



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALANA STEFANELLO GONÇALVES

VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL:
APLICABILIDADE DO *STANDARD* PROBATÓRIO *BEYOND A REASONABLE*
***DOUBT* NO DIREITO BRASILEIRO**

Salvador

2018

ALANA STEFANELLO GONÇALVES

**VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL:
APLICABILIDADE DO *STANDARD* PROBATÓRIO *BEYOND A
REASONABLE DOUBT* NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como um dos requisitos para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Sebastián Borges de Albuquerque Mello

Salvador

2018

ALANA STEFANELLO GONÇALVES

**VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL:
APLICABILIDADE DO *STANDARD* PROBATÓRIO *BEYOND A
REASONABLE DOUBT* NO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso elaborado pela aluna Alana Stefanello Gonçalves como requisito para a aprovação no curso de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Aprovada em _____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

Sebastião Borges de Albuquerque Mello – Orientador _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Thaize de Carvalho Correia – Examinadora _____
Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Thais Bandeira Oliveira Passos – Examinadora _____
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

GONÇALVES, A. S. **Valoração da prova no Processo Penal: Aplicabilidade do *standard probatório beyond a reasonable doubt* no Direito brasileiro**. 2018. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a aplicabilidade do *standard probatório* anglo-saxônico *beyond a reasonable doubt* no Processo Penal brasileiro, temática pouco problematizada no Direito pátrio frente a constante e recente utilização do modelo de constatação estrangeiro pelos juízes brasileiros. Para tanto, este estudo, em um primeiro momento, apresentará os principais aspectos da verdade processual e também da prova no Processo Penal Brasileiro, realizando uma análise conceitual acerca do grau de suficiência exigido na motivação de fato dos julgadores. Em um segundo momento, realizar-se-á, então, exposição referente à definição e função dos *standards* probatórios, visto que reconhecem o padrão de validade das provas a partir de casos e com fundamento normativo diverso. Nesse contexto, ainda é apresentada uma análise específica do *standard* da prova *beyond a reasonable doubt* e feita comparação deste com a composição constitucional do Processo Penal brasileiro, aferindo a compatibilidade entre eles. Ato contínuo, far-se-á outra exposição acerca da aplicação do referido instituto nos tribunais brasileiros, explorando a viabilidade da utilização do modelo de constatação para efeitos de condenação, tendo em vista a origem do conceito do *standard probatório beyond a reasonable doubt* e sua relação com o princípio da presunção de inocência. Por fim, destaca-se que o trabalho em questão busca aprofundar as pesquisas em um assunto relativamente inovador no campo jurídico, sem, no entanto, ter a intenção de exaurir as discussões nesta área de estudo.

PALAVRAS-CHAVE: PROCESSO PENAL. BUSCA PELA VERDADE REAL. VALORAÇÃO DA PROVA. *STANDARD* PROBATÓRIO. *BEYOND A REASONABLE DOUBT*. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONDENAÇÃO. APLICABILIDADE. GARANTIA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.

GONÇALVES, A. S. **Valoração da prova no Processo Penal: Aplicabilidade do *standard probatório beyond a reasonable doubt* no Direito brasileiro**. 2018. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

This monographic study aims at analyzing the applicability of the Anglo-Saxon standard of proof beyond a reasonable doubt in the Brazilian Criminal Procedure, topic that is not very much problematized in the Brazilian Legal System, opposed to the constant use of the foreign verification model by the Brazilian judges. In order to do so, this study, at first, will present the main aspects of procedural truth and also of the evidence in the Brazilian Criminal Procedure, performing a conceptual analysis about the degree of sufficiency required in the de facto motivation of the judges. Secondly, there will be an exposition regarding the definition and function of the standards of proof, since they recognize the validity of evidence from cases and with a diverse normative basis. In this context, a specific analysis of the standard of proof beyond a reasonable doubt is made and compared with the constitutional composition of the Brazilian Criminal Procedure, assessing the compatibility between them. Subsequently, another exposition will be made of the application of the aforementioned institute in the Brazilian courts, exploring the feasibility of using the verification model for conviction purposes, in view of the origin of the concept of the standard of proof beyond a reasonable doubt and its relation with the principle of presumption of innocence. Finally, it is emphasized that the present work seeks to deepen the research in a relatively innovative subject in the legal field, without, however, intending to exhaust the discussions in this area of study.

KEYWORDS: PENAL PROCESS. SEARCH FOR THE REAL TRUTH. EVIDENCE ASSESSMENT. PROBATORY STANDARD. BEYOND A REASONABLE DOUBT. PRESUMPTION OF INNOCENCE. CONVICTION. APPLICABILITY.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 BUSCA PELA VERDADE NO ÂMBITO PROCESSUAL	8
3 VALORAÇÃO DA PROVA	15
3.1 LIVRE CONVENCIMENTO OU ÍNTIMA CONVICÇÃO	19
4 STANDARDS PROBATÓRIOS	26
5 STANDARD PROBATÓRIO <i>BEYOND A REASONABLE DOUBT</i>.....	31
6 APLICABILIDADE DO STANDARD PROBATÓRIO <i>BEYOND A REASONABLE DOUBT</i> NO DIREITO BRASILEIRO	39
6.1 COMPATIBILIDADE DO STANDARD ANGLO-SAXÃO <i>BEYOND A REASONABLE DOUBT</i> COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	44
6.2 A INDEVIDA APLICAÇÃO DO STANDARD DA PROVA <i>BEYOND A REASONABLE DOUBT</i> NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO PELA ATUAL PRÁTICA JURISPRUDENCIAL PÁTRIA	48
7 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa empreender, através de um método comparativo, uma análise acerca da aplicabilidade do *standard* da prova anglo-saxão *beyond a reasonable doubt* (dúvida acima da razoável) no direito brasileiro, partindo-se dos processos de construção da verdade e seus desdobramentos perante as garantias processuais e constitucionais do processo penal.

Não há dúvidas de que a função punitiva do Estado só pode fazer-se valer em face daquele que, realmente, tenha cometido uma infração; nessa medida, o Processo Penal parte em busca do descobrimento da verdade, de como os fatos do passado se decorreram, e a partir das provas encontra o caminho para tal verificação. Por outro lado, um cenário pretérito, com todas as suas características e nuances é de difícil, senão impossível, repetição. Inexoravelmente, como não é possível voltar no tempo, sempre resta no observador uma dúvida, com incidência perene, mas de graus variados, a depender da probabilidade de cada alternativa apresentada no processo e como ela é percebida pelo julgador.

A construção da teoria das provas compreende longo processo histórico, refletido nos sistemas processuais penais de valoração da prova: ora consagrado na prefixação e hierarquia entre as provas (tarifa legal); ora atribuído à subjetividade do juiz, que não precisava expor os motivos de sua convicção (íntima convicção). Em terceiro momento, concedeu-se ao julgador liberdade de valoração da prova, desde que a mesma fosse acompanhada da exposição dos motivos da decisão, em respeito ao direito ao contraditório, para que as partes pudessem conhecer os caminhos percorridos pelo juiz no raciocínio decisório e eventualmente contestá-los. Ocorre que, malgrado seja o sistema mais atual e também o adotado no Brasil¹, ainda encontra muito espaço para discricionariedade, vez que na racionalização da decisão a motivação do julgador não encontra um grau mínimo de suficiência e, conseqüentemente, não há uma devida prevenção à arbitrariedade.

É cediço que a criminalidade econômica em geral, sobretudo a referente à sonegação fiscal, à lavagem de dinheiro e à corrupção, somada à criminalidade

¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3689/41. **Código de Processo Penal**, 1941. art. 155. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acesso em: 14 fev. 2018.

organizada, em razão da maior sofisticação de seu *modus operandi*, faz com que a produção de prova pela acusação ou pelo órgão de investigação seja mais difícil e, portanto, limitada. Como efeito colateral dessa dificuldade, tem-se visto no Brasil o uso mais flexível dos meios de prova, valendo-se os juízes brasileiros de largo espaço para a discricionariedade, que encontra desconfiança na doutrina e prática jurídica do país. Para consubstanciar suas decisões, então, os magistrados fazem referência ao *standard* anglo-saxônico da dúvida acima da razoável, como padrão mínimo atendido por suas convicções.

Os países de *common law* encontram em seu ordenamento jurídico certos modelos de constatação da prova, os *standards* probatórios, que estabelecem controles acerca do juízo de fato, reputando graus ou níveis de prova exigidos em um caso específico, sendo no direito penal aplicado o padrão *beyond a reasonable doubt*. Esse modelo de constatação instrui aos jurados que para uma condenação estes devem estar firmemente convencidos da culpa do acusado e não deve existir uma real possibilidade de que ele seja inocente.

Em contrapartida, o estudo comparado da cultura jurídica anglo-saxã com a cultura brasileira aqui desenvolvido é um exercício para despertar estranhamento em relação à essa aplicação do *standard beyond a reasonable doubt* nas decisões brasileiras. A seguinte análise é feita a partir de dados levantados em trabalho de campo e em textos legais e jurídicos tanto de países de tradição romano-germânica quanto de países de tradição anglo-saxônica sobre o raciocínio probatório dos sistemas jurídicos, tendo como enfoque uma observação sobre o princípio da presunção da inocência e outras garantias processuais.

2 BUSCA PELA VERDADE NO ÂMBITO PROCESSUAL

Uma vez que o processo e a prova visam reconstituir acontecimentos pretéritos, importantes se fazem considerações acerca da busca da verdade dos fatos na atividade judicial; até porque verificar cada um dos enunciados factuais pertinentes para a apreciação e decisão acerca de uma problemática é o que se chama de processo probatório².

CARNELUTTI, ao referenciar sobre a matéria, aduz que “as provas são os objetos mediante os quais o juiz obtém as experiências que lhe servem para julgar”³. Dessa forma, entende-se que a prova é um meio, um instrumento para conhecer um fato do passado, a verdade ou o caminho para que o juiz possa criar sua convicção sobre o caso em apreço.

De mais a mais, a prova carrega consigo duas funções coexistentes: a confirmatória/demonstrativa e a argumentativa/persuasiva. A confirmatória visa buscar a verdade de uma determinada hipótese, enquanto que a argumentativa permite que se construa o entendimento daquele que resolverá determinado conflito.

Nada obstante, TARUFFO afirma, por sua vez, que a primordial função da prova é revelada quando esta é posta como o instrumento da busca da verdade⁴. Há que se ressaltar, então, a importância da pretensão processual em se alcançar da verdade dos fatos, vez que para que uma decisão judicial seja considerada justa, esta deverá, invariavelmente, ser pautada no reflexo da verdade.

FERRAJOLI, no mesmo sentido, afirma que para que a justiça penal não seja arbitrária deve ser esta medida ‘com verdade’, baseada sobre juízos penais predominantemente cognitivos (de fato) e recognitivos (de direito), sujeitos a verificação empírica⁵. Em outras palavras, no processo penal como um todo não se pode abdicar da busca da verdade. Outrossim, é inadmissível que a dita verdade

² MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e ‘in dubio pro reo’*, Coimbra Editora, 1997, p. 10

³ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. BRUNO, Francisco Galvão. Trad. 1 vol. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2004. pp. 275-276

⁴ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, cap. 1, B, pp.20-23

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 32

processual ou formal em nada ou em pequena dimensão se aproxime da verdade ordinária.

Na busca por um marco conceitual da verdade, a dogmática jurídica se aproximou da concepção clássica apresentada por Aristóteles, que possui a verdade como correspondência, como o estado de conformidade entre a descrição de algo e sua realidade. Não seria por menos, afinal, considerar ontologicamente a verdade como correspondência possibilita a atribuição de efeitos normativos aos fatos juridicamente relevantes, e descrevendo-os com a máxima precisão possível se fazem sustentar a segurança jurídica e a crença social nas instituições do Estado.

Como correspondência lógica da realidade, a verdade se apresenta como uma referência heurística (voltada à descoberta ou investigação de fatos), tida como orientação empírica do curso da atividade probatória no processo judicial. Assim é que, de acordo com a visão epistemológica moderna, a verdade é uma só. Não existem versões ou alternativas da verdade⁶. O que se vê, entretanto, são variações de acordo com modelos ou sistemas processuais. Trata-se apenas de diferentes graus de uma mesma verdade e não de diferenças qualitativas ou absolutas⁷. Sendo assim, o que se destaca é a forma como aquilo que reputamos como verdadeiro será apreciada e valorada.

A questão a ser analisada não é qual verdade o processo judicial deve buscar, mas sim o quanto ele pode e precisa se aproximar da verdade para se chegar nas decisões. Nessa perspectiva, vigora o valor heurístico da verdade, no sentido weberiano de construção típica-ideal, servindo como meio para realizar metodicamente a atribuição válida de um processo histórico às causas reais⁸.

Dessa maneira, distinguir expressões denominadas como “verdade material” e “verdade formal” não faz muito sentido, vez que a intenção é se designar uma verdade histórica ou empírica, relativa à fatos pretéritos. Esta verdade, certamente, não é alcançável por intermédio dos meios de investigação utilizados pela ciência

⁶ BADARÓ, Gustavo. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Ed: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2013. p. 34

⁷ BADARÓ, Gustavo. *Ibid.* p. 36

⁸ WEBER, MAX. **A objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais**. In: COHN, GABRIEL (Org.). Max Weber: Sociologia. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 2004, p. 118

processual⁹. Na realidade, tal dicotomia meramente distingue graus de aproximação de uma verdade absoluta e notadamente inalcançável.

Sobre mesma esteira, TARUFFO afirma que a diferença entre esses graus de aproximação ou “verdades” atingidos por um processo judicial só se dão em função do balizamento imposto aos meios de se conhecer do fato¹⁰. Assim é que não adianta se discutir qual verdade deve ser buscada no processo quando esta é alcançada a partir do livre convencimento judicial.

A realidade externa existe e constitui o padrão de medida, o critério de referência que determina a verdade ou a falsidade dos enunciados¹¹ feitos no âmbito processual. Entretanto, algo somente será considerado verdadeiro quando encontrar identidade entre o objeto e a interpretação que o sujeito cognoscente faz desse objeto.

Neste compasso, STRECK¹² salienta que:

A ideia do ‘sistema inquisitivo’ representa uma profissão de fé na tese de que o sujeito é o ‘senhor dos sentidos’, de modo que esse sujeito – e não a sociedade – é que deve se ‘convencer’, ter a ‘certeza’ de seu julgamento etc. Aqui cabe lembrar, já de pronto, do vetusto ‘princípio’ do livre convencimento, colocado lado a lado ao ‘princípio’ da verdade real. Uma coisa leva a outra.

A verdade, portanto, é sempre contingente, e não absoluta, de modo que quando reputamos algo como verdadeiro o que se diz, na prática, é que determinada proposição é plausivelmente verdadeira pelo que conseguimos saber sobre ela, em associação feita ao conjunto de conhecimentos consolidados que dela possuímos.¹³ Sendo assim, a apuração da verdade submete-se sempre às oscilações políticas, sociais e culturais daquele que a busca.

Isto posto, de logo questiona-se a pessoalidade dos atos do julgador, indivíduo influenciado em suas escolhas por sua prévia formação moral e filosófica. Essa pessoalidade é insuperável¹⁴, de maneira que toda verdade captada por ele se

⁹ BADARÓ, Gustavo. *Ibid.* p. 33-34

¹⁰ TARUFFO, Michele. *Op. cit.* p. 61

¹¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos.** Tradução de Vitor de Paula Ramos, 1ª Ed. Marcial Pons, São Paulo. 2012. p. 78

¹² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – A verdade real? – Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasilis.** Revista dos Tribunais, vol. 921/2012, julho 2012. p. 362

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 42

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Ibid.* p. 46

encontra envolta sob a roupagem de um estado subjetivo¹⁵, tal qual a certeza e dúvida provenientes dos atos apurados.

Nesse sentido, expõe TARUFFO¹⁶:

É fácil verificar que o juiz, ao formular o raciocínio que se conclui com a decisão, e mesmo quando justifica esta, emprega, como se costuma dizer, o material e as formas mais díspares e heterogêneas: linguagem técnica e linguagem comum, esquemas e modelos de argumentação, formas dedutivas, juízos de valor, instrumentos de persuasão retórica, conhecimentos de variada natureza, regras éticas e de comportamento, interpretações, escolhas de diversos gêneros etc.

A busca pela verdade vista no âmbito do processo judicial não difere qualitativamente das buscas feitas pelas teorias científicas. A convicção do julgador sobre os fatos pretéritos inevitavelmente também advém de presunções e induções, embora apoiada em elementos de convencimento¹⁷.

Feita tal comparação, surge então a necessidade de se sobrepujar a dúvida natural e insuperável inicialmente vista no cientista sobre o objeto e toma-se primordial definir, então, qual seria a concepção mínima de verdade que se exige do juiz, para que se possa absolver ou condenar alguém. Importa frisar que a impossibilidade de se atingir uma verdade absoluta não significa a impossibilidade de um acerto verdadeiro no processo, implicando, apenas, no reconhecimento de que somente se pode falar em verdade das afirmações sobre termos relativos¹⁸.

Essa verdade relativa encontrada sobre determinadas afirmações, então, deve ser entendida como uma "verdade" que o julgador busca nas provas dos autos e que mais se aproxime dos reais acontecimentos. Assim é que não sendo possível o alcance da verdade completa ou absoluta, POPPER sugere a noção de "aproximação" ou "acercamento", entendida como uma ideia ou modelo que somos incapazes de repetir, mas do qual podemos nos aproximar¹⁹.

