

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**CLÁUDIA CAROLINE GRACIOLI DE OLIVEIRA**

**ARGUMENTAÇÃO PROBATÓRIA E SEUS REFLEXOS NA BUSCA DE UMA  
DECISÃO JUSTA NO PROCESSO PENAL**

**SÃO PAULO/SP**

**2024**

**CLÁUDIA CAROLINE GRACIOLI DE OLIVEIRA**

**ARGUMENTAÇÃO PROBATÓRIA E SEUS REFLEXOS NA BUSCA DE UMA  
DECISÃO JUSTA NO PROCESSO PENAL**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho.

**SÃO PAULO/SP**

**2024**

Oliveira, Cláudia Caroline Gracioli de.

Argumentação probatória e seus reflexos na busca de uma decisão justa no processo penal. / Cláudia Caroline Gracioli de Oliveira. 2024.

85 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2024.

Orientador (a): Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho.

1. Argumentação probatória. 2. Processo Penal. 3. Standards probatórios. 4. Epistemologia jurídica..

4. Standards probatórios. 5. Prova além da dúvida razoável.  
I. Bello Filho, Ney de Barros. II. Título.

CDU 34

CLÁUDIA CAROLINE GRACIOLI DE OLIVEIRA

**ARGUMENTAÇÃO PROBATÓRIA E SEUS REFLEXOS NA BUSCA DE UMA  
DECISÃO JUSTA NO PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada ao  
Programa Pós-Graduação Stricto  
Sensu em Direito da Universidade  
Nove de Julho como parte das  
exigências para a obtenção do título  
de Mestre em Direito.

São Paulo, 22 de abril de 2024.

BANCA EXAMINADORA

Schietti VIVO

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho

Orientador

UNINOVE

Prof. Dr. Rogerio Schietti Machado Cruz

Examinador Interno

UNINOVE

Prof. Dr. James Magne Araújo Farias

Examinador Externo

UFMA

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar a importância da argumentação probatória no processo penal, com a intenção de trazer ao lume que não obstante o sistema de valoração vigente na atualidade ser o do livre convencimento motivado, é necessária a observação de outros tipos de balizas a que os juízes e jurados ficam adstritos ao tomarem uma decisão. Nesta toada, se dá destaque ao papel dos *standards* probatórios, assunto que ganhou relevância no Brasil nos últimos anos e que, malgrado ser comumente utilizado nos países da *common law*, há algum tempo traz ao debate a importância que para condenar-se alguém é necessário um conjunto probatório robusto, coerente e verossímil com os fatos narrados. Para tanto, dividiu-se o trabalho em quatro capítulos. Assim, o capítulo de abertura traz algumas noções introdutórias ao tema abordado, como o conceito, objeto e finalidade de prova, os sistemas de valoração outrora encontrados e o atualmente vigente, além de destrinchar a verdade nas vertentes de verdade formal e verdade real – a que por muitos anos acreditou-se ser a almejada no processo penal. O segundo capítulo adentrará à epistemologia jurídica, juntamente com a construção de um raciocínio probatório a partir das diferentes inferências a serem analisadas. Por sua vez, o terceiro capítulo é dedicado aos estudos dos *standards* probatórios, perpassando pelos diversos institutos, com destaque ao *standard* da prova além de toda dúvida razoável que é aplicável e mais se assemelha com o alto nível de validação do arcabouço probatório almejado ao processo penal. Dessa forma, aprofundaremos sobre a dificuldade de conceituá-lo, seu desenvolvimento histórico, sua íntima correlação com o princípio da presunção de inocência e, por fim, apontar-se-á algumas críticas com relação ao referido *standard*. No último capítulo aborda-se como a argumentação probatória e suas consequentes balizas são aplicadas pelas Cortes Superiores para que se faça valer o preceito constitucional do devido processo legal e no caso de dúvida, escolha-se pela absolvição do réu ao invés de optar por uma condenação injusta.

**Palavras-chave:** Argumentação Probatória; Processo Penal; Standards Probatórios; Epistemologia Jurídica.

## **ABSTRACT**

This paper aims to analyze the importance of probative arguments in criminal proceedings, with the intention of highlighting that, despite the current valuation system being that of free motivated conviction, it is necessary to observe other types of goals that judges and jurors are bound by making a decision. In this vein, emphasis is given to the role of evidentiary standards, a subject that has gained relevance in Brazil in recent years, despite being commonly used in common law countries for some time, bringing to the debate the importance that, in order to convict someone, a judge is necessary. robust, coherent and credible evidence set with the narrated facts. Therefore, the work was divided into four chapters. Thus, the opening chapter brings some introductory notions to the topic addressed, such as the concept, object and purpose of proof, the valuation systems found in the past and the current one, in addition to unraveling the truth in terms of formal truth and real truth. – which for many years was believed to be the aim of criminal proceedings. The second chapter will delve into legal epistemology, along with the construction of a probative reasoning from the different inferences to be analyzed. In turn, the third chapter is dedicated to the study of evidentiary standards of proof, passing through the various institutes, with emphasis on the standard of proof beyond a reasonable doubt, which is applicable and more similar to the high level of validation of the evidentiary framework aimed at the process. criminal. In this way, we will deepen on the difficulty of conceptualizing it, its historical development, its close correlation with the principle of the presumption of innocence and, finally, some criticisms will be pointed out in relation to the referred standard. The last chapter discusses how the evidentiary arguments and their consequent goals are applied by the Superior Courts so that the constitutional precept of due process of law is enforced and, in case of doubt, choose the acquittal of the defendant instead of opting for a wrongful conviction.

**Keywords:** Evidence Argumentation; Criminal proceedings; Standards of proof; Legal Epistemology.

## SUMÁRIO

### **1 INTRODUÇÃO**

### **2 DA PROVA NO PROCESSO PENAL E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

2.1 Conceito e finalidade de prova

2.2 Sistemas de valoração

2.3 Da verdade formal e da falsa noção de verdade real

### **3 DA CONSTRUÇÃO DE UM RACIOCÍNIO PROBATÓRIO A PARTIR DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA**

3.1 Inferências probatórias epistêmicas

3.2 Inferências probatórias normativas

3.3 Inferências probatórias interpretativas

3.3.1 O raciocínio inferencial como um arquétipo de argumentação probatória

### **4 DOS STANDARDS PROBATÓRIOS COMO UM NOVO PARADIGMA DE PROVA**

4.1 Breves considerações

4.2 Da construção dos standards probatórios

4.2.1 Probabilidade baynesiana

4.2.2 Probabilidade lógico-indutiva

4.3 Preponderância da prova

4.4 Prova mais provável que sua negação

4.5 Prova clara e convincente

4.6 Prova além da dúvida razoável

4.6.1 Do desenvolvimento histórico da prova além da dúvida razoável

4.6.2 Em busca de um conceito para prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*)

4.6.3 O *standard* de prova além da dúvida razoável e sua relação com a presunção de inocência

4.6.4 Críticas ao *standard* da prova além da dúvida razoável

### **5 A APLICAÇÃO DO STANDARD DA PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL NAS CORTES SUPERIORES**

### **6 CONCLUSÃO**

### **REFERÊNCIAS**

## 1 INTRODUÇÃO

Sócrates: [...] compara o efeito da educação e da sua falta na nossa natureza a uma experiência como a seguinte: imagina seres humanos habitando uma espécie de caverna subterrânea, com uma longa entrada acima aberta para a luz e tão larga como a própria caverna. Estão ali desde a infância, fixados no mesmo lugar, com pescoços e pernas sob grilhões, unicamente capazes de ver à frente, visto que seus grilhões os impedem de virar suas cabeças. Imagina também a luz de uma fogueira acesa a certa distância, acima e atrás deles. Também atrás deles, porém num terreno mais elevado, há uma vereda que se estende entre eles e a fogueira. Imagina que foi construído ao longo dessa vereda um muro baixo, como o anteparo diante de manipuladores de marionetes acima do qual eles os exibem.

Gláucon: – Eu o estou imaginando.

Sócrates: – Então também imagina que há pessoas ao longo do muro, carregando todo tipo de artefatos que são erguidos acima do nível do muro: estátuas de seres humanos e de outros animais, feitas de pedra, madeira e todo material. E, como seria de esperar, alguns desses carregadores conversam, ao passo que outros estão calados.

Gláucon: – Descreves uma imagem estranha [...] e prisioneiros estranhos.

Sócrates: – São como nós. Supões, em primeiro lugar, que esses prisioneiros vêem alguma coisa de si mesmos e uns dos outros além das sombras que a fogueira projeta sobre o muro à frente deles?

Gláucon: – E como poderiam, se têm de manter suas cabeças imóveis através da vida?

Sócrates: – E quanto às coisas que são carregadas ao longo do muro? O mesmo se aplica a elas?

Gláucon: - Claro.

Sócrates: – E se eles pudessem falar entre si, não achas que suporiam que ao nomear as coisas que vissem estariam nomeando as coisas que passam diante de seus olhos?

Gláucon: - É o que suporiam.

Sócrates: – E se sua prisão produzisse um eco que viesse do muro que se opõe a eles? Não achas que acreditariam que as sombras que passam diante deles estivessem falando toda vez que um dos carregadores que caminhasse ao longo do muro o estivesse fazendo?

Gláucon: – Certamente acho.

Sócrates: – Por conseguinte, os prisioneiros acreditariam cabalmente que a verdade não seria nada mais senão as sombras desses artefatos.

Gláucon: – Isso necessariamente (PLATÃO, 2006, p. 307)

O fragmento que dá início ao presente trabalho é parte de uma das análises de Platão mais difundidas no mundo inteiro, conhecida como o “Mito da caverna” ou “Alegoria da caverna”, parte do Livro VII de sua obra de maior destaque intitulada “A República”, escrita por volta de 380 a.C.

Esse capítulo retrata uma metáfora contada pelo personagem Sócrates a Glaucon, na tentativa de explicar a condição de ignorância em que os seres humanos aprisionados – física e mentalmente - vivem, impedindo, por conseguinte, o conhecimento da verdade.

A história descreve um grupo de pessoas que habitavam uma caverna e eram impedidos de movimentar-se. Tinham suas pernas e pescoços acorrentados, iluminados apenas pela luz que chegava de uma fogueira numa colina que se erguia ao longe e podendo ver apenas o que se encontrava diante deles através do reflexo que esse fogo fazia na parede.

Pela consequência de estarem presos, aquelas pessoas julgavam ser realidade todas as sombras projetadas na parede da caverna, até o momento que um prisioneiro se liberta e vai ao encontro com o mundo exterior.

De início, esse despertar ao novo que o mundo alienígena proporcionava gerou espanto, mas com o passar do tempo o ex-prisioneiro se acostumou e, movido pela compaixão, decidiu retornar à caverna para compartilhar sobre o que acabara de descobrir, que, por sua vez, resultou em sua morte pelos seus próprios ex-companheiros, uma vez ninguém ter acreditado em suas palavras e movidos todos pelo receio de atrair outras pessoas para o lado exterior.

Embora a história original simbolizava o “libertar das correntes” atrelado ao desatar da ignorância e senso comum - resultado da falsa cognição decorrente das sombras projetadas na parede da caverna -, é possível estabelecer uma analogia com o processo penal.

O juiz precisa, para dar fim ao processo, concatenar elementos de acordo com as provas trazidas aos autos, e assim, proferir uma sentença. Parte-se do princípio que o magistrado é um sujeito que desconhece o acontecimento passado e que a partir dos elementos dos autos, passa a formar sua convicção sobre o fato ocorrido.

Assim como um prisioneiro, o juiz não tem a convicção da realidade porque, diferentemente do mito da caverna, ele não pode sair dos autos e fazer com que a situação narrada aconteça novamente e a partir desta, ter a certeza de quem está sob o alvedrio de sua condenação ou absolvição. É necessário que terceiros - as partes - tragam para os autos as provas necessárias suscetíveis a embasar o convencimento para sua decisão final.

No campo jurídico, para seu “libertar das correntes” e a busca do conhecimento verdadeiro – que por muito tempo no processo penal foi chamada de verdade real -, há certos limites pré-definidos pela lei, dentro da verdade possível a ser atingida.

Dessa forma, conjugam-se todos os esforços para que seja proferida uma sentença justa, que é aquela que se depreende de provas capazes de refletir a realidade mais próxima ao fato e não a que se busca a verdade a qualquer preço, de acordo com os limites impostos pelas regras do devido processo, respeitando as garantias do acusado.<sup>1</sup>

Destarte, este trabalho tem por fim analisar que é indissociável chegar-se a uma fundamentação coerente, sem antes olharmos para uma argumentação feita através das provas trazidas ao processo.

É por meio da argumentação probatória, que é ferramenta essencial para o juiz firmar sua convicção e se sentir capaz de proferir as decisões mais importantes de um processo, como o recebimento da denúncia ou queixa; a pronúncia do acusado no rito do júri; a prisão provisória e outras medidas cautelares e, por fim, a sentença.

Baseando-se nessas premissas, o propósito desse estudo volta-se à importância de uma argumentação probatória, especificamente na sentença condenatória, alicerçada em limites doutrinários e epistemológicos para que se finde o processo com a decisão mais condizente com os elementos trazidos aos autos e mais perto da verdade possível a ser extraída.

Com supedâneo em doutrina, diplomas normativos e jurisprudência, dará início ao trabalho tecendo breves considerações sobre a prova no processo penal para que se localize o sistema atual, assim como a superação dos passados.

Em seguida, adentra-se ao campo probatório no raciocínio epistemológico e a importância que o estudo da ciência é relevante para as provas. No terceiro capítulo, abre-se vista aos novos paradigmas através dos modelos de constatação, também conhecidos como standards probatórios, que são de grande serventia para tornar mais objetiva a decisão sobre os fatos no processo decisório.

Busca-se demonstrar que, ao revés de Sócrates que pagou com sua própria vida por uma verdade que não conseguiu reproduzir aos seus colegas, no mundo real do processo penal paga-se com a liberdade pessoal, bem este assegurado pela Constituição Federal e tratados internacionais.

---

<sup>1</sup> FERNANDES, Antônio S.; ALMEIDA, José Raul Gavião D.; MORAES, Maurício Zanoide. Provas no processo penal: estudo comparado. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 10.

Ademais, tem por finalidade elucidar a importância do tema para, principalmente, construir um processo sobre uma argumentação forte o suficiente com o intuito de que nunca se deixe esquecer que o preceito expresso no inciso LVII<sup>2</sup> do artigo 5º da Carta Magna de que a presunção de inocência é regra no processo penal. Ainda que dentro da legalidade tenhamos uma confissão, é necessário um processo baseado nos ditames do contraditório e ampla defesa, respeitando um devido processo legal e equânime para todas as camadas da sociedade e raças.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

## 2 DA PROVA NO PROCESSO PENAL E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo busca reproduzir um fato o mais próximo possível de sua realidade, mas é notório a impossibilidade de se voltar no tempo para fazer com que aquele fato passado aconteça nos mínimos detalhes novamente. Assim, lida-se na lide penal o tempo todo com essa tríade temporal, mas, especificamente, é na esfera probatória que se reconhece a importância que uma estrutura limitada de tempo-espço é necessária para uma decisão bem fundamentada.

É denominado “paradoxo temporal” a análise probatória em processo penal e explica-se o porquê: é indissociável pensar num julgamento presente sem analisar os fatos pretéritos ocorridos (crime) e prospectá-los dentro daquilo que se chama de processo, resultando assim, numa consequência futura, que é a pena.<sup>3</sup>

É dentro desse antagonismo do processo penal que o juiz fundamenta suas decisões absolutórias ou condenatórias, embasadas pelo arcabouço probatório trazido aos autos pelas partes<sup>4</sup>.

Dessa forma, o fato a ser provado nunca será real, mas sim um conglomerado de situações passadas que se espera ser suficiente para refazer uma reconstrução dos acontecimentos anteriores.

Nesse ínterim, o juiz exerce sua atividade recognitiva através das provas, em que se constrói modos do convencimento responsáveis pela formação de sua convicção e legitimação do poder contido na sentença.<sup>5</sup>

Por conseguinte, pode-se dizer que o juiz é - ou deveria ser - um ser ignorante, ou seja, aquele que desconhece a existência de algo e alguém que deve

---

<sup>3</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 556.

<sup>4</sup> Recordar-se que, antes da Lei 13.954/2019 (Pacote Anticrime), era possível que o juiz tivesse iniciativa probatória de acordo com o art. 156 do Código de Processo Penal. Atualmente, há entendimento nos dois sentidos, sendo que no HC 583995, a Sexta Turma decidiu que em situações excepcionais é possível a conversão da prisão em flagrante em medida cautelar pessoal ou prisão preventiva, sem pedido expresso do Ministério Público ou da autoridade policial. Para o ministro Rogério Schietti – autor do voto prevalente –, o artigo 282, parágrafo 5º, do CPP, permite que o magistrado, independente de pedido das partes, revogue as medidas cautelares ou substituas, caso se verifique que não há motivo para sua manutenção, da mesma maneira que pode voltar a decretá-las encontrando razões para tal. Ademais, pontuou que a situação da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva é situação peculiar que não se confunde com a decisão judicial que apenas decreta a preventiva ou qualquer outra medida cautelar, uma vez que nesta estarmos diante da urgência e que é dever do juiz verificar a legalidade dessa prisão e a eventual necessidade de convertê-la em preventiva ou a opção por outra medida.

<sup>5</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 559-560

basear a construção de seu pensamento nas provas colhidas nos autos. Atente-se que o julgador deve ignorar os fatos, conjuntura esta que é diferente de ser neutro, uma vez que despido de qualquer conhecimento do processo, ainda possui suas convicções políticas, filosóficas, sociais, etc.

Preza-se, principalmente, pela originalidade cognitiva, fazendo com que se saia da inércia através das provas colhidas sob o manto do contraditório, sem pré-conceitos e pré-julgamentos capazes de macular o processo.<sup>6</sup>

## 2.1 Conceito, objeto e finalidade de prova

Extraí-se que o conceito etimológico de prova provém do latim *proba*, de *probare*, ou seja, demonstrar, reconhecer, formar juízo de alguma coisa. Traduzindo para o mundo jurídico, tem-se “a denominação, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência do fato ou do ato demonstrado”.<sup>7</sup>

Pode ser “o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de fato é justificadamente aceitável como fundamento da mesma decisão”<sup>8</sup>.

Ademais, “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento”.<sup>9</sup>

Abellán<sup>10</sup> aduz que o conceito de prova é polissêmico, possuindo três significações distintas, quais sejam: a) *meios de prova*, referenciando-se tanto às provas testemunhal, documental, pericial, como também a uma prova individualizada que sozinha é capaz de influenciar o julgador; b) *procedimento probatório*, sendo a fase de dilação das provas, onde vislumbra-se a inserção de elementos capazes de influir na verdade ou falsidade de uma hipótese fática e, por

---

<sup>6</sup> LOPES JUNIOR, Aury. ROSA. Alexandre Morais da. **Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

<sup>7</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 620.**

<sup>8</sup> MENDES, Castro. **Do conceito da prova em processo civil**. Lisboa: Ática, 1961. p. 471.

<sup>9</sup> Dinamarco, **Instituições de direito processual civil – vol. III**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 43.

<sup>10</sup> ABELLÁN, Gascón, Marina. **Los hechos em el derecho**. 3ª ed. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 76-77.

fim, c) o resultado da avaliação das provas, momento este que a hipótese fática encontra-se provada ou não.

Taruffo<sup>11</sup> diz que apesar dos diversos conceitos que o significado de prova pode trazer, é certo que sua definição seja uma simples reformulação do fato, condicionada a distintos fatores culturais e técnico-jurídicos.

Ademais, o professor italiano estabelece três distinções<sup>12</sup> não necessariamente excludentes que, inclusive, podem sobrepor-se umas às outras. Assim, a primeira distinção estabelecida dá-se pela prova como demonstração e como experimento, onde a demonstração dá fundamento para que se estabeleça a verdade dos fatos que interessam ao processo, e o “provar” necessita de elementos para sua decisão ver-se provada, “em algum sentido do termo”, demonstrando-se verdadeira<sup>13</sup>. Já como experimento, a prova é perquirida “dentro do desenvolvimento dinâmico do processo e é considerada como instrumento ou procedimento para verificar a fundamentação ou a aceitabilidade dessa afirmação”<sup>14</sup>. Como segunda distinção, tem-se “a relação entre a prova e o fato a que ela se refere, assim como sobre as funções que a prova desempenha no âmbito dessa relação”<sup>15</sup>, assumindo a prova a função de fornecer elementos sobre as diversas hipóteses sobre determinado fato e tendo por função a capacidade de fundamentar as asserções fáticas consideradas verdadeiras que influenciam na decisão do magistrado<sup>16</sup>. A última dimensão aduzida pelo ilustre jurista é subdividida em três perspectivas: a) como meio de prova, sendo todo elemento que possa ser utilizado para provar-se o fato; b) como resultado, alcançando-se a confirmação ou negação sobre um fato e; c) como inferência obtida com base na prova, responsável por indicar o raciocínio que o julgador estabeleceu para chegar-se ao fato provado através dos elementos que lhe foram dispostos.

Marinoni<sup>17</sup> entende que “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”.

---

<sup>11</sup> TARUFFO, Michele. **Prueba y verdad en el proceso civil: Prueba y probabilidad** Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 21.

<sup>12</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 440-441

<sup>13</sup> Ibidem, p. 441

<sup>14</sup> Ibidem, p. 442

<sup>15</sup> Ibidem, p. 443

<sup>16</sup> Ibidem, p. 444-445

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2 ed. Revista dos Tribunais. 2011, p. 59.

Para Gomes Filho<sup>18</sup> em sua tese, a prova possui variadas significações, mas com o intuito de organizar “o conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão”.

