

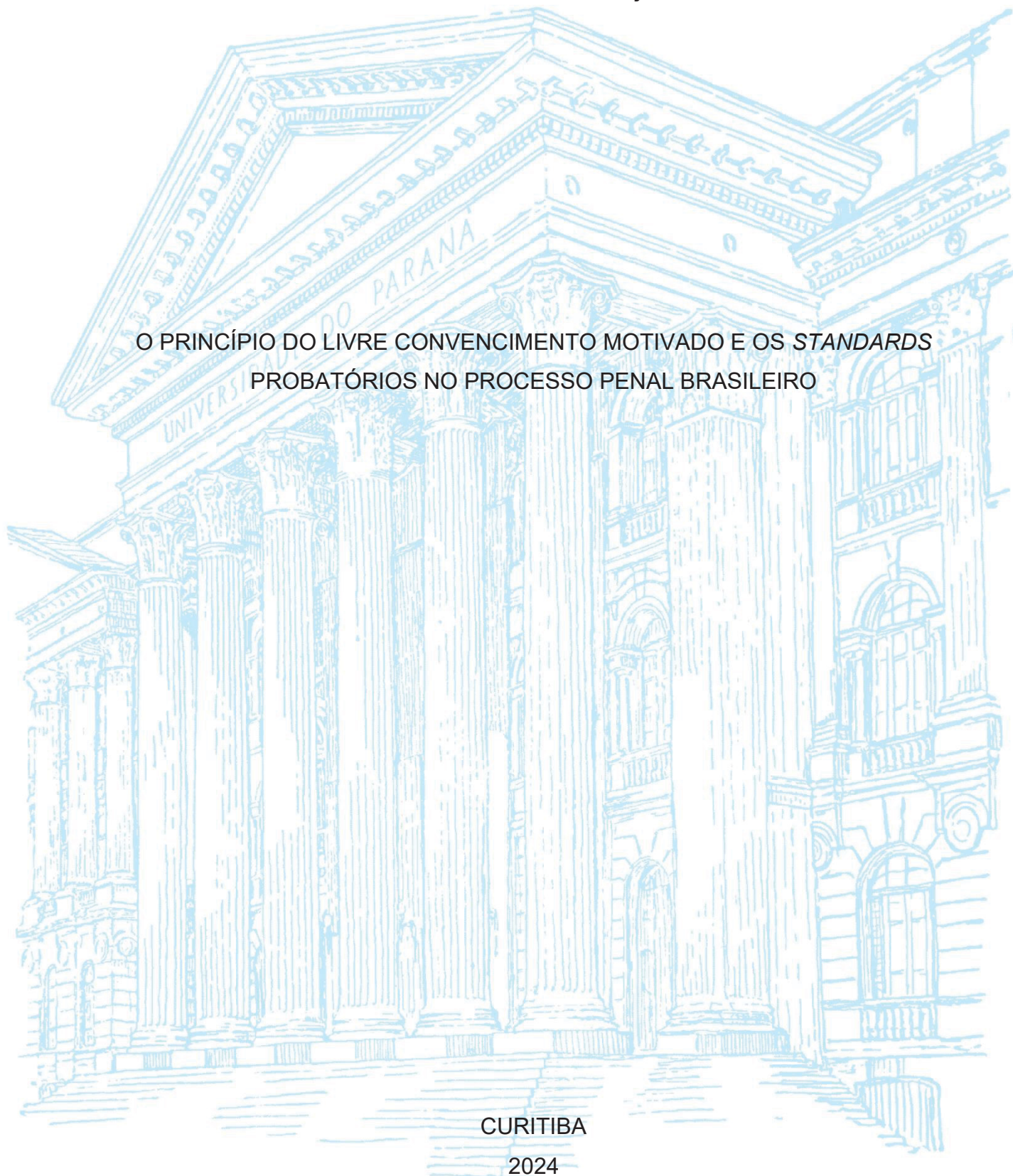
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ABNER ARIAS FUGAÇA

O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E OS *STANDARDS*  
PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

CURITIBA

2024



ABNER ARIAS FUGAÇA

O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E OS *STANDARDS*  
PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Brenner Lucchesi

CURITIBA

2024

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Fugaça, Abner Arias

O princípio do livre convencimento motivado e os standards probatórios no processo penal brasileiro / Abner Arias Fugaça. – Curitiba, 2024.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Guilherme Brenner Lucchesi.

1. Prova criminal. 2. Garantismo jurídico. 3. Sentenças (Processo penal). 4. Princípio do livre convencimento. 5. Processo penal - Brasil. I. Lucchesi, Guilherme Brenner. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

## ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia treze de março de dois mil e vinte e quatro às 10:00 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **ABNER ARIAS FUGAÇA**, intitulada: **O princípio do livre convencimento motivado e os standards probatórios no processo penal brasileiro.**, sob orientação do Prof. Dr. GUILHERME BRENNER LUCCHESI. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: GUILHERME BRENNER LUCCHESI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO), FRANCISCO DE ASSIS DO RÊGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, GUILHERME BRENNER LUCCHESI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 13 de Março de 2024.

Assinatura Eletrônica

13/05/2024 16:00:42.0

GUILHERME BRENNER LUCCHESI

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

22/03/2024 16:32:06.0

MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica

22/03/2024 14:24:25.0

FRANCISCO DE ASSIS DO RÊGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **ABNER ARIAS FUGAÇA** intitulada: **O princípio do livre convencimento motivado e os standards probatórios no processo penal brasileiro.**, sob orientação do Prof. Dr. GUILHERME BRENNER LUCCHESI, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 13 de Março de 2024.

Assinatura Eletrônica

13/05/2024 16:00:42.0

GUILHERME BRENNER LUCCHESI

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

22/03/2024 16:32:06.0

MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica

22/03/2024 14:24:25.0

FRANCISCO DE ASSIS DO RÊGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Dedico esta dissertação aos meus avós: Therezinha Pedrini Arias, Leôncio Ferreira Arias, Maria Clara Rezende Fugaça e Paulo Joaquim Quinhones Fugaça. Faço menção especial ao vovô Paulo, o intelectual da família, falecido em 2023. Aprendi com ele o valor da leitura e da curiosidade. Espero sempre seguir seus passos.

## AGRADECIMENTOS

Reservo um espaço para agradecer a todos os que participaram da minha vida durante o processo de escrita deste trabalho.

Registro, em primeiro lugar, meu agradecimento ao professor Guilherme Brenner Lucchesi. O indiquei no momento da inscrição pela linha de pesquisa em *standards* probatórios, objeto do meu maior interesse. Admito, no entanto, que a fama de exigente do professor me causou certo receio. Nosso primeiro contato ocorreu poucos dias após a aprovação no mestrado. Além de me parabenizar, deu oportunidade de acompanhar as aulas que ministrava para a graduação antes mesmo de me matricular formalmente na Universidade. O contato inicial marcou toda a relação que perdurou durante o mestrado: o professor sempre manteve as portas abertas, tanto para o diálogo quanto para oportunidades. Todo trabalho acadêmico de maior complexidade exige a presença de um orientador, mas a participação do professor Guilherme foi muito além do que seria exigido ou esperado. Obrigado, professor, tanto pelas suas contribuições (incontáveis referências deste trabalho foram objeto de estudo em sua disciplina) quanto pelo seu grau de exigência. Não sou apto a medir a qualidade do meu trabalho, mas posso garantir que qualquer mérito será fruto de sua indispensável presença ao longo de todo processo de escrita.

Agradeço aos professores Francisco Rego Monteiro Rocha Junior e a professora Marta Cristina Cury Saad Gimenes por terem aceitado o convite de participar da banca e contribuído com diversas considerações e críticas para a versão final deste trabalho. Sinto-me muito honrado e feliz de ter tido a oportunidade de escrever uma dissertação que foi submetida a análise de professores tão renomados.

Agradeço também a todos os professores, funcionários e colegas do Setor de Ciências Jurídicas. O mestrado é uma trajetória repleta de dúvidas e desconfortos. Lembro de ter me sentido, na falta de uma palavra melhor, extremamente *burro* logo que li os primeiros textos da primeira disciplina em que me matriculei. relatei meus sentimentos ao professor César Serbena, de Filosofia Jurídica. O professor me tranquilizou dizendo que os textos não ficavam mais fáceis ao longo das matérias, mas o leitor ficava um pouco mais inteligente. Não sei se hoje sou mais inteligente, mas é certo que minhas ideias sobre os mais diversos

assuntos do Direito e de outras áreas do conhecimento foram profundamente marcadas pelas experiências do mestrado. Além do professor Serbena, tive a oportunidade de aprender com os professores João Gualberto, grande estudioso do processo penal norte-americano que me indicou muitos dos textos citados no terceiro capítulo; Luiz Fernando Lopes Pereira, que indicou a forma mais adequada de trabalhar com as referências históricas na pesquisa jurídica; e Ilton Norberto Robl Filho, cujas lições de metodologia da pesquisa jurídica foram fundamentais na composição de toda a dissertação. Além disso, agradeço a todos os colegas que cursaram as disciplinas comigo (muitas das discussões acerca da verdade processual abordadas no primeiro capítulo foram objeto de debate na disciplina do Professor Guilherme, por exemplo). Agradeço também a todos os trabalhadores da Universidade. Sem eles, o belíssimo espaço que tanto me ensinou não existiria.

Agradeço a minha família. Meus pais, Neidamar e Juarez. Nossa família tem origens humildes e poucos tiveram a oportunidade de estudar. Esse privilégio me foi conferido desde o início da vida pelos meus pais, que sempre acreditaram na importância da educação. Lembro de meus avós, Therezinha, Leôncio, Maria e Paulo. Nenhum deles teve a oportunidade de concluir a educação básica. Ainda assim, todos foram alfabetizados (alguns depois de adultos) e sempre destacaram a importância do estudo. Lembro de meus irmãos, Cyllian e Daniel. Amor e companheirismo incondicional. Sinto saudades da Cyllian, a maninha, que foi morar em São Paulo, e lembrei da dedicação que ela teve para ser aprovada no vestibular de medicina muitas das vezes em que estive cansado ao longo do processo de escrita. Lembro novamente da minha mãe. Mamãe foi a primeira pessoa na família a ter ensino superior, e sua dedicação à academia, como professora e pesquisadora, representa o objetivo máximo de minhas pretensões. Sempre teve papai como apoiador, desde os tempos de acadêmica e hoje como professora. Mamãe está cursando o Doutorado em Enfermagem da UFPR e concluirá no início do próximo ano. Passamos por muitas das dificuldades da vida acadêmica, compartilhando-as com meu pai, como fizemos muitas outras coisas ao longo da vida: juntos.

Agradeço a Daniela. Companheira de amor e de vida. Sua presença não se limitou ao processo de escrita deste trabalho; a Dani era uma das principais incentivadoras de minhas pretensões acadêmicas antes mesmo da minha matrícula no processo seletivo. Esteve comigo em todas as fases. Comemorou a aprovação. Me ouviu reclamar do cansaço. Me confortou em momentos de dificuldade. Eu

poderia destacar a importância fundamental da Dani em me estimular a trilhar os caminhos da academia, mas quero destacar principalmente o bem que ela me faz como companheira. Agradeço a Dani por ter, acima de tudo, me feito esquecer em diversos momentos que eu tinha uma dissertação para escrever. Fez isso me lembrando que apesar de todas as responsabilidades e compromissos, temos um amor para viver.

Agradeço aos meus sócios, Eduardo e Gustavo. Assumiram muitas de minhas responsabilidades no escritório para me permitir concluir o mestrado. Aprendi com eles tudo o que eu sei sobre a advocacia. Muito daquilo que eu já vivenciei no cotidiano forense resultou em inquietações que posteriormente resultaram neste trabalho, então muito da dissertação tem influência daquilo que aprendi com eles.

Agradeço aos meus amigos. Sou abençoado com muitos e demais para nominar. Agradeço pela convivência singela e pela amizade que não se relaciona com temas de pesquisa.

Aprendi com o livro Memória de Elefante, do Lobo Antunes, a importância de coisas e pessoas “que nos ajudam a existir”. Pode parecer que meramente complementam a existência cotidiana, mas se tornam indispensáveis ao longo do trajeto. Essa dissertação não existira sem vocês. Eu não existiria sem vocês.

“Contra o positivismo, que fica no fenômeno ‘só há fatos’, eu diria: não, justamente não há fatos, só interpretações. Não podemos verificar nenhum fato ‘em si’: talvez seja absurdo querer uma tal coisa.

‘Tudo é *subjetivo*’, dizeis: mas já isso é *interpretação*. O ‘sujeito’ não é nada de dado, mas sim algo a mais inventado, posto por trás. – É afinal necessário pôr o intérprete por trás da interpretação? Isso já é poesia, hipótese.

Tanto quanto a palavra ‘conhecimento’ tem sentido, o mundo é conhecível: mas ele é *interpretável* de outra maneira, ele não tem nenhum sentido atrás de si, mas sim inúmeros sentidos. ‘Perspectivismo’.

Nossas necessidades são *quem interpreta* o mundo; nossas pulsões e seus prós e contras. Cada pulsão é uma espécie de ambição despótica, cada uma tem a sua perspectiva, perspectiva que a pulsão gostaria de impor como norma para todas as outras pulsões.”

Friedrich Nietzsche. A Vontade de Poder, aforisma 481.

## RESUMO

Esta dissertação aborda a questão do livre convencimento motivado dentro do processo penal brasileiro, enfatizando a importância de aprimorar o controle epistêmico sobre as decisões judiciais. Nesse sentido, busca demonstrar que a prática processual penal brasileira é pautada em premissas irracionais, compreendendo o livre convencimento motivado como um convencimento livre, sem regras de controle do convencimento judicial acerca dos fatos. Argumenta-se que a introdução de standards probatórios, baseados na valoração racional das provas, representa um caminho viável para alcançar decisões judiciais mais objetivas e fundamentadas. Sob a perspectiva do garantismo penal, propõe-se que esses standards probatórios podem harmonizar a discricionariedade judicial com a salvaguarda dos direitos fundamentais, contribuindo para a racionalização do sistema judiciário e do processo de tomada de decisão. O estudo destaca a relevância de uma abordagem crítica e reflexiva sobre o atual sistema de valoração de provas, buscando contribuir significativamente para o debate jurídico e para o desenvolvimento de práticas judiciais que reforcem a racionalidade e o grau de confiança no processo penal brasileiro.

Palavras-chaves: processo penal, garantismo, livre convencimento motivado, valoração racional, standards probatórios.

## **ABSTRACT**

This master's thesis addresses the issue of judicial conviction based on free evaluation of evidence, within the Brazilian criminal procedure, emphasizing the importance of enhancing epistemic control over court rulings. It aims to demonstrate that the Brazilian criminal procedural practice is based on irrational premises, that understands the rule of the free evaluation of evidence as a system that allows decision-making without rules for the judicial assessment of facts. It argues that the introduction of evidentiary standards or standards of proof, based on the rational assessment of evidence, represents a viable path to achieving more objective and well-founded court rulings. From the perspective of "criminal guaranteeism", or "garantismo penal" in the civil law tradition, it proposes that these evidentiary standards can harmonize judicial discretion with the protection of fundamental or basic rights, contributing to the rationalization of the judicial system and the decision-making process. The study highlights the relevance of a critical and reflective approach to the current system for the assessment of evidence, seeking to significantly contribute to the legal debate and to the development of judicial practices that enhance rationality and the level of confidence in the Brazilian criminal procedure.

Keywords: criminal procedure, "guaranteeism", free evaluation of evidence, rational assessment of evidence, standards of proof.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	15
<b>1. DECISÃO JUDICIAL E SUAS FORMAS DE CONTROLE – OU COMO GARANTIR UMA DECISÃO JUSTA</b> .....	17
1.1. MODELO GARANTISTA DE PROCESSO PENAL.....	19
1.2. O MODELO GARANTISTA E A VERDADE: PARA UMA CONCEPÇÃO CRÍTICA DA VERDADE <i>PROCESSUAL</i> .....	23
1.2.1. TEORIA DA VERDADE PARA O GARANTISMO: VERDADE COMO <i>CORRESPONDÊNCIA</i> E VERDADE <i>APROXIMATIVA</i> .....	29
1.3. A VERDADE E O CONTROLE DO PODER PUNITIVO.....	37
1.4. DECISÃO JUDICIAL E SUAS FORMAS DE CONTROLE.....	39
1.4.1. A MOTIVAÇÃO COMO FORMA DE CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL...40	
1.4.2. SISTEMA RECURSAL COMO FORMA DE CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL.....	43
1.5. A INEFICÁCIA DOS MECANISMOS DE CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL.....	49
<b>2. OS FATOS NO DIREITO, O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E FORMAS RACIONAIS DE VALORAR A PROVA</b> .....	52
2.1. SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DE PROVA. CONHECIMENTO MÁGICO, PROVA TARIFADA E IRRACIONALIDADE.....	53
2.2. USO DA RAZÃO PARA CONHECER OS FATOS; A LIVRE APRECIACÃO DA PROVA, A ÍNTIMA CONVICÇÃO E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....	60
2.3. PARA UMA PERSPECTIVA CRÍTICA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....	68
2.4. A CULTURA PROCESSUAL BRASILEIRA E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....	75
2.5. A VALORAÇÃO DA PROVA, O JUÍZO DE FATO E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....	80
2.6. POR UMA CONCEPÇÃO RACIONAL DA VALORAÇÃO DA PROVA.....	83
2.6.1. MÉTODOS DE RACIONALIZAÇÃO DA VALORAÇÃO DA PROVA – O MÉTODO ESTATÍSTICO.....	88

2.6.2. MÉTODOS DE RACIONALIZAÇÃO DA VALORAÇÃO DA PROVA – A PROBABILIDADE SUBJETIVA.....	92
2.6.3. MÉTODOS DE RACIONALIZAÇÃO DA VALORAÇÃO DA PROVA – A PROBABILIDADE INDUTIVA OU LÓGICA.....	95
<b>3. STANDARDS PROBATÓRIOS E A VALORAÇÃO DA PROVA.....</b>	<b>101</b>
3.1. STANDARDS PROBATÓRIOS: CONCEITO, ORIGENS E FUNÇÕES.....	101
3.2. STANDARDS PROBATÓRIOS NA TRADIÇÃO <i>COMMON LAW</i> .....	103
3.3. PARA UMA COMPREENSÃO CRÍTICA DO BARD: CONTEXTO HISTÓRICO DO SEU SURGIMENTO, INSTRUÇÕES AOS JURADOS E SIGNIFICADO DE SEU CONTEÚDO.....	107
3.3.1. PARA UMA COMPREENSÃO CRÍTICA DO BARD: O USO DE <i>STANDARDS</i> PROBATÓRIOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	117
3.3.2. PARA UMA COMPREENSÃO CRÍTICA DO BARD: UM <i>STANDARD</i> SUBJETIVO É UM <i>STANDARD</i> ?.....	120
3.4. <i>STANDARDS</i> PROBATÓRIOS E A VALORAÇÃO RACIONAL: RELAÇÃO COM O NÍVEL DE EXIGÊNCIA PROBATÓRIA.....	122
3.5. <i>STANDARD</i> PARA A CONDENAÇÃO CRIMINAL: PROPOSTAS JÁ FORMULADAS E DESVINCULAÇÃO AO BARD.....	124
3.6. <i>STANDARDS</i> PROBATÓRIOS OBJETIVOS? POR UMA FORMULAÇÃO ADEQUADA DE <i>STANDARDS</i> PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	130
3.6.1. A PROPOSTA DE MARINA GASCÓN ABELLÁN: GRAUS DE CONFIRMAÇÃO DAS HIPÓTESES DISCUTIDAS NO PROCESSO EM UM ESQUEMA LÓGICO DE VARIAÇÃO.....	130
3.6.2. A PROPOSTA DE FERRER BELTRÁN: VARIAÇÃO DOS <i>STANDARDS</i> A DEPENDER DE DIFERENTES FASES DO PROCESSO E O CRITÉRIO DO “PESO” DO CONJUNTO PROBATÓRIO.....	134
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>141</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>147</b>

## INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro enfrenta desafios significativos na análise fática. O princípio do livre convencimento motivado, embora tenha surgido em oposição a uma concepção rígida de análise probatória e forneça maior flexibilidade na valoração das provas, é pautado por uma interpretação de seu conteúdo que acaba por suscitar amplo grau de discricionariedade. A questão central que norteia este trabalho é o desenvolvimento de formas de controle epistêmico das decisões judiciais, de modo a promover uma maior objetividade e transparência no processo penal.

No primeiro capítulo, o trabalho define a sua vinculação a doutrina do garantismo penal como marco teórico, adotando uma perspectiva que valoriza a proteção dos direitos fundamentais e a limitação do poder punitivo do Estado. Nesse mesmo contexto, se define a relevância do conceito de verdade para o garantismo, e a sua estreita vinculação com a defesa dos interesses e garantias do réu. Além disso, são analisados os principais sistemas de controle das decisões judiciais no processo penal brasileiro, a motivação e o sistema recursal, a fim de demonstrar que não se mostram suficientes a garantir um efetivo controle epistêmico das decisões.

No segundo capítulo, aborda-se a questão dos fatos no Direito e a sua relação com o livre convencimento motivado. De início, retorna-se à relevância do conceito de verdade já estabelecido no primeiro capítulo. Posteriormente, são analisados diversos sistemas de avaliação de prova, em “fases” correspondendo a recortes histórico-temporais, passando pelo conhecimento mágico, prova tarifada, livre apreciação da prova, íntima convicção e livre convencimento motivado. Com isso, se promove uma análise crítica do princípio do livre convencimento motivado, com ênfase na sua concepção na cultura processual brasileira. Ao estabelecer esta compreensão crítica, o trabalho adota uma postura propositiva, sugerindo o uso da valoração racional da prova, conforme defendido principalmente pelos autores da escola de Girona, como forma de combater a concepção subjetivista e irracional da valoração da prova que permeia a concepção tradicional do livre convencimento motivado.

No terceiro capítulo, o estudo aborda os *standards* probatórios e a sua relevância, ainda no escopo da necessidade de controle epistêmico da decisão judicial. Primeiro, os graus de suficiência probatória são ponderados no contexto da

tradição da *common law*, principal referência do uso dos *standards*, com ênfase no *standard* da *beyond a reasonable doubt*, ou BARD, em razão de sua proeminência no âmbito do direito penal. O BARD é analisado de maneira crítica, considerando o contexto histórico de seu surgimento no direito anglo-americano e o seu conteúdo semântico. Ainda nessa perspectiva de análise, são ponderados o uso e a interpretação do BARD no processo penal brasileiro, especialmente pelas cortes superiores. Além disso, são analisadas as principais críticas ao uso do BARD, destacando os problemas que decorrem de sua excessiva subjetividade. Ao final do capítulo, o trabalho analisa propostas de *standards* probatórios alternativos ao BARD, na busca de promover uma conceituação minimamente objetiva de critérios de suficiência probatória para o processo penal brasileiro.

Por fim, em suas conclusões, o estudo destaca o diagnóstico da concepção irracional que se tem do livre convencimento motivado na cultura processual brasileira, na busca de fornecer uma reflexão sobre os caminhos possíveis para superá-la. Propõe-se que a prova seja valorada na perspectiva da valoração racional, obedecendo a critérios de racionalidade moldados pela epistemologia, além da adoção de *standards* probatórios com base nessa mesma perceptiva, que buscam se afastar do excesso de subjetividade e estabelecer critérios mensuráveis dos graus de suficiência probatória aptos a firmar o convencimento do julgador, propondo algumas sugestões de *standards* para diferentes fases do processo.

## 1. DECISÃO JUDICIAL E SUAS FORMAS DE CONTROLE – OU COMO GARANTIR UMA DECISÃO JUSTA<sup>1</sup>?

De todas as intervenções que o Estado pode exercer na vida de uma pessoa, nenhuma é mais grave e invasiva que a intervenção penal. Uma decisão proferida por um juiz criminal em desfavor de alguém pode ter consequências traumáticas e irreversíveis.

A problemática do poder punitivo envolve uma complexa tensão entre a necessidade de resguardar direitos individuais e a manutenção de uma instituição estatal que detenha o monopólio legítimo do uso da força. Essa força, que não se limita a uma eventual condenação criminal, faz com que o Estado possa usar seu poder para prender cautelarmente, sequestrar bens, restringir o direito a locomoção e mais uma infinidade de meios aptos a interferir profundamente na vida de qualquer pessoa.

Essa potencialidade lesiva não é, por óbvio, exclusividade do direito penal contemporâneo — a história do poder punitivo é tão antiga quanto a própria humanidade. A especificidade do direito penal enquanto ciência envolve justamente a preocupação com a complexidade do poder de punir e pensadores que se dedicam a essa problemática. Nesse contexto, as normas penais – e o direito penal como um todo – surgem nesse contexto histórico justamente como forma de limitar o poder punitivo.

Os sistemas penais de hoje possuem raiz predominantemente moderna, pautada na tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo, fundado em garantias clássicas como a legalidade estrita, responsabilidade pessoal, contraditório e presunção de inocência.<sup>2</sup>

Essa mesma raiz moderna pauta o próprio modelo de Estado que retém o monopólio dos tipos de ações coercitivas mencionadas anteriormente. A título de

---

<sup>1</sup> O uso do termo “justo” não pretende se embrenhar em maiores discussões acerca do conceito de justiça e toda a sua problemática, mas faz referência as condições ou requisitos para uma decisão justa nos termos expostos por Gustavo Badaró, citando Michele Taruffo (TARUFFO, Michelle. *Idee per una teoria della decisione giusta*. Rivista trimestrale di diritto procedura civile, p. 315-328, 1997). Badaró define que a justiça de uma decisão está condicionada ao correto juízo de fato, à correta escolha e interpretação das regras jurídicas, bem como ao emprego de um procedimento válido. Três condições necessárias, mas nenhuma delas suficiente. In: BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 19.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

exemplo, a Constituição Brasileira – e a grande maioria das Cartas contemporâneas – erigiu o Estado de Direito<sup>3</sup> como o modelo a ser adotado no Brasil, que pode ser assim definido:

“(…) Em seu sentido mais amplo, significa que as pessoas devem obedecer a lei e serem governadas por ela. No entanto, na teoria política e na teoria do direito, passa a ser compreendido em um sentido mais estrito, em que o governo deve ser regulado pela lei e estar sujeito à ela. O ideal do Estado de Direito [*rule of law*] é costumeiramente expressado pela frase “governo pela lei e não pelo homem”.<sup>4</sup>

É curioso notar que este modelo de Estado é quase unânime na contemporaneidade. Praticamente nenhum autor e nenhum regime, ainda que ditatorial, assume (ou assumiria) deliberadamente ser contrário ao Estado de Direito, justamente por ser considerado como a expressão máxima de contrariedade ao arbítrio do poder e o subjetivismo do soberano.<sup>5</sup>

Um Estado pautado em um “governo das leis”<sup>6</sup> é preferível a uma forma de governo submetida aos caprichos dos detentores do poder, garantindo segurança, estabilidade e previsibilidade para cada cidadão.<sup>7</sup>

O Estado de Direito traduz, desde seu princípio, um tipo de Estado que repudia o despotismo e privilegia a razão, constituindo um grande símbolo da proteção da liberdade individual.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> O conceito de Estado de Direito é concebido em oposição a um modelo de Estado baseado no uso arbitrário do poder. Há muitas definições para o Estado do Direito (que também costuma ser tratado como a *rule of law* pela doutrina de língua inglesa), sendo que este trabalho opta pela definição de Joseph Raz (in: RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford University Press, 1983. p. 212) em razão de sua objetividade e precisão conceitual.

<sup>4</sup> No original: “ Taken in its broadest sense this means that people should obey the law and be ruled by it. But in political and legal theory it has come to be read in a narrower sense, that the government shall be ruled by the law and subject to it. The ideal of the rule of law in this sense is often expressed by the phrase 'government by law and not by men'”. in: RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford University Press, 1983. p. 212

<sup>5</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 31.

<sup>6</sup> Expressão utilizada por Norberto Bobbio ao trabalhar a relação entre direito e poder, referindo-se ao “governo das leis” em oposição ao “governo dos homens”. Ver BOBBIO, Norberto. **Estado, Direito e Sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 96-97.

<sup>7</sup> Nos temos definidos por Neil MacCormick: “onde a lei prevalece e você sabe onde está, você sabe o que pode fazer sem se envolver em um processo cível ou com o sistema de justiça criminal”. No original: “Where the law prevails, you know where you are, and what you are able to do without getting yourself embroiled in civil litigation or in the criminal justice system”. In: MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: A theory of legal reasoning**. Oxford University Press, 2005, P. 12.

<sup>8</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 31.

## 1.1. MODELO GARANTISTA DE PROCESSO PENAL

A referência às raízes filosóficas do Estado de Direito e do sistema penal não parte do pressuposto que seus pensadores compunham um conjunto de pensamentos harmoniosos ou ideologicamente coesos entre si. Os pressupostos teóricos e filosóficos do direito penal são compostos por pensadores conflitantes que podem produzir diferentes interpretações.<sup>9</sup> A questão é que essa origem serviu de base para a construção ideológica de princípios<sup>10</sup> que posteriormente se consolidaram em diversos diplomas legais e formam em si um sistema coerente e unitário, ao tratar especificamente do modelo de direito penal assumido pelo Estado de Direito.<sup>11</sup>

Tais princípios, quando em conjunto, formam algo que o jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli denomina de “esquema” ou modelo garantista.<sup>12</sup> Trata-se de uma complexa composição de vários princípios relacionados e interdependentes, estes voltados à garantir o maior grau de racionalidade<sup>13</sup> e confiança ao exercício do

---

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

<sup>10</sup> A obra de Ferrajoli não conta com uma conceituação exata de “princípios”, por não estar inserida no recente debate acerca do significado desta expressão. Para evitar qualquer confusão metodológica, este trabalho utiliza *princípios* como “mandamentos nucleares do sistema”, em expressão utilizada por Gustavo Badaró (BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 47). No entanto, vale destacar que Gustavo Badaró veicula sua noção de princípio principalmente a uma concepção constitucional de processo, enquanto Ferrajoli, apesar de também vincular seus diplomas a regras constitucionais ao analisar sistemas penais concretos, vincula seus princípios as bases filosóficas do direito penal concebidas e estruturadas pelo pensamento iluminista.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

<sup>12</sup> Na definição de Gascón Abellan e García Figueroa: “O garantismo penal representa a base da filosofia liberal e da ciência jurídica e que – comprometida com a defesa da liberdade – expressa a necessidade de minimizar a violência exercida por esse ‘terrível poder’ (de que falava Montesquieu) que é o poder punitivo do Estado: as garantias (penais e processuais) são justamente as técnicas para fazer efetiva a exigência de redução da violência e poder punitivo”. Tradução livre do espanhol. In: GASCÓN ABELLAN, Marina. FIGUEROA, Alfonso J. García. **La argumentación em el derecho**: algunas cuestiones fundamentales. Lima: Palestra Editores. 2003. p. 27. Vale também destacar que ambos os termos (tanto esquema quanto modelo) são utilizados pelos autores que trabalham com o garantismo.

<sup>13</sup> A racionalidade aqui tratada é no sentido atribuído à “razão” por Luigi Ferrajoli, com três significados: (i) razão *no* direito, ou seja, o tema da racionalidade das decisões penais, ou os vínculos e regras que pautam a decisão penal pertencentes ao campo da epistemologia; (ii) razão *do* direito, ou seja, as justificativas éticas e políticas, próprias da filosofia do direito, acerca da justiça penal; e (iii) razão *de* direito, no sentido normativo e jurídico e do campo da ciência penal, concernente a validade e a coerência lógica interna dos sistemas penais. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pgs. 15-17.

poder punitivo.<sup>14</sup> O modelo é definido por dois elementos constitutivos que implicam em garantias de natureza penal e processual: o primeiro é relativo à definição legislativa, ou seja, a previsão legal daquilo que será considerado como crime; e o outro é relacionado à comprovação jurisdicional dos fatos criminalizados.<sup>15</sup>

Esses elementos constitutivos são posteriormente elaborados na obra de Ferrajoli como uma tabela analítica e sistemática de todos os princípios interconectados entre si, compondo o modelo garantista de direito penal enquanto um esquema idealizado. O modelo permite, ao mesmo tempo, moldar uma referência garantista bem como a individualização de modelos de direito penal autoritário em razão da ausência ou ofensa a cada um dos princípios elencados.<sup>16</sup> Os princípios originam a formulação de axiomas, de natureza prescritiva e normativa – ou de dever ser – inderiváveis entre si e encadeados de maneira que cada um dos termos implicados acabe por derivar os sucessivos. São dez axiomas, que por tradição escolástica seguem a terminologia de máximas latinas:

*A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine injuria; A5 Nulla injuria sine actione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine iudicio; A8 Nullum iudicium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione.*<sup>17</sup>

Os axiomas são diretamente derivados de princípios<sup>18</sup> que expressam, em sua ordem e conexão, um modelo garantista de direito penal lastreado em um pensamento filosófico que os concebe como limitadores políticos e morais do poder de punir.<sup>19</sup> Como já dito – e admitido pelo próprio Ferrajoli – o esquema mencionado

---

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

<sup>15</sup> Ou seja, a delimitação de que só poderá ser considerado como crime aquilo que for anteriormente definido em lei como tal; e que uma pessoa só poderá ser considerada culpada por um crime caso sua responsabilidade seja determinada em um processo que respeite seus direitos e garantias. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 89.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 91.