Nada obstante, o fato de que se trata de uma verdade relativa de forma alguma sugere que com ela seja compatível todo e qualquer método ou técnica probatória. Ao contrário, BADARÓ aduz que "o grau de verdade, isto é, a maior ou menor

¹⁵ *Idem*

¹⁶ TARUFFO, Michele. **Senso Comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**, Curitiba: IBEJ, 2001. VEIGA-NETO, Alfredo. *Foucault & a educação*. 2. ed. p. 7-8

¹⁷ WALTER, Gerhard. **Libre Apreciación de la Prueba**, Editorial Temis, Bogotá. 1985, p. 170

¹⁸ BADARÓ, Gustavo. *Op. cit.* p. 36

¹⁹ POPPER, Karl, **Conjecturas e Refutações**. Ed. Almedina, Coimbra: 2003, p. 10, p. 393 e 401

aproximação da verdade, é determinado diretamente pela disciplina legal do procedimento probatório que se adote para a verificação dos fatos objetos do processo²⁰.

Feita uma racionalização sobre a busca do convencimento judicial não raro se decai no cálculo da probabilidade de determinada afirmação. Na análise das provas o julgador unicamente chegará à conclusão de que uma alegação é, em maior ou menor estágio, provável. Existindo um alto grau probabilístico da ocorrência de uma conjuntura ou evento, o juiz então encontrará a mencionada verdade relativa.

Em contrapartida, essa análise a ser feita pelo julgador não é tão simples. Exige-se precisar qual espécie de probabilidade a ser tomada em conta e também qual deve ser o grau mínimo de probabilidade necessário para que o juiz, subjetivamente, ou seja, através do seu ponto de vista, afaste dúvidas e atinja a certeza.

Certeza e verdade, embora sejam conceitos intimamente ligados, não se confundem²¹. O conceito de verdade é de relação. Um conhecimento é verdadeiro quando há concordância entre o objeto e a sua "imagem" captada pelo sujeito. A verdade, por sua vez, é o reflexo fiel do objeto na mente e a adequação do pensamento com a coisa²². Porém, não basta que um conhecimento seja verdadeiro, sendo necessário poder alcançar a certeza de que é verdadeiro. A certeza, portanto, constitui a "manifestação subjetiva da verdade"²³.

No processo judicial tais conceitos são facilmente verificáveis. Em escusa as causas em que os pleitos tratam exclusivamente de questões de direito, ou ainda hipóteses em que, apesar de existir questão fática a ser decidida, os fatos são incontroversos, em todas as outras, a decisão judicial terá como ponto de partida a resolução de questões/conflitos sobre a veracidade ou a falsidade de uma alegação fática. Nos casos em que há questão fática a ser resolvida, excluída a hipótese em

²⁰ BADARÓ, Gustavo. *Op. cit.* p. 36

²¹ IACOVIELLO, Francesco Mauro. **La motivazione della sentenza penale e ill suo controllo in Cassazione**. Tradução livre. Milano: Giuffrè, 1997, p. 33

²² BAZARIAN, Jacob. **O problema da verdade**. Edições Símbolo, 1980, p. 132

²³ HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**, Ed. Armenio Armado, 1993, p. 26

que juiz nada sabe sobre o fato, o resultado advindo da atividade probatória somente pode ser a certeza ou a dúvida.²⁴

A certeza, entretanto, diante de sua postura investigativa também jamais será absoluta. Por mais concretas que sejam as provas produzidas em determinado feito, ainda assim estaremos no terreno da probabilidade²⁵. O passado é irrepetível, e, portanto, sua reconstrução obriga que o convencimento judicial seja interpretado através da dúvida.

Das inúmeras possibilidades existentes de dúvidas, somente serão importantes para serem consideradas em uma decisão judicial as dúvidas concretas, ou seja, aquelas concretas, pertinentes ao acervo probatório. Dúvidas subjetivas, abstrato-teóricas são comuns, contudo, estas não devem ser consideradas relevantes na racionalização decisória do juiz. Nessa medida, caso uma decisão judicial tenha em consideração essas formas de dúvida ela será considerada viciada²⁶.

Dessa maneira, partindo de inferências indutivas, uma decisão judicial deve pautar-se pela racionalidade, tomando sempre em consideração o valor de uma hipótese de probabilidade na ordem da conexão causal entre o fato aceito como provado e o conjunto dos fatos adotados como probatórios. A tarefa da investigação judicial é vencer o dilema da dúvida e prosseguir à certeza, em favor da hipótese mais simples, dotada de maior capacidade explicativa e, sobretudo, compatível com o maior número de provas e conhecimentos adquiridos com anterioridade²⁷.

A “verdade” a ser encontrada não é só racionalmente deduzida das premissas, mas sim comprovada como logicamente provável ou razoavelmente plausível de acordo com um ou vários princípios de indução. Por conseguinte, as partes devem/podem convencer o juiz, com determinado grau de certeza, de que um fato é provavelmente verdadeiro²⁸.

²⁴ MANZINI, Vincenzo. *Trattato i diritto processuale penale italiano*. 6. ed. Torino: Utet, 1970. vol.III. p. 186

²⁵ DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. II. 2009. p. 115

²⁶ KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 44-45

²⁸ MCCAULIFF, C. M. A. **Burdens of Proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees?** In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 35, 1982. p. 1296

Vista de uma perspectiva histórica, a referida conclusão advém do conceito anglo-saxão de *burden of persuasion*. Esse conceito, em síntese, traz a obrigação que partes guardam em convencer o julgador de que os fatos por elas apresentados são provavelmente verdadeiros. No seu núcleo, ainda, encontram-se duas escalas estruturais: os fatos que devem ser colocados à prova e o quão provados estes fatos precisam estar para convencer o julgador de que são verdadeiros ou provavelmente não são falsos²⁹.

BADARÓ denota que já que só é dada ao julgador a possibilidade de perseguir uma maior aproximação possível da verdade, sucedendo a certeza apenas em termos também relativos, de uma elevadíssima probabilidade, a ideia de probabilidade lógica ou indutiva mostra-se a mais apropriada para explicar o raciocínio judicial na valoração da prova³⁰. Essa probabilidade lógica precisa grau de fundamento de uma hipótese sobre determinado fato, embasando-se nos elementos de confirmação de provas disponíveis a ela. A probabilidade quantitativa, por sua vez, além de não se encontrar dentro dos conhecimentos técnicos do juiz, tendo em vista sua formação profissional, ela revela verdadeiro abstrativismo, tendo em consideração apenas a frequência de repetição de um determinado evento, sob uma classe geral de fato, sem prestar atenção nos elementos do caso concreto.

Pelo até aqui exposto, infere-se naturalmente que quando o sujeito atinge a "certeza" sobre determinado fato alegado, ela constitui estado psíquico que em muito difere do da dúvida. Sendo assim, se a probabilidade sobre determinada alegação não se fizer presente em grau elevadíssimo, ou seja, não encontrar o estado subjetivo da certeza, o julgador deve utilizar as regras acerca do ônus *probandi*. A certeza processual, portanto, significaria um convencimento judicial racional *beyond reasonable doubt*³¹ (além da dúvida razoável), objeto do estudo deste trabalho.

²⁹ FLEMMINGS JR., James. *Burdens of Proof*, 47 Va. L. Rev. 51 (1961)

³⁰ BADARÓ, Gustavo. *Op. Cit.* p. 53.

³¹ IACOVIELLO, Francesco Mauro. *Op. Cit.* p.51

3 VALORAÇÃO DA PROVA

A verificação fática no processo penal, da mesma forma que em uma verificação histórica, é o resultado de um raciocínio dedutivo entre os fatos "provados" do passado e os fatos "probatórios" do presente³². Esse raciocínio jurídico tem suas premissas estabelecidas pela descrição do acontecimento que deve explicar e pelas provas praticadas, enquanto a conclusão é alcançada a partir do que se considera provado pelas alegações das partes.

Nesse prisma, a conclusão provada ou a descoberta a que chega o julgador possuem o valor de uma hipótese explicativa de natureza provável quanto ao nexo causal entre uma ação que tem como juízo de imputação a culpabilidade de um determinado indivíduo e o conjunto de fatos descritos nas premissas apresentadas - evento danoso e os dados probatórios reunidos³³. Dessa maneira, observa-se que a verificação fática no processo penal não é apenas uma atividade intelectual, é também uma atividade jurídica, normativamente disciplinada.

O direito à produção da prova surge como corolário de direitos fundamentais já enraizados, como o princípio do devido processo legal e também o princípio do contraditório e da ampla defesa. Para garantir um processo justo, imprescindível se faz uma garantia de que este se voltará para a produção de uma atividade probatória apta a buscar a verdade, ou a aproximação dela. Da mesma forma, para alcançar a conformidade, o processo devido deve submeter os elementos da prova ao contraditório e ampla defesa, permitindo que as partes possam avaliar suas alegações e também refutarem as alegações contrárias.

Dessa forma, diante de um Estado Democrático de Direito, é impossível se dissociar a proeminência da prova do deslinde do processo, vez que será ela o instrumento que viabilizará aos seus destinatários o alcance de um resultado devido. TARUFFO aduz que um procedimento no qual não se tente chegar à verdade é, manifestamente, um procedimento injusto³⁴.

³² FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 105

³³ *Idem*

³⁴ TARUFFO, Michele. *Op. Cit.* p. 22

Diante de tal perspectiva, verifica-se que a admissibilidade das provas não recai meramente na subjetividade do juiz, e sim na pertinência e relevância da prova para o deslinde do caso concreto. Logo, malgrado seja o julgador o personagem processual encarregado da admissão e valoração dos elementos probatórios, não se olvida a significativa tarefa incumbida às partes, qual seja, a de atuarem, dentro dos padrões ofertados pelo ordenamento jurídico, influenciando o convencimento judicial sobre suas pretensões.

Importante então tecer considerações sobre o que é prova, a partir da indução do fato-delito. É a partir dele que se considera prova o fato probatório experimentado no presente, do qual se infere determinado delito ou outro fato do passado. MARINONI acrescenta que a prova é “todo o meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”³⁵.

Em linhas gerais, a prova é um meio, um instrumento para conhecer o fato, o objeto mediante o qual o julgador obtém as experiências e os caminhos que lhe sirvam para formar sua convicção acerca do caso concreto. Todo o processo, portanto, está penetrado na prova, embebido nela, saturado dela³⁶. Sem ela, o processo não encontra seu objetivo primordial: a sentença.

Nessa esteira, uma vez assentada a importância da prova, traz-se novamente a ideia do fato-delito no processo penal. A prova guarda caráter funcional, que é justamente a verificação dos fatos criminosos arguidos. ARANHA FILHO anota como objeto da prova os fatos sobre os quais trata a Ação Penal e devam ser apurados³⁷. Assim é que, de forma mais delimitada, o objeto da prova é a apuração de eventual fato delituoso, mas não só ele, também todas as circunstâncias que o cercam, considerando a autoria e também as afirmações de fato.

Sendo assim, aclara-se que, no que concerne ao delito, as provas reunidas em um processo quase nunca são provas diretas, mas quase sempre indiretas, ou seja, provas de indícios³⁸. Diretas seriam se imediatamente ligadas ao fato que se pretende provar; indiretas se não o são. A prova, então, consiste de acontecimentos do

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2 ed. Revista dos Tribunais. 2011, p. 59

³⁶ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 268.

³⁷ ARANHA FILHO, Adalberto José. **Da prova no processo penal**. 7 ed. Saraiva, 2006, p. 59

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Ibid.* p. 107

presente, é objeto de experiência direta. Os indícios, por seu turno, consistem sempre de eventos do passado. E, dessa maneira, podem existir provas seguras de indícios efêmeros ou, de outro lado, provas não confiáveis de indícios de grande relevância.

De qualquer maneira, provas ou indícios, a verdade das conclusões a serem induzidas é apenas uma verdade provável, relativa, como visto no tópico anterior. A indução a que se chega naturalmente pode ser falsa, ainda que sejam verdadeiras as premissas pelas quais se chegou a ela.

Nada obstante, a atuação probatória apresentou até então três modelos de valoração: O sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz, o sistema de regras legais ou certeza moral do legislador ou da prova tarifada e o sistema da livre convicção ou da persuasão racional.

Pelo sistema da íntima convicção, apontado pela doutrina como o mais antigo modelo de apreciação de prova³⁹, o magistrado não estava obrigado a justificar sua decisão. A autoridade, então, concentrava-se em sua subjetividade. Ao avaliar as provas o julgador poderia se valer meramente das experiências pessoais que possuía, decidindo de acordo com a sua convicção íntima.

Nesse modelo, o que prevalecia como fundamento da sentença era a certeza moral do juiz. MITIDIERO reforça que se encontrava o magistrado liberado de quaisquer vínculos no momento de valoração da prova, sendo despicienda a fundamentação de suas opções valorativas em matéria probatória. Esse sistema encontra-se hoje previsto somente no Tribunal do Júri, onde os jurados não estão obrigados a fundamentar seus votos, conforme se vê no artigo 486 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Por seu turno, o excessivo subjetivismo desse modelo deu lugar, sob uma perspectiva histórica, ao modelo de regras legais ou da prova tarifada. Visou-se elaborar um padrão na avaliação das provas, trazer uniformidade a ela, na tentativa de erradicar o arbítrio jurisdicional.

Como consequência, a lei passou a prefixar minuciosamente o valor de cada prova, estabelecendo complexo hierárquico entre elas. O legislador, por exemplo,

³⁹ Cf. POZZA, Pedro Luiz. **Sistemas de apreciação da prova**. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 221-3 e 228 e ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. **A prova por indícios no processo penal**. Lumen Juris. 2009, pp. 225 e 231

estabelecia que a prova obtida através da confissão do acusado era considerada a rainha das provas e valia mais que a prova testemunhal. O convencimento do juiz em nada influenciava no resultado do processo.

O que se via, então, é que a valoração da prova passou a se dar em função de critérios abstratos definidos pelo Legislativo, sem ter em consideração a convicção do julgador acerca do conjunto probatório. E, dessa forma, as vantagens inicialmente pretendidas pela adoção desse modelo passaram a ser suplantadas pela absoluta impotência da figura do magistrado.

Vale lembrar que o momento processual narrado contrastava com a natureza inquisitorial que guiava a instrução probatória da época. Esse modelo processual inquisitório dominou a Europa entre os séculos XIII e XVIII, como parte de projeto absolutista de poder instrumentalizado pelo direito canônico e pautava-se na busca da verdade a qualquer custo. O imputado era reduzido a um mero objeto de prova, do qual seria possível extrair com exatidão o conhecimento sobre os fatos investigados, valendo-se para tal quase sempre de institutos como a tortura.

A consolidação dos ideais iluministas, contudo, ressignificaram a relação entre os indivíduos e a autoridade, assentindo a “necessidade de mudanças no sistema inquisitório, com críticas ao sistema da prova legal, tortura e ao processo secreto⁴⁰”. E foi a partir daqueles que se reconheceu que não só os culpados eram processados, mas também os inocentes e se conduziu à substituição gradual do modelo inquisitório pelo acusatório e refletiu na retomada na livre apreciação da prova para a formação do juízo de fato.

Em contrapartida, resquícios do exame da prova tarifada são encontrados no artigo 158 combinado com o artigo 564, III, b, do nosso Código de Processo Penal, quando a lei exige exame de corpo de delito nas infrações penais que deixem vestígios, sob pena de nulidade. Outro exemplo será trazido pelo artigo 232, parágrafo único, do Código de Processo Penal, pois se condiciona a fotografia do documento à sua autenticação.

Diferentemente do sistema da íntima convicção, o modelo do livre convencimento motivado, também conhecido por sistema da persuasão racional, se assenta em premissas racionais, impessoais e condicionantes. LOPES JR. ensina que

⁴⁰ POZZA, Pedro Luiz. *Op. Cit.* p. 221

nesse modelo não existem limites abstratos de valoração como no sistema legal de provas, mas tampouco possibilita a formação de sua convicção sem a devida fundamentação, como na íntima convicção⁴¹.

Esse é o sistema adotado pelo ordenamento pátrio, que predetermina que o juiz irá conceber a sua convicção pela livre apreciação da prova, constituída a partir do contraditório, sendo vedada a possibilidade de fundamentação de sua decisão unicamente em elementos instrutivos obtidos na fase investigativa, excetuadas, contudo, as provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas. O juiz está obrigado a motivar sua decisão diante dos meios de provas constantes dos autos. A condenação somente ocorrerá diante de provas contraditadas. Assim o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional faz com que o julgador somente condene com base em provas contraditadas, ou seja, aquelas que são objeto de apreciação, análise judicial, e submetidas às partes, para que possam ser utilizadas no contraditório.

3.1 LIVRE CONVENCIMENTO OU ÍNTIMA CONVICÇÃO?

Admitindo-se o pensamento inicial de que a apuração da verdade depende de diversas variáveis, não há como não se abordar mais precisamente o modelo do *livre convencimento motivado* ou *livre valoração da prova* e sua aplicação, a qual foi positivada no ordenamento jurídico pátrio no artigo 371 do Código de Processo Civil e no art. 155 do Código de Processo Penal. De acordo o referido sistema, como já visto, o julgador apreciará as provas de maneira livre, atribuindo a elas a valoração que reputar apropriada, tendo em consideração a prudência e o bom senso, na medida em que construa alicerces para as razões que o fizeram alcançar tal raciocínio decisório.