Da mesma forma que Abellán e Taruffo, o referido autor também enxerga sua natureza plurívoca, resumindo-as nas seguintes acepções: a) como demonstração; b) como experimentação; c) como desafio<sup>19</sup>. O primeiro significado, a prova como demonstração, estabelece para verdade sobre determinados fatos, de sorte que “provar significa apresentar elementos de informação idôneos para decidir se a afirmação ou negação de um fato é verdadeira”<sup>20</sup>. No sentido de experimentação a prova “trata-se de realizar um teste, ao fim do qual é possível admitir como verdadeira, fundada, provável etc. a proposição inicial”<sup>21</sup>. Já como desafio ou competição, significa “um obstáculo que deve ser superado como condição para se obter o reconhecimento de certas qualidades ou aptidões”<sup>22</sup>.

Dentre todos os conceitos acima referidos, tem-se um ponto em comum de extrema importância sobre a atividade probatória que é de que as provas se dedicam a buscar a verdade da alegação de um fato, e não do fato em si.

Fatos são acontecimentos do mundo real e eles, por si só, existem ou não. A argumentação probatória se forma a partir da reconstrução das alegações dos fatos trazidos aos autos, e não dos próprios fatos.<sup>23</sup> Zanoide<sup>24</sup> assevera sobre tal balizamento:

em um Estado Democrático de Direito, o direito processual penal informado pelas regras do devido processo legal tem duas limitações para a reconstrução dos fatos no curso da persecução: a primeira derivada da impossibilidade de se reproduzir em juízo os fatos como ocorreram, portanto uma impossibilidade fática e insuperável de se recompor com exatidão os

<sup>18</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, pp. 41-42.

<sup>19</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Notas sobre a terminologia da prova** (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (org.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 304-306.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 305

<sup>21</sup> Ibidem, p. 305

<sup>22</sup> Ibidem, p. 305

<sup>23</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 159.

<sup>24</sup> ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 403.

fatos passados e relevantes para a causa

É dessa reconstrução das alegações que encontramos seu objetivo e finalidade, e por assim dizer, de embasar a convicção do julgador até que ele esteja apto a proferir um julgamento em busca da verdade processual, aquela atingível ou possível.<sup>25</sup>

Nucci assevera que o objeto da prova é tudo aquilo que a parte deseja demonstrar verdadeiro ao crivo do juiz. Excepcionalmente, deve-se a parte demonstrar a existência de uma legislação desde que ela se trate de norma internacional, estadual ou municipal. No mesmo sentido trata-se de se atestar os estatutos e regramentos internos de pessoas ou personalidades jurídicas. Ademais, “provam-se regras de experiência, porque, na essência, são fatos reiterados”.<sup>26</sup>

Elas são destinadas ao juiz da causa para seu convencimento e não as partes do processo que as produzem, visando “auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo”.<sup>27</sup>

Por conseguinte, pode-se dizer que a prova é tudo aquilo admitido pela Constituição Federal para comprovar o fato ocorrido anteriormente, com a finalidade de ser responsável pela convicção do juiz em condenar ou absolver.

## 2.2 Sistemas de valoração

Para que o juiz embase sua fundamentação a respeito das provas, é preciso que ele tenha limites pré-definidos pelos sistemas de valoração, reconhecidos pela doutrina como o da livre convicção, da prova legal e da persuasão racional ou também chamado de livre convencimento motivado.

O direito à produção de prova surge como consectário dos direitos fundamentais, em específico resultado dos princípios do devido processo legal e do contraditório.

Antes de adentrarmos no sistema da livre convicção, é preciso entender que ele foi a superação do sistema da prova tarifada, aquele aplicado entre os séculos XIII a XVIII.

---

<sup>25</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 392.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 392.

<sup>27</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 432.

Inicialmente o sistema da prova tarifada foi fruto da cultura jurídica formalística, amante das sutilezas e das complicações classificatórias.<sup>28</sup> Posteriormente, houve um desenvolvimento e, juntamente com o aperfeiçoamento da jurisprudência, as leis passaram a adotar critérios específicos, “sistematizando as regras que predeterminam o valor de cada prova”.<sup>29</sup>

Dessa forma, o sistema da prova legal tinha uma rígida hierarquia entre os meios de prova, com pesos ou valores preestabelecidos, onde, por exemplo, tinha-se a confissão como a *regina probatiounum*, ou seja, uma prova dotada de valor probatório máximo.<sup>30</sup>

Entende-se que o sistema da prova tarifada tenha sido uma superação ao sistema inquisitivo, com objetivo de mitigar o excesso de poderes anteriormente conferidos aos magistrados, tendo por consequência, pré-definido uma valoração que os magistrados tinham de seguir.

Não obstante sua importante função de delimitar os poderes do juiz na análise probatória, é importante ressaltar que tal sistemática de pré-definir o valor de uma prova em detrimento de um contraditório, também nos remete a um modelo inquisitório, tendo não apenas o juiz, mas o próprio sistema como o grande dono da atividade probatória.<sup>31</sup>

Resquício desse sistema de valoração é observado até hoje em nosso ordenamento processual penal pelo *caput* do artigo 158, que preceitua que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.<sup>32</sup>

No contexto das provas legais, entende-se que elas podem ser compreendidas em seu aspecto positivo e negativo. Manifestam-se positivas quando um fato é considerado verdadeiro desde que atingido determinado pressuposto, como no exemplo em que se verifica a presença de um elemento de prova específico, como a confissão; e negativo, quando há proibição de se considerar algo verdadeiro, caso não atingido determinado pressuposto, como em

---

<sup>28</sup> TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Giuffrè, 1992, p. 362.

<sup>29</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 205.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>31</sup> *Ibidem* p. 206.

<sup>32</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

crimes em que deixam vestígios e necessita-se do exame de corpo de delito direto ou indireto.<sup>33</sup>

Ferrajoli<sup>34</sup> tece críticas sobre o uso demasiado das provas legais negativas que se leve à comparação com as provas legais positivas, realçando os pontos em comum, mas, principalmente, os contrários:

As provas legais positivas são, na realidade, aquelas na presença das quais a lei prescreve ao juiz que considere provada a hipótese acusatória, ainda que tal 'prova' contraste com sua convicção. As provas legais negativas são, ao contrário, aquelas na ausência das quais a lei prescreve ao juiz que considere não provada a mesma hipótese, ainda que tal 'não prova' contraste com sua livre convicção. Onde as provas do primeiro tipo são, por isso, suficientes para justificar a aceitação da verdade da hipótese acusatória, as do segundo ao contrário, são só necessárias para o mesmo fim e, enquanto a presença das primeiras torna obrigatória a condenação, a presença das segundas simplesmente a permite; por sua vez, na sua ausência se mantém firme a obrigação de absolvição. No plano jurídico, em consequência, as provas legais negativas equivalem a uma garantia contra a convicção errônea ou arbitrária da inocência até prova em contrário

Com a Revolução Francesa e a conquista do pensamento iluminista, o livre convencimento (ou íntima convicção) é introduzido ao sistema probatório. Marcado principalmente pela influência do sistema acusatório e pelo tribunal do júri, abandona-se a rigidez valorativa das provas, passando pela observação direta e crítica dos fatos.

Surgindo como uma superação do sistema anterior, o livre convencimento no intuito de aperfeiçoar o sistema probatório acaba caindo num outro extremo: a liberdade em demasia deixada ao alvedrio do magistrado.

Considerando a não necessidade de fundamentação de suas decisões, o magistrado pode acabar produzindo injustiças, uma vez que apenas pela cor, raça, opção sexual, religião, posição política e afins, podem ser motivos para embasar seu juízo de (des)valor.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> DOSI. Ettore. **Sul principio del libero convencimento del giudice nel processo penale**, op. Cit., Terceira Parte, I, pp. 59-60.

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**, op. Cit., Primeira Parte, Capítulo III, item 7, p. 141.

<sup>35</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 608.

Esse sistema valorativo ainda é encontrado no Tribunal do Júri, onde os jurados, isentos de conhecimento jurídico, são convocados a integrar o conselho de sentença proferindo um veredito final desprovido de qualquer tipo de fundamentação.

Por último, no sistema de valoração de provas da persuasão racional ou livre convencimento motivado, que faz o papel intermediário entre os dois primeiros, se tem um magistrado podendo decidir de acordo com seu livre convencimento, mas ocupando um lugar onde sempre deverá motivar essa decisão.

Tal sistema, adotado majoritariamente pela doutrina e jurisprudência, encontra seu fundamento na Constituição Federal<sup>36</sup> e na própria codificação processual penal brasileira<sup>37</sup>.

A motivação das decisões judiciais é exigida pelas seguintes razões fundamentais<sup>38</sup>: a) a de que a sentença é ato de vontade do Estado, responsável pela justiça e não pelo arbítrio, convencendo, dessa forma, não apenas as partes do processo, mas também toda a opinião pública; b) a de exigir-se a motivação assegura o exame ponderado dos fatos e do direito; e, c) apenas pela sentença devidamente motivada é possível que o Tribunal julgue seu recurso e confirme ou não a decisão do magistrado de primeiro grau.

Nas palavras de Ferrajoli<sup>39</sup>, tal princípio “exprime e, ao mesmo tempo, garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito à estrita legalidade, e de fato, à prova das hipóteses acusatórias”.

Nesse mesmo sentido a exposição de motivos do Código de Processo Penal Brasileiro dispõe:

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

<sup>36</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, “Art. 93, IX, - **todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito não prejudique o interesse público à informação.” (grifo nosso)

<sup>37</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Art. 155, *caput* - “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

<sup>38</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo. 4.ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p. 605.

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 497.

abstrair-se ou alhear-se ao conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisso reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social<sup>40</sup>

Segundo Casara, “se o processo penal é a tentativa de racionalizar o poder penal, o princípio do livre convencimento motivado é o comando normativo que mira na racionalização da valoração probatória”<sup>41</sup>.

De acordo com o autor ainda há um mito envolto nesse sistema processual probatório, uma vez que é indissociável pensar no poder decisório de um julgador sem considerar toda uma “pré-compreensão que o antecede, e submetido ao inconsciente, em relação ao qual não se tem acesso direto, livre e constante”<sup>42</sup>, sendo as respostas fornecidas pelo passado, uma vez naturalizadas, condicionantes das possibilidades do presente, incluindo sua atividade de valoração das provas apresentadas. Nesse sentido:

De igual sorte, ao acreditar na liberdade de formar seu convencimento a partir (e exclusivamente) das provas que constam dos autos ou, melhor, ao crer na possibilidade de escolhas racionais, sem influência de fatores estranhos ao seu controle consciente, o julgador, em atitude solipsista, nega o saber inconsciente (simbólico), que revela um saber que, em grande parte, escapa ao eu da consciência.<sup>43</sup>

Questão de extrema importância que se extrai desse sistema valorativo é a de que existe uma brecha entre a convicção do julgador e a valoração que se atribui as provas trazidas aos autos dentro dos limites normativos estabelecidos pelo legislador. Dessa mesma forma expõe Taruffo<sup>44</sup> que o verdadeiro problema está em determinar como esse “espaço vazio” é “preenchido” pela prática dos tribunais e pelos critérios sugeridos pelos estudiosos do direito.

<sup>40</sup> BRASIL. **Decreto-lei no 3.689**, de 3 de outubro de 1941 - Exposição de Motivos. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-exposicaodemotivos-149193-pe.html). Acesso em: 18 nov. 2022.

<sup>41</sup> CASARA, Rubens Roberto R. **Mitologia processual penal**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 181.

<sup>42</sup> CASARA, Rubens Roberto R. **Mitologia processual penal**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p.182.

<sup>43</sup> Ibidem

<sup>44</sup> TARUFFO, Michele. **Rethinking the standards of proof**. 51 American Journal of Comparative Law 659 2003, p. 666

Necessário criar-se balizas para que o subjetivismo do julgador não adentre aos sistemas valorativos e preceitos constitucionais que asseguram um regular e paritário processo para ambas as partes, em detrimento de se esquecer sua imparcialidade e macular o processo com alguma posterior nulidade.

Não obstante ser o sistema intermediário dentre os anteriormente citados e o mais plausível para a realidade, é cediço que sua ideia central vai ao encontro de algumas complicações patológicas<sup>45</sup> do próprio meio, trazendo como efeitos colaterais:

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; 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 decisão

É neste espaço que a epistemologia adentra para fornecer os mecanismos de valoração racional da prova adequados, visando uma melhor forma de obter o conhecimento verdadeiro do fato e, não obstante, permitir um refreamento intersubjetivo dos resultados.<sup>46</sup> Nesse diapasão Taruffo preleciona:

Falar de critérios para uma eleição racional da hipótese fática, que se reconheça como 'verdadeira' por ser a mais aceitável com base na prova dos autos, não significa, portanto, fazer referência a regras estritas e estritamente obrigatórias, senão a *standards* capazes de orientar as eleições e determiná-las. A eleição da 'melhor' alternativa, por ser mais racional, não está completamente predeterminada nem é inteiramente livre. Não é cálculo nem arbítrio. Pode ser, ao contrário, razoável se a valoração leva em conta a análise das situações probatórias e da forma que nelas se configura a relação inferencial entre elementos de prova e hipóteses fáticas, assim como se a eleição final se realiza, de sua vez, com base em parâmetros que partem daquela relação. Na realidade, a discricionariedade das valorações e das eleições pode não equivaler a uma irreduzível vagueza ou incerteza da decisão e a liberdade da convicção pode ser guiada por critérios racionais.<sup>47</sup>

Com o fim de conter possíveis danos que esse subjetivismo possa causar, modelos de constatação seriam necessários para se evitar que o livre

<sup>45</sup> NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano; Giuffrè, 1974, p. 6

<sup>46</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 214

<sup>47</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**, op. cit., Capítulo I item 4, pp. 294-295 - em tradução livre.

convencimento se torne arbítrio do julgador. Clarissa Diniz Guedes<sup>48</sup>, em sua tese, aduz nesse mesmo sentido que:

Se a persuasão racional, inserida no que está no sistema do livre convencimento – pois não há liberdade sem racionalidade -, refuta, por um lado, as limitações peremptoriamente impostas à valoração da prova, busca, por outro, impor limitações racionais e flexíveis ao arbítrio, nas quais se inserem as regras que estabelecem critérios para julgamento (v.g., fixação de ônus e previsão de *standards* probatórios)

De forma precursora, nos sistemas de *commom law* essa dicotomia é enfrentada pelos *standards of proof*<sup>49</sup> que tem a sua tradução para *standards* probatórios, responsáveis pela definição do grau de confirmação que um julgador deve atingir para proferir sua decisão.

Por fim, mostra-se importante entender como as provas incidem no convencimento do juiz e qual a baliza necessária e adequada à sua afetação para que ele se sinta passível a proferir uma sentença condenatória ou não.

### 2.3 Da verdade formal e da falsa noção de verdade real

Para alcançar um critério de suficiência suscetível a fazer com que o juiz profira um julgamento de acordo com as provas produzidas no processo é preciso que os fatos alegados sejam provados de acordo com a possibilidade em que isso seja crível dentro do processo penal.

Dessa forma, temos a verdade subdividida em duas formas, sendo a verdade formal, muito utilizada no processo civil; e a verdade real ou material, que por muitos anos foi tida como aquela a ser alcançada no processo penal.

Já foi dito alhures que o processo penal não busca provar o fato em si, mas sim tudo o que decorre desse fato, uma vez que ele é um acontecimento passado e seria impossível, até mesmo por questões cronológicas, voltar ao tempo.

Nesse ínterim é que se analisa os tipos de prova e a constatação sobre ser ela verdadeira ou falsa de acordo com a versão dos fatos nela contida e sua

<sup>48</sup> GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal**. Universidade de São Paulo, 2013, p.175.

<sup>49</sup> POSNER, Richard A. **An Economic approach to the Law of Evidence**. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 66. 1999. p. 33

qualificação jurídica, extraindo-se que o conceito de verdade processual é elementar não apenas para a elaboração de uma teoria do processo, mas também - e principalmente - pelos usos que dele são feitos na prática judicial.<sup>50</sup>

Aquela chamada de verdade formal ou processual, trata-se de uma verdade buscada pelo modelo formalista que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras e com relação aos fatos e circunstâncias que realmente são importantes ao caso, sendo “mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial”.<sup>51</sup>

A devida limitação desse modelo se apresenta de acordo com uma tese acusatória formulada segundo e conforme a norma; uma acusação corroborada pela prova colhida de acordo com técnicas preestabelecidas; que a verdade deva ser aquela passível de prova e oposição e, que em caso de dúvida, seja pela falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, haverá a consequência da garantia da presunção de inocência e uma atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias.<sup>52</sup>

Por consequência, o valor do formalismo está em evitar uma busca incessante da verdade, ultrapassando limites éticos, jurídicos e morais, resultando um decisionismo judicial em detrimento ao garantismo.

Ferrajoli<sup>53</sup> decompõe a verdade formal em duas proposições, no qual há uma verdade fática ou de fato e outra jurídica ou de direito. A verdade fática é o próprio fato, ou seja, o acontecimento em si enquanto seja comprovável pela prova de sua ocorrência e sua autoria. Na verdade jurídica, há a subsunção daquele fato ao delito preconizado na lei, ou seja, o fato amolda-se à norma, cabendo esta verdade “enquanto seja comprovável por meio da interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito”. Dessa forma, uma proposição somente atenderá à verdade formal se, e somente se, conjugar a verdade tanto fática quanto jurídica.

---

<sup>50</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

<sup>51</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 564-565.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 565.

<sup>53</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

No que tange à verdade material, esta foi de grande importância para dar embasamento ao processo inquisitório, no qual busca-se a todo o custo obter a verdade independente dos meios empregados, tendo na figura do juiz o pleno protagonismo do processo, podendo prender de ofício ou ter iniciativa probatória.<sup>54</sup> Giacomolli<sup>55</sup> aduz que corolário ao discurso da verdade real está a incidência do *ius puniendi*, além da necessidade de se efetivar a condenação a qualquer custo. Ademais, Salah H. Khaled Jr.<sup>56</sup> corrobora com os posicionamentos anteriores asseverando que:

De fato, a busca obsessiva – e patológica – pela verdade é uma característica marcante do sistema inquisitório, o que é facilmente observável através da compreensão dos mecanismos utilizados para sua produção. No campo probatório, desapareceram os últimos resquícios do sistema germânico: a prova passou a ser – como em Roma – um meio de fixação de verdade. No entanto, antes de ser um mecanismo supostamente apto a revelar a verdade correspondente, o processo inquisitório foi – e permanece sendo – um instrumento através do qual o poder se faz presente em busca de seus próprios fins. Cultivada por uma cultura paranoica, essa máquina tendia a ser legalmente amorfa, pois as normas permaneciam no papel: o juiz era quase onipotente e o processo era matéria indefinidamente manipulável. Com a revolução inquisitória, o juiz deixou de ser um espectador impassível e tornou-se protagonista do sistema.

Para Norberto Avena<sup>57</sup> o princípio da verdade real, também conhecido como verdade material ou substancial, significa o emprego de todas as providências cabíveis para se descobrir como os fatos realmente se passaram, “de forma que o *jus puniendi* seja exercido com efetividade em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal”.

Pela ótica de Tourinho Filho<sup>58</sup> enquanto no processo civil o juiz deve estar aberto à verdade formal através das manifestações trazidas pelas partes, no processo penal, o juiz “tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber

<sup>54</sup> LOPES JR. Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 256

<sup>55</sup> GIACAMOLLI, Nereu José. **Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord). Sistema Penal e Violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 225-226. *APUD*. KHALED JR., Salah H. A busca da verdade do processo penal para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 177.

<sup>56</sup> KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade do processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 49.

<sup>57</sup> AVENA, Norberto. **Processo penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 13.

<sup>58</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004, 1º v., p. 36.

como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à Justiça”.

Mormente ser indissociável ao processo penal a busca do convencimento do julgador através da verdade trazida pelas provas dos autos, é preciso refrear e, acima de tudo, entender o perigo de se buscar essa hipotética verdade de um acontecimento passado. Nesse sentido Lara Telles<sup>59</sup> preceitua que:

Nisso jaz a especificidade sobre o conceito de buscar a verdade no processo penal, pois envolve um contexto maior, quando se trata de processo penal democrático: está-se a abordar limites ao poder punitivo estatal, pois a busca da verdade, sem limites, pode ultrajar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e comprometer as pilastras do Estado Democrático de Direito, em prol do prestígio a um determinado paradigma de adequação social.

Casara<sup>60</sup> diz que a “verdade real é um mito”, sendo impossível haver correspondência entre um dado passado e a realidade presente. Acredita ainda que “para falar em verdade real, é necessário supor a existência de outra verdade, que seria, então, irreal e, portanto, não verdadeira.”.

A verdade real esbarra atualmente no limite dos princípios da inércia e da imparcialidade, no qual não há processo justo e efetivo onde é difícil manter a separação dos poderes dentro dos sujeitos de um processo, transformando-a num guia dos atores jurídicos, alargando, demasiadamente, os horizontes penais.<sup>61</sup> Nesse ínterim, ensina Ferrajoli<sup>62</sup> que:

a impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade “certa”, “objetiva” ou “absoluta” representa sempre a ‘expressão de um ideal’ inalcançável. A ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, ~~que~~ as doutrinas iluministas do juízo, como aplicação mecânica das leis, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar.

<sup>59</sup> TELLES, Lara. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal**. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2019, p. 73.

<sup>60</sup> CASARA, Rubens Roberto R. **Mitologia processual penal**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 177.

<sup>61</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 86.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

No contexto processual, Taruffo<sup>63</sup> preceitua que seria apropriado falar em “verdade relativa” ou “verdade objetiva”, uma vez ser relativa a verdade da determinação dos fatos da mesma forma ser relativo o seu conhecimento, já que se fundamenta nas provas que embasam a decisão do juiz, constituindo, dessa forma, sua base cognoscitiva para a justificação do convencimento de que um devido enunciado corresponde à realidade dos fatos do caso. Por consequência, essa mesma verdade também é objetiva por não ser resultado das convicções subjetivas e individuais do juiz.

O ilustre jurista ramifica os fundamentos que sustentam a possibilidade de se contrapor a verdade no processo através de: a possibilidade teórica, a oportunidade ideológica e a possibilidade prática<sup>64</sup>.