<sup>18</sup> Os axiomas representam os seguintes princípios, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou a relação da pena como consequência do delito; 2) princípio da legalidade; 3) princípio da necessidade; 4) princípio da lesividade; 5) princípio da materialidade; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 91.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos

é de natureza prescritiva e ideal. Não é baseado em um conjunto homogêneo de ideias filosóficas e tampouco é pautado em um sistema penal real. No entanto, representam uma base teórica e comum ao direito penal contemporâneo voltada a proteção do indivíduo frente ao Estado.

A relação de sobreposição entre um conteúdo integrado de garantias, já demonstrada pelo exemplo do modelo garantista de Ferrajoli, encontra reflexo prático no sistema processual brasileiro. Há zonas de “interpenetração recíproca”<sup>20</sup> de operacionalidade isolada que ganham força especialmente quando inseridas em um sistema integrado, constituindo um “sistema circular” entre os princípios e garantias individuais do jurisdicionado.<sup>21</sup>

Se a observância a todas as garantias e o respeito ao devido processo legal é a base de legitimação do exercício do poder punitivo, constata-se aqui a própria razão de ser do processo. Nesse contexto, o devido processo penal é uma garantia derivada do devido processo legal, constituindo um extenso e interconectado âmbito de garantias previstas na Constituição e tratados internacionais de direitos humanos, visando assegurar que o jurisdicionado não seja sujeito a arbitrariedades no âmbito de seus direitos mais basilares, a exemplo da liberdade.<sup>22</sup>

É dentro do intrincado sistema de garantias que rege o processo que se estabelece a importância de um controle empírico: a tese acusatória sempre deve ser submetida à verificação e exposta à refutação, para que possa ser apoiada por provas e contraprovas.<sup>23</sup> É nisso que consiste o princípio do *nullum iudicium sine probatione*.

O processo pode ser definido como um “caminhar pra frente”, dentro de uma sequência ordenada de atos logicamente ordenados com o fim de possibilitar o

---

Tribunais, 2014. p. 91.

<sup>20</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 22.

<sup>21</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33.

<sup>22</sup> RYU, Daiana Santos. **O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável**: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Paulo, 2018. p. 96.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

juízo através de uma decisão justa.<sup>24</sup>

Esse “caminhar pra frente” não implica no reconhecimento de que o ato de “caminhar” constitua uma mera forma de reconstruir fatos pretéritos para legitimar o poder de punir do Estado.<sup>25</sup> O “caminhar” é construído dogmaticamente pela lógica do devido processo legal e todas as demais garantias que o acompanham.<sup>26</sup> É justamente por meio do processo, no contexto do Estado de Direito, que se demonstrou a preocupação de tutelar o patrimônio jurídico dos indivíduos e garantir que qualquer alteração ou lesão deste patrimônio só poderia ocorrer por meio de uma decisão final de um processo legalmente preestabelecido.<sup>27</sup>

Em outros termos, o processo – especialmente o penal – não é compreendido como uma “mera cerimônia protocolar”, nos dizeres de Geraldo Prado, ou um simples ritual antecedente à aplicação de uma pena definida por forças políticas.<sup>28</sup> A função básica e principal do processo é impor uma disciplina que constitui a principal garantia para o correto exercício do poder.<sup>29</sup>

O processo como cerimônia protocolar, em oposição ao devido processo legal, estaria pautado em uma presunção de culpa e na busca de um procedimento apto a meramente confirmar o que já estava previamente estabelecido. Segundo Badaró, a própria finalidade do processo penal é a legitimação do exercício do poder de punir, que sempre é iniciada em uma situação de incerteza por força da presunção de inocência.<sup>30</sup> A legitimidade da punição só será atingida com a reversão desta presunção,<sup>31</sup> o que gera a consequência de colocar a certeza como

---

<sup>24</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 51.

<sup>25</sup> LOPES JR. Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 25

<sup>26</sup> Gustavo Henrique Badaró concebe as garantias processuais como um “conjunto integrado” compondo um “sistema circular” que assegura, em conjunto e em níveis cada vez mais elevados, a proteção do indivíduo frente ao arbítrio do Estado por meio do processo penal, alinhando-se ao “esquema” de garantias que formam o modelo garantista. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 23.

<sup>27</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 70.

<sup>28</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 17.

<sup>29</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 27.

<sup>30</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 18.

<sup>31</sup> O princípio da presunção de inocência é um dos pilares do processo penal. Seu conteúdo é amplo e altamente complexo. Este trabalho vincula-se a concepção da presunção de inocência enquanto

meta, vinculando necessariamente o devido processo legal à presunção de inocência e algum modelo de verdade.<sup>32</sup>

O devido processo legal adequado constitucionalmente deverá viabilizar o conhecimento da própria infração penal em um esquema lógico e jurídico apoiado nos fatos na pretensão de verdade.<sup>33</sup>

## 1.2. O MODELO GARANTISTA E A VERDADE: PARA UMA CONCEPÇÃO CRÍTICA DA VERDADE *PROCESSUAL*

Ao se partir do raciocínio já estabelecido de que o modelo garantista funciona como um esquema epistemológico voltado a garantir a racionalidade do sistema penal pela observância das garantias processuais,<sup>34</sup> o esquema epistemológico que forma o modelo garantista constitui necessariamente um nexos entre verdade e legitimidade.<sup>35</sup>

A relação entre verdade e legitimidade é constituída em uma distinção proposta por Ferrajoli, tratando de duas epistemologias judiciais distintas: em contraposição ao seu modelo garantista, há o modelo autoritário de direito penal. E enquanto o garantismo é caracterizado principalmente pela racionalidade objetiva do sistema penal, o modelo autoritário é marcado pela subjetividade irracional.<sup>36</sup> Se o direito penal for pautado em qualquer coisa que não a relação de punição com algum fato pretérito – o que inevitavelmente corresponde a apuração de um fato e a alguma noção de verdade – haverá inevitável campo para a subjetividade e arbitrariedade.

---

princípio com ampla e irrestrita aplicabilidade no processo, cuja amplitude de imposição depende de outras particularidades e do momento processual, no sentido de mandado de otimização. Nesse sentido, ver o capítulo 4 da obra MORAES, Maurício Zanóide 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.

<sup>32</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 17.

<sup>33</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19.

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

<sup>35</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19.

<sup>36</sup> “A oposição até agora exposta entre garantismo e autoritarismo no direito penal corresponde, pois, a uma alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: entre cognitivismo e decisionismo, entre comprovação e valoração, entre prova e inquisição, entre razão e vontade, entre verdade e potestade”. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 48.

Ao se delimitar que o processo penal tem por objetivo legitimar o exercício do poder de punir, e ao se exigir a verificação probatória como necessária para uma decisão acerca da imputação penal, o processo penal possui um elemento de validade conectado com uma correta decisão acerca dos fatos.<sup>37</sup>

A necessidade de vincular-se a uma noção de verdade não se confunde com uma concepção de verdade absoluta. Nos dizeres de Ferrajoli, se uma justiça penal “com verdade” é uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade.<sup>38</sup> Nesse sentido, uma compreensão garantista da noção de verdade não se resume a uma questão epistêmica, mas é também associada a um senso de justiça e voltada a diminuir os riscos de arbitrariedade.<sup>39</sup>

Uma das dificuldades de se compreender o processo penal como um método epistêmico decorre do equilíbrio de valores de natureza essencialmente contraditória. Um processo penal tem a busca da verdade como um de seus objetivos, mas essa busca não pode ser perpetrada com o uso de instrumentos que violem direitos e garantias individuais. Há um equilíbrio entre valores epistêmicos (a busca da verdade) e outros valores que podem assumir um papel contra-epistêmico.<sup>40</sup>

Para a perspectiva garantista, a verdade assume um papel de duplo significado: ao mesmo tempo que vincula o processo a uma perspectiva epistêmica, ou seja, associa a sua validade a uma premissa de reprodução de fatos passados, também compreende que essa relação com os fatos funciona como garantia para o acusado, na medida que a desvinculação do poder a qualquer juízo fático necessariamente corresponderia a arbitrariedade.

Essa delimitação faz com que o processo compartilhe de problemas epistemológicos comuns a outras áreas do conhecimento, a exemplo da história e da medicina, considerando a mesma necessidade de reconstrução histórica de acontecimentos passados. Há, ainda, uma diferença fundamental: no processo

---

<sup>37</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 19.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 48.

<sup>39</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 435

<sup>40</sup> LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 3.

penal, diferentemente de outras áreas, não se conhece “por conhecer”; o conhecimento dos fatos é condição fundamental – ainda que não suficiente, como já dito – para uma decisão justa.<sup>41</sup> A verdade, além de um valor epistemológico, possui também um valor axiológico, conectado com o senso de justiça.

A certeza é vista como uma meta, mas só pode ocorrer em seus próprios termos, ou seja, a busca da certeza processual não pode ocorrer a custo das garantias da pessoa processada ou das normas gerais do processo. A presunção de inocência rege o processo penal e é apenas por meio de um juízo de certeza obtido dentro do processo que a condenação de alguém pode ser tida como válida.<sup>42</sup>

Em um contexto de presunção de inocência e de uma imputação que busca revertê-la, o processo quase sempre envolve algum tipo de controvérsia fática. O poder de punir do Estado só é legitimado com a devida verificação probatória e posterior decisão sobre o fato penalmente relevante.<sup>43</sup> O processo, então, deve viabilizar o conhecimento do fato definido como infração penal e a sua autoria, em um esquema lógico e jurídico apto a fornecer elementos de corroboração da decisão em um conceito de verdade.<sup>44</sup> O problema da verdade já foi situado como uma condição necessária à justiça das decisões, além de um instrumento de garantia para estabelecer que a punição será realmente pautada em um fato pretérito – a realização de uma conduta prevista na lei enquanto crime – e não no puro subjetivismo do julgador.

A verdade também possui um valor próprio no âmbito moral e social, relacionando-se ao padrão de comportamento normalmente exigido ou esperado de outras pessoas no convívio social.<sup>45</sup> Taruffo traz uma interessante reflexão acerca de sistemas totalitários e a sua base na mentira, a exemplo das odiosas práticas propagandistas de Joseph Goebbels e a alteração de livros de história no regime stalinista. A análise dos regimes totalitários indica que a verdade possui um valor

---

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 21.

<sup>42</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 17.

<sup>43</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 18.

<sup>44</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19.

<sup>45</sup> TARUFFO, Michele. La Verdad como Valor Social y Jurídico. In: **Proceso y Decisión**: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 41.

político essencial a própria Democracia.<sup>46</sup>

Para o Direito, as normas que são previstas de maneira abstrata pelo legislador sempre pressupõem uma determinada situação fática pautada no real. Sem isso, não poderiam ser concretizadas.<sup>47</sup> Para fins de direito penal, por exemplo, só se aplica a pena para quem – comprovadamente – praticar uma determinada conduta prevista na lei como crime.<sup>48</sup>

O juízo penal é um “saber-poder”, ou seja, uma combinação entre o conhecimento do fato e a autoridade da decisão. Nesse entrelaçamento, um modelo ideal teria o poder como algo nulo, mas na prática o que costuma ser nulo é o saber.<sup>49</sup> De qualquer forma, o modelo garantista estabelece um nexó indissolúvel entre as garantias penais e processuais e a busca da verdade, na medida em que a legitimidade da punição depende da comprovação do desvio punível de acordo com condições de verdade.<sup>50</sup> Em sentido contrário, o autoritarismo é produto de um decisionismo, ou seja, critérios substanciais considerados subjetivamente pelos julgadores. Isso poderá ocorrer tanto pela falta de clareza na definição do desvio penal como se for definido um caráter incontrollável de sua comprovação dentro do processo.<sup>51</sup>

Há, de um lado, um modelo garantista de direito penal representado pelo convencionalismo legal e cognitivismo jurisdicional; do outro lado há o autoritarismo representado pelo substancialismo extralegal e decisionismo valorativo. A conexão do garantismo com a verdade ocorre pela necessidade de estabelecer objetividade ao critério de identificação do desvio punível, que não pode ser vinculado a qualquer outra coisa que não um critério de verdade, de modo que não fique restrito aos caprichos da autoridade julgadora. É com base na verdade que uma eventual ação estatal está axiologicamente ancorada na ideia de Justiça, e não na mera

---

<sup>46</sup> TARUFFO, Michele. La Verdad como Valor Social y Jurídico. In: **Proceso y Decisión: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 42.

<sup>47</sup> MASCARENHAS, Fabiana Alves. NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A busca da verdade e a concretização da função Epistêmica do Processo. In: **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**. v. 16, n. 2, pp.147-166, jul./dez. 2018. p. 149.

<sup>48</sup> MASCARENHAS, Fabiana Alves. NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A busca da verdade e a concretização da função Epistêmica do Processo. In: **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**. v. 16, n. 2, pp.147-166, jul./dez. 2018. p. 151.

<sup>49</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

<sup>50</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

<sup>51</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

legitimidade abstrata da autoridade que a comanda.<sup>52</sup>

A vinculação com a verdade parece representar um impasse. A partir do momento que se conhece todas as limitações humanas para a percepção dos fatos, não há como defender uma vinculação perfeita do direito com uma verdade absoluta. Há uma impossibilidade epistemológica de um perfeito cognitivismo judicial — na mesma medida que é impossível utilizar qualquer meio para conhecer a verdade em termos absolutos, apesar de parecer uma crença presente e constante em diversas jurisdições como produto do realismo metafísico.<sup>53</sup>

A constatação da impossibilidade de obtenção de uma verdade absoluta por meio do processo — ou qualquer outro meio — poderia recomendar o abandono ou o afastamento do conceito de verdade. No entanto, Ferrajoli sugere que o valor teórico e político do conceito é mantido se a verdade for mantida como um modelo limite de caráter aproximativo, ainda que não plenamente alcançável.<sup>54</sup> O controle empírico de procedimentos probatórios e a sua valoração possuem limites insuperáveis, mas o modelo pode ser assegurado com o resguardo de limites assegurados pelo sistema normativo de estrita legalidade e estrita jurisdicionalidade. A ausência de uma verdade absoluta<sup>55</sup> não reduz ou minimiza a importância da produção da prova — e a conexão da legitimidade do processo com a verdade.<sup>56</sup>

Essa verdade perseguida pelo processo penal como meta é constituída por uma busca de ultrapassagem de um estado de incerteza para outro de certeza, como já definido. Ela não se encontra acessível para que os sujeitos processuais promovam uma “viagem no tempo”, para perceber fatos passados como se

---

<sup>52</sup> “(...) os indivíduos só se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade”. In: GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 92.

<sup>53</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

<sup>54</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

<sup>55</sup> A referência a certeza guarda relação com o conceito de “verdade real” que predominou na cultura jurisdicional brasileira por muitos anos. É um tema complexo e relacionado com diversas particularidades do sistema jurídico brasileiro que fogem ao escopo deste capítulo, que trata de assuntos eminentemente epistemológicos. “Rios de tinta” já foram escritos sobre o assunto, nos dizeres de Ricardo Gloeckner (GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 306), motivo pelo qual é difícil abordá-lo sem referenciar a ampla bibliografia sobre o tema, mas este trabalho considera a “verdade real” como equivalente a pretensão de uma correspondência perfeita entre a prova e o fato investigado.

<sup>56</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório**. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2022. p. 110.

estivessem no presente.<sup>57</sup>

Para efeitos práticos, o direito à valoração da prova e o direito à uma valoração racional de provas – ou seja, pautadas em um critério de verdade – são consectários lógicos do próprio direito à prova.<sup>58</sup> Se assim não o fosse, a produção de provas e a decisão seriam imbuídas de um caráter meramente retórico, tornando o direito à prova inócuo.<sup>59</sup> Assim, as garantias legais e individuais se constituem não somente como garantias de liberdade, mas também garantias de verdade do indivíduo contra o arbítrio, equilibrando a pretensão de saber e poder do poder punitivo.<sup>60</sup> A posição garantista assume um contraste com as correntes que defendem que o processo não está interessado na determinação da verdade dos fatos. Mesmo que o processo seja compreendido como um instrumento voltado a resolução de conflitos, a justiça da referida resolução está condicionada em alguma vinculação à verdade histórica.<sup>61</sup>

É dentro desse contexto que surge a noção de “verdade processual” para o modelo garantista, estabelecendo as condições pelas quais uma tese jurisdicional pode ser tida por verificável.<sup>62</sup> Se não existir uma teoria da verdade de verificação processual, o cognitivismo que pauta a teoria garantista seria, para Ferrajoli, “apoiada na areia”.<sup>63</sup> A epistemologia garantista usa a verdade como forma de identificar uma natureza epistêmica no processo penal, ainda que reconheça todas as falhas e limitações intrínsecas ao conceito e a própria falibilidade humana. A verdade, então, é compreendida como *processual*.<sup>64</sup>

---

<sup>57</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. -1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 35.

<sup>58</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 279.

<sup>59</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 279.

<sup>60</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

<sup>61</sup> MASCARENHAS, Fabiana Alves. NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A busca da verdade e a concretização da função Epistêmica do Processo. In: **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**. v. 16, n. 2, pp.147-166, jul./dez. 2018. p. 153.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

<sup>63</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 50.

<sup>64</sup> Assim definido por Gustavo Badaró: “A verdade processual traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não se podendo considerar justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo estruturado segundo regras que possibilitem uma correta verificação dos fatos.

Vale destacar que a verdade *processual* não é completamente desvinculada de um critério objetivo de verdade. A verdade fática é objetiva, e não uma questão de que alguém assim o creia. O que ocorre é que a constatação da limitação intrínseca a qualquer pretensão de compreensão desta verdade objetiva deve limitar o direito – e qualquer ciência com pretensões epistêmicas – ao uso da verdade no sentido linguístico, o que não se confunde com uma perspectiva relativista.

Faz parte do senso comum e do cotidiano forense a valoração de provas pautadas em um conceito pré-estabelecido de verdade. Ponderamos se uma testemunha mentiu ou disse a verdade; se uma alegação da acusação ou da defesa é verdadeira ou falsa; e se a versão dos fatos do acusado corresponde à realidade.<sup>65</sup>

Pautar o modelo garantista na verdade serve a inúmeros propósitos, voltados a garantir tanto a justiça da decisão como a presunção de inocência do jurisdicionado e as próprias premissas epistêmicas que já pautam o raciocínio dos operadores do direito antes mesmo de agirem como atores processuais. Além de definir o conceito e a relevância da verdade para uma perspectiva garantista do processo penal, resta definir o que exatamente se compreende por verdade nesse contexto.

### 1.2.1. TEORIA DA VERDADE PARA O GARANTISMO: VERDADE COMO CORRESPONDÊNCIA E VERDADE APROXIMATIVA

O tipo de proposição em que é predicada a verdade processual, em exemplo proposto por Ferrajoli, é que “Tício cometeu ou não cometeu culpavelmente um fato definido na lei como delito”.<sup>66</sup> A proposição pode ser subdividida em dois juízos: uma fática e outra jurídica. Tício praticou culpavelmente tal fato (nesse exemplo, causou lesões em Caio, que se recuperou após dois meses) é uma proposição fática; enquanto a segunda proposição (fato previsto na lei como crime, qual seja, o delito de lesão corporal grave previsto no art. 129 do Código Penal) é de

---

Justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder. Se assim não o fosse, seria melhor que o processo fosse decidido pela sorte, jogando-se dados”. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 435

<sup>65</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 50.

<sup>66</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 50.

cunho jurídico.<sup>67</sup>

Tanto a proposição de cunho fático quanto a proposição de cunho jurídico podem ser chamadas de “assertivas”, de caráter empírico ou cognitivo, na medida em que a sua verdade ou falsidade (verificação ou refutação) é pautada em uma verdade empírica.<sup>68</sup> A verdade da primeira é fática, ou seja, é comprovável pela prova da ocorrência do fato e da imputação ao sujeito tido por autor; e a verdade da segunda é jurídica, sendo comprovável por um ato interpretativo dos enunciados normativos que tipificam a conduta.<sup>69</sup> Em termos clássicos, a *quaestio facti* é determinada por um raciocínio indutivo em conformidade com os elementos de prova, enquanto a *quaestio juris* é pautada por um raciocínio dedutivo da interpretação da lei.<sup>70</sup>

A caracterização dos dois aspectos é definida por um conceito de verdade enquanto correspondência, nos termos estipulados por Alfred Tarski.<sup>71</sup> Segundo essa perspectiva, “uma proposição *P* é verdadeira se, e somente se, *p*”, onde “*P*” está para o nome metalinguístico da proposição e “*p*” para a própria proposição.<sup>72</sup> Em outros termos, a grama será verde se, e somente se, a grama for verde. Ou Tício terá lesionado Caio, se, e somente se, Tício tiver lesionado Caio.

A verdade da proposição depende de: (i) Tício ter praticado o fato; e (ii) o fato estar previsto na lei como delito. As equivalências definem respectivamente a verdade fática e a verdade jurídica, e o seu conjunto definem a verdade processual. A proposição jurisdicional será verdadeira – tanto em seu sentido processual quanto formal – se, e somente se, for verdadeira fática e juridicamente.<sup>73</sup>

O próprio Ferrajoli reconhece que essa definição de verdade pode parecer trivial e intuitiva, mas caracteriza uma redefinição – dentro do contexto da

---

<sup>67</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 50-51.

<sup>68</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

<sup>69</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

<sup>70</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

<sup>71</sup> A concepção de verdade como correspondência de Tarski difere de outras compreensões da verdade como correspondência por motivos esclarecidos mais adiante. A perspectiva tarskiana é também chamada de “teoria semântica da verdade”.

<sup>72</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

<sup>73</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

jurisdição penal – de uma noção de verdade normalmente definida como “verificação de fato” ou de juiz como “boca de lei”, que são também chamadas de epistemologias realistas vulgares.<sup>74</sup>

É necessário trazer uma ressalva neste ponto. A noção de verdade como correspondência possui uma concepção clássica dentro da filosofia, em que a verdade corresponde apenas a uma descrição de algo em conformidade com o que pode ser verificado na realidade. Essa noção de verdade era muito mais atrativa ao direito, na medida em que a atribuição de efeitos normativos a fatos juridicamente relevantes demanda um processo judicial voltado a reconstrução fática com o máximo de exatidão, sustentando – ao menos em tese – a legitimidade e a segurança jurídica.<sup>75</sup> A leitura que se fazia desse conceito clássico para a perspectiva jurídica parecia justamente acreditar que o processo penal era capaz de produzir um conhecimento apto a corresponder exatamente com a realidade.

A perspectiva tarskiana não se compromete com um propósito metafísico que busca correspondência ontológica entre as teses de fato e de direito. A verdade processual não é predicada na realidade em que as assertivas se referem, sendo o predicado “verdadeiro” aplicável ao enunciado. Em outros termos: o que se entende por “verdadeiro” não é compreendido como uma descrição exata, retirada da realidade, ainda que a tenha como referência. É uma definição de caráter nominal.<sup>76</sup> O próprio Tarski não acreditava em um critério objetivo ou realista de aceitação da verdade, limitando a sua teoria a indicar condições do uso do termo “verdadeiro” para a epistemologia em sentido amplo.<sup>77</sup>

Tarski, além disso, não adota a noção de verdade enquanto correspondência: a verdade como algo plenamente atingível pelas formas de averiguação. Trata-se de premissa epistêmica inviável tanto para o direito como para as demais ciências, que são sempre pautadas na premissa de que o conhecimento é sempre provisório e incompleto. A verdade permanece como tal até ser superada

---

<sup>74</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

<sup>75</sup> WIDAL FILHO. Márcio de Campos. A Valoração da Prova e o Código de Processo Penal Brasileiro. In: LACERDA, Alexandre Magno Benites et al. **Garantismo e Processo Penal**. 1 ed. Campo Grande: Contemplar, 2019. p. 173-203.

<sup>76</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

<sup>77</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 52.

por outra.<sup>78</sup> Ao se estabelecer que a verdade de proposições fáticas e jurídicas não tem implicações metafísicas no sentido da correspondência, o uso dos termos “verdadeiro” e “falso” é aplicado no contexto processual, acerca de conformidade ou desconformidade das proposições, em uma perspectiva de investigação judicial como busca da verdade em torno dos fatos e das normas aplicáveis ao processo.<sup>79</sup>

Essa delimitação serve justamente para a lógica do controle do exercício do poder jurisdicional mencionado anteriormente. O uso de termos associados à verdade é orientado a impedir o uso de uma linguagem voltada ao uso de termos vagos ou valorativos.<sup>80</sup> A verdade representa um ideal, que atua como um princípio regulador (ou modelo limite) para a jurisdição. Assim, compreender o processo penal como um método epistêmico não está dissociado de uma perspectiva crítica da noção de verdade<sup>81</sup> e a aceitação dos limites do conhecimento humano.<sup>82</sup> Acreditar

---

<sup>78</sup> WIDAL FILHO, Márcio de Campos. A Valoração da Prova e o Código de Processo Penal Brasileiro. In: LACERDA, Alexandre Magno Benites et al. **Garantismo e Processo Penal**. 1 ed. Campo Grande: Contemplar, 2019. p. 178.

<sup>79</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 52.

<sup>80</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 52.

<sup>81</sup> O tema da verdade é de extrema complexidade e gera intensos debates no âmbito da epistemologia judiciária, especialmente em uma perspectiva crítica. A ressalva de alguns autores com a adoção de um conceito de verdade, ou a sua utilização como um dos objetivos do processo, é pautada no fato – que posteriormente será debatido neste trabalho – de que a busca da verdade foi utilizada ao longo da história por sistemas processuais como forma de legitimar abusos e violações de direitos. Alguns autores chegam a ponto de discutir qualquer tipo de valor epistêmico no processo, identificando em qualquer pretensão de verdade uma equivalência com o direito penal do inimigo. Nesse sentido, ver KHALED JR., Salah H. **Ambição de verdade no processo penal: uma introdução**. – 2 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. Em sentido similar, também merece destaque a posição dos realistas (especialmente vinculadas a concepção norte-americana do realismo), que pensam que a prova não é voltada a apuração dos fatos mas possui um caráter meramente subjetivo e intrinsecamente irracional. O mais reconhecido defensor dessa posição é Jerome Frank (FRANK, Jerome. **Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973). Vale mencionar também a perspectiva da verdade como coerência, em que a verdade possui um significado definido apenas dentro do contexto processual em um sentido de coerência com as teses levantadas pelas partes, a fim de satisfazer a controvérsia, posição defendida principalmente por Neil MacCormick em MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. In: **Theory of Legal Science**. Springer Netherlands, 1984. Há, ainda, aqueles que não distinguem a verdade em sentido amplo daquela produzida no âmbito judicial, posição especialmente defendida em TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 24 e seguintes. Este trabalho é pautado na perspectiva de Ferrajoli (também defendida por outros autores, a exemplo de Badaró), que vê na busca da verdade uma condição essencial de legitimidade do poder de punir e de proteção das garantias do acusado, sem desvincular-se da posição crítica de considerar as limitações da verdade enquanto correspondência e da necessidade do uso de regras contra-epistêmicas para resguardar garantias individuais. Cada um dos elementos deste conceito de verdade será analisado de maneira pormenorizada neste capítulo e em outros trechos da dissertação.

<sup>82</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório**. 1. ed. Florianópolis:

que um processo – ou qualquer outro instrumento epistêmico – seria capaz de chegar à verdade em um sentido absoluto seria ingenuidade.<sup>83</sup>

Além disso, a busca pela verdade pode também influenciar outros aspectos que, por sua vez, influenciam negativamente o julgamento. É normalmente com base na premissa da busca da verdade que julgadores agem proativamente para investigar os fatos e produzirem provas,<sup>84</sup> sendo certo que esta atuação prejudica qualquer pretensão de imparcialidade e garantia do contraditório.<sup>85</sup> Esta questão ressurgirá em momentos posteriores na análise de modelos históricos de valoração da prova penal e a influência do conceito de verdade para a propagação de métodos autoritários de se compreender a prova.

De qualquer forma, se a verdade como perfeita correspondência caracteriza um ideal, a verdade processual é, por consequência, uma verdade *aproximada*. No plano semântico, a verdade das teses judiciais não difere da verdade das teses científicas.<sup>86</sup> As diferenças são pautadas em duas questões: limites específicos ao contexto jurisdicional, em razão de fatores extrínsecos ao universo empírico; e condições semânticas e pragmáticas da verificabilidade e verificação processual.<sup>87</sup>

Ferrajoli enumera quatro razões de forma esquematizada acerca dessa problemática, tratando tanto de limitações epistêmicas como outras intrínsecas ao contexto processual. A primeira é o caráter irredutivelmente demonstrável da verdade fática, decorrente da constatação que os enunciados fáticos são pautados em leituras das provas, que nada mais são do que tentativas de reproduzir um fato

---

Emais, 2022. p. 53.

<sup>83</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

<sup>84</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 69.

<sup>85</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 69. p. 70.

<sup>86</sup> Neste ponto, a perspectiva de Ferrajoli se aproxima da posição de Taruffo em não diferenciar a verdade em sentido amplo da verdade produzida no contexto processual. No entanto, há divergência entre a oposição de Ferrajoli, que enxerga limites específicos desse tipo de verdade [processual], enquanto Taruffo defende que a verdade é sempre circunstancial e que não existe diferença epistêmica substancial entre a verdade judicial e a verdade não judicial (TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 24.). Este trabalho é pautado na perspectiva de Ferrajoli e na importância de apontar as peculiaridades da verdade processual, conforme definido em FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51 e seguintes.

<sup>87</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 53.

passado.<sup>88</sup> Até mesmo sem entrar em questões relativas ao conhecimento do passado, é certo que a verdade processual fática é equivalente a verdade histórica, na medida que não é predicada em referência direta ao fato mas sim baseada em conclusões dos fatos “comprovados” do passado com as provas produzidas no presente. Esta conclusão é uma inferência de caráter indutivo contida nas premissas de descrição do fato, ou seja, contém na conclusão a enunciação do fato tido por provado pelas premissas. É, em síntese, a constatação de que toda conclusão fática recairá em uma hipótese de probabilidade de conexão entre os fatos e o conjunto probatório.<sup>89</sup>

Taruffo exemplifica a questão tratando de diferenciar os fatos dos enunciados fáticos. O caráter aproximativo da verdade e a própria natureza do processo pressupõe que o juízo fático não é pautado exatamente no objeto do julgamento, mas sim nos enunciados propostos pelas partes acerca da sua interpretação dos fatos.<sup>90</sup>

Há, ainda, um significativo afastamento do modelo da correspondência plena com a verificabilidade da verdade acerca das proposições de direito, sendo essa a segunda limitação enumerada por Ferrajoli acerca do uso deste modelo.<sup>91</sup> Assim como a verificação de fato, o raciocínio da *quaestio juris* depende de uma inferência, mas não de caráter indutivo; a questão é resolvida por uma inferência dedutiva, ou seja, um procedimento de caráter classificatório acerca da aplicabilidade das normas jurídicas para o que se verifica no processo.<sup>92</sup> Para que o raciocínio dedutivo seja válido, é necessário que o conceito classificatório seja suficientemente preciso, e tratando especialmente de normas que tipificam condutas, que a classificação penal do fato seja suficientemente clara, o que nem sempre ocorre.<sup>93</sup> Ademais, é possível que mais de uma norma seja abstratamente aplicável a um determinado fato, o que imbuí as assertivas acerca da verdade

---

<sup>88</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 54.

<sup>89</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 55.

<sup>90</sup> TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 29.

<sup>91</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 56.

<sup>92</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 56.