Com o advento das ideias iluministas (condenação à tortura e repúdio ao posicionamento do acusado como inimigo) e as características atreladas ao direito moderno, bem como diante das peculiaridades da reconstrução fática, não mais se fala em tarifação legal das provas ou mesmo hierarquização entre elas, conforme se

⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 515

fazia em sistema antigo de apreciação. O que se vê nos dias atuais, portanto, é a construção livre da atividade racional do juiz, desde que motivada, a partir das provas carreadas aos autos.

Contribuição enriquecedora sobre a matéria fez BONESANA, o Marquês de Beccaria:

A um homem não se pode chamá-lo de réu antes da sentença do Juiz, nem a sociedade pode lhe negar a sua proteção pública, até o momento em que ficar decidido que ele violou as convenções através das quais aquela proteção lhe fora outorgada. Qual é, pois, o direito, se não aquele da força, que dá poder ao Juiz para aplicar uma pena a um cidadão, enquanto ainda existem dúvidas se ele é réu ou inocente? Não é novo esse dilema: ou o crime é certo, ou incerto; se certo, não lhe será conveniente outra pena do que a estabelecida pelas leis, e inúteis são os suplícios, porque inútil é a confissão do réu; se é incerto, não se deve angustiar um inocente, já que ele é, segundo as leis, um homem, cujos delitos não estão provados⁴².

Vislumbra-se nas anotações inframencionadas o questionamento do valor da confissão, que hoje não mais possui valor absoluto, sendo necessário o seu confronto com as demais provas carreadas aos autos. O iluminismo trouxe a ideia de que o processo não deve se pautar no reconhecimento do acusado, mas sim na reunião de provas efetivas acerca da ocorrência de um delito.

Sobre o repúdio do sistema das provas legais e a afirmação do princípio da livre convicção, GUEDES expõe:

Apesar de considerar-se que a expressão livre convencimento seja mais ampla que a livre valoração das provas, não parece tecnicamente equivocada a utilização da primeira para designar a segunda, naquela incluída. Deve-se ter presente, contudo, a advertência inicial de que o momento de liberdade concerne, mais que à valoração da prova, ao momento final (decisório) em que o juiz, superando a margem de dúvida sempre presente, se convence da verdade dos fatos, ou, ao contrário, declara não haver chegado à certeza e aplica as regras do ônus da prova, acolhendo o pedido ou a defesa deduzidos⁴³.

Mister consignar que o raciocínio que cerca a valoração da prova passou a ter sempre em conta uma garantia de motivação das decisões judiciais⁴⁴, prevista atualmente no inciso IX, do art. 93, da CF/88. O Código de Processo Penal, em seu art. 381, incisos III e IV, também determina como condição da sentença o

⁴² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. Imprenta: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009. pp. 154-5

⁴³ GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias**. São Paulo, USP, 2013, pp. 163-164

⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.* p. 201

assinalamento “dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”, assim como “dos artigos de lei aplicados”.

A fundamentação ou motivação das decisões – requisito diretamente atrelado ao sistema do livre convencimento – é assim exigida por três razões fundamentais: a) a sentença é ato de vontade do Estado que deve traduzir justiça e não arbítrio, de sorte que deve convencer não só as partes envolvidas, mas também a opinião pública; b) a exigência de motivação, por si só, assegura o exame criterioso dos fatos e do direito pelo juiz; c) somente por meio do conhecimento da motivação da sentença é possível ao tribunal julgá-la justa ou injusta, certa ou errada, por força do recurso da parte vencida⁴⁵.

Essa motivação constitui exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional⁴⁶. Verifica-se, dessa maneira, que a motivação das decisões estabelece relações com outras garantias constitucionais, como o princípio do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal e da publicidade. Além de viabilizar a impugnação dos fundamentos da decisão pelas partes e controle de tais fundamentos pelo órgão hierarquicamente superior, a mencionada garantia também permite um controle abstrato sobre o modo pelo qual o julgador administra a justiça.

Sobre a obrigatoriedade de fundamentação das decisões dos juízes, a exposição de motivos do Código Processual Penal Brasileiro dispõe o seguinte:

Nunca é demais, porém, advertir que o livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisso reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social⁴⁷.

Outrossim, POLASTRI anota que a motivação no livre convencimento cuida da “alma” da decisão, momento em que o julgador externa o seu sentir sobre o conjunto probatório e suas razões para determinado convencimento, o que sempre deve ser feito através de um raciocínio lógico e técnico, onde sua deficiência geraria nulidade⁴⁸.

⁴⁵ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado. Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo**. 4.ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p.605

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo. Op. Cit. p. 19

⁴⁷ BRASIL. Legislação Informatizada - DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - Exposição de Motivos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁸ POLASTRI LIMA, Marcellus. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2007. p 720

Assim, vê-se a motivação enquanto um elemento limitador da atividade jurisdicional, concretizada a partir da incorporação de elementos subjetivos firmados através da sensibilidade individual do magistrado.

Nessa medida, a adoção desse sistema encontra vozes desconfiadas em nossa doutrina. BALTAZAR JR., por sua vez, aponta que a expressão *livre* concerne à ausência de critérios rígidos como no sistema da prova legal, sem que se permita dizer que exista uma completa liberdade do julgador, no sentido de que este se encontre desobrigado a justificar, intersubjetivamente, suas inferências e conclusões, o que qualificaria, na prática, um sistema de íntima convicção⁴⁹.

Na mesma acepção, SILVA:

A livre valoração da prova pelo julgador não deve também ser entendida como uma operação puramente subjetiva pela qual se chega a uma conclusão unicamente por meio de impressões ou conjecturas de difícil ou impossível objectivação, mas antes como valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permite objectivar a apreciação, requisito necessário para uma efectiva motivação da decisão⁵⁰.

Com efeito, uma vez abandonado o sistema da prova legal, são avultados os poderes do juiz, que acresce ao processo a possibilidade de mais apurada apreensão de todas as nuances da busca pela verdade e suas características intrínsecas, tendo se estabelecido um maior vínculo entre as questões de fato e de direito. Em contrapartida, esse modelo é acometido pela insegurança quanto a decisões não arbitrárias, na medida em que não raramente o caminho percorrido pelo julgador para adotar uma versão dos fatos é obscuro.

Assim é que o livre convencimento motivado passa a ser percebido como um princípio potestativo, apto a legitimar arbítrios. Como refere TARUFFO:

O verdadeiro problema, por conseguinte, é determinar como o ‘espaço vazio’ criado pelos princípios de livre apreciação é ‘preenchido’ pela prática dos tribunais e pelos critérios sugeridos pelos teóricos do direito⁵¹.

⁴⁹ BALTAZAR JR., José Paulo. **Standards probatórios no Processo Penal**. Revista AJUFERGS/04, 2007. p. 163

⁵⁰ SILVA, Germano Marques da. **Registro da prova em processo penal. Tribunal colectivo e recursos**. In: Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 804

⁵¹ TARUFFO, Michele. **Rethinking the standards of proof**. 51 American Journal of Comparative Law 659 2003, p. 666

Desse modo, em muitas ocasiões a persuasão racional é confundida com íntima convicção, pois, embora se saiba que o juiz tem a obrigação de fundamentar suas decisões, não existem padrões, modelos, ou regras claras sobre como isso deve ser feito⁵². E, inevitavelmente, quem padece com determinada obscuridade é a tutela adequada dos bens jurídicos.

STRECK, em crítica ao modelo em questão e às características da pós-modernidade narra, de forma genial, a atual situação das decisões brasileiras, por exemplo:

Logo, mas logo mesmo, esqueceremos que o Procurador-Geral da República propôs projeto para relativizar a proibição de prova ilícita; que os juízes federais Moro e Bochenek escreveram um artigo no maior jornal do país dizendo que o problema do combate a impunidade é o processo penal, propondo relativizar o direito recursal; que a doutrina pindoramense aceitou passivamente a LINDB — uma lei com nome de chocolate, que apenas demonstra o fracasso da teoria do direito de um país de terceiro mundo (na verdade, já ninguém fala disso); que a doutrina e a juris(sem)prudência sepultaram a clareza do artigo 212 do CPP que estabelecia o acusatório no sistema processual penal (e que eu fui chamado de positivista porque queria apenas que se cumprisse “a letra clara da lei”); que o Tribunal de Justiça do Maranhão concedeu metade da herança a concubina adúltera com base no “princípio da afetividade” (ou algo dessa espécie pan-principiologista); que uma juíza da Bahia, em processo eleitoral, cassou um prefeito dizendo: não há provas mas eu testemunhei os fatos (com base em artigo da Lei Eleitoral que autoriza julgar por “presunções” — uma jabuticaba típica terceiro-mundista)⁵³.

BADARÓ aponta que no sistema anterior de íntima convicção o convencimento judicial se formava de acordo com o próprio convencimento pessoal do julgador, que não precisava motivá-lo ou justificá-lo, podendo ter em consideração inclusive provas estranhas ao processo⁵⁴. Percebe-se então que o referido método é deveras contraposto à finalidade pela qual o livre convencimento motivado foi reconhecido, mas este último cada vez mais se aproxima do primeiro.

Dessa maneira, o que antes visava a solução para as peculiaridades da prova, acabou por traduzir-se no emprego de meras premissas de experiência e inferências

⁵² BALTAZAR JR, José Paulo. *Op. Cit.* p. 164

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **SENSO INCOMUM. Razão cínica: o livre convencimento que afaga é o mesmo que apedreja!** CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-14/senso-incomum-razao-cinica-livre-convencimento-afaga-mesmo-apedreja>. Acesso em: 14 fev. 2018.

⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal:** Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. pp.208-209.

de senso comum. Sem demora, há que se reconhecer que a passagem do sistema da prova legal para o da livre convicção traz custos à sociedade. A exaltação desse critério de valoração das provas não exige uma realista consideração de suas possíveis degenerações patológicas⁵⁵.

Os efeitos colaterais sentidos são os seguintes:

1) a decisão penal a partir de uma lógica individual; 2) a minimização do valor do contraditório, acreditando ser constitucional apenas pela sua aplicação instrumental (devemos ler Vassali para entender que um contraditório formal e nada são a mesma coisa); 3) um esquecimento quanto à teoria geral da prova e seu procedimento, como se uma instrução probatória e uma “boa” fundamentação resolvesse o imbróglio da sua valoração e da decisão⁵⁶.

Consequentemente, a fim de mitigar os possíveis danos aos bens da vida, deveriam existir, portanto, “controles” ou “modelos de constatação” capazes de evitar que o livre convencimento judicial recaia em arbítrio. Sendo assim, válido trazer novamente compreensão probabilística já apresentada de que para uma determinada decisão judicial, em um determinado processo, além da motivação, a correta apreciação da prova exigiria um grau mínimo de probabilidade ou grau máximo de dúvida tolerável a respeito da averiguação da mesma.

E uma das maneiras de se resguardar os bens jurídicos é justamente distribuir de plano os riscos do erro judiciário, atribuindo à proteção do bem jurídico, em diferentes graus, o benefício da dúvida. Esse paradigma é enfrentado no sistema de *common law* pelos *standards of proof*, ou *standards* probatórios⁵⁷, que são responsáveis por definir os graus de suficiência a que estão adstritos os julgadores no momento das decisões.

Esses *standards* estabelecem critérios/parâmetros aptos a dimensionar o grau de corroboração necessário para que se possa assumir uma premissa como provada. BELTRÁN assinala que a *importancia de definir con claridad todos estos estándares de prueba es crucial, puesto que sin ellos no puede pretenderse una valoración*

⁵⁵ NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano; Giuffrè, 1974, p. 6

⁵⁶ SAMPAIO, Denis. **Um exemplo concreto de limitação ao livre convencimento do julgador no processo penal – façamos uma importação correta**. In Empório do Direito. 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/backup/um-exemplo-concreto-de-limitacao-ao-livre-convencimento-do-julgador-no-processo-penal-facamos-uma-importacao-correta-por-denis-sampaio/>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁵⁷ POSNER, Richard A. *An Economic approach to the Law of Evidence*. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 66. 1999. p. 33

*racional de la prueba ni um control de la valoración realizada*⁵⁸. De forma epistemológica, um standard da prova possui como pressupostos a inevitabilidade do erro no momento de decidir e a permanente existência da dúvida, quer em face de absolvição, quer diante de condenação.

A partir dessa aceção, erros são inevitáveis e, tendo isso em consideração, na construção dos modelos de constatação verificáveis na cultura jurídica anglo-saxã serão sempre observados os interesses mais essenciais de um sistema de justiça criminal, destacando-se as intenções de reduzir os erros nos julgamentos e de distribuir aqueles que irremediavelmente irão acontecer⁵⁹; assim é que, pautado em um Estado democrático de direito, a liberdade individual como valor jurídico estruturante e a presunção de inocência como princípio e garantia do processo penal acarretam a imposição de padrões com maiores exigências probatórias.

Outrossim, retomada a desaprovação inicial, ficou demonstrado que o raciocínio sobre os acontecimentos pretéritos enfrenta alta complexidade. Logo, reforça-se a essencialidade de um paradigma epistêmico na valoração da prova jurídica.

⁵⁸ FERRER BELTRÁN, J. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 152. Tradução livre: A importância de definir claramente todos esses padrões de prova é crucial, posto que sem eles não se pode pretender uma valoração racional da prova e nem um controle da valoração realizada.

⁵⁹ LAUDAN, L. *Verdad, error, y proceso penal*. Tradução de Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 22

4 STANDARDS PROBATÓRIOS

Os *standards* probatórios, em primeiro lugar, reconhecem a falibilidade humana em relação à convicção dos julgadores no processo de decisão, aplicando esse reconhecimento na própria organização processual⁶⁰. O emprego desse modelo, portanto, traz consigo critérios de um juízo crítico comum, gradual e inteligível, que acaba por compelir as decisões judiciais à fuga de caminhos obscuros aptos a recaírem em temerosa arbitrariedade. Nessa continuidade, racionalmente, surgem fatores importantes, como a insuficiência de provas para determinada alegação, a escolha de uma interpretação em detrimento de outra etc.

Como anteriormente exposto, a partir do emprego dos *standards* da prova, a fundamentação requerida no sistema de livre convencimento encontra maior segurança quanto a possibilidade de erros. Nessa continuidade, mister tecer comentários mais aprofundados acerca dos critérios empregáveis na eleição do adequado *standard* probatório para cada tipo de decisão judicial e também sobre os graus de convicção compatíveis e incompatíveis com a condenação no processo penal.

Um dos critérios norteadores para a escolha de um grau satisfatório de convicção para um veredito judicial positivo é o custo dos erros provenientes de tal decisão⁶¹. Proposições equivocadas sobre a leitura dos fatos podem anular todo o esforço de controle social expresso na conformação das normas, caso permitam que assertivas temerárias possam resultar de sua apuração. É preciso afastar ao máximo decisões que, sem o aporte necessário, possam determinar posicionamentos jurídicos que ensejem riscos para os valores protegidos pelo direito. Inclusive, como assinala POSNER e importa consignar, o objetivo social do processo de interpretação lógica é justamente minimizar os custos dos erros judiciais⁶².

Sobre o tema, comparara-se dois modos de erros judiciais que podem ocorrer, o falso negativo e o falso positivo. Seus efeitos sociais são contrapostos com o fito

⁶⁰ KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle.** Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁶¹ VARS, Fredrick E., **Standards of Proof**, 2012. p. 3 Disponível em: SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1984820> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984820>

⁶² POSNER, Richard A. *Op. Cit.* p. 32

de precisar qual deles seria o mais danoso à sociedade e qual escala⁶³. Dessa maneira, se torna passível de definição a proporção aceitável de falsos negativos em relação a falsos positivos e, a partir disso, é possível determinar qual é o grau necessário de probabilidade em uma decisão judicial socialmente conformada. Quanto mais elevado o *standard* da prova, maior será a transmutação de resultados positivos em negativos, conduzindo algumas respostas verdadeiro-positivas para falso-negativas e algumas falso-positivas em verdadeiro-negativas⁶⁴.

O segundo critério, por sua vez, remete-se à já tratada falibilidade humana⁶⁵, que coloca as triviais dialética e retórica sobre forte desconfiança no raciocínio ocidental. Assim, diversamente do direito continental, que percebe as decisões judiciais através do prisma da legitimidade⁶⁶, o direito anglo-saxão reconhece a impossibilidade de se atingir a verdade absoluta acerca dos fatos do passado e, nessa esteira, admite a existência invencível de erros no âmbito judicial como um fator chave na formulação de seu modelo de constatação na formação do juízo.

Considerando tanto o custo dos erros quanto o reconhecimento da possibilidade de falha das decisões, ao longo da história, a prática jurídica dos países que utilizam o sistema *common law* desenvolveram a estrutura de três modelos de *standards* da prova, sendo eles, além do *probable cause* (o que minimamente se exige para o início de uma ação penal), o juízo de fato formado pelo *preponderance of evidence*, o *clear and convincing evidence* e o *beyond a reasonable doubt*.

O padrão denominado *preponderance of evidence* é o *standard* utilizado no direito processual civil e nos procedimentos relativos à litígios entre particulares⁶⁷, onde normalmente se discutem questões meramente patrimoniais. A persuasão necessária, nesses casos, é configurada como o estado subjetivo no qual se tem em conta uma preponderância de provas em favor da proposição de uma das partes.