No que diz respeito à possibilidade teórica, aduz a sua defesa que se aproxima de um “realismo ingênuo e da pretensa viabilidade de pressupor uma realidade empírica e a completa capacidade do intelecto humano de obter conhecimentos verdadeiros e precisos dessa realidade.”<sup>65</sup> A oportunidade ideológica, significa que a busca da verdade no processo coincide com ideologias que tem por compreensão o objetivo de produzir decisões justas. Dessa forma, surge o reconhecimento da verdade como sendo um pressuposto de justiça. A possibilidade prática, por sua vez, vê por infundada a diferenciação entre verdade formal e material, posto que os instrumentos para a determinação da verdade encontram-se limitados no processo e também fora dele, resultando numa conclusão de que qualquer verdade é, na realidade, relativa, dependendo de seu contexto a ser inserida e de seus marcos de referência<sup>66</sup>.

Diante disso a doutrina vem mitigando essa verdade material e a separação de uma verdade para o processo civil e outro para o processo penal, fazendo valer as garantias processuais estancadas na Constituição Federal e os limites éticos-penais que deveriam ser base de todo processo.

---

<sup>63</sup> TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos**. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 100.

<sup>64</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3.ed. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009, p.57.

<sup>65</sup> TELLES, Lara. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal**. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2019, p. 80.

<sup>66</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 3.ed. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009, p.57.

### 3 DA CONSTRUÇÃO DE UM RACIOCÍNIO PROBATÓRIO A PARTIR DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA

#### 3.1 Um breve conceito sobre epistemologia e seus desdobramentos na área jurídica

Antes de adentrarmos ao presente estudo sobre epistemologia jurídica, é preciso entender o conceito filosófico da epistemologia como ciência.

Epistemologia pode ser definida etimologicamente como um discurso racional (*logos*) da ciência (*episteme*), sendo que *episteme* pode ser traduzida como conhecimento seguro e *logos*, como teoria racional. Dessa forma, a epistemologia pode ser conceituada como uma teoria racional do conhecimento seguro, ou seja, é a teoria da ciência.

Pode-se subdividir a epistemologia num viés amplo e restrito. O amplo, é o estudo geral dos métodos, história, critérios ou organização do conhecimento sistemático, seja ele especulativo ou científico. O restrito, perfaz-se com o estudo sistemático das condições de possibilidade, métodos e critérios do conhecimento científico.

A ciência, por sua vez, é importante por representar “uma das testemunhas mais irrefutáveis da existência essencialmente progressiva do ser pensante”<sup>67</sup>, assim é que a epistemologia adentra ao campo jurídico para conter e legitimar o exercício da função punitiva estatal.

No entendimento de Hilton Japiassu e Danilo Marcondes<sup>68</sup>, a epistemologia é a disciplina que tem por objeto de investigação a ciência, havendo um reagrupamento da crítica do conhecimento científico, que é aquele exame dos princípios, hipóteses e conclusões das diferentes ciências, considerando a determinação de seu alcance e seu valor objetivo; a filosofia das ciências, assim como o racionalismo e o empirismo; e a história das ciências.

---

<sup>67</sup> BACHELAR. Gaston. **A epistemologia**. Trad.: Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Portugal: Edições 70, 2006, p. 22.

<sup>68</sup> APIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3ª. ed, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 84-85.

Por epistemologia jurídica, entende-se também como “uma espécie de teorização metodológica cujo objeto de investigação é a própria teoria jurídica”<sup>69</sup>, conceito esse que vem ganhando atualização ao se analisar o fato trazido passível de se tornar uma prova suficiente para condenar alguém. Nesse mesmo sentido Ubertis assim a conceitua:

São os critérios e os instrumentos usados pelo juiz para a aquisição – e, assim, alcançar a valoração (cujas cadências são objeto do estudo epistemológico) – do material factual, sobre cujo fundamento se dá a escolha decisória<sup>70</sup>

No entanto, a primeira questão que antecede o assunto é entender se de fato o Direito corresponde a uma ciência, debate este que ganhou destaque principalmente a partir do Racionalismo Francês do século XVIII e fomentou-se com a influência das correntes do pensamento positivista.

O termo ciência, derivado da palavra latina *scientia*, indica conhecimento, porém para Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>71</sup> não há um conceito unívoco desta palavra, uma vez que não há um critério singular apropriado para designar a extensão, a natureza e os caracteres deste conhecimento, nos quais em determinadas situações os próprios fundamentos filosóficos ultrapassam a prática científica.

Dessa forma, não se limitando a constatar apenas o que existiu e o que existe, mas também, o que existirá, o conhecimento científico se propõe a operacionalizar a sistemática, constituindo-se num sistema de previsões, de reprodução e inferência dos fenômenos que descreve.

Considerando que o universo jurídico pressupõe uma metodologia e esta serve para sistematizar conceitos, práticas e ações, o Direito é sim visto como uma ciência, sendo parcela minoritária a discordar da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que preceitua que “o Direito é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.”<sup>72</sup>

<sup>69</sup> MATIDA, Janaina e HERDY, Rachel. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº73, jul/set 2019, p. 133.

<sup>70</sup> UBERTIS, Giulio. **Profili di epistemologia giudiziaria**. Milano: Giuffrè, 2015, pp. 28-29.

<sup>71</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1986, p. 9

<sup>72</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 5

Nesse sentido, a visão kelseniana enxerga o direito como um sistema de normas jurídico-positivas, situando a ciência do Direito no campo do Direito Positivo, em contraposto com a doutrina jusnaturalista que admite a existência do Direito Natural, aquele que não depende de lei e está ligado a princípios, nascendo da própria natureza humana.

Por conseguinte, em se tratando de ciência e considerando o passar dos anos, é impossível pensar num Direito estático e imutável, necessitando do acompanhamento da jurisprudência, doutrina e leis.

Assim, em sendo necessário pensar num Direito dinâmico, mas que respeite as normas impostas e se preocupe com os anseios da atualidade é que a epistemologia jurídica – e seu estudo da ciência judiciária - se faz necessária.

De acordo com Angel La Torre<sup>73</sup>, um dos grandes problemas da ciência do Direito é seu autoritarismo, uma vez ser constituído de leis arbitrárias modificáveis com o tempo. Dessa forma é preciso sopesar as rápidas mudanças legislativas com o progresso do Direito e a importância do jurista nesse processo. Nesse sentido:

na realidade, quando se fala de progresso da ciência jurídica, teria que se pensar especialmente na forma como, graças ao desenvolvimento desses métodos de análise, o jurista é capaz de enfrentar novos problemas e realidades partindo de um Direito que inevitavelmente vai ficando ultrapassado pela evolução social<sup>74</sup>

Desta forma, segundo Ubertis<sup>75</sup>, o objeto da epistemologia jurídica pode ser compreendido como os critérios e instrumentos utilizados pelo julgador em sua decisão, tanto na obtenção do material quanto em sua valoração.

Na sabedoria de Matida e Herdy<sup>76</sup> a epistemologia jurídica possui por objeto “a justificação das proposições sobre os fatos que integram o raciocínio do julgador no momento em que se lhe exige uma decisão sobre quem merece a tutela jurisdicional no caso individual”.

<sup>73</sup> LA TORRE, Angel. **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 1978, p. 141.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 146.

<sup>75</sup> UBERTIS, **Profili di epistemologia giudiziaria**. Milano: Giuffrè, 2012. p. 28-29.

<sup>76</sup> MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos**. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). **Epistemologia: Críticas do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 209

Laudan<sup>77</sup>, por sua vez, enxerga na epistemologia jurídica uma vertente que envolve um projeto descritivo, no qual observa quais regras promovem ou frustram a busca do conhecimento verdadeiro, assim como um projeto normativo, ou seja, aquele que visa efetivar mudanças nas regras existentes que dificultam atingir o devido conhecimento.

Pela visão de Badaró,<sup>78</sup> é importante uma consonância entre epistemologia e prova judicial “uma vez que a preocupação central da epistemologia judiciária é compreender o que é prova, como ela é estruturada e o que faz de melhor ou pior, mais forte ou mais fraca”.

Por conseguinte, nota-se dentre os conceitos acima expostos um novo embasamento que a epistemologia traz à seara jurídica, sendo pertinente destrinchá-la e entendê-la como suporte teórico contrário ao universo dogmático que cerca o Direito.

Nesse íterim, para a confirmação do juízo é preciso analisar os métodos lógicos que são utilizados na tomada de decisão, e assim, por sua vez, expor a relação entre a premissa e sua conclusão, para perquirir um caminho coerente e seguro que se leve a verdade.

Busca-se assim um critério para que se fortaleça a racionalidade da atividade valorativa probatória, fomentando critérios objetivos e fundamentos para que se chegue à valoração das provas de forma mais coerente e imparcial possível.

Vê-se, pois, que os critérios lógicos podem ser dedutivos ou não dedutivos (indutivos ou abdutivos) e que para a busca de um raciocínio judicial adequado é necessário se fazer inferências que levem a decisão final do processo.

Por sua vez, inferências probatórias são raciocínios usados pelo julgador para a justificação de determinada questão de fato, sendo formadas pelo conjunto de proposições intituladas de premissas, responsáveis pelo embasamento de uma conclusão, que se constitui na hipótese fática assumida como premissa na inferência judicial maior – isto é, o encaixe da premissa fática à premissa normativa - hábil a justificar a decisão final.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> LAUDAN, **Verdad, error y proceso penal. Um ensayo sobre epistemologia jurídica**. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons. 2013, p. 25

<sup>78</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 134.

<sup>79</sup> MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos**. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). **Epistemologia: Críticas do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016, p. 136.

Segundo Lagier, as inferências probatórias são compostas de três elementos: I) uma hipótese sobre os fatos a serem provados; II) as informações ou elementos de prova que embasam tal hipótese e, por fim, III) a ponte que liga esses dois elementos, servindo como uma espécie de garantia frequentemente implícita e geral, que enuncia uma regra ou cadeia de raciocínio, e que pode consistir em uma regra jurídica de experiência, uma regra conceitual.<sup>80</sup>

Desse modo, passamos a analisar cada espécie de garantia citada anteriormente e exemplificá-la, conforme as situações comumente trazidas pelo processo penal, e que se mostram propícias a influenciar o magistrado na construção de uma argumentação probatória efetiva e que respeite os ditames da legalidade.

### 3.2 Inferências probatórias epistêmicas

As inferências probatórias epistêmicas são aquelas ligadas às garantias que conectam as informações probatórias e a hipótese fática através de uma regra de experiência, encontrando seu fundamento das proposições fáticas em associações entre elementos existentes na realidade externa ao processo.

Considerando que essas regras podem derivar de generalizações técnicas, científicas ou de contextos profissionais, e que o esforço em se aproximar os fatos ao mais próximo do acontecido depende do emprego de generalizações empiricamente observadas, é possível sua aplicação.

Dessa forma, é possível visualizar uma inferência probatória epistêmica quando concluímos que se “p” acontece, grandes são as chances de “h” também ocorrer.

Exemplificando, num crime de homicídio e na ocasião em que se encontrar um sujeito “x” com restos de pólvoras nas mãos, associa-se ao fato de que ele foi o agente responsável pelo crime, utilizando-se como inferência epistêmica a regra que se chegue mais próxima da hipótese fática apresentada e adequada à realidade.

---

<sup>80</sup> MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos**. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). *Epistemologia: Críticas do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016, p. 138.

Para Matida e Herdy<sup>81</sup>, poderá haver num primeiro momento de análise, um choque de valores entre as inferências probatórias epistêmicas e as regras que excluem provas por parecerem ser “elementos inversamente proporcionais”, o que se analisa não ser verdade, uma vez que as regras limitantes das provas no processo servem mais como garantias epistêmicas do que propriamente como obstáculos. Assim destacam as ilustres autoras:

É preciso notar que há regras que excluem provas com o propósito de justamente assegurar certo compromisso epistêmico. Imaginemos a regra que ordena excluir do conjunto probatório a confissão mediante tortura. A razão é: não é confiável a confissão assim praticada, pois quem tem dor é capaz de dizer qualquer coisa para colocar fim ao sofrimento. A regra que manda excluir essa informação probatória, para além de promover o respeito à integridade psicofísica das pessoas (valor moral), aproxima a decisão judicial de proposições fáticas verdadeiras, na medida em que proíbe que informações provavelmente falsas sejam utilizadas como premissas de inferências probatórias epistêmicas. Logo, limitar o ponto de partida das inferências probatórias pode ser compatível com a satisfação de um compromisso epistêmico.<sup>82</sup>

Dessa forma, apesar dessas inferências não se embasar em fundamentos normativos e sim em regras de experiência, importa salientar que as devidas limitações impostas pela lei mostram que o regramento jurídico normativo importa num respeito aos ditames da legalidade e do devido processo legal.

### 3.3 Inferências probatórias normativas

Considerando que as regras de experiências das inferências epistêmicas abrem certa margem para o subjetivismo e que não serão todas as hipóteses fáticas que conseguirão a elas se amoldar, foi preciso fazer com que a força de uma inferência esteja ligada à autoridade da regra jurídica responsável por conectar as informações probatórias à hipótese fática.

É dessa forma que a inferência probatória normativa perfaz-se dentro de uma análise, sendo “todo raciocínio probatório no qual o fundamento da proposição que

---

<sup>81</sup> MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos**. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). Epistemologia: Críticas do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016, p. 143.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 143.

garante o passo lógico que vai das informações probatórias à hipótese fática encontra-se estabelecido por uma regra jurídica”<sup>83</sup>.

Assim, o juiz é guiado através de uma regra jurídica anteriormente predeterminada, e não pela sua própria experiência ou pelo olhar externo ao processo, características essas próprias das inferências epistêmicas.

É possível dizer numa análise superficial que as inferências probatórias normativas podem limitar a livre valoração da prova. Aprofundando-se, o que ocorre de fato é o julgador prostar sua decisão por certos caminhos pautados pelas regras de presunção e do ônus da prova, dessa forma, aquelas servem para organizar a atividade probatória e também determinar um critério decisório na persistência da incerteza sobre fatos relevantes; e estas, por sua vez, dirigidas tanto às partes quanto ao juiz, servem, respectivamente, para que o autor prove um fato favorável ao seu direito, e para o réu, por sua vez, enfraquecer essa prova. No que compete ao juiz, da mesma forma que a presunção, assumirá a função de preconizar uma decisão desfavorável diante da incerteza de algum fato.<sup>84</sup>

Repise-se que nas inferências probatórias normativas há, de antemão, um desenho a ser seguido pelo juiz estabelecido pelo legislador da norma a ser respeitada. Nesse sentido:

As garantias normativas pré-estabelecem quais inferências devem ser formuladas pelo juiz. Por vezes, quando o juiz se depara com conjunto de informações a ser avaliado, outros atores do sistema de justiça que atuaram externamente àquele processo judicial já rastream e institucionalizaram uma regra de experiência, que então é alçada ao nível de norma. Em abreviado, o desenho da inferência foi previamente arquitetado pelo legislador ou pelos tribunais ao criar jurisprudência.<sup>85</sup>

Dessa forma, a margem de discricionariedade do juiz é menor do que a visada pela inferência probatória epistêmica, uma vez que as normas, assim como a jurisprudência pacífica e dominante – além do próprio objetivo das súmulas vinculantes – servem para uniformizar as decisões judiciais, ou no caso objeto deste estudo, para fazer com que as provas tenham algum embasamento concreto que

<sup>83</sup> MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos**. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). *Epistemologia: Críticas do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016, p. 145.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 147-48.

<sup>85</sup> LAGE, Cristiane Mendonça. **As inferências probatórias nos julgamentos criminais segundo os modelos de silogismo judicial e da teoria da argumentação**. *Delitae*, Vol. 7, nº 12, 2022.

não seja o derivado de uma suposição fática, transpondo das evidências até uma hipótese concreta.

### 3.4 Inferências probatórias interpretativas

Como terceiro tipo de inferência, tem-se a inferência probatória interpretativa sendo aquela que “ocorre quando o julgador precisa delimitar a abrangência de um conceito ou de uma categoria prevista pelo direito para poder decidir a respeito da aceitação ou não, de uma hipótese fática”.<sup>86</sup>

Dessa forma, haverá uma aceitação de uma hipótese fática em decorrência de determinada informação probatória a partir de modificações de seu significado ao conceito na proposição geral, garantindo dessa forma a referida inferência probatória, que tem como fundamento uma escolha interpretativa a ser feita pelo magistrado. Aqui, lidamos com conceitos jurídicos maleáveis que, a depender do caso concreto, podem assumir a roupagem de formas variáveis<sup>87</sup> para pôr fim à resolução da lide.

Por consequência da linha de pensamento dessa inferência, é possível que se desdobre dois ramos opostos passíveis de se chegar à construção de um raciocínio probatório suficiente ao convencimento do juiz, assim seja: de um lado tem-se a maleabilidade conceitual jurídica levando a superar conceitos até então ultrapassados e necessitados de uma atualização para os tempos hodiernos; e de lado diametralmente oposto, levanta-se a discussão sobre os poderes, demasiado abrangentes, que são conferidos ao julgador para se amoldar a exata fundamentação jurídica à sua decisão.

Repise-se que, apesar de se avistar um espaço de discricionariedade, tanto para o legislador com a inferência probatória normativa, quanto para o doutrinador,

<sup>86</sup> MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos**. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). *Epistemologia: Críticas do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016, p. 149.

<sup>87</sup> Sobre o tema MATIDA e Herdy, 2019, exemplificam a inferência probatória interpretativa com o caso da indenização por morte da vítima de acidente de trânsito tendo como fundamento o seguro obrigatório DPVAT, sendo concedida a grávida de um feto natimorto, confrontada com a teoria natalista de que a personalidade jurídica inicia-se a partir do nascimento com vida. Dessa forma, “a evolução dos conceitos jurídicos não caminha em direção única – podem afastar-se ou aproximar-se de outros campos linguísticos, sejam eles ordinários ou técnicos. A mutação e a dependência contextual dos conceitos jurídicos sugerem um relativismo perturbador para a defesa de valores epistêmicos no direito.” (pág. 151)

com a inferência probatória interpretativa; ainda há uma baliza que direciona o pensamento da motivação judicial, estancando possíveis entendimentos que se levem ao ativismo judicial.

Dessa forma, concatenando as três inferências probatórias acima descritas e concluindo que cada qual – epistêmica, normativa e interpretativa – tem como garantia, respectivamente, uma regra de experiência, uma norma e, um conceito já existente a ser interpretado ao caso concreto, passa-se à análise detalhada da inferência epistêmica como mecanismo de sustentação probatória, atentando-se ao espaço lacunoso que uma inferência fática pode ocupar no processo penal.

### 3.4.1 O raciocínio inferencial como um arquétipo de argumentação probatória

Vimos anteriormente que a garantia da inferência probatória epistêmica está numa proposição que estabelece uma associação entre os fatos, levando o passar da informação probatória à hipótese alegada pela parte.

De início, é necessário conceituar o que se entende por inferência para então adentrarmos ao universo que estas podem assumir no campo do direito probatório. Dessa forma, Cristiane Mendonça Lage bem descreveu que:

Inferências são correlações entre eventos que viabilizam que, a partir de fatos previamente conhecidos, cheguemos a conclusões sobre fatos desconhecidos ou inacessíveis à nossa percepção direta. Inferir significa raciocinar a partir de fatos probatórios (fatos conhecidos que contenham informações) em direção aos fatos a provar (hipóteses).<sup>88</sup>

Segundo o dicionário de filosofia de Oxford, trata-se “do processo de mudança de aceitação (possivelmente provisória) de algumas proposições, para aceitação de outras”.<sup>89</sup>

Transpondo o conceito de inferência para o processo penal, temos que ela é o processo que guiará o julgador fornecendo suporte para o conhecimento da

<sup>88</sup> LAGE, Cristiane Mendonça. **As inferências probatórias nos julgamentos criminais segundo os modelos de silogismo judicial e da teoria da argumentação**. *Delitae*, Vol. 7, nº 12, 2022, p. 99.

<sup>89</sup> BLACKBURN, Simon. **The Oxford Dictionary of Philosophy**. 2 ed. Oxford University Press. Online version, 2021. Disponível em: <<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199541430.001.0001/acref-9780199541430-e-1645>>. Acesso em: 21 jan 2022.

verdade até que se chegue à determinação dos fatos na sentença, através das evidências e de suas experiências de mundo<sup>90</sup>.

Nota-se assim, que da mesma forma que a inferência adentra ao campo jurídico como um facilitador para que se chegue à “verdade” processual, também é preciso que ela se atenha a bases pré-concebidas e bem delimitadas para que não se recorra a verdades subjetivas capazes de macular o prosseguimento do processo.

Para o matemático Charles S. Peirce<sup>91</sup>, a abdução – umas das formas de inferência para estabelecer hipóteses científicas, juntamente com a indução e a dedução - é um elenco de hipóteses capazes para a explicação de determinados fenômenos, além da eleição dessa hipótese mais adequada, através de critérios objetivos de finalidade.<sup>92</sup> Sendo essa hipótese escolhida por meio de uma indução, que é uma generalização que se analisa ser capaz ou não de explicar o fenômeno observado.

Harman<sup>93</sup>, posteriormente, atualizou o termo abdução para o método da inferência para a melhor explicação, que é aquele que se chega a uma conclusão a partir de fatos que melhores explicam a evidência e que, num processo circular<sup>94</sup>, suportam essa hipótese.

Dessa forma, “a ideia básica é de que, a partir de certas evidências, nós inferimos a hipótese que melhor às explica”<sup>95</sup>, sendo um método comumente usado tanto na ciência como na filosofia. A problemática que surge é destrinchada por Junges:

---

<sup>90</sup> Tabak, Benjamin Miranda; Aguiar, Julio Cesar e Nardi, Ricardo Perin. **O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal**. Ver. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 70, p. 186.

