

A busca da “verdade” no processo penal através da prova além de uma dúvida razoável

Pedro Eularino Teixeira Simão*

Sumário

1. A busca da “verdade” no processo penal. 1.a) “Verdade” e “certeza”. 1.b) Certeza e probabilidade. 2. A utilização dos *Standards* probatórios como ferramenta jurídica auxiliar do julgador na busca da verdade “aproximada” do fato criminoso. 3. *Standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*). 4. Aplicabilidade prática no sistema processual penal norte-americano do *standard proof beyond a reasonable doubt* como critério orientador do julgador na busca da verdade “aproximada” do fato criminoso. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo objetiva abordar o tema da busca da “verdade” no âmbito do processo penal, com base nos ensinamentos da doutrina especializada no assunto. Diante do tormentoso subjetivismo do termo “verdade” que aflige os operadores do Direito “mundo afora”, torna-se imprescindível a análise pormenorizada do contexto probatório produzido no bojo do processo penal de acordo com algum parâmetro que possa auxiliar o julgador na formação de seu livre convencimento motivado. Seguindo essalinha de raciocínio, tenciona-se, nesta oportunidade, amadurecer a ideia da necessidade de uma maior incorporação na prática processual brasileira do *standard* probatório anglo-saxônico da prova além de uma dúvida razoável, critério este, já largamente utilizado em sistemas jurídicos processuais penais estrangeiros com a finalidade de nortear a convicção do julgador, minorando assim, as dificuldades de se alcançar uma certeza probatória fundamentada na verdade “aproximada” dos fatos.

Palavras-chave: A busca da “verdade” no processo penal. Necessidade de utilização de um padrão probatório para nortear o livre convencimento motivado do julgador. *Standard* probatório anglo-saxônico da prova além de uma dúvida razoável.

1. A busca da “verdade” no processo penal

A finalidade primordial do processo penal é a busca da verdade dos fatos, a fim de garantir um julgamento justo ao acusado , seja no sentido da condenação

* Doutorando em Direito Penal na UERJ. Mestre em Direito Penal pela Universidade de Lisboa (ULisboa). Promotor de Justiça do MPRJ - Membro do GAECO.

ou da absolvição. Por isso, durante toda a instrução criminal, acusação e defesa desempenham uma intensa atividade probatória, com a pretensão de se alcançar um único objetivo: a persuasão racional do julgador.

Esse propósito tão almejado pelas partes do processo penal é também conhecido como “certeza moral”, que foi definida expressamente pelo Código Canônico como a “persuasão produzida no ânimo do juiz, de acordo com o modo normal de agir das pessoas, que exclui qualquer dúvida prudente”¹.

Nesse sentido, no ato de julgar, o juiz deve manter o seu espírito alinhado à realidade contida nos autos², motivo pelo qual, a doutrina alerta que os veredictos nem sempre refletem a verdade, mas somente avaliam as provas produzidas pelas partes no processo penal.³

É justamente a dificuldade de se alcançar uma verdade “plena” no processo penal que fez Mittermaier ponderar nos primórdios do século XVIII que “o talento investigador do magistrado deve saber encontrar uma mina fecunda para o descobrimento da verdade”, buscando por meio de um raciocínio lógico e coerente “iluminar” o seu entendimento, guiando-o até a realidade dos fatos.⁴

Daí surge a extrema relevância da busca da “verdade” no processo penal, uma vez que o Sistema Judicial só adquire legitimidade perante os jurisdicionados, se os seus veredictos forem fundamentados de maneira precisa. Significa dizer que é necessário potencializar a máxima redução dos erros de julgamento, pois uma Justiça Criminal que, frequentemente, condena inocentes e absolve culpados, deixa de conquistar o respeito e a obediência dos cidadãos, em decorrência da sua falta de credibilidade perante a sociedade.⁵

Por isso, torna-se essencial definirmos o que se entende por “verdade”, não apenas em razão do próprio subjetivismo inerente ao termo, como também porque esta compreensão é fundamental para a integral efetividade da Justiça no processo penal. Isso porque, segundo Guzmán “a verdade não é um fim em si mesma, mas

¹ Código de Direito Canônico, tradução CNBB, 2ª edição. Brasília: Loyola, 1987, p. 689, nota ao cânone 1608, § 1º, que reproduz o artigo 1869 do *Codex Iuris Canonici* de 1917.

² NASCIMENTO, Edmundo Dantès. *Lógica aplicada à advocacia – técnica de persuasão*, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 55.

³ Esse é o posicionamento de Chambers Jr. ao afirmar: “*Verdicts do not necessarily reflect truth; they reflect the evidence presented*”. CHAMBERS JR., Henry L. *Reasonable Certainty and reasonable doubt*. In: Marquette Law Review, 1998, Volume 81, nº 3, p. 655-704, p. 668.

⁴ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado General de la Prueba en Materia Criminal*, 3ª edição. Traduzido para o espanhol por Pedro Aragoneses Alonso. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1877, p. 427.

⁵ Tal raciocínio também fundamenta o pensamento de Laudan, que compara o julgamento criminal com um motor epistêmico, isto é, uma ferramenta utilizada para o descobrimento da verdade. Desse modo, pontua o autor: “*public legitimacy, as much as justice, demands accuracy in verdicts. A criminal justice system that was frequently seen to convict the innocent and to acquit the guilty would fail to win the respect of, and obedience from, those it governed. It thus seems fair to say that, whatever else it is, a criminal trial is first and foremost an epistemic engine, a tool for ferreting out the truth from what will often initially be a confusing array of clues and indicators. To say that we are committed to error reduction in trials is just another way of saying that we are earnest about seeking the truth*”. LAUDAN, Larry. *Truth, error and Criminal Law. An essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 27.

representa uma condição necessária para a aplicação de uma condenação, de acordo com um modelo garantista do processo penal".⁶

Nessa mesma linha de raciocínio, a doutrina acentua que o critério da "verdade" constitui um requisito *sine qua non* quando se trata da imposição de uma pena pelo cometimento de um delito, só sendo legítimo penalizar o acusado quando a verdade sobre a sua responsabilidade penal haja sido plenamente comprovada.⁷ Dessa forma, a descoberta da "verdade" é imprescindível para a persecução penal Estatal adquirir legitimidade, e consequentemente refletir um veredito justo e adequado às peculiaridades do caso concreto.

Ocorre que, por mais perfeccionistas que sejam os operadores do Direito na busca da "verdade", esta nunca poderá ser alcançada de forma plena, porque a realidade do fato criminoso não voltará a acontecer novamente, ainda que haja uma reconstituição minuciosa do acontecimento passado, isto é, do momento do crime.

É claro que com a modernidade, existem situações nas quais o momento exato do crime foi registrado por câmeras de segurança, o que obviamente, auxiliará o julgador na descoberta da "verdade". Contudo, não se pode desconsiderar outras circunstâncias periféricas à prática do crime que eventualmente possam revelar a motivação do agente ou qualquer outro fato relevante que possa alterar significativamente a formação da convicção do julgador.