Outrossim, importante consignar já nesse momento que o *standard* da dúvida acima da razoável (*beyond a reasonable doubt*) não se aplica a assuntos não-

⁶³ *Idem*

⁶⁴ VARS, Fredrick E., *Op. Cit.* p. 3

⁶⁵ KNIJNIK, Danilo. *Op. Cit.*

⁶⁶ CLERMONT, Kevin M. **Standards of Proof Revisited**. *Cornell Law Faculty publications, Paper 13*, 2009.

⁶⁷ *Concrete Pipe & Prods., Inc, v. Constr. Laborers Pension Trust*, 508 U.S. 602, 622 (1993)

penais⁶⁸. Esse padrão probatório do direito cível posiciona as partes em situação de igualdade e por esse motivo que na esfera processual civil anglo-saxã não são empregadas as mesmas garantias que no seu âmbito processual penal, *exempli gratia* a presunção de inocência⁶⁹.

O segundo standard da prova formulado no direito anglo-saxão é o *clear and convincing evidence*, modelo de constatação intermediário entre o penal e o não-penal, empregado em casos em que os valores discutidos ultrapassam a esfera do patrimônio e não se aplica o primeiro modelo. Esse padrão é empregado normalmente em litígios entre particulares que possuem em contenda direitos e interesses individuais de elevada relevância ou até mesmo com repercussões penais, como lides que possuam em disputa direitos parentais, decisões com repercussões administrativo-disciplinares, interdição, fraude, entre outros⁷⁰. Portanto, dá-se o reconhecimento de que o grau de prova reclamado nesses contextos é maior do que uma “preponderância de prova” e menor do que uma prova “além da dúvida razoável”⁷¹, como se verá mais abaixo.

Aqui, diversamente das disputas cíveis regidas pelo *standard preponderance of evidence*, encontram-se muito mais delineados os custos dos erros judiciais diante da presença de questões de grande relevo social. Contudo, ainda se tratando de casos adstritos ao âmbito privado, onde a capacidade de produção de provas das partes é reputada de forma igualitária, não há a necessidade de um acréscimo extremo ao grau de probabilidade das exigências probatórias, sendo suficiente algo em torno de 75% deste⁷².

Já no processo penal, o *standard* aplicável nos países de common law, desde XVIII, é o da prova *beyond a reasonable doubt*. Destarte reconhece-se a dificuldade, senão impossibilidade, de se definir, em parâmetros objetivos, no que se assenta este *standard* probatório, motivo pelo qual se destina a ele tópico próprio no presente trabalho, deixando aqui apenas a consideração de que, no contexto criminal, o

⁶⁸ TRICKET, Willian. ***Preponderance of evidence and reasonable doubt***. In: The Forum, vol. X, 75 (1906) p. 77

⁶⁹ PACIOCCO, David. ***The law of evidence***. Toronto. Irwin Law. 2002, p. 80

⁷⁰ *California Civil Jury Instructions (CACI)*. Disponível em: <https://www.justia.com/trialslitigation/docs/caci/200/201.html>. Acesso em: 12 nov. 2017

⁷¹ REARDON, George. ***Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases***. In: University of Florida Law Review, Vol. XXVII, *Allstate v. Vanater. Speaking Engagements*. p. 261.

⁷² *California Civil Jury Instructions (CACI)*. *Op. Cit.*

convencimento judicial de que determinados fatos estão provados/são verdadeiros só será alcançado quando a ponderação conjunta dos elementos probatórios disponíveis permitir excluir qualquer outra condução lógica ou crível. Em outras palavras, não deve ocorrer um julgamento positivo quando os mesmos elementos de prova colhidos em determinado processo permitirem uma construção alternativa razoável.

Nada obstante a dificuldade quanto à possibilidade de se precisar o que está contido em cada um desses modelos de constatação, a ausência de escala matemática não retira o valor da construção. Nessa esteira, em ordem de mitigar qualquer desconfiança e verificar a eficácia dos *standards* probatórios em evitar o número de condenações ou absolvições errôneas, Engel e Glöckner desenvolveram um experimento intitulado *Can We Trust Intuitive Jurors? An Experimental Analysis*, no qual 238 pessoas foram separadas em dois grupos distintos e então apresentadas a um mesmo acervo probatório. Um dos grupos foi instruído somente dar um julgamento condenatório desde que a culpa estivesse provada *beyond a reasonable doubt*, enquanto o outro deveria condenar no caso de culpa provada mediante *preponderance of evidence*⁷³.

A partir do referido experimento, apurou-se que o número de condenações proferidas mediante o *standard* probatório *beyond a reasonable doubt* foi altamente inferior ao de condenações tidas sob o *standard* probatório *preponderance of evidence*. Ademais, embora algumas pessoas tenham condenado sob o *standard* de prova *beyond a reasonable doubt* em condições de baixa probabilidade, a maioria das decisões absolveu mesmo perante altas probabilidades⁷⁴.

Observa-se, portanto, que, à medida que avultamos a exigência do *standard* de prova, o número de falsos negativos cresce e decai o de falsos positivos. Dessarte, os *standards* probatórios não são mais do que uma reação do próprio sistema contra a sua falibilidade na medida em que faculta modelos de controle das conjecturas do julgador e submete-as, no âmbito do contraditório, a um juízo crítico comum, garantindo a maior cientificidade da decisão jurídica⁷⁵.

⁷³ GLÖCKNER, Andreas *apud* ENGEL, Christoph. ***Can We Trust Intuitive Jurors? An Experimental Analysis***. *Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods*. Bonn, 2008

⁷⁴ ENGEL, Christoph. ***Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law***. *Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods*. Bonn, 2008. p. 16-18

⁷⁵ KNIJNIK, Danilo. *Op. Cit.*

Esses instrumentos, portanto, comunicam as vantagens do contraditório ao processo de construção da convicção judicial, que não mais pode ser percebida como “*equivalente a cerrado e inabordable critério personal y íntimo del juzgador*”, mas sim como “*una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo*”⁷⁶.

O contraditório, nessa perspectiva, exerce função necessária e constitutiva, na medida em que a verdade (ou a proximidade dela) se revela a partir de uma disputa entre perspectivas antagônicas, no exercício de uma compreensão discursiva. Passa a existir, então, um confronto dialético para a assunção da prova, de modo que, se impugnada uma hipótese, ela possa ser descartada porque falsa ou por não encontrar sustento.

Retoma-se, aqui, a concepção já antes demonstrada da prova de que “pensar bem é conhecer a verdade ou dirigir o entendimento pelo caminho que a ela conduz”⁷⁷. Assim, é possível inferir que a liberdade concedida ao julgador deve respeitar as regras desse “bem pensar” e, nessa medida, a invocação dos *standards* do direito comparado como instrumentos aptos a proporcionar uma discussão regrada e justa acerca da construção lógica da decisão judicial é não apenas necessária, mas também vantajosa⁷⁸.

De mais a mais, os critérios em questão possibilitam uma discussão a respeito do acerto, razoabilidade, racionalidade e justiça do juízo decisório. Logo, tem-se um maior e desejável distanciamento da infame arbitrariedade.

⁷⁶ HERRAN, Miguel et al. **Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales**. Cuadernos Penales José María Lindón. Deusto. 2010. p. 51

⁷⁷ BALMES, Jaime. **O critério**. 1.ed. São Paulo: LOGOS, 1957, p. 15

⁷⁸ KNIJNIK, Danilo. *Op. Cit.*

5 STANDARD PROBATÓRIO *BEYOND A REASONABLE DOUBT*

Em que pese este modelo de constatação, primordialmente, convém firmar considerações sobre o conceito de “dúvida razoável”. A dúvida razoável é um termo comumente utilizado e provavelmente até mesmo bem compreendido, entretanto, não é de fácil definição. Não se trata de uma mera possibilidade de dúvida; porque tudo relacionado a assuntos humanos, e que depende de prova moral, está aberto a alguma possível dúvida imaginária. A dúvida razoável, então, é aquele estado do caso no qual, após devida comparação e consideração de provas, deixa a mente daquele que julga em condição tal que ele não pode dizer que sente uma firme convicção, a um compromisso moral, sobre a verdade contida na imputação⁷⁹. Infere-se, então, que de sua definição não se eduz especulação ou suspeita.

Ainda sobre esse viés, vê-se que alguns julgamentos do sistema *common law* aprovaram a utilização de sinônimos para elucidar a definição desse *standard*, tais como (dúvida) “verdadeira”, “lógica”, “substancial” ou “real”⁸⁰. Assim, se após a produção probatória ainda existe dúvida razoável acerca do cometimento do delito, há que se falar em absolvição; até porque não é suficiente estabelecer uma probabilidade, ainda que forte, de que a imputação é provavelmente verdadeira quando comparada com o contrário. A prova deve estabelecer a verdade do fato sob uma certeza moral e razoável.

Partindo de tais premissas, se compreende, a partir desse *standard* probatório, que para termos de condenação, a prova deve ser tão convincente que uma pessoa razoável não hesitaria em decidir, com base nela, sob o destino de outrem, ainda que a tomada de uma decisão errada resultasse em consequências trágicas.

WITTGENSTEIN ensina, de forma pitoresca, sobre o caminho traçado pela prova *beyond a reasonable doubt*. Veja-se:

Se chegou a um ponto, nunca determinável *a priori*, em que a enxada da dúvida, que deve sempre munir o juiz, encontrou a camada dura da

⁷⁹ *COMMONWEALTH vs. JOHN W. WEBSTER*. 5 Cush. 295, 59 Mass. 295. (1850)

⁸⁰ ROSENBERG, Irene Merkel *et al.* ***Perhaps what ye say is based only on conjecture – circumstantial evidence, then and now.*** In: Houston Law Review, vol. 21, p. 1408 (1994-1995)

rocha, representada pelas provas, e dobrou-se, resultando implausível outra explicação diversa da da culpabilidade⁸¹.

Assim, para que se profira uma condenação é imprescindível ter em consideração todo o conteúdo probatório colhido no processo, deixando de fora apenas eventualidades remotas, que embora abstratamente formuláveis e admitíveis como possibilidades não encontraram concreta verificação e reprodução no caso concreto. O que se abandona, então, são as proposições completamente desprovidas do mínimo de respaldo no que se refere às manifestações probatórias sucedidas no processo, colocando-se fora da ordem natural das coisas ou da comum racionalidade humana.

A dúvida razoável é alcançada quando uma hipótese defensiva proposta no processo encontra algum respaldo nos elementos cognoscitivos concretos reunidos. Apresenta-se como grau mínimo um cenário em que uma determinada prova crie uma inferência contrária suscetível de quebrar as cadeias indutivas que apoiam a hipótese da acusação⁸².

Caso o acervo probatório careado nos autos dê sustento e seja compatível com duas explicações concretas equitativamente satisfatórias para explicar a evidência indiciária atingida no processo, conforme determina o princípio do *in dubio pro reo*, a absolvição é medida que se impõe⁸³. Isto é, os indícios não serão apurados em abstrato, de acordo com as conclusões logicamente infinitas tidas como compatíveis com o que se conhece dos fatos, a valoração se remeterá ao contexto do processo, às diferentes alternativas apresentadas, que, de maneira fundamentada, manifestam-se a partir do concreto confronto decorrido do contraditório entre as partes.

Consequentemente, a hipótese que é ostentada pela acusação deve ser a única, à vista da prova concretamente reunida, a dar sustento à versão que se propõe para a reconstrução dos fatos sob apuração. Isso em razão de que ônus da acusação é extremamente elevado porque a lei abomina a condenação de uma pessoa que não é culpada.⁸⁴

⁸¹ SACCONI, Giuseppe. *L'Indizio "Per la Prova" e L'Indizio "Cautelare" nel Processo Penale*, Giuffrè Editore, 2012, p. 46. Tradução livre.

⁸² SACCONI, Giuseppe. *Ibid.* pp. 48-49

⁸³ CARLOS DE MIRANDA VÁZQUEZ, *La Prueba Indiciaria: Deducción? Inducción? Abducción? O Inferencia a la Mejor Explicación?* IN GARCÍA AMADO, JUAN ANTÓNIO e PABLO RAÚL BONORINO (Coords.), *Prueba y Razonamiento Probatorio en Derecho, Debates sobre Abducción*, Editorial Comares, 2014, p. 204

⁸⁴ *United States v. Noira*, CR 06-135 (E.D.N.Y. 2006)

Importante destacar que, como deveria ser no Brasil (assunto que será tratado mais abaixo), no direito de *commom law* o ônus de provar a culpa do acusado no processo criminal recai unicamente sobre o Estado⁸⁵. O acusado ou suspeito não possui nenhuma obrigação, é a acusação que é a responsável pela produção de provas que atestem a culpabilidade além de uma dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*) daquele. Se a defesa encontrar a imprescindibilidade na produção de uma determinada prova, o padrão exigido para ela será inferior ao da acusação, sendo aplicado o mesmo imposto às lides do âmbito cível, qual seja, o *preponderance of the evidence*.

Com efeito, não incidirá para a defesa o mesmo padrão exigido para a acusação. E, nessa perspectiva, ao acusado não é exigido que prove a sua inocência. Assim, verifica-se que o direito de exercer a produção probatória e também propor provas contrárias à versão apresentada pela acusação com o intento de manifestar sua inocência é uma mera faculdade do acusado⁸⁶.

Outrossim, como já visto, os erros judiciais no processo penal possuem custos sociais mais elevados do que os outros modelos de constatação da prova anglo-saxões. Princípios morais como liberdade, estigma social, segurança pública, concreta tutela de bens jurídicos, etc, fazem parte do ponto central de toda a organização e configuração da justiça criminal, na medida em que necessariamente um erro judicial nesse contexto porta efetiva capacidade de gerar danos sociais superiores aos possivelmente produzidos nas outras instâncias processuais⁸⁷.

Logo, conclui-se sem dificuldade pela necessidade de um *standard* mais elevado, que faça com que o julgador pondere os valores mencionados com o devido cuidado, submetendo as hipóteses emergidas no processo ao contraditório, a par de um diálogo comum. O *beyond a reasonable doubt*, portanto, leva as opções valorativas do juízo a uma perspectiva mais racional e, correspondentemente, mais humana.

Assim é que Sir William Blackstone, juiz inglês do século XVIII, pioneiramente aprofunda-se sobre o tema e profere ilustre elocução a respeito do sistema judiciário

⁸⁵ GARDNER, Thomas J. ***Criminal Evidence: principles, cases and readings***. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980. p 29

⁸⁶ *Idem*

⁸⁷ *U.S. Supreme Court. In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970)

estadunidense. Em sua obra *Commentaries on the Laws of England* (1765), ele assevera que “*all presumptive evidence of felony should be admitted cautiously; for the law holds it’s better that ten guilty persons escape than that one innocent party suffer*”⁸⁸.

Em livre tradução, para a sustentação da lei é melhor que dez pessoas culpadas escapem do que uma única inocente sofra. Logo, sob viés utilitarista, o direito processual penal deve ser pensado para, na hipótese de erro, obter dez vezes mais absolvições de culpados do que condenações de inocentes⁸⁹.

Assim é que a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento “*In re Winship*”, previu constitucionalmente o *standard* probatório *beyond a reasonable doubt*⁹⁰. Na oportunidade, colocou-se ainda que “*according to the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution, the state must prove every element of a charged criminal offense beyond a reasonable doubt to convict an accused criminal*”⁹¹.

Ademais, segundo o relator do caso, Brennan Jr., esse *standard* dá “concreta substância ao princípio da presunção de inocência⁹²”; vez que “uma pessoa acusada de um crime estaria em séria desvantagem, de fundamental justiça, se pudesse ser condenada e presa por anos com a mesma intensidade probatória que seria suficiente para um processo civil⁹³”.

A partir disso, conclui-se que o mencionado *standard* probatório é o *burden of persuasion* do Direito Processual Penal e visa precaver esse ramo, como um todo, dos possíveis e tão temerosos erros judiciais. Impõe-se então uma meta ao julgador de que, em que pese o aspecto criminal, o *burden of persuasion*, já noutro lugar referido, encontre a máxima probabilidade atingível; sendo que uma hipótese somente

⁸⁸ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England. First Edition*. Oxford: Printed at the Clarendon Press, 1765-1769. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp. Acesso em: 21 nov. 2017. Tradução livre: Todas as provas presuntivas acerca dos crimes devem ser admitidas cautelosamente; para a lei, é melhor que dez pessoas culpadas escapem do que uma pessoa inocente sofra.

⁸⁹ NICITA, Antonio *apud* RIZZOLLI, Matteo. *In Dubio Pro Reo – Behavioural explanations of prodefendant bias in procedures*. CESifo Economic Studies, 2014.

⁹⁰ *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970)

⁹¹ *Idem*. Tradução livre: De acordo com a Cláusula do Devido Processo, contida na Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, o Estado deve provar todos os elementos de uma acusação de infração criminal além de uma dúvida razoável para condenar criminalmente um acusado.

⁹² *Idem*

⁹³ *Idem*

será reputada como verdadeira caso a refuta de qualquer outra se assente em grande probabilidade. Se, por sua vez, a hipótese considerada nula encontrar em sua averiguação considerável probabilidade, a hipótese inicialmente selecionada não mais pode ser reputada como verdadeira.