<sup>91</sup> Para o matemático a abdução se inicia quando um fato anômalo é observado e interrompe uma cadeia de fatos bem estabelecidos, responsável por introduzir uma dúvida real e não termina até que um novo fato ou hipótese possam ser criadas e façam a dúvida desaparecer (SILVEIRA; GONZÁLEZ, 2014, p. 153).

<sup>92</sup> De acordo com Scott Brewer, os passos lógicos da abdução são: a) o surgimento da dúvida; b) a formulação de hipóteses; c) a eleição da mais adequada; e d) o teste de adequação da hipótese escolhida (Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy, cit, pp. 947/978).

<sup>93</sup> HARMAN, Gilbert. **The Inference to the Best Explanation**. *Philosophical Review*, n. 74 (1965), p. 88-95.

<sup>94</sup> LIPTON, Peter. **Inference to the Best Explanation**. 2. ed. *International library of philosophy*, 2004.

<sup>95</sup> JUNGES, A. L. **Inferência à melhor explicação**. *Intuitio, [S. l.]*, v. 1, n. 1, p. 82–97, 2008. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/3672>. Acesso em: 9 jan. 2023, p. 82.

No entanto, quando fazemos uma inferência a partir de um corpo de evidências, nosso objetivo é atingir a verdade, ou seja, a partir do fato de que uma dada hipótese fornece a melhor explicação, queremos concluir que esta hipótese é verdadeira. Um problema que surge é, justamente, que as virtudes explicativas e a verdade parecem estar desconectadas, ou seja, não há nenhuma conexão lógica entre a satisfação dos critérios explicativos e a verdade. Assim, críticos da IME questionam porque deveríamos considerar a melhor explicação a mais provável de ser verdadeira?<sup>96</sup>

Lipton<sup>97</sup> deu à inferência para melhor explicação distinções necessárias para desenvolvê-la, sendo que ela se reparte entre a explicação efetiva e potencial e a explicação *likeliest* (mais provável) e *loveliest* (mais explicativa).

De acordo com o autor, uma explicação potencial satisfaz as condições de uma explicação efetiva, exceto no que tange a esta ser verdadeira, concluindo assim, que as explicações efetivas são vistas como potenciais, mas o contrário não é verdadeiro.<sup>98</sup>

Dessa forma, Lipton<sup>99</sup> aponta que a inferência possui dois estágios, sendo que no primeiro há um conjunto limitado gerado pelas explicações potenciais e, no segundo, há a escolha – dentre a melhor – dessas explicações.

Problemática a ser analisada desse método é a de como chegar a “melhor” das explicações sem recorrermos ao subjetivismo e fundamentos abstratos, desconexos e irrealis.

Nesse ínterim, Lipton trouxe como resolução as chamadas *live options*<sup>100</sup> (opções ordinárias), exercendo importante função de filtro epistêmico passível de cercear as referidas explicações potenciais, através de virtudes explicativas<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> JUNGES, A. L. **Inferência à melhor explicação**. Intuitio, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 82–97, 2008. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/3672>. Acesso em: 9 jan. 2023, p. 85.

<sup>97</sup> HARMAN, Book Reviews. **Inference to the Best Explanation** by Peter Lipton. Mind, v.101, 1992, p. 403.

<sup>98</sup> JUNGES, A. L. **Inferência à melhor explicação**. Intuitio, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 82–97, 2008. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/3672>. Acesso em: 9 jan. 2023, p. 85.

<sup>99</sup> LIPTON, P. **Inference to the best explanation**. 2.ed. New York: International Library of Philosophy, 2004, p.58.

<sup>100</sup> LIPTON, P. **Inference to the best explanation**. 2.ed. New York: International Library of Philosophy, 2004, p.59.

<sup>101</sup> Pode-se citar como virtude explicativa a simplicidade, fertilidade, conservadorismo, conexão com crenças de fundo, interesse, alcance, precisão, unificação, etc, estando intimamente ligação com a hipótese de “*loveliest* explicação”. Nesse sentido: THAGARD, 1978; HARMAN, 1988; LYCAN, 1998. LIPTON, 2004. É debate entre os filósofos o verdadeiro *status* de tais virtudes, ou seja, se são meramente pragmáticas ou se têm valor epistêmico. Já para determinar-se uma hipótese como sendo *lovely* utiliza-se das “crenças de fundo” (*background beliefs*) do agente.

No que tange a explicação *likely* e *lovely*, aduz que elas podem entrar em conflito por serem modos distintos de explicações potenciais, uma vez que aquela significa a explicação mais provável, falando de verdade; e esta a mais explicativa, falando de entendimento<sup>102</sup>.

Conclui-se então que se a inferência para melhor explicação busca ser um modelo avançado de inferência, onde o termo “melhor explicação” assume a função de mais explicativa e faz com que dessa forma o *loveliest* sirva de parâmetro para o *likeliest*. Nesse sentido o autor verbera que “*we want a model of inductive inference to describe what principles we use to judge one inference more likely than another, so to say that we infer the likeliest explanation is not helpful*”<sup>103</sup>.

O autor explicita o problema de quando nos deparamos com uma situação em que malgrado estarmos diante de uma hipótese “mais explicativa” (*lovely*), esta não é a mais provável (*likely*) e a exemplifica com as teorias conspiratórias<sup>104</sup>.

Lipton, ainda, entende o modelo da inferência para melhor explicação como sendo “inferência à *lovely* potencial explicação”, vista como aquela que oferece o maior entendimento em potencial dentre as hipóteses apresentadas. Nesse sentido Eric Barnes<sup>105</sup> enuncia:

[...] nós devemos nos lembrar que dizer de uma explicação que ela é ‘*lovely*’ no sentido de Lipton não é dizer que ela é necessariamente esteticamente agradável, mas meramente de que ela deveria, se verdadeira, nos proporcionar muito entendimento de algum *explanandum*

Dessa forma, para se julgar uma hipótese como a “mais explicativa” é necessário a combinação das crenças de fundo com as virtudes explicativas, porém a função dessas crenças a determinar a qualidade de uma explicação assevera o quão falíveis e mutantes elas podem se apresentar dependendo do contexto.

Trazendo para o âmbito jurídico, a teoria traz modelos balizadores que podem até levar a uma justificação plausível, mas que não, necessariamente,

<sup>102</sup> LIPTON, P. **Inference to the best explanation**. 2.ed. New York: International Library of Philosophy. 2004, p. 59

<sup>103</sup> “queremos um modelo de inferência indutiva para descrever quais princípios usamos para julgar uma inferência mais provável do que outra, então dizer que inferimos a explicação mais provável não é útil” (tradução livre) Ibidem, p. 60.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>105</sup> “[...] *we should remember that to say of an explanation that it is lovely in Lipton’s sense is not to say that it is necessarily aesthetically pleasing but just that it would, if true, provide us with much undersanding of some explananda*” (BARNES, 1995, p. 273).

corresponderiam à verdade almejada ao processo penal, vez estar maculada por impressões pessoais a fazer com a verdade mais provável ou a mais explicativa seja a prevalente.

Ademais, em contraposição do que defende Lipton, para descobrir ou chegar mais próximo possível da verdade, os conceitos de mais provável e mais explicativa são tênues em demasia para seu alcance, afinal um magistrado não deve fundamentar sua decisão com o argumento de que ele acha uma hipótese “p” mais provável ou mais explicativa para o caso do que a hipótese “q”.

Para Allen<sup>106</sup>, a inferência para melhor explicação visualizada no contexto probatório abrange duas fases, sendo a primeira a produção de potenciais explicações para as provas e a hipótese fática e, a comparação dentre todas as explicações possíveis com base no *standard* de prova a ser aplicado.

Na prática esse raciocínio seria realizado inferindo, a partir das provas dos autos, admissíveis as hipóteses explicativas. Posteriormente, haveria um teste das hipóteses com novos elementos que eventualmente possam surgir pelo caminho; a partir disso, far-se-ia uma comparação dessas hipóteses extraídas com as explicações contrárias e, por fim, avaliar-se-ia as hipóteses frente aos critérios relevantes, que incluem as inferências para que se verifique o grau de confirmação, assim como se dá nos *standards* probatórios<sup>107</sup>.

Accatino<sup>108</sup> elenca desafios quanto a utilização da inferência para melhor explicação na seara dos *standards* probatórios, uma vez que acabaria aceitando como verdadeira uma hipótese global, desconsiderando os fatos principais individualizados, tornando possível a melhor explicação mesmo se baseada na ausência de explicá-los de uma forma individualizada.

Isto posto, conclui-se que tal modelo traria uma cegueira dos fatos individualizados, podendo, até mesmo, acarretar uma futura nulidade dos autos, uma vez que é exigido do magistrado o enfrentamento de todos os argumentos

---

<sup>106</sup> PARDO, Michael; ALLEN, Ronald J. **Relative plausibility and its critics...** cit., p. 11; PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J. **Juridical proof and the best explanation...** cit., p. 234.

<sup>107</sup> TUZET, Giovanni. **Abudction, IBE and standards of proof...** cit., p. 4.

<sup>108</sup> ACCATINO, Daniela. **Atomismo e holismo em la justificacion probatória...** cit.; p. 35

passíveis de fomentar sua decisão, conforme expresso nos artigos 489, §1º, do CPC<sup>109</sup> e 315, §2º, do CPP<sup>110</sup>).

Laudan<sup>111</sup> também elenca o problema de aceitar uma condenação baseada numa hipótese fática demasiadamente frágil, dentro de um cenário de inúmeras hipóteses igualmente fracas, devendo restar por consequência um julgamento em desfavor do órgão acusatório responsável pelo ônus da prova<sup>112</sup>.

Assim sendo, não vislumbra a inferência para a melhor explicação como aquela diretamente proporcional a um elevado grau de comprovação. À vista disso Peixoto bem assevera que:

Para que a inferência explicativa seja provada, ela deve ultrapassar um grau mínimo de suficiência probatória, que, no direito, é denominado de *standard* probatório. Portanto, além da escolha da melhor inferência explicativa, haveria a necessidade de uma outra fase, relacionada com o alcance do *standard* probatório exigido, muito embora esse seja um desafio para a inferência da melhor explicação pela falta de instrumentos para a avaliação individual dos fatos<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código De Processo Civil**. Art. 489, § 1º. “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

<sup>110</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal** Art. 315, § 2º “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

<sup>111</sup> LAUDAN, Larry. **Aliados extraños: La inferência a la menor explicación y el estándar de prueba penal**. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, n. 1, 2007, disponível em <http://www.revistas.unam.mx/index.php/problema/article/view/25417>, acessado em 05 de maio de 2023, p. 315/316.

<sup>112</sup> PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J. **Juridical proof and the best explanation...** cit, p. 238-246.

<sup>113</sup> PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020, p. 105.

Por fim, também encontra dificuldade quando se está diante de duas hipóteses fáticas, ambas com grande arcabouço probatório, porém com pequeno proveito para a acusação, o que, segundo a inferência para melhor explicação o resultado penderia para a condenação do acusado.

Assim, de forma muito semelhante ao explicado por Lipton, Tuzet<sup>114</sup> propõe que a resolução da “melhor” hipótese será variável a depender do contexto a que está inserida e do nível de suficiência exigido para o caso; ou poderá ser tomada a partir da escolha da melhor hipótese baseada nas provas decididas mediante uma seleção epistêmica, além da verificação se as referidas hipóteses alcançaram as exigências normativas necessárias.

Considerando todo o exposto sobre a inferência para melhor explicação, parece-nos que seu desenvolvimento para se chegar a melhor hipótese acaba gerando um desvirtuamento da teoria originária e que, na área probatória, requer uma sustentação a mais para chegar-se ao ponto de embasar a convicção de um magistrado.

Isto posto, ao lidarmos com a restrição da liberdade, é necessário parâmetros mais inflexíveis e consistentes para não fulminar com as regras da imparcialidade, do devido processo legal, dentre outras, basilares para o deslinde das questões que possam resultar na condenação de alguém.

Ademais, conclui-se que o processo inferencial sozinho necessita de um suporte em acréscimo para que se chegue a melhor das hipóteses sem que se macule seu deslinde com embasamentos frágeis e particulares.

Nesse íterim que os *standards* de prova adentram à pesquisa e ganham força no sistema processual brasileiro, mostrando sua importância para estabelecer parâmetros mais concretos e objetivos e, dessa forma, fomentar o embasamento jurídico para chegar-se a uma decisão coerente.

---

<sup>114</sup> TUZET, Giovanni. **Abudction, IBE and standards of proof...** cit., p. 6.

## 4 DOS STANDARDS PROBATÓRIOS COMO UM NOVO PARADIGMA DE PROVA

### 4.1 Breves considerações

Este trabalho já pontuou que a prova no processo penal tem por finalidade o convencimento do julgador para que este profira uma sentença condenatória baseada numa reconstrução fática que se sabe nunca chegará com a perfeita exatidão aos fatos pretéritos ocorridos.

A prova precisará persuadir o julgador de que os fatos realmente ocorreram, delimitando o livre convencimento motivado e fazendo com que em caso contrário, onde não se vislumbra a situação delitiva, o juiz absolva o acusado.

Dessa forma, a fim de se evitar um estado de julgamento lastreado num *animus* subjetivo do magistrado no intuito de se encontrar a suficiência probatória para a condenação, desenvolveu-se o que são nomeados de *standards* probatórios, ou seja, modelos de constatação responsáveis por indicar o nível de suficiência probatória para que tal enunciado fático seja considerado provado e, por conseguinte, responsável pela condenação de uma sentença, fazendo-se responsáveis por minimizar as condenações injustas geradoras de prejuízos – tanto dos supostos réus, quanto do Estado-acusação – irreparáveis.

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes *standards* de prova representam “níveis de convencimento ou de certeza, que determinam o critério para que se autorize e legitime o proferimento de decisão em determinado sentido”<sup>115</sup>.

Na inteligente metáfora de Alexandre Morais da Rosa e Janaína Matida – uma das precursoras na introdução do assunto em nosso país:

[...] um *standard* probatório funciona como o sarrafo no salto com vara, podendo ser posicionado mais baixo ou mais alto. A maior ou menor altura imporá, tal como no salto com vara, graus distintos de dificuldade ao jogador. No contexto do processo penal - que, ao menos supostamente, parte do pressuposto de que a condenação de inocentes é erro que deve ser mais evitado do que o erro da absolvição de culpados - a estratégia consiste em posicionar o sarrafo alto para a hipótese acusatória, dificultando que hipóteses acusatórias de menor qualidade cheguem a produzir resultados. Isso mesmo, a hipótese acusatória é o saltador; é ela quem deve superar o

---

<sup>115</sup> MENDES, Gilmar. **Critério da valoração racional da prova e o standard probatório para pronúncia do júri**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/observatorio-constitucional-criterios-valoracao-racional-prova-standard-probatorio>. Acesso em 01/02/2023.

*standard*, saltar mais alto do que o sarrafo está posicionado.<sup>116</sup>

Marina Gascón Abellán os considera como diretrizes para a valoração racional da prova e sua conseqüente verdade no processo, definindo ainda, como critérios que indicam quando se entende por suficientemente provada uma hipótese fática, de modo que seja possível admitir-se como verdadeira<sup>117</sup>. Por sua vez, a confirmação de uma hipótese varia em decorrência dos seguintes elementos: fundamento cognoscente das leis causais que conectam as provas com as hipóteses; a higidez epistemológica das provas; a quantidade de passos inferenciais que separam as provas das hipóteses e o acúmulo de provas e confirmações, propiciando, deste modo, uma variedade responsável por se visualizar uma maior completude dos fatos<sup>118</sup>.

No conceito de Jordi Ferrer Beltrán<sup>119</sup>, é o mecanismo argumentativo probabilístico passível de se atribuir aos diversos enunciados graus de confirmação, com a finalidade da perquirição da suficiência probatória fornecida a uma hipótese.

Dessa forma, fica evidente o intuito de se criar critérios objetivos que embasem a decisão do juiz até o momento de sentir-se preparado o suficiente para proferir uma sentença. Afinal, com o sistema da livre persuasão racional adotado pelo processo penal, não há espaços para o subjetivismo judicial sem antes uma coesa e coerente fundamentação baseada nas provas trazidas aos autos.

Dissertando sobre o tema, Marcella Alves Macarenhas Nardelli expressa que:

Na medida em que indicam ao julgador o padrão de constatação exigido, os *standards* probatórios, quando adequadamente formulados, podem servir como um critério de decisão capaz de orientar o raciocínio do julgador, quando como um método lógico hábil a indicar a estrutura a ser seguida quando da sua justificação da decisão, possibilitando um controle mais claro sobre seus fundamentos.<sup>120</sup>

<sup>116</sup> MATIDA, Janaína e ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender standards probatórios a partir do salto com vara**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>. Acesso em: 21 nov 2022.

<sup>117</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. **Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos**. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/200535.pdf>. Acesso em 18 nov. 2022, p. 127.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 138

<sup>119</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 139.

<sup>120</sup> NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **Presunção de Inocência**. Standards de Prova e Racionalidade das Decisões sobre os Fatos no Processo Penal. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MALANM Diego Rudge; MADURO, Flávio Mirza (org.). Crise no processo penal

Jordi Ferrer Beltrán<sup>121</sup> entende que há três momentos contínuos e diversos de decidir sobre a prova no processo, são eles: a conformação dos elementos probatórios; a valoração da prova em si; e, a adoção de uma decisão a ser tomada. Destrinchando esses momentos, a conformação compreende a ponderação com relação ao meio probatório que se deve admitir que se adentre ao processo ou não. Um exemplo que Lara Telles<sup>122</sup> disserta, diz respeito a toda prova que suporte ou rechace e seja relevante para o esclarecimento dos fatos, servindo de importante filtro epistemológico. No que tange à valoração da prova, este é verificado como o momento de confirmação das hipóteses apresentadas sob o embasamento do modelo híbrido de combinação entre argumentos e histórias. Por consequência dos dois métodos anteriormente citados, a atividade probatória finda-se no momento da decisão, que resultará ou não em uma condenação. Nesta senda, para Taruffo<sup>123</sup> a decisão judicial parte das hipóteses que lhe são postas, escolhendo aquela que pode ser tida como certa, alicerçada nas provas trazidas.

Nesse diapasão é que a hipótese acusatória precisa além de prevalecer, destacar-se o suficiente para fundamentar a condenação e, por sua consequência, o poder punitivo estatal, gerando grande discussão na questão de se definir o critério de suficiência e a racionalidade de sua escolha<sup>124</sup>.

Ademais, tem-se que diferenciá-los quando se é tratado frente ao direito processual penal e ao direito processual civil, uma vez que a consequência dos processos gera resultados diferentes, sendo que naquele estamos a tratar da restrição da liberdade individual.

## 4.2 Da construção dos standards probatórios

---

contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. P. 291.

<sup>121</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 41.

<sup>122</sup> TELLES, Lara. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal**. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2019, p. 94.

<sup>123</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 225.

<sup>124</sup> TELLES, Lara. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal**. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2019, p. 94-95.

Uma vez compreendido o conceito e a função que os *standards* probatórios assumem no processo, resta indagar e entender como eles se constroem e quem é o responsável por sua delimitação, uma vez que “para se analisar se uma determinada hipótese atingiu um grau de confirmação compatível com o *standard* probatório, é fundamental ter ciência do *quantum* que necessita ser percorrido”<sup>125</sup>.

No conhecimento de Jordi Ferrer Beltrán<sup>126</sup>, competiria ao Poder Legislativo a incumbência de definir cada um desses *standards*, baseado no fato que se trata de erros admissíveis, ponderados por cada sociedade em particular, da mesma forma como a legislação que nos é imposta a seguir, assumindo um contorno muito mais de uma decisão política do que jurídica.

Para Ferrajoli<sup>127</sup>, caso ficássemos interligados ao alvedrio dessa suficiência proposta pelos magistrados, estaríamos dando azo ao decisionismo processual, visto que “degrada a verdade processual, de verdade empírica, pública e intersubjetivamente controlável, em convencimento intimamente subjetivo, e, portanto, irrefutável do julgador”, baseando suas decisões nos anseios que a sociedade almeja e espera.

Marina Gascón Abellan<sup>128</sup> aduz que a construção de um *standard* de prova perpassa pela determinação de qual erro é mais suportável: condenar inocentes ou absolver culpados. Dessa forma também pode-se dizer que ela enxerga sua construção como uma eleição política ou valorativa.

Nesse ínterim, deparamo-nos com o que chamamos de falsos positivos – a condenação de um inocente -, e falsos negativos – a absolvição de um culpado. Nas palavras de Ravi Medeiros Peixoto<sup>129</sup>:

Quando maior a exigência probatória para um dado direito material, tem-se uma alteração esperada na distribuição dos erros, havendo um menor número de falsos positivos, mas, por outro lado, um maior número de falsos negativos. Por exemplo, uma maior exigência de suficiência probatória tende

<sup>125</sup> TELLES, Lara. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal**. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2019, p. 97

<sup>126</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 141

<sup>127</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzer Hassan Choukr e Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.37.

<sup>128</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. **Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos**. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/200535.pdf>. Acesso em 18 nov. 2018, p.127.

<sup>129</sup> PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020, p. 55.

a aumentar o número de culpados materiais que serão absolvidos e diminuir o número de inocentes materiais que serão condenados

Larry Laudan<sup>130</sup> alude que ao se elevar o grau de suficiência de um *standard* probatório a fim de se considerar eficaz uma hipótese provada, haverá uma diminuição das falsas condenações, com o aumento, no entanto, das absolvições indevidas. Desse modo, eles são compreendidos como mecanismos de distribuição do risco de erros.

Destarte, nota-se como os *standards* probatórios estão interligados com o princípio da segurança jurídica que, por sua vez, consiste num conjunto de condições que torna possível à sociedade seu conhecimento prévio das consequências de seus atos e fatos à luz da liberdade reconhecida<sup>131</sup>.

Destrincha-se este princípio nos aspectos objetivo e subjetivo, no qual aquele é o da estabilidade das relações jurídicas e este, o da proteção à confiança ou confiança legítima. Assumindo função de estático e dinâmico, respectivamente, sendo o primeiro focado em uma perspectiva retroativa, o segundo, foca-se na transição entre o presente e futuro, concentrado na transição temporal.