Assim sendo, a noção de "verdade" no processo penal variará de acordo com o seu intérprete, justamente em razão da subjetividade inerente à terminologia, bem como, em virtude da falibilidade humana. A união dessa dupla de fatores nos remete aos ensinamentos de Ferrajoli, no sentido de que "se uma Justiça Penal integralmente 'com verdade' constitui uma utopia, uma Justiça Penal completamente 'sem verdade' equivale a um sistema de arbitrariedade."⁸

Diante disso, concordamos com o referido jurista italiano, quando sustenta que o processo penal não deve ter por objetivo a busca de uma verdade "absoluta", mas sim, de uma verdade "aproximada" dos fatos.⁹

Na doutrina brasileira sobre o tema, Nucci assevera que a verdade no processo penal é aquela "atingível ou possível", que deve emergir durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão.¹⁰

⁶ GUZMÁN, Nicolas. *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 31-33.

⁷ CAFFERATA NORES, José I.; CÓPOLA, Patrícia. *Verdad procesal y decisión judicial*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2000, p. 11-12.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Traduzido para o espanhol por P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero. Madrid: Trotta, 1995, p. 40.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Traduzido para o espanhol por P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero. Madrid: Trotta, 1995, p. 44.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 7ª edição. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011, p. 392.

A esse sentir, Figueiredo Dias lembra que o processo penal não deve ser analisado sob o ângulo da verdade formal, mas de acordo com a verdade material, que por sua vez, possui um duplo aspecto: o primeiro, no sentido de uma verdade isenta da influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; e o segundo, no sentido de uma verdade que, não sendo absoluta, “há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática, e sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço, mas processualmente válida”.¹¹

Com base nas lições do jurista português, os tribunais portugueses já tiveram a oportunidade de esclarecer que “a verdade a que se chega no processo não é a verdade verdadíssima, mas uma verdade judicial e prática, uma «verdade histórico-prática e, sobretudo, não é uma verdade obtida a todo o preço, mas processualmente válida”. Trata-se de uma verdade aproximativa ou probabilística, como ocorre com toda a verdade empírica, submetida a limitações inerentes ao conhecimento humano e adicionalmente condicionada por limites temporais, legais e constitucionais”.¹²

A nosso ver, a “verdade processualmente válida” é aquela que deve ser perseguida incessantemente pelo Estado Democrático de Direito, mas com a imposição de limites constitucionais na busca da realidade “aproximada” dos fatos. Consequentemente, a persecução penal deverá sempre possuir como parâmetro a observância da dignidade da pessoa humana, materializada em um triplo pilar inerente ao princípio do devido processo legal: o contraditório, a ampla defesa e a vedação de utilização de provas proibidas (ilícitas e ilegítimas).

Portanto, a “verdade” no processo penal deve ser alcançada com estrita observância aos direitos e garantias fundamentais, e representar uma verdade “aproximada” do real acontecimento dos fatos, de modo a refletir um juízo de certeza probatória que habilite o julgador a proferir um julgamento justo e adequado ao caso concreto.

1. a) “Verdade” e “certeza”

Há muito tempo, o alcance do significado de “verdade” é intensamente debatido na Filosofia. Tal preocupação advém desde a Idade Média, quando ocorreu o ponto de partida para o entendimento no sentido de que, para se realizar “Justiça”, era necessário definir previamente o que se entende por “verdade”.

Mais precisamente no século XII, a célebre e inesquecível frase “é melhor absolver mil culpados do que condenar à morte um único inocente” foi atribuída a Maimônides. A genialidade do filósofo na Antiguidade fez com que a mesma ideia tenha sido reproduzida até os dias atuais por juristas, estudiosos e até mesmo, ícones da História.¹³

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*, volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 193-194.

¹² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 679/06.0GDTVD.L1-3, julgado em 04/07/2012. Disponível em: <www.dgsi.pt>

¹³ LAUDAN, Larry, *Truth, error and Criminal Law. An essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 63. O autor aponta que a autoria da frase “it is better... to acquit a thousand guilty

Esse pensamento representa exatamente a dificuldade existente no ato de julgar o próximo. A complexidade da atividade intelectual desempenhada pelo magistrado no momento do julgamento fez Carnelutti qualificá-la como um "dilema do julgador", aduzindo que "ainda que os homens não possam julgar, podem condenar, e este é o momento crítico do drama do processo".¹⁴

Tendo em vista esse cenário embaraçoso, diante da constatação da impossibilidade de se alcançar uma verdade "absoluta" no processo penal, os termos "verdade" e "certeza" – que à primeira vista parecem ser sinônimos – são diferenciados pela doutrina, por possuírem sentidos completamente diversos.

Nesse diapasão, Malatesta observa que "a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objetiva".¹⁵

O referido jurista esclarece ainda que "a certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdade; e a própria verdade, que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros".¹⁶

Seguindo essa linha de raciocínio, Taruffo¹⁷ pondera que, enquanto a verdade é objetiva e dependente do real acontecimento dos fatos, a certeza é um "estado subjetivo psicológico", correspondente a um altíssimo grau de convicção no espírito do julgador. Dessa maneira, a certeza representa a intensidade do convencimento do julgador sobre a veracidade de um enunciado fático.¹⁸

Reputamos correta a diferenciação terminológica realizada pela doutrina, pois, conforme pontuamos acima, o julgador nunca terá o conhecimento pleno do fato criminoso em si, bem como das circunstâncias subjetivas periféricas ao cometimento do delito, entre as quais, podemos citar a real motivação do crime, a menos que o acusado realize a confissão.

Consequentemente, em razão da verdade plena ser inatingível, o livre convencimento deverá ser alicerçado na "certeza moral" formada subjetivamente na

persons than to put a single innocent man to death" foi atribuída a Maimônides. No entanto, diversos filósofos também reproduziram a mesma ideia posteriormente. Entre eles, Matthew Hale (1678), o filósofo iluminista Voltaire (1749) e Benjamin Franklin (1785).

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Verdade, dúvida e certeza*. Traduzido para o português por Eduardo Cambi. In: *Genesis* – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, nº 9, julho/setembro, 1998, p. 606-609.

¹⁵ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, 2ª edição. Traduzido para o português por J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, p. 21.

¹⁶ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, 2ª edição. Traduzido para o português por J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, p. 22.

¹⁷ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la contrucción de los hechos*. Traduzido para o espanhol por Daniela Accattino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 102-103.

¹⁸ Com relação à definição de certeza, Dellepiane possui posicionamento semelhante ao de Taruffo e Malatesta, sustentando que "é possível chegar a uma certeza, ou seja, a crença no seu grau sumo, a crença em sua plenitude e perfeição, isto é, um estado psicológico caracterizado pela adesão firme sem resquício algum de dúvida àquilo que se conhece". DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*, 7ª edição. Traduzido para o português por Érico Maciel. Campinas: Minelli, 2004, p. 48.

mente do julgador, que no momento do julgamento optará por uma das “verdades”, isto é, uma das versões antagônicas alegadas pelas partes no processo penal.¹⁹

1. b) Certeza e probabilidade

Considerando que a verdade plena se configura inalcançável, todo julgamento refletirá uma certeza moral amparada na crença do juiz de que os fatos alegados pelas partes ocorreram de uma determinada maneira. É importante ressaltar que essa crença não representa uma “certeza absoluta”, mas, sim, uma “certeza relativa suficiente à formação da convicção do julgador”.²⁰

Esse ponto de vista se justifica, pois, inevitavelmente, a certeza moral sempre carregará consigo, por menor que seja, alguma dúvida originada naturalmente no interior da mente de qualquer julgador quando se depara com algum caso concreto. Justamente em virtude dessa problemática, em meados do século XX, o filósofo austríaco Wittgenstein já alertava que “quem quisesse duvidar de tudo, também não chegaria a duvidar. O próprio jogo da dúvida já pressupõe a certeza”.²¹

Tal raciocínio tem levado parcela da doutrina a sustentar que, na realidade, a finalidade precípua do processo penal é a busca de uma verdade processual norteada por uma probabilidade lógica, pois qualquer decisão judicial possuirá, ainda que minimamente, um certo grau de dúvida latente na mente do julgador, em razão da impossibilidade de se alcançar uma verdade plena a respeito do fato delituoso.²²

Em razão disso, Mata-Mouros acentua que existe na atualidade uma corrente doutrinária que defende a incompatibilidade do princípio da presunção de inocência com a escolha da verdade como objetivo principal do processo penal. Assim, a finalidade precípua do processo penal seria a “prevenção do risco de punição arbitrária”.²³

Induvidosamente, certeza e probabilidade são conceitos que se interligam em virtude da necessidade de se descobrir qual é o grau de convicção que o julgador deverá possuir para ser capaz de fundamentar uma sentença penal proferida “com certeza”.