Colocando em termos mais específicos, nas ciências sociais se convencionou que para que uma hipótese nula seja considerada verdadeira, a probabilidade de sua ocorrência deve ser superior a cerca de 5%. Transferindo tal premissa para o Direito Processual Penal, é possível considerarmos que a hipótese selecionada seja a da acusação e a hipótese nula seja a dúvida razoável. Logo, para que se encare uma determinada afirmativa como provada *beyond a reasonable doubt* deve existir uma porcentagem de 95% de probabilidade de fato ela ocorreu no passado, referindo-se os 5% restantes a uma dúvida insuperável, inerente ao ser humano⁹⁴.

Dessa maneira, conforme o entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, em caso de condenação criminal, é necessário que a acusação, que detém o aparato estatal para a persecução penal, apresente provas aptas a afastar qualquer dúvida razoável/considerável acerca da versão dos fatos apresentada pelo órgão acusatório, de maneira que a probabilidade de ocorrência desta chegue a uma porcentagem de 90% a 95%.

Em termos mais palpáveis, caberá ao julgador demonstrar, em caso de eventual condenação, que uma dúvida concreta (por exemplo, um alibi sustentado em defesa) está superada, ou de que se trata de uma dúvida abstrata, teórica ou desalinhada com o fato julgado⁹⁵. É possível então admitir que o standard probatório *beyond a reasonable doubt* é uma proteção a mais ao réu no processo penal, vez que o parâmetro para se proferir uma condenação encontra valoração mais rigorosa.

Conforme apontado no tópico anterior, esse *standard* não deve ser utilizado em lides não-criminais, mesmo que os fatos versados tratem de um delito, ou seja, quando existir multi-incidência. Utiliza-se nesses casos o *standard* civil ou o intermediário, a depender do que for tratado, mas nunca o mais rigoroso, próprio dos casos criminais.

⁹⁴ ENGEL, Christoph. *Op. Cit.* p. 7

⁹⁵ OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. **In dubio pro reo e proteção para além da dúvida razoável**. Jota. 2017. Disponível em: <http://next.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pelo-mp/dubio-pro-reo-e-protecao-para-alem-da-duvida-razoavel-21022017>. Acesso em: 20 out. 2017.

Esse maior parâmetro de exigência, por assim dizer, também encontra previsão legal em alguns países de *civil law*, como a Itália, que previu o *standard* probatório além da dúvida razoável no art. 533 do seu Código de Processo Penal. O dispositivo italiano prevê que o julgador somente proferirá sentença condenatória “se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio⁹⁶”.

Tendo em vista o conteúdo de garantias fundamentais previstas na Convenção Europeia de Direitos do Homem, os italianos recorreram ao sistema *common law*, restabelecendo, em certos aspectos um método legal de prova⁹⁷. Não houve a fixação dos valores do sistema anterior, contudo, foram instalados critérios de valoração sobre os elementos da prova no que diz respeito à sua probabilidade.

O método legal de valoração da prova adotado pelos italianos passou então a seguir as direções da incerteza e da dúvida, que foram incluídos pela prática forense italiana através de uma dura e justa crítica ao livre convencimento motivado⁹⁸. No caso *Franzese Salvatore* a Corte expressou que seria prudente examinar a credibilidade do grau de racionalidade à luz da inevitabilidade de ser reconhecido o *standard al di là del ragionevole dubbio* (dúvida acima da razoável) como regra de valoração da prova⁹⁹.

Nessa direção, o italiano LONGO anota que, independentemente da definição que se dê ao conceito de dúvida razoável, seja em termos quantitativos ou qualificativos, a comparação de todas as provas disponíveis, conforme orienta o *standard*, elimina qualquer possível recaída ao modelo de convicção livre e arbitrária, que embasa seus julgamentos em assunto não relacionados ao processo¹⁰⁰. Vide trecho de seu artigo “O outro lado da dúvida razoável como regra no Judiciário” infra-reproduzido:

Indipendentemente dal fatto che si aderisca all'orientamento che definisce il concetto de quo in termini quantitativi ovvero all'opposta interpretazione che ne sottolinea la valenza qualitativa, il riferimento

⁹⁶ ITÁLIA. **Codice di procedura penale**. Libro VII, Titolo III. art. 533. Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/09/03/giudizio-sentenza>. Acesso em: 15 nov. 2017. Cf. livre tradução: O juiz pronuncia sentença de condenação se o réu é culpado da infração imputada, além de qualquer dúvida razoável.

⁹⁷ SAMPAIO, Denis. *Op. Cit.*

⁹⁸ *Sezioni Unite della Corte di Cassazione*. Franzese Salvatore. Sent. n. 27. 10.07.2002

⁹⁹ *Idem*

¹⁰⁰ LONGO, Orazio. **L'oltre ogni ragionevole dubbio come regola di giudizio**. FiloDiritto. 2009. Livre tradução. Disponível em: <https://www.filodiritto.com/articoli/2009/08/loltre-ogni-ragionevole-dubbio-come-regola-di-giudizio>. Acesso em: 28 out. 2017.

*alla necessaria valutazione, considerazione e comparazione di tutte le evidenze disponibili elimina ogni possibile ricaduta nel modello del convincimento libero e arbitrario, basato su giudizi estranei alla materia del processo*¹⁰¹.

O modelo de constatação anglo-saxão também é verificado na legislação chilena, em que o art. 340 de sua codificação processual penal determina que:

*Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él, hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley*¹⁰².

Também a Corte Europeia dos Direitos Humanos e a Jurisprudência Portuguesa empregam o *standard* da prova *beyond a reasonable doubt*. Veja-se:

Na doutrina, um significativo número de autores tem acolhido e densificado o critério prático de origem anglo-saxónica, decorrente do princípio constitucionalmente consagrado da presunção de inocência e com base no qual o convencimento do tribunal quanto à verdade dos factos se há de situar para além de toda a dúvida razoável¹⁰³.

No Brasil, entretanto, esse *standard* da prova não encontra necessária previsão legal, tendo o princípio da presunção de inocência por muito tempo assumido o papel desempenhado pelo *standard* da prova acima da dúvida razoável. Ambos cuidam da consagrada preocupação ocidental de que apenas os verdadeiramente culpados devem sofrer uma condenação criminal, sendo preferível que inúmeros culpados sejam absolvidos, do que seja condenado um único inocente¹⁰⁴.

Em contrapartida, os cenários fáticos e também as repercussões são muito divergentes em matéria cível e penal. Embora, como já exposto, não se possa separar ontologicamente diferentes tipos de verdade, não é possível negar, tampouco, que, em função do direito material em jogo, bem como dos princípios do *in dubio pro reo* e da própria noção de culpabilidade, existem consequências no campo probatório que

¹⁰¹ *Idem*

¹⁰² CHILE. **Código Procesal Penal** (2000). Art. 340. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res40.pdf. Acesso em: 12 fev. 2018. Cf. livre tradução: Ninguém pode ser condenado por um crime, a menos que o tribunal que o julgue adquira, além de uma dúvida razoável, a convicção de que o ato punível que foi objeto da acusação foi efetivamente cometido e que nele ao acusado pode ser atribuída participação culpável e punível pela lei.

¹⁰³ Relação de Guimarães 443/12.7JABRG.G1, JOÃO LEE FERREIRA, 17/02/2014). No mesmo sentido: Rcb 482/09.5BTMR.C1, TELES PEREIRA, 11/07/2012, Rcb 211/09.3TBCLB.C1, TELES PEREIRA, 27/03/2012, Rcb 693/09.3TBVNO.C1, TELES PEREIRA, 18/02/2014, 1994/09.6TBVIS.C1, TELES PEREIRA, 06/03/2012; RPt 1773/06.2TBVNG.P1, JOSÉ AMARAL, 28/02/2013 e RLx 26/10.6TTBRR.L1-4, ALDA MARTINS, 12/02/2014.

¹⁰⁴ FLETCHER, George P. **Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases**. 77 Yale L. J. 880 (1968) p. 881.

consistem justamente na implementação de diferentes *standards* ou modelos de constatação para o processo civil e o penal¹⁰⁵.

Tendo isso em consideração, esse modelo de constatação, da fórmula dos países de *common law*, vem sendo relevantemente empregado também no Brasil, em algumas decisões condenatórias proferidas por seus Juízos e Tribunais, contudo, como esse padrão de valoração da prova não é expressamente previsto em nossa legislação, surgem algumas dúvidas quanto à possibilidade e plausibilidade do referido emprego; motivo pelo qual no próximo tópico enfrentar-se-á, de maneira mais detida, sua aplicabilidade dentro do ordenamento jurídico pátrio.

¹⁰⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Op. Cit.* p. 179

6 APLICABILIDADE DO STANDARD PROBATÓRIO *BEYOND A REASONABLE DOUBT* NO DIREITO BRASILEIRO

A aplicabilidade dos modelos de constatação anglo-saxões no Direito Processual Penal brasileiro não é tema muito abordado na doutrina, salvo raras, porém enriquecedoras exceções, como os trabalhos dos professores Danilo Knijnik, Gustavo Badaró e José Paulo Baltazar Júnior. Contudo, conforme supramencionado, a utilização do *standard probatório beyond a reasonable doubt* vem se fazendo cada vez mais presente em diversas fundamentações judiciais brasileiras, principalmente nos casos de maior repercussão que envolvem a operação "Lava-jato".

Dessa forma, passa-se então a examinar, sem querer exaurir o tema, a aplicabilidade desse *standard* probatório no Direito brasileiro. Para tal, imprescindível tecer, antes de tudo, algumas considerações sobre a conformação constitucional do processo penal no país.

Em 1988 foi promulgada nossa Carta Constitucional democrática. Após anos de regime militar, o Estado foi estruturado aos moldes de um Estado democrático de Direito, modelo que consagra direitos e garantias individuais e ocupa a posição hierárquica mais elevada do ordenamento jurídico. Conseqüentemente, o nosso Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41), inspirado em modelo autoritário e inquisitivo (as funções de acusar, instruir e julgar eram concentradas em uma única pessoa), teve que reinterpretar suas normas, conformá-las ao sistema processual penal acusatório adotado pela Carta da República.

O sistema acusatório edifica-se, principalmente, a partir da separação das funções de acusar, instruir o feito e julgar (o magistrado é equidistante das partes, confere-lhes a paridade de armas e deve julgar o processo de forma imparcial) e estrutura-se sobre a presunção de inocência do réu, sobre o devido processo legal e sobre a vedação das provas ilícitas.

Insurgindo-se contra os postulados de um direito processual penal inquisitorial, surge então o princípio da presunção de inocência, que, sob análise mais atual, teve sua origem na Revolução Francesa, em fins do século XVIII, sendo reiterado na Declaração Universal de Direitos Humanos e também firmado posteriormente, em

1969, no pacto de San Jose da Costa Rica. Solevado à categoria de dogma constitucional, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, já acolhido por diversos tratados internacionais de direitos humanos, encontra-se previsto no art. 5º, inc. LVII, da CF/88 que diz que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*¹⁰⁶.

A partir de tal premissa se estabelecem essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal¹⁰⁷. É a partir dela que se consagra a vedação ao Poder Público de tratar o réu de forma incompatível com seu presumido *status* de inocente¹⁰⁸.

BADARÓ preleciona que o referido princípio é componente basilar de um modelo processual penal respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana¹⁰⁹. Assim é que a presunção de inocência, mediante sua tutela da liberdade pessoal, também impõe maior rigor na prova dos fatos incriminadores do que dos exculpadores. Provas mais formais e rígidas, como o corpo de delito, podem ser exigidas para a procedência da acusação, mas não para a sua improcedência e em certos casos é possível admitir provas ilícitas em benefício da defesa, mas nunca em benefício da acusação¹¹⁰.

¹⁰⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º, inc. LVII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 jan. 2018.

¹⁰⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.* p. 186

¹⁰⁸ Sobre o tema é imprescindível mencionar o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal de nosso país com relação à prisão após confirmação de sentença condenatória em 2ª instância. A compreensão anteriormente estabelecida pela Corte, conforme voto do Relator Min. Eros Grau no julgamento do HC n.º 84.078/MG, ocorrido em 05.02.2009, era a de que a Constituição asseguraria que nem a lei, e muito menos uma decisão judicial, poderiam impor ao réu sanção antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, que abrange todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>). Nada obstante, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, ocorrido em 17.02.16, de relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou-se entendimento de que a execução penal provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de Apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência (Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>). A discussão do tema gera bastante polêmica na doutrina atual. Nessa oportunidade, esta autora recomenda a leitura dos comentários de César Roberto Bitencourt *apud* Vânia Barbosa Adorno Bitencourt (Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>) e de Lenio Streck (Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>).

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo. *Op. Cit.* p. 16

¹¹⁰ GRECO, Leonardo. **O conceito de prova**. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goitacases. 2005. p. 217

Importante anotar que, malgrado sejam parecidos, os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* não se confundem, nem são sinônimos. Pode-se, no entanto, estabelecer que o princípio *in dubio pro reo* é uma decorrência do princípio da presunção de inocência, bem como do princípio do *favor rei*, que proclama que em caso de conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do acusado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quiser assistir ao triunfo da liberdade¹¹¹.

Aponta a doutrina¹¹² que o princípio da presunção de inocência pode ser dividido em três aspectos processuais distintos. O primeiro aspecto estabelece que no curso do processo penal o tratamento a ser dado ao imputado é o já acima referido, de inocente, sendo assim presumido até sentença penal irrecorrível que o declare culpado. A partir de tal afirmação, impede-se qualquer ato antecipado de juízo condenatório, que, caso ocorra, somente será possível se fundamentado em elementos concretos de periculosidade do acusado, por exemplo, na análise de necessidade da prisão como medida cautelar. Em outras palavras, o acusado somente terá sua liberdade restringida, antes de sentença condenatória definitiva, se a medida cautelar for necessária e conveniente conforme a lei exige.

O segundo aspecto do princípio da presunção de inocência diz respeito ao ônus da prova no momento da instrução processual. Quanto a este aspecto, diversos autores possuem entendimento de que exista regra segundo a qual ao autor caberia o ônus de provar fato constitutivo de direito e ao réu caberia provar fatos impeditivos do direito do autor¹¹³. Dessa forma, se surgida dúvida quanto a determinada excludente o acusado é desfavorecido, já que seria dele o ônus de comprová-la. LOPES JR., por sua vez, classifica tal posicionamento como gravíssimo erro¹¹⁴. A imprecisa analogia ao processo civil decorre de que a arguição da defesa não é de fato impeditivo, mas de negação do fato constitutivo do direito de punir¹¹⁵.

Em contrapartida, esse aspecto estabelece à acusação carga probatória na qual não só deve se provar o que fora alegado (autoria e materialidade do crime), mas também derrubar a presunção de inocência constitucionalmente consagrada do

¹¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71

¹¹² Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.* p. 189-190 e CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39

¹¹³ BADARÓ, Gustavo. *Op. Cit.* p. 213

¹¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.* p. 533-4.

¹¹⁵ BADARÓ, Gustavo. *Ibid.* p. 214

acusado. Esse entendimento coaduna com o tido também pelo Supremo Tribunal Federal, conforme trecho de julgado a seguir colacionado:

Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5)¹¹⁶.

As presunções importam na dispensa do encargo de quem as tem e a seu favor¹¹⁷. Assim, propriamente incumbe a quem acusa a demonstração da culpabilidade do réu e qualquer dúvida sobre os fatos arguidos deve levar à absolvição; neste ponto, o desdobramento do princípio examinado recai, inevitavelmente, sobre raciocínio acerca da valoração da prova.

O terceiro aspecto trata justamente desse momento de avaliação da prova. Na ocasião, quando houver insuficiência de provas para a condenação, o juiz deve prolatar sentença penal absolutória, vez que diante de um processo penal inserido em um Estado democrático de direito, tutelador da liberdade. Admitindo-se, então, preferível uma possível absolvição de um culpado, do que uma possível condenação de um inocente, momento em que se consagra o princípio *in dubio pro reo*. Nessa perspectiva, sempre que se caracterizar uma situação de prova dúbia, em relação a existência ou não de determinado fato, esta deve ser resolvida em favor do imputado¹¹⁸.

Nos termos dos ensinamentos trazidos por GOMES FILHO, o princípio em questão não se limita a uma garantia política do estado de inocência dos acusados, devendo, igualmente, ser analisado sobre o enfoque técnico jurídico, como regra de julgamento a ser adotada sempre que existir dúvida sobre fato relevante, quando a presunção de inocência se confundir com o princípio do *in dubio pro reo*¹¹⁹. Consubstancia-se a predominância do direito de liberdade do acusado quando

¹¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 88875. Amazonas. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. J. 07 dez. 2010. Diário de Justiça Eletrônico n. 051. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1812230&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%2051%20-%2009/03/2012>. Acesso em: 20 dez. 2017.

¹¹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição De 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Revista do Advogado. AASP. N.º 42, abril de 1994, p. 31

¹¹⁸ SOUZZA NETO, José Laurindo de. **Processo Penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 155

¹¹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Ibid.* p. 32

colocado em confronto com o direito de punir do Estado, ou seja, na dúvida, sempre prevalecerá o interesse do réu.

Inclusive, essa compreensão deve orientar as regras de interpretação judicial, de forma que, diante da existência de duas interpretações antagônicas, deve-se sempre escolher aquela que se apresenta mais favorável ao acusado. Não só os elementos do delito, mas também a punibilidade está subordinada ao *in dubio pro reo*. É necessário, em caso de condenação, que haja prova da existência de todos os elementos objetivos e subjetivos da norma penal e também da inexistência de qualquer elemento capaz de excluir a culpabilidade e a pena¹²⁰.

