. *E-book*. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/?page_id=6658. Acesso em: 19 abr. 2022.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Campinas: Russel, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 1ª ed. [S.l.: s.n], [2002?].

CASARA, Rubens R. R. **O mito do livre convencimento motivado: dogmática processual vs a tradição e o inconsciente**. Direito e Diversidade, Rio de Janeiro, v. 1, p. 15-17, 2012. Disponível em: < <https://aluno.facha.edu.br/revista-direito-diversidade-1> >. Acesso em: 03 maio 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Fauzi Hassan Choukr. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Alana; DISSENHA, Rui Carlo. *Proof Beyond a Reasonable Doubt: um estudo da adaptação brasileira como risco potencial a garantias processuais*. **Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, Espanha**, v. 7, 2021. Disponível em: < <https://www.ejc-reeps.com/n-mero-7-especial-2021> >. Acesso em: 03 maio 2022.

HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen García (org.); BELTRAN, Jordi Ferrer; HAACK, Susan. **Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013, p. 65-98.

KHALED JUNIOR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, nº 1, p. 166-184, 2015. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9> >. Acesso em: 19 abr. 2022.

KHALED JUNIOR, Salah H. **Ambição de verdade no processo penal**: Uma introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

KNIJNIK, Danilo. Os “*Standards*” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 353, jan-fev. 2001. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf> >. Acesso em: 03 maio 2022.

LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 307-332.

LEUBSDORF, John. *The surprising history of the preponderance standard of civil proof*. **Florida Law Review**, Florida, v. 67, nº 2, 2016. Disponível em: < <https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol67/iss5/2/> >. Acesso em: 03 maio 2022.

LOPES JUNIOR, Aury, **Prisões cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas; MASCARENHAS, Fabiana Alves. Os *standards* probatórios como métrica da verdade: em busca de parâmetros objetivos para racionalização das decisões sobre os fatos. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. Bogotá, v. 44, p. 45-66, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.32853/01232479.v44.n44.2016.425> >. Acesso em: 03 maio 2022.

MASSENA, Caio Badaró. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, nº 3, p. 1631-1668, set-dez. 2021. Disponível em: < <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.617> >. Acesso em: 03 maio 2022.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Presunção de inocência, *standard* de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Coord.). **Crise no processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 289-309.

NIETZSCHE, Friederich Wilhelm. **A gaia ciência**. Tradução Antonio Carlos Braga. São Paulo: Lafonte, 2017.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Pronúncia**: valoração da prova e limites à motivação. São Paulo, 2012. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, João Rafael de. **Contribuições para uma compreensão crítica do uso da prisão preventiva pelos juízos criminais estaduais de Curitiba**. Curitiba, 2015. 121 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Paraná.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Rio de Janeiro, 2020. 323 f. Tese (doutorado em Direito) – Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

PONZONI, Christian. **Standards de prova no processo civil brasileiro**. Porto Alegre, 2020. 180 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica social e jurídica**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES JUNIOR, Aury. **Sobre o uso do standard probatório no processo penal**. Conjur, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BRAGA, Italo Farias; MAMEDE, Juliana Maria Borges; FRANCO, Bianca Maria Simão; XIMENES, Lyara Maria Peres. Dúvida e processo penal: procedimento do tribunal do júri, decisão de pronúncia e o “in dubio pro societate”. **Católica Law Review**. v. 3. n. 3, p. 43-61, nov. de 2019. Disponível em: < <https://doi.org/10.34632/catolicallawreview.2019.9125> >. Acesso em: 03 maio 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. *E-book*. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/ne1v8>>. Acesso em: 19 abr. 2022.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

US. Supreme Court. *Santoski Et Al. v. Kramer, Comissiner, Ulster County Department of Social Services, et al.* 455 U.S (1982). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/455/745/>>. Acesso em: 11 abril 2022.

US. Supreme Court. *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Addington v. Texas*, 441 U.S (1979). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/>>. Acesso em: 11 abril 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 16, n. 2, 2020. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitoqv/article/view/83261> >. Acesso em: 03 maio 2022.