¹⁹ Garraud explica que, a rigor, a verdade possui um caráter absoluto. Contudo, quando a mesma é visualizada sob o ponto de vista de nossas percepções, se converte automaticamente na certeza, que possui caráter relativo. Segundo o autor, “para o homem, o equivalente da verdade é a certeza, que resulta do reconhecimento subjetivo por ele efetuado”. GARRAUD, René. *Traité théorique et Pratique d'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*, tomo I. Paris: Recueil Sirey, 1907, p. 475.

²⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*, volume 2, 4^a edição. São Paulo: Sarávia, 1989, p. 174.

²¹ “Wer an allem zweifeln wollte, der würde auch nicht bis zum Zweifel kommen. Das Spiel des Zweifels selbst setzt schon die Gewissheit voraus”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Traduzido para o português por Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2013, p. 153.

²² Nesse sentido, Mata-Mouros acentua que a “meta do processo penal continua a ser, segundo uma opinião alargada, investigar a verdade a respeito do facto punível e castigar o seu autor. Todavia, em face dos vários limites e obstáculos opostos à descoberta da verdade, muitos autores têm vindo a recorrer a outras formulações, aumentando o número daqueles que hoje se contentam em definir o fim do processo penal como a mera busca da probabilidade lógica ou indutiva no respeito pelos valores constitucionais”. MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Direito à inocência: ensaio de processo penal e jornalismo judiciário*. Estoril: Principia, 2007, p. 113.

²³ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Direito à inocência: ensaio de processo penal e jornalismo judiciário*. Estoril: Principia, 2007, p. 114.

Significa dizer que, tendo em vista a impossibilidade de definir objetivamente a "verdade", o juiz deverá formar a sua certeza moral baseando-se em um nível elevadíssimo de probabilidade de comprovação do fato principal, em conformidade com a alegação de uma das partes, alicerçando a sua convicção em um "grau de suficiência probatória preciso".²⁴

Diante disso, podemos afirmar que a livre convicção do julgador representará, necessariamente, um juízo de certeza de altíssima probabilidade sobre as alegações trazidas ao processo penal pelas partes. Dessa maneira, o magistrado avaliará, na realidade, se tais argumentos são verossímeis ou não, e qual deles possui o maior grau de certeza.²⁵

Logo, a estreita relação entre certeza e probabilidade atinge o seu ápice durante a formação do convencimento do julgador, quando este elege a alegação de uma das partes como a mais provável no momento de proferir a sentença penal. Assim, quanto mais provável for alguma das versões dos fatos, maior será o seu grau de certeza.²⁶

É exatamente no campo da quantificação desse grau de certeza que os *Standards probatórios* têm sido utilizados de forma eficiente nos sistemas jurídicos processuais penais contemporâneos, como uma ferramenta de orientação do julgador no processo de formação do seu livre convencimento motivado, que deverá refletir uma verdade "aproximada" do fato criminoso praticado.

2. A utilização dos *Standards probatórios* como ferramenta jurídica auxiliar do julgador na busca da verdade "aproximada" do fato criminoso

Diante da inatingibilidade de uma verdade "plena" ou "absoluta" no bojo do processo penal, antes de proferir a sentença, o julgador tem a árdua missão de apreciar o valor probatório de todos os meios de prova produzidos pelas partes no processo, ponderando o peso e a força persuasiva de cada elemento de prova na busca da verdade "aproximada" do fato criminoso.

Trata-se do momento mais delicado do processo penal, no qual, geralmente, se faz alusão às regras de experiência como fator primordial inerente à racionalidade das decisões judiciais. É certo que o senso comum acaba sendo um parâmetro demasiadamente impreciso para justificar o raciocínio lógico utilizado pelo magistrado na fundamentação de uma sentença penal.

²⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Mendoza: Cuyo, 2001, p. 252.

²⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traduzido para o espanhol por Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 186.

²⁶ Hume resume bem a relação entre certeza e probabilidade no momento da prolação da sentença, sublinhando que "há, certamente, uma probabilidade que resulta de uma superioridade de possibilidades a favor de uma das partes e, à medida que esta superioridade aumenta, excedendo as possibilidades opostas, a probabilidade recebe um aumento proporcional, gerando maior grau de crença ou assentimento à parte em que descobrimos a superioridade". HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Traduzido para o português por André Campos Mesquita. São Paulo: Escala Educacional, 2006, p. 55.

Dessa forma, os sistemas jurídicos processuais contemporâneos vêm utilizando, cada vez mais, os *standards probatórios*²⁷, com o objetivo de “guiar a discricionariedade” inerente ao livre convencimento do juiz, oferecendo-lhe diretrizes mais precisas a serem utilizadas na formação da sua certeza moral, de modo que a decisão judicial reflita uma adequada valoração conjunta de todo o arcabouço probatório existente nos autos.²⁸

Nesse sentido, a finalidade precípua dos *standards probatórios* é a sua utilização pelo julgador como uma ferramenta auxiliar de orientação no momento da apreciação do peso e valor das provas, de maneira que o resultado final dessa ponderação lógica seja baseado no grau de probabilidade de ocorrência da hipótese fática alegada pelas partes no caso concreto.²⁹

Tradicionalmente, os *standards probatórios* são aplicados na prática forense como parâmetros de dosagem do convencimento do julgador, que variam de acordo com o nível de certeza ou suficiência probatória exigível para prolação de uma determinada decisão judicial. Isso porque, é notório que existem decisões de natureza diversa no processo penal. Assim, enquanto as decisões provisórias exigem um juízo de probabilidade menor, a decisão definitiva requer um juízo de probabilidade maior de comprovação do fato principal sob o qual recai a lide.

Por essa razão, as medidas cautelares – como, por exemplo, a busca e apreensão, a prisão preventiva ou temporária e o sequestro de bens – exigem “indícios suficientes” à decretação de tais medidas coativas, que refletem um “juízo de probabilidade” baseado na verossimilhança dos fatos (*fumus comissi delicti*) e no perigo da demora na concessão da medida requerida (*periculum libertatis*).

De outro lado, quando a decisão judicial é fundamentada em um “juízo de certeza” – como é o caso da sentença penal – há necessidade de que a prova contida nos autos evidencie “prova suficiente” à condenação criminal, o que obviamente acarretará o ônus da acusação em comprovar cabalmente a hipótese sustentada mediante um “elevadíssimo grau de probabilidade” de ocorrência do fato principal.³⁰

²⁷ Necessário frisar que parte da doutrina usa a terminologia “modelos de constatação” para designar os *standards probatórios*. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37.