Nosso Código de Processo Penal consagra esse aspecto em diversos dispositivos. À exemplo do art. 386, inc. VI, que permite a absolvição do réu pelo juiz nos casos de inexistência de provas suficientes para a condenação; art. 607, que trata do protesto por novo júri, recurso privativo da defesa; e ainda, o art. 617, que proíbe a majoração da pena pelo tribunal, quando somente o réu tiver apelado da sentença (*reformatio in pejus*).

Diante dessa compreensão, o que se verifica no Direito brasileiro, como mencionado no capítulo anterior, é que a presunção da inocência é sempre tida em consideração nos julgamentos enquanto regra probatória. E, de 1988 para cá, o princípio em espeque vem funcionando de forma regente no nosso processo penal.

Ademais, o estudo desse princípio é muito importante, vez que em conjunto com os outros princípios constitucionais penais, são norteadores da política processual penal¹²¹ e acabam por diminuir o poder de verificação fática do juiz, bem como eventual arbitrariedade de sua convicção, assegurando maiores certezas ou seguranças possíveis nas decisões condenatórias. FERRAJOLI observa, entretanto, não se tratar da segurança do direito penal máximo, de que nenhum culpado fique impune, mas daquela narrada segurança do direito penal mínimo, de que nenhum inocente seja punido¹²². As garantias processuais de jurisdiccionariedade asseguram,

¹²⁰ BADARÓ, Gustavo. *Op. Cit.* p 330

¹²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928. **Manual de processo penal**. 9.a. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 16

¹²² FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* p. 122-123

com critérios sintáticos e pragmáticos de decisão sobre a verdade, sua verificação e sua refutação¹²³.

6.1 COMPATIBILIDADE DO *STANDARD* PROBATÓRIO ANGLO-SAXÃO *BEYOND A REASONABLE DOUBT* COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Tem-se primeiramente em consideração que a presença desse *standard* na legislação anglo-saxã é tida frente ao controle de admissibilidade de provas que antecede o julgamento dos fatos por juízes leigos. Não se pode negar, nessa esteira, que o ordenamento jurídico de *common law* difere em alguns pontos dos regramentos processuais criminais brasileiros.

No Brasil, os delitos de competência do Tribunal do Júri são os crimes dolosos contra a vida, enquanto que nos Estados Unidos, por exemplo, é possível que se tenha um julgamento pelo júri popular tanto em causas cíveis quanto em causas penais, sendo de sua competência todos os crimes, exceto os de responsabilidade, tendo em vista que em casos criminais o réu deve ser condenado a mais de seis meses de prisão para que tenha direito ao julgamento pelo Júri.

Isto ocorre em razão de a Constituição Americana prescrever que todos os acusados têm direito a um julgamento público e rápido, conforme sua Sexta Emenda, traduzida *in verbis*:

Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro. (Emenda VI). Tal julgamento deverá ser feito por jurado imparcial e selecionado pelo Estado, no Distrito no qual foi cometido o delito, sendo previamente estabelecido por lei, conforme previsão no artigo 3º, seção 2, parte final da Constituição Americana: (...)O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei¹²⁴.

¹²³ *Idem*

¹²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The Constitution of the United States. Amendment 6*. Disponível em: <https://www.usconstitution.net/const.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018. Livre tradução.

Só vão ao julgamento do júri os acusados que não se declaram culpados, a quem o Estado deve o *due process of law*. Estabelece-se que o processo é um direito subjetivo do acusado, que poderá renunciá-lo a qualquer momento, e fazer um acordo com a acusação antes da decisão final.

Importante ressaltar que a pedra angular da justiça nos Estados UA é o processo perante o Tribunal do Júri. O cidadão americano participa da vida pública não apenas a partir do direito ao voto, mas, em especial, pela possibilidade de integração ao corpo de jurados. Dessa maneira, a cidadania é também exercida através do Tribunal do Júri, vez que o poder emana do povo e, por intermédio dele, se evitam decisões arbitrárias na aplicação da lei¹²⁵.

BARBOSA ensina que as características da tradição do povo americano possibilitaram o surgimento de um espírito cívico e de uma consciência jurídica comum que tornam materialmente exequível o júri como regra e não a exceção¹²⁶. Dessa maneira, cumpre anotar que o sistema de *common law* se fundamenta na lei não escrita, no direito jurisprudencial e nos costumes; enquanto que o sistema de *civil law* (utilizado no Brasil) encontra alicerce na lei devidamente positivada.

O Direito, no *common law*, é feito e aperfeiçoado por seus tribunais e operadores, que têm sempre em consideração decisões tomadas em casos anteriores no momento de apreciar novos casos. Na oportunidade de não existir precedente, os magistrados detêm a prerrogativa e autonomia de estabelecê-lo, criando, então, uma interpretatividade sobre o caso concreto. Importante ressaltar, contudo, que não é que não existam leis positivadas, o que ocorre é que elas não constituem ponto único a ser considerado. As regras são adaptadas aos fatos expostos, às razões alcançadas pelos operadores do Direito e também pelas partes, mediante o debate e as teses elaboradas. O que se observa neste sistema jurídico é que os costumes vigentes na se tornaram normas de condutas, e, conseqüentemente, leis; cuja aplicabilidade não se vê exclusivamente vinculada à sua positivação.

Nada obstante as diferenças apontadas, os EUA e a maioria das democracias de língua inglesa do mundo apresentam também um modelo de sistema acusatorial. O sistema anglo-saxão estabelece a culpa através das provas, e não por meios

¹²⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 45

¹²⁶ BARBOSA, Rui. **Júri sob todos os aspectos**. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito. 1950. p. 28-35

obtidos através de métodos de coerção, em busca de uma verdade real¹²⁷. No *common law*, o acusado, assim como em nosso ordenamento, possui o direito de permanecer em silêncio e é o Estado que carrega o ônus de provar a sua culpa, constatada acima de uma razoável dúvida – *beyond reasonable doubt* –, utilizando provas legalmente obtidas, sempre a preservar as garantias constitucionais do acusado¹²⁸. Em decorrência da simetria buscada pelo modelo em questão, a acusação, que possui o aparato estatal para a persecução penal, é a única responsável por provar a culpa do acusado.

Outrossim, a partir do século XIX, ficou estabelecido no modelo anglo-saxão que quando um acusado ou suspeito se recusava a responder às acusações que lhe eram imputadas, uma afirmativa de “não culpado” (*not guilty*) deveria ser posta no lugar de suas respostas, com o mesmo peso e efeito que se o próprio acusado a houvesse dito, para então ser dado prosseguimento ao julgamento pelo júri (*trial by jury*), onde a mencionada regra prevalece até o momento da jurisdição¹²⁹. Dessa forma, não restam dúvidas de que o processo penal anglo-saxão é também pautado no princípio da presunção de inocência.

A título exemplificativo, para consubstanciar a afirmação supramencionada, a presunção de inocência nos Estados Unidos é obtida por meio da leitura da provisão do *due process of law*, prevista na 5ª e 14ª emendas à sua Constituição. Também no Canadá o princípio encontra disposição, dessa vez expressa, no texto de seu Ato de Constituição, em que o item 11 estabelece que: *Any person charged with an offence has the right: d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing*¹³⁰.

Assim, o juiz que preside o julgamento pelo Tribunal do Júri no sistema *common law* deve aclarar previamente aos juízes leigos uma série de observâncias que devem ser tidas em consideração antes destes darem o seu veredicto final, como por exemplo, a respeito da presunção de inocência e o ônus da acusação em firmar a

¹²⁷ GARDNER, Thomas J. *Op. Cit.* p. 10

¹²⁸ *Idem*

¹²⁹ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: Um Estudo Comparado**. Rio de Janeiro. Lúmen júris. 2004. pp. 27-28

¹³⁰ CANADÁ. **Constitution Act** (1982). 11. D. Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>. Acesso em: 02 fev. 2018. Livre tradução: Qualquer pessoa acusada por um crime tem o direito de ser presumida inocente até que se prove a culpa, com uma audiência justa e pública e com um tribunal independente e imparcial.

culpa do acusado além da dúvida razoável¹³¹. Logo, é possível perceber que esse ônus da prova que recai sobre o Estado está diretamente ligado ao princípio da presunção de inocência, na medida em que o ônus *probandi*, no que compete à culpabilidade, jamais se desloca para o réu.

No sistema processual anglo-saxão, em razão da presunção de inocência, a defesa tem a mera obrigação de desconstituir o padrão de prova exigido para condenação, para um grau abaixo, que já não é admitido na esfera criminal, alcançando dessa maneira a absolvição do acusado. Basta, então, que a defesa alcance uma dúvida razoável para conseguir absolver o acusado, pois à ele é garantido o estado de inocência.

A Câmara dos Lordes considerou a presunção de inocência como o *fio dourado que atravessa a teia do Direito britânico*, correspondendo este ao dever da acusação de provar a culpa acima de uma dúvida razoável, não cabendo ao acusado o ônus de convencer o júri de sua inocência¹³². O Acórdão *Woolmington v. DPP* estabelece, ainda, que caso as provas colhidas não sejam suficientes para formar a convicção do Júri, para além de uma dúvida razoável, deve o acusado ser absolvido e nenhuma outra conclusão é possível, independentemente da gravidade do crime¹³³.

A presunção de inocência, portanto, é um pilar da conformação do direito processual penal desse sistema jurídico¹³⁴, segundo o qual todo o cidadão se presume inocente enquanto esta presunção não for afastada por meios de provas, careadas pela acusação, a quem cabe provar a culpa e afastar todos os argumentos em sentido contrário que não sejam absurdos e improváveis.

Frisa-se mais uma vez que os *standards* probatórios estabelecem padrões mínimos para se aferir a suficiência da motivação de fato nas decisões judiciais e, na mesma esteira, aumentar o controle sobre elas e a dúvida razoável não é uma dúvida fundada em simpatias ou preferências. Pelo contrário, ela é assentada na razão e no senso comum.

¹³¹ *R. v. Lifchus*. 3 SCR 320 (1997). Disponível em: <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1997/1997rcs3-320/1997rcs3-320.html>. Acesso em: 25 jan. 2017.

¹³² *Woolmington v. DPP*. UKHL 1 (1935)

¹³³ *Idem*

¹³⁴ *Coffin v. Unites States*. 156 U.S. 432 (1895)

A prova não remete à uma busca da certeza absoluta – que, conforme já visto anteriormente, é inalcançável. A prova não é sem nenhuma dúvida e tampouco é uma dúvida imaginária ou efêmera. É necessário sopesar no direito anglo-saxão a probabilidade de uma determinada culpa, verificando o maior grau de convicção possível e, caso se conclua que o acusado é provavelmente culpado, falamos de absolvição¹³⁵.

Colocados tais pontos, importa agora fazer um breve apurado do que já foi exposto no trabalho até aqui. Primeiramente denotou-se que o *standard* da prova *beyond a reasonable doubt* é um padrão utilizado em todos os julgamentos criminais dos países de cultura jurídica anglo-saxã. Logo depois estabeleceu-se que o ônus de provar a culpa do acusado no *commom law* recai sempre sobre a acusação, nos moldes do sistema acusatório e em observância ao que fora primeiramente anotado. Por fim, observa-se que o princípio da presunção de inocência é escopo do direito processual penal dos países anglo-saxões – assim como no direito brasileiro –, e que no seu modelo jurídico o *standard beyond a reasonable doubt* a presunção de inocência encontra-se intimamente ligada.

Após o paralelo traçado, fica evidente que, embora não seja previsto o modelo de constatação sob análise no direito processual penal brasileiro, este encontra receptividade em algumas provisões do nosso Código Processual Penal e Constituição. Além do mais, uma permuta possibilita que a epistemologia tenha um papel fundamental também dentro dos sistemas de cultura jurídica romano-germânica (*civil law*), especificamente no que concerne à livre valoração das provas, definindo critérios que permitam uma decisão mais racional sobre os fatos.

Dessa maneira, é possível pensar em um intercâmbio entre as tradições jurídicas romano-germânicas (da qual o Brasil faz parte) e as anglo-saxônicas nesse aspecto, momento em que ambas podem se complementar, na expectativa de atender aos anseios sociais de forma mais dinâmica e a tutela de forma mais efetiva e adequada dos direitos inerentes aos cidadãos. Em continuidade, passa-se a aferir como tem se dado a aplicabilidade do *standard probatório beyond a reasonable doubt* no ordenamento pátrio.

¹³⁵ *R. v. Lifcus. Op. Cit.*

6.2 A INDEVIDA APLICAÇÃO DO STANDARD DA PROVA *BEYOND A REASONABLE DOUBT* NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO PELA ATUAL PRÁTICA JURISPRUDENCIAL PÁTRIA

Para que seja satisfeita a constatação da prova *beyond a reasonable doubt*, ao final do processo judicial deve existir uma elevadíssima probabilidade de verossimilhança dos fatos narrados na denúncia. Essa probabilidade deve ser tamanha que as únicas dúvidas remanescentes se encontrem fundadas em especulações, suspeitas e abstrações. Dessa forma, deve ficar excluída, pelas provas reunidas nos autos, a alternativa de que o acusado seja inocente¹³⁶. Assim coloca Denning J, no caso americano *Miller v. Minister of Pensions*, conforme excerto transcrito a seguir:

*If the evidence is so strong against a man as to leave only a remote possibility in his favour which can be dismissed with the sentence "Of course it is possible but not in the least probable", the case is proved beyond reasonable doubt; nothing short will suffice*¹³⁷.

Conclui-se, portanto, que esse modelo probatório se comporta como mais uma proteção ao acusado no processo criminal. O referido *standard* estabelece parâmetro mais rigoroso para que se produza uma condenação e sua função primordial é permitir o controle da motivação do juízo de fato¹³⁸. Assim, caso seja utilizado, o critério impõe à necessidade de fundamentação das decisões uma maior certeza alcançável, submetida ao contraditório, e, conseqüentemente, é exercido um maior controle sobre ela, controle este pouco discutido em nossa doutrina ou jurisprudência, que muito trata sobre a necessidade da fundamentação, mas pouco sobre a medida de suficiência desta.

Em nome do instituto do livre convencimento motivado, muitas decisões pátrias ignoram princípios e garantias constitucionais, orientações da doutrina e até mesmo a própria lei em alguns casos. Nessa perspectiva, como já anteriormente constatado, a condição do sistema vigente é insustentável, motivo pelo qual a aplicação do

¹³⁶ BALTAZAR JR, José Paulo. *Op. Cit.* p. 127-144.

¹³⁷ *Miller v. Minister of Pensions* (1947) 2 All ER 372. Tradução livre: Se a evidência for tão forte contra um homem, a ponto de deixar apenas uma possibilidade remota a seu favor, que pode ser descartada com a frase "É claro que é possível, mas não é menos provável", o caso está provado além de qualquer dúvida razoável; nada abaixo será suficiente.

¹³⁸ BALTAZAR JR, José Paulo. *Ibid.* p. 183

standard beyond a reasonable doubt viria a calhar, na medida em que estipularia controles racionais externos à construção lógica das decisões jurídicas criminais.

Atualmente tem sido ampla a utilização do referido modelo de constatação nas decisões brasileiras, o que leva a pensar esse recente emprego como algo positivo, contudo, não é esta a realidade que se vê. Na maioria das vezes, salvas as louváveis exceções, o *standard* da prova acima da dúvida razoável tem sido referenciado de forma vazia, sem a devida interpretação do conceito, como se fosse o mesmo que “certeza” no processo penal.

Sob o prisma da primeira instância, alusões ao *standard* probatório *beyond a reasonable doubt* são notadamente encontradas em inúmeras sentenças da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, dentre as quais se destaca a Ação Penal n. 5036528-23.2015.4.04.7000/PR, que tem como um dos réus Marcelo Bahia Odebrecht e a Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, que tem como um dos réus Luiz Inácio Lula da Silva. Veja-se, respectivamente, excertos abaixo transcritos:

Enfim, mesmo que os criminosos colaboradores não tenham tido, como afirmam, contato direto acerca de negociação de propinas com Marcelo Bahia Odebrecht, há um conjunto de provas muito robusto que permite concluir, acima de qualquer dúvida razoável, que o pagamento das propinas pelo Grupo Odebrecht aos agentes da Petrobrás, com destinação de parte dos valores a financiamento político, não foi um ato isolado, mas fazia parte da política corporativa do Grupo Odebrecht, e que Marcelo Bahia Odebrecht foi o mandante dos crimes praticados mais diretamente pelos executivos Márcio Faria da Silva, Rogério Santos de Araújo, Cesar Ramos Rocha e Alexandrino Alencar. Não é nada anormal, aliás, que Marcelo Bahia Odebrecht não tenha negociado diretamente o pagamento de propinas com os executivos da Petrobrás, já que ele, com essa conduta, apenas se exporia mais, tendo subordinados a ele que podiam desempenhar as atividades ilícitas.

Não é necessário, como reclama a Defesa de Marcelo Bahia Odebrecht, reportar-se à conhecida teoria do domínio do fato para a responsabilização dele e que, aliás, jamais teve o sentido de determinar, na perspectiva probatória, o autor de um crime. Basta a referência às provas acima discriminadas e ao mais conhecido artigo 29 do Código Penal¹³⁹.