Nesta toada, analisando a construção dos *standards* probatórios e os aspectos morais de nossa sociedade, indaga-se com uma certa quantidade de obviedade: vivemos em um país em que prefere condenar um inocente ou inocentar um culpado?

Despindo-se, por ora, da avaliação subjetiva do trabalho judicante, é necessário compreender que a alta demanda faz com que erros sejam cometidos, mas nunca que sejam fundamentados no clamor público por vingança. Sobre os dados carcerários temos que:

Em sua última pesquisa, no ano de 2018, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), averiguou que 602.217 (Seiscentos e Dois Mil e Duzentos e Dezessete) pessoas estão privadas de liberdade no Brasil e que essa mesma pesquisa apresentou que o estado do Mato Grosso do Sul é o estado com maior taxa de encarcerados, através de uma análise de presos na Unidade Federativa por 100.000 (Cem Mil) habitantes, sendo o resultado de 834,60 pessoas. Este panorama faz com que se constate a nação criminalizadora que o Brasil vem se tornando, em que sua população carcerária cada vez mais está aumentando e assim lotando suas unidades prisionais. Só que, o

<sup>130</sup> LAUDAN, Larry. **Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 68.

<sup>131</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

dado mais importante a ser tomado para esse assunto aqui abordado, é o de que dentre todos os internos do sistema penitenciário brasileiro apenas 35,05% tem a sua prisão definitiva, sendo assim 64,95% é de maioria deles presos indefinidos no sistema, tendo entre eles presos sem condenação, prisões provisórias e 40,03% da população carcerária ser de pessoas condenadas<sup>132</sup>.

Dessa forma, a importância do tema de estudo é, para além de aperfeiçoar o processo penal, também refrear condenações as quais não atingiram um nível de confirmação esperado, passível de fazer com que o juiz profira uma sentença.

Segundo Daniel Epps<sup>133</sup>, a sociedade americana desde o século XVII construiu um *standard* probatório influenciado pelo axioma de que “é melhor que dez culpados escapem da sanção penal que um inocente sofra”. Formulado pelo jurista inglês William Blackstone, o princípio que leva seu nome familiar e a ideia difundida mundialmente de que nenhuma circunstância justifica a ânsia de fazer justiça a ponto de colocar um inocente em risco. Nesse sentido:

The doctrine of evidence upon pleas of the crown is, in most respects, the same as that upon civil actions. There are however a few leading points, wherein, by several statutes and resolutions, a difference is made between civil and criminal evidence... [A]ll presumptive evidence of felony should be admitted cautiously: for the law holds, that it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer. And sir Matthew Hale in particular ... lays down two rules, most prudent and necessary to be observed: 1. Never to convict a man for stealing the goods of a person unknown, merely because he will give no account how he came by them, unless an actual felony be proved of such goods: and, 2. Never to convict any person of murder or manslaughter, till at least the body be found dead; on account of two instances he mentions, where persons were executed for the murder of others, who were then alive, but missing<sup>134</sup>

<sup>132</sup> RODRIGUES, Warley Gonçalves. **A criminalização da inocência: o aprisionamento indevido de inocentes no Brasil**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. 2022, p. 16.

<sup>133</sup> EPPS, Daniel, **The Consequences of Error in Criminal Justice** (February 10, 2015). Harvard Law Review, Vol. 128, No. 4, pp. 1065-1151, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2463689>>. Acesso em: 24 out. 2018, p.1077.

<sup>134</sup> EPPS, Daniel, **The Consequences of Error in Criminal Justice** (February 10, 2015). Harvard Law Review, Vol. 128, No. 4, pp. 1065-1151, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2463689>>. Acesso em: 25 fev. 2023, p. 1079. “A doutrina da evidência sobre fundamentos da coroa é, em muitos aspectos, a mesma que sobre ações civis. Existem, no entanto, alguns pontos principais, em que, por vários estatutos e resoluções, é feita uma diferença entre provas civis e criminais... que dez culpados escapem, do que um inocente sofra. E sir Matthew Hale em particular... estabelece duas regras, as mais prudentes e necessárias a serem observadas: 1. Nunca condenar um homem por roubar os bens de uma pessoa desconhecida, simplesmente porque ele não dará conta de como os obteve. , a menos que um crime real seja provado de tais bens: e, 2. Nunca condenar qualquer pessoa por assassinato ou homicídio culposo, até que pelo menos o corpo seja encontrado morto; por conta de duas instâncias que ele menciona, onde pessoas foram executadas pelo assassinato de outras, que estavam vivas, mas desaparecidas” (Tradução livre).

Desse modo, se vê uma baliza normativa imposta pela sociedade norteamericana na qual a condenação de inocentes encontra-se em um patamar muito mais elevado, já que produziria custos elevados perante a sociedade ao cercear a liberdade de um não culpado e estigmatizá-lo perante a população<sup>135</sup>.

Como contraponto desse princípio, Larry Laudan<sup>136</sup> o critica por entender que há uma exacerbada proteção dos réus em prejuízo das vítimas, sugerindo que a taxa de falsas condenações deve ter denominador na população em geral e não apenas a quantidade de casos submetidos a julgamento, entendendo também como uma solução “politicamente incorreta”<sup>137</sup>.

A construção dos *standards* probatórios também se modifica quando estamos diante dos diferentes tipos de processos, do bem jurídico a ser tutelado e a consequência que deles resultam, tendo o processo penal, por consequência lógica, um nível maior de exigência do que o processo civil, nada impedindo, porém, que a técnica dos “modelos de constatação” seja utilizada no processo penal, mesmo que gerem decisões diferentes. Nas palavras de Gustavo Badaró<sup>138</sup>:

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

Dessa forma, destaca-se a função do Legislativo na construção dos *standards* probatórios, principalmente nos países que adotam a *civil law*, com a ressalva de que em muitos deles o parlamento mais visa atender ao clamor popular imediato nos crimes de grande espetacularização midiática a criar regras baseadas na objetividade jurídica e dogmática para a melhoria do processo, estando, desse

<sup>135</sup> EPPS, Daniel, **The Consequences of Error in Criminal Justice** (February 10, 2015). Harvard Law Review, Vol. 128, No. 4, pp. 1065-1151, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2463689>>. Acesso em: 25 fev. 2023, p. 1088.

<sup>136</sup> LAUDAN, Larry, **The Elementary Epistemic Arithmetic of Criminal Justice** (June 29, 2008). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1152882> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1152882>>. Acesso em: 15 jan. 2023, p.1.

<sup>137</sup> LAUDAN, Larry, **The Elementary Epistemic Arithmetic of Criminal Justice** (June 29, 2008). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1152882> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1152882>>. Acesso em: 15 jan. 2023, p.3.

<sup>138</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 433

modo, os standards suscetíveis a fragilização de seu verdadeiro conteúdo e finalidade em detrimento da “prevenção” de delitos.

Nesse sentido, Débora Refina Pestana<sup>139</sup> alude que a análise dos *standards* probatórios deve ser levada em consideração conjuntamente a ideia de “cultura do medo” e seria inviável pensar na sua função dentro do processo penal sem antes “ponderar o elemento da cultura do medo”, uma vez que esse estigma social “provoca um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por segurança. A lei passa a ser a ‘tábua de salvação’ da sociedade e, quanto maior for a sua dureza, mais satisfeita ela estará”.

Em contraponto à ideia da cultura do medo, Lara Telles<sup>140</sup> afirma que os “efeitos dessa flexibilização” podem fulminar com as próprias garantias processuais e constitucionais, além de reduzir o controle epistêmico racional sobre a produção da prova, resultando num uso indiscriminado de provas sem aferir sua credibilidade e confiabilidade, “em nome da necessidade maior de produção de condenação e do objetivo de pacificação social”, o que sabemos ser mecanismo de controle criminal fugaz e não efetivo.

Ainda, a célebre defensora interliga não apenas a noção da cultura do medo com a edição de leis penais mais severas, como também aos *standards* probatórios, relativizando dessa forma a condenação de inocentes para que se privilegie a falsa ideia de segurança pública.

Nesse íterim, Jordi Ferrer Beltrán<sup>141</sup> afirma que os *standards* devem assumir uma feição mais objetiva para se afastar de crenças ou dúvidas e, principalmente da subjetividade dos julgadores, preferindo-se os erros negativos aos positivos, assegurando assim os valores de uma sociedade garantista.

#### 4.2.1 Probabilidade bayesiana

<sup>139</sup> PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 98.

<sup>140</sup> TELLES, Lara. *Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal*. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2019, p. 112.

<sup>141</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.146.

Marina Gascón Abellán<sup>142</sup> estabelece que uma vez concretizado o entendimento de que o critério de definição dos *standards* probatórios deve afastar-se da subjetividade dos julgadores e aproximar-se da racionalidade, é indissociável seu estabelecimento a partir das perspectivas baseadas em instrumentos matemáticos e os lastreados em esquemas de confirmação.

Minuciando, instrumentos matemáticos são fundamentados no teorema de Bayes<sup>143</sup> que, por sua vez, estabelecem uma acurácia estatística sobre a ocorrência de determinados fatos, permitindo-se fazer inferências a partir desses dados. Nesse ínterim, Larry Laudan<sup>144</sup> aduz:

El otro discurso acerca del EdP tiende a ocurrir entre juristas académicos – anglosajones y continentales– cuya preferencia decidida es hablar de los EdP como si fueran (bayesianas) probabilidades posteriores. En este segundo caso, la idea es que el EdP establece un umbral de probabilidad (generalmente entre el 90% y el 95%) que debe lograrse antes de que el juzgador de los hechos esté justificado en condenar al acusado.

A principal contribuição do teorema de Bayes é que ele permite uma atualização da crença a partir da alteração das provas disponíveis, onde cada nova prova evidencia a necessidade de uma atualização do grau de veracidade em uma dada hipótese<sup>145</sup>.

As probabilidades podem ser subdivididas num aspecto subjetivo, em que representam um grau de crença em determinado evento, com base nas provas disponíveis; e o objetivo que visam medir a probabilidade das chances de determinado evento, de fato, acontecer<sup>146</sup>.

<sup>142</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. **Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos**. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/200535.pdf>. Acesso em 08 dez. 2022, p. 131.

<sup>143</sup> BAYES, John, **Na Essay towards solving a Problem in the Doctrine of Chances**. *By the late Rev. Mr. Bayes, communicated by Mr. Price, in letter to John Canton, M.A. and F.R.S.* in *Philosophical Transactions of the Royal Society of Londo*, v. 53, 1763.

<sup>144</sup> “O outro discurso sobre os EdP tende a ser entre juristas - ingleses e continentais - cuja preferência decidida é falar da EdP como se fossem probabilidades posteriores (bayesianas). Neste segundo caso, a ideia é que a EdP estabeleça um limiar de probabilidade (geralmente entre 90% e 95%) que deve ser atingido antes que o juiz dos factos tenha fundamento para condenar o arguido.” (Tradução livre) LAUDAN, Larry, **Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar**. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, nº 28, 2005, p. 98.

<sup>145</sup> PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2020, p. 81.

<sup>146</sup> HACKINGS, Ian. **The emergence of probability**. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 11; SCHUM, David A. **Los fundamentos probatórios del razonamiento probabilístico**. Trad. Orión Vargas V. Bogotá: Orión Vargas, 2016, p. 77-79.

Assim, é necessário para a utilização do teorema de Bayes uma informação anterior predeterminada, possibilitando que se calcule um segundo evento a partir dela.

Na prática teríamos a determinação de hipóteses predeterminadas construídas sob um viés extremamente subjetivo<sup>147</sup>, levando, por consequência a criação de decisões igualmente subjetivas, podendo até chegar-se a uma conclusão coerente decorrente de um ponto de partida que pode ser predominantemente subjetivo<sup>148</sup>.

Outro problema a ser enfrentado pela teoria de Bayes está diretamente ligado aos *standards* probatórios, uma vez que será preciso definir critérios numéricos para que se veja alcançado determinado nível de suficiência.

Segundo critérios utilizados nos Estados Unidos, há uma probabilidade ideal de 90%<sup>149</sup> para a fixação do *standard* acima de toda dúvida razoável; de 50% para o *standard* civil de preponderância da prova e 75%<sup>150</sup> para o *standard* da prova clara e convincente.

Não obstante a tentativa que se criem critérios pré-definidos, uma pesquisa da década de oitenta realizada com juízes demonstrou como há dificuldades que eles fundamentem suas decisões a partir de critérios probabilísticos, concluindo resultar num julgamento estático e involuntário,<sup>151</sup> longe daquilo que se espera uma de uma decisão coerente e fundamentada diante dos elementos carredos.

#### 4.2.2 Probabilidade lógico-indutiva

Francis Bacon, político e filósofo inglês, foi considerado por muitos o fundador da ciência moderna<sup>152</sup>, em razão de seu método experimental que, preliminarmente, acreditava que todo o conhecimento devia partir de uma experiência empírica,

<sup>147</sup> ALLEN, Ronald J. **The Nature of juridical proof: probability as a tool in plausible reasoning...** cit., p. 138.

<sup>148</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración de la prueba.** Madri: Marcial Pons, 2007, p. 112.

<sup>149</sup> SOLAN, Lawrence. **Refocusing the burden of proof in criminal cases: some doubt about reasonable doubt,** Texas Law Review, v. 78, 1999, p. 126.

<sup>150</sup> LE ROUX-KEMP, Andra, **Standards of Proof: Aid or Pitfall?** Obter, v. 3, n. 10, jan.-2010, p. 696; PARDO, michael; ALLEN, Ronald J. **Relative plaubiliti and its critics...** cit., p. 7.

<sup>151</sup> MCCAULIFE, C. M. A. **Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence, or constitucional guarantees.** Vanderbilt Law Reviw, v. 35, 1982, p. 1332.

<sup>152</sup> OLIVA, A. **Ciência e sociedade: do consenso à revolução.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 61.

propondo uma forma de pensar em novas teorias por meio do método indutivo que possibilitaria o real conhecimento dos fenômenos.

Dessa forma, pela probabilidade lógica ou indutiva constrói-se o *standard* probatório a partir de lógicas confirmativas, no qual a aferição é medida através de legitimação relacionada a uma hipótese<sup>153</sup>.

Na intenção de encontrar rumo ao conhecimento verdadeiro, o filósofo asseverou que, inicialmente, deve-se eliminar os chamados ídolos<sup>154</sup> humanos, ou seja, as falsas crenças que nutrimos ao longo da vida.

Para Bacon<sup>155</sup>, recai-se em erro ao tentar exercitar o intelecto humano em sua maioria por eventos afirmativos, quando também deveriam ser levados em consideração os negativos para a construção de um axioma verdadeiro.

L.J. Cohen propôs uma teoria que corrobora com a probabilidade da veracidade da hipótese com a conexão lógica entre as provas, através de regras gerais e de métodos indutivos que fomentam tal hipótese<sup>156</sup>.

Da mesma forma que o teorema de Bayes traz negativas a sua utilização, a probabilidade lógica-indutiva afasta-se de critérios objetivos os quais os dados numéricos trazidos pelas percentagens proporcionam certa margem de segurança e objetividade.

Segundo Taruffo<sup>157</sup>, os *standards* devem enveredar-se pela probabilidade lógica ou baconiana, no qual o grau de confirmação dimana dos processos inferenciais, medidos de acordo com a quantidade, qualidade, grau de credibilidade e coerência das provas trazidas aos autos, ao invés de estabelecê-los através de números, já que não são, por sua natureza, quantificáveis.

---

<sup>153</sup> TELLES, Lara. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal**. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2019, p. 116.

<sup>154</sup> Francis Bacon classificou os chamados ídolos em quatro grupos: a) ídolos da tribo, os quais são inerentes à natureza humana e advêm de entender o conhecimento como uma verdade absoluta, fazendo com que todas as percepções se tornem verdadeiras; b) ídolos da caverna, em uma clara alusão à alegoria da caverna de Platão, no qual cada pessoa possui sua caverna particular, responsável por distorcer e interpretar a verdade ao seu bem prazer; c) ídolos de foro/mercado, dizendo respeito aos erros de linguagem, onde os homens se utilizam das palavras como sendo entes reais e, por fim; d) ídolos de teatro, que provêm dos sistemas filosóficos e/ou científicos e em regras desvirtuadas de demonstração, sendo distorções provenientes da capacidade fantasiosa do intelecto (GRUBBA, Leilane Serratine. Método Empírico-Indutivo: de Bacon aos trabalhos científicos em direito. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v. 1, p. 6095-6128, 2012, p. 7-10.

<sup>155</sup> BACON, Francis. **Novum Organum ou verdades indicações acerca da interpretação da natureza**. Pará de Minas: M&M Editores, 2003, p. 14-18.

<sup>156</sup> COHEN, L. Jonathan. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977.

<sup>157</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p.251.

Na mesma concepção da probabilidade lógica, a teoria da mínima atividade probatória cultivou-se na Espanha, propondo um controle do *standard* fundado em dois aspectos que, segundo Danilo Kniknik<sup>158</sup>, tende a eliminar da convicção judicial crenças, intuições e impressões pessoais, além da supressão das dúvidas racionais segundo uma visão qualitativa.

Por sua vez, Jordi Ferrer Beltrán<sup>159</sup> apresentou uma proposta que, mesmo sendo alvo de críticas – assim como todas as anteriores apresentadas -, faz uso de uma solução objetiva com a finalidade de delinear a suficiência necessária para que seja hábil a legitimação de uma condenação criminal.

Dessa forma, considera-se provada uma hipótese de culpabilidade quando ela se mostra capaz de elucidar os dados disponíveis de forma coerente, assim como suas hipóteses provenientes devem ser corroboradas a partir de novos dados; além de todas as outras hipóteses compatíveis com a inocência do acusado ter sido rebatidas, suprimidos os que são naturalmente incoerentes com a situação.

Taruffo<sup>160</sup> também considera um elemento essencial da decisão judicial a descrição das narrativas contrárias que são trazidas aos autos para o fomento das provas e da fundamentação de uma sentença proferida. Nesse ínterim, o ilustre autor aduz que:

formulada a primeira narrativa dos fatos da causa, após, seguem outras narrativas, modificações, ajustes, hipóteses e hipóteses contrárias, confirmações de demonstrações de falsidade, em que um fluxo que tem fim somente com a construção da narrativa que o juiz utiliza como fundamento da decisão judicial.

Isto posto, para se chegar a um nível adequado de condenação, deve-se levar em conta não apenas a compatibilidade das provas trazidas pela acusação, mas também e principalmente, as hipóteses que permitiriam a absolvição do réu, ocasião em sejam devidamente refutadas no processo.

<sup>158</sup> KNIJNIK, Danilo. **Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2022, p.25.

<sup>159</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2007, p.147.

<sup>160</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.** Tradução Vitor de Paula Ramos, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 224.

A jurisprudência brasileira já adotou o devido parâmetro em um julgado do Tribunal Superior Eleitoral, no qual preceituou que:

para que a prova testemunhal possa ser considerada robusta e apta para fundamentar sentença condenatória, é necessário que ela seja corroborada por outros elementos de prova – testemunhais ou documentais – que afastem qualquer dúvida razoável sobre a caracterização da captação ilícita de sufrágio<sup>161</sup>.

Por conseguinte, vislumbra-se que essa construção abre margem para que a dúvida – aquela razoável, coerente com os fatos e fundamentada em elementos de prova - seja suscitada e fomentada no processo.

A problemática que provém quando se traz a dúvida ao processo diz respeito sobre qual o limite de sua aceitabilidade, afinal não é qualquer situação questionadora que é capaz de afastar a hipótese acusadora.

Segundo Clarissa Diniz Guedes<sup>162</sup>, a dúvida que favorece o réu é aquela referente “aos elementos comumente referidos como constitutivos do crime, às respectivas excludentes, às circunstâncias que influam na dosimetria da pena e, bem assim, a fatos secundários, que envolvam estas questões”.

Dessa forma, deve-se delimitar qual a dúvida razoável que se deva deixar influenciar na condenação ou absolvição passível de construir a convicção do magistrado, ocasião em que será melhor estudada no capítulo adiante sobre a prova além de toda dúvida razoável.

### 4.3 Preponderância da prova (*preponderance of the evidence*)

<sup>161</sup> "4. Não há nulidade da prova se os depoimentos considerados pelas decisões recorridas foram colhidos na fase judicial, com a observância do contraditório e da ampla defesa. 5. Para que a prova testemunhal possa ser considerada robusta e apta para fundamentar sentença condenatória, é necessário que ela seja corroborada por outros elementos de prova - testemunhais ou documentais - que afastem qualquer dúvida razoável sobre a caracterização da captação ilícita de sufrágio. 6. Não se mostra juridicamente possível considerar, como fez o acórdão regional, que um único testemunho colhido em dissenso com as demais provas dos autos tenha valor probante suficiente para caracterizar a captação ilícita de sufrágio." BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AC 172967. Relator. Min. Henrique Neves. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/348590900/acao-cautelar-ac-172967-jaguari-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 dez. 2022.

<sup>162</sup> GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal**. 2013. 471 f. Tese – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013, p. 446.

Ao adentrarmos aos tipos de *standards* probatórios, veremos que os principais estândares admitidos são: a) o da preponderância da prova (*preponderance of the evidence*); b) prova mais provável que sua negação (*more probable than not*); c) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*), e; d) prova acima de qualquer dúvida razoável (*beyond and reasonable doubt*).

Pontua-se que diante do objeto deste trabalho visa-se analisar o modelo de constatação mais aplicado na esfera processual penal, tecendo breves e pontuais considerações a respeito dos demais *standards*.

De início, antes de se introduzir ao *standard* mais adequado ao processo penal, busca-se entender o porquê das outras categorias de *standards* são mais comumente aplicáveis ao processo civil.

Deste modo, ao pensarmos na jurisdição e indagarmos qual a situação mais corriqueira que inicialmente nos vem à cabeça quando se trata do processo civil, teremos como resposta as lides correspondentes às obrigações de pagar quantia, de fazer, não fazer ou dar algo.