²⁸ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Traduzido para o português por João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 135-137.

²⁹ GASÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos en el Derecho: Bases argumentativas de la prueba*, 3^a edição. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 144.

³⁰ Sobre os graus de probabilidade inerentes aos diversos tipos de decisões judiciais, Badaró observa que “nem sempre a decisão judicial deverá ser fundada neste ‘altíssimo grau de probabilidade’. Esta situação é sempre exigível quando a decisão tiver como pressuposto a ‘certeza’ de um fato. Em todo processo de conhecimento no qual tenha havido controvérsia fática, o juiz deverá extrair das provas este ‘altíssimo grau de probabilidade’ da ocorrência dos fatos debatidos, ou então terá que se valer das regras do ônus da prova. Há casos, porém, em que o fundamento da decisão não é a certeza dos fatos. É o que ocorre, por exemplo, no caso de concessão de uma medida cautelar, para a qual se exige a probabilidade da existência de um direito ou de ocorrência de um dano. Nos casos de urgência o juiz normalmente é autorizado a decidir com base na ‘mera probabilidade’ e não na certeza (isto é, no ‘elevadíssimo grau de probabilidade’). Outro exemplo é o caso de decisões interlocutórias que se fundam em juízos provisórios, sobre os fatos

Com relação às espécies de *standards probatórios*, serão mencionados três modelos anglo-saxônicos, quais sejam, *preponderance of evidence*, *clear and convincing evidence* e *proof beyond a reasonable doubt*, sendo certo que esse último é o padrão probatório utilizado frequentemente no sistema processual penal norte-americano, que é pioneiro na utilização da referida ferramenta jurídica norteadora da livre convicção do julgador.

Assim, no tocante aos dois primeiros *standards*, faremos apenas uma breve abordagem para não nos desvirtuarmos do tema central. Dessa maneira, o critério da preponderância da evidência (*preponderance evidence*) é o padrão probatório utilizado, em regra, no processo civil norte-americano, e por esse motivo é menos exigente do que o *standard* aplicável especificamente ao processo penal. Segundo a doutrina estrangeira especializada, esse parâmetro possui uma força persuasiva no convencimento do julgador, superior a 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de ocorrência de um fato³¹, o que corresponderia ao "*fumus boni iuris*" inerente a ocorrência de uma determinada hipótese fática.

Em outras palavras, esse *standard* centra-se na ideia de que a "realidade dos fatos" inerente à tese sustentada por uma parte processual se sobrepõe em relação à "realidade dos fatos" narrada pela parte adversa. Tal método pode ser utilizado no processo penal, especificamente, nas decisões provisórias de admissibilidade da acusação, como é o caso do recebimento da denúncia, ou da pronúncia do réu, no procedimento afeto aos crimes dolosos contra a vida.³²

Já o critério de convencimento da prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*) é um *standard* probatório intermediário, uma vez que se insere entre o anterior (*preponderance of evidence*) e a prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*). É muito aplicado nos Estados Unidos, notadamente em questões atinentes ao Direito de Família e corresponde a uma força persuasiva de convicção do julgador, estruturada sobre um elevado grau de probabilidade de ocorrência do fato, isto é, superior a 75% (setenta e cinco por cento).³³

Entendemos que o referido *standard* probatório é perfeitamente aplicável ao processo penal brasileiro, no tocante às medidas cautelares pessoais e reais, tais como, a decretação de prisão preventiva e o sequestro de bens, respectivamente. Isso porque, decisões judiciais que interferem nos direitos fundamentais do indivíduo – como por exemplo, a liberdade – exigem um nível mais elevado de "certeza" na formação da convicção do juiz, sob pena de serem cometidas arbitrariedades.

debatidos, como é o caso do recebimento da denúncia ou mesmo a decisão de pronúncia". BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55-57.

³¹ FLETCHER, G. P. *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Traduzido para o espanhol por Muñoz Conde. Valência: Tirant lo Blanch, 1997, p. 36-37.

³² CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. *A comparative view of standards of proof*. In: *The American journal of comparative law*, volume 50, 2002, p. 251.

³³ CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. *A comparative view of standards of proof*. In: *The American journal of comparative law*, volume 50, 2002, p. 251-252.

Por fim, a prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) é o *standard probatório* norte-americano mais exigente, eis que pressupõe uma força persuasiva da prova que indique uma altíssima probabilidade de ocorrência do fato, superior a 90% (noventa por cento). Aproxima-se, portanto, da “certeza absoluta”, que, conforme pontuado, é a crença do Ser Humano de que a verdade dos fatos ocorreu de uma determinada maneira.³⁴

Interessante mencionar que, enquanto os *standards probatórios* norte-americanos giram em torno do grau de probabilidade de ocorrência do fato principal alegado pelas partes, por outro lado, na Espanha, o *standard* utilizado no âmbito do processo penal é o da mínima atividade probatória, que por sua vez, se concentra na existência de “prova de cargo” com aptidão para superar o princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, isto é, sem a utilização do modelo probabilístico no procedimento de formação da convicção do julgador.³⁵

É necessário frisar ainda que, apesar do maior rigor do *standard probatório* da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), diante da falibilidade humana, sempre haverá alguma possibilidade, ainda que mínima, de ocorrência de erros de julgamento. Entretanto, a utilização do referido *standard probatório* mais exigente no processo penal visa primordialmente estabelecer um norte a ser seguido pelo julgador na formação do seu convencimento, minimizando-se assim, o risco de condenação de um inocente, o que é inaceitável em um Estado Democrático de Direito.³⁶

Por outro viés, é claro e cristalino que a utilização de um *standard probatório* mais rigoroso no processo penal também resultará, inevitavelmente, em inúmeras absolvições de culpados. Contudo, esse é o “preço” que a sociedade deverá pagar para que o Estado respeite integralmente os direitos e garantias fundamentais do indivíduo norteados, invariavelmente, pela presunção de inocência e pelo *in dubio pro reo*.³⁷

³⁴ CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. *A comparative view of standards of proof*. In: *The American journal of comparative law*, volume 50, 2002, p. 243-275, p. 252.

³⁵ Ao tratar da relação íntima entre a mínima atividade probatória e o princípio da presunção de inocência, Miranda Estrampes observa que “la doctrina de la ‘mínima actividad probatoria’ conecta directamente con dicho derecho fundamental, incidiendo de forma esencial en el régimen jurídico de la prueba en el proceso penal”. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*. Barcelona: José María Bosch, 1997, p. 123.