Há que se reconhecer como provado, acima de qualquer dúvida razoável, considerando cumulativamente a prova material e a quantidade de depoimentos, incluindo dos pagadores de propinas e dos beneficiários, que os contratos discriminados na denúncia, entre

¹³⁹ PARANÁ. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. Ação Penal n. 5036528-23.2015.4.04.7000. J. 08 mar. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/03/sentencaOdebrecht.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

a Petrobrás e os Consórcios CONPAR e CONEST/RNEST, integrados pela Construtora OAS, seguiram as regras do esquema criminoso que vitimou a Petrobrás, ou seja, foram obtidos com ajuste fraudulento de licitações e envolveram o pagamento de vantagem indevida de cerca de 2% sobre o seu valor e que foram destinados aos agentes da Petrobras, mas especificamente à Diretoria de Abastecimento e à Diretoria de Serviços e igualmente a agentes políticos e a partidos políticos.

Dos valores, da parte cujo pagamento ficou sob a responsabilidade da OAS, cerca de dezesseis milhões de reais foram destinados exclusivamente à conta corrente geral de propinas mantida entre o Grupo OAS e agentes políticos do Partido dos Trabalhadores¹⁴⁰.

Em artigo de sua autoria, o juiz titular da referida Vara, Sérgio Fernando Moro, reputa que no direito brasileiro o que vale é o livre convencimento motivado do julgador e que, nessa medida, o acervo probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, deve ser robusto o suficiente meramente para que se alcance o *standard* probatório próprio do processo penal, como previsto na fórmula anglo-saxã “acima de qualquer dúvida razoável”¹⁴¹. Ele acredita que tal consideração não implica em um enfraquecimento das garantias do acusado no processo penal, tendo em vista que a prova, ainda que indireta, deve ser suficientemente convincente para satisfazer o esse *standard* criminal da prova¹⁴².

Sobre a sentença proferida na citada Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (caso Lula), especificamente, é necessário se fazer um adendo a respeito da adoção da linha lógico-argumentativa das alegações finais do Ministério Público Federal no que diz respeito ao Teorema de Bayes. Embora o que se aponte a seguir não cuide explicitamente do *standard* probatório *beyond a reasonable doubt*, inevitavelmente recai na reprovação ao enorme espaço dado à discricionariedade no sistema do livre convencimento motivado e na conseqüente indagação referente à necessidade de um controle na racionalização decisória.

O *Parquet* propôs ao juízo o referido Teorema e asseverou:

Muito sucintamente, o bayesianismo, fundado na atualização de probabilidades condicionais do Teorema de Bayes, busca atualizar a probabilidade de uma hipótese com base em evidências apresentadas. Na linguagem probabilística, uma evidência E confirma

¹⁴⁰ PARANÁ. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000. J. 12 jul. 2017. Disponível em: http://estaticog1.globo.com/2017/07/12/sentenca_lula.pdf. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁴¹ MORO, Sergio Fernando. **Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária**. Conjur. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-17/sergio-moro-expoe-opinioao-autonomia-crime-lavagem>. Acesso em: 17 dez. 2017.

¹⁴² MORO, Sergio Fernando. *Op. Cit.*

ou desconfirma uma hipótese H. Contudo, a vertente probabilística de análise de prova apresenta inúmeras dificuldades para as quais ainda não foi apresentada resposta convincente, como o problema das probabilidades iniciais, a complexidade dos cálculos, o problema da classe de referência, o paradoxo das conjunções, as evidências em cascata etc. Já de acordo com o explanacionismo, a evidência é vista como algo que é explicado pela hipótese que é trazida pela acusação ou pela defesa ¹⁴³.

De maneira simples, PORCIÚNCULA apresenta o tema da seguinte forma:

$P(H/E) = P(E/H) \times P(H) / P(E/\neg H)$. Lê-se: a probabilidade condicional de que seja verdadeira a hipótese H dada a evidência E [P(H/E)] é igual à probabilidade de que ocorra E se é verdadeira a hipótese H [P(E/H)] multiplicado pela probabilidade da hipótese H [P(H)], dividido pela probabilidade de que ocorra E se não é verdadeira a hipótese H [P(E/¬H)]¹⁴⁴.

Em análise aos dois excertos, conclui-se que ao acolher tais alegações o juízo sacrificou indiscutivelmente a presunção da inocência, princípio basilar da constituição do direito penal pátrio. Isso porque, para preservar tal garantia fundamental, necessariamente, seria preciso se atribuir à hipótese da culpabilidade uma probabilidade inicial (*prior probability*) igual a zero. Isto é, $P(H) = 0$ ¹⁴⁵.

Em contrapartida, a consequência inevitável dessa atribuição é que a probabilidade final da hipótese P(H/E) seria zero, vez que, conforme o Teorema de Bayes, multiplica-se a probabilidade condicionada inversa P(E/H) pela probabilidade inicial P(H), e qualquer número multiplicado por zero resulta, de maneira óbvia, em zero¹⁴⁶. Qualquer atribuição diferente da narrada, ainda que se considere a probabilidade inicial como 0,1, impreterivelmente, viola o princípio da presunção de inocência, vez que parte do pressuposto de que exista ao menos alguma culpabilidade preliminar. Assim, no âmbito de um direito criminal pautado em garantias fundamentais, a teoria em tela não encontra aplicabilidade.

Nada obstante, a linha argumentativa do MPF optou por sua aplicação e, portanto, inevitavelmente atribuiu culpabilidade ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva antes mesmo de considerar qualquer prova disponível, em sacrifício impiedoso

¹⁴³ PARANÁ. Ministério Público Federal do Paraná. Alegações Finais. Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000. 02 jun. 2017. Disponível em: https://www.revistaforum.com.br/wp-content/uploads/2017/06/912_ALEGACOES1.pdf. Acesso em: 25 fev. 2018.

¹⁴⁴ PORCIÚNCULA, José Carlos. **Condenação de Lula é absolutamente nula "para além de qualquer dúvida razoável"**. CONJUR. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-24/carlos-porciuncula-condenacao-lula-absolutamente-nula>. Acesso em: 25 fev. 2018.

¹⁴⁵ *Idem*

¹⁴⁶ PORCIÚNCULA, José Carlos. *Op. Cit.*

ao princípio da presunção de inocência. Na mesma linha, tendo em vista que o Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba amparou tal argumentação, também renunciou à referida garantia fundamental.

Por derradeiro, ficam alguns questionamentos: É válido, para alcançar a ânsia de uma condenação, descartar o que se ensinou nas academias jurídicas por mais de séculos? De que forma essa postura torna uma decisão judicial mais honesta?

Para não perder o fio da meada, retoma-se ao apurado anterior. Nessa esteira, também o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tendo por Relator o Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, em apreciação à Apelação n. 5083376-05.2014.4.04.7000 utiliza o modelo de constatação dos países de *commom law*. Transcreve-se parte de ementa que referencia o *standard*:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. 'OPERAÇÃO LAVA-JATO'. COMPETÊNCIA DA 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ACORDO DE COLABORAÇÃO. IMPUGNAÇÃO POR CORRÉU. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. DENÚNCIA PELOS CRIMES ANTECEDENTES À LAVAGEM DE DINHEIRO. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DA IMPRENSA. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NÃO VIOLADOS. 15. 'A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o 'standard' anglo-saxônico - a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável -, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.', consoante precedente do STF, na AP 521, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 05.02.2015. 16. Demonstrado que alguns dos agentes atuavam em associação estruturada, com sofisticação nas condutas e certo grau de subordinação entre os envolvidos, com o objetivo de obter vantagem econômica mediante a prática de delitos, é de ser preservada a condenação pelo crime de pertinência à organização criminoso. (...)¹⁴⁷.

O referimento é também feito pelo Relator no julgamento das Apelações n. 5083258-29.2014.4.04.7000¹⁴⁸, 5083401-18.2014.4.04.7000¹⁴⁹, 5026212-

¹⁴⁷ PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5083376-05.2014.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. J. 29 nov. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8238189. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁴⁸ PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5083258-29.2014.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. J. 08 abr. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8567868. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁴⁹ PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5083401-18.2014.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. J. 16 ago. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8960437. Acesso em: 15 dez. 2017.

82.2014.4.04.7000¹⁵⁰, 5023135-31.2015.4.04.7000¹⁵¹, 5012331-04.2015.4.04.7000¹⁵², 5039475-50.2015.4.04.7000¹⁵³, 5030424-78.2016.4.04.7000¹⁵⁴, entre outras.

Por oportuno, colaciona-se a este trabalho comentário feito pelo Desembargador João Pedro Gebran Neto em evento jornalístico ocorrido em Buenos Aires/Argentina, no dia 02 de novembro de 2017. O magistrado afirmou que “acabou a ingenuidade” nos julgamentos de casos de corrupção, nos quais não se deve esperar uma “*prova insofismável*” para eventualmente condenar um acusado. Os juízes brasileiros, segundo ele, agora reputam como suficiente uma “*prova acima da dúvida razoável*”, desde que se possa identificar “*convergência*” nos elementos probatórios do processo¹⁵⁵.

E, já que tão debatida no Brasil inteiro, traz-se novamente ao debate a Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000. Em seu voto no julgamento da Apelação do famoso caso do tríplice, o Desembargador Relator apontou o seguinte:

Essa 'prova acima de uma dúvida razoável' importa no reconhecimento da inexistência de verdades ou provas absolutas, devendo o intérprete/julgador valer-se dos diversos elementos existentes nos autos, sejam eles diretos ou indiretos, para formar sua convicção¹⁵⁶.

¹⁵⁰ PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5026212-82.2014.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. J. 23 nov. 2016. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7988612. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁵¹ ¹⁵¹ PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5023135-31.2015.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. J. 13 set. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8926794. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁵² PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5012331-04.2015.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. J. 27 jun. 2017. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8684969. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁵³ PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5039475-50.2015.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. 02 ago. 2017. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8842935. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁵⁴ PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5030424-78.2016.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. J. 19 out. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9047996. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁵⁵ Poder 360. **Acabou a ingenuidade' em casos de corrupção, diz juiz do recurso de Lula.** 03 nov. 2017. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/lava-jato/acabou-a-ingenuidade-em-casos-de-corrupcao-diz-juiz-do-recurso-de-lula/>. Acesso em: 19 jan. 2017.

¹⁵⁶ PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5046512-94.2016.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. 30 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-relator-lula-trf4.pdf>

Além disso, a 'prova acima de uma dúvida razoável' implica no firme convencimento acerca da ocorrência do fato e da culpa do acusado. Por vezes, a certeza absoluta é de obtenção praticamente impossível ou, ao menos, inviável. Isso porque a obtenção de prova cabal a respeito dos fatos, sob a ótica da verdade, é pretensão ilusória¹⁵⁷.

Do apresentado, é possível inferir uma aplicação um tanto equivocada do *standard beyond a reasonable doubt*, mais característica do direito civil, onde na esfera do princípio da livre apreciação da prova, não se exige que a convicção do julgador sobre a validade dos fatos apontados pelas partes equivalha a uma certeza absoluta, bastando um juízo de suficiente de probabilidade ou verossimilhança¹⁵⁸. Veja-se que em ambas as situações não se menciona o grau elevadíssimo necessário dessa probabilidade (aí sim característico do direito penal) e que em nenhum momento existe a preocupação em somente descartar outras alternativas apontadas pela defesa casos estas se encontrem verdadeiramente dissociadas do cenário construído pelas provas, que deve ser robusto e farto.

Evidentemente, na esfera criminal, estamos além da própria alta probabilidade, convindo salientar o que foi exposto em capítulo anterior de que existe e deve ser reconhecida uma segura diferença entre os *standards*. Dessa maneira entendeu a Suprema Corte dos EUA (*In Re Winship*) ao rejeitar proposição de que haveria apenas uma tênue diferença entre o *standard of proof beyond a reasonable doubt* e o *preponderance of evidence*¹⁵⁹.

O equívoco acerca do grau de probabilidade necessário para a utilização do *standard* próprio do direito penal pode ser observado até mesmo nos Tribunais Superiores. Segue trecho de ementa do julgamento da Ação Penal n. 694:

DEPUTADO FEDERAL. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. QUADRILHA E CRIMES LICITATÓRIOS. PRESCRIÇÃO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ATIPICIDADE. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. COLABORAÇÃO PREMIADA. CORROBORAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. Lavagem de capitais e crimes licitatórios: reconhecido vínculo direto entre o pagamento da propina e o dinheiro contaminado proveniente de fraudes às licitações anteriores, das quais o acusado participou ou, no mínimo, delas teve ciência inequívoca. No caso, o acusado (i) teve ciência das fraudes às licitações que subsidiaram o dinheiro contaminado da corrupção e (ii) a propina foi paga mediante expedientes de ocultação e dissimulação

¹⁵⁷ *Idem*

¹⁵⁸ FREITAS, Lebre de. **Introdução do Processo Civil**, Coimbra Editora, 1996, pp. 160-161

¹⁵⁹ KNIJNIK, Danilo. *Op. Cit.*

da origem criminosa dos recursos. Após, (iii) parte dessa propina foi reintroduzida no mercado formal via novos mecanismos de dissimulação que visaram à formação de patrimônio com aparência de licitude (higienização do produto do crime). 6. A colaboração premiada é meio de obtenção de prova (artigo 3º da Lei 12.850/2013). Não se placita - antes ou depois da Lei 12.850/2013 -, condenação fundada exclusivamente nas declarações do agente colaborador. Na espécie, as provas documentais, testemunhais e perícias produzidas, além corroborarem as declarações dos colaboradores, comprovaram a autoria e o dolo para além de dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), inexistentes causas de exclusão de ilicitude e culpabilidade. Condenação, em concurso material, da corrupção passiva com a lavagem de capitais¹⁶⁰.

Apresentado compilado de decisões e apontadas algumas considerações acerca do processo de construção do juízo de fato de alguns de nossos juízes, é retomada a crítica feita ao modelo de interpretação probatória do livre convencimento motivado. Em detida análise às decisões aqui transcritas e pautadas na livre apreciação da prova, é possível verificar, além do que já fora apontado, uma certa preponderância do raciocínio justificatório sobre o raciocínio decisório em si, além de uma deturpação do conceito do modelo de constatação anglo-saxão.

Existe costume em se fundamentar com base na decisão – *adaequatio intellectus et rei*¹⁶¹. Malgrado seja a motivação consubstanciação do raciocínio decisório, o centro da decisão judicial não pode ser a maneira como o julgador fundamenta seu ato, mas de que forma estabelece seu raciocínio para formar essa decisão – *adaequatio rei et intellectus*.

Isto posto, apesar de aparentemente os juízes das decisões aqui transcritas terem utilizado o *standard* probatório *beyond a reasonable doubt* como um requisito mínimo a ser atendido para que se conclua pela responsabilidade dos acusados, não o fizeram da melhor maneira. Vemos que a garantia não é utilizada no momento de racionalização da valoração das provas. Ela somente é referida após convencimento predeterminado.

Importante consignar que o processo de valoração da prova não pode meramente apostar em intuições, deduções e subjetivismos. Contudo, o que se percebe na postura dos juízes mencionados é um desprezo por critérios substantivos

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 694/ Mato Grosso do Sul. Rel. Min. Rosa Weber. 1ª Turma. Diário de Justiça Eletrônico n. 268, 27 nov. 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=13504717&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20195%20-%2030/08/2017>. Acesso em: 16 jan. 2018.

¹⁶¹ SAMPAIO, Denis. *Op. Cit.*

e uma ode à ficcionalização das respostas¹⁶². Na prática, o que vemos em seu processo de construção da racionalização da prova é a formulação de respostas antes de perguntas. Assim, é possível até mesmo se falar que os juízos de fato têm cuidado, na verdade, de “deduções” porque constroem, artificialmente, as premissas¹⁶³.

Ademais, verifica-se também um emprego um tanto atécnico do *standard* da prova *beyond a reasonable doubt*, vez que pouco se explica sobre o conceito e origem desse modelo de constatação, que como já referido, é uma garantia e, nessa compreensão, não deve nunca ser interpretado em analogia *in malam partem*.

Importa considerar que a distanciação do sistema de tarifação da prova não é uma carta branca para que os juízes disponham sobre os aspectos e instruções do processo como bem entenderem. Um país com aspirações garantistas em tempo algum pode ter seus juízes na posição de justiceiros. Invocar o dever cívico e esquecer das garantias constitucionais de todo o cidadão, principalmente a da presunção de inocência, desvanece uma decisão justa e acaba alcançando justamente o oposto.

A utilização correta do *standard* da prova *beyond a reasonable doubt* estabelece um padrão mais elevado, nunca o contrário. Exige que a acusação traga todos os elementos de prova necessários para formar a culpa do réu além da dúvida razoável, ou melhor, além de uma possibilidade razoável de inocência. Logo, caso as provas não sejam cabais, plenamente aptas a determinar a culpabilidade do acusado, há que se falar em absolvição.

O emprego desacertado pode ter se dado em função da complexidade que gira em torno do conceito de dúvida razoável e dos contornos de seu *standard* – que já foram delineados anteriormente. O’CONNOR anotou que “*although the standard of reasonable doubt is an ancient and honored aspect of our criminal justice system, it defies easy explication*”¹⁶⁴.

Em contrapartida, destaca-se que a partir do referido padrão jamais um édito condenatório pode ser fundado em presunções ou ilações, tampouco é concebível a

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Livre apreciação da prova é melhor do que dar veneno ao pintinho?** Senso incomum. CONJUR. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-13/senso-incomum-livre-apreciacao-prova-melhor-dar-veneno-pintinho>. Acesso em: 25 fev. 2018.