Nestas situações, há uma certa probabilidade das chances de erros e acertos, ou seja, existindo uma equivalência na distribuição dos riscos entre as partes. Em contrapartida, na jurisdição penal tem-se por muito mais gravosa a condenação de um inocente em detrimento da absolvição de um culpado<sup>163</sup>.

Para Craig R. Callen<sup>164</sup>, o *standard* da preponderância necessita que as provas sejam suficientes para o convencimento do julgador com relação à parte que precisa comprová-la em detrimento da outra parte, ademais, tais provas precisam ser completas a ponto de outras provas adicionais gerarem um custo contraproducente para coletá-las. Segundo Kirkpatrick e Mueller<sup>165</sup> o que importa para atingir tal nível de suficiência é a qualidade das provas elencadas e não o volume ou sua quantidade.

Taruffo<sup>166</sup> o interpreta como “critério da lógica preponderante” resultado da combinação dos critérios “mais provável do que não”, recaindo sobre a veracidade e a falsidade de uma alegação fática e sendo este suficiente para avaliar

<sup>163</sup> PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020, p. 259-260.

<sup>164</sup> CALLEN, Craig R. **Cognitive science and the sufficiency of “sufficiency of the evidence” tests**, 65. *Tulsa Law Review* 1113, 1991. p. 1117.

<sup>165</sup> MUELLER, Christopher B.; KIRKPATRICK, Laird C. **Evidence**. 5. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p. 111-112.

<sup>166</sup> TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 221-232.

hipóteses convergentes; além da “preponderância relativa”, utilizado de forma minuciosa no dissídio entre fatos incompatíveis ou juridicamente vinculados à hipótese a ser provada.

De acordo com o critério da lógica preponderante, o juiz impõe sua escolha entre alternativas positivas e negativas, com base nas provas colacionadas pelas partes. No que tange à preponderância relativa, esta refere-se a inúmeras hipóteses que explicam os fatos investigados, narrando-os de forma diferente e, concluindo, por considerar aquelas mais prováveis, que foram confirmadas, de algum modo, no processo.

Destrinchando a lógica preponderante, Taruffo<sup>167</sup> elenca hipóteses condizentes com o grau de confirmação daquilo que se afirma baseado nas provas, são elas: 1) a escassez de confirmação de sua autenticidade; 2) pequena confirmação do seu grau de veracidade; 3) confirmação elevada de seu grau de veracidade; 4) falta de confirmação de sua falsidade, 5) pequena confirmação do seu grau de falsidade e 6) confirmação elevada de sua falsidade.

Dessa forma, a preponderância da prova recai na veracidade da hipótese quando se aproxima da falta ou pequena confirmação de seu grau de falsidade e, em contrapartida, recairá na falsidade do enunciado caso esteja mais ligada à escassez ou pequena confirmação de seu grau de veracidade.

No caso de a afirmação aproximar-se de ambas as hipóteses, sopesa-se a veracidade e a falsidade através da valoração dos graus de confirmação.

Situação inversa é quando há ausência ou fraqueza de sua veracidade da mesma forma que há escassez ou diminuta possibilidade de sua falsidade, necessitando que sua resolução seja proveniente da regra do *ônus probandi*<sup>168</sup>, que desde o CPC/15<sup>169</sup> instituiu-se o ônus da prova dinâmico, podendo o juiz distribuí-lo entre as partes de maneira diversa da previsão dos critérios legais ordinários.

---

<sup>167</sup> TARUFFO, Michele. **Verità e probabilità nella prova dei fatti**. Revista de Processo, São Paulo, v. 32, n. 154, dez. 2007. p. 221.

<sup>168</sup> TARUFFO, Michele. **Verità e probabilità nella prova dei fatti**. Revista de Processo, São Paulo, v. 32, n. 154, dez. 2007. p. 221.

<sup>169</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Art. 373, §1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Quando o juiz se vê diante de inúmeras hipóteses verdadeiras e falsas que podem dar suporte a veracidade ou falsidade de um fato, adentra-se ao critério da preponderância relativa, buscando-se a hipótese que mais recebe arrimo dentre todas aquelas que lhe foram apresentadas.

#### 4.3.1 Prova mais provável que sua negação (*more probable than not*)

Igualmente adotado na seara cível por estarmos lidando com valores equivalentes, diferentemente da esfera penal, o *standard* mais provável que não lida com a constatação de que a narrativa fática deva ser mais provável se comparada com sua negativa<sup>170</sup>.

A Corte de Cassação, responsável por diferenciar a aplicação dos standards nas esferas penal e cível, o abordou a partir da hipótese da probabilidade relativa, em que “comprova-se” o nexo causal ainda que a relação entre conduta e dano não seja suficiente, mas altamente provável. Nesse sentido, Abellán<sup>171</sup>:

uma hipótese sobre um fato resultará aceitável ou provada quando seja mais provável que qualquer das hipóteses alternativas sobre o mesmo fato manejadas ou consideradas no processo e sempre que dita hipótese resulte ‘mais provável que não’, ou seja, mais provável que sua correlativa hipótese negativa. Em consequência, no caso de só existir uma hipótese sobre o fato em questão, o critério da probabilidade prevalente se resume à regra geral ‘mais provável que não’

A diferença para o modelo de constatação anteriormente explicitado, está no fato de que nesse *standard* a parte deve prová-lo ser mais verdadeiro a falso, e, desse modo, diferenciando-se do da preponderância, uma vez que neste o julgador apenas acredita em sua primazia.

#### 4.5 Prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*)

<sup>170</sup> Cass., Sez, IIM 20 de julho de 2013, n. 37373, citado por: DELLA TORRE, Jacopo. *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sul “oltre ogni ragionevole”*...cita., p. 22.

<sup>171</sup> GASCÓN ABELLÁN, M. **Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos**. Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, v. 28, p. 127-139, 2005, p. 130.

Conhecido como *standard* intermediário, a prova clara e convincente é um conjunto de hipóteses intermediárias unidas que não possui um significado exato, porém consiste numa probabilidade elevada dentre as hipóteses apresentadas, assumindo a função de meio termo entre a preponderância da prova e a exigência de prova acima de qualquer dúvida razoável,<sup>172</sup> onde deve ser maior que o primeiro e menor que o segundo.

Elevando-se o nível de suficiência, se comparada com os critérios anteriormente referidos, esse *standard*, não obstante também ser comumente aplicado à esfera cível, refere-se a casos em que o patrimônio e o dinheiro não estão em evidência, utilizando-se para casos socialmente considerados mais graves.

Malgrado sua maior utilização na esfera cível, é possível localizá-lo na esfera penal na fase da pronúncia, vez ser um momento processual em que o nível de suficiência probatório é diminuto quando comparado a fase de condenação.<sup>173</sup>

A palavra “clara” remete-nos à mensuração do peso que uma prova assume no processo. Já o dispositivo de que ela seja também “convincente” aduz ao fato de que ela precisa convencer os interlocutores. Por fim, a satisfatoriedade nos conduz a um nível de exigência que não necessita ser dos mais elevados para sua corroboração<sup>174</sup>.

Exemplo da aplicação concreta desse critério pode ser vislumbrado nos casos em que se requer o desligamento dos aparelhos que mantêm uma pessoa viva, malgrado a ausência de perspectiva de melhora<sup>175</sup>.

Nesses casos, requer que a demonstração de que o indivíduo desejou isso em vida seja realizada através de prova clara e convincente, não bastando apenas

<sup>172</sup> BENNET, Bryant. M. **Clear and convincing proof: appellate review**. California Law Review, v. 32, n. 1, marc. 1997, p. 75.

<sup>173</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. “[...] Com efeito, conquanto não haja necessidade de prova além da dúvida razoável para a pronúncia, exigida, contudo, para as demais sentenças penais condenatórias (consoante ensinamentos de Danilo Knijnik, "in" "A prova nos juízos cível, penal e tributário"), deve haver uma prova clara e convincente dos fatos descritos na denúncia. Este último "standard" probatório é menos rígido do que a prova além da dúvida razoável, mas é mais exigente do que a preponderância da prova, aplicada nas majorias das ações cíveis” HC 817337, Relator Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Decisão Monocrática, Julgado em 30/10/2023, DJe: 06/11/2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=%22PROVA+ALEM+DA+DUVIDA+RAZOAVEL%22&b=DTXT&p=true&tp=T>. Acesso em: 20 dez. 2023.

<sup>174</sup> REARDON, George. **Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases**. 27 University of Florida Law Review. 260, 1974. p. 264-265.

<sup>175</sup> Cruzan v. Director, **Mussouri dept. of health**, 497 U.S. 261 (1990).

o simples critério da preponderância, uma vez que se trata de questões que extrapolam apenas a esfera patrimonial.

Esse *standard* também é exemplificado nos casos em que, nos processos iniciados pelo Estado, o resultado gere no indivíduo significativa privação de suas liberdades, como na internação compulsória,<sup>176</sup> uma vez trazer rigorosas consequências para a pessoa a qual a medida foi imposta.

Dessa forma, eleva-se o critério da suficiência exigida diante de que os riscos não são igualmente suportados entre as partes como nos critérios mencionados anteriormente, muito pelo contrário, é evidente que um lado sozinho arca com todo o ônus do julgamento.

#### 4.6 Prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*)

Diferentemente dos *standards* anteriormente referidos que são habitualmente aplicados na esfera cível, o processo penal, diante de sua consequência mais gravosa para o condenado, requer um nível de constatação proporcionalmente mais elevado para que se chegue ao veredicto final.

Dessa forma, para se evitar falsos positivos, o convencimento de que determinados fatos sejam verdadeiros ou até mesmo considerados provados será atingido quando o conjunto dos elementos probatórios, ou segundo Kircher<sup>177</sup> “o ‘quanto de prova’ (nível de suficiência probatória ou grau de confirmação)”, trazidos à análise dos autos permita eliminar qualquer outra direção alternativa razoável capaz de colocar a veracidade em dúvida.

Consequência importante desse elevado grau de constatação resulta no aumento do número de falsos negativos e diminuição dos falsos positivos, assumindo função de efetiva baliza frente à falibilidade humana, além de ser responsável também por assegurar maior objetividade à decisão jurídica<sup>178</sup>.

<sup>176</sup> Sanrosky Et Al. V. Kramer, Commissioner, **Ulster Country Department of Social Services**, et al, 455 U.S.

<sup>177</sup> KIRCHER, Luís Felipe S. **O convencimento judicial e os parâmetros de controle sobre o juízo de fato: visão geral, direito comparado e o Tribunal Penal Internacional**. *Revista Due In Altum*, v. 10, n. 20, p. 179-206, jan./abr. 2018, p. 190. <https://doi.org/10.22293/2179-507x.v10i20.692>.

<sup>178</sup> KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [\[www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm\]](http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm). Acesso em: 05.01.2023.

#### 4.6.1 Do desenvolvimento histórico do *standard* da prova além da dúvida razoável

O *standard* além da dúvida razoável foi o primeiro a ser conhecido, tendo sua origem precisa incerta, já que foi introduzido nos julgamentos criminais do direito inglês no século XVIII, momento em que a condenação implicava a pena de morte<sup>179</sup>.

Trata-se de um critério que, inicialmente, foi desenvolvido como forma de proteção das almas dos jurados, já que na tradição cristã uma pessoa que condenava um réu mesmo possuindo dúvidas acerca de sua culpabilidade, havia praticado um pecado mortal, condenando também a sua própria alma. Dessa forma, havia, por consequência, uma baixa taxa de condenação<sup>180</sup>.

Denota seu aparecimento no *Irish Treason Trials* (1798), teoria esboçada pelo magistrado John Wilder May em que o defensor arrazoou ao júri que, havendo dúvida razoável sobre a veracidade do testemunho, seus membros deveriam optar pela absolvição do réu<sup>181</sup>.

De princípio tal critério estava interligado à *moral certainty* (certeza moral) de que os jurados deveriam basear sua convicção para condenar alguém em sentido diverso da certeza demonstrativa da matemática.

A Suprema Corte de Massachussetts, no julgamento *Chief Justice Shaw* condensou os conceitos de *beyond a reasonable doubt* e *moral certainty* aduzindo que a dúvida razoável não corresponde a uma incerteza genérica, no sentido que “*a certainty that convinces and directs the understanding, and satisfies the reason and judgment, of those who are bound to act conscientiously upon it. This we take to be proof beyond reasonable doubt*”<sup>182</sup>.

Tal compreensão orientou os tribunais estadunidenses até meados de 1950, ocasião em que desincentivou o uso da referida expressão, uma vez que os jurados

<sup>179</sup> LAUDAN, Larry. **Is reasonable doubt reasonable?** *Legal Theory*, n. 9, 2003. p. 24.

<sup>180</sup> WHITMAN, James Q. **The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial.** Londres: Yale University Press, 2008.

<sup>181</sup> PONZONI, Christian. **Standards de prova no processo civil brasileiro.** Ponto Alegre: Pontifícia Universidade Católica, 2020, p. 80.

<sup>182</sup> LAUDAN, Larry. **Is reasonable doubt reasonable?** *Legal Theory*, n. 9, 2003, p. 3-5. “Uma certeza que convence e dirige o entendimento e satisfaz a razão e o julgamento daqueles que são obrigados a agir conscientemente sobre ele. Tomamos isso como prova além de qualquer dúvida razoável” (tradução livre)

poderiam sentir-se livres para deliberar baseados no comportamento moral do acusado, influenciados pelos casos de maior clamor público<sup>183</sup>.

No julgamento do caso *In re Winship*, analisou-se qual o *standard* aplicável no caso de um menor ser condenado por um ato que, caso cometido por um adulto, também seria considerado crime. Outrossim, foi responsável por prever constitucionalmente tal *standard*, ocasião em que pontuou 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*”<sup>184</sup>. Ademais, a Suprema Corte Americana declarou sua adoção obrigatória para todos os casos penais, além de também tentar desvincular o referido *standard* da “certeza moral”, por entendê-la como forte potencial para induzir os jurados a erro<sup>185</sup>.

Segundo Brennan Jr, relator do caso, o *standard* traz amparo ao princípio da presunção da inocência, já que uma pessoa estaria em evidente desvantagem se no processo penal pudesse ser condenada com a mesma (falta de) carga probatória suficiente para a condenação no processo civil<sup>186</sup>.

A essa época, demonstrou-se a necessidade de um critério de julgamento elevado diante das penas irreversíveis e intransigentes a que eram impostas aos condenados.

Atualmente o *standard* da prova além da dúvida razoável tem sido incorporado por países que não adotam o *common law*, sendo o Chile<sup>187</sup> e a Itália<sup>188</sup>

<sup>183</sup> DIAMOND, Henry A. **Reasonable doubt: to define, or not to define**. *Columbia Law Review*. v. 90, n. 1716. 1990, p. 1724.

<sup>184</sup> *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970). 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 Inicialmente acusado (tradução livre).

<sup>185</sup> LAUDAN, Larry. **Is reasonable doubt reasonable? Legal Theory**, v. 9, n. 4, p. 295-331, 2003. p. 3-5.

<sup>186</sup> *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

<sup>187</sup> CHILE. **Código Procesal Penal** (2000). Art. 340. Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/spanish/chi\\_res40.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res40.pdf). Acesso em: 12 mar. 2023. *Código Procesal Penal de Chile, artículo 340: Convicción del tribunal. 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. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.*

<sup>188</sup> ITÁLIA. **Codice di Procedura Penale, articolo 533.1: Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza.**

exemplos de pátrias que positivaram em seus códigos processuais penais o *proof beyond a reasonable doubt* como critério de suficiência para a condenação penal. Ademais, vê-se positivado também no Estatuto de Roma<sup>189</sup>, responsável por regular o julgamento do Tribunal Penal Internacional.

#### 4.6.2 Em busca de um conceito de prova além de toda dúvida razoável

A dúvida razoável é um termo que de início mostra-se facilmente compreensível, no entanto, não possui simples definição, uma vez que é visualizada quando, alguma hipótese defensiva e baseada nos elementos cognoscitivos trazidos aos autos, encontra respaldo.

Dessa forma, essa hipótese apresenta-se com uma sustentação mínima o suficiente de se criar uma inferência contrária passível de romper com os elos indutivos que sustentam a hipótese acusatória<sup>190</sup>.

No entendimento de Longo, independente da definição dada à dúvida razoável, o comparativo dentre todas as provas carreadas disponíveis, diante do que sugere o *standard*, afasta que se decida baseado em uma convicção livre e arbitrária<sup>191</sup>. Nesse sentido o italiano assevera:

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 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<sup>192</sup>

<sup>189</sup> Estatuto de Roma, art. 66.3: Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

<sup>190</sup> SACCONI, Giuseppe. *L'Indizio "Per la Prova" e L'Indizio "Cautelare" nel Processo Penale*. Giuffrè Editore, 2012, p. 46. Tradução livre.

<sup>191</sup> 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: 23 março 2023.

<sup>192</sup> LONGO, Orazio. *L'oltre ogni ragionevole dubbio come regola di giudizio*. Filo Diritto. 2009. Livre tradução. Disponível em: <https://www.filodiritto.com/articoli/2009/08/loltre-ogni-ragionevole-dubbio-come-regola-di-giudizio>. Acesso em: 23 março 2023. "Indipendentemente de você aderir à diretriz de que define o conceito de termos quantitativos ou o à interpretação oposta que sublinha o seu valor qualitativo, a referência à necessária avaliação, consideração e comparação de todas as evidências disponíveis elimina quaisquer possíveis consequências no modelo de condenação livre e arbitrária, baseada em sentenças alheias à matéria do julgamento o" (em tradução livre).

De acordo com Baltazar Júnior a dúvida razoável fundamenta-se na razão e no senso comum, ainda segundo o autor “uma dúvida razoável, não é uma fantasia ou capricho; não é uma especulação ou suspeita. Não é uma desculpa para evitar o cumprimento de um dever desagradável. E não é compaixão.”<sup>193</sup>.

Taruffo argumenta no sentido de que por mais que o conceito preciso e analítico da prova além da dúvida razoável seja indefinido, é indissociável a razão moral fundamental que se fundamenta o critério da dúvida razoável, aduzindo ser uma opção ética preferir-se absolver um culpado a condenar um inocente, necessitando, dessa forma, que a condenação esteja respaldada em prova de elevado grau de confirmação<sup>194</sup>. Nesse ínterim, o processualista italiano reverbera sobre a valoração da prova para considerar-se um fato como provado:

A valoração da prova consiste em determinar o valor probatório de cada elemento de prova em relação a um fato específico, tendo por objeto o estabelecimento de quando, e em que grau, com base nas provas relevantes, o enunciado que afirma e sua coerência possa ser considerado verdadeiro<sup>195</sup>.

Larry Laudan entende que o conceito de prova além de qualquer dúvida razoável é incerto e incoerente, não sendo compreendido em sua integralidade pelos magistrados, tampouco pelos jurados que não possuem conhecimento técnico da questão<sup>196</sup>.

O epistemólogo, ainda, elenca cinco primordiais formas de compreensão da expressão *beyond a reasonable doubt* difundida nas cortes americanas, sendo elas: I) *secutiry of belief appropriate to important decisions in one’s life*; II) *the sort of doubt that would make a prudent person hesitate to act*; III) *an abiding conviction of guilt*; IV) *a doubt for which a reason could be given*; V) *high probability*<sup>197</sup>.

<sup>193</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Standards Probatórios no Processo Penal**. Revista Jurídica, Porto Alegre, p. 127-144, jan. 2008. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20363%20-%20Doutrina%20Penal.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023, p. 132.

<sup>194</sup> TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 295.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>196</sup> LAUDAN, LARRU. **The law’s flaws: rethinking trial and erros**. Milton Keynes: College Publications, 2016, p. 89; LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal: um ensaio sobre epistemologia jurídica. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 61;

<sup>197</sup> LAUDAN, Larry. **Is reasonable doubt reasonable? Legal Theory**, n. 9, 2003. p. 6-15. “I) segurança de crença apropriada para decisões importantes na vida de alguém; II) o tipo de dúvida que faria uma pessoa prudente hesitar em agir; III) convicção permanente de culpa; IV) dúvida passível de justificação; V) alta probabilidade” (livre tradução).

O primeiro critério referir-se-ia a explicar o que viria a ser a expressão “além da dúvida razoável”, encontrando tal resposta na comparação de quando os cidadãos tomam decisões importantes em suas vidas, com a ressalva que tais decisões podem ser feitas mais facilmente que uma decisão judicial.

Com relação ao *the sort of doubt that would make a prudent person hesitate to act*, aduz que a única dúvida passível de impedir o jurado de condenar é aquela fundamentada na razão e no senso comum por uma pessoa racional, fazendo esta hesitar em deliberar. No entanto, malgrado as decisões de risco também envolverem situações de risco, elas pouco se assimilam com os julgamentos criminais, diante do asseverado no julgamento do caso *Victor vs. Nebraska*<sup>198</sup>.

Sobre a convicção permanente de culpa (*an abiding conviction of guilt*), declara que deve haver um definitivo juízo de valor a respeito da culpa do acusado e não meramente uma hipótese. No entanto, não se entende apropriada o termo “permanente” considerando a fugacidade de uma opinião recém-formada que dependerá de outras considerações para sua formação.

No que tange ao *a doubt for which a reason could be given*, sustentada pela Suprema Corte de Wisconsin em que uma dúvida razoável só merece ser levada em consideração se for baseada nas provas trazidas aos autos, adverte que ela não pode ser tida como razoável se não há razão para embasá-la<sup>199</sup>.

Por fim, quanto à alta probabilidade (*high probability*), esta se define considerando encontrar-se uma probabilidade mais elevada do que dos *standards* aplicáveis aos casos cíveis, que se direcionam pelo critério da *preponderance of evidence*.

Alerta que uma problemática a ser trazida diz respeito à incerteza do nível de probabilidade para ser alcançado nesse *standard* em questão. Ademais, asseverou no Justice Brennan que o Judiciário teria sua credibilidade estremecida caso admitisse a falibilidade humana nos seus julgamentos<sup>200</sup>.