³⁶ Sobre o nível de rigor dos standards probatórios, Ferrer Beltrán acentua que “en buena parte esto es dependiente (...) de un juicio sobre al ratio admisible de falsas condenas y falsas absoluciones que estemos colectivamente dispuestos a aceptar. Un estándar de prueba más exigente dará lugar a un porcentaje mayor de falsas absoluciones, mientras que un estándar menos exigente producirá un número mayor de falsas condenas”. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Los estándares de prueba en el proceso penal español*. In: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, nº 15, ejemplar dedicado a XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la Filosofía del Derecho”, Universidad de Alcalá, 2007, p.1-6. Disponível em: <<http://www.uv.es/cfed/15/ferrer.pdf>>

³⁷ Com um posicionamento semelhante, Dennis afirma que: “the very high standard of proof require in criminal cases minimises the risk of wrongful conviction. It means that someone whom, on evidence, the factfinder believes is ‘probably/guilty or likely’ to be guilty will be acquitted, since these judgments of probability necessarily admit that the factfinder is not sure. It is generally accepted that some at least of this acquittals. Will be of persons who are in fact guilty of the offences charged, and who would be convicted if the standard of proof were the lower civil standard of the balance of the probabilities. Such acquittals are the price paid for the safeguard provided by ‘beyond reasonable doubt’ standard against wrongful conviction. It is impossible to know the frequency of wrongful acquittals, but given the high acquittal rates generally in the Crown Court,

Em face do exposto, defendemos a consolidação efetiva no Direito Processual Penal Brasileiro do *standard* norte-americano da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) como ferramenta jurídica de auxílio do julgador na descoberta da verdade "aproximada" do fato criminoso versado no processo penal.³⁸

3. Standard probatório da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*)

Todo e qualquer julgamento é revestido, ao menos, por alguma dúvida existente na mente do julgador, o que se transforma em um verdadeiro dilema jurídico a ser solucionado. O momento de julgar é o ápice do livre convencimento, e por essa razão, Carnelutti afirmava que "ainda que os homens não possam julgar, podem condenar, e este é o momento crítico do drama do processo".³⁹

Diante disso, já que o momento de julgar é inevitável e a descoberta do "real" acontecimento dos fatos é inatingível, o juiz deverá formar o seu convencimento com base em uma hipótese de altíssima probabilidade, que espelhe fidedignamente a insuficiência ou suficiência probatória, de modo a refletir um veredito justo, em conformidade com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

No primeiro caso, a absolvição do réu se impõe, haja vista a obrigatoriedade de observância do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Por outro lado, no segundo caso, a suficiência probatória com aptidão para ensejar a prolação de uma sentença penal condenatória deverá ser analisada de acordo com o *standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*).⁴⁰

De origem anglo-saxônica, o *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* é utilizado desde o século XVII pelas cortes inglesas, que naquela época, já reconheciam que a culpa do réu nunca era estabelecida com absoluta segurança,

it seems that it is almost certainty greater than the frequency of wrongful convictions. This allocation of the risk of misdecision reflects Dworkin's claim that a wrongful conviction is a particularly grave species of moral harm, one that is significantly worse than wrongful acquittal". DENNIS, Ian H. *The law of evidence*, 2^a edição. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 394.

³⁸ Nesse sentido, Badaró pondera que "embora a distinção entre os *standards* probatórios costume levar em conta a relevância dos bens tutelados, com a consequente diferenciação entre processos de naturezas distintas (p. ex., processos penais, de um lado, e não penais, de outro), nada impede que a técnica dos 'modelos de constatação' seja utilizada no processo penal com vistas a decisões distintas a serem proferidas ao longo da persecução penal, em especial para distinguir as decisões cautelares com base em juízo de probabilidade, das sentenças de mérito, baseadas em provas 'além de qualquer dúvida razoável'". BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Prisão em flagrante delito e liberdade provisória no Código de Processo Penal: origens, mudanças e futuro de complicado relacionamento*. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (org.). *Setenta Anos do Código de Processo Penal Brasileiro: Balanços e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 171-198. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/?page_id=36>

³⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Verdade, dúvida e certeza*. Traduzido para o português por Eduardo Cambi. In: Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, nº 9, julho/setembro, 1998, p. 606-609.

⁴⁰ A respeito da íntima relação entre o *standard proof beyond any reasonable doubt* e a suficiência probatória exigida para a condenação criminal do réu, Taruffo esclarece que "de qualquer forma que venha definido, portanto, o *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável exprime a exigência de que a culpabilidade do imputado seja demonstrada com um altíssimo grau de confirmação, praticamente equivalente àquele da certeza". TARUFFO, Michele. *A Prova*. Traduzido para o português por João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 295.

uma vez que “o júri poderia não ter certeza da culpa do réu para além de qualquer dúvida porque uma chance sempre existia, não importa o quanto improvável, de que o réu fosse inocente”.⁴¹

Por sua vez, o referido padrão probatório também é amplamente utilizado nos Estados Unidos desde 1850, especialmente nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri. Ressalte-se que a doutrina anglo-americana diverge no tocante ao grau necessário de certeza probatória para que o julgador possa proferir uma sentença penal condenatória com a observância da prova além de uma dúvida razoável.⁴²

Assim, o *standard proof beyond a reasonable doubt* exige um nível elevadíssimo de certeza probatória suficiente à condenação criminal, que, de acordo com a doutrina adepta do *bayesianismo*⁴³, gira em torno de 90% (noventa por cento) a 99% (noventa e nove por cento).⁴⁴

Entendemos que o princípio da presunção de inocência e o *standard* da prova além de uma dúvida razoável caminham paralelamente no mesmo sentido, sendo faces opostas da mesma moeda. Isso porque, se a culpa não for provada além de uma dúvida razoável, a presunção de inocência impõe a absolvição; por outro lado, se a responsabilidade penal do réu for provada além de uma dúvida razoável, a sua culpa passa a se sobrepor à presunção de inocência.⁴⁵

Dessa maneira, a rigorosidade do *standard probatório proof beyond a reasonable doubt* desempenha uma função vital no sistema processual penal norte-americano, no tocante à releitura da literalidade do *in dubio pro reo* no processo penal. Consistência-se, portanto, em uma importante ferramenta jurídica de padronização da quantificação do nível de certeza probatória do julgador que objetiva a redução máxima do risco de ocorrência de erros de julgamento.⁴⁶

Nesse sentido, em 1970, a Suprema Corte norte-americana decidiu no caso *In Re Winship* que o *standard* probatório da “prova além de uma dúvida razoável” é um “componente implícito do devido processo legal”, aplicando-se em todos os julgamentos

⁴¹ GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 75.

⁴² GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 88.

⁴³ O *bayesianismo* é um modelo probatório que quantifica probabilisticamente o grau de certeza da prova na formação da convicção do julgador, tema esse que será abordado no capítulo seguinte.

⁴⁴ FLETCHER, G. P. *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Traduzido para o espanhol por Muñoz Conde. València: Tirant lo Blanch, 1997, p. 36-37.

⁴⁵ Com esse pensamento, Chambers Jr. defende que “the presumption of innocence and proof beyond a reasonable doubt are mirror images. If guilt has not been proven beyond a reasonable doubt, the presumption of innocence requires acquittal; if guilt has been proven beyond a reasonable doubt, no presumption of innocence exists”. CHAMBERS JR., Henry L. *Reasonable Certainty and reasonable doubt*. In: Marquette Law Review, 1998, Volume 81, nº 3, p. 655-704, p. 672.