¹⁶³ *Idem*

¹⁶⁴ *Victor v. Nebraska*. 114 S. Ct. 1239 (1994). At 1242. Livre tradução: Embora o padrão de dúvida razoável seja um aspecto antigo e consagrado no nosso sistema de justiça criminal, desafia a fácil explicação.

sua utilização inexata para consubstanciá-las. A devida aplicação do *standard* probatório *beyond a reasonable doubt* precisa, antes de qualquer coisa, verificar sua origem e conceito, que é intimamente conectada aos princípios constitucionais da presunção da inocência e do devido processo legal.

O processo precisa ser respeitado com todas as suas garantias, conforme os mandamentos constitucionais e a lei. Suas determinações não podem ser vistas como um problema, ainda que se preste a apurar esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro de dimensões gigantescas ou qualquer outra conduta de alta gravidade¹⁶⁵, como nos casos da operação lava-jato.

FERRAJOLI explica que o processo penal se identifica com a garantia da liberdade do cidadão, mediante a garantia da verdade – não uma verdade caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro¹⁶⁶. Por esse motivo que, somente se for aplicado conforme sua disposição característica e originária, o *standard* da prova acima da razoável pode ser empregado e, assim o sendo, tem muito a acrescentar ao direito pátrio, na medida em que introduz uma visão mais epistêmica acerca da valoração da prova.

Por derradeiro, assevera-se que para que exista confiança na justiça e, conseqüentemente, no Poder Judiciário, é necessário que nossos juízes se encontrem na posição de simples juízes, e não na de justiceiros. O Juiz, no âmbito de sua jurisdição, deve inspirar a crença no julgamento justo e imparcial, onde suas decisões não retratem fruto de aspirações pessoais.

¹⁶⁵ ARABI, Abhner Youssif Mota. **O processo não é um problema, é garantia. O casuísmo é que é o problema.** CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-05/abhner-arabi-casuismo-nao-processo-problema?>. Acesso em: 14 fev. 2018.

¹⁶⁶ FERRAJOLI. Luigi. *Op. Cit.* p. 502

7 CONCLUSÃO

Após a introdução, analisou-se no segundo capítulo a busca pela verdade no âmbito processual, tendo sido estabelecido que uma decisão judicial justa, partindo do discernimento de que a verdade absoluta é inalcançável, deve pautar-se pela racionalidade, tomando sempre em consideração o valor de uma hipótese de probabilidade na ordem da conexão causal entre o fato aceito como provado e o conjunto dos fatos adotados como prova. No terceiro capítulo, estudou-se sobre a teoria das provas, momento em que se elucidou alguns de seus conceitos principais e foi feita uma apreciação dos sistemas de valoração da prova.

Observou-se que o sistema do livre convencimento motivado encontra grande espaço para discricionariedade e que uma alternativa para mitigar possíveis danos aos bens da vida seriam “controles” ou “modelos de constatação” capazes de evitar que o sistema recaísse em arbítrio. Na exposição a esse respeito, ficou demonstrado não apenas a defasagem do sistema, mas também a necessidade, por conta disso, de uma correção científica a ser construída em termos de *standards* jurídicos. A partir de sua apropriação pelo sistema brasileiro, não se permitiria, sem mais, que não se fizesse uma apresentação dos principais modelos de constatação já existentes.

No espaço seguinte foi elaborada, então, exposição acerca dos *standards* probatórios dos países de *commom law*: o *preponderance of evidence*, o *clear and convincing evidence* e o *beyond a reasonable doubt*. Sendo o primeiro utilizado no juízo cível, o segundo para questões cíveis de maior relevância social e o terceiro no processo penal. Ultrapassada a apresentação, destacou-se o último *standard*, o *beyond a reasonable doubt* em maior exposição a seu respeito e, posteriormente, foi feito um paralelo entre a conformação constitucional do direito processual penal brasileiro e as origens do referido modelo de constatação.

Concluiu-se que o *standard* anglo-saxão *beyond a reasonable doubt* concretiza o princípio da presunção da inocência¹⁶⁷ e orienta o processo penal anglo-saxão em sua totalidade. Foi constatado também que do Estado é exigido um elevado padrão na concepção de uma certeza acerca da culpabilidade e, como referido durante todo

¹⁶⁷ DIAMOND, Henry A. *Reasonable doubt: to define, or not to define*, 90 COLUM. L. REv. 1716 (1990) p. 1.717

o presente trabalho, o *standard* funciona como uma garantia do acusado, um controle sobre a motivação judicial das decisões.

Dessa maneira, tendo em vista que o Brasil é um Estado democrático de direito, que tem a liberdade individual como valor jurídico estruturante e a presunção de inocência como princípio político do processo penal, apurou-se que não há óbice para a aplicação do referido modelo de constatação na sua prática jurídica. A aplicabilidade desse *standard* introduz uma visão mais epistêmica em relação à livre valoração das provas e busca pela verdade no processo penal, prefixando critérios que possibilitam uma decisão racional sobre os fatos. Além do mais, diversos países de tradição romano-germânica, em rejeição às arbitrariedades encontradas no sistema do livre convencimento motivado, já partiram à importação do *standard* penal anglo-saxônico.

Por fim, colacionou-se alguns julgados brasileiros que aplicam o modelo de constatação anglo-saxônico no Brasil e foi possível se constatar um certo equívoco por parte dos juízos no que concerne ao grau de suficiência estabelecido pelo padrão americano, traçando-se, nessa medida, diversas críticas à completa liberdade do sistema do livre convencimento motivado, que para nossos magistrados “é o que vale” no final das contas, ainda que sacrifique a presunção de inocência ou se faça uma importação incorreta do direito comparado.

Em razão deste último ponto, firmou-se que caso exista uma aplicação do *standard* do sistema de *commom law* no direito brasileiro, a mesma deve seguir as diretrizes originárias do instituto, verificando sua origem e conceito. A importação responsável do modelo de constatação da prova deve ser sempre feita com cautela, sob pena de desrespeito às garantias penais fundamentais do cidadão brasileiro e completa desvirtuação do significado da máxima anglo-saxônica, que possui a racionalização e o emprego constante do contraditório como ideais.

REFERÊNCIAS

- ARABI, Abhner Youssif Mota. **O processo não é um problema, é garantia. O casuísmo é que é o problema.** CONJUR. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-05/abhner-arabi-casuismo-nao-processo-problema?>. Acesso em: 14 fev. 2018.
- ARANHA FILHO, Adalberto José. **Da prova no processo penal.** 7 ed. Saraiva, 2006.
- ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. **A prova por indícios no processo penal.** Lumen Juris. 2009.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal: Tomo I.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal.** Ed: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2013.
- BALMES, Jaime. **O critério.** 1.ed. São Paulo: LOGOS, 1957
- BALTAZAR JR., José Paulo. **Standards probatórios no Processo Penal.** Revista AJUFERGS/04. 2007.
- BARBOSA, Rui. **Júri sob todos os aspectos.** Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito. 1950.
- BAZARIAN, Jacob. **O problema da verdade.** Edições Símbolo, 1980.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.
- BITENCOURT, César Roberto *apud* BITENCOURT, Vânia Barbosa Adorno. **Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC.** Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>. Acesso em: 08 mar. 2018.
- BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England. First Edition.** Oxford: Printed at the Clarendon Press, 1765-1769. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp. Acesso em: 21 nov. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Art. 5º, inc. LVII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 jan. 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3689/41. **Código de Processo Penal**, art. 155. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 14 fev. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 694/ Mato Grosso do Sul. Rel. Min. Rosa Weber. 1ª Turma. Diário de Justiça Eletrônico n. 268, 27 nov. 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=13504717&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20195%20-%2030/08/2017>. Acesso em: 16 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.078. Minas Gerais. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, J. 05 fev. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292. São Paulo. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno, J. 17 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 08 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 88875. Amazonas. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. J. 07 dez. 2010. Diário de Justiça Eletrônico n. 051. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1812230&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%2051%20-%2009/03/2012>. Acesso em: 20 dez. 2017

CANADÁ. **Constitution Act** (1982). 11. D. Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>. Acesso em: 02 fev. 2018.

California Civil Jury Instructions (CACI). Disponível em: <https://www.justia.com/trialslitigation/docs/caci/200/201.html>. Acesso em: 12 nov. 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. BRUNO, Francisco Galvão. Trad. 1 vol. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2004.

CHILE. **Código Procesal Penal** (2000). Art. 340. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res40.pdf. Acesso em: 12 fev. 2018.

CLERMONT, Kevin M. **Standards of Proof Revisited**. *Cornell Law Faculty publications, Paper 13*, 2009.

Coffin v. Unites States. 156 U.S. 432 (1895).

COMMONWEALTH vs. JOHN W. WEBSTER. 5 Cush. 295, 59 Mass. 295. (1850)

Concrete Pipe & Prods., Inc, v. Constr. Laborers Pension Trust, 508 U.S. 602, 622 (1993).

DIAMOND, Henry A. **Reasonable doubt: to define, or not to define**, 90 COLUM. L. REv.(1990).

DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 2009.

ENGEL, Christoph. **Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law**. *Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods*. Bonn, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Constitution of the United States**. *Amendment 6*. Disponível em: <https://www.usconstitution.net/const.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER BELTRÁN, J. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

- FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: Um Estudo Comparado**. Rio de Janeiro. Lúmen júris. 2004.
- FLEMMINGS JR., James. **Burdens of Proof**, 47 Va. L. Rev. 51 (1961).
- FLETCHER, George P. **Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases**. 77 Yale L. J. 880 (1968).
- FREITAS, Lebre de. **Introdução do Processo Civil**, Coimbra Editora, 1996.
- GARDNER, Thomas J. **Criminal Evidence: principles, cases and readings**. 2. ed West Publishing Company. St. Paul. 1980.
- GLÖCKNER, Andreas *apud* ENGEL, Christoph. **Can We Trust Intuitive Jurors? An Experimental Analysis**. *Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods*. Bonn, 2008.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição De 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Revista do Advogado. AASP. N.º 42, abril de 1994.
- GRECO, Leonardo. **O conceito de prova**. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goitacases. 2005.
- GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias**. São Paulo, USP, 2013.
- HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**, Ed. Armenio Armado, 1993.
- ITÁLIA. **Codice di procedura penale**. Libro VII, Titolo III. art. 533. Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/09/03/giudizio-sentenza>. Acesso em: 15 nov. 2017.
- KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.
- IACOVIELLO, Francesco Mauro. **La motivazione della sentenza penale e ill suo controllo in Cassazione**. Tradução livre. Milano: Giuffrè, 1997.
- LAUDAN, L. **Verdad, error, y proceso penal**. Tradução de Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LONGO, Orazio. **L'oltre ogni ragionevole dubbio come regola di giudizio**. FiloDiritto. 2009. Disponível em: <https://www.filodiritto.com/articoli/2009/08/loltre-ogni-ragionevole-dubbio-come-regola-di-giudizio>. Acesso em: 28 out. 2017.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva. 2013.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado. Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo**. 4.ed. Barueri/SP: Manole, 2004
- MANZINI, Vincenzo. **Trattato i diritto processuale penale italiano**. 6. ed. Torino: Utet. Vol.III. 1970.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2 ed. Revista dos Tribunais. 2011.
- MCCAULIFF, C. M. A. **Burdens of Proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees?** In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 35, 1982.
- Miller v. Minister of Pensions* (1947) 2 All ER 372

MONTEIRO, Cristina Líbano. **Perigosidade de inimputáveis e 'in dubio pro reo'**, Coimbra Editora, 1997.

MORO, Sergio Fernando. **Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária**. CONJUR. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-17/sergio-moro-expoe-opiniao-autonomia-crime-lavagem>. Acesso em: 17 dez. 2017.

NICITA, Antonio *apud* RIZZOLLI, Matteo. **In Dubio Pro Reo – Behavioural explanations of prodefendant bias in procedures**. CESifo Economic Studies, 2014.

NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano; Giuffrè, 1974.

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. **In dubio pro reo e proteção para além da dúvida razoável**. Jota. 2017. Disponível em: <http://next.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pelo-mp/dubio-pro-reo-e-protacao-para-alem-da-duvida-razoavel-21022017>. Acesso em: 20 out. 2017.

PACIOCCO, David. **The law of evidence**. Toronto. Irwin Law. 2002.

PARANÁ. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. Ação Penal n. 5036528-23.2015.4.04.7000. J. 08 mar. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/03/sentencaOdebrecht.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

PARANÁ. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000. J. 12 jul. 2017. Disponível em: http://estaticog1.globo.com/2017/07/12/sentenca_lula.pdf. Acesso em: 15 jan. 2017.

PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5012331-04.2015.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. J. 27 jun. 2017. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8684969. Acesso em: 15 jan. 2017.

PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5023135-31.2015.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. J. 13 set. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8926794. Acesso em: 15 jan. 2017.

PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5026212-82.2014.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. J. 23 nov. 2016. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7988612. Acesso em: 15 jan. 2017.

PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5030424-78.2016.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. J. 19 out. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9047996. Acesso em: 15 jan. 2017.

PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5039475-50.2015.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. 02 ago. 2017. Disponível em:

- http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8842935. Acesso em: 15 jan. 2017.
- PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5046512-94.2016.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. 30 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-relator-lula-trf4.pdf>
- PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5083258-29.2014.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. J. 08 abr. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8567868. Acesso em: 15 jan. 2017.
- PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5083376-05.2014.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. J. 29 nov. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8238189. Acesso em: 15 jan. 2017.
- PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n. 5083401-18.2014.4.04.7000. Des. Rel. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. J. 16 ago. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8960437. Acesso em: 15 jan. 2017.
- Poder 360. **Acabou a ingenuidade' em casos de corrupção, diz juiz do recurso de Lula**. 03 nov. 2017. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/lava-jato/acabou-a-ingenuidade-em-casos-de-corrupcao-diz-juiz-do-recurso-de-lula/>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- POLASTRI LIMA, Marcellus. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris: 2007.
- POPPER, Karl, **Conjecturas e Refutações**. Ed. Almedina, Coimbra: 2003.
- PORNCIÚNCULA, José Carlos. **Condenação de Lula é absolutamente nula "para além de qualquer dúvida razoável"**. CONJUR. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-24/carlos-porciuncula-condenacao-lula-absolutamente-nula>. Acesso em: 25 fev. 2018.
- POSNER, Richard A. **An Economic approach to the Law of Evidence**. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 66. 1999.
- POZZA, Pedro Luiz. **Sistemas de apreciação da prova**. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- REARDON, George. **Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases**. In: University of Florida Law Review, Vol. XXVII; *Allstate v. Vanater. Speaking Engagements*. 2012.
- ROSENBERG, Irene Merkel et al. **Perhaps what ye say is based only on conjecture – circumstantial evidence, then and now**. In: Houston Law Review, vol. 21 (1994-1995).

R. v. Lifchus. 3 SCR 320 (1997). Disponível em: <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1997/1997rsc3-320/1997rsc3-320.html>. Acesso em: 25 jan. 2017.

SACCONE, Giuseppe. **L'Indizio "Per la Prova" e L'Indizio "Cautelare" nel Processo Penale**, Giuffrè Editore, 2012.

SAMPAIO, Denis. **Um exemplo concreto de limitação ao livre convencimento do julgador no processo penal – façamos uma importação correta**. In Empório do Direito. 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/backup/um-exemplo-concreto-de-limitacao-ao-livre-convencimento-do-julgador-no-processo-penal-facamos-uma-importacao-correta-por-denis-sampaio/>. Acesso em: 20 out. 2017.

Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Franzese Salvatore. Sent. n. 27. 10 jul. 2002.

SILVA, Germano Marques da. **Registro da prova em processo penal. Tribunal colectivo e recursos**. In: Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SOUZZA NETO, José Laurindo de. **Processo Penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Livre apreciação da prova é melhor do que dar veneno ao pintinho?** Senso incomum. CONJUR. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-13/senso-incomum-livre-apreciacao-prova-melhor-dar-veneno-pintinho>. Acesso em: 25 fev. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – A verdade real? – Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasiliis**. Revista dos Tribunais, vol. 921/2012, julho 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Razão cínica: o livre convencimento que afaga é o mesmo que apedreja!** Senso incomum. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-14/senso-incomum-razao-cinica-livre-convencimento-afaga-mesmo-apedreja>. Acesso em: 14 fev. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em: 08 mar. 2018.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos, 1ª Ed. Marcial Pons, São Paulo. 2012.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Rethinking the standards of proof**. 51 American Journal of Comparative Law 659. 2003.

TARUFFO, Michele. **Senso Comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**, Curitiba: IBEJ. VEIGA-NETO, Alfredo. Foucault & a educação. 2. ed. 2011.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 1928. **Manual de processo penal**. 9.a. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

TRICKET, Willian. ***Preponderance of evidence and reasonable doubt***. In: The Forum, vol. X, 75 (1906).

United States v. Noira, CR 06-135 (E.D.N.Y. 2006).

U.S. Supreme Court. *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

VARS, Fredrick E., ***Standards of Proof***, 2012. Disponível em: SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1984820> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984820>.

Victor v. Nebraska. 114 S. Ct. 1239 (1994).

WALTER, Gerhard. ***Libre Apreciación de la Prueba***, Editorial Temis, Bogotá.1985.

WEBER, MAX. ***A objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais***. In: COHN, GABRIEL (Org.). Max Weber: Sociologia. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 2004.

Woolmington v. DPP. UKHL 1 (1935).