#### **4.6.3 O *standard* da prova além da dúvida razoável e sua relação com a presunção de inocência**

<sup>198</sup> MULRINE, Thomas V. **Reasonable doubt: how in the world is it defined?** *American University International Law Review* 12, n. 1, 1997. p. 206.

<sup>199</sup> Ibidem. p. 225.

<sup>200</sup> LAUDAN, Larry. **Is reasonable doubt reasonable?** *Legal Theory*, n. 9, 2003. p. 9.

Após demonstrado o conceito da prova além da dúvida razoável e o porquê o processo penal requerer um *standard* mais elevado que as outras esferas jurídicas, este subcapítulo explica sua íntima relação com o princípio da presunção da inocência.

Já foi falado neste trabalho que, por ser preferível a absolvição de um culpado em detrimento da condenação de um inocente, leva-se em conta na hora de decidir a coerência e a robustez do conjunto probatório trazido aos autos a ser analisado pelo magistrado, ocasião em que havendo dúvida razoável acerca da culpabilidade do réu, este deve ser absolvido efetivando-se o princípio da presunção de inocência e seu subprincípio *in dubio pro reo*.

Inicialmente, destaca-se que a origem histórica da presunção de inocência remonta ao século XVIII, diante de proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>201</sup>, no qual preceituou que se presumia inocente o acusado até que fosse reconhecido como culpado, ônus este a ser provado pela acusação.

Considerando que o Código de Processo Penal Brasileiro foi erigido sob o respaldo de um Estado autoritário, devido a “inferência direta do pensamento autoritário dominante na Europa continental do início do século vinte”<sup>202</sup>, com a promulgação da Constituição de 1988 a presunção de inocência assumiu *status* de garantia constitucional<sup>203</sup> e não apenas uma regra probatória, garantindo aos cidadãos que exijam do Estado a proteção de seus direitos e os meios para isto acontecer<sup>204</sup>.

Dessa forma, assumindo função de vetor axiológico com a Constituição de 1988, o princípio da presunção da inocência possui íntima correlação com o *standard* adotado aos casos penais. Maurício Zanoide<sup>205</sup> assevera sobre além de sua função probatória:

A presunção de inocência, assim como todos seus aspectos e

<sup>201</sup> Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

<sup>202</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 25.

<sup>203</sup> Art. 5º LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

<sup>204</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 39-40.

<sup>205</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 440.

desdobramentos, incluídos aqui o *'in dubio pro reo'* e o *'favor rei'*, representa um direito que veio atender à igualdade, ao respeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade do cidadão e ao devido processo penal porquanto: a) torna a relação jurídica entre imputado e órgãos persecutórios mais equilibrada (garantia à igualdade), impedindo que as manifestações do poder público ultrapassem o necessário para a apuração dos fatos; b) impede, de ordinário, que ao imputado seja dado tratamento de condenado, antes do reconhecimento definitivo de sua culpa (garantia à dignidade da pessoa); c) impõe a necessidade de um processo condizente com todos os padrões constitucionais de justiça para que se proceda à verificação e declaração de culpa do cidadão (garantia do devido processo legal); d) impõe uma decisão menos prejudicial ao imputado sempre que houver dúvida fática ou se possa proceder à mais favorável escolha jurídica, como asseveração do prestígio à dignidade da pessoa humana em toda e qualquer decisão judicial penal.

O criminalista reverbera que é preciso “dar concretude a um preceito constitucional que vem sendo chamado de ‘mito’ e que a população em geral não percebe como algo real e efetivo”, diante de que as garantias processuais são retratadas por um “movimento pendular de avanço e retrocesso quanto aos direitos fundamentais”<sup>206</sup>, criticando ainda a ausência de constância da garantia da presunção de inocência ao longo nos anos no Brasil e no mundo, o que corrobora para sua falta de efetividade no caso concreto.

Segundo Perfecto Andrés Ibáñez, magistrado do Tribunal Supremo da Espanha, “decidir jurisdicionalmente conforme a presunção de inocência, em rigor, equivale a entender que somente se condenará quando não existir nenhuma dúvida razoável acerca da realização do delito e da identidade do autor”<sup>207</sup>.

Para Alexandre Morais da Rosa<sup>208</sup>, a persecução deveria iniciar com o acusado assumindo *status* de absolvido, em razão da presunção da inocência, devendo a acusação enfrentar e modificar sua inocência ao longo do processo, uma vez que a carga probatória é da acusação, sendo esta a responsável por firmar a convicção do julgador.

Aury Lopes Júnior<sup>209</sup> entende a presunção de inocência sendo destrinchada em três dimensões, sendo elas refletidas em norma de tratamento; norma probatória e norma de julgamento.

<sup>206</sup> MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 595.

<sup>207</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Prueba y convicción judicial en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 91-92.

<sup>208</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 707.

<sup>209</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 109-111.

A presunção de inocência como norma de tratamento faz com que o réu seja tratado como inocente pelo magistrado, internamente no curso da ação, ou externamente, diante da publicidade que se dá ao caso através da mídia.

Como norma probatória a presunção de inocência vislumbra-se na ausência da distribuição de cargas no processo penal, uma vez que fica com a acusação provar que o alegado na denúncia é verdadeiro, por meio de provas lícitas e constitucionalmente admitidas.

Por fim, enquanto norma de julgamento a presunção de inocência é a dimensão que mais se assemelha à função de um *standard*, uma vez que para a prolação de uma sentença condenatória deve haver uma suficiência de provas passível para tal deslinde.

Ainda segundo o renomado jurista, o *standard* da prova além da dúvida razoável é legitimado por meio do princípio da presunção da inocência e seu subprincípio do *in dubio pro reo*, assumindo função importante de que erros sejam evitados, já que somente com uma prova robusta e forte o suficiente é passível de se superar qualquer dúvida razoável que surja, e dessa forma, resultar por consequência uma sentença penal condenatória<sup>210</sup>.

Segundo Lima<sup>211</sup>, devido ao *status* de inocente do acusado derivado do princípio da presunção da inocência, é imprescindível que se observe os modelos de constatação para ter-se algum tipo de controle sobre o raciocínio judicial. Dessa forma, devido ao *in dubio pro reo* e ao direito material em questão faz-se necessário que se adote um *standard* mais elevado que os outros. Nesse mesmo sentido Pezzotti<sup>212</sup> conjectura que “o princípio da presunção de inocência impõe um

<sup>210</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 398.

<sup>211</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 604.

<sup>212</sup> PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Apontamentos sobre o confisco nos crimes de tráfico de entorpecentes e de lavagem de dinheiro**. Revista Fórum de Ciências Criminais - RFCC, Belo Horizonte, p. 61-101, jan./jun. 2019. Disponível em: [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60067867/Confisco20190720-100644-jlcoye.pdf?1563672800=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DApontamentos\\_sobre\\_o\\_confisco\\_nos\\_crimes.pdf&Expires=1607127220&Signature=IbDw3qwRqVsaekcHv5EI-SI2L~sqQCv2qvl2nBGmtIjx5wIULEhWSx2uV7J9uOaUCxCfol8838BoAF2jD-pUI39mtf7Jag6pr9qWmWjPLxhEcQKOp3dCply61Vf6~aPJj2u3kEwtzIU5smBMOXv0H18RSx7cbd5Do07K6HZcd~kkHEVbutuzl-F38apZLrZE3UDwKj783bQmP2tDtCRuy0pBRGwAl9lcf4SadsCfsEsrDI7ygxUDNMT1SdrEKWAdFTs-iqKYmjCgGdr79buMQoYIIIVYf2JFQSR1TXozEaRCme2XJZVFsBYK18C7-ft8u-6qU9sewUfhIDfshnSA\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60067867/Confisco20190720-100644-jlcoye.pdf?1563672800=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DApontamentos_sobre_o_confisco_nos_crimes.pdf&Expires=1607127220&Signature=IbDw3qwRqVsaekcHv5EI-SI2L~sqQCv2qvl2nBGmtIjx5wIULEhWSx2uV7J9uOaUCxCfol8838BoAF2jD-pUI39mtf7Jag6pr9qWmWjPLxhEcQKOp3dCply61Vf6~aPJj2u3kEwtzIU5smBMOXv0H18RSx7cbd5Do07K6HZcd~kkHEVbutuzl-F38apZLrZE3UDwKj783bQmP2tDtCRuy0pBRGwAl9lcf4SadsCfsEsrDI7ygxUDNMT1SdrEKWAdFTs-iqKYmjCgGdr79buMQoYIIIVYf2JFQSR1TXozEaRCme2XJZVFsBYK18C7-ft8u-6qU9sewUfhIDfshnSA_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA). Acesso em: 27 fev. 2023, p. 83.

*standard* de prova suficiente a demonstrar a responsabilidade do acusado acima de qualquer dúvida razoável”.

#### 4.6.4 Críticas ao *standard* da prova além da dúvida razoável

Malgrado a análise e o entendimento de que o *standard* da prova além da dúvida razoável seja o melhor para a esfera penal considerando que esta requer um elevado nível de constatação propício à condenação comprovados através do arcabouço probatório trazido aos autos, é necessário um olhar crítico a sua existência.

No capítulo anterior vimos como sua conceituação é de difícil convergência e, ainda que o supramencionado *standard* seja referenciado em alguma decisão, não há garantia de que haja uma efetiva valoração da prova. No mesmo sentido Matida e Vieira<sup>213</sup> expõem:

A simples referência à existência de prova para além de dúvida razoável em uma sentença não traz consigo qualquer garantia de que a decisão tenha sido tomada após um processo de valoração racional da prova. A menção à existência de prova além da dúvida razoável não assegura que realmente existe prova que com suficiência tenha atendido um *standard* de prova exigente.

Pela avaliação de Laudan, esse *standard* levaria uma “proporção inaceitável de erros possíveis”, uma vez que deixaria de condenar diversos culpados, acarretando um aumento de números de crimes, gerando, dessa forma, danos à sociedade<sup>214</sup>.

Ademais, tece críticas com relação à época que o referido *standard* foi construído, sendo que naquela fase as penas eram frequentemente de morte – o que não mais acontece hoje em dia na maioria dos países democráticos -, além de não existir a possibilidade de mudança da decisão através dos recursos, diminuindo a soberania do júri.

<sup>213</sup> MATIDA, Janaína; VIEIRA, Antônio. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova para além de toda a dúvida razoável no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 156, jun-2019, p. 223.

<sup>214</sup> LAUDAN, Larry. **The law's flaws: rethinking trial and errors...** cit., p. 106.

Dessa forma, Larry Laudan propõe que a condenação seja apenas admitida caso cumprido determinados modelos de raciocínio que contenham tais requisitos seguintes: a) a hipótese de culpabilidade pode explicar a maior parte dos fatos relevantes para o caso; e b) a hipótese de inocência não pode ser suficiente para combater alguma prova importante que seja inexplicável de acordo com a hipótese de culpabilidade<sup>215</sup>.

Peixoto<sup>216</sup>, em sua tese, tece críticas a respeito da proposição do ilustre epistemólogo, vez que o novo paradigma a ser seguido como *standard* tem diminuta exigência probatória, assemelhando-se aos standards usados na área cível, ocasionando, dessa forma, a redução da proteção do réu.

Problemática também a ser levada em consideração diz respeito à ausência de referência expressa dos elementos probatórios passíveis de se levar a uma condenação, contentando-se apenas com uma simples explicação que se encaixe ao caso, podendo ou não estar relacionada ao conjunto probatório<sup>217</sup>.

Allen<sup>218</sup> traz ao lume o contratempo da carência da diferenciação entre fatos importantes e fatos eventualmente não importantes, abrindo-se espaço para a subjetividade do julgador conceituar tais hipóteses, questão esta que não foi por Laudan posteriormente desenvolvida.

Pelo exposto, todos esses juízos de valor contribuem para o esvaziamento do desenvolvimento da prova acima de toda dúvida razoável<sup>219</sup>. Nesta toada, o epistemólogo americano defende que o *standard* da prova clara e convincente seria o mais adequado, porém reconhece que sua diminuição da exigência probatória não seria bem aceita pelos juristas<sup>220</sup>.

Na visão de Beltrán, o *standard* conveniente a substituir a prova além de qualquer dúvida razoável teria que respeitar as seguintes condições: a) a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente e as previsões de novos dados que a hipótese permita formular devem ter sido

<sup>215</sup> LAUDAN, Larry. **Is it finally time to put “proof beyond reasonable doubt” out to pasture?** ... cit., p. 321.

<sup>216</sup> PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020, p. 197.

<sup>217</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>218</sup> ALLEN, Ronald J. **Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico**. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandares de prueba y prueba científica – ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 54.

<sup>219</sup> LAUDAN, Larry. **Is reasonable doubt reasonable?** ... cit., p. 324-325.

<sup>220</sup> LAUDAN, Larry. **The law’s flaws: rethinking trial and errors...** cit., p. 107-109.

confirmadas e b) devem ter sido afastadas todas as hipóteses verossímeis dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as hipóteses *ad hoc*<sup>221</sup>.

Badaró<sup>222</sup> também propõe uma reformulação do *standard* que muito se assemelha ao proposto por Ferrer Beltrán, necessitando para a condenação penal a exigência de que contenha elementos de prova que corroborem, com “elevadíssima probabilidade”, as proposições fáticas trazidas e integrantes da imputação formulada pela acusação; e, que não haja elementos de prova que tornem crível fato diverso daquele contido na imputação.

Com ressalva ao ilustre doutrinador, sua proposição apresentada pela fórmula de “elevadíssima probabilidade da hipótese fática acusatória e inexistência de suporte probatório para a hipótese fática de inocência do réu”, também acaba resvalando em conceitos que podem dar abertura à subjetividade do julgador frente a argumentação probatória que lhe será fornecida a convencê-lo.

Malgrado o processo penal ter avançado quanto às disposições que privilegiam e não façam com que a defesa adentre ao processo sem garantias legais, indaga se de fato essa prova além da dúvida razoável traz efetividade para que se dificulte as condenações e, acima de tudo, as condenações de inocentes<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. La valoración racional de la prueba. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 147.

<sup>222</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal...** cit., p. 259.

<sup>223</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Boston: Harvard University Press, 2012, p. 220.

## 5 A APLICAÇÃO DO STANDARD DA PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL NAS CORTES SUPERIORES

Para finalizar o presente trabalho analisa-se a aplicação nos casos concretos do referido *standard* e busca entender como os Tribunais utilizam na prática deste que é considerado o modelo de constatação mais cabível à esfera penal.

A primeira vez<sup>224</sup> que se encontrou a referida expressão “além de toda dúvida razoável” foi em decisão dos autos do HC 73.338/RJ<sup>225</sup>, de relatoria do Ministro Celso de Mello, decisão esta que foi posteriormente utilizada no decorrer de sua carreira em outros casos. No julgamento em questão demonstrou a robustez que as provas trazidas aos autos são responsáveis pelo convencimento do magistrado:

[...] elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e a desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderia conduzir a qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet*

Em pesquisa recente ao Supremo Tribunal Federal constatou-se a ocorrência do termo “prova além da dúvida razoável” em 23 acórdãos, 2.128 decisões monocráticas e 230 informativos, sendo a Ação Penal 470<sup>226</sup> elencada como questão de ordem, na qual considerou seu conjunto provatório passível o suficiente para a condenação.

A referida Ação Penal 470 – vulgarmente conhecida como Mensalão -, ganhou destaque, pois a expressão “dúvida razoável” teve menção por ao menos seis dentre os onze Ministros da Suprema Corte<sup>227</sup>.

Naquele momento, pouco se falava num *standard* passível de refrear uma condenação permeada de dúvidas, tampouco como se daria essa conceituação a

<sup>224</sup> MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova para além de toda dúvida razoável no processo penal brasileiro.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 156, jun-2019, p. 233.

<sup>225</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, 2ª Turma, HC 73.338, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/08/1996, DJ 19/12/1996.

<sup>226</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, Tribunal Pleno, AP 470, Rel. M Joaquim Barbosa, j. 17/12/2012, DJe 22/04, 2013.

<sup>227</sup> MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda dúvida razoável no processo penal brasileiro.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 156, jun-2019, p. 234.

respeito do que seriam as mencionadas dúvidas razoáveis. Nesse sentido Luiz Fux<sup>228</sup> entendeu:

O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para “além da dúvida razoável” não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da “dúvida razoável” em “certeza absoluta”.

Neste julgamento, a Ministra Carmen Lúcia<sup>229</sup> asseverou que “a condenação em processo penal exige juízo de certeza, não bastando a ausência de dúvida razoável sobre a existência do fato imputado ao agente”, levando, nesse ínterim, à conclusão pela absolvição dos réus.

Em julgado de 2017 a Ministra Rosa Weber especificou ser o referido *standard* uma ramificação da presunção de inocência em seu sentido de regra de prova. Assim aduziu:

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 formulação mais precisa é o *standard* anglo saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), o qual foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.<sup>230</sup>

No Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, a expressão prova além da dúvida razoável foi encontrada em dezesseis decisões monocráticas, nas quais destacam-se que a maioria delas referem-se a casos de tráfico de drogas. Nesse sentido:

Por oportuno, cabe destacar que a prova coligida durante a instrução criminal não foi confirmada em Juízo, no tocante à autoria do crime por parte de Andrew, em observância ao princípio constitucional da presunção de

<sup>228</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AP 470/MG, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 22/04/2013. p. 1503 do acórdão, fl. 53123 dos autos

<sup>229</sup> Voto da ministra Carmen Lúcia, p. 2068.

<sup>230</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AP 470/MG, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 22/04/2013. p. 1503 do acórdão, AP 676, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 17/10/2017, acórdão eletrônico DJe-021, Divulgação: 05-02-2018, Publicação: 06-02-2018.

inocência e o standard de prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) exigido para condenação. Nesse cenário, frente à fragilidade probatória carregada nos autos e suscitada a dúvida sobre a autoria delitiva do fato imputado ao acusado, o princípio *in dubio pro reo* deve preponderar, impondo-se a absolvição, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal<sup>231</sup>

Na última decisão encontrada faz-se uma diferenciação sobre a utilização do *standard* dentro das próprias fases do processo penal, em que diante da fase de pronúncia a constatação da autoria contenta-se apenas com indícios suficientes, diferente quando estamos na fase de condenação em que esta requer um grau maior de suficiência.<sup>232</sup>

Quando a procura é apenas pela expressão “dúvida razoável” especializando-se pela matéria penal entre a Terceira Seção, e Quinta e Sexta Turmas, o resultado da pesquisa aumenta consideravelmente, com a existência de 160 acórdãos e 4.714 decisões monocráticas. Destaca-se o julgado que assevera que o referido *standard* atua como baliza efetiva para uma condenação. Nesse sentido:

[...] A condenação de alguém, em um processo penal, não pode ser decorrente de mera convicção íntima do juiz, ou mesmo de uma convicção apoiada em prova que, confrontada por evidências contrárias, suscite razoável dúvida quanto à narrativa acusatória, sob pena de inversão do ônus da prova, que, no âmbito criminal, recai todo sobre a acusação. Na hipótese, houve clara violação à regra de que ninguém pode ser condenado com prova que não supere a dúvida razoável quanto à participação delitiva do acusado<sup>233</sup>

<sup>231</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, HC N. 789.059, Ministro Jesuíno Rissato (desembargador convocado do TJDF), DJe de 16/12/2022

<sup>232</sup> [...] Acrescente-se que, no caso dos autos, a Corte estadual confirmou a pronúncia do réu, que, como se sabe, encerra mero juízo de admissibilidade da acusação. Significa dizer que se o Juiz instrutor, ao analisar o conjunto probatório, constata que ele comporta a existência da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria, de forma a conferir plausibilidade à acusação, o feito deve ser encaminhado ao Tribunal do Júri, juízo competente para julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, "d", CF), que irá apreciar as provas e emprestar-lhes o valor que possam merecer. Portanto, nesta fase procedimental, exige-se um standard probatório diverso daquele necessário à condenação: a autoria deve ser amparada por indícios suficientes e não por prova além da dúvida razoável.

Assim, não há falar em confrontação de todas as provas dos autos, a fim de, esgotado o tema, verificar se a hipótese acusatória resiste incólume, mas, sim, cabe apenas averiguar se é ela admissível diante dos elementos até então produzidos [...]. AREsp 2246316 (2022/0346064-3 - 05/12/2023), relator Joel Ilan Paciornik, decisão monocrática, julgado em 04/12/2-23, DJe de 15/12/2023.

<sup>233</sup> HC n. 663.710/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 27/6/2023

A decisão mais antiga que faz referência à expressão estrangeira *beyond a reasonable doubt* é de um julgamento de 2021, no qual desclassifica o tráfico de drogas para a conduta de porte para uso próprio e que o Ministro relator faz referência ao standard atrelado ao princípio da presunção de inocência, vejamos:

[...] 6. Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza, além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a parte *objecti*, quer a parte *subjecti*. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa decorra de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas<sup>234</sup>.

Encontrou-se a referida expressão ainda em mais outros três acórdãos e mais duzentas e sessentas decisões monocráticas, sendo que a mais antiga desta é do ano de 2008<sup>235</sup> e diferencia o valor probatório nas esferas penal e civil, ocasião em que já foi tema de abordagem deste trabalho.

Ademais, tem se utilizado do referido modelo de constatação para garantir outros direitos constitucionais expressamente assegurados, como a inviolabilidade de domicílio, devendo o “contexto fático anterior à invasão fornecer elementos que permitam aos agentes ter certeza para além da dúvida razoável a respeito da prática delitiva no interior do imóvel”<sup>236</sup>.

Além disso, também se utiliza do referido *standard* para diferenciar os graus de constatação que ele deve alcançar dentro do procedimento bifásico do Tribunal do Júri, especialmente para a pronúncia em que se necessita um meio termo entre a simples preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias –

<sup>234</sup> HC n. 681.680/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 29/9/2021.)

<sup>235</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Ag n. 996.634, Ministro Hamilton Carvalhido, DJe de 16/04/2008 [...] 4. A condenação civil ou administrativa não requer os mesmos padrões de prova da condenação criminal, esta exige a determinação da culpabilidade além de qualquer dúvida razoável, enquanto aquelas - sanções civis e administrativas - apenas exigem uma preponderância da prova. [...].