⁴⁶ CHAMBERS JR., Henry L. *Reasonable Certainty and reasonable doubt*. In: Marquette Law Review, 1998, Volume 81, nº 3, p. 655-704, p. 671. Consequentemente, Zuckerman e Roberts esclarecem que “the objection to intermediate standards in criminal trials is not that they are inherently more vague than that ‘proof beyond reasonable doubt’, but that they demonstrate insufficient commitment to avoiding wrongful conviction of the innocent, and to that extent are incompatible with the foundational principles of criminal evidence”. (Zuckerman; Roberts: 2004, p. 366)

criminais. Ademais, nesse precedente jurisprudencial (*leading case*) firmou-se o entendimento de que o mencionado padrão probatório "fornecê substância concreta para a presunção de inocência".⁴⁷

Note-se que um dos pontos mais controvertidos sobre o *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* repousa na divergência de posicionamentos a respeito da necessidade de que antes do início do julgamento pelo Tribunal do Júri nos Estados Unidos, os jurados sejam instruídos acerca do real significado da expressão "prova além de uma dúvida razoável" ou, se ao contrário, seria desnecessária a referida instrução deixando o jurado valorar a prova de acordo com a sua consciência amparada na íntima convicção.⁴⁸

Diante da referida controvérsia, cumpre salientar que os Estados norte-americanos ainda não possuem entendimento uniforme quanto à necessidade de explicação aos jurados da noção de "prova além de uma dúvida razoável", sendo que a Suprema Corte norte-americana, apesar de não obrigar tal esclarecimento, exige que quando houver a mencionada orientação aos jurados, esta deverá se adequar ao "padrão constitucional de dúvida razoável".⁴⁹

É justamente esse "padrão constitucional" de elevadíssimo grau de suficiência probatória no âmbito do processo penal que foi esclarecido no *leading case Miller vs. Minister of Pensions*, no qual a Suprema Corte norte-americana decidiu que "se a evidência é tão forte contra um homem a ponto de deixar apenas uma remota possibilidade em seu favor que pode ser descartada com a frase, 'é claro que é possível, mas não no mínimo provável', o caso está provado para além de qualquer dúvida razoável, mas nada menos do que isso será suficiente".⁵⁰

Ocorre que a compatibilização da globalidade do arcabouço probatório produzido nos autos com esse "padrão constitucional de prova além de uma dúvida razoável" ainda continua gerando nebulosidade na compreensão do referido *standard*, diante da complexidade subjetiva do significado da expressão "dúvida razoável", o que acaba acarretando a divergência de sua interpretação em cada Estado norte-americano.⁵¹

Inevitavelmente, a incerteza quanto ao real significado de "prova além de uma dúvida razoável" resulta em duas consequências paradoxais: a condenação de pessoas que não têm culpa além da dúvida razoável, podendo pouco destas serem

⁴⁷ NEWMAN, Jon O. *Beyond reasonable doubt*. In: New York University Law Review nº 979, volume 68, novembro, 1993, p. 979-1002, p. 986.

⁴⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*. In: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, nº 15, Universidad de Alicante, 2007, p. 1-12, p. 2.

⁴⁹ GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 67.

⁵⁰ MAY, Richard. *Criminal Evidence*, 5ª edição. Londres: Sweet & Maxwell, 2004, p.73-74.

⁵¹ Uma das maiores críticas doutrinárias ao "proof beyond any reasonable doubt" reside no fato de inexistir uma definição expressa desse *standard* probatório na legislação norte-americana que seja aplicável de modo uniforme a todos os Estados americanos. Nesse sentido, Newman sustenta que: "rather, my point is that courts must do more than verbalize the "reasonable doubt" standard in jury instructions; they must make that standard an enforceable rule of law. There are several ways that courts could move beyond the current approach to reasonable doubt". NEWMAN, Jon O. *Beyond reasonable doubt*. In: New York University Law Review nº 979, volume 68, novembro, 1993, p. 979-1002, p. 990.

inocentes; e, ao mesmo tempo, a absolvição de pessoas que possuíam culpa além da dúvida razoável, podendo muitas dessas serem de fato culpadas.⁵²

Não obstante, Newman observa que a explanação que é realizada mais usualmente aos jurados, nos julgamentos do Tribunal do Júri norte-americano, teve origem no *leading case Posey vs. State*, quando a “dúvida razoável” foi definida como “aquela que é capaz de gerar uma razoável hesitação no agir da pessoa, quanto a uma questão importante de sua vida pessoal”.⁵³

A nosso ver, concordamos com Gardner e Anderson quando pontuam que a noção mais clara de quantificação do nível de suficiência probatória exigido pelo *standard “proof beyond a reasonable doubt”* é aquela que foi utilizada no *leading case Victor vs. Nebraska*, ocasião na qual foi realizada a seguinte instrução aos jurados norte-americanos, antes do início do julgamento do Tribunal do Júri:⁵⁴

Prova além de qualquer dúvida razoável é a prova que deixa você firmemente convencido da culpa do réu. Há poucas coisas neste mundo que nós sabemos com certeza absoluta, e em casos criminais, não se exige que a prova supere cada possível dúvida. Se, baseado em sua consideração de prova, você está firmemente convencido de que o réu é culpado do crime imputado, você deve considerá-lo culpado. Se, por outro lado, você achar que há uma possibilidade real de que ele não seja culpado, você deve dar-lhe o benefício da dúvida e considerá-lo inocente.⁵⁵

Enfim, o *standard proof beyond a reasonable doubt* é um pressuposto imprescindível à valoração de um arcabouço probatório suficiente à condenação criminal. Isso porque, a sua utilização no processo penal visa fornecer ao julgador uma adequação do real significado da presunção de inocência, de modo a estabelecer no caso concreto o grau de suficiência probatória necessário à superação do obstáculo imposto pela decorrência lógica desse princípio constitucional, que é o *in dubio pro reo*.

Nesse contexto, importante mencionar o precedente jurisprudencial norte-americano *Kollock vs. State*, que pontuou que a utilização do referido *standard*

⁵² NEWMAN, Jon O. *Beyond reasonable doubt*. In: New York University Law Review nº 979, volume 68, novembro, 1993, p. 979-1002, p. 980.

⁵³ NEWMAN, Jon O. *Beyond reasonable doubt*. In: New York University Law Review nº 979, volume 68, novembro, 1993, p. 979-1002, p. 982.

⁵⁴ GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. *Criminal evidence principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 80.

⁵⁵ A orientação realizada aos jurados naquela oportunidade é amplamente utilizada até hoje nos Estados Unidos em julgamentos criminais, e reproduz exatamente o teor da Instrução nº 21 do modelo-padrão de instruções aos jurados no Tribunal do Júri, elaborado pelo Centro Judicial Federal norte-americano. (*Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instructions: Report of the Subcommittee on Pattern Jury Instructions, Committee on the Operation of the Jury System, Judicial Conference of the United States, Second Edition, January, 1987*). Disponível em: <www.fjc.gov>

probatório no processo penal deveria observar obrigatoriamente dois parâmetros básicos: o primeiro, de que as provas circunstanciais aptas a conduzir o julgador ao veredito condenatório devem necessariamente provar a culpa do acusado além de qualquer dúvida razoável; e o segundo, que esse *standard probatório* não exige a exclusão de todas as outras hipóteses possíveis, mas apenas as probabilidades razoáveis de inocência.⁵⁶

Em outras palavras, diante da impossibilidade de se alcançar uma verdade "absoluta" no processo penal, a regra de julgamento do *in dubio pro reo* somente deverá prevalecer sobre a acusação quando exista uma "dúvida razoável" na mente do julgador a respeito da responsabilidade penal do acusado. Se essa dúvida não for relevante, o réu não poderá dela se beneficiar.⁵⁷

Aliás, com esse posicionamento sobre o alcance do significado da expressão "dúvida razoável", o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, já teve a oportunidade de esclarecer que "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".⁵⁸

Por isso, torna-se necessário em qualquer julgamento criminal a realização dessa diferenciação racional, uma vez que "a dúvida razoável, que determina a impossibilidade de convicção do Tribunal sobre a realidade de um fato, distingue-se da dúvida ligeira, meramente possível, hipotética. Só a dúvida séria se impõe à íntima convicção. Esta deve ser, pois, argumentada, coerente, razoável".⁵⁹

O fato é que, a partir da influência anglo-saxônica na adequação interpretativa do *in dubio pro reo*, o *standard probatório proof beyond a reasonable doubt* passou a ser largamente utilizado em diversos sistemas jurídicos processuais penais do Mundo como um critério orientador demonstrativo de elevadíssima probabilidade da ocorrência do *factum probandum*, isto é, da comprovação da existência ou inexistência do fato principal, em torno do qual gira a controvérsia jurídica.