<sup>93</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 57.

jurídica de um caráter inequivocamente opinativo.<sup>94</sup>

Tanto pelo uso costumeiro de má técnica legislativa por parte das assembleias como por dificuldades intrínsecas ao próprio direito, é impossível imaginar que a atividade de produção da verdade jurídica seja uma mera subsunção de normas jurídicas a enunciados fáticos. O juiz não é a “boca da lei”. No entanto, há uma crença bastante popular de que aquilo que se tem como provado é vinculado à crença firmada pelo juiz acerca dos fatos.<sup>95</sup>

É justamente nesse ponto que surge o terceiro fator de incerteza da verdade processual, que Ferrajoli considera tão insuperável quanto as outras.<sup>96</sup> O juiz, tido como um “investigador qualificado da verdade”, por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado por circunstâncias que não farão parte do crivo da discussão no processo. Esse limite não é intrínseco a investigação judicial, mas é detectável em todas as formas de conhecimento empírico.<sup>97</sup> O juiz – assim como as partes processuais – possui sentimentos, inclinações, emoções e valores.<sup>98</sup> Ainda que se exija diversos requisitos objetivos e aptos a indicar o mínimo de imparcialidade por parte do julgador, não é possível garantir por completo a objetividade do raciocínio jurídico. Toda reconstrução judicial minimamente complexa dos fatos passados sempre irá equivaler a uma interpretação, que é obtida e formulada pelo juiz a partir de hipóteses. Conclui Ferrajoli que “em todo juízo sempre está presente uma certa dose de preconceito”.<sup>99</sup>

O quarto fator de divergência entre a verdade processual e o modelo ideal da correspondência é de natureza especialmente jurídica e normativa. A verdade está estreitamente conectada com todas as normas que pautam o sistema processual, o que implica no reconhecimento de que a inobservância a essas regras impede a caracterização de qualquer verdade para fins jurisdicionais, ainda que em

---

<sup>94</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 57.

<sup>95</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Prova Testemunhal**: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 40

<sup>96</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 58.

<sup>97</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 59.

<sup>98</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 58.

<sup>99</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 59.

sentido aproximado.<sup>100</sup> Não é possível que um processo que desrespeite garantias processuais – com o uso de técnicas investigativas ilegais, por exemplo – produza verdade.

Nesse ponto, a afirmação de Taruffo acerca da equivalência epistêmica entre a verdade judicial e a verdade não judicial<sup>101</sup> parece incorreta. Ao contrário de qualquer outra atividade cognitiva, o processo só produzirá verdade de qualquer natureza desde que tenham sido observadas regras e procedimentos que disciplinam sua comprovação.<sup>102</sup> Além de todas as limitações da verdade como mera correspondência, o sistema de garantias efetivamente impede a atribuição de valor de verdade a qualquer tipo de atividade epistêmica produzida ao arrepio dos direitos e garantias que protegem o réu. Ao contrário das ciências, o processo é incapaz de produzir qualquer tipo de verdade se as regras jurídicas anteriormente determinadas que legitimam sua busca não forem observadas. Não é possível dizer o mesmo de praticamente nenhum outro método epistêmico.

Cada uma das quatro limitações comprometem a certeza e a objetividade da verdade processual, atestando seu caráter aproximativo – ainda que não diferente semanticamente da verdade em geral.<sup>103</sup>

Cabe destacar que até mesmo os críticos da ideia de verdade acabam por admitir que o processo penal sempre deve contar com alguma exigência cognitiva e empírica, já que o juiz não dispõe de discricionariedade absoluta quanto ao acolhimento das hipóteses fáticas introduzidas no processo.<sup>104</sup>

A compreensão das limitações da verdade pode levar a duas posições diversas daquela defendida pelo modelo garantista.

Por um lado, a incerteza intrínseca a atividade judicial – e qualquer atividade epistêmica – poderia levar a uma interpretação literal do *in dubio pro reo* e impossibilitar qualquer condenação, efetivamente paralisando a função do processo.

---

<sup>100</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 53.

<sup>101</sup> TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons. p. 29.

<sup>102</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 62.

<sup>103</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 63.

<sup>104</sup> Observação de Vinicius Vasconcellos: até mesmo os autores mais críticos a ideia de verdade, a exemplo de Khaled Jr., admitem a necessidade de pautar o processo em algum tipo de análise fática. In: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, 2020. São Paulo. p. 4.

Por outro lado, poderia engendrar uma posição demasiadamente cética, disposta a afastar como ilusória qualquer pretensão de verdade e inevitavelmente desbocando em uma perspectiva subjetivista e decisionista.<sup>105</sup> Os dois lados estão equivocados e equivalem aos “dois lados da mesma moeda”.<sup>106</sup>

### 1.3. A VERDADE E O CONTROLE DO PODER PUNITIVO

Muito embora exista uma grande preocupação da teoria garantista com um conceito de verdade, as preocupações com o poder de punir e seus eventuais abusos costumam ser relacionadas as garantias processuais e não aos juízos de fato. Geraldo Prado pondera que a base jurídico-política do estado de direito está justamente nas regras do devido processo legal.<sup>107</sup>

Partindo do pressuposto que os poderes de maior relevância, especialmente o poder de punir, são monopolizados pelo Estado, há uma tendência para a arbitrariedade que só poderá ser restringida por limites da legalidade.<sup>108</sup> No Brasil, a primeira Constituição a fazer expressa menção ao princípio foi a de 1988. Até então, prevaleceu a visão formalística do princípio em comparações e estudos sobre a sua hegemonia no direito norte-americano.<sup>109</sup>

A menção expressa ao devido processo legal como principal forma de restrição do exercício ao poder de punir ocorre, em partes, pela própria redação constitucional.<sup>110</sup> O inciso LIV do art. 5º prevê que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Mas até mesmo diplomas constitucionais mais antigos, como a Constituição de 1946 promulgada logo após o

---

<sup>105</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 64.

<sup>106</sup> Na linha das contribuições de Popper, Ferrajoli traça um paralelo entre as posições no campo da epistemologia jurídica e o debate na história da filosofia do conhecimento, entre dogmatismo realista e ceticismo relativista. Um lado que defende que a ciência possui uma verdade absoluta e outro que acredita que a verdade é inacessível e a escolha entre duas teorias concorrentes é sempre arbitrária. A constatação de inexistência de uma verdade absoluta não implica no abandono completo do conceito da verdade para qualquer fim epistêmico. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 64.

<sup>107</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. -1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 15.

<sup>108</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. -1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 15.

<sup>109</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Volume 46, 2007. pgs 101-117. p. 108

<sup>110</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. -1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 15

fim do Estado Novo, já reproduzia as clássicas garantias arquitetadas durante o período do iluminismo, envolvendo principalmente o devido processo legal e o respeito aos direitos individuais frente às práticas coercitivas que podem ser adotadas pelos aparelhos repressivos do Estado.<sup>111</sup>

A própria redação constitucional, que trata expressamente do devido processo legal, também indica grande prestígio conferido ao Poder Judiciário para tutelar os direitos e garantias do indivíduo. Há especial preocupação com os casos mais graves de uso de força estatal. Além do já mencionado devido processo legal, há o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional: conforme art. 5, XXV, está prevista expressamente a impossibilidade de prisão de qualquer pessoa que não se encontre em situação de flagrante delito ou por força de ordem de prisão escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme inciso LXI do art. 5.

Assim, a exigência do devido processo legal não implica em “dar uma folha em branco” para o legislador infraconstitucional, uma vez que a Constituição estabelece um rico conjunto integrado de garantias processuais específicas.<sup>112</sup>

As ações coercitivas mencionadas – desconsiderando situações excepcionais – costumam ocorrer por meio de uma decisão judicial. Considerando a grande preocupação com a necessidade de regular e vincular ações coercitivas do Estado a um critério de legalidade, há também preocupação com vinculá-las a um critério de justiça.

Há casos em que a observância ao devido processo legal simplesmente não será suficiente para proporcionar uma decisão justa, ainda que qualquer desrespeito às suas disposições necessariamente incorrerá em uma decisão ilegítima.<sup>113</sup>

Citando Michelle Taruffo, Badaró define que a justiça de uma decisão está condicionada a três requisitos independentes e igualmente importantes: o emprego de um procedimento válido, referindo-se ao respeito às garantias fundamentais da pessoa processada; a correta escolha e interpretação das regras jurídicas, que implica na aplicação acertada das normas jurídicas previamente estabelecidas e

---

<sup>111</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. -1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 15.

<sup>112</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 22

<sup>113</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 75.

aplicáveis ao caso; e, finalmente, um correto juízo de fato, i.e., formar uma conclusão o mais próxima possível da verdade.<sup>114</sup> Três condições necessárias, mas nenhuma delas suficiente por si só.<sup>115</sup>

Não é difícil imaginar as implicações práticas da insuficiência de qualquer um dos requisitos citados no parágrafo anterior descolados dos demais. Um processo que observe todas as garantias constitucionais do indivíduo, mas chegue a uma conclusão equivocada acerca dos fatos – condenando um inocente, por exemplo – é obviamente injusto.

O mesmo aconteceria com um processo que deságue em uma conclusão verdadeira, mas pautado em provas obtidas ilegalmente. Nenhuma das condições se sobrepõe a outra em ordem de relevância.

A busca da verdade não pode ocorrer às custas de violações de direitos fundamentais,<sup>116</sup> especialmente ao se considerar que uma “verdade” produzida ilegalmente sequer poderia receber tal nome dentro do modelo garantista e para o Estado de Direito.

Nesse sentido, constata-se que nenhuma das condições de análise se sobrepõe as demais, e são igualmente importantes para garantir a justiça e a concreta legitimidade da ação estatal.

#### 1.4. DECISÃO JUDICIAL E SUAS FORMAS DE CONTROLE

Estados contemporâneos costumam exigir de toda atividade judicial que seus atos sejam acompanhados de uma devida justificação, a fim de possibilitar o exercício de algum controle sobre a atividade judicante.<sup>117</sup>

No sistema processual brasileiro, assim como outros de modelo *civil law*, o controle dos atos jurisdicionais ocorre principalmente através das vias recursais,<sup>118</sup> além da motivação, que será avaliada primeiro.

---

<sup>114</sup> No sentido conferido ao termo pela epistemologia garantista.

<sup>115</sup> BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 19. Citando TARUFFO, Michelle. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto procedura civile*, p. 315-328, 1997

<sup>116</sup> BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 19.

<sup>117</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do Controle Jurisdicional da Motivação das Decisões**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 31.

<sup>118</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do Controle Jurisdicional da Motivação das Decisões**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 70.

#### 1.4.1. A MOTIVAÇÃO COMO MECANISMO DE CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS

“O dever de motivação é, antes de tudo, uma garantia jurídica”.<sup>119</sup> Constitui tanto uma autolimitação imposta pelo Estado como um instrumento técnico e institucional apto a proteger os direitos tutelados do arbítrio e da subjetividade. Antônio Magalhães Gomes Filho pondera a motivação como garantia em duas diferentes facetas: garantia política e garantia individual. Para a primeira, o dever de motivação surge da relação com a legitimidade do exercício do poder estatal, ou seja, tanto para a pessoa que é diretamente afetada pelas decisões como para o jurisdicionado de maneira geral, que pode analisar a racionalidade da decisão judicial e participar – ainda que indiretamente – da administração da justiça.<sup>120</sup> Na relação entre Estado e indivíduo a partir do Estado Democrático de Direito, é estabelecida a necessidade de garantir que o poder é exercido de acordo com todos os postulados deste modelo de Estado.<sup>121</sup>

A motivação também funciona como garantia processual na medida em que efetiva as partes a garantia de ter acesso ao raciocínio que pautou a tomada de decisão do julgador, sendo apta a demonstrar a sua racionalidade e vinculação com a lei. É com a motivação que se concretiza a máxima garantista, “*veritas, non auctoritas facit iudicium*”.<sup>122</sup>

O aspecto de garantia processual assume uma especial relevância para os sistemas de *civil law*, em razão da menor incidência de regras de exclusão em comparação com os sistemas de *common law*, que não costumam contar com o dever de motivação da mesma maneira como são normalmente previstas em sistemas continentais.<sup>123</sup> Mirjan Damaška sustenta que a ausência de uma imposição direta equivalente ao dever de motivação comum nos sistemas

---

<sup>119</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 31.

<sup>120</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 66.

<sup>121</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 70.

<sup>122</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 82.

<sup>123</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 41-46.

processuais de *civil law* explica a marcante proliferação de regras “exclusórias” no *common law*, ou seja, regras voltadas a excluir provas tidas por pouco confiáveis para uma valoração consistente.<sup>124</sup> O principal exemplo é a regra acerca do testemunho indireto, conhecida como *rule against hearsay*, que é considerada uma das características mais marcantes e únicas do sistema jurídico anglo-americano.<sup>125</sup>

O processo europeu “continental” (associado à tradição do *civil law*) costuma associar a ideia de devido processo ao conceito de processo justo, em relação ao próprio valor da justiça.<sup>126</sup> Se determinada prova é razoavelmente vista como de baixa confiabilidade, o controle da racionalidade de seu uso ou valoração pode ser realizada posteriormente por intermédio da fundamentação da decisão do órgão julgador. Isso porque, ao menos em tese, se exige do magistrado que justifique o motivo pelo qual determinados fatos foram tidos como provados, e qual o apoio empírico de sua conclusão. Se essa decisão for pautada em elementos de baixa confiabilidade, é possível às partes questionar e impugnar o raciocínio condutor da decisão.<sup>127</sup>

Apesar de todas essas circunstâncias, há muitos estudos que indicam que o juiz atribuir maior importância ao seu próprio processo interpretativo do que a outras questões, utilizando da margem que dispõe para decidir como principal fato de formação do convencimento. Há uma prática judicial bastante subjetiva, dinâmica e contextual.<sup>128</sup> Assim, a motivação pode não revelar todas as circunstâncias efetivamente consideradas e sopesadas pelo julgador para firmar a sua convicção.

A motivação costuma ser dividida em dois momentos: justificação sobre o direito e justificação sobre os fatos. Essa motivação é meramente didática, considerando que não há como separar os fatos do direito.<sup>129</sup> Ainda assim – e além

---

<sup>124</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 41-46.

<sup>125</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 24.

<sup>126</sup> RYU, Daiana Santos. **O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável**: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Paulo, 2018. p. 96.

<sup>127</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 44.

<sup>128</sup> Para uma análise pormenorizada desses estudos e da forma com que os juízes formam a sua convicção, ver PRATES, Fernanda. “Negar a responsabilidade se insere no instinto mais rudimentar de autodefesa”: a interpretação dos magistrados na narrativa do réu. In: **Os fatos no processo penal**. Coordenadoras Janaina Matida e Lívia Moscatelli. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 311-326.

<sup>129</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do Controle Jurisdicional da Motivação das**

do aspecto didático – a motivação revela uma outra esfera de controle de decisão judicial, na medida em que devem revelar e colocar a escrutínio os fundamentos pelos quais determinada decisão foi adotada em detrimento de outra, sendo cabível duas esferas de análise distintas: quanto aos fatos e quanto ao direito, aproveitando-se ainda da já mencionada análise de Taruffo quanto a Justiça de uma decisão ser condicionada a um procedimento válido, a correta aplicação de normas jurídicas (ambas conectadas com o direito) e um correto juízo de fato (obviamente conectado com os fatos). Assim, ainda que para fins didáticos, a separação entre motivação de fato e de direito é minimamente justificada.<sup>130</sup> Para fins da motivação de direito, parte-se do pressuposto que não se trata de uma mera subsunção ou indicação do dispositivo normativo a ser aplicado.<sup>131</sup>

Hartmann cita principalmente três motivos: a alta complexidade dos diplomas normativos; a necessidade de interpretá-los conforme a Constituição; e especialmente o contexto prático que permeia a escolha da regra a ser aplicada e a sua devida interpretação.<sup>132</sup> Há um espaço bastante significativo para a influência da subjetividade e até mesmo do decisionismo, usando a expressão de Ferrajoli. De qualquer modo, a motivação acerca dos fatos padece de uma subjetividade – e falta de controle – ainda maior.<sup>133</sup> A necessidade da motivação associada a liberdade de convencimento é relativamente recente, e serve, ao menos em tese, para garantir tanto a racionalidade da decisão quanto a própria efetividade do direito à prova.<sup>134</sup>

Ainda assim, os aspectos próprios da motivação tornam bastante difícil delimitar objetivamente o que constitui uma motivação adequada, especialmente nas questões de fato. Isso ocorre em razão de uma das características mais marcantes do processo penal brasileiro: a ausência de hierarquia entre provas e a liberdade

---

**Decisões.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 99.

<sup>130</sup> A questão será novamente abordada no segundo capítulo, mas cabe mencionar preliminarmente que há outros problemas decorrentes da separação entre questões de fato e direito. Danilo Knijnik menciona que a ideia de “subsunção” da norma ao fato foi largamente dominante e implicava na presunção de que o direito era estático e limitava-se a repetição das disposições legislativas, paradigma já abandonado pela esmagadora maioria da doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, ver: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-51, jan/fev. p. 20.

<sup>131</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do Controle Jurisdicional da Motivação das Decisões.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 99.

<sup>132</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do Controle Jurisdicional da Motivação das Decisões.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 100.

<sup>133</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do Controle Jurisdicional da Motivação das Decisões.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 105.

<sup>134</sup> Nesse sentido, ver SAMPAIO, Dênis. *Valoração da prova penal...* p. 279; e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 165-166.

atribuída ao convencimento judicial. A decisão judicial é pautada pelo princípio do livre convencimento motivado, o que significa que o juiz poderá julgar de acordo com os meios de prova que lhe pareçam mais próximos da verdade, desde que motive a sua decisão.<sup>135</sup> Assim, ao menos em tese, eventuais juízos equivocados acerca dos fatos em um ambiente de liberdade de convicção poderão ser corrigidos dentro da lógica do sistema pela via recursal, ainda que os critérios acerca do convencimento não sejam suficientemente definidos.

Motivar, para fins do nosso modelo de processo penal, significa justificar, e justificar implica na exposição das razões da decisão. Ao se partir do pressuposto que a justificação da decisão deve ser adequadamente exposta, estará implícita a legitimidade de críticas e de um controle externo.<sup>136</sup> No entanto, esse sistema de controle só funciona se todas os motivos efetivamente sopesados para a tomada da decisão efetivamente constarem das razões de decidir, o que é quase impossível de ser garantido se as vias recursais não contam com um critério objetivo de controle epistêmico do juízo de fato.

A prática processual brasileira é orientada pela renovação – ou repetição – do juízo do fato como forma de supostamente efetivar o controle da tomada de decisão judicial.<sup>137</sup> É nesse contexto que o sistema recursal brasileiro deve ser analisado.

#### 1.4.2. O SISTEMA RECURSAL COMO FORMA DE CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL

É por meio dos recursos que os tribunais têm a possibilidade de analisar e controlar a decisão das instâncias ordinárias. Em um trabalho comparativo entre diferentes sistemas processuais, Érica Hartmann percebe uma peculiaridade do sistema brasileiro, que conta com um grande rol de recursos distintos, o que parece indicar tanto uma alta desconfiança na atividade jurisdicional como a intenção de fornecer uma ampla possibilidade de intervenção das partes no processo em razão

---

<sup>135</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 406.

<sup>136</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 264.

<sup>137</sup> KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-51, jan/fev. p. 17

da função altamente controladora do juiz.<sup>138</sup>

A base legal do direito ao recurso é o princípio do duplo grau de jurisdição, que garante o direito de revisão das decisões por um órgão judicial diferente daquele que emitiu a decisão.<sup>139</sup> O duplo grau de jurisdição, por óbvio, trata de um único reexame. O sistema processual brasileiro conta com outros recursos, especialmente aos tribunais superiores, que não são corolários diretos do princípio do duplo grau de jurisdição e ainda servem como forma de assegurar a correta interpretação e aplicação de normas jurídicas,<sup>140</sup> o que também pode ser um indicativo da reflexão de Érica Hartmann acerca da desconfiança da atividade jurisdicional.

No entanto, uma análise parcimoniosa de cada um desses recursos não parece indicar o alto grau de desconfiança mencionado, especialmente ao se considerar que, na prática, a possibilidade de impugnação da fundamentação é bastante restrita. Além disso, as revisões não indicam um critério rígido de controle baseado na desconfiança, mas uma mera repetição do julgamento pelas instâncias superiores.

O primeiro recurso previsto na norma processual é o recurso em sentido estrito, a partir do art. 581 do Código de Processo Penal. Em sentido amplo, trata-se de recurso cabível contra decisões interlocutórias<sup>141</sup> que não encerram o processo e não causam prejuízo irreparável a parte (ao menos em tese), em equiparação ao agravo de instrumento cabível no processo civil.<sup>142</sup> De qualquer forma, é certo que o recurso em sentido estrito permite que a parte recorrente questione não apenas aspectos jurídicos da decisão interlocutória, mas também a análise das provas e dos

---

<sup>138</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do Controle Jurisdicional da Motivação das Decisões**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 70.

<sup>139</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed rev atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 953.

<sup>140</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>141</sup> “O recurso em sentido estrito é, por excelência, um meio de impugnação das decisões interlocutórias, ou seja, das “decisões”, cabendo excepcionalmente em relação as sentenças (...)”. In: LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 1.119.

<sup>142</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed rev atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 1.008. A comparação é feita, em expressão utilizada pelo próprio autor, a *grosso modo*. Há diferenças relevantes entre o agravo de instrumento e o recurso em sentido estrito, considerando-se especialmente a taxatividade cabível ao recurso processual penal e o seu cabimento em outros tipos de decisões, até mesmo alguns tipos de sentenças. Além disso, o recurso em sentido estrito sobe para o Tribunal nos próprios Autos, enquanto o agravo de instrumento sobe em separado.

elementos fáticos relevantes para a decisão. É possível dizer que o recurso em sentido estrito pode servir para impugnar qualquer um dos três aspectos de análise de justiça da decisão: pode tratar de questões acerca da validade do procedimento utilizado, a correta aplicação das normas jurídicas e o juízo de fato utilizado para fundamentar a decisão impugnada, ou seja, qualquer um dos aspectos que possam ter influenciado as razões de decidir do magistrado.

O recurso de Apelação, previsto no art. 593 e seguintes da lei processual penal, é voltado à revisão de sentenças de mérito proferidas pelo Juízo de primeira instância. Em outros termos, é cabível em face de sentenças definitivas de condenação, absolvição ou terminativas de mérito, além de decisões com força de definitivas das quais não cabe recurso em sentido estrito. Pode ser voltada tanto para a correção de *error in iudicando*, ou seja, reformar a decisão, ou *error in procedendo*, a fim de anular a decisão.<sup>143</sup> Por força do efeito devolutivo e pelo fato de usualmente tratar de sentenças, o tribunal julgador pode examinar tanto a matéria de fato quanto de direito. Assim, o recurso de apelação pode ser destinado a avaliar qualquer um dos três critérios de análise já elencados. Neste ponto, há uma exceção: o recurso de apelação destinado a rever as decisões de mérito proferidas pelo Tribunal do Júri. Há quatro hipóteses taxativas previstas na lei processual: em caso de nulidade após à pronúncia; se a sentença estiver em desacordo com previsão expressa na lei ou decisão dos jurados; se houver erro ou injustiça na aplicação da pena; e finalmente a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Não há qualquer possibilidade de discussão meritória – ou ponderação acerca do juízo de fato realizado pelos jurados – por parte dos tribunais, sob pena de ofender o princípio constitucional da soberania dos veredictos.<sup>144</sup> Para o escopo deste trabalho, em casos de apelação – ou qualquer outro tipo de recurso cabível após decisões definitivas proferidas pelos jurados no Tribunal do Júri, a discussão estará restrita a validade do procedimento e aplicação de normas jurídicas, sendo o correto juízo de fato algo cabível apenas aos jurados.

Logo em seguida ao recurso de apelação, no parágrafo único do art. 609, o Código de Processo Penal traz a possibilidade dos embargos infringentes e de

---

<sup>143</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed rev atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 993.

<sup>144</sup> SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e. AVELAR, Daniel Surdi Ribeiro. **Manual do Tribunal do Júri**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2023. p. 657.

nulidade como recurso privativo da defesa nos casos de uma decisão de segunda instância desfavorável ao réu. É possível discutir questões fáticas e jurídicas nesse recurso, no entanto, sua restrita hipótese de cabimento torna o recurso sempre vinculado ao entendimento adotado pelo voto divergente em favor do acusado.<sup>145</sup> Assim, apesar de ser um recurso que pode discutir o respeito ao procedimento, a correta aplicação das normas jurídicas e o correto juízo de fato, tais discussões serão sempre limitadas a restrita hipótese de cabimento.

O art. 619 e seguintes do Código de Processo Penal tratam dos embargos de declaração. A doutrina refere-se a certa divergência acerca da natureza jurídica dos embargos, predominando o entendimento de que se trata de recurso apesar da existência de posicionamentos divergentes.<sup>146</sup> De qualquer modo, os embargos estarão sempre restritos a suas hipóteses de cabimento, quais sejam, situações em que as decisões possuam ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. Muito embora as hipóteses de cabimento sejam restritas a situações excepcionais, as situações de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão poderão atingir tanto o aspecto fático quanto jurídico do caso, especialmente nos casos em que o acolhimento dos embargos resulte em alteração substancial da decisão, atribuindo-lhes efeito infringente.

Por determinação constitucional expressa (arts. 102 e 105 da CF), os recursos aos tribunais superiores não se destinam a qualquer tipo de discussão fática, mas apenas a questões estritamente jurídicas, quer seja de natureza infraconstitucional – recurso especial, constitucional ou extraordinário. Além das restritas hipóteses de cabimento, os tribunais superiores – em especial o STJ – rotineiramente demonstram um excessivo apego aos requisitos formais para admissão dos recursos, além de impor novos requisitos não necessariamente previstos na lei. Essa prática, costumeiramente chamada de “jurisprudência defensiva”, age como um impeditivo adicional a intervenção dos tribunais superiores como forma efetiva de regulação das decisões judiciais.<sup>147</sup> Nesse sentido, os

---

<sup>145</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed rev atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 1033.

<sup>146</sup> Acerca dos diferentes posicionamentos, GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 171.

<sup>147</sup> Acerca da adoção da jurisprudência defensiva e as suas críticas, ver: FAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. In: **Revista de Processo**. Vol. 254, abril de 2016. ps. 339-374.

recursos não possuem a finalidade de realizar a justiça no caso concreto.<sup>148</sup> O objetivo é garantir a autoridade e a unidade da legislação federal e constitucional preservando a unidade de sua interpretação. É bastante difícil separar adequadamente o que constitui matéria de fato e matéria de direito no âmbito dessa discussão,<sup>149</sup> Na forma de análise proposta neste trabalho é certo que os recursos só podem discutir a legalidade do procedimento e a correta aplicação das normas jurídicas, o que não necessariamente implica na possibilidade de revisão judicial de todos os casos, uma vez que só serão admitidos os recursos que efetivamente preencherem todos os requisitos formais de admissibilidade.

O *habeas corpus* é previsto na norma processual entre os recursos, mas predomina o entendimento de que se trata de uma ação autônoma, de natureza constitucional. É cabível sempre que houver lesão ou ameaça à liberdade de locomoção, e pode ser utilizado até como sucedâneo de recurso especial, recurso extraordinário ou revisão criminal.<sup>150</sup> Nas hipóteses em que a lesão ou ameaça à liberdade de locomoção é causada por uma decisão judicial, o *habeas corpus* pode apontar a ilegalidade – e efetiva impugnação – em decisão judicial acerca das regras procedimentais, normas aplicáveis ou juízo de fato no caso concreto. No entanto, os tribunais superiores têm inadmitido o *habeas corpus* em hipóteses de cabimento de outros recursos ou revisão criminal, utilizando o excessivo volume de *habeas corpus* a serem julgados como fundamento, utilizando a mesma lógica de jurisprudência defensiva.<sup>151</sup>

A revisão criminal possui natureza jurídica um pouco distinta, apesar de também se tratar de uma ação autônoma. É uma ação autônoma de impugnação de decisões condenatórias transitadas em julgado, sempre em favor do réu, pautada na

---

<sup>148</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed rev atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 1050

<sup>149</sup> Há uma “dificuldade ontológica” para se separar fato e direito, conforme asseverado por Francisco Monteiro Rocha Junior. Essa distinção, no entanto, pode ser realizada pela diferença entre a apreciação da prova e os critérios legais de sua valoração. As premissas fáticas serão delineadas nos julgamentos promovidos pelas instâncias ordinárias, e a análise promovida pelos tribunais superiores será realizada nas questões jurídicas que possam surgir dessa premissa fática já estabelecida. In: ROCHA JÚNIOR. Francisco Monteiro. **Recurso especial e recurso extraordinário criminais**. 4. ed. rev. e atual. Florianópolis: Emais, 2022. p. 172-177.

<sup>150</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 1.115.

<sup>151</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 1.115.

lógica de possibilitar a revisão de condenações criminais equivocadas.<sup>152</sup> A revisão criminal tem hipóteses bastante restritas de cabimento, previstas expressamente na lei penal de forma taxativa: decisão em sentido contrário ao texto expresso na lei penal; decisão em sentido contrário a prova dos autos; decisão pautada em exames ou documentos falsos; descoberta de novas provas da inocência do acusado. A mera análise das hipóteses demonstra que a revisão pode ser utilizada para discutir a legalidade do processo, bem como as normas aplicadas e o juízo de fato. No entanto, por se tratar de ação autônoma destinada a reverter a coisa julgada, que recebe especial prevalência no sistema penal brasileiro, é indubitável que o acolhimento de revisões é excepcional.<sup>153</sup>

Este trabalho não busca se imiscuir nas minúcias do sistema recursal brasileiro, tampouco em formas alternativas de impugnação de decisões judiciais. A análise é pautada nos critérios utilizados para realizar o controle judicial de maneira efetiva. Ao se partir do pressuposto que é por meio da via recursal – incluindo, para fins do argumento, ações autônomas de impugnação – que o controle das decisões judiciais é exercido no sistema processual brasileiro, é possível afirmar que há uma forma restrita de controle da decisão judicial. Isso ocorre especialmente no convencimento judicial acerca dos fatos, que só pode ser impugnado em hipóteses mais restritas do que outros tipos de recursos ou ações cabíveis para discutir a legalidade do processo ou das normas aplicáveis ao caso.

Não bastasse, é ainda possível afirmar que há critérios mais claros para definir o que se compreende por um procedimento válido ou por uma correta aplicação das normas jurídicas, ao contrário do que ocorre com o juízo de fato. A prática parece ser pautada por uma pura e simples renovação ou repetição do juízo de fato como forma de efetuar o controle deste tipo de decisão,<sup>154</sup> o que indica que o sistema recursal não representa uma forma efetiva de controle de decisões judiciais

---

<sup>152</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 1.147.

<sup>153</sup> “Não se pode descaracterizar a excepcionalidade de que é revestida a revisão criminal e transformá-la numa indesejável segunda apelação”. In: CERONI, Carlos Roberto Barros. **Revisão Criminal**: características, consequências e abrangência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 80.

<sup>154</sup> Jordi Ferrer Beltrán descreve que a revisão do juízo de fato nas instâncias recursais, por não ser pautada em critérios objetivos, obedece a lógica de que o entendimento do juízo superior prevalece por ele “mandar mais”. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 129.

acerca da *quaestio facti*.<sup>155</sup>

## 1.5. A INEFICÁCIA DOS MECANISMOS DE CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL

A análise dos subcapítulos anteriores indica que, tanto pelas vias recursais como pela própria motivação, não há um critério para o controle epistêmico da convicção do magistrado, uma vez que não há um instrumento lógico e efetivamente valorativo da tomada de decisão acerca das provas.<sup>156</sup> A ciência jurídica considerou por muito tempo que o conhecimento dos fatos não era uma questão controversa, ou mesmo refletida, e é possível desvelar uma *tradição* pautada na confiança na razão empírica acerca da compreensão da realidade.<sup>157</sup>

A própria terminologia – fato – evoca a percepção de que há algo que já constitui um dado certo e por isso não precisa de qualquer outro debate ou discussão. Há uma percepção de que a valoração da prova seria algo mais próximo à intuição, utilizando de habilidades que são de conhecimento de todos e não necessariamente particulares aos atores processuais. Para fins de processo penal, a epistemologia sequer é considerada.<sup>158</sup>

O conhecimento racional – ou o uso da razão para verificar a possibilidade de conhecer algo – foi confundido com uma concepção absolutista, pautada na ideia de que a percepção era abstraída diretamente da realidade e, portanto, inquestionável.