<sup>236</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg nos EDcl no HC n. 811.043/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023;

comumente usado no recebimento da denúncia – e o da certeza além de qualquer dúvida razoável – passível para a condenação<sup>237</sup>. Nesse sentido:

[...] 2. Assim, tem essa fase inicial do procedimento bifásico do Tribunal do Júri o objetivo de avaliar a suficiência ou não de razões para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (*judicium accusationis*) funciona como um importante filtro pelo qual devem passar somente as acusações fundadas, viáveis, plausíveis e idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (*judicium causae*). A pronúncia consubstancia, dessa forma, um juízo de admissibilidade da acusação, razão pela qual o Juiz precisa estar "convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação" (art. 413, caput, do CPP).

3. A leitura do referido dispositivo legal permite extrair dois standards probatórios distintos: um para a materialidade, outro para a autoria e a participação. Ao usar a expressão "convencido da materialidade", o legislador impôs, nesse ponto, a certeza de que o fato existiu; já em relação à autoria e à participação, esse convencimento diz respeito apenas à presença de indícios suficientes, não à sua demonstração plena, exame que competirá somente aos jurados. [...]

6. Não há falar que a negativa de aplicação do *in dubio pro societate* na pronúncia implicaria violação da soberania dos vereditos ou usurpação da competência dos jurados, a qual só se inaugura na segunda etapa do procedimento bifásico. Trata-se, apenas, de analisar os requisitos para a submissão do acusado ao tribunal popular sob o prisma dos standards probatórios, os quais representam, em breve síntese, "regras que determinam o grau de confirmação que uma hipótese deve ter, a partir das provas, para poder ser considerada provada para os fins de se adotar uma determinada decisão" (FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 24) ou, nas palavras de Gustavo Badaró, "critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado, sendo aceito como verdadeiro" (BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2 ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 241).

7. Segundo Ferrer-Beltrán, "o grau de exigência probatória dos distintos standards de prova para distintas fases do procedimento deve seguir uma tendência ascendente" (op. cit., p. 102), isto é, progressiva, pois, como explica Caio Massena, "não seria razoável, a título de exemplo, para o recebimento da denúncia - antes, portanto, da própria instrução probatória, realizada em contraditório - exigir um standard de prova tão alto quanto aquele exigido para a condenação" (MASSENA, Caio Badaró. *Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 7, n. 3, p. 1.631-1.668, set./dez. 2021).

8. Essa tendência geral ascendente e progressiva decorre, também, de uma importante função política dos standards probatórios, qual seja, a de distribuir os riscos de erro entre as partes (acusação e defesa), erros estes que podem ser tanto falsos positivos (considerar provada uma hipótese falsa, por exemplo: condenação de um inocente) quanto falsos negativos (considerar não provada uma hipótese verdadeira, por exemplo: absolvição de um culpado) (FERRER-BELTRÁN, op. cit., p. 115-137). Deveras, quanto mais embrionária a etapa da persecução penal e menos invasiva, restritiva e severa a medida ou decisão a ser adotada, mais tolerável é o risco de um eventual falso positivo (atingir um inocente) e, portanto, é mais atribuível à defesa suportar o risco desse erro;

<sup>237</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp n. 2.091.647/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 3/10/2023.

por outro lado, quanto mais se avança na persecução penal e mais invasiva, restritiva e severa se torna a medida ou decisão a ser adotada, menos tolerável é o risco de atingir um inocente e, portanto, é mais atribuível à acusação suportar o risco desse erro.

11. Assim, o standard probatório para a decisão de pronúncia, quanto à autoria e a participação, situa-se entre o da simples preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias (mera probabilidade ou hipótese acusatória mais provável que a defensiva) - típico do recebimento da denúncia - e o da certeza além de qualquer dúvida razoável (BARD ou outro standard que se tenha por equivalente) - necessário somente para a condenação. Exige-se para a pronúncia, portanto, elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado.

12. A adoção desse standard desponta como solução possível para conciliar os interesses em disputa dentro das balizas do ordenamento. Resguarda-se, assim, a função primordial de controle prévio da pronúncia sem invadir a competência dos jurados e sem permitir que o réu seja condenado pelo simples fato de a hipótese acusatória ser mais provável do que a sua negativa.<sup>238</sup>

Destaca-se também uma importante decisão em que se utilizou da falsa ideia de um grau de constatação elevado e enviesado pelo comportamento da vítima de se evitar o crime, especialmente no que tange aos crimes sexuais, passível de se criar um entrave para a condenação do réu e favorável a ideia de que a mulher assume responsabilidade diante de seu comportamento. Vejamos:

1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 alterou o paradigma do sujeito de direitos para conferir o tratamento da igualdade formal para todos, em especial pelas perspectivas da nacionalidade, etnia, raça ou religião, com o objetivo de se contrapor aos horrores da intolerância nazifascista. Nessa primeira fase de proteção dos Direitos Humanos, o novo paradigma busca tratar os indivíduos como iguais, porém em uma perspectiva ainda genérica e abstrata, desconsiderando as diferenças que particularizam os indivíduos, o que não atende a condição de mulher, pois, na lição de Boaventura de Sousa Santos: "temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. (Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003: 56).

2. Em 1979, com a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1984, incorporou-se que proibir a discriminação não é o suficiente, cabendo ainda, aos Estados-partes, a efetiva promoção da igualdade. No Brasil, na esteira da ratificação da Convenção de 1979, passa-se a ter o principal marco jurídico na longa caminhada de reconhecimento da mulher como sujeito de direitos: a Constituição Federal de 1988.

[...] 6. Cumpre ao Judiciário, como guardião direto ou difuso da Constitucional Federal, repelir as interpretações que, sob a roupagem de resguardar a ampla defesa, promovem o julgamento da vítima, ao invés de julgar o acusado. Essa modalidade de discriminação contra as mulheres costuma se camuflar de um rigoroso standard probatório, não existente para outras modalidades de crimes, e até se sofisticada para burlar a leitura

<sup>238</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 2.091.647/DF, relator Ministro Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/9/2023, DJe de 3/10/2023

constitucional, tais como: legítima defesa da honra, débito conjugal, desqualificação moral da vítima, desvalor do depoimento da ofendida, exigência de resistência física enérgica, de reforço probatório pericial, dentre outros. Inclusive, essa compreensão que busca identificar e rejeitar o uso de recursos argumentativos abusivos e destituídos de amparo normativo foi recentemente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela incompatibilidade da tese da legítima defesa da honra com o princípio da dignidade da pessoa humana (ADPF n.º 779, Relator Ministro Dias Toffoli). [...] 14. Em síntese, todos os elementos constantes do acervo probatório do presente caso devem ser interpretados com perspectiva de gênero, evitando-se, assim, a contaminação das inferências epistêmicas pela injusta expectativa de que a ofendida se comportasse segundo um ideal inexistente de "vítima perfeita", que resiste - se preciso for até a morte - ante o ataque sexual.

15. A palavra da adolescente, alicerçada pelo laudo psicológico, ambos acompanhados do laudo pericial, formam um conjunto suficiente para superar qualquer dúvida razoável que pudesse pairar. A partir de uma concepção racionalista da prova, não podem estar incluídas no conceito de "dúvida razoável" aquelas dúvidas causadas pela indesejada presença dos estereótipos de gênero. Desse modo, nem o comportamento da vítima (de voltar à casa do réu), nem o depoimento da esposa do acusado (negando veementemente o fato) são bastantes para representar dúvidas razoáveis.<sup>239</sup>

Isto posto, malgrado o avanço principalmente relacionado ao contexto em que o *standard* é inserido nos julgamentos, ainda é tímida e gradual sua participação na jurisprudência brasileira, bem como deve-se reconhecer que sua aplicação não pende para uma maior condenação ou absolvição, mas sim para que se crie entraves condizentes – isto é, diferentes graus de suficiência -, que oscilam dependendo não apenas da matéria, mas principalmente das provas reunidas pelas partes e, deste modo, ter sua função primordial assegurada, ou seja, aquela de se conseguir o grau de constatação necessário para que se profira uma sentença baseada nas provas coligidas aos autos, e dessa forma, assegurar um processo mais próximo da verdade dos fatos.

---

<sup>239</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 2.005.618/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, relator para acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 1/12/2023.

## 6 CONCLUSÃO

Após a introdução, iniciou-se o estudo pormenorizando sobre a questão das provas no processo penal, explicando-as através do chamado “paradoxo temporal”, em que se analisa as questões pretéritas ocorridas dentro do processo presente com a finalidade passível de resultar uma consequência futura, embasadas pelo arcabouço probatório que é trazido aos autos.

Assim, os fatos que necessitam de provas nunca serão reais, mas sim um aglomerado de ocorrências passadas que se espera ser suficientes para o convencimento do julgador que, por sua vez, exerce uma atividade recognitiva, responsável por construir modos de convencimento que legitimam sua convicção.

Observou-se que dentre variados conceitos de provas elencados, há uma convergência de que elas se dedicam a encontrar a verdade de um fato e não esse fato em si, vez que a argumentação probatória é extraída a partir das alegações dos fatos e não destes próprios.

Posteriormente se explicou que para embasar sua fundamentação o magistrado precisa de limites pré-definidos, adentrando aos sistemas de valoração das provas, pormenorizados pela prova legal, livre convicção e a persuasão racional.

Assim, inicialmente no sistema da prova tarifada, aquele resultado da cultura jurídica formalística, possui uma rígida hierarquia entre os meios de prova, tendo pesos pré-estabelecidos, sendo a confissão um exemplo de prova dotada do seu mais alto grau de confirmação.

Malgrado a função de delimitar os poderes do juiz no estudo probatório, tal sistema também nos remete a um modelo inquisitório, sendo que até hoje há resquício desse sistema face o artigo 158 do Código de Processo Penal que preceitua ser indispensável o exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios, sendo que nem mesmo a confissão pode supri-lo.

No mais tardar, foi frente à Revolução Francesa e o pensamento iluminista que se deu vazão ao sistema do livre convencimento ou íntima convicção, em que se afastou a rigidez valorativa das provas diante da não necessidade de fundamentação das decisões, ocasião em que é encontrado até hoje no Tribunal do Júri em que os jurados, despidos de conhecimento jurídico, proferem um veredicto final ausente qualquer fundamentação jurídica.

O último sistema a ser analisado foi o da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, servindo de intermediário entre os dois primeiros mencionados e sendo aquele em que o magistrado decide de acordo com seu livre convencimento, contudo, necessária a devida motivação, possuindo fundamento na codificação processual penal e na própria Constituição Federal.

Deste sistema, se reflete a respeito da lacuna existente entre a convicção do julgador e a valoração que se atribui as provas colacionadas dentro dos limites normativos já definidos pelo legislador, adentrando, dessa forma, à criação de balizas para refrear esse subjetivismo e garantir um processo coerente e paritário seguindo os ditames legais.

Neste contexto a epistemologia, que é o ramo da filosofia que estuda como a própria ciência justifica seus conhecimentos, adentrou aos estudo e foi importante para fornecer os mecanismos de valoração racional de prova condizentes com a finalidade de obter o conhecimento verdadeiro sobre o fato. E com a epistemologia jurídica, aquela responsável pelo estudo da ciência do Direito, se encontrou respaldo necessário para compreender os critérios e instrumentos utilizados pelo julgador em sua decisão, bem como o que se entende por prova.

Dessa forma, para se chegar o mais próximo possível da verdade através de um caminho coerente, se faz necessário analisar os métodos lógicos responsáveis pela tomada da decisão, buscando critérios que consolide a racionalidade da atividade valorativa probatória da forma mais imparcial possível, modos estes que podem ser encontrados através das inferências que levem a decisão final do processo.

Por conseguinte, ao analisar as inferências probatórias epistêmicas, normativas e interpretativas, sendo que elas possuem como garantias, respectivamente, uma regra de experiência, uma norma e um conceito predeterminado a ser interpretado no caso concreto, se concluiu que elas sozinhas não são suficientes para que se profira uma decisão consistente nas provas trazidas aos autos.

Encontrou-se nos sistemas da *commom law* o devido enfrentamento através dos *standards of proof*, aqueles responsáveis pela definição do grau de confirmação necessário a considerar-se suficientemente provada uma hipótese fática, passível de considerá-la verdadeira.

Malgrado não haver resposta unânime a respeito da construção dos referidos modelos de constatação, é certo que eles variam dependendo de sua esfera de atuação, assim, são mais elevados quando colocados frente ao processo penal vez que tratam da privação da liberdade dos indivíduos.

Os principais tipos de *standards* são subdivididos em preponderância da prova; prova mais provável que sua negação; prova clara e convincente e, prova acima de qualquer dúvida razoável, sendo que os critérios de suficiência aumentam respectivamente se comparados uns com os outros e em decorrência do tipo de processo que estão inseridos

Na esfera penal o *standard* da prova além da dúvida razoável é o comumente utilizado, vez que requer um nível de constatação mais elevado que os demais, já que se lida com a restrição da liberdade e é necessário um grau de confirmação passível de eliminar qualquer outra alternativa que coloque o nível de veracidade em dúvida.

A consequência desse elevado grau de constatação resulta no aumento do número de falsos negativos, ou seja, a absolvição de culpados; e a diminuição de falsos positivos, melhor dizendo, a condenação de inocentes.

Malgrado não se ter consolidada a definição de dúvida razoável, é cediço a íntima correlação do referido *standard* com o princípio da presunção de inocência, vez que decidir conforme tal ditame equivale uma condenação diante da ausência de dúvidas razoáveis sobre a realização do delito e sua autoria.

Dessa forma, não obstante a importância e melhoria que os *standards* trouxeram ao processo, é preciso que se analise com cautela sua aplicação ao caso concreto, na medida que sua simples menção não necessariamente significa uma efetiva valoração racional das provas nos autos, bem como a ausência expressa de elementos probatórios concretos passíveis de se levar a uma condenação, além de abrir vasto campo para a subjetividade, que também fragiliza em demasia a essência que tais modelos de constatação se propõem a de fato servir.

## REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. **Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos**. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 127-139, 2005.

ACCATINO, Daniela. **Atomismo e holismo em la justificación probatória**. *Isonomía*, n. 40, abri-2014.

ALLEN, Ronald J. **Los estándares de prueba y los limites del análisis jurídico**. In: VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Estandpares de prueba y prueba científica – ensayos de epistemología jurídica*. Madri: Marcial Pons, 2013

BACHELAR. Gaston. **A epistemologia**. Portugal: Edições 70, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo:Thomsom Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Standards Probatórios no Processo Penal**. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, p. 127-144, jan. 2008. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20363%20-%20Doutrina%20Penal.pdf>.

BENNET, Bryant. M. **Clear and convincing proof: appellate review**. *California Law Reviw*, v. 32, n. 1, marc. 1997

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

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England. First Edition**. Oxford: *Printed at the Clarendon Press*, 1765-1769

CALLEN, Craig R. **Cognitive science and the sufficiency of “sufficiency of the evidence” tests**, 65. *Tulsa Law Review* 1113, 1991.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASARA, Rubens Roberto R. **Mitologia processual penal**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502626034. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626034/>.

CHILE. **Código Procesal Penal** (2000). Art. 340. Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/spanish/chi\\_res40.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res40.pdf). Acesso em: 12 mar. 2023.

COHEN, L. Jonathan. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977

DIAMOND, Henry A. **Reasonable doubt: to define, or not to define**. *Columbia Law Review*. v. 90, n. 1716. 1990.

EPPS, Daniel. **The Consequences of Error in Criminal Justice** (February 10, 2015). *Harvard Law Review*, Vol. 128, No. 4, pp. 1065-1151, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2463689>>.

FERNANDES, Antônio S.; ALMEIDA, José Raul Gavião D.; MORAES, Maurício Zanoide D. **Provas no processo penal: estudo comparado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)**. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE

GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal**. Universidade de São Paulo, 2013.

GRUBBA, Leilane Serratine. **Método Empírico-Indutivo: de Bacon aos trabalhos científicos em direito**. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, p. 6095-6128, 2012;

HARMAN, Book Reviews. **Inference to the Best Explanation by Peter Lipton**. *Mind*, v.101, 1992.

HACKINGS, Ian. **The emergence of probability**. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 11; SCHUM, David A. *Los fundamentos probatórios del razonamiento probabilístico*. Trad. Orión Vargas V. Bogotá: Orión Vargas, 2016.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Prueba y convicción judicial en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 91-92.

JUNGES, A. L. **Inferência à melhor explicação**. *Intuitio, [S. l.]*, v. 1, n. 1, p. 82–97, 2008. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/3672>.

KIRCHER, Luís Felipe S. **O convencimento judicial e os parâmetros de controle sobre o juízo de fato: visão geral, direito comparado e o Tribunal Penal Internacional**. *Revista Due In Altum*, v. 10, n. 20, p. 179-206, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22293/2179-507x.v10i20.692>

KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [[www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm](http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm)]. Acesso em: 05.01.2023.

LAUDAN, Larry. **Is reasonable doubt reasonable?** *Legal Theory*, n. 9, 2003.

LAUDAN, **Verdad, error y proceso penal. Um ensayo sobre epistemologia jurídica.** Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons. 2013.

LA TORRE, Angel. **Introdução ao Direito.** Coimbra: Almedina, 1978

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LIPTON, P. **Inference to the best explanation.** 2.ed. New York: International Library of Philosophy, 2004.

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>.

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

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos.** In: CUNHA, José Ricardo (Org.). *Epistemologia: Críticas do Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris.

MATIDA, Janaína; VIEIRA, Antônio. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável no processo penal brasileiro.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, jun-2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Maurício (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ Editora, 2005.

MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MUELLER, Christopher B.; KIRKPATRICK, Laird C. **Evidence.** 5. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

MULRINE, Thomas V. **Reasonable doubt: how in the world is it defined?** *American University International Law Review* 12, n. 1, 1997

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Apontamentos sobre o confisco nos crimes de tráfico de entorpecentes e de lavagem de dinheiro**. Revista Fórum de Ciências Criminais - RFCC, Belo Horizonte, p. 61-101, jan./jun. 2019. Disponível em: [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60067867/Confisco20190720-100644-jlcoye.pdf?1563672800=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DApontamentos\\_sobre\\_o\\_confisco\\_nos\\_crimes.pdf&Expires=1607127220&Signature=lbDw3qwRqVsaekcHv5EI-Sl2L~sqQCv2qvql2nBGmtlJx5wIULEhWSx2uV7J9uOaUCxCfol8838BoAF2jD-pUI39mtf7Jag6pr9qWmWjPLxhEcQKOp3dCply61Vf6~aPJj2u3kEwtzIU5smBMOXv0H18RSx7cbd5Do07K6HZcd~kkHEVbutuzl-F38apZLrZE3UDwKj783bQmP2tDtCRuy0pBRGwAl9lcf4SadsCfsEsrDI7ygyUDNMT1SdrEKWAdFTs-iqKYmjCgGdr79buMQoYIIIVYf2JFQSR1TXozEaRCme2XJZVFsBYK18C7-ft8u-6qU9sewUfhIDfshnSA\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60067867/Confisco20190720-100644-jlcoye.pdf?1563672800=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DApontamentos_sobre_o_confisco_nos_crimes.pdf&Expires=1607127220&Signature=lbDw3qwRqVsaekcHv5EI-Sl2L~sqQCv2qvql2nBGmtlJx5wIULEhWSx2uV7J9uOaUCxCfol8838BoAF2jD-pUI39mtf7Jag6pr9qWmWjPLxhEcQKOp3dCply61Vf6~aPJj2u3kEwtzIU5smBMOXv0H18RSx7cbd5Do07K6HZcd~kkHEVbutuzl-F38apZLrZE3UDwKj783bQmP2tDtCRuy0pBRGwAl9lcf4SadsCfsEsrDI7ygyUDNMT1SdrEKWAdFTs-iqKYmjCgGdr79buMQoYIIIVYf2JFQSR1TXozEaRCme2XJZVFsBYK18C7-ft8u-6qU9sewUfhIDfshnSA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA).

PLATÃO. **A República (Da Justiça)**. Tradução Edson Bini, Bauru: EDIPRO, 2006. 2006.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

REARDON, George. **Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases**. 27 University of Florida Law Review. 260, 1974.

RODRIGUES, Warley Gonçalves. **A criminalização da inocência: o aprisionamento indevido de inocentes no Brasil**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. 2022

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

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

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Boston: Harvard University Press, 2012, p. 220

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**/ De Plácido de Silva; atualizadores Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVEIRA, Lauro F. Barbosa da; GONZALEZ, Maria Eunice Q. **Instinct and Abduction in the Peircean Informational Perspective: Contributions to Biosemiotics**. ROMANINI, Vinicius; FERNÁNDEZ, Eliseo (Eds.). *Peirce and Biosemiotics: a guess at the riddle of life*. Dordrecht: Springer, 2014. p. 151-169.

TABAK, Benjamin Miranda; Aguiar, Julio Cesar e Nardi, Ricardo Perin. **O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal.** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 70, pp. 177-196, jan/jun.207

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici.** Milano: Giuffrè, 1992

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

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdade: el juez y la construcción de los hechos.** Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2022.

TARUFFO, Michele. **Verità e probabilità nella prova dei fatti.** Revista de Processo, São Paulo, v. 32, n. 154, dez. 2007. p. 221.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade.** 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TELLES, Lara. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal.** Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2019.

TUZET, Giovanni. **Abudction, IBE and standards of proof.** *The internacional Journal of Evidence & Proof*, 2018.

UBERTIS, Giulio. **Profili di espistemologia giudiziaria.** Milano: Giuffrè, 2015.

VILELA, Matheus Dantas. **Standards probatórios e processo penal [recurso eletrônico]: em busca de um método de controle intersubjetivo do juízo fático da sentença penal.** Santo Ângelo: Metricjs, 2023.

WHITMAN, James Q. **The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial.** Londres: Yale University Press, 2008.