Exemplo notório de acolhimento formal do *standard probatório proof beyond a reasonable doubt* como uma ferramenta essencial à busca da verdade "aproximada" dos fatos é o Tribunal Penal Internacional, o qual, por meio do Estatuto de Roma, preceituou

⁵⁶ WIGMORE, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, volume IX. Boston: Little Brown Company, 1981, p. 378.

⁵⁷ STEIN, Alex. *Foundations of evidence Law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 18. Sobre a extensão do termo "dúvida razoável", Gardner e Anderson esclarecem que "dúvida razoável é menos do que uma 'dúvida real substancial', mas mais do que 'uma mera possível dúvida'". GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. *Criminal evidence principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 65.

⁵⁸ Assim, "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'". Nos moldes do voto proferido pelo ministro Luiz Fux no bojo da Ação Penal do Supremo Tribunal Federal nº 470/2012 (Caso Mensalão). Disponível em: <www.stf.jus.br>

⁵⁹ Nos termos do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra nº 347/10.8PATNV.C1, julgado em 09/05/2012. Disponível em: <www.dgsi.com.pt>

expressamente no artigo 66º, item 3, que, “para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”.

Apesar de a positivação do *standard probatório* na mencionada legislação ter ocorrido apenas em 1998, é certo que o critério da prova além de uma dúvida razoável já tinha sido adotado na prática há muitas décadas pelo Tribunal Penal Internacional. Desde o primeiro julgamento da Corte de Haia, mais precisamente no caso *Corfu Channel*, em 1949, foi decidido que “a prova pode ser extraída de inferências de fato, desde que elas não deixem margem para dúvida razoável”.⁶⁰

Por fim, é importante salientar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos também adota o referido *standard* na valoração da suficiência do arcabouço probatório como critério de convicção para condenação criminal, uma vez que “para avaliar a evidência, a Corte adota o *standard* de prova ‘para além da dúvida razoável’, adicionando que tal prova pode ser extraída da coexistência de inferências suficientemente fortes, claras e concordantes ou de similares presunções de fato não contestadas”.⁶¹

4. Aplicabilidade prática no sistema processual penal norte-americano do *standard proof beyond a reasonable doubt* como critério orientador do julgador na busca da verdade “aproximada” do fato criminoso

É fato notório que o sistema jurídico norte-americano adota o *Common Law* como fonte do Direito, baseando-se, precipuamente, nos costumes, para fundamentar as decisões judiciais. No tocante ao Direito Processual Penal existe uma peculiaridade específica que repousa na exigência da Suprema Corte norte-americana no sentido de o Estado possuir o ônus de comprovar a responsabilidade penal do réu de acordo com o *standard probatório* “*proof beyond a reasonable doubt*”.

Para ilustrar a aplicabilidade prática desse padrão probatório, nada é mais esclarecedor do que os casos concretos que envolvam a prática de crimes de alta complexidade cometidos por organizações criminosas. Isso porque a prova indireta, conhecida como *circumstantial evidence*, ganha extrema relevância nessa seara sendo considerada a fonte probatória primordial, por exemplo, nos crimes de lavagem de capitais decorrentes do crime antecedente de tráfico de drogas.

⁶⁰ Nos termos da decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania)*, julgado em 9 de abril de 1949. O referido entendimento foi reafirmado mais recentemente pelo Tribunal Penal Internacional, no *leading case Prosecutor vs. Milomir Stakic*, caso nº IT- 97-24-A, de 22 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=1&code=cc&p3=4>>

⁶¹ De acordo com a decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no *leading case Ireland vs. United Kingdom*, julgado pelo plenário da Corte em 18/01/1978, apelação nº 5310/71, § 161. No mesmo sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos reafirmou o seu entendimento nos casos *Salman vs. Turkey*, julgado pela Grande Câmara da Corte em 27/06/2000, apelação nº 21986/93, § 100; *Labita vs. Italy*, julgado pela Grande Câmara da Corte em 06/04/2000, apelação nº 26772/95, § 121; e *Stoian vs. Romania*, julgado pela Grande Câmara da Corte em 08/07/2014, apelação nº 33038/04, § 62. Disponível em: <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=app licants/por&c>>

Nesse sentido, a doutrina cita alguns *leading cases* da jurisprudência norte-americana, nos quais o contexto probatório foi considerado suficiente para fundamentar a sentença penal condenatória, diante da produção de prova além de uma dúvida razoável. Desse modo:⁶²

- a) Em *United States vs. Abbel*, 271 F3d 1286 (11 Cir. 1001), decidiu-se que a prova de que o cliente do acusado por crime de lavagem de capitais era um traficante, cujos negócios legítimos eram financiados por proventos do tráfico, era suficiente para concluir que as transações do acusado com seu cliente envolviam bens contaminados;
- b) Em *United States vs. Calb*, 69 F3d 1417 (9th Cr. 1995), entendeu-se que, quando o acusado por crime de lavagem de capitais faz declarações de que o adquirente de um avião é um traficante, e quando o avião é modificado para acomodar entorpecentes, pode-se concluir que o dinheiro utilizado na aquisição era proveniente de tráfico de drogas;
- c) Em *United States vs. Reiss*, 186 f. 3d 149 (2nd Cir. 1999), a utilização de subterfúgios para o pagamento de um avião envolvendo conhecido traficante foi considerada suficiente para estabelecer a procedência ilícita dos recursos empregados na compra;
- d) Em casos como *United States vs. Hardwell*, 80 F. 3d 1471 (10th Cir. 1996), e *United States v. King*, 169 F. ed 1035 (6th Cir. 1999), decidiu-se que a falta de prova da proveniência dos recursos financeiros empregados era prova suficiente da origem criminosa dos valores utilizados.

Portanto, sem ter a pretensão de exaurir o tema da aplicabilidade prática no processo penal do *standard proof beyond a reasonable doubt*, em linhas gerais, pode-se afirmar com segurança que tanto a prova direta quanto a indireta (*circumstantial evidence*), isoladas ou conjuntamente, podem alicercear de maneira suficiente a fundamentação do livre convencimento do julgador.

Contudo, a nosso ver, o pressuposto invariável de uma sentença penal condenatória em qualquer sistema judicial integrante de um Estado Democrático de Direito é a superação da dúvida razoável eventualmente existente em favor do réu, que por sua vez, deverá ser avaliada no caso concreto de acordo com as circunstâncias do fato delituoso.⁶³

⁶² CABRAL, José Santos. *Prova indiciária e as novas formas de criminalidade*. In: Revista Julgar, nº 17, maio/agosto, 2012, p. 13-33, p. 17.

⁶³ GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence principles and cases*. 7^a edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 80.