No entanto, o conhecimento empírico não consegue garantir este tipo de certezas, o que fez com que a análise dos fatos não fosse efetivamente pautada na racionalidade. Essa concepção absolutista pode ser aliada à percepção do livre convencimento motivado enquanto liberdade absoluta – para a valoração da prova que garante ao julgador a liberalidade de decidir de acordo com sua consciência,

---

<sup>155</sup> KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: Paradigmas para o seu possível controle. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-51, jan.-fev. p. 16.

<sup>156</sup> KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: Paradigmas para o seu possível controle. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-51, jan.-fev. p. 17.

<sup>157</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 13.

<sup>158</sup> BADARÓ, Gustavo. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. In: **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018.

sem quaisquer limites ao seu poder.<sup>159</sup>

A compreensão do livre convencimento motivado como um critério discricionário e subjetivo do julgador ocorre por motivos que restarão mais bem esclarecidos no capítulo posterior. Por ora, cabe destacar que a livre convicção surgiu em um contexto histórico-político de desvinculação a outro sistema, denominado de “prova legal”, que determinava a vinculação do ato de julgar a pesos pré-estabelecidos para cada tipo de prova.

Assim, o ato discricionário de valorar a prova era realizado antes mesmo do processo e reproduzido acriticamente pelo julgador. Com o livre convencimento, a valoração permanecia igualmente discricionária, mas em um plano inatingível do convencimento interior do magistrado.<sup>160</sup>

Vale destacar que há muitas formas de se pensar o princípio do livre convencimento motivado, que não são necessariamente associadas a uma perspectiva de liberdade absoluta conferida ao julgador para valorar os fatos. No entanto, há uma relação – especialmente perceptível na doutrina brasileira – entre a concepção de livre convencimento com liberdade de convicção, concedendo ao magistrado a possibilidade de decidir até mesmo segundo intuições ou aparatos sensoriais.<sup>161</sup>

Há um mito de convicção pessoal do magistrado e de sua aproximação com a verdade que se aproxima do místico.<sup>162</sup> Para efeitos práticos, é até possível afirmar que é praticamente impossível se demonstrar quais as razões que levaram o juiz a decidir de determinada forma na maneira como se compreende o princípio do livre convencimento motivado.<sup>163</sup>

O processo penal não é uma mera forma de reconstruir fatos para possibilitar uma condenação. Há muitas garantias e formas de controle para o exercício do poder punitivo em várias esferas do poder judicial. Esse sistema

---

<sup>159</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 63.

<sup>160</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>161</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 410.

<sup>162</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, 2020. São Paulo. p. 2.

<sup>163</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do Controle Jurisdicional da Motivação das Decisões**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 113.

também está vinculado a uma concepção de verdade voltada a vinculação do poder de punir a um juízo acerca de condutas proibidas que deverão ser provadas em um ambiente apto a respeitar todos os direitos do jurisdicionado.

No entanto, vige um sistema de valoração de provas sem qualquer regramento racional acerca de um dos pontos mais relevantes do exercício jurisdicional, a análise fática, justamente a única apta a determinar adequadamente se as condutas proibidas efetivamente ocorreram e foram praticadas pela pessoa acusada.

## 2. OS FATOS NO DIREITO, O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E FORMAS RACIONAIS DE VALORAR A PROVA

Ao se partir da importância do correto juízo de fato pautado em um conceito objetivo de verdade é que se estabelece concretamente a importância da verificação probatória para a legitimidade do processo. Por consequência, o processo penal depende da instrução probatória para um correto juízo de fato, que sempre ocorrerá por meio da prova.

A prova, em sentido amplo, é definida como o meio pelo qual o juiz pode chegar à verdade, a fim de estabelecer seu convencimento sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos relevantes para o deslinde do processo.<sup>164</sup> Trata-se de um conceito de muitos significados, tanto na linguagem comum como para o Direito. Quando se trata de prova no sentido jurídico do termo, há pelo menos três compreensões: prova enquanto atividade probatória, ou seja, a atividade probatória propriamente dita; prova enquanto meio de prova, ou a que determina o meio probatório; e prova enquanto resultado probatório, consistente no convencimento final acerca dos fatos analisados por meio da prova.<sup>165</sup> Há uma certa prevalência da noção de prova enquanto resultado probatório, já que a atividade probatória é voltada a obtenção do resultado, e o meio probatório é o instrumento utilizado para a obtenção desse resultado.<sup>166</sup> Essa classificação, apesar de ser criticada por parte da doutrina,<sup>167</sup> ilustra os múltiplos significados que a expressão costuma ter.

A função da prova é vinculada a diferentes concepções do processo e aos seus objetivos,<sup>168</sup> e já foi balizada por diversos sistemas e critérios de produção e avaliação. A prova pode ser compreendida como uma forma aproximada de se chegar ao esclarecimento dos fatos em análise ou até mesmo como algo que

---

<sup>164</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 433.

<sup>165</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 439; e RAMOS, João Gualberto Garcez. **Teoria da prova processual penal**. 2020. p. 4-5. Disponível em: [RAMOS teoria da prova processual penal-2020-libre.pdf \(d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net\)](https://www.cloudfront.net/d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net). Acesso em 29/12/2023.

<sup>166</sup> GUERRA, Marcelo. **Prova judicial**: Uma introdução. Fortaleza: Bolesis, 2015. p. 11.

<sup>167</sup> Marcelo Guerra pondera que o conceito de prova enquanto resultado probatório (por ele tratado como prova-resultado) acaba por ser excessivamente vago. Ao se definir o resultado probatório como simples convencimento do juiz, a formação da convicção do magistrado acaba por se fastar dos fenômenos mentais complexos que costumam acompanhar alguma decisão. In: GUERRA, Marcelo. **Prova judicial**: Uma introdução. Fortaleza: Bolesis, 2015. p. 12.

<sup>168</sup> TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22.

corresponde ao fato passado propriamente dito. Também há quem defenda que a prova é melhor definida num viés argumentativo, no sentido dos enunciados propostos pelas partes acerca de sua valoração e o entendimento adotado pelo Juízo. É necessário analisar cada uma dessas perspectivas.

## 2.1. SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DE PROVA. CONHECIMENTO MÁGICO, PROVA TARIFADA E IRRACIONALIDADE

Há várias divisões internas dos sistemas de prova. Érica de Oliveira Hartmann considera ao menos quatro, dividindo-os em “*fases*” de acordo com recortes de certos períodos históricos: a *fase* religiosa ou mística, predominante na Europa na alta Idade Média, partindo da crença de que Deus agiria a demonstrar a razão daquele que já a tinha, principalmente por meio de ordálios (especialmente julgamentos por combate); *fase* da tarifa legal ou certeza moral do legislador, principal modelo na baixa Idade Média e parte da Era Moderna, usualmente utilizada em processos inquisitórios<sup>169</sup> em que o peso de cada prova era anteriormente determinado e caberia ao juiz apenas a gestão das provas admissíveis e a sua valoração em critérios pré-estabelecidos; *fase* sentimental ou da certeza moral do juiz, que passa a ser adotada a partir do Iluminismo, em que a lei deixa de estabelecer qualquer critério de convencimento e a avaliação cabe inteiramente ao arbítrio do magistrado; e a *fase* científica, contemporânea, que engloba todas as definições do livre convencimento motivado.<sup>170</sup>

Antes de ingressar no tema, é necessário fazer uma ressalva. Há muitas críticas ao uso da história no direito, em que ela é utilizada como mero artifício para demonstrar erudição sem qualquer operacionalidade teórica. A tão chamada “análise

---

<sup>169</sup> O conceito é usado nesse contexto no sentido de processos utilizados no período da Inquisição. Este trabalho usará, em outros momentos, o conceito *inquisitivo* para referir-se a modelos de processo penal autoritários, ainda que se faça a ressalva de que os termos *acusatório* e *inquisitivo* podem ser usados em contextos muito variados, como tipos ideais ou descritivos de modelos processuais; sistemas históricos do presente ou do passado; contraposição de interesses ou valores em modelos de processo penal; diferentes funções do processo penal; e para distinção de modelos normativos. Para esses múltiplos significados e a importância de diferenciá-los conceitualmente, ver LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 16-24, 2015.

<sup>170</sup> HARTMANN, Érica Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito**. Programa de Pós-Graduação em Direito (Tese). Universidade Federal do Paraná, 2012, p. 11.

histórica” seria um mero enfeite aos pontos principais da obra.<sup>171</sup> É uma posição absolutamente acrítica — uma que este trabalho busca evitar.<sup>172</sup> A referência ao passado para ponderar os sistemas de avaliação de prova serve, no contexto desta dissertação, para avaliar as práticas probatórias que constituíram e constituem o modelo epistemológico que pauta as decisões sobre os fatos. Este trabalho não é pautado em uma perspectiva da história enquanto *progresso*,<sup>173</sup> que é normalmente associado à subdivisão de períodos históricos em “fases” que “evoluem” de uma para outra, especialmente em razão do fato de algumas práticas judiciais de determinadas “fases” permearem outras, que também podem ser resgatadas, abandonadas ou ressignificadas no futuro.

Assim, a divisão em “fases” não corresponde exatamente a uma descrição historicamente adequada, no sentido de uma progressão natural entre conhecimentos que evoluem de um para outro. Ainda assim, é possível identificar no raciocínio dos juristas uma influência dos paradigmas epistemológicos dominantes para o conhecimento do direito ou ao próprio direito em recortes históricos específicos,<sup>174</sup> motivo pelo qual o uso de “fases” é citado, assim como fez Hartmann, apenas para fins didáticos de definição de determinados recortes temporais.

Nesse contexto, a análise da primeira “fase” trata de etapas tidas por Gascón Abellan como dominadas pelo mágico ou sobrenatural, em que o direito era considerado como uma representação de forças misteriosas, expondo uma vontade

---

<sup>171</sup> ROCHA JÚNIOR, Franciso de Assis do Rego Monteiro. **Os Recurso Criminais Julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça do Império (1841-1871):** decisões liberais na cúpula de um judiciário clientelista. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012. p. 11.

<sup>172</sup> O trabalho busca se vincular a uma concepção de história do direito defendida em Hespanha: “(...) a missão da história do direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito de nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo”. In: HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**. Lisboa: Almedina, 2012. p. 21.

<sup>173</sup> “A ideia de um progresso do gênero humano na história não pode se separar da ideia da sua progressão ao longo de um tempo homogêneo e vazio. A crítica da ideia dessa progressão tem de ser a base da crítica da própria ideia de progresso (...) A história é objeto de uma construção cujo lugar é constituído não por um tempo vazio e homogêneo, mas por um tempo preenchido pelo Agora. Assim, para Robespierre, a Roma antiga era um passado carregado de Agora, que ele arrancou ao contínuo da história. E a Revolução Francesa foi entendida como uma Roma que regressa. Ele citava a velha Roma tal como a moda cita um traje antigo. A moda fareja o atual onde quer que se mova na selva do outrora. Ela é o salto do tigre para o passado (...)”. In: BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Organização e tradução de João Barrento. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica. p. 17-18.

<sup>174</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito:** bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 14.

divina inacessível à razão humana. Por isso, era em grande parte indiscutível.<sup>175</sup>

Não há como olhar para o passado com conceitos do presente. Não havia uma noção exata de processo, muito menos de determinação judicial dos fatos. Porém, é possível identificar nessas experiências místicas alguma espécie de busca da verdade, pautada em juízos vinculados ao sobrenatural.<sup>176</sup> O ordálio inclui uma grande quantidade de procedimentos que passaram a ser adotados na Europa como um “sistema probatório” a partir das invasões bárbaras.<sup>177</sup> O sistema probatório era utilizado tanto para processos cíveis quanto criminais, até porque a distinção entre ambos não era clara – e em alguns casos quase inexistente.

De qualquer modo, os ordálios<sup>178</sup> incluíam (e não se limitavam a) duelos judiciais; a prova d’água, a prova do caldeirão fervente, a prova do fogo, até formas mais comuns como o simples juramento.<sup>179</sup> Esses meios de prova eram compreendidos como *verdadeiros* juízos divinos, na medida em que partiam da premissa que o êxito da prova – a vitória de uma das partes em um duelo, por exemplo – necessariamente implicaria na intervenção de Deus em favor do contendor que sabia ter razão.<sup>180</sup>

A análise uso do ordálio e outros procedimentos compreendidos como uma elucidação sobrenatural dos fatos quase sempre incorre em algum tipo de anacronismo. Os procedimentos não eram vinculados a uma ideia de fato, no sentido de averiguação de uma conduta como requisito para a legitimidade na aplicação da pena. Há uma mescla entre os conceitos de delito e pecado; pena e penitência; o comportamento “desviante” é de caráter subjetivo, e os “fatos” são concebidos como um sintoma de que o sujeito é merecedor da pena, não sendo a sua única razão.<sup>181</sup>

---

<sup>175</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 14.

<sup>176</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 15.

<sup>177</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos; tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 19.

<sup>178</sup> As referências citadas ao longo deste trabalho utilizam tanto a expressão “as ordálias” como “os ordálios”. O trabalho utiliza “os ordálios”. É possível usar a expressão em ambos os gêneros.

<sup>179</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos; tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 19.

<sup>180</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos; tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 20.

<sup>181</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado

É fácil notar um certo preconceito associado à análise dos processos do medievo. Novas perspectivas históricas indicam que os séculos definidos como “das trevas” por boa parte da historiografia clássica e moderna não eram tão obscuros assim.<sup>182</sup> Michele Taruffo utiliza o exemplo de documentos judiciais do reino dos longobardos nos séculos VII, VIII e IX que indicam o emergir de uma cultura voltada a descoberta da verdade dos fatos, pautando um senso de justiça vinculado a uma reconstrução plausível dos fatos colocados em julgamento.<sup>183</sup> Esse exemplo serve para demonstrar que o uso de ordálios não era exatamente indiscriminado e aplicável a toda e qualquer jurisdição, sendo sempre cabível a observância as particularidades de cada lugar e cada cultura jurídica. Além disso, não vinculavam todo julgamento fático a sua racionalidade de prova como manifestação divina.

Os ordálios são normalmente tratados como meios de prova “irracionais”, sendo certo que uma concepção moderna de razão realmente implica irracionalismo na premissa de que uma pessoa inocente não poderia perder um duelo. No entanto, é possível afirmar que os ordálios eram “culturalmente racionais”, no termo utilizado por Taruffo, na medida em que eram concebidos em coerência com a cultura em que eram adotados e o seu contexto social, além de serem “funcionalmente racionais”, no sentido de garantirem a legitimidade do poder coercitivo que pautava as suas decisões com base nos resultados dos procedimentos.<sup>184</sup>

Afastando a análise dos ordálios de uma perspectiva puramente anacrônica, é certo que a adoção desses meios de prova era fruto de um contexto social e cultural complexo, cuja análise pormenorizada foge ao escopo deste trabalho. Entretanto, uma ponderação da forma de aplicação é apta a indicar uma certa racionalidade – ainda que não no sentido clássico do termo – da atividade judicial e dos meios de prova em tempos medievais, que gera reflexos até a contemporaneidade. Não parece ser por acaso que muitos sistemas jurídicos, incluindo o brasileiro, adotam o “compromisso de dizer a verdade” para a oitiva de testemunhas, de maneira muito similar aos juramentos de outrora.

Essa lógica indica uma compreensão da atividade judicial – ou de

---

por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 16.

<sup>182</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos; tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 28.

<sup>183</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos; tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 28.

<sup>184</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos; tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 20/21.

juízo – como um meio que *constitui* a verdade, e não necessariamente a apura.<sup>185</sup> Uma vitória em um duelo, que nada diz sobre os fatos imputados, indica que o vencedor foi escolhido por forças divinas que não atribuiriam a vitória para quem não a merecesse. Uma testemunha que jura diante de Deus que viu que os fatos aconteceram de determinada maneira, e não obstante não tomba morto em seguida a sua afirmação, demonstra então que Deus permitiu aquela afirmação porque o declarante diz a verdade. O resultado do duelo ou a afirmação da testemunha juramentada produz alguma espécie de verdade vinculada aos fatos, ainda que não por um método relacionado com eles.

A relevância desses procedimentos é oriunda da sua sobrevivência em maior ou menor grau até em períodos posteriores a Alta Idade Média, indicando um enorme peso atribuído ao sobrenatural para aquilo que seria posteriormente categorizado como a elucidação da verdade dentro do processo.<sup>186</sup> Esse raciocínio permeia fases posteriores que pretensamente abandonaram o sobrenatural como forma de apurar a verdade sobre os fatos.<sup>187</sup>

Em contraste ao sistema “místico”, surge o sistema tarifado que tenta fixar cada meio de prova com um valor preestabelecido em lei, de maneira inalterável e constante, sem liberdade de avaliação ao julgador.<sup>188</sup>

O sistema de prova legal ou tarifário é influenciado diretamente por essa concepção mística, na medida em que atribui um valor de verdade inquestionável a determinados acontecimentos de dentro do processo. O procedimento não pretendia chegar a uma verdade provável, mas real. E essa verdade não era comprovada por uma vinculação com os fatos propriamente ditos, mas a um ritual que se considerava equivalente a reprodução exata do acontecimento em questão.<sup>189</sup>

Por um lado, as provas “mágicas” – como a vitória em um duelo ou a provocação de um castigo divino em caso de mentira – não têm qualquer

---

<sup>185</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 17.

<sup>186</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 17.

<sup>187</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 131.

<sup>188</sup> ARANHA, Adalberto Camargo. **Da prova no processo penal**. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 52.

<sup>189</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 20.

característica indutiva relacionada com a questão posta em julgamento, caracterizando uma questão de fé. Por outro lado, o mesmo esquema lógico e epistemológico está em vigor: a conclusão acerca da questão colocada em julgamento é vista como necessária, não em um raciocínio de probabilidade, mas como um juízo de certeza.<sup>190</sup> A norma que confere um valor probatório previamente estabelecido não está sendo pautada em uma perspectiva racional de valoração.

Ainda assim, é importante destacar algumas diferenças. O regime da prova legal representava uma visão epistemológica, ou seja, era fundada em uma perspectiva filosófica – no caso, influenciada pelo pensamento escolástico aristotélico e tomístico.<sup>191</sup> Os juristas medievais possuíam uma cultura jurídica própria, voltada ao formalismo e pautada numa aritmética classificatória voltada a determinar previamente o valor de cada meio de prova.<sup>192</sup>

As diferenças do ordálio para os meios probatórios da Inquisição são bastante claras, a exemplo de declarações testemunhais ou a confissão. Declarações de testemunhas e interrogatórios forçados são flagrantemente diferentes de duelos e provas de fogo, já que não recorrem a atuação de forças divinas; no entanto, ambos os casos excluem um verdadeiro raciocínio indutivo ou dedutivo por parte do julgador, substituindo-o por um raciocínio supostamente infalível e superior.<sup>193</sup> Ainda assim, todos enquadram-se em hipóteses de “prova formal”.<sup>194</sup> O uso do mesmo esquema lógico e epistemológico para ambos os raciocínios entrega arquétipos culturais e filosóficos comuns.<sup>195</sup>

A similaridade entre os raciocínios de ambos os sistemas contribui para parte da doutrina tratá-los como equivalentes, ou seja, atribuir à prova legal o mesmo *status* de “fase rudimentar”, pautada no mesmo tipo de raciocínio que os ordálios.<sup>196</sup>

Apesar de o sistema tarifário dispor de princípios rígidos e formalistas, a vinculação de seu raciocínio com elementos relacionados com o fato posto em julgamento indicava certa dose de racionalidade, ou ao menos indicava uma

---

<sup>190</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 130.

<sup>191</sup> BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária...* p. 204.

<sup>192</sup> BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária...* p. 204.

<sup>193</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos...* p. 18.

<sup>194</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos...* p. 17

<sup>195</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...* p. 130.

<sup>196</sup> BADARÓ, Gustavo. *Processo penal...* p. 474.

submissão da comprovação fática a regras objetivas.<sup>197</sup> No entanto, o raciocínio inquisitório é apenas disfarçadamente dedutível, na medida que tenta extrair maior segurança no caráter absoluto de suas premissas.<sup>198</sup> Isso se dava principalmente pela confissão. O reconhecimento de responsabilidade acerca de algum ato, partindo do próprio réu, era visto como uma prova incontestável e irrefutável de culpabilidade.<sup>199</sup>

Outras particularidades desse regime aparecem com a análise de suas intenções. A prova legal era, dentre outras coisas, fruto da desconfiança do julgador, especialmente os que eram representados por juízes profissionais, integrantes de uma organização judiciária centralizada e burocratizada.<sup>200</sup> Ainda assim, a admissão e a produção de provas eram centradas na figura do juiz, ainda que este fosse obrigado a valorá-las conforme determinações prévias. O magistrado do sistema inquisitório permanecia como figura de autoridade isolada, como senhor e dono da atividade probatória.<sup>201</sup>

Tanto as provas legais como as provas mágicas se enquadram na nomenclatura de provas “simbólicas”, na medida que atuam como signos normativos da conclusão deduzida.<sup>202</sup> Provas que não são tão indicativas de um juízo de certeza, chamadas de “semiprova” ou “quarto de prova”, ainda que não indiquem de forma completa a culpabilidade, servem como fundamento para atestar uma “semiculpabilidade”, que ensejaria a aplicação de uma “semipena”.<sup>203</sup>

O principal demonstrativo da proximidade entre os ordálios e a prova tarifária é o uso da tortura.<sup>204</sup> A tortura é, para todos os efeitos, também um meio de

---

<sup>197</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos...* p. 20.

<sup>198</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...* p. 133.

<sup>199</sup> “(...) sendo aceitável que o êxito de determinados meios de prova garanta a verdade do seu conteúdo probatório, a declaração de inocência ou de culpabilidade apresentar-se-á como uma consequência lógica das premissas. Dessa forma, se 1) o réu reconheceu a sua responsabilidade, e 2) sempre que o réu reconhece a sua responsabilidade essa deve ser considerada correta, 3) então o réu é culpado. Ou também: 1) a confissão é prova impassível de controvérsia da culpabilidade; 2) o réu confessou; 3) logo, o réu é culpado”. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos...* p. 20.

<sup>200</sup> BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária...* p. 205.

<sup>201</sup> BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária...* p. 206.

<sup>202</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...* p. 131.

<sup>203</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...* p. 131.

<sup>204</sup> Beccaria faz interessante comparação entre provas irracionais e o uso institucionalizado da tortura: “Esse meio infame de descobrir a verdade é um monumento da bárbara legislação dos nossos antepassados, que honravam com o nome de julgamentos de Deus as provas de fogo, as da água fervendo e a sorte incerta dos combates. Como se os elos dessa corrente eterna, cuja origem está no seio da Divindade, pudessem desunir-se ou romper-se a cada instante, ao sabor dos caprichos e das frívolas instituições dos homens! A única diferença existente entre a tortura e as provas de fogo é que

prova vinculado ao sobrenatural. É uma prova física, em que o torturado que confessa teria sucumbido diante de sua culpa e o torturado que se cala demonstra a sua inocência por intermédio de uma força e resistência que só podem ser atribuídas a um juízo divino.<sup>205</sup> Nesse sentido, o sistema de prova tarifária é equivalente ao ordálio em sua epistemologia, ainda que o procedimento inquisitivo tenha pretensão de racionalidade.<sup>206</sup>

## 2.2. USO DA RAZÃO PARA CONHECER OS FATOS; A LIVRE APRECIACÃO DA PROVA, A ÍNTIMA CONVICÇÃO E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.

A mudança de um paradigma epistemológico e alterações profundas em ordenamentos jurídicos quase nunca acontecem de repente. Não foi diferente com o assim chamado sistema de prova legal, que apesar de deixar resquícios e influências, passa a entrar em colapso a partir da Era Moderna e da ascensão do pensamento iluminista.<sup>207</sup>

O sistema da prova tarifada passa a ser abandonado principalmente por dois motivos: tanto pela cultura filosófica do Iluminismo e a adoção de novos conceitos de racionalidade; como profundas mudanças na estrutura do próprio poder de julgar – que ainda não era instituído por um poder judiciário propriamente dito – como no papel do juiz.<sup>208</sup>

Como já definido no primeiro capítulo, o modelo do garantismo penal é derivado diretamente de contribuições da filosofia iluminista e racionalista, que pautaram a ascensão deste novo paradigma epistemológico. Ferrajoli observa que esses ideais não são propriamente modernos, mas sim resgatados de uma extensa

---

a tortura só prova o crime quando o acusado quer confessar, ao passo que as provas queimantes deixavam uma marca exterior, considerada como prova do crime. Todavia, essa diferença é mais aparente do que real". In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Domínio Público. Disponível em: [eb000015.pdf \(dominiopublico.gov.br\)](http://eb000015.pdf(dominiopublico.gov.br)). p. 23.

<sup>205</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 131.

<sup>206</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 18.

<sup>207</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 131.

<sup>208</sup> TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 132.

tradição greco-romana interrompida pela Inquisição.<sup>209</sup> A redescoberta da tradição pela cultura iluminista continental ocorre também por influência da experiência processual inglesa, pautada em um regime jurídico diverso que não havia propriamente extinguido a perspectiva clássica (aqui compreendida como o sistema jurídico greco-romano).<sup>210</sup>

Nesse contexto, a racionalidade jurídica é uma consequência do processo de secularização que postula a separação das ideias de delito e de pecado; pena e penitência.<sup>211</sup> Uma das marcas principais do Iluminismo é o resgate de ideias que eram prévias ao período de maior influência da Igreja, assim como a busca de raciocínios desvinculados de paradigmas cristãos. É apenas com base em uma premissa dissociada do paradigma epistemológico da Inquisição que surge uma compreensão de “fatos” dissociada de um indício de culpabilidade baseado no vício e no pecado original.<sup>212</sup>

Ressalta-se novamente: os pensadores que costumam receber a categorização de “racionalistas” ou “iluministas” estão muito longe de pertencer a uma “escola” filosófica constituída por um pensamento homogêneo e unitário.<sup>213</sup> Prova disso é o fato de o pensamento jurídico acerca da valoração probatória ter recebido grande influência de autores do empirismo, que eram opositores do racionalismo e da ideia de conhecimentos universais ou universalizáveis.<sup>214</sup>

---

<sup>209</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 132.

<sup>210</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 132.

<sup>211</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 20-21.

<sup>212</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 21.

<sup>213</sup> Apesar disso, Marina Gascón Abellan pondera que o Iluminismo “(...)é, provavelmente, um desses momentos em que é possível falar de uma *unidade do saber*, de um estímulo compartilhado que propõe o desenvolvimento de todas as áreas do conhecimento; e isso tendo por base um traço unitário de pretender inspirar não só as ciências naturais, mas também a cosmologia e a ótica do direito, a moral e inclusive a religião. Esse traço unitário pode ser resumido da seguinte forma: o império dos fatos.”. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 45.

<sup>214</sup> Este trabalho não poderia adentrar nas interessantes questões acerca dos representantes do empirismo e do racionalismo, bem como os seus debates, sem perder o seu escopo. Limitamo-nos as breves considerações de Ferrajoli mencionadas no parágrafo seguinte. Ainda assim, o uso da razão e a observação de fenômenos empíricos como forma de elaborar hipóteses acerca da verdade representam significativa mudança nos paradigmas epistemológicos do pensamento ocidental, que geraram reflexos significativos no direito e na sua forma de valorar os fatos. Para uma explicação

Ainda assim, é possível estabelecer pontos de convergência. A mudança no contexto processual, desde a origem das ideias iluministas, foi construída na ideia de um processo justo, contrário à tortura e a obtenção da confissão.<sup>215</sup> Ferrajoli credita o abandono do sistema de provas legais e a ascensão da livre convicção à duas aquisições modernas, a primeira de cunho epistemológico e a segunda de natureza garantista: para a epistemologia, as ideias de David Hume (com influência de outros autores) foram especialmente influentes, abordando o caráter “provável” da verdade empírica, engendrando assim a perspectiva de que a certeza judicial acerca dos fatos jamais será absoluta; e a afirmação dos princípios da retributividade e legalidade estrita, ou seja, a pena só terá legitimidade em estrita vinculação à prática de condutas anteriormente previstas na lei como crime, o que só poderá ser comprovado dentro de um contexto processual.<sup>216</sup> Merece destaque, ainda, a importância da ideia iluminista do contrato social como a base da legitimidade do poder do Estado – resultando na conclusão de que a aplicação do direito deverá ser pautada na racionalidade do julgador e à justiça da aplicação da lei.<sup>217</sup> No âmbito do Direito Penal propriamente dito, há grande destaque para a figura de Beccaria, tratando especialmente da crueldade das penas e a importância do princípio da legalidade.<sup>218</sup>

Apesar dos debates no campo da filosofia, é possível afirmar que esse contexto histórico faz surgir a figura de um novo juiz, que não é mais vinculado a valorações pré-determinadas e faz uso da razão e do raciocínio dedutivo como instrumentos para alcançar a verdade.<sup>219</sup> Este juiz, agora, é um funcionário do Estado, treinado profissionalmente para assumir uma posição de neutralidade e

---

pormenorizada do empirismo, racionalismo, seus debates e contribuições para o pensamento jurídico, ver GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 23-25.

<sup>215</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 289.

<sup>216</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133.

<sup>217</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 286.

<sup>218</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 284.

<sup>219</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 23.

responsabilidade.<sup>220</sup> Nesse contexto, não se faz mais necessário o controle estrito da valoração probatória imposto pelo sistema de prova tarifada.

Diferentemente da análise comparativa entre o ordálio e a prova tarifada, há uma significativa mudança epistemológica entre a prova legal e a livre apreciação. Enquanto os dois primeiros são pautados na crença de que o processo *produz* verdade, a perspectiva empirista é pautada em raciocínios indutivos e dedutivos, sem perseguir certezas absolutas,<sup>221</sup> mas hipóteses que sejam confirmadas por meios de prova – ou “prováveis” por fatos.<sup>222</sup>

Apesar disso, algumas crenças aparentam permanecer na cultura jurídica. Alguns autores tratam de provas “perfeitas” e “imperfeitas”, por exemplo, não sendo claro se há reminiscência do modelo de prova legal ou se há verdadeira confiança de que alguns meios probatórios são verdadeiramente irrefutáveis.<sup>223</sup> De qualquer modo, é certo que a filosofia iluminista parte, em sua grande maioria, de uma verdade probabilística acerca do conhecimento dos fatos. Prova disso é a grande quantidade de textos que abordam diretamente o tema do erro judiciário e a condenação de um inocente como aquilo que mais deve ser evitado, algo destacado justamente pela grande militância dos pensadores a favor da abolição – ou maior moderação – da pena de morte.<sup>224</sup>

Nesse contexto, o livre convencimento não funciona como um critério positivo de valorar os fatos ou de decidir sobre a verdade. Seu próprio surgimento é associado a busca de um critério alternativo à prova legal na busca de afastar

---

<sup>220</sup> TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 132.

<sup>221</sup> Citando Voltaire, Marina Gascón Abellán: “Em resumo, ‘as verdades históricas são apenas probabilidades’ e, precisamente por isso, ‘como o juiz nunca terá completa certeza, não poderá se gabar de conhecer perfeitamente a verdade’”. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 51.

<sup>222</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 26. Ainda assim, a autora faz a ressalva de que há alguns iluministas que parecem confiar que, ao menos em princípio, é possível obter uma verdade processual que seja o exato reflexo da realidade objetiva (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 51). Essa perspectiva ressurgue posteriormente com a escola positiva e uma ideia de verdade *real*, o que será trabalhado nos capítulos posteriores.

<sup>223</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 51.

<sup>224</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 52.

raciocínios pré-determinados do que se entendia por suficiente para determinar a condenação e a aplicação de uma pena.<sup>225</sup>

Essa perspectiva está intimamente ligada às duas principais contribuições da filosofia iluminista mencionadas nos parágrafos anteriores. Ao se reconhecer que o raciocínio probatório tem um caráter indutivo – e não dedutivo – chega-se à conclusão de que nenhuma prova implica no delito. Em conformidade ao princípio da legalidade estrita, a condenação não é uma consequência da prova, mas da prática do crime.<sup>226</sup> Ao contrário, o sistema de provas legais – que era pautado na perspectiva de que o processo efetivamente produz verdade – é baseado na compreensão de que determinados tipos de prova efetivamente implicariam na aplicação de alguma pena, equivalendo a culpabilidade e a sanção não a conduta praticada, mas a prova produzida.<sup>227</sup>

A liberdade de valoração, nesse sentido, era associada a uma nova perspectiva filosófica, que entendia a razão como um instrumento a ser utilizado na busca e determinação da verdade, objetivo a ser atingido com a observação direta e crítica dos fatos.<sup>228</sup>

Há uma projeção das ideias iluministas para o campo jurídico que ocorre de maneira “quase mimética”. Esse “culto ao fato” gera uma limitação objetiva daquilo que é juridicamente relevante, especialmente em matéria penal, o que ocorre de maneira ligada ao processo de secularização.<sup>229</sup> Seguindo as influências da tradição, a busca da verdade no modelo inquisitório cede lugar ao formalismo legal, em uma compreensão de legalidade que exige da figura do julgador o bom senso para alcançar a certeza moral que fundamenta a aplicação da pena.<sup>230</sup> Vale dizer desde logo que isso não necessariamente implica no raciocínio de que a busca da verdade seria limitada dentro da perspectiva do livre convencimento, o que

---

<sup>225</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 207.

<sup>226</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133.

<sup>227</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133.

<sup>228</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 206-207.

<sup>229</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 49.

<sup>230</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório**. 1. ed. Florianópolis: Emis, 2022. p. 284.

restará claro mais adiante.

De qualquer modo, é certo que a virada epistemológica provocada pelo iluminismo contribui para uma virada epistemológica na figura do julgador. O juiz não é mais visto como alguém que deve ser submetido a um estrito controle estabelecido previamente por regras rígidas, mas alguém que ocupa um lugar de confiança e legitimidade para a aplicação adequada do direito em cada caso concreto. E para que essa posição possa ser exercida, é necessário *liberdade* para julgar, que se traduz em maior discricionariedade.<sup>231</sup>

Badaró traz uma interessante reflexão acerca da ascensão do livre convencimento e o papel do júri no sistema de *civil law*.<sup>232</sup> A revolução francesa trouxe grande proeminência ao julgamento pelo tribunal do júri, adotando um modelo de processo de viés acusatório em que o julgamento do fato era realizado pelos juízes leigos, em que não seria possível adotar a aritmética probatória comum à prova legal.<sup>233</sup> É curioso notar que a liberdade de convicção e o uso da razão para a ponderação da prova recebeu um papel de destaque tanto na figura do juiz profissional quanto na figura do juiz leigo.

Tanto para o júri quanto para o juiz “togado” é certo que o valor probatório de cada meio de prova será determinado de maneira específica, de caso a caso, por meio de uma apreciação livre e discricionária do julgador, utilizando de critérios flexíveis e racionais. A premissa é que o julgador poderá chegar à verdade empírica dos fatos em litígio, pautado cognitivamente nos elementos de prova disponíveis para a valoração do fato.<sup>234</sup>

O marco histórico da revolução francesa e sua associação com o livre convencimento ocorre pelas primeiras disposições legais que surgem no contexto revolucionário, em substituição ao sistema da prova legal. Nesse contexto, o livre convencimento é conceituado como “íntima convicção”,<sup>235</sup> que é visto como uma forma mais “radical” da liberdade de valoração, apesar existirem diferenças e similaridades com outras formas de pensar essa perspectiva racionalista de valorar a

---

<sup>231</sup> TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 133.

<sup>232</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 206.

<sup>233</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 206.

<sup>234</sup> TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 133.

<sup>235</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 206.

prova.

A atribuição de liberdade para o julgador apreciar e valorar a prova converteu-se em uma regra fundamental que governa a decisão sobre os fatos, sendo conhecido como o princípio da livre apreciação das provas.<sup>236</sup> Foi positivado na grande maioria dos Códigos de ordenamentos da *civil law*, com algumas diferenças a depender de outras particularidades do sistema jurídico em questão.<sup>237</sup> Independentemente delas, é possível identificar um núcleo comum: o valor probatório de cada uma das provas deve ser estabelecido pelo julgador especificamente para o caso analisado, de maneira discricionária e sem vinculação a regras gerais para a valoração de cada meio de prova. Nesse sentido, a liberdade de apreciação é recebida em praticamente todos os sistemas probatórios da *civil law*.<sup>238</sup>

Ainda assim, essas diferenças não são irrelevantes. Há uma separação entre dois modelos distintos dentro da mesma categoria do que foi identificado por Taruffo como possuindo um núcleo comum. Isso ocorre porque a atribuição de liberdade ao julgador para valorar os fatos pode ou não ser acompanhada de outros critérios ou deveres de justificação para legitimar o processo de tomada de decisão. Nesse sentido, é comum que se separe dois sistemas de valoração de provas como distintos, ainda que possuam um núcleo comum: há o sistema de íntima convicção e o livre convencimento motivado.

Notadamente, o Brasil adota o sistema do livre convencimento motivado. A adoção deste sistema de valoração de provas no processo brasileiro ocorre a partir de 1941, ainda em processo de rompimento com a tarifa legal e em conexão com a íntima convicção.<sup>239</sup>

A exemplo de reflexões de Aury Lopes Jr., o livre convencimento motivado surge como “oposição ao radicalismo” de dois sistemas “anteriores”,

---

<sup>236</sup> TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 133.

<sup>237</sup> Taruffo trata especialmente dos exemplos da Itália, Alemanha, Áustria, Espanha e França. Há variações acerca do uso de *standards* de valoração de provas, adotados em alguns países e outros não, bem como diferenças acerca da liberdade do convencimento e a natureza íntima da convicção. Para uma análise pormenorizada, ver TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 132-140.

<sup>238</sup> TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 134.

<sup>239</sup> GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 412.

mencionando a prova tarifada e a íntima convicção.<sup>240</sup> Trata-se de uma reflexão similar ao que também é percebido por Gloeckner na análise da doutrina contemporânea ao Código, em que a disposição acerca da liberdade de convencimento é vista como intermediária na tensão entre a prova tarifada e a íntima convicção.<sup>241</sup> Ainda assim, é curioso notar que a íntima convicção permanece vigente em partes do processo penal brasileiro,<sup>242</sup> fato amplamente reconhecido pela doutrina.<sup>243</sup> Desta maneira, apesar das críticas de falta de transparência e controlabilidade, a íntima convicção ainda tem lugar em sistemas processuais contemporâneos.

Como já exposto no primeiro capítulo, a motivação recebe um caráter de garantia de cunho processual e político, necessária como forma de efetivar a racionalidade do sistema jurídico que propôs a decisão, além da decisão propriamente dita. A motivação, nesse contexto, implica necessariamente em justificação. E uma ação que precisa ser justificada está — tanto implicitamente quanto explicitamente — submetida à controles externos, tanto pela via recursal quanto para uma análise de racionalidade de seus fundamentos.

A vinculação da íntima convicção e do livre convencimento motivado a um mesmo núcleo parece fazer mais sentido nesse contexto, na medida em que ambos os métodos de valoração de prova coexistem no mesmo sistema processual.

Essa aproximação não desconsidera as claras diferenças entre os dois sistemas. A questão é que a necessidade de motivar a formação do convencimento não parece ter afastado a arbitrariedade do processo decisório, na medida em que há inequívoca proximidade entre os modelos de valoração.

A título exemplificativo do já mencionado contexto francês pós-revolucionário, o modelo do livre convencimento ligado ao júri foi rapidamente

---

<sup>240</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 439.

<sup>241</sup> GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 412.

<sup>242</sup> A decisão de mérito proferida pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri não é motivada, cabendo ao Juiz presidente apenas proferir a sentença com base no entendimento das questões de mérito proferido pelo julgamento dos jurados. O autor adota uma postura crítica a permanência de julgamentos desta natureza. In: LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 440.

<sup>243</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. P. 472.

substituído por um sistema misto<sup>244</sup>, mas manteve a íntima convicção como regra processual até para processos que passaram a não mais ser julgados pelo júri. Em outros termos, os juízes de carreira efetivamente se apropriaram de um critério que era originalmente pensado para outro tipo de julgador.<sup>245</sup>

A proximidade desses sistemas não se limita a um recorte histórico em específico. Em uma análise do sistema processual penal italiano no período do fascismo, Ricardo Gloeckner menciona justamente a proximidade entre esses sistemas e conclui que a obrigatoriedade de motivação não correspondeu a uma mudança real do sistema processual acerca da decisão.<sup>246</sup> O livre convencimento é visto, em alguma medida, como liberdade ampla e irrestrita para a valoração. Assim, é necessário analisar criticamente a liberdade atribuída ao convencimento do magistrado e a sua proximidade com o decisionismo e o autoritarismo no âmbito processual.

### 2.3. PARA UMA PERSPECTIVA CRÍTICA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Uma análise crítica do complexo fenômeno jurídico, cultural e político, que significou o abandono das provas legais e a ascensão do princípio da livre convicção, implica no reconhecimento de que o evento não foi pautado na mesma

---

<sup>244</sup> Sistema “misto” com elementos inquisitórios e acusatórios, misturando a figura do acusador com a do juiz. Vale reforçar que a íntima convicção nasce no processo anglo-americano de natureza adversarial, e é importada para o contexto revolucionário francês sem se limitar ao júri. O Código Napoleônico, que substituiu o código termidoriano de outubro de 1795, substituiu a acusação diante do jurado por um sumário de culpa escrito e secreto que é conduzido de ofício por um juiz instrutor, em uma fase pré-processual que também tem seu convencimento pautado pela íntima convicção. O sistema “misto” nesse contexto é predominantemente inquisitivo na fase instrutória e predominantemente acusatório na fase de debates, mas é pautado em ambos os momentos pela livre convicção, tanto do juiz inquisidor como do jurado. Nesse sentido, ver GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 49; e FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 134.

<sup>245</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 206.

<sup>246</sup> “Afirmar que a obrigação de motivar consiste em um novo sistema não é adequado – quer se chame livre convencimento motivado, quer se lhe denomine persuasão racional. Induvidoso que o Código Rocco enxergou neste sistema disciplinador das decisões oportunidade e conveniência em sua manutenção. Isto significa dizer que a obrigatoriedade de motivação jamais correspondeu a uma mudança de regime político da decisão judicial”. In: GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 305.

racionalidade que o influenciou. A cultura do Iluminismo parecia acompanhar a epistemologia dominante, mas não é possível dizer o mesmo da ciência e da prática processual pós-iluminista.<sup>247</sup>

Ferrajoli assevera que o modo como a cultura jurídica pós-iluminista deu cabo a este projeto representa “uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes das instituições penais”.<sup>248</sup> Trata-se de uma compreensão acrítica da liberdade supostamente atribuída ao magistrado, com destaque a uma compreensão que se fazia da figura do juiz como um “investigador imparcial do verdadeiro”.<sup>249</sup>

Ao invés do princípio ser interpretado como um instrumento para a indicação das condições epistemológicas da compreensão dos fatos e da prova produzida, sua recepção ocorreu de maneira acrítica, como se representasse um critério discricionário de valoração que serviu como um mero substitutivo das provas legais.<sup>250</sup> A liberdade do convencimento foi erigida desacompanhada de qualquer definição de critérios para orientar tal convencimento. Tal liberdade, quando associada ao princípio da presunção de inocência e ao ônus probatório imposto à acusação, fez com que a prova gozasse de um *status* presumidamente insuficiente, que deveria ser complementada com o convencimento do juiz.<sup>251</sup>

Na prática, isso se converteu em uma valoração livre dos meios e conteúdos probatórios, que ainda que precisassem de fundamentação, eram justificados apenas pela discricionariedade de que gozava o juiz na tomada de decisão.<sup>252</sup> O afastamento das provas legais como fundamento para a condenação e a sua substituição pelo livre convencimento do magistrado resultou na negação da

---

<sup>247</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 54.

<sup>248</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133. O termo é também citado por boa parte dos doutrinadores aqui citados, a exemplo de Jordi Ferrer Beltrán, Marina Gascón Abellan, Gustavo Badaró e Denis Sampaio.

<sup>249</sup> Expressão utilizada por Beccaria, conforme mencionado em FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133.

<sup>250</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133.

<sup>251</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 57.

<sup>252</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 57.

prova como condição necessária para a condenação.<sup>253</sup> Em uma curiosa mistura de conceitos, a prova acerca do fato era apenas um requisito auxiliar para que alguém pudesse ser responsabilizado criminalmente; o que efetivamente se exigia era o convencimento do magistrado acerca da culpa.

O pensamento desse período é vinculado a uma vertente tratada por parte da doutrina como “positivismo teórico”,<sup>254</sup> em que tanto o conhecimento dos fatos como a interpretação do direito são construídas em torno de um racionalismo acrítico que ignora problemas inerentes ao direito, como a vagueza da linguagem, lacunas e contradições.<sup>255</sup> Isso sem falar dos problemas interpretativos inerentes à compreensão de qualquer texto legal.

Esta vertente do positivismo entra em decadência já em meados do século XIX, em que diversos autores destacam a grande quantidade de dificuldades e “subjetividades” em praticamente todos os aspectos da operacionalização do direito, além de evidenciar os problemas dos dogmas da completude, coerência, e várias outras perspectivas excessivamente formalistas do positivismo clássico. No entanto, Gascón Abellán nota que os críticos do positivismo perceberam diversos equívocos epistemológicos nas ideias positivistas acerca da interpretação e aplicação do direito, mas “não parecem ter prestado a mesma atenção a perspectiva positivista com relação aos fatos.”<sup>256</sup>

Taruffo pondera que há um enfoque – normalmente associado à livre convicção como convicção íntima – que conduz a concepções que não exigem qualquer critério minimamente identificável para a valoração. A decisão acerca dos fatos é uma espécie de experiência espiritual e subjetiva do julgador.<sup>257</sup> O julgador sem método equivale a uma espécie de xamã, que produz decisões que são legitimadas por uma sabedoria divina que sequer pode ser traduzida

---

<sup>253</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133.

<sup>254</sup> Termo utilizado por Gascón Abellán, com referência a definição proposta por Bobbio para nominar uma perspectiva de positivismo formalista e anti-ideológica, que tenta pautar o Direito apenas em juízos de fato e perspectivas avalorativas.. Para uma análise completa do período e da relevância desta escola, ver BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compilação por Nello Morra; Tradução por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

<sup>255</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 55.

<sup>256</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 56.

<sup>257</sup> TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 135.

linguisticamente.<sup>258</sup>

Os impactos da liberdade atribuída ao magistrado não se limitam a etapa da valoração e possuem impactos profundos para toda a cultura processual. Dênis Sampaio nota que a “ingenuidade” atribuída a visão clássica do juiz como um investigador imparcial da verdade pode ter sido um dos principais responsáveis para o desenvolvimento da teoria da defesa social, como reação e retorno a uma compreensão de prevalência dos interesses do Estado aos direitos do indivíduo.<sup>259</sup> O livre convencimento do julgador é erigido mais como oposição ao sistema inquisitorial da prova legal do que como uma construção racional propriamente dita. No entanto, é construída paralelamente uma noção de processo enquanto defesa social, pautada na necessidade de ampliação dos poderes discricionários do juiz numa concepção de processo enquanto defesa social.<sup>260</sup> Assim, o livre convencimento motivado – que seria um mero princípio de caráter negativo, no sentido de negar a tarifa legal – passa a assumir um conteúdo implicitamente positivo. A liberdade de valoração é compreendida como uma liberdade voltada a concretização de um objetivo, qual seja, a suposta defesa da sociedade.

A prova, nesse contexto, deve ser fundamentalmente livre: o que também atinge as possibilidades de imposição de limites e de regras de controle anti-epistêmicas<sup>261</sup>, tanto para a produção quanto para a valoração das provas, fazendo deste modo que sempre exista a maior quantidade possível de provas.<sup>262</sup> Essa perspectiva é inspirada principalmente nas ideias de Jeremy Bentham,<sup>263</sup> que

---

<sup>258</sup> DAMASCENO, Fernando Braga. **Direito probatório (Stricto Sensu)**: da valoração da prova. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. p. 85.

<sup>259</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 286. A cultura processual brasileira será analisada em momento posterior, mas a reflexão do autor é especialmente interessante ao se constatar a proliferação de expressões pautadas na compreensão de que a dúvida, quando não em favor do réu, está em favor “da sociedade”, a exemplo do *in dubio pro societate* no momento do recebimento da denúncia e da decisão de pronúncia.

<sup>260</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 290.

<sup>261</sup> O termo “anti-epistêmico” é utilizado aqui no mesmo contexto definido no primeiro capítulo, no sentido de normas limitadoras à descoberta da verdade com base na necessidade de garantir direitos do investigado/acusado, dentro da perspectiva garantista.

<sup>262</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 286.

<sup>263</sup> A influência de Jeremy Bentham é de enorme relevância especialmente para o direito anglo-americano, que sempre teve vigente em seu sistema de provas uma grande quantidade de

defendia a abolição de todas as regras de controle e admissão de provas, baseado exclusivamente na experiência e no senso comum para pautar o raciocínio judicial. Bentham usa de uma metodologia que chama de “natural” acerca do conhecimento, no sentido de associar o conhecimento dos fatos a percepção do mundo sensível em oposição a grande proeminência de regras de exclusão que limitavam a possibilidade de produção de provas.<sup>264</sup>

As ideias de Bentham são orientadas pela busca da verdade e partem do pressuposto que a finalidade fundamental do direito processual é a garantia da correta aplicação do direito material.<sup>265</sup> A perspectiva também é baseada numa ideia de sistema penal como forma de defesa social.<sup>266</sup>

A prova judicial – e o processo propriamente dito – tem o objetivo de averiguar a verdade dos fatos em um contexto de criminalidade crescente, sendo que a expansão de regras probatórias poderia constituir um obstáculo irracional e ilegítimo ao alcance da verdade.<sup>267</sup> Há, portanto, um contexto histórico-social e uma finalidade bem definida para essa visão de processo. O modelo racionalista associado a Jeremy Bentham afasta o apego às normas procedimentais (visto como um modelo artificial de processo) em prol da liberdade decisória do julgador (modelo natural de processo), enxergando nas regras processuais uma espécie de “vilão” que impediria o julgador de aplicar a justiça, ou seja, contrariando sua convicção

---

normativas quanto a admissão de provas. Jeremy Bentham partia do princípio de que a maior quantidade de meios de prova quase sempre geraria maior qualidade no julgamento, criticando – com bastante sucesso – a proliferação de regras de admissão probatória no *common law*. Ademais, a perspectiva de Bentham não está necessariamente associada a uma visão de processo pautada na defesa social, conforme será exposto no terceiro capítulo. Para mais detalhes acerca da influência de Bentham e a proliferação das regras exclusórias no direito anglo-saxão, ver SPENCER, J. R. **Hearsay Evidence in Criminal Proceedings**. Oxford: Hart, 2008. Para uma perspectiva “Benthamiana” crítica e pautada pelo racionalismo contemporâneo, ver FERRER BELTRÁN, Jordi. A prova é liberdade, mas não tanto: uma teoria da prova quase-benthamiana. In: **Provas**. Coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Burli de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: juspodivm, 2016. p. 103-122.

<sup>264</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. A prova é liberdade, mas não tanto: uma teoria da prova quase-benthamiana. In: **Provas**. Coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Burli de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: juspodivm, 2016. p. 103-122. p. 104.

<sup>265</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. A prova é liberdade, mas não tanto: uma teoria da prova quase-benthamiana. In: **Provas**. Coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Burli de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: juspodivm, 2016. p. 103-122. p. 104.

<sup>266</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 287.

<sup>267</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 287.

acerca daquilo que tivesse sido “provado”.<sup>268</sup>

Nesse raciocínio, a solução processual era pautada na busca da verdade histórica, essa concretizada pela formação da convicção do julgador acerca dos fatos. Por consequência, sendo a verdade histórica um objetivo a ser definido pelas conclusões do julgador, seria necessário que ele gozasse de ampla liberdade tanto para admitir quanto para produzir e posteriormente valorar as provas.<sup>269</sup> Não caberia ao direito a regulação de qualquer aspecto probatório, utilizando de um raciocínio “natural” – em termos Benthaminianos – para o julgamento acerca dos fatos.<sup>270</sup> Curiosamente, ainda que se constate que a transição para sistemas de prova tarifada tenha representado uma desvinculação com a epistemologia inquisitória para uma epistemologia de matriz racional, em que a verdade é vista como aproximativa, a pretensão de se obter por meio da prova a verdade como correspondência absoluta ao fato passado perdura no imaginário dos juristas, a exemplo do conceito de verdade real,<sup>271</sup> intimamente conectado com o livre convencimento motivado.<sup>272</sup>

Com base na perspectiva epistemológica do iluminismo, constata-se que uma das características mais marcantes da teoria racionalista clássica é a redução de critérios processuais de limitação ou exclusão de meios de prova, bem como a baixa regulação de métodos probatórios, cujo resultado seria apenas o cerceamento do fim do processo e da prova penal: a defesa social e a busca da verdade.<sup>273</sup>

---

<sup>268</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 288.

<sup>269</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 288.

<sup>270</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. A prova é liberdade, mas não tanto: uma teoria da prova quase-benthamiana. In: **Provas**. Coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Burli de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: juspodivm, 2016. p. 103-122. p. 105.

<sup>271</sup> Como já estabelecido no primeiro capítulo, aqui sendo tratada como o conceito de verdade enquanto perfeita correspondência entre a prova e o fato analisado, em oposição a noção de verdade processual da epistemologia garantista.

<sup>272</sup> A relação entre o “princípio” da verdade real e o livre convencimento motivado será elaborada nos capítulos seguintes, mas é possível indicar desde logo que esta conexão se dá numa concepção inquisitorial de processo penal, atribuindo a figura do juiz um lugar de destaque na gestão e produção probatória, unindo a liberdade de convicção e a busca da verdade como forma de legitimar práticas processuais parciais e não respaldadas pela legalidade. In: GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 409-420.

<sup>273</sup> SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 287.

A cultura jurídica pós-iluminista fez com que o livre convencimento fosse compreendido como uma forma plena de liberdade para todos os assuntos acerca da prova, sugerindo uma ideia de processo que era particular aos anseios do Juiz para a descoberta da verdade – ou aquilo que se acreditava ser a verdade – sem qualquer sujeição a um controle externo. Era, inclusive, indesejável que o fosse. Houve uma “porta aberta” para a pura arbitrariedade judicial, inaugurando uma espécie de anarquia cognitiva.<sup>274</sup> O princípio de raízes iluministas e racionais acaba por se transformar em um “tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes”.<sup>275</sup>

A interpretação da livre convicção como valoração livre permitiu à própria ciência do direito e a toda *práxis* processual fugir do problema da justificação da indução, ou seja, a formação da convicção sempre permaneceu íntima ainda que se exigisse a justificação.<sup>276</sup> E como já destacado, até mesmo em momentos posteriores em que as premissas do positivo teórico passaram a ser questionadas, as críticas e reservas foram estendidas quase que exclusivamente ao campo do direito. Ou seja: a crítica a esse paradigma científico e epistemológico que pautou a ciência jurídica em uma pretensão de racionalidade absoluta e na aplicação de normas jurídicas como mera subsunção da norma ao fato recaiu exclusivamente no campo jurídico, tratando dos problemas acerca de normas imperfeitas, contraditórias ou passageiras. Não houve discussão suficiente acerca das dificuldades e imperfeições na descoberta dos fatos no âmbito do processo.<sup>277</sup> O pensamento jurídico parece supor que os problemas do direito estão sempre na determinação do significado das normas, presumindo que os fatos sempre podem ser conhecidos com suficiente confiança.<sup>278</sup>

A forma de combater o excesso de subjetividade – e decorrente arbitrariedade – proveniente desta interpretação da liberdade de convencimento é construída em torno da necessidade de motivação,<sup>279</sup> tanto para possível

---

<sup>274</sup> BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária...* p. 208/209.

<sup>275</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...* p. 133.

<sup>276</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos...* p. 57.

<sup>277</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos...* p. 58.

<sup>278</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos...* p. 59.

<sup>279</sup> “Embora o sistema permita que o juiz valorize livremente o conjunto das provas de determinado processo para decidir, por outro lado, há a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, para que o juiz explicita os motivos por que tomou a decisão, possibilitando à parte recorrer ou não”. In: FONSECA, Regina Lúcia Teixeira

impugnação posterior como para eventuais recursos. No entanto, a efetividade da motivação como forma de controle depende necessariamente do estabelecimento de uma cultura jurídica efetivamente voltada ao reconhecimento da importância do controle da decisão sobre os fatos, o que não necessariamente é aplicável a cultura processual brasileira.<sup>280</sup>

#### 2.4. A CULTURA PROCESSUAL BRASILEIRA E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

A base do processo penal brasileiro é sedimentada em raízes autoritárias, pautadas na figura de um juiz que pudesse decidir sem se vincular diretamente às provas coletadas no processo nem às regras valorativas.<sup>281</sup> Além disso, era vinculado à ideia de verdade real, garantindo um conjunto de mecanismos que liberavam o juiz de cânones interpretativos ou valorativos para proceder à decisão, além de autorizá-lo a agir e conduzir a marcha processual como forma de preencher as lacunas probatórias da pretensão punitiva.<sup>282</sup>

O artigo 155 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz forma a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial.<sup>283</sup> Essa determinação demarca o âmbito da atividade valorativa como o do processo judicial, pautando a produção da verdade processual fática ao conjunto probatório formado a partir do exercício do direito a prova, que representa, em alguma medida,

---

Mendes da. **Dilemas da Decisão Judicial**: as representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2014. p. 37.

<sup>280</sup> Vários autores, tanto na doutrina nacional quanto estrangeira, percebem que o livre convencimento motivado pode ser deturpado como forma de legitimar arbitrariedades judiciais. A análise específica dessa concepção do princípio com a prática forense brasileira se dá em razão do recorte próprio deste trabalho, não implicando na presunção de que outros sistemas não sofrem do mesmo problema. Ao contrário: a percepção crítica do livre convencimento percebida em Luigi Ferrajoli, Gascón Abellá e Ferrer Beltrán indica que este é um problema comum aos sistemas jurídicos da *civil law*.

<sup>281</sup> GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 409.

<sup>282</sup> GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 409.

<sup>283</sup> Apesar do ambiente de liberdade para a valoração da prova no processo penal brasileiro, há algumas exceções que devem ser ressaltadas. O principal exemplo é a exigência de corpo de delito quando a infração deixar vestígio, o que não pode ser suprido pela confissão do acusado (conforme artigo 158 do CPP). Trata-se de um dispositivo legal que impõe uma regra de valoração que limita o livre convencimento do julgador (exemplo retirado de BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 211-212). Ainda assim, é certo que determinações como essa são exceção, e a valoração da prova está, na grande maioria dos casos, desacompanhada de qualquer determinação legal.

uma imposição legal que determina que a livre valoração não é valoração ilimitada.<sup>284</sup>

A doutrina mais alinhada a epistemologia garantista interpreta essa disposição como forma de garantir o princípio do contraditório e afasta uma leitura que indique a liberdade de valoração como uma autorização para decidir de acordo com uma convicção pessoal ou íntima.<sup>285</sup>

A liberdade de valoração associada a alguns limites não é, no entanto, aquilo que predomina na cultura processual brasileira. Ricardo Gloeckner percebe que a ascensão do livre convencimento motivado no Brasil foi influenciada por tribunais de exceção, notadamente o Tribunal de Segurança Nacional, voltado ao julgamento de presos políticos no regime do Estado Novo.<sup>286</sup> Foi nesse contexto que o Código posteriormente adota a liberdade de convicção.

O discurso vigente do modelo processualista brasileiro é voltado a relacionar a liberdade de convicção com a busca da verdade real, voltado a pautar o julgamento do juiz na possibilidade de decidir de acordo com suas intuições e aparatos sensoriais.<sup>287</sup> Nesse contexto, era possível que o juiz formasse a sua convicção com base em critérios próprios, alicerçado em “qualquer das provas”, e até mesmo que formasse a sua convicção com base em elementos de fora do processo.<sup>288</sup>

As reflexões de Gloeckner são pautadas em um contexto histórico complexo, considerando a influência do fascismo italiano e no autoritarismo do Estado brasileiro que parecia beber da mesma fonte. No entanto, suas ponderações não se resumem às origens curiosas da liberdade de convencimento no Brasil, na medida que persistem interpretações da persuasão racional como liberdade absoluta para valorar a prova desde que a decisão seja fundamentada, sem necessariamente

---

<sup>284</sup> WIDAL FILHO, Márcio de Campos. A Valoração da Prova e o Código de Processo Penal Brasileiro. In: LACERDA, Alexandre Magno Benites de et, al. **Garantismo e Processo Penal**. 1 ed. Campo Grande: Contemplar, 2019. p. 173-203. p. 192

<sup>285</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 475.

<sup>286</sup> GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 409.

<sup>287</sup> GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 410.

<sup>288</sup> GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 410.

vinculá-la a critérios de racionalidade.<sup>289</sup>

A liberdade na apreciação da prova é definida no contexto processual brasileiro como a autorização de que dispõe o julgador para se agarrar a determinada hipótese, se orientando e tomando decisões a partir dela, mesmo que ela seja contrária a maioria das provas coletadas. Em outras palavras, não se vincula a qualquer tipo de método de controle epistêmico.<sup>290</sup>

A delimitação semântica do aspecto “livre” do conhecimento era definida como a consciência do juiz na responsabilidade da sua função, indicando que a única pretensão de controle partiria do próprio magistrado e de sua consciência.<sup>291</sup>

Nesse contexto de subjetividade, a própria fundamentação não era vista necessariamente como uma forma de controle, mas apenas o cumprimento de uma formalidade como forma de declarar as razões de decidir. O convencimento permanecia subjetivo e inacessível, sem vinculação necessária a critérios que pudessem submetidos a qualquer escrutínio.

O convencimento do magistrado, para todos os efeitos, permanece como um elemento de cunho subjetivo e personalíssimo, desvinculado a qualquer normativa e afeito apenas a consciência do juiz.<sup>292</sup>

Essa atribuição de liberdade da atuação jurisdicional era intimamente conectada com a noção vigente de finalidade do processo criminal; a elucidação dos fatos e a descoberta da verdade (no sentido clássico, i.e. verdade formal e

---

<sup>289</sup> Ricardo Gloeckner ilustra a liberdade de julgamento citando Tourinho Filho: “O “peso” concedido a cada um dos elementos probatórios recolhidos seria subjetivamente calculado pelo juiz, nada impedindo que a palavra de uma testemunha fosse considerada mais substancial do que a palavra de duas testemunhas, que o interrogatório do acusado tivesse um peso maior do que a perícia, e assim por diante. Nesse ponto, ilustrativas as palavras de TOURINHO FILHO [TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30 ed. v. 1, 2008. p. 44], para quem “o juiz, em face das provas existentes nos autos, tem inteira liberdade na sua apreciação. Pode desprezar o depoimento de quatro testemunhas, por exemplo, e respaldar sua decisão num único depoimento. Este é o princípio do livre convencimento”. GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 411.

<sup>290</sup> GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 411.

<sup>291</sup> GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 412.

<sup>292</sup> Citando a doutrina de Helio Tornaghi, clássico processualista do período: “as leis modernas voltam a dar ao juiz a mais ampla liberdade na apreciação da prova. Nenhum padrão lhe é imposto, nenhuma regra o vincula; não se lhe diz o antecipadamente qual o valor de cada prova. Mas exige-se-lhe que fundamente a sua decisão nos elementos contidos nos Autos”. In: GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 412.

material<sup>293</sup>)<sup>294</sup>, em razão da doutrina clássica considerar que o objeto de valoração no processo penal era de maior gravidade e necessitava de certezas mais concretas. A verdade real caracteriza um motivo simbólico alicerçado na estrutura do processo penal, diferenciando o processo civil do processo penal e estabelecendo a figura do juiz como protagonista.<sup>295</sup>

A liberdade na atuação do juiz era justamente voltada a garantia de decisões discricionárias como se fossem a melhor forma de produzir uma decisão justa, a exemplo de uma autoridade julgadora que dá maior proeminência ao depoimento de “um homem de bem” contra “dois homens de má fama, vida escusa e condenável”.<sup>296</sup>

A busca de uma verdade que era tida pela doutrina por “real” não era pautada em critérios epistêmicos reais e racionais, mas poderia se traduzir em meras racionalizações de preconceitos já introjetados pelo julgador, que sequer poderiam ser objeto de adequada discussão dentro do processo.

---

<sup>293</sup> A separação entre verdade formal e material (as vezes tratada por substancial) trata de uma significação diferente da verdade no âmbito civil e criminal, que já foi abandonada por grande parte da doutrina em razão de sua inadequação e confusão epistemológica. Nesse sentido, Marinoni e Arenhardt: “Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu seu brilho. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses objetos da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a esse método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais –, pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas. (...) Também CARNELUTTI ofereceu semelhante crítica à figura, qualificando-a como verdadeira metáfora. Realmente, falar-se em verdade formal (especialmente em oposição à verdade substancial) implica reconhecer que a decisão judicial não é calcada na verdade, mas em uma não verdade. Supõe-se que exista uma verdade mais perfeita (a verdade substancial), mas que, para a decisão no processo civil, deve o juiz contentar-se com aquela imperfeita, e, portanto, não condizente com a verdade. A ideia de verdade formal é, portanto, absolutamente inconsistente e, por essa mesma razão, foi (e tende a ser cada vez mais), paulatinamente, perdendo seu prestígio no seio do processo civil. A doutrina mais moderna nenhuma referência mais faz a esse conceito, que não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática (...)”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 41-42.