5. Considerações finais

O presente artigo teve por objetivo estimular uma maior incorporação no sistema processual penal brasileiro do *standard* da prova além de uma dúvida razoável, através da utilização mais frequente da referida ferramenta jurídica na fundamentação do livre convencimento do julgador, nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário. Isso porque, não há previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro do mencionado *standard* probatório.

Na contramão da tendência jurídica contemporânea de positivação e implementação do padrão da prova além de uma dúvida razoável, tal qual já ocorreu há séculos nos Estados Unidos, bem como no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e no Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), é clara a constatação da necessidade premente de que a Comunidade Jurídica Brasileira realize uma releitura do significado e alcance da regra de julgamento do “*in dubio pro reo*”, para que seja desconsiderada pelo julgador toda alegação que levante “qualquer sombra de dúvida” porventura existente em favor do réu, incluindo-se, nesse contexto, as dúvidas insignificantes e/ou insípidas, que por vezes são exaustivamente manejadas no processo penal de forma dolosamente teratológica.

Infelizmente, com raríssimas exceções – como por exemplo, na Ação Penal nº 470/2012 do Supremo Tribunal Federal (caso que ficou conhecido como “Mensalão”) – a jurisprudência brasileira não vem avançando significativamente na utilização prática do *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* no processo penal. Embora existam alguns votos e decisões no sentido da aplicabilidade processual dessa importante ferramenta de auxílio à formação da convicção do julgador, ainda há alguma resistência no tocante à necessidade de releitura do alcance do real significado da expressão “*in dubio pro reo*”.⁶⁴

Seguindo essa linha de raciocínio, e tendo por fundamento o próprio artigo 66º, item 3 do Estatuto de Roma, Convenção Internacional ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 112/2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4388/2002, entendemos que o grau de certeza probatória exigível no processo penal é o que se traduz no pensamento secular anglo-saxônico que sustenta que o nível de certeza probatória suficiente à condenação criminal é aquele que ostenta “prova além de uma dúvida razoável”.

⁶⁴ Ressalte-se que a mencionada divergência jurisprudencial a respeito da aplicabilidade no processo penal do *standard* probatório *proof beyond any reasonable doubt* como um parâmetro de suficiência probatória é controversa no próprio Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, na Ação Penal nº 470/2012, que julgou o caso conhecido como “Mensalão”, dois votos divergiram quanto ao tema. A favor da utilização do referido *standard* probatório no processo penal, a ministra Rosa Weber acentuou em seu voto que “certamente, o conjunto probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, ou quer exclusivamente por provas indiretas, deve ser robusto o suficiente para alcançar o *standard* de prova próprio do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada, na feliz fórmula anglo-saxã, acima de qualquer dúvida razoável”. Em sentido contrário, a ministra Carmén Lúcia ponderou 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”. De acordo com o teor dos votos proferidos no bojo da Ação Penal nº 470/2012 (Caso Mensalão), julgada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>

Em tempos em que a Sociedade Brasileira, por razões diversas, nutre uma sensação de impunidade e desconfiança sobre a efetividade do Sistema de Justiça Penal, sobretudo em decorrência do aumento contínuo da criminalidade violenta no país sem a imposição de uma resposta Estatal proporcional ao mal praticado, talvez seja o momento adequado de concretizar a Justiça com Garantismo Penal, porém, rechaçando de vez, teses jurídicas que a pretexto de escudar-se nos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, na realidade, estão a defender o Abolicionismo Penal, o que a nosso ver é totalmente descabido e irrazoável.

Ressalta-se assim, a importância do *standard probatório "proof beyond a reasonable doubt"*, sendo certo que acreditamos veementemente que a noção da expressão "prova além de uma dúvida razoável" vincula-se intimamente com a "presunção de inocência" e com o "*in dubio pro reo*", de maneira que a utilização simultânea desses três elementos principiológicos durante a formação do convencimento constitua a "receita básica" para que o julgador possa motivar precisamente a sua convicção baseando-se na ponderação do peso das provas produzidas no bojo do processo penal.

Referências bibliográficas

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. Prisão em flagrante delito e liberdade provisória no Código de Processo Penal: origens, mudanças e futuro de complicado relacionamento. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (org.). *Setenta Anos do Código de Processo Penal Brasileiro: Balanços e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 171-198. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/?page_id=36>
- BARROS, Marco Antônio. *A busca da verdade no processo penal*, 3^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CABRAL, José Santos. Prova indiciária e as novas formas de criminalidade. In: *Revista Julgar*, nº 17, maio/agosto, 2012, p. 13-33.
- CAFFERATA NORES, José I.; CÓPPOLA, Patrícia. *Verdad procesal y decisión judicial*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Traduzido para o português por Eduardo Cambi. In: *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, nº 9, julho/setembro, 1998, p. 606-609.
- CHAMBERS JR., Henry L. Reasonable Certainty and reasonable doubt. In: *Marquette Law Review*, 1998, Volume 81, nº 3, p. 655-704.
- CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. In: *The American journal of comparative law*, volume 50, 2002.

DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*, 7^a edição. Traduzido para o português por Érico Maciel. Campinas: Minelli, 2004.

DENNIS, Ian H. *The law of evidence*, 2^a edição. London: Sweet & Maxwell, 2002.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable. In: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 15, Universidad de Alicante, 2007, p. 1-12.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Traduzido para o espanhol por P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero. Madrid: Trotta, 1995.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. In: *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 15, ejemplar dedicado a XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 2007, p.1-6. Disponível em: <<http://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>>

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*, volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FLETCHER, G. P. *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Traduzido para o espanhol por Muñoz Conde. Valênciia: Tirant lo Blanch, 1997.

GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence principles and cases*. 7^a edição, New York: Wadsworth, 2010.

GARRAUD, René. *Traité théorique et Pratique d'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*, tomo I. Paris: Recueil Sirey, 1907.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos en el Derecho: Bases argumentativas de la prueba*, 3^a edição. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*, volume 2, 4^a edição. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUZMÁN, Nicolas. *La verdad em el processo penal: uma contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Traduzido para o português por André Campos Mesquita. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAUDAN, Larry, *Truth, error and Criminal Law. An essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Mendoza: Cuyo, 2001.

- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, 2^a edição. Traduzido para o português por J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo III. Traduzido para o espanhol por Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJEA, 1952.
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Direito à inocência: ensaio de processo penal e jornalismo judiciário*. Estoril: Principia, 2007.
- MAY, Richard. *Criminal Evidence*, 5^a edição. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*. Barcelona: José María Bosch, 1997.
- MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado General de la Prueba en Materia Criminal*, 3^a edição. Traduzido para o espanhol por Pedro Aragoneses Alonso. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1877.
- NASCIMENTO, Edmundo Dantès. *Lógica aplicada à advocacia – técnica de persuasão*, 4^a edição. São Paulo: Saraiva, 1991.
- NEWMAN, Jon O. Beyond reasonable doubt. In: *New York University Law Review* nº 979, volume 68, novembro, 1993, p. 979-1002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 7^a edição. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.
- STEIN, Alex. *Foundations of Evidence Law*. New York: Oxford University Press, 2005.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traduzido para o espanhol por Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- _____. *Simplemente la verdad. El juez y la contrucción de los hechos*. Traduzido para o espanhol por Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- _____. *A Prova*. Traduzido para o português por João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- WIGMORE, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, volume IX. Boston: Little Brown Company, 1981.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Traduzido para o português por Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2013.
- ZUCKERMAN, Adrian; ROBERTS, Paul. *Criminal Evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2004.