<sup>294</sup> GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 413.

<sup>295</sup> GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 415.

<sup>296</sup> Ricardo Gloeckner, tratando de trecho retirado do Curso de Direito Processual Penal da autoria de Magalhães Noronha, publicado em 1966: “(...) o juiz não estaria adstrito a critérios de valoração predeterminados, sedo livre: “assim, v.g., pode ele aceitar o testemunho de um homem de bem contra dois de má fama, de vida escusa e condenável”. In: GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 413.

A cultura processual brasileira, ainda que pautada em um critério alicerçado no raciocínio iluminista de aparente racionalidade e busca da verdade como aproximação, parece ser epistemologicamente orientada por uma crença do processo como produtor de verdades absolutas, em sentido similar à fé em processo inquisitórios e no uso de ordálio.

A análise promovida ao longo do primeiro capítulo indicou a importância do conceito de verdade para o garantismo, voltado a conectar a punição a ser aplicada pelo direito penal com alguma conduta praticada pelo jurisdicionado que tenha sido previamente estabelecida na lei como crime após um processo legislativo racional e democrático.

No entanto, até mesmo uma breve análise das práticas processuais que influenciaram a formação do processo penal brasileiro indica que o conceito de verdade foi utilizado para raciocínios subjetivos, escusos e arbitrários, a fim de legitimar práticas processuais abusivas e ofensivas aos direitos dos jurisdicionados.

Há uma íntima conexão entre esta concepção de verdade e a necessidade de se garantir amplos poderes ao juiz, tanto na gestão quanto na valoração da prova, que pode legitimar quase que qualquer ação processual desde que afirme que tenha sido pautado na busca da verdade.

A ideia de um juiz centralizador pautado apenas pela obrigação de decidir de acordo com um “dever ético” gera muitos reflexos para o processo penal brasileiro. Uma das mais significativas é a total ausência de limites à produção probatória, o que explica a imensa dificuldade de se compreender a prova ilícita.<sup>297</sup>

Essa sistemática também contribui para dificuldade de observar o princípio de correlação entre a denúncia e a sentença, bem como a possibilidade de decisão com base em elementos colhidos apenas em sede de Inquérito Policial.<sup>298</sup>

---

<sup>297</sup> Ricardo Gloeckner, citando a doutrina de Nelson Hungria: “(...) ‘um dos corolários do livre convencimento (também chamado de ‘verdade material’ ou ‘da certeza moral’), nítida e definitivamente adotado pela nossa vigente legislação processual penal, é a livre admissão dos meios de prova’. O resultado é um sistema que desconhece qualquer espécie de critério quanto à juridicidade de um meio probatório, o que implica afirmar-se, de antemão, a incompatibilidade deste regime (do livre convencimento) com um sistema de controles sobre a produção de prova (dentre elas a prova ilícita)”. In: GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 413-414.

<sup>298</sup> Apesar da limitação imposta pelo Código as provas produzidas em Juízo, Gloeckner faz a seguinte ponderação: “A ‘livre’ valoração da ‘prova’ estende-se aos fatos externalizados por ela, assim como as normas aplicáveis. Se o juiz pode, fundamentadamente, escolher provas, fatos e normas que incidiriam sobre o caso penal, evidentemente que a sentença poderia julgar para além dos limites da

## 2.5. A VALORAÇÃO DA PROVA, O JUÍZO DE FATO E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

É possível diferenciar o conceito de verdade do garantismo de um conceito vulgar de verdade e da sua busca como forma de legitimar práticas abusivas. A constatação de que o discurso acerca da busca da verdade está historicamente ligado a regimes autoritários e à legitimação de abusos não é suficiente para excluí-la por completo como um dos objetivos do processo penal.<sup>299</sup>

Vale destacar que o argumento puramente cético acerca da pretensão de verdade é insuficiente. A constatação da impossibilidade do processo representar um instrumento apto a produzir a verdade como uma correspondência perfeita não pode implicar num abandono absoluto do conceito, sob pena de colapsar todo o regime jurídico já estabelecido, que pauta sua legitimidade no resgate da realidade histórica.<sup>300</sup> Ademais, esse ceticismo não é pautado em postulados filosóficos claros, baseando-se apenas em uma premissa metodológica de que a prova e a sua valoração sempre serão baseadas nos processos psicológicos do sujeito que decide, o que não é negado pela posição em sentido contrário.<sup>301</sup> O conceito de verdade – e a sua busca como um dos objetivos do processo – pode ser pautado em uma epistemologia que leve em consideração todas as críticas da posição cética,<sup>302</sup> sem deixar de lado a necessária vinculação de um correto juízo fático com algum senso de justiça.

E como já asseverou Ferrajoli, se o conceito de verdade for

---

acusação”. E para os elementos inquisitórios: “(...) se tudo depende do caso, e isto é inerente ao sistema de livre convencimento, se os elementos do inquérito policial podem (desde que não exclusivamente) subsidiar a decisão do juiz, tem-se na realidade, a estrutura de um “sistema misto”, um código no qual aquilo que realmente importa é construído na fase preliminar, sendo a fase judicial, mero procedimento ratificatório do primeiro”. In: GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 414-415.

<sup>299</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 380.

<sup>300</sup> DAMASCENO, Fernando Braga. **Direito probatório (Stricto Sensu): da valoração da prova**. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. p. 75.

<sup>301</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p.63-64.

<sup>302</sup> Defendendo uma posição epistemológica “moderadamente realista”, conforme definido por GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p.63-64.

completamente abandonado, ou se restar definido que a verdade não é um dos objetivos do processo penal, a punição não será legitimada pela comprovação racional e jurisdicional de que a pessoa a ser punida praticou uma conduta proibida, mas sim por razões inerentemente subjetivas e afeitas a consciência daquele que aplica a punição. A verdade não cumpre um papel apenas epistêmico, mas de garantia.<sup>303</sup>

A crítica é correta quando contextualizada, isto é, quando se separa analiticamente o reconhecimento da verdade como objetivo do processo, essa sem prejuízo de outros direitos ou interesses concorrentes.<sup>304</sup> Dizer que a verdade deve ser um dos objetivos do processo não implica na presunção de que ela será o seu objetivo primordial,<sup>305</sup> ou de que necessariamente está associada com uma concepção de verdade como perfeita correspondência,<sup>306</sup> nem que será necessário sacrificar garantias para alcançá-la. Vale lembrar que a classificação de verdade processual de Ferrajoli determina que a produção de provas ilícitas sequer é apta a produzir verdade, indicando que os fatos sob escrutínio só podem ser tidos por efetivamente provados em um processo que respeite as garantias individuais da pessoa processada.<sup>307</sup>

Nesse mesmo sentido está situado o problema do problema do livre convencimento motivado – ou do sentido que se atribui ao real significado da liberdade na valoração de provas atribuída ao magistrado. Há influência de diversas outras questões relevantes, como o valor da verdade para o processo, o dever de motivação, e questões próprias da epistemologia. Ainda assim, é possível resumir a questão na necessidade de controle de decisões judiciais: pelo fato de que a concepção costumeira associada a liberdade de valoração desvincula o juízo de pautar o seu raciocínio em qualquer coisa que não seja sua mera convicção, e não necessariamente em critérios racionais.

---

<sup>303</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

<sup>304</sup> DE-LORENZI, Felipe da Costa. CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 177, ano 29, p. 71-132. p. 79-80

<sup>305</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 64.

<sup>306</sup> Parte significativa das críticas à pretensão da verdade no processo penal parece partir da premissa que estabelecer a verdade como um objetivo necessariamente a vincula ao vulgar conceito de verdade real.

<sup>307</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 62.

O próprio reconhecimento de limitações intrínsecas à busca da verdade e a possibilidade de erros humanos implica na necessidade de um controle racional acerca da valoração da prova pelo julgador, a fim de submeter a valoração da prova a um critério de controle dos raciocínios aplicáveis ao juízo de fato.<sup>308</sup> Nesse sentido, o que se busca é um sistema de valoração de prova pautado na administração do risco do erro, equivalendo a uma ideia de retidão ou “acurácia” da reconstrução histórica dos fatos colocados sob julgamento.<sup>309</sup>

Todos os problemas associados à valoração da prova não encontram qualquer guarida na livre valoração, ainda que acompanhado do dever de fundamentação. A exigência de fundamentar decisões judiciais não faz com que a liberdade seja submetida a controles mínimos de racionalidade, muito menos responde a ausência de critérios de controle epistêmicos da convicção judicial. O sistema processual não estabelece um instrumento jurídico apto a realizar essa função de controle.<sup>310</sup>

Essa questão representa um dilema que está no cerne do presente trabalho: seria o livre convencimento motivado compatível com métodos de operacionalização de um controle de racionalidade para o convencimento judicial acerca dos fatos? A prática processual brasileira, como já definido no primeiro capítulo, compreende as vias recursais como pura repetição do juízo de fato como forme de efetivar o controle do convencimento judicial,<sup>311</sup> sem adotar um critério de controle que seja alheio a mera possibilidade de divergência de opiniões de juízes de instâncias diferentes.

Em outros termos, é necessário analisar o livre convencimento motivado numa perspectiva de liberdade que seja anexada a uma concepção racional da

---

<sup>308</sup> DE-LORENZI, Felipe da Costa. CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 177, ano 29, p. 71-132. p. 111.

<sup>309</sup> DAMASCENO, Fernando Braga. **Direito probatório (Stricto Sensu)**: da valoração da prova. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. p. 77.

<sup>310</sup> Afinal, ao se ter assim conceituado o sistema da persuasão racional, terá faltado estabelecer, justamente, o núcleo do problema por ele suscitado, ou seja, a questão de saber se existe, ou não, uma instrumentação jurídica capaz de efetuar o controle da convicção judicial formada em determinado caso concreto. Em outros termos, fica por identificar uma base teórica, eminentemente voltada à prática, capaz de orientar o exame científico de um determinado convencimento judicial, com vistas à sua crítica, análise e correção”. In: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: Paradigmas para o seu possível controle. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-51, jan.-fev. p. 17.

<sup>311</sup> KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: Paradigmas para o seu possível controle. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-51, jan.-fev. p. 18.

valoração da prova e de conhecimento dos fatos, reconhecendo de maneira efetiva o valor epistêmico da atividade probatória.<sup>312</sup>

## 2.6 POR UMA CONCEPÇÃO RACIONAL DA VALORAÇÃO DA PROVA

O primeiro e o segundo capítulo estabeleceram as premissas da necessidade de controlar efetivamente e racionalmente a atividade jurisdicional, bem como a importância da pretensão de verdade para a epistemologia garantista e os problemas do livre convencimento motivado, como se equivalesse o convencimento judicial a uma mera atividade subjetiva do magistrado e o desvinculasse de critérios racionais de valoração da prova. A análise do princípio do livre convencimento motivado e os desdobramentos de sua aplicação e interpretação revelaram práticas parciais e autoritárias que forneceram um poder excessivo ao magistrado na atividade de valoração, quase que esvaziando a possibilidade de controle efetivo da decisão judicial acerca dos fatos.

Nesse contexto, vale rememorar que o princípio da livre convicção, embora tenha tido uma interpretação deturpada pelos juristas pós-iluministas, é de uma raiz inequivocamente liberal e garantista e foi erigido em oposição ao modelo de prova tarifada. A rejeição da prova legal e aplicação da liberdade de convicção só faz sentido, do ponto de vista epistemológico, ao se partir da premissa que a prova judicial não fornece resultados irrefutavelmente verdadeiros, mas limitam-se ao campo da probabilidade.<sup>313</sup> As provas não são, por si só, suficientes para justificar a convicção de culpabilidade, mas sua valoração. É apenas nesse sentido que ela pode ser considerada livre.<sup>314</sup> Assim, a livre convicção é um princípio metodológico, de cunho negativo, que consiste na rejeição da ideia de que provas com um valor previamente estabelecido sejam aptas a determinar uma decisão. Por consequência, a liberdade de convencimento caracteriza uma garantia de cunho epistemológico, que quando aplicada na esfera penal também constitui uma garantia de liberdade.<sup>315</sup>

---

<sup>312</sup> WIDAL FILHO, Márcio de Campos. A Valoração da Prova e o Código de Processo Penal Brasileiro. In: LACERDA, Alexandre Magno Benites de et, al. **Garantismo e Processo Penal**. 1 ed. Campo Grande: Contemplar, 2019. p. 173-203. p. 185.

<sup>313</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula. p. 253.

<sup>314</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 574.

<sup>315</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado

O princípio pode ser assim definido:

É proscrito o regime de valoração taxada e imposto o regime de livre valoração, interpretado como um princípio metodológico (negativo) que permite ao juiz não dar por provados enunciados fáticos que considere insuficientemente provados.<sup>316</sup>

Assim como ocorre com o conceito de verdade, que serviu a funções autoritárias e incompatíveis com um modelo democrático de processo penal, o livre convencimento motivado possui um importante papel no sistema garantista defendido neste trabalho. O problema do conceito ocorre por um erro de categoria, quando o intérprete imagina que a liberdade é um princípio positivo, e que a livre convicção é confundida com convicção livre. Na verdade, a liberdade é de cunho negativo e não institui nenhum critério positivo.<sup>317</sup>

Restou definido no primeiro capítulo que o garantismo é pautado por um modelo cognitivista de processo penal, atribuindo fundamental relevância à comprovação jurisdicional dos fatos como condição *sine qua non* à aplicação de qualquer punição. Nesse contexto, parte-se também do pressuposto de que a principal função da instituição probatória no processo judicial é o conhecimento da verdade dos enunciados fáticos que descrevem os fatos colocados em julgamento.<sup>318</sup>

Tal definição, cunhada por Jordi Ferrer Beltrán, define e situa a perspectiva de valoração da prova dentro de um contexto de racionalidade e define a determinação da verdade sobre os fatos pretéritos que são objeto de litígio como uma condição necessária – mas não absoluta – para a justiça. Essa concepção, que recebe a alcunha de “concepção racionalista da prova”, passa a receber maior relevância no âmbito latino e continental em período relativamente recente, a partir do final dos anos noventa e dois mil, por influência das obras de Ferrajoli e Taruffo, sendo posteriormente também abordada e elaborada por jusfilósofos da “Escola de

---

por Vitor de Paula. p. 254.

<sup>316</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula. p. 256.

<sup>317</sup> “Com efeito, deixando-se de lado as funestas – por anti-garantistas – consequências que derivam da interpretação do “princípio da livre valoração” como “critério (positivo) de valoração extremamente livre e íntima”, é necessário observar que essa, em todo caso, não é uma exigência para o reconhecimento do princípio. Em realidade, nenhum outro critério alternativo é exigido”. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula. p. 256.

<sup>318</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 67.

Girona”, a exemplo do próprio Beltrán.<sup>319</sup>

A teoria racionalista da prova é sedimentada justamente no papel epistêmico da prova, considerando-a um instrumento de conhecimento e uma atividade voltada a averiguar a verdade em uma noção “correspondentista”. Em oposição a essa perspectiva, há os defensores de uma concepção “persuasiva” ou “psicologista”, que apesar de não ignorarem completamente a relevância de algum conceito de verdade para o processo, pautam-se em uma perspectiva relativista em que a prova se limita a um instrumento de persuasão enquanto o critério de decisão acerca dos fatos permanece na convicção do julgador.<sup>320</sup>

Essa segunda posição, vale dizer, é bastante destacada e defendida por autores que também são associados à perspectiva garantista.<sup>321</sup> No entanto, não há como deixar de apontar que a posição persuasiva está irremediavelmente pautada em uma perspectiva irracional,<sup>322</sup> na medida que reserva o caráter epistêmico do processo à mera questão argumentativa e desvincula o senso de justiça a uma compreensão da verdade. Ademais, a impossibilidade da exigência de motivação funcionar como controle efetivo da decisão judicial decorre justamente desta perspectiva persuasiva, na medida que a definição fática da controvérsia não está diretamente vinculada à prova mas a aquisição de um estado mental ou de uma crença por parte do julgador.<sup>323</sup> Também vale destacar que essa perspectiva

---

<sup>319</sup> A Escola de Girona é constituída por diversos estudiosos que tiveram parte de sua trajetória acadêmica na Universidade de Girona, e produziram trabalhos vinculados a perspectiva racionalista da prova e desenvolveram estudos acerca da importância dos fatos e da epistemologia para o processo. Para uma descrição mais aprimorada, ver ACCATINO, Daniela. Teoria da prova: Somos todos “racionalistas” agora? In: **Os fatos no processo penal**. Coordenadoras Janaina Matida e Lívia Moscatelli. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 19-42.

<sup>320</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 63-68.

<sup>321</sup> A título de exemplo, posição defendida por Aury Lopes Junior em LOPES JR., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: **Verdade e prova no processo penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Ada Pellegrino Grinover et. al, coordenação de Flávio Cardoso Pereira. 1. Ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. Pgs. 63-84.

<sup>322</sup> Termo utilizado por ACCATINO, Daniela. Teoria da prova: Somos todos “racionalistas” agora? In: **Os fatos no processo penal**. Coordenadoras Janaina Matida e Lívia Moscatelli. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 19-42. Além disso, a perspectiva defendida por Lopes se aproxima da posição do realismo jurídico norte-americano, em que a “prova não é [voltada a] primordialmente apuração e determinação dos fatos, mas atividade essencialmente subjetiva e, por isso, irracional ou incontrolável”. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.p. 62.

<sup>323</sup> De acordo com Jordi Ferrer Beltrán, o Tribunal que reforma uma decisão de primeira instância não teria como fundamentar sua decisão de forma diferente de “minha convicção difere da do juiz de primeira instância e eu mando mais”. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 129.

delimita uma organização jurisdicional que dificulta – ou até impede – a adequada revisão do juízo fático realizado pela primeira instância, na medida que não haveria critérios reais a serem promovidos pelo juízo revisional. É somente por meio de critérios objetivos de valoração que uma decisão poderá ser repetida em um plano abstrato, o que só assim possibilitaria o seu controle pela via recursal.<sup>324</sup>

O livre convencimento motivado é construído epistemologicamente como um princípio negativo, deixando um vazio a ser preenchido.<sup>325</sup> Se este princípio não diz quais são os métodos de valoração a serem utilizados, o modelo cognitivista já definido deixa “algumas pistas”, na definição de Gascón Abellán; impede o uso de alguns critérios e indica outros.<sup>326</sup> Isso ocorre por meio de aportes da epistemologia,<sup>327</sup> que pode resumir a valoração como uma atividade racional consistente na escolha da hipótese mais provável entre as várias reconstruções possíveis dos fatos. Os modelos de valoração devem buscar fornecer esquemas racionais para determinar o grau de probabilidade de cada uma das hipóteses, funcionando como esquemas probabilísticos pautados em um critério de verdade como correspondência.<sup>328</sup> O caráter probabilístico das conclusões acerca da prova não implica num afastamento do critério da verdade, mas uma relativização da confirmação do valor de verdade a ser atribuído as decisões considerando o seu caráter intrinsecamente provável e não plenamente correspondente.<sup>329</sup>

Essa perspectiva racionalista para a valoração também parte de alguns pressupostos, parte deles já mencionados, mas que são assim elencados por Jordi Ferrer Beltrán: a prova tem como objetivo institucional a averiguação da verdade(i); a prova busca determinar a ocorrência ou inoocorrência de fatos passados (ii); o

---

<sup>324</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 147. No mesmo sentido, ver BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 210.

<sup>325</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 210.

<sup>326</sup> O modelo cognitivista automaticamente exclui um modelo irracional de pura subjetividade e um modelo de pretensão de alcance pleno e irrefutável da verdade. Por consequência, induz ao uso de um método de caráter científico, pautado na aceitabilidade de enunciados fáticos e probabilidade de suas conclusões.

<sup>327</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 210.

<sup>328</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. 259

<sup>329</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 26.

direito inclui um bom número de regras jurídicas acerca da prova, limitando em alguma medida a liberdade da decisão (iii); a tomada de decisões se submete à limitações temporais (iv); a produção da prova é influenciada pela intervenção das partes no processo (v); a justificação da decisão adotada é relativa a um conjunto determinado de elementos produzidos em juízo (vi); a decisão acerca da prova é dotada de autoridade (vii).<sup>330</sup> Ao estabelecer as características que definem o contexto da tomada de decisão, Beltrán também enumera três momentos de decisão sobre a prova: a conformação dos meios probatórios, ou seja, a delimitação da prova que poderá ser admitida; a valoração da prova, que é a avaliação e ponderação dos elementos de prova produzidos ao longo da instrução; e a decisão em si, com a tomada da decisão lastreada na valoração dos elementos apresentados.<sup>331</sup> Deve-se levar em conta, ainda, que cada um desses momentos será pautado por raciocínios acerca da relevância da prova, o cumprimento de seus requisitos de admissibilidade e outros controles procedimentais para sua adequada produção.<sup>332</sup>

A perspectiva probabilística e pautada em diferentes momentos probatórios contribui para a proposição de uma nova analogia. É comum que a atividade jurisdicional seja comparada a atividade do historiador, no sentido de tentar descobrir o que aconteceu em fatos passados; Jordi Ferrer propõe que a melhor analogia seria o diagnóstico promovido pelo médico ao paciente que padece de alguma enfermidade.<sup>333</sup>

O diagnóstico, assim como um fato a ser apurado judicialmente, refere-se a um fato individual e irrepetível (a presença da enfermidade). O objetivo da atividade clínica é a averiguação da verdade do estado de saúde do examinando, assim como o objetivo da prova. Além disso, o diagnóstico é influenciado por outros objetivos que concorrem com a averiguação da verdade, assim como a busca da verdade em um processo judicial. A investigação diagnóstica não é regida apenas por regras de racionalidade, como também regras jurídicas, deontológicas e

---

<sup>330</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 29-41.

<sup>331</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 41-49.

<sup>332</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 68-86.

<sup>333</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 49.

protocolos médicos, assim como normativas contra-epistêmicas que podem ser aplicadas no contexto do processo. Além disso, há limitações temporais e de recursos materiais e humanos intrinsecamente associados à prática médica, assim como ocorre no âmbito da jurisdição. Também é possível traçar um paralelo entre o paciente e as partes processuais, na medida que suas intervenções determinam a quantidade de elementos disponíveis para a tomada de decisão. Por último, a decisão clínica diagnóstica é dividida em três momentos, nomeados por Ferrer Beltrán em analogia direta aos momentos probatórios: a) conformação dos elementos de juízo (ou levantamento de informações e provas diagnósticas); b) valoração individual e conjunta desses elementos; e c) tomada de decisão diagnóstica (que procede a decisão do tratamento).<sup>334</sup>

A analogia cumpre um propósito didático de explicar os elementos principais da concepção de valoração racional da prova. Essas divisões e a analogia não explicam, entretanto, o que exatamente se quer dizer com a valoração racional da prova em sentido prático, dentro do contexto do livre convencimento motivado, que necessita de uma integração com o emprego de princípios da epistemologia.<sup>335</sup>

### 2.6.1. MÉTODOS DE RACIONALIZAÇÃO DA VALORAÇÃO DA PROVA – O MÉTODO ESTATÍSTICO;

A valoração propriamente dita ocorre a partir do momento em que for delimitado o conjunto de elementos de prova, ou seja, com o encerramento da instrução. A perspectiva da valoração racional impõe reconhecer, na mesma esteira da epistemologia garantista, que o conjunto probatório jamais poderá gerar certeza. Isso ocorre pelo problema da justificação do raciocínio indutivo, que vale tanto para a ciência quanto para o raciocínio judicial.<sup>336</sup> A valoração racional será, portanto, de cunho probabilístico, o que não necessariamente indica um modelo; há pelo menos três modelos de raciocínio probabilístico: a probabilidade estatística; a probabilidade

---

<sup>334</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 49-52.

<sup>335</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 211.

<sup>336</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 91. No mesmo sentido ver BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 215.

subjetiva; e a probabilidade indutiva.<sup>337</sup>

Ferrer Beltrán reforça que o uso de uma ou outra regra de probabilidade depende do seu cabimento a um objetivo, ou seja, a regra de probabilidade a ser utilizada é aquela que melhor cumpre ao propósito de fornecer ao operador do direito os instrumentos necessários e adequados à valoração das provas e a busca da verdade. Cada uma das concepções pode ter aplicação parcial ou ocasional, mas não necessariamente se adequa a estrutura geral do raciocínio probatório e da valoração racional da prova.<sup>338</sup>

É justamente o que ocorre com o raciocínio estatístico. Tanto Jordi Ferrer quanto Badaró citam um exemplo famoso, creditado a Laurence Tribe,<sup>339</sup> em que o raciocínio probabilístico foi aplicado no “caso dos ônibus azuis”. Numa noite, a Sra. Smith conduzia o carro por uma estrada isolada até que foi abalroada por um ônibus azul. A Sra. Smith não conseguiu perceber qualquer outra característica do ônibus além da cor. Um processo foi movido contra uma empresa com base em uma análise estatística, indicando que apenas duas empresas operavam ônibus naquele trajeto e 80% dos veículos azuis pertenciam a uma delas. No caso, ao se aplicar o *standard*<sup>340</sup> de preponderância de evidências, ou seja, ao se determinar que é mais provável do que não que o ônibus pertencia àquela empresa, seria necessário atribuir ganho de causa à Senhora Smith. O problema é que a companhia em questão poderia ser condenada por qualquer acidente envolvendo um ônibus naquela cidade, uma vez que sempre seria mais provável do que não o seu envolvimento. Por esse motivo, a impossibilidade de determinar a propriedade do ônibus fez com que o pedido principal fosse indeferido.<sup>341</sup>

---

<sup>337</sup> Classificação proposta em BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.p. 215. Não se trata de um modelo exaustiva nem excludente. Jordi Beltrán e Marina Gascón, por exemplo, dividem as teorias em dois: probabilidade usando de métodos matemáticos (ou probabilidade estatística); e probabilidade de esquemas de confirmação (ou probabilidade de proposições), sendo que esta pode ser subdividida entre subjetiva e indutiva. A divisão entre probabilidade estatística e indutiva também é chamada de “Pasciana” e “Baconiana”. Ver GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 259 e FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 94.

<sup>338</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 96.

<sup>339</sup> TRIBE, Laurence. Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process. In: **Harvard Law Review**, 84, 1971.

<sup>340</sup> O tema dos *standards* será abordado no capítulo posterior.

<sup>341</sup> O caso real foi julgado pela Corte Suprema de Massachussets, em *Smith v. Rapid Transit Inc.* 58n. e 2d 754 (1954). Resumo do caso em: [Smith v. Rapid Transit, Inc | Case Brief for Law Students |](#)

Outro exemplo acerca da impossibilidade do uso irrestrito do raciocínio estatístico é proposto por Cohen<sup>342</sup>, que cunhou o “paradoxo do intruso” ou “paradoxo do penetra”. Em uma cidade, foi realizado um evento pago e 499 pessoas pagaram entrada. No entanto, 1000 pessoas compareceram. Uma dessas pessoa é o indivíduo A. Se não foram emitidos ingressos e não há testemunhas de que A pagou pela entrada, critérios matemáticos de probabilidade indicam uma maior chance de A ter invadido o evento sem pagar do que o contrário. Os organizadores do evento poderiam ajuizar uma ação indenizatória contra A indicando que o balanço de probabilidades estava em seu favor. O problema é que o mesmo raciocínio seria aplicável abstratamente a qualquer um dos 1000 indivíduos que compareceram, mesmo que tivessem recebido o valor da entrada de 499 deles.<sup>343</sup>

A probabilidade estatística, em síntese, só pode se basear na frequência de ocorrência de determinado resultado. É um raciocínio generalista que é essencialmente inadequado para valorar o conjunto probatório em um caso penal, que sempre tratará de um acontecimento concreto, único e irrepitível. Definir a probabilidade abstrata da repetição de uma hipótese não diz nada sobre eventos individuais.<sup>344</sup> Isso sem falar na dificuldade de se quantificar adequadamente a sua avaliação subjetiva prévia.<sup>345</sup>

Tanto a epistemologia quanto o direito não estão interessados simplesmente na redução de erros, uma vez que é necessário que uma decisão sobre os fatos seja justificada com base nos elementos produzidos especificamente para aqueles processos. Um acerto com base no raciocínio estatístico é equivalente a um acerto por acaso, uma vez que não é capaz de indicar que a tomada de decisão é efetivamente pautada nos elementos de prova disponíveis para o caso.<sup>346</sup>

---

[Casebriefs](#), acesso em 20/01/2024. O exemplo foi abordado tanto em FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 98 como BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 217.

<sup>342</sup> COHEN, Jonathan L. *The probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 75.

<sup>343</sup> Exemplo tratado tanto em FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 99-100 como BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 218.

<sup>344</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 217-218.

<sup>345</sup> Se são os juízes que devem sopesar e quantificar o cálculo da probabilidade subjetiva, pessoas diferentes atribuirão um senso de probabilidade diferente às mesmas proposições. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 267.

<sup>346</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 101.

O uso inadequado desse raciocínio ganhou proeminência em um caso criminal nos Estados Unidos chamado *People v. Collins*,<sup>347</sup> em que a probabilidade estatística foi utilizada como principal fundamento para condenar os acusados. Em síntese, uma senhora idosa foi roubada e derrubada, tendo declarado que apenas conseguiu ver uma jovem, branca e loira, fugindo. Uma outra testemunha disse que viu uma jovem branca e loira correndo e depois a viu em um automóvel amarelo que era conduzido por um jovem negro com barba e bigode. Um casal com essas características (jovem negro com barba e bigode; jovem branca e loira; carro amarelo) foi preso poucos dias depois e a acusação indicou uma testemunha com *expertise* em estatística para sustentar que a repetição dessas características aleatoriamente na população era mínima, obtendo o resultado de uma possibilidade em doze milhões de que um casal tivesse tais características. O júri condenou o casal com base nesse raciocínio, mas a Suprema Corte da Califórnia posteriormente reverteu a decisão. O fundamento do julgamento da Suprema Corte foi o fato de que o raciocínio matemático empregado estava tecnicamente incorreto, mas acima de tudo, indicou que a mera menção estatística fez com que o júri tivesse se desviado de sua verdadeira função: a valoração da prova. Não se avaliou se os condenados efetivamente tinham aquelas características, ou se as testemunhas haviam feito uma descrição correta e coerente, nem mesmo se havia possibilidade concreta de outras pessoas terem as mesmas características naquela região.<sup>348</sup>

O exemplo citado demonstra que o uso da probabilidade estatística acaba por desprezar os elementos concretos do caso, ou seja, subverte o raciocínio de que a decisão precisa ser tomada com base naquilo que foi produzido dentro do processo. O uso do critério estatístico faz com que não se verifique a possibilidade de ocorrência do fato posto em julgamento, mas a probabilidade abstrata de repetição de uma hipótese.<sup>349</sup> O elevado risco de erro é ainda mais relevante para casos penais, considerando que o *standard* a ser aplicado é ainda mais elevado e

---

<sup>347</sup> *People v. Collins*, 17 Cal. 3d 687, 552 P.2d 742, 131 Cal. Rptr. 782. Destaque para a sinopse: Não é apropriado que jurados sejam indevidamente impressionados pela mística de uma demonstração matemática, quando esta não pode indicar a sua relevância ou valor para o caso. Tradução livre. Resumo do caso em: [People v. Collins | Case Brief for Law Students | Casebriefs](#). Acesso em 20/01/2024.

<sup>348</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 220.

<sup>349</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 220.

qualquer situação mínima de dúvida deve ser solucionada pelo princípio da presunção de inocência.<sup>350</sup>

Ainda assim, o uso do raciocínio estatístico não é completamente incabível para qualquer valoração dentro do campo penal. A verossimilhança de algumas provas pode ser valorada individualmente com base no raciocínio estatístico, a exemplo de um exame de DNA que indique que o material genético encontrado na cena do crime tem 99.9% de chance de pertencer ao investigado.<sup>351</sup> O problema se encontra apenas na fundamentação de uma teoria geral de valoração das provas com base no raciocínio estatístico,<sup>352</sup> ou até mesmo no grau de confiança epistemológico depositado na apresentação de dados pretensamente científicos, em que provas estatísticas acabam por fundamentar sozinhas a prova do fato principal.<sup>353</sup>

## 2.6.2. MÉTODOS DE RACIONALIZAÇÃO DA VALORAÇÃO DA PROVA – A PROBABILIDADE SUBJETIVA;

Já a probabilidade subjetiva não é pautada na repetição dos eventos, mas nas proposições. Equivale a uma noção epistemológica de possibilidade, ou seja, estabelece graus de possibilidade para que uma proposição possa ser tida como verdadeira.<sup>354</sup>

Ao se pautar no grau de (ou força da) crença racional que pode ser depositada em uma hipótese fática, acaba por compartilhar pressupostos epistemológicos da probabilidade estatística ao aplicar um método de cálculo matemático. Seria o equivalente a um “cálculo” de probabilidade de uma hipótese em uma escala que vai de 0 a 1, em que o 0 equivale a absoluta falta de confiança e

---

<sup>350</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 220.

<sup>351</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 221.

<sup>352</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 269. Sobre o tema, ver ainda DIAS, Juliana Melo. HERDY, Rachel. Probabilismo jurídico: o fetiche pelos números no direito. In: **Os fatos no processo penal**. Coordenadoras Janaina Matida e Lívia Moscatelli. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 43-60.

<sup>353</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 275.

<sup>354</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 221.

o 1 corresponde a uma certeza absoluta.<sup>355</sup>

Os defensores dessa perspectiva, também chamados de *bayesianos* em razão da aplicação do teorema de Bayes, que é assim explicado por Ferrer Beltrán:

Suponhamos que um processo por homicídio tem apreendida a prova do crime, e foi provado que esta arma tem as impressões digitais do imputado X. Suponhamos ainda que a acusação sustenta que o fato (que chamarei de *e*) apoia a hipótese acusatória *h*, segundo a qual X é o autor material do delito. A tese acusatória é fundada, ainda que não explicitamente, em duas premissas: (a) se X fosse o autor material do delito, teria *provavelmente* deixado suas impressões digitais na arma utilizada para cometê-lo; e (b) se não fosse X o autor material do homicídio, *provavelmente* não teria deixado suas impressões digitais na arma do delito. Perguntemo-nos agora: qual é o esquema lógico da inferência em virtude da qual, as premissas (a) e (b) se podem concluir que a circunstância *e* apoia a hipótese *h*? (...) para os teóricos da probabilidade matemática que usam o teorema de Bayes, há a seguinte forma:  $P(H/E) = P(E/H) \times P(H) / P(E/\neg H)$ , que se lê: a probabilidade condicional de que a hipótese *H* seja verdadeira dado o elemento de juízo *E* é igual a probabilidade de que *E* é verdadeira multiplicada por *H* (desconsiderando *E*), dividindo a probabilidade de que o resultado seja *E* se *H* não for verdadeira. O cálculo nos permite medir o impacto do elemento *E* [impressões digitais na arma do crime] na probabilidade de *H* [o dono das impressões é o autor do crime], ou seja, passar da probabilidade de *H* antes de tomar em conta o elemento e juízo *E* (...), ou a probabilidade condicionada de que *H* seja verdade considerando que se conhece *E* (...). Convém recordar que se mede o impacto de *E* na probabilidade de *H* interpretado em termos do grau de crença em *H*. Isto é, a crença em *H* reforça ou debilita, e em qual grau, a presença de *E*?<sup>356</sup>

A questão que se coloca é que ainda que o raciocínio a ser utilizado para valorar a prova possa ser descrito por meio do teorema,<sup>357</sup> o resultado do cálculo depende diretamente das probabilidades que são designadas *a priori*.<sup>358</sup> Essa crença inicial deverá ser simplesmente escolhida pelo juiz, o que faz com que seja possível que dois juízes apliquem o mesmo método de valoração sobre dois conjuntos de provas e cheguem a resultados diversos.<sup>359</sup> Se o objetivo da valoração da prova é retirar o alto grau de discricionariedade de que dispõe o juiz, o cerne da probabilidade subjetiva é ausente de um valor minimamente objetivo que escape das

<sup>355</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 108.

<sup>356</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 109.

<sup>357</sup> O cálculo pode ser assim explicado: a probabilidade combina informações estatísticas sobre determinado evento (*likelihood ratio*) com uma formação estatística inicial (*prior probability*), sendo o resultado de tal combinação a probabilidade posterior (*posterior probability*), que expressa a valoração final da prova. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 222.

<sup>358</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 110.

<sup>359</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 222.

crenças pessoais do magistrado.

Se o valor atribuído *a priori* for muito baixo, também será baixo o resultado da valoração final. Se o valor atribuído for muito alto, também será alta a valoração.<sup>360</sup> O cálculo acaba por fornecer mais etapas de elevada complexidade para fundamentar um raciocínio que será fundamentalmente estabelecido previamente pelo juiz, de modo subjetivo e inatingível a qualquer tipo de controle epistêmico. E o cálculo, que pode ser simples na análise de uma prova isolada, assume um elevado grau de complexidade se há exigência de provas de um ou mais elementos independentes para a valoração do fato por completo. Há aqui um problema de conjunção, cujo cálculo poderá variar a depender de cada uma das hipóteses independentes e do *standard* a ser aplicável para a resolução do caso.<sup>361</sup>

Esse problema assume especial relevância considerando as peculiaridades do processo penal. Se o grau de confiança será adotado com base no intervalo entre 0 e 1, a teoria da probabilidade necessariamente exige a adoção de uma posição neutra com resultados de 0,5 entre a hipótese e sua negação. E antes de tomar em conta qualquer elemento de prova, a probabilidade inicial de uma hipótese – cabível para qualquer outra – sempre será neutra. E não é admissível atribuir uma probabilidade neutra ou positiva a hipótese acusatória antes da análise da prova.<sup>362</sup>

Além disso, o modelo de probabilidade subjetiva se limita a medir a probabilidade de verdade de uma proposição com base em um conjunto de elementos de juízo, mas não leva em conta o peso deste conjunto. Essa questão é tratada por Ferrer Beltrán como o problema da complementariedade. O problema com a adoção do modelo, em outros termos, é indicado pelo fato de que a probabilidade do fato ter ocorrido ou não ter ocorrido equivale a uma soma completa, mas se a prova é insuficiente para qualquer uma das suas afirmações, não é possível corroborar nem a afirmação nem a sua negação.<sup>363</sup>

---

<sup>360</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 222.

<sup>361</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 115-117.

<sup>362</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 115-119.

<sup>363</sup> “O princípio da complementariedade pressupõe que “a probabilidade de *p* e a probabilidade de *não-p* devem somar 1, mas se a prova é insuficiente para qualquer dessas, nem uma afirmativa nem a sua negação podem estar corroboradas em grau algum”. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **La**

O uso do teorema de Bayes como modelo normativo acaba por supervalorizar a probabilidade inicial e subestimar injustificadamente o peso que os diferentes elementos possuem no resultado da probabilidade final.<sup>364</sup> Por esses motivos, há problemas que tornam “impossível de salvar” a concepção subjetivista de probabilidade para a valoração racional da prova.<sup>365</sup>

### 2.6.3. MÉTODOS DE RACIONALIZAÇÃO DA VALORAÇÃO DA PROVA – A PROBABILIDADE INDUTIVA OU LÓGICA

A concepção lógica de probabilidade é atribuída principalmente a Carnap, contendo dois pressupostos básicos: (a) a relação de confirmação indutiva é uma relação lógica entre duas proposições; e (b) a confirmação é probabilística e sua graduação se ajusta ao cálculo matemático de probabilidades.<sup>366</sup> No entanto, o uso da matemática recai em todos os problemas já mencionado, quer seja pelo uso de estatística – o que implica em certa negação de uma real valoração da prova – ou na designação arbitrária de probabilidades quantitativas *a priori* para os elementos que serão valorados.<sup>367</sup> Por isso, Jordi Ferrer trabalha em torno da obra de L. J. Cohen<sup>368</sup> acerca do uso de uma probabilidade indutiva que não admite o cálculo matemático em nenhuma hipótese, mas sim um método de indução eliminatório.<sup>369</sup> O método é também chamado de *baconiano*, por influência de Francis Bacon.<sup>370</sup>

A probabilidade em que um elemento de juízo – ou uma prova – dá suporte a uma hipótese é decorrente de uma relação lógica entre duas proposições. A relação de confirmação da indução é uma relação lógica, cuja confirmação é uma

---

**valoración racional de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 118. Tradução livre.

<sup>364</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 269.

<sup>365</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 120.

<sup>366</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 120.

<sup>367</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 120-121.

<sup>368</sup> COHEN, Laurence Jonathan. **The probable and the provable.** Oxford: Clarendon Press, 1977.

<sup>369</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 120-121.

<sup>370</sup> Como já visto, há autores que dividem as teorias entre as de viés matemático (vinculadas ao pensamento de Jean Pascal) e as não-matemáticas (vinculadas ao pensamento de Francis Bacon). A denominação *baconiana* decorre justamente da negação do uso do cálculo matemático para a análise de probabilidades. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 122.

implicação gradual. O grau de confirmação em que uma prova confirma uma proposição não depende de uma informação propriamente empírica, mas do seu conteúdo linguístico. É óbvio que uma informação empírica é o que determina se a prova é retirada do mundo factível, mas a relação entre a prova e a sua proposição fática se dá no âmbito de regras linguísticas.<sup>371</sup>

O raciocínio eliminatório é pautado por elementos de prova que dão sustentação para as inferências acerca dos fatos, ou seja, utilizando a prova como a base do raciocínio para os tipos de conclusão que se pode validamente extrair. É com base nos elementos de prova disponíveis que se valora o grau de fundamento que o meio de prova dá para a ocorrência de um evento.<sup>372</sup> Vale destacar que o grau de corroboração ou de suporte indutivo das hipóteses pode ser comparado, sopesado e valorado, mas não num raciocínio de quantificação numérica.<sup>373</sup>

O modelo da probabilidade indutiva nasce do raciocínio de Cohen a partir da percepção das falhas da teoria matemática da probabilidade, que não distingue suficientemente duas questões diferentes: a probabilidade de uma hipótese singular e o grau de suporte indutivo da generalização.<sup>374</sup> Gascón Abellán trata do seguinte exemplo: a probabilidade (ou o grau de suporte indutivo) de que a impressão digital encontrada na faca utilizada para assassinar alguém pertença a pessoa A é X; essa probabilidade é completamente diferente da afirmação de que A é o assassino com grau X de probabilidade. Probabilidades matemáticas não fornecem respostas adequadas para dar conta de casos singulares.<sup>375</sup> Em outros termos, a valoração não consiste no uso de cálculos matemáticos para referir-se ao grau de probabilidade com que as provas sustentam uma ou outra hipótese; esse raciocínio será feito pelos juízes por um raciocínio que não se confunde com a probabilidade matemática utilizada para produzir a prova científica.

O fato de se usar um raciocínio lógico não indica outras similaridades com

---

<sup>371</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 116.

<sup>372</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 225.

<sup>373</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 122.

<sup>374</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 280.

<sup>375</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 280.

a lógica matemática. Não se pretende medir uma frequência relativa, nem mesmo uma crença subjetiva na veracidade de uma proposição, mas a confiabilidade da inferência que conecta uma proposição com a outra e com as provas produzidas dentro do processo.<sup>376</sup> O apoio, suporte ou negação da hipótese depende da sua convergência por “graus de confirmação”, ou seja, vinculando necessariamente as hipóteses fáticas com os elementos de prova.<sup>377</sup> Dentro da escala entre 0 e 1, o ponto inicial da escala não é relacionado a falsidade da hipótese, mas a falta de elementos de juízo que deem suporte a essa inferência. A confiabilidade da inferência aumenta de acordo com a sua relação com as provas, à medida que supere controles probatório que a falseiem. O processo de avaliação do suporte indutivo de uma hipótese sempre será 0, já que é anterior a qualquer elemento de juízo, e tanto a hipótese quanto a sua negação podem ter uma probabilidade simultânea de 0 se considerarmos que não há informação relevante para qualquer uma delas.<sup>378</sup>

O raciocínio *baconiano* utiliza uma lógica de probabilidade que contrasta hipóteses contraditórias com base em generalizações (como máximas de experiência) e na análise da prova.<sup>379</sup> A “regra de prova” de Cohen consiste em comprovar que, no caso particular, não ocorrem circunstâncias que excluiriam a aplicação de uma generalização, não bastando que as provas disponíveis proporcionem farto suporte à hipótese, mas também excluam hipóteses alternativas.<sup>380</sup> Gascón Abellán trabalha com o seguinte exemplo:

Um homem é surpreendido às três da manhã com joias no bolso no jardim da casa em que essas haviam sido roubadas; ele pode ser acusado de ser o ladrão. A acusação teria de invocar, nesse caso, a generalização de que sempre que um objeto é removido de seu lugar e um homem é encontrado imediatamente depois com esse no bolso, ele deliberadamente o pegou. A defesa teria que tentar provar que essa generalização não se aplica ao caso particular, aportando algum testemunho que alegue, por exemplo, que outra

---

<sup>376</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 132.

<sup>377</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 132.

<sup>378</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 133.

<sup>379</sup> Ferrer Beltrán pondera acerca do uso de “generalizações empíricas” que atuam como garantia da inferência entre um fato e outro, que podem incluir tanto conhecimentos técnicos como leis científicas ou simples generalizações do senso comum. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 133.

<sup>380</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito: bases argumentativas da prova**. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 281.

peessoa havia jogado as joias no jardim e que o réu as recolheu para guardá-las... A acusação teria que desconstruir, para afastar qualquer vestígio de dúvida razoável, toda a força do testemunho da defesa, provando, por exemplo, que não havia mais pessoas no jardim.<sup>381</sup>

Outros autores trabalham com exemplos distintos, a exemplo de Ferrer Beltrán,<sup>382</sup> mas o fato é que a verificação de cada uma das hipóteses será determinada por induções eliminatórias, em que se compara a “capacidade de resistência” daquela hipótese a plausibilidade de interferência de outras questões que poderiam conduzir a hipóteses distintas.<sup>383</sup>

Este modelo destaca a necessidade de que as provas apresentadas para sustentar uma hipótese devem ser “completas”, ou seja, a vinculação das hipóteses à prova produzida é acompanhada de juízos de valor acerca da quantidade de fatos disponíveis; a insuficiência de determinada informação relevante acerca dos fatos atua para evitar a atribuição de uma alta probabilidade à hipótese sobre estes, porque as informações de que não se dispõe (caso existissem) poderiam negar a hipótese.<sup>384</sup> Além disso, nota-se que este modelo de probabilidade indutiva parece formalizar um procedimento lógico que já acompanha intuições muito características dos juristas, sendo até possível afirmar que constitui uma racionalização das intuições para acompanhá-las de um “aparato epistemológico”.<sup>385</sup>

O processo indutivo (ou hipotético-dedutivo) se desenvolve através de sucessivas confirmações das hipóteses da sua submissão ou refutação. A aceitabilidade dessas hipóteses depende do grau de confirmação ao material probatório, bem como a resistência às contraprovas. A hipótese pode ser aceita se não tiver sido refutada pelas provas disponíveis; ao contrário: se as provas a confirmarem. Ou seja: é necessário estabelecer um nexo causal lógico entre a prova

---

<sup>381</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 282.

<sup>382</sup> Jordi Ferrer Beltrán cria um exemplo de um homem suspeito de matar alguém durante um assalto a uma joalheria, utilizando como variável a presença de pólvora nas mãos como variável para sustentar a hipótese acusatória ou defensiva. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 132.

<sup>383</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 226.

<sup>384</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 283.

<sup>385</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 283.

e hipótese, em que “a existência da última constitua uma razão para se aceitar a primeira”.<sup>386</sup> Além disso, na possibilidade de hipóteses rivais estarem suficientemente respaldadas pelo conjunto probatório, outros critérios de verdade podem ser utilizados. Gascón Abellán menciona os critérios de simplicidade<sup>387</sup> e de coerência narrativa<sup>388</sup> como referenciais para pautar a escolha, mas é possível dizer que no processo penal hipóteses minimamente verossímeis em sentido diverso serão sempre solucionadas pela adoção da hipótese mais favorável ao acusado, por força do princípio do *favor rei*. Nisso consistiria uma regra legal de decisão<sup>389</sup> que não tem necessariamente vinculação a uma regra epistemológica.

Os parágrafos anteriores não exaurem, nem de perto, a temática da probabilidade indutiva. Além do resumo da complementação com os esquemas valorativos dos graus de confirmação que illustrei no parágrafo anterior, há ainda a necessidade de se determinar a metodologia da corroboração das hipóteses,<sup>390</sup> bem como a possibilidade de estender o raciocínio inferencial a partir de esquemas de argumentação.<sup>391</sup>

---

<sup>386</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 287.

<sup>387</sup> Em referência a obra de I.M. Copi, a “simplicidade” basicamente consiste na adoção da hipótese mais simples ou “natural”. A autora considera um critério supérfluo, que não difere substancialmente de um critério empírico de maior incidência de confirmações. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 296.

<sup>388</sup> O critério da coerência narrativa é arquitetado por McCormick, que vincula a credibilidade de uma hipótese, além da corroboração por dados probatórios, a uma “melhor explicação dos fatos”. Ou seja, a confiabilidade da história dentro de princípios explicativos de racionalidade, bem como a dependência de um número de eventos que devem ter ocorridos para permitir a coerência com os dados probatórios. A narrativa mais coerente é a menos improvável com a “aplicação de um teste”. Gascón Abellán pondera que o critério é possível de ser utilizado, mas é possível que ao final do teste nenhuma hipótese prevaleça em detrimento da outra. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 297.

<sup>389</sup> Termo utilizado por Gascón Abellán para referir-se à aplicação do *in dubio pro reo* e regras de ônus da prova para decidir entre hipóteses. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 298.

<sup>390</sup> Desenvolvido por Jordi Ferrer com apoio nas contribuições de David Schum, relacionando os momentos de importância no processo com os momentos probatórios, para posteriormente desenvolver uma estrutura lógica da valoração que consiste em (1) H e AS e CI -> P, em que H é a hipótese a ser corroborada, SP as suposições adicionais, CI as condições iniciais e P a predição (ou previsão). A isso, acrescenta-se a fórmula (2), em que  $\neg(H \text{ e AS e CI}) \rightarrow$  muito provavelmente  $\neg P$ , ou seja, se as hipóteses H e as suposições adicionais e as condições iniciais, muito provavelmente P não ocorreu. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 126-139.

<sup>391</sup> Raciocínio desenvolvido por Badaró como forma de definir modelos de inferência adequados para um melhor controle da racionalidade da decisão. São analisados a inferência probatória com base no

Não é possível abordar todas as implicações e detalhes da probabilidade indutiva neste trabalho. É factível, no entanto, indicá-lo como modelo para pautar as decisões judiciais em um processo penal garantista e voltado ao controle da atividade jurisdicional. É até mesmo possível traçar um paralelo<sup>392</sup> entre o modelo indutivo e o esquema de sucessiva confirmação e refutação de hipóteses desenvolvido por Ferrajoli como corolário do sistema acusatório.<sup>393</sup>

Essa metodologia possibilita atribuir graus de corroboração que implicam em uma probabilidade indutiva nas hipóteses sobre os fatos. Diferentes hipóteses sobre os fatos poderão ser apresentadas e debatidas pelas partes e valoradas pelo julgador em um contexto mais objetivo, que ainda que não corresponda a uma certeza absoluta, é apto a garantir maior racionalidade e clareza para todos os sujeitos processuais. Justamente nesse ponto, surge outra problemática: ao se partir do pressuposto que a metodologia indutiva não pode produzir uma verdade incontestável (assim como qualquer outro método), é necessário definir as condições necessárias para considerar uma hipótese provada.<sup>394</sup> Como visto na análise do método indutivo-subjetivo, a inexistência de critérios que delimitem o ponto de partida do peso de cada hipótese ou de cada elemento probatório recai no mesmo problema de falta de controles para a tomada da decisão penal. O mesmo pode ocorrer com o método indutivo se não se definir adequadamente um critério para que uma hipótese possa ser considerada provada. É necessário definir critérios de suficiência probatória – ou *standards*.

---

modelo argumentativo de Toulmin, que o autor considera o mais adequado, e a inferência para a melhor explicação, que Badaró pondera ser incompatível com o processo penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 228-236.

<sup>392</sup> Reflexão proposta em: GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vitor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 286.

<sup>393</sup> Resumidamente descrito por Ferrajoli da seguinte maneira: “Os processos de verificação oferecidos pela epistemologia acusatória ou falsificação são por isso baseados no método da prova e de refutação – por *modus ponens* e por *modus tollens* – (...), cuja transposição processual se realiza por meio da separação e da divisão dos papéis entre os três sujeitos do processo: as duas partes da acusação e da defesa, às quais competem respectivamente a prova e a refutação, e o juiz, terceiro a quem compete a decisão”. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 558.

<sup>394</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 140.

### 3. STANDARDS PROBATÓRIOS E A VALORAÇÃO DA PROVA

As partes em um processo podem apresentar diferentes hipóteses acerca dos fatos colocados em discussão. Ao se aplicar o método de probabilidade indutiva defendido no capítulo anterior, cabe ao juiz a determinação da probabilidade de uma hipótese ser verdadeira, conforme os elementos de prova disponíveis. Esse papel equipara a figura do juiz a da comunidade científica, que avalia a investigação – e as hipóteses dela decorrentes – realizada por terceiros.<sup>395</sup> A comparação com a comunidade científica proposta por Jordi Ferrer Beltrán é bastante curiosa. É bastante difícil determinar, dentro da ciência, o que se considera efetivamente “provado” ou refutado por análises empíricas. O mesmo ocorre dentro do direito: quando é que uma hipótese fática pode ser tida por “provada”?

Conforme definido anteriormente, este trabalho parte de premissas que relacionam a justiça com um critério objetivo de verdade fática. Nesse contexto, é necessário utilizar “critérios de verdade”<sup>396</sup> que possibilitem valorar a prova e definir de maneira clara quando que uma hipótese fática é tida por provada ou não. Para isso, é necessário usar critérios de suficiência probatória aptos a indicar objetivamente suficiência probatória para cada hipótese relevante no processo penal.

#### 3.1. STANDARDS PROBATÓRIOS: CONCEITO, ORIGENS E FUNÇÕES

Ao se estabelecer a necessidade de definir regras de controle epistêmico para o convencimento judicial acerca das provas. A figura dos *standards* probatórios tem ganhado significativa proeminência neste debate, justamente por servirem a função de estabelecer parâmetros ou padrões de suficiência probatória:

Em meio ao cenário de críticas às arbitrariedades judiciais, à falta de controlabilidade da racionalidade de suas decisões, é que a noção de *standard* de prova ganhou especial atenção. Sua função consiste em fixar o grau de corroboração suficiente para que uma hipótese seja considerada verdadeira. Quanto suporte probatório uma hipótese precisa apresentar para que seja considerada verdadeira e, na sequência, seja incluída como

---

<sup>395</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 139.

<sup>396</sup> Termo utilizado por Badaró em BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 237.

premissa menor do raciocínio decisório?<sup>397</sup>

Para fins de processo penal, os *standards* estabelecem a necessidade de se alcançar um certo nível de suficiência para vencer a presunção de inocência. Esses *standards* probatórios, também chamados de modelos de constatação,<sup>398</sup> buscam conferir critérios de racionalidade e controle do convencimento judicial em um sistema regido pelo princípio do livre convencimento motivado. O critério consiste em um “meio para conhecer a verdade”<sup>399</sup>, ou seja, instrumentalizando critérios de suficiência probatória a fim de definir o que se entende por “verdadeiro” – ou efetivamente provado – dentro do contexto daquele processo em específico. Assim como ocorre com o conceito de valoração racional da prova, a ideia de um *standard* parte do pressuposto que o convencimento judicial deve estar sujeito a um critério lógico de análise das provas, orientado a constituir um instrumento de controle do livre convencimento.<sup>400</sup>

No entanto, é comum associar esses critérios de suficiência probatória à tradição jurídica da *common law*, que não estão necessariamente vinculadas aos mesmos critérios que orientam o direito romano-germânico. Não há, por exemplo, a mesma compreensão da necessidade de controle da decisão judicial entre os dois sistemas, considerando que o direito anglo-americano não possui o mesmo critério de dever de fundamentação de decisões que pauta a grande maioria dos sistemas continentais.<sup>401</sup> Como já visto no primeiro capítulo, o controle dos métodos probatórios na *common law* se dá principalmente por regras probatórias mais restritas, enquanto na *civil law* fornece maior discricionariedade ao juiz e exerce o controle – ao menos em tese – na fase da fundamentação. Lara Teles Fernandes indica que as regras probatórias, que são mais abundantes na *common law*, servem como uma forma de controle anterior da prova, a fim de excluir antecipadamente elementos probatórios pouco confiáveis que podem conduzir a uma decisão equivocada acerca dos fatos. Já no sistema de *civil law*, mais flexível na admissão e

---

<sup>397</sup> MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019, p. 229.

<sup>398</sup> Nomenclatura utilizada em KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007., p. 15.

<sup>399</sup> KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007., p. 17.

<sup>400</sup> ZOTTIS, Rafael. **Standards de prova e dúvida razoável no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022. p. 29.

<sup>401</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997.p. 41-46.

ponderação da prova, o controle ocorre *a posteriori* por meio da motivação da decisão judicial.<sup>402</sup>

Apenas essa constatação já é suficiente para recomendar o uso dos *standards* desenvolvidos pela *common law* com certa cautela. Afinal, foram desenvolvidos para um contexto processual muito diferente do nosso. Lucchesi assevera que há importantes contribuições para o desenvolvimento de *standards* probatórios adequados à realidade brasileira, mas constata um apego excessivo com o que já foi desenvolvido na tradição anglo-americana.<sup>403</sup>

Por um lado, é fato que países de tradição de *civil law* não fazem uma distinção suficientemente clara entre diferentes *standards* probatórios para diferentes esferas da jurisdição<sup>404</sup>. Por outro lado, critérios de ponderação de prova não podem ser cegamente importados para o processo penal brasileiro, especialmente deixando de considerar o contexto próprio do seu surgimento e desenvolvimento. De qualquer forma, a influência do direito anglo-saxão é inegável dentro deste tema, motivo pelo qual é necessário analisá-lo de maneira pormenorizada.

### 3.2. STANDARDS PROBATÓRIOS NA TRADIÇÃO COMMON LAW

Nos regimes jurídicos da *common law*, os *standards* equivalem ao nível de certeza ou o grau de confiabilidade que as hipóteses acerca da prova precisam ter para sedimentar um julgamento, variando em graus de exigência. A diferença de cada um dos *standards* depende da gravidade e relevância da discussão, ou seja, a depender da gravidade de eventual erro judiciário.<sup>405</sup> Quanto mais grave for o risco do erro na resolução da demanda, mais rigoroso deverá ser o *standard* a ser aplicado no caso. É por isso que normalmente se exige o *standard* mais rigoroso para o processo penal, considerando a gravidade do erro judiciário de se condenar

---

<sup>402</sup> FERNANDES, Lara Teles. **Standards Probatórios e Epistemologia Jurídica**: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. p. 43.

<sup>403</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156, p. 165-187, 2019. p. 173.

<sup>404</sup> TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. In: **The American Journal of Comparative Law**; v. 51, n. 3, p. 659-677, 2003.

<sup>405</sup> POSNER, Richard. **An Economic approach to the Law of Evidence**. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 66, p. 32.

um inocente.<sup>406</sup> A ideia de que é mais desejável absolver um culpado do que condenar um inocente é imemorial, sendo defendida por muitos filósofos e juristas em diversos contextos sociais e culturais.<sup>407</sup>

Para que funcionem de maneira efetiva, esses *standards* precisam ser expostos de maneira clara pelo juízo do fato, a fim de fazer com que as opções valorativas do magistrado sejam conhecidas pelas partes e debatidas em contraditório.<sup>408</sup> A adoção de cada *standard* vai depender da natureza da demanda, as particularidades do caso, e a fase processual em que o feito se encontra. Danilo Knijnik adota exemplos clássicos para elencar os três principais *standards*, cabíveis especificamente para a resolução do mérito,<sup>409</sup> em ordem crescente quanto ao seu rigor: preponderância de evidências, tratado por *preponderance of evidence* pelo direito norte-americano (correspondendo a abreviatura PoE); prova clara e convincente, ou *clear and convincing proof* (abreviado como CCP); e finalmente a dúvida razoável, tratado por *beyond a reasonable doubt* (também chamado pela abreviação BARD).<sup>410</sup> Um processo relacionado a um pequeno acidente de trânsito, por exemplo, onde se faria necessário definir qual dos motoristas deu causa ao abalroamento, pode ser resolvido por um critério de preponderância de provas. Em uma ação de improbidade, envolvendo maior necessidade de cautela e observância ao risco de uma decisão equivocada, seria exigível um critério mais rigoroso: prova clara e convincente. E para a decisão final de um processo criminal, seria necessário

---

<sup>406</sup> “A tarefa do direito é tornar a escolha apropriada a cada situação: o objetivo da lei é minimizar os riscos dos erros, diminuindo os perigos de enganos ou vieses em desfavor de certas alegações, ou evitar um tipo específico de erros como condenar criminalmente uma pessoa inocente”.<sup>406</sup> Tradução livre. In: CLERMONT, Kevin M. Procedure’s Magical Number Three: psychological bases for standards of decision. Apud LEUBSDORF, John. The Surprising History of the Preponderance Standard of Civil Proof. In: **Florida Law Rev.**, 1569 (2016)

<sup>407</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Teoria da prova processual penal**. 2020. Disponível em: [RAMOS teoria da prova processual penal-2020-libre.pdf\\_d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net](https://ramos-teoria-da-prova-processual-penal-2020-libre.pdf_d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net). Acesso em 29/12/2023, p. 2.

<sup>408</sup> KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18.

<sup>409</sup> Knijnik menciona os *standards* cabíveis para a decisão de mérito, mas há outros que também são bastante proeminentes. No processo penal, a causa provável ou *probable cause* é um dos *standards* de maior relevância, e serve, dentre outras funções, como critério para adoção de medidas cautelares, como a concessão de mandado de busca. Sobre a *probable cause* e a sua relação com a presunção de inocência e os demais *standards* do processo penal anglo-americano, ver SHAPIRO, Barbara. **“Beyond reasonable doubt” and “probable cause”**: historical perspectives on the Anglo-American law of evidence. Berkeley: University Of California Press, 1991.

<sup>410</sup> KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18.

que a hipótese acusatória fosse provada além da dúvida razoável.<sup>411</sup>

Larry Laudan pontua que há, essencialmente, dois tipos de discursos acerca do *standard* de prova. A primeira, que será abordada de maneira pormenorizada mais adiante, corresponde ao uso dos *standards* como critérios de convencimento que são repassadas nas instruções aos jurados no modelo de júri do sistema anglo-saxão. A segunda é uma tentativa de relacionar os *standards* com os já analisados modelos bayesianos de probabilidade matemática, em que o uso dos critérios corresponde a percentuais ou chances de acerto de cada uma estar correta.<sup>412</sup> Matida ilustra o uso do raciocínio matemático para cada um desses *standards*: o BARD equivale a 95% ou mais de certeza; CCE é de 75%; e o PoE é 50%+1 (qualquer ponto acima de 50%).<sup>413</sup>

Pela própria natureza dos casos citados, nota-se que os critérios são mencionados a título exemplificativo sem a pretensão de exaurir a questão. Especialmente para o processo penal, não há como imaginar que o *standard* de prova além da dúvida razoável pudesse ser importado para todas as fases do processo, já que nem mesmo o processo anglo-americano exige o *standard* mais rigoroso para todos os momentos processuais de um processo criminal.<sup>414</sup> Os critérios devem ser objetivos e não se restringem a sentença de mérito, variando a depender da fase processual e do meio de prova a ser valorado.<sup>415</sup>

É intrínseco ao processo penal variar diversos critérios a depender da fase em que a discussão se encontra. A título de exemplo, é comum referir-se a pessoas que tem algum tipo de envolvimento com a justiça criminal como “acusados”, abrangendo dentro da mesma categoria o indiciado, o acusado e o condenado. No entanto, há diversos graus de incriminação, passando por diferentes juízos, e sempre acompanhados de uma exigência crescente de certeza acerca de

---

<sup>411</sup> KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18.

<sup>412</sup> LAUDAN, Larry. Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. pgs. 95-113. p. 98

<sup>413</sup> MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019. p. 230.

<sup>414</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156, p. 165-187, 2019. p. 167.

<sup>415</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156, p. 165-187, 2019. p. 168.

sua eventual responsabilização. As diferentes categorias de “acusados”, por assim dizer, correspondem a sucessivas passagens até o máximo grau de certeza atingível por meio do processo.<sup>416</sup> Nesse contexto, é absolutamente inviável utilizar o mesmo *standard* na fase de inquérito e na fase da sentença, por exemplo.

Ainda assim, é cada vez mais comum encontrar referências ao BARD no processo penal brasileiro, tanto na prática processual quanto na doutrina, indicando um certo “encantamento”<sup>417</sup> com a expressão e o seu pretense significado. Apesar disso, não há pleno domínio do que efetivamente consiste em um *standard* probatório dessa natureza, nem definição de qual função ele cumpre.<sup>418</sup> Parece existir certa crença de que a mera presença discursiva da expressão garante a racionalidade da decisão e demonstra uma preocupação com o controle das decisões judiciais. No entanto, a própria complexidade do tema demonstra que a mera menção a existência de prova além da dúvida razoável não assegura efetivamente nem que a prova nem que a suficiência efetivamente exista.

Não é fácil definir se um *standard* produzido em outro contexto histórico-jurídico-cultural pode ser compatível com o processo penal brasileiro. No entanto, é certo que a rotineira associação entre a necessidade de utilização de um *standard* com os critérios do sistema processual anglo-americano demanda maior reflexão. Assim, é necessário ponderar as peculiaridades deste sistema processual e o seu contexto histórico, especialmente no que tange a proeminência do Tribunal do Júri para julgar o mérito da grande maioria dos casos penais. Não se trata, entretanto, do júri como conhecemos no Brasil. Uma das razões atribuídas ao surgimento dos *standards* em sistemas de *common law* trata da íntima conexão com uma de suas maiores peculiaridades – e diferenças – quando comparado com o nosso júri: os jurados são instruídos pelo Juiz acerca da melhor maneira de se ponderar as provas, diferentemente do que ocorre no Brasil. É nessas instruções que surgem as primeiras conceituações de *standards*, concebidos como referências para a

---

<sup>416</sup> SAAD, Marta. Defesa no inquérito policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**. Ano 2, n. 4. P. 59-83, Jul-Dez 2018. p. 66.

<sup>417</sup> Termo utilizado em MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019, p. 223.

<sup>418</sup> MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019, p. 222.

valoração dos fatos.<sup>419</sup>

### 3.3. PARA UMA COMPREENSÃO CRÍTICA DO BARD: CONTEXTO HISTÓRICO DO SEU SURGIMENTO, INSTRUÇÕES AOS JURADOS E SIGNIFICADO DE SEU CONTEÚDO

Não há como estudar o conceito de dúvida razoável sem relacioná-lo com uma análise do júri no sistema anglo-americano.<sup>420</sup> É difícil definir as o surgimento da instituição do júri, cujas origens são “nebulosas e misteriosas”.<sup>421</sup> O papel do jurado, especialmente no contexto da *common law*, era julgar os fatos, ou seja, julgar as questões de fato a serem decididas no julgamento.<sup>422</sup> Como essa perspectiva afastava a decisão dos jurados dos aspectos jurídicos de cada caso, a convicção do jurado não era necessariamente formada por critérios jurídicos, mas de acordo com a consciência privada de cada um.<sup>423</sup>

Nesse contexto, é difícil discernir o grau de evidência necessário para formar uma convicção acerca dos fatos.<sup>424</sup> No entanto, havia uma perspectiva de que a existência da dúvida fornecia leniência para pessoas potencialmente culpadas, o que provocava reações contra a ideia de dúvida que se acreditava permear o júri daquela época. Steven Sheppard cita a figura de William Paley, um influente membro do clero, que escreveu em 1785 um curioso texto contra o que considerava jurados “extremamente escrupulosos, fracos, retraídos, que não condenariam qualquer pessoa em face da mais diminuta possibilidade de inocência”.<sup>425</sup> Paley defendia a utilização de um *standard* voltado à obtenção de mais condenações, conceituado como “uma preponderância de evidências

---

<sup>419</sup> SHEPPARD, Steve. *Metamorphoses of reasonable doubt*. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249.

<sup>420</sup> SHAPIRO, Barbara J. **Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: historical perspectives on the anglo-american law of evidence**. Berkeley: University of California Press. 1991. p. 1.

<sup>421</sup> Termo utilizado por SHEPPARD, Steve. *Metamorphoses of reasonable doubt*. In: *Notre Dame Law Review*, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249. p. 1170.

<sup>422</sup> SHEPPARD, Steve. *Metamorphoses of reasonable doubt*. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1171.

<sup>423</sup> SHEPPARD, Steve. *Metamorphoses of reasonable doubt*. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1172.

<sup>424</sup> SHEPPARD, Steve. *Metamorphoses of reasonable doubt*. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1173.

<sup>425</sup> SHEPPARD, Steve. *Metamorphoses of reasonable doubt*. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1174.

manifesta”.<sup>426</sup> Por outro lado, John Langbein, o autor reputa a origem do *standard* da dúvida razoável a julgamentos realizados na Inglaterra nos anos 1780, defendendo que foram criados como parte de um conjunto de esforços destinados a proteger o acusado e amadurecer o sistema adversarial.<sup>427</sup>

Este trabalho não pode realizar uma análise histórica suficientemente exauriente do tema. No entanto, a mera existência da perspectiva de Paley indica que o uso de *standards* probatórios no contexto histórico de seu nascimento não estava exatamente conectado com um raciocínio de defesa dos interesses do acusado, o papel que normalmente se atribui aos *standards* nos dias de hoje. De qualquer forma, é certo que os *standards* probatórios do processo norte-americano estão intimamente acoplados ao Tribunal do Júri e as instruções fornecidas aos jurados, considerando as obrigações de julgar os fatos e o capacidade de jurar a sua convicção. Nota-se, por volta do século XVIII, influências de diferentes perspectivas para o desenvolvimento dos *standards* probatórios. O primeiro registro histórico conhecido do uso da expressão dúvida razoável é do julgamento dos soldados envolvidos no Massacre de Boston.<sup>428</sup>

Os fatos foram submetidos a dois julgamentos distintos: *Rex v. Preston* e *Rex v. Wemms*, o último tendo maior quantidade de registros preservados. Nesse caso, o juiz presidente – Chief Justice Hale – afirmou aos jurados que o seu dever, no caso de dúvidas, era absolver.<sup>429</sup> Nesse sentido, o advogado de defesa argumentou que o júri deveria aplicar esse entendimento e absolver caso estivesse em dúvida. Por outro lado, a acusação ponderou que a misericórdia que a lei poderia atribuir nos casos de dúvida estava dentro do domínio da razão, e nem todo

---

<sup>426</sup> SHEPPARD, Steve. *Metamorphoses of reasonable doubt*. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1174.

<sup>427</sup> LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 33

<sup>428</sup> Após a Guerra dos Sete Anos, a Coroa Britânica impôs novos impostos contra as Treze Colônias, o que gerou grande insatisfação social. A partir de 1768, um grande contingente de tropas reforçou a ocupação nas principais cidades coloniais, especialmente Boston, capital da província de Massachussets. As tensões seguiram escalando até que em 1770, após uma confusão envolvendo civis americanos e soldados ingleses, os militares abriram fogo. Cinco civis foram mortos e outros seis ficaram feridos. Muitos historiadores consideram o massacre como o principal episódio que alimentou os sentimentos dos colonos norte-americanos contra a Coroa, contribuindo ativamente para a revolução que viria alguns anos depois. Ver ZOBEL, Hiller. **The Boston Massacre**. New York: W.W. Norton & Company. 1996, p. 300-302.

<sup>429</sup> “Quando você está em dúvida, nunca aja; ou seja, se você está em dúvida acerca da culpa do prisioneiro, nunca o declare culpado. Essa sempre é a regra, especialmente em casos graves”. Tradução livre. In: SHEPPARD, Steve. *Metamorphoses of reasonable doubt*. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1190.

argumento acerca de dúvidas estaria certo. O *prosecutor* argumenta que caso as evidências fossem aptas a convencer o jurado da culpa do réu além da dúvida razoável, a lei deveria ser aplicada.<sup>430</sup>

Sheppard cita dois autores como as principais referências do caso do Massacre de Boston e a sua devida repercussão histórica: Anthony Morano e Barbara Shapiro.<sup>431</sup> Os dois autores citados possuem uma discordância fundamental acerca das instruções do caso – e a intenção original com que o uso do termo “dúvida razoável” foi almejado. Enquanto Shapiro considera a modificação da razoabilidade da dúvida uma consequência das modificações da forma de pensar da época,<sup>432</sup> Anthony Morano conclui que a regra da dúvida razoável teve o efeito de reduzir o ônus da prova da acusação em casos criminais.<sup>433</sup> Morano argumenta que o direito probatório havia sido significativamente alterado pouco tempo antes, e pela primeira vez fora admitida a possibilidade do acusado produzir provas em seu favor, além de passar a restringir a quantidade de provas que a acusação poderia apresentar para comprovar a sua tese.<sup>434</sup> Assim, era mais difícil para a acusação apresentar provas de um determinado fato além de qualquer dúvida.<sup>435</sup> Na perspectiva do acusador, trabalhar com a eventualidade de uma dúvida razoável era melhor do que trabalhar com a hipótese de qualquer tipo de dúvida, e por isso esse seria o *standard* de preferência dos órgãos de acusação. Em alguma medida, a adoção dessa perspectiva reduzia o ônus da prova atribuído à acusação.

Ao longo do tempo, diversas outras perspectivas do *standard* necessário para uma condenação criminal aparecem nas instruções aos jurados, com destaque para a “certeza moral”.<sup>436</sup> A dúvida razoável surge justamente nesse mesmo

---

<sup>430</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1190.

<sup>431</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1190.

<sup>432</sup> SHAPIRO, Barbara J. **Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: historical perspectives on the anglo-american law of evidence.** Berkeley: University of California Press. 1991, p. 3.

<sup>433</sup> MORANO, Anthony A. A Reexamination of the Development of the Reasonable Doubt Rule. In: **Boston University Law Review**, Ed 55, 1975.

<sup>434</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1191.

<sup>435</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1191.

<sup>436</sup>O termo é bastante complexo e tem incontáveis influências. De forma extremamente resumida, é possível definir a certeza moral era equivalente ao máximo de certeza que era possível firmar acerca de um assunto. In: SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1178-1184.

contexto, como alternativa à certeza que poderia ser proporcionada pela versão da acusação. O BARD aparece como uma alternativa à certeza moral<sup>437</sup>; ou seja, só haverá certeza moral quando não houver dúvida razoável acerca dos fatos, e vice e versa.<sup>438</sup> É curioso notar que os dois referenciais para o *standard* probatório a ser adotado em processos criminais coexistiam. Tanto o conceito de certeza moral como o conceito de dúvida razoável eram repassados para os jurados.

De qualquer modo, todos esses elementos indicam uma compreensão do BARD frontalmente contraditória à visão predominante na contemporaneidade. É difícil compreender como um *standard* concebido para reduzir o ônus da prova da acusação tenha sido eleito como o mais rigoroso em uma lógica de diminuição de possíveis erros judiciais, especialmente voltada a impedir condenações injustas.

No entanto, era estranha à mente dos juristas até mesmo a lógica de evitar erros judiciais da maneira como compreendemos na contemporaneidade dos séculos XVII e XVIII. Não que o erro judicial fosse livremente admitido ou encorajado; mas o sistema certamente não era concebido na lógica de evitar que inocentes fossem condenados. Um dos pensadores mais influentes do período, o já citado William Paley, dizia que a condenação de inocentes, não importando quantas fossem, eram um preço para a segurança. As pessoas injustamente condenadas deveriam ser vistas como baixas necessárias – e até honradas – na guerra contra o crime.<sup>439</sup> Além disso, forneciam ao jurado a segurança necessária para condenar, já que temiam o julgamento divino em caso de erros e não queriam colocar em risco a

---

<sup>437</sup> A menção ao uso do BARD como alternativa a certeza moral nas instruções aos jurados é constatada até contemporaneamente, a exemplo do que descreve Larry Laudan em LAUDAN, Larry. Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. p. 95-113, p. 98.

<sup>438</sup> Em um dos escritos de John Wilkins, um dos mais influentes pensadores acerca do tema: “I call that Moral certainty, which hath for its object such Beings as are less simple and do more depend upon mixed circumstances. Which though they are not capable of the same kind of Evidence [sas mathematical and physical matters] so as to necessitate every man’s Assent, though his judgement be never so much be prejudiced against them; yet they may be so plain that every man whose judgement is free from prejudice will consent unto them. And though there be no natural necessity, that such things must be so, and that they cannot possibly be otherwise, without implying a contradiction, yet may they be so certain as not to admit of any reasonable doubt concerning them”. WILKINS, John. Of the Principles and Duties of Natural Religion. Apud SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1778.

<sup>439</sup> “such convictions, however many there are, are simply the price of security, and the wrongfully convicted should be viewed as necessary, and even honorable, casualties in the war on crime”. In: RISINGER, Michael. Unsafe Verdicts: The Need for Reformed Standards for the Trial and Review of Factual Innocence Claims. In: **Houston Law Review**, n. 41 (2004-2005), p.1335.

sua própria salvação.<sup>440</sup> É justamente nesse contexto que a popularização do BARD deve ser ponderada, sendo necessário admitir que não está necessariamente conectada à compreensão contemporânea de seus conceitos.

Até meados do século XIX, a possibilidade de absolvição era costumeiramente explicada para os jurados de até três maneiras distintas: o jurado deveria absolver quando tinha alguma espécie de dúvida; quando o jurado sentia que não possuía certeza moral; e quando o jurado sentia que havia dúvida razoável.<sup>441</sup> Para muitos, essas três expressões eram sinônimas. Por outro lado, Sheppard argumenta que já no caso do Massacre de Boston (um dos primeiros registros históricos do uso dessa expressão no direito anglo-americano) a preferência dos advogados de defesa por uma dúvida genérica e a preferência dos acusadores pela dúvida razoável demonstra que a acusação preferia que a dúvida fosse razoável, uma vez que limitava um espectro mais amplo do que a dúvida poderia ser para dentro do campo da razoabilidade.<sup>442</sup> Posteriormente, um dos trabalhos mais populares acerca do tema das provas assevera que a dúvida razoável, ainda apresentada como uma alternativa a certeza moral, deveria ser sobre algum aspecto relevante do caso, e não leves conjecturas ou suposições remotas que não guardam relação com o objeto central do que está sendo debatido.<sup>443</sup> Por essa lógica, a certeza não seria apenas a falta de dúvida acerca de um fato apresentado a uma pessoa razoável. A certeza moral só poderia ser afastada nos casos de uma dúvida significativa ou minimamente provável.<sup>444</sup> Muitos dos Estados americanos passaram a adotar critérios que impunham ao jurado o dever de encontrar a culpa além da dúvida razoável, mas a definição ainda era vagamente definida e contava com muitas variações a depender do Estado e do Condado. Isso mudaria a partir da década de 1850, quando uma definição de dúvida razoável passa a repercutir em todo o território estadunidense em razão da grande

---

<sup>440</sup> WHITMAN, James. The Origins of "Reasonable Doubt". In: **Faculty Scholarship Series**, 1995. Paper 1. p. 5.

<sup>441</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1195.

<sup>442</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1195.

<sup>443</sup> Sheppard menciona o trabalho de Thomas Starkie intitulado *Evidence*, publicado em Londres em 1822 e nos Estados Unidos a partir de 1824, objeto de várias reedições e atualizações. In: SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1196.

<sup>444</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1196.

cobertura midiática de um caso que envolvia o ônus da prova da acusação: *Commonwealth v. Webster*.<sup>445</sup>

Tanto por conta da intensa cobertura midiática e a enorme atenção do público que o caso atraiu, mas também em razão de sua eloquência, a definição da dúvida razoável fornecida pelo presidente do julgamento se tornou o principal referencial para o conceito nos anos posteriores:

O que é a dúvida razoável? É um termo costumeiramente utilizado e bem compreendido, mas não facilmente definido. Não se trata de mera dúvida possível; qualquer assunto relacionado a questões humanas e dependendo de evidências é passível de alguma dúvida, possível ou imaginária. É o estado do caso que, após a comparação e consideração de todas as provas, deixa a mente dos jurados em uma condição em que não podem afirmar que possuem uma convicção permanente, para uma certeza moral, da veracidade da acusação. O ônus da prova recai sobre a acusação. Todas as presunções do direito, independentemente das evidências, são em favor da inocência; e toda pessoa é presumidamente inocente até que se prove o contrário. Se, após as provas, subsistir dúvida razoável, o acusado tem direito ao benefício da dúvida para uma absolvição. Para isso, não é possível estabelecer uma probabilidade de que o fato imputado mais provavelmente ocorreu do que o contrário; as provas precisam estabelecer a verdade dos fatos com uma certeza razoável e moral; uma certeza que convence e dirige o entendimento, e satisfaz a razão e o julgamento daqueles que estão obrigados a agir conscientemente sobre ela. É isso que consideramos prova além da dúvida razoável.<sup>446</sup>

---

<sup>445</sup> George Parkman era um dos homens mais ricos e influentes da cidade de Boston. Em 1842, emprestou dinheiro a John White Webster, professor de geologia na Universidade de Harvard. Alguns anos depois, Webster realizou novo empréstimo dando como garantia alguns bens que já haviam sido dados como garantia no empréstimo anterior, o que enfureceu o credor. Em 23 de novembro de 1849, Webster visita Parkman e sugere uma reunião para que debatesses o assunto. Parkman é visto entrando na Universidade no início da tarde do mesmo dia e nunca mais foi visto. Alguns dias após seu desaparecimento, investigações são instauradas e a suspeita recai em Webster. Buscas são realizadas no gabinete e no laboratório do suspeito, e após uma denúncia, são encontrados partes de um cadáver humano dentro de uma das paredes do laboratório, perto da rede de esgoto. As partes do cadáver são reconhecidas por parentes como sendo de Parkman, e o professor de Harvard é formalmente acusado pelo homicídio. Trata-se de um dos casos de maior repercussão da história dos Estados Unidos, e algumas fontes dizem que o julgamento foi acompanhado de perto por mais de sessenta mil pessoas. O julgamento foi presidido pelo Chief Justice do Estado de Massachussets, Lemuel Shaw, e ao final o réu foi condenado. Para uma análise completa do caso, ver SULLIVAN, Robert. **The Disappearance of Dr. Parkman**. 1971, Boston: Little, Brown and Company. 1971.

<sup>446</sup> Tradução livre de: "What is reasonable doubt? It is a term often used, probably pretty well understood, but not easily defined. It is not mere possible doubt; because everything relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible or imaginary doubt. It is the state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they fell and abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge. The burden of proof is upon the prosecutor. All the presumptions of law independent of evidence are in favor of innocence; and every person is presumed to be innocent until he is proved guilty. If upon such proof there is reasonable doubt remaining, the accused is entitled to the benefit of it by an acquittal. For it is not sufficient to establish a probability, though a strong one arising from the doctrine of chances, that the fact charged is more likely to be true than the contrary; but the evidence must establish the truth of the fact to a reasonable and moral certainty; a certainty that convinces and directs the understanding, and satisfies the reason and judgment, of those who are bound to act consciously upon it. This we take to be proof beyond reasonable doubt". In:

A dúvida se mantém como subsidiária à certeza moral ao mesmo tempo que não exige o mesmo ônus de articulação da dúvida vista em conceituações anteriores. Também se nota que a íntima convicção do julgador deveria ser formada num grau razoável e moral de certeza, trazendo equivalência entre o moral e o razoável. A dúvida também poderia existir sobre qualquer falha no convencimento da tese apresentada pela acusação, desde que fosse conectada com o fato. Assim, a dúvida poderia ainda ser uma dúvida “qualquer” – mas minimamente articulada por uma pessoa razoável.<sup>447</sup> A grande popularização da conceituação promovida por Shaw parece ter contribuído para a crença de que o *standard* da dúvida razoável efetivamente agiria como uma forma de resguardar os interesses do acusado. Por outro lado, é curioso notar que a atuação do Juiz ao longo de todo o julgamento foi submetida a intenso escrutínio, que levanta sérios questionamentos acerca de seu papel no julgamento. Em um trabalho destinado a comentar esse julgamento, o *Chief Prosecutor* do Estado de Massachussets nos anos 1960 chegou a concluir que Webster era inocente e o caso teria sido injustamente guiado por Lemuel Shaw, que impediu que a defesa apresentasse diversas provas em seu desfavor. Nesse sentido, o veredito condenatório teria sido guiado pelo magistrado.<sup>448</sup> Há registros de que Shaw chegou a dizer aos jurados para “retornarem [da sala de votação] com um veredito condenatório”.<sup>449</sup>

É claro que essas ponderações são circunstanciais ao objeto analisado, uma vez que a definição do *standard* da dúvida razoável no direito norte-americano não está necessariamente conectada com a atuação do Juiz no caso que contém essa definição que foi posteriormente popularizada. Sheppard pondera por diversas vezes que o papel do magistrado nas instruções ao jurado, bem como o próprio papel dos jurados, sofreu diversas mudanças ao longo dos séculos e muitas das condutas que hoje pareceriam estranhas e absurdas faziam parte do cotidiano forense da época. Por outro lado, o contexto das ponderações de Shaw reforça uma inquietação que já surge da análise de outros casos: se os *standards* probatórios no

---

Commonwealth v. Webster, *apud* SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1200.

<sup>447</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1201.

<sup>448</sup> SULLIVAN, Robert. **The Disappearance of Dr. Parkman**. 1971, Boston: Little, Brown and Company. 1971, p. 239.

<sup>449</sup> SULLIVAN, Robert. **The Disappearance of Dr. Parkman**. 1971, Boston: Little, Brown and Company. 1971, p. 241.

direito norte-americano são compreendidos como uma forma de proteger os direitos do acusado e evitar condenações injustas, é possível afirmar que esses *standards*, especialmente a dúvida razoável, foram concebidos com o mesmo intuito? Muitas das fontes da época parecem indicar que não. Assim, é possível fazer um novo questionamento: como foi que essa compreensão dos *standards* como protetores dos direitos do acusado passou a se tornar majoritária na contemporaneidade?

Ao longo dos séculos XIX e XX, vários outros casos e conceituações são importantes para a conceituação do BARD e da compreensão dos *standards* como um todo no contexto do direito norte-americano. O BARD como uma dúvida articulada chegou a ingressar no Estado de Oklahoma em 1910, sendo definido justamente como uma dúvida que pudesse ser explicada, como se a dúvida articulada fosse equivalente a outros tipos de dúvida.<sup>450</sup> Outros Estados adotam definições diferentes, mas a necessidade de articulação da dúvida permeia algumas instruções a jurados que chegam até a contemporaneidade.<sup>451</sup> A exigência de articulação da dúvida, especialmente quando é compreendida como um tipo de dúvida que possa – ainda que abstratamente – ser explicada a um terceiro, também resulta em certa relativização do ônus de prova da acusação. Um questionamento como “eu duvido dos argumentos da acusação” seria compreendido como excessivamente genérico e insuficiente para satisfazer a exigência, sendo a dúvida classificada como meramente especulativa, insuficiente para satisfazer o dever que era esperado dos jurados.<sup>452</sup> Por outro lado, o mesmo não era esperado para um raciocínio condenatório, uma vez que a necessidade de articulação atribuída a dúvida não era exigida para uma concordância com o raciocínio acusatório.<sup>453</sup> Nesse sentido, Sheppard argumenta que esse entendimento de dúvida razoável como uma dúvida articulada se popularizou entre órgãos de acusação.<sup>454</sup> Além disso, o critério de razoabilidade, quando aplicada a dúvida, passa por dificuldades ainda maiores de compreensão em razão de uma confusão de equivalência a outros critérios de

---

<sup>450</sup> SHEPPARD, Steve. *Metamorphoses of reasonable doubt*. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1211.

<sup>451</sup> SHEPPARD, Steve. *Metamorphoses of reasonable doubt*. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1213.

<sup>452</sup> SHEPPARD, Steve. *Metamorphoses of reasonable doubt*. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1213.

<sup>453</sup> SHEPPARD, Steve. *Metamorphoses of reasonable doubt*. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1214.

<sup>454</sup> SHEPPARD, Steve. *Metamorphoses of reasonable doubt*. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1214.

razoabilidade do direito norte-americano, como a causa provável para a realização de uma busca pessoal (que deve ser pautada em uma crença razoável por parte da autoridade policial).<sup>455</sup>

Há, portanto, um intenso debate acerca do real significado do *standard* da dúvida razoável. E em 1970, o tema dos *standards* de prova chega até a Suprema Corte Americana no famoso caso *In Re Winship*,<sup>456</sup> que decidiu que o *standard* da dúvida razoável era o único compatível com a cláusula do devido processo legal, resguardado pela décima-quarta emenda da Constituição americana.<sup>457</sup> Em outras palavras, a Suprema Corte elevou o *standard* da dúvida razoável ao status de garantia constitucional. Sheppard argumenta que não há evidências de que a Suprema Corte tenha sequer considerado outros *standards*, inclusive mais elevados, para chegar as suas conclusões.<sup>458</sup> Tratou a prova além da dúvida razoável como expressão sinônima a “máxima certeza”. E, especialmente, não há indicativos de que a corte possa ter considerado que a dúvida razoável era inferior aos outros *standards* que já estavam sendo adotados em diferentes sistemas jurídicos, bem como deixou de relacionar a dúvida razoável com ainda outros *standards* que eram utilizados.<sup>459</sup> Assim, a dúvida razoável entra no “panteão constitucional” sem que tenha sido dada a devida atenção a operacionalização desse *standard* e a *standards* alternativos e sem também considerar qual seria o efeito nas instruções aos jurados e na ponderação das provas.<sup>460</sup> Essa pouca consideração da Suprema Corte parece

---

<sup>455</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1214-1216.

<sup>456</sup> Um menor de idade do Estado de Nova York foi processado, julgado e condenado pelo equivalente jurídico norte-americano de um ato infracional de incêndio. O processo utilizou, assumidamente, o *standard* probatório de preponderância de evidências, em razão de uma previsão legal expressa nas leis estaduais acerca dos processos que tratavam de delitos praticados por menores. O caso chega a Suprema Corte pela premissa de que alguém foi julgado por um fato criminoso por um *standard* probatório que poderia não respeitar a cláusula do devido processo legal, insculpida na décima-quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos. A corte concluiu que, muito embora os casos envolvendo menores tenham algumas limitações especiais, o Estado tinha a obrigação de resguardar os direitos da pessoa acusada por um crime independente de outras circunstâncias, atribuindo estatura constitucional ao *standard* além da dúvida razoável. Ver ALLEN, Ronald J. The Restoration of In re Winship: A Comment on Burdens of Persuasion in Criminal Cases After Patterson v. New York. In: **Michigan Law Review**, n. 30, 1977.

<sup>457</sup> LLEN, Ronald J. The Restoration of In re Winship: A Comment on Burdens of Persuasion in Criminal Cases After Patterson v. New York. In: **Michigan Law Review**, n. 30, 1977, p. 31.

<sup>458</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1217.

<sup>459</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1217.

<sup>460</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1218.

ter contribuído, ao menos em parte, para a necessidade de revisitar a questão em outros casos, gerando novos debates e até dissidências nos entendimentos da Corte.<sup>461</sup> Ao final, houve ao menos uma conclusão: o *standard* da certeza moral foi tido por confuso e passou a ser removido das instruções dos jurados, que agora apenas eram informados do dever da acusação de comprovar a culpa do réu de todos os aspectos do fato criminoso imputado além da dúvida razoável.<sup>462</sup>

As dificuldades com o uso desse *standard* permanecem. A certeza moral concebida pelos juristas do passado ganha estranheza para o linguajar ocidental contemporâneo, marcado pelo ceticismo e agnosticismo. Mas a certeza moral de que tratam os autores do século XVIII poderia ser traduzida como “estou o mais certo que posso estar acerca dos fatos que me foram apresentados de acordo com o que eu vi, ouvi, e sei pela minha experiência de vida”. Da mesma forma, a dúvida razoável – que foi originalmente concebida como uma alternativa a certeza moral – também conta com um aspecto de certa subjetividade em seu significado, ou seja, o próprio significado de razoabilidade. Sheppard argumenta que, originalmente, o *reasonable* da língua inglesa referia-se a um bom julgamento, uma conclusão pautada na razão. Hoje, a assertiva de que algo é *reasonable* costuma significar que a pessoa tem suas razões para pensar dessa forma.<sup>463</sup>

James Whitman afirma que no direito norte-americano nenhuma pessoa pode ser culpada de um crime sem que exista certeza absoluta de sua culpa – ao menos em teoria.<sup>464</sup> Se o acusado não se declarar culpado, todos os elementos necessários para a comprovação de sua culpa deverão ser provados para um júri, composto por seus pares, além de qualquer dúvida razoável. Essa é a perspectiva que orienta a adoção de *standards* probatórios e compreensão de que representam uma importante proteção para os direitos do acusado – novamente, ao menos em teoria.<sup>465</sup>

Na prática, é possível constatar que o *standard* probatório supostamente

---

<sup>461</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1220.

<sup>462</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1222.

<sup>463</sup> SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249, p. 1223.

<sup>464</sup> WHITMAN, James. The Origins of "Reasonable Doubt". In: **Faculty Scholarship Series**, 1995. Paper 1, p. 5

<sup>465</sup> WHITMAN, James. The Origins of "Reasonable Doubt". In: **Faculty Scholarship Series**, 1995. Paper 1, p. 1.

destinado a proteger os direitos e garantias da pessoa acusada foi objeto de intensas alterações ao longo dos séculos, e nem sempre serviu ao raciocínio de evitar condenações injustas e proteger o estado de inocência do réu. E pior: inconsistências acerca de sua conceituação resultam em diminuições no ônus probatório para a acusação que se perpetuam até o dia de hoje, especialmente na equivalência que algumas jurisdições atribuem à dúvida razoável como uma dúvida articulada. James Whitman conclui que usamos o BARD em uma função para a qual ele não foi estruturado, motivo pelo qual é previsível que apresente uma operacionalidade disfuncional.<sup>466</sup>

### 3.3.1. PARA UMA COMPREENSÃO CRÍTICA DO BARD: O USO DE *STANDARDS* PROBATÓRIOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A constatação de que a construção histórica do BARD não estava necessariamente vinculada à proteção de direitos e garantias individuais parece fazer sentido quando se analisa o significado que parte significativa dos juristas brasileiros lhe atribuem. A título de exemplo, um magistrado brasileiro afirmou, no julgamento de um caso rumoroso, que não eram necessárias “provas cabais” dos delitos imputados ao acusado, bastando “a existência de prova acima da dúvida razoável”.<sup>467</sup>

O uso de *standards* não se resume ao caso citado. Apesar de existir um entendimento fixado pelas cortes superiores acerca do tema, já não é incomum encontrar decisões judiciais que façam referência a *standards* probatórios para fundamentar suas decisões acerca de critérios de suficiência probatória.<sup>468</sup>

Nos casos criminais, o uso de *standards* normalmente ocorre com a referência ao critério da dúvida razoável. Há um especial destaque a figura do Ministro Celso de Mello, que menciona a necessidade de “provas inequívocas” em

---

<sup>466</sup> WHITMAN, James. The Origins of "Reasonable Doubt". In: **Faculty Scholarship Series**, 1995. Paper 1, p. 5

<sup>467</sup> Afirmação constante do voto do Desembargador Relator (vencido), no julgamento 5013405-59.2016.4.04.70000/PR *apud* MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019, p. 236.

<sup>468</sup> MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019, p. 222.

um critério de suficiência probatória “além da dúvida razoável” ao menos desde meados da década de 1990.<sup>469</sup> Apesar disso, é principalmente com o julgamento da Ação Penal 470 (conhecida como o caso Mensalão e julgado pelo Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2012 e 2014) que os *standards* passam a ser mencionados e utilizados com maior recorrência, existindo menção expressa ao BARD em votos de ao menos seis dos onze Ministros.<sup>470</sup>

A popularização do uso do BARD atinge um nível ainda maior com a operação Lava Jato, que se inicia aproximadamente no ano de 2014. Tanto a primeira instância (com ênfase as sentenças do juiz Sérgio Moro) quanto o Tribunal Regional Federal da 4ª Região faziam menção a esse *standard* de forma recorrente, especialmente como um forte argumento retórico para lastrear a condenação naquilo que entendia ser a presença de provas suficientes.<sup>471</sup>

Apesar de serem aparentemente guiados pelo mesmo critério – o próprio BARD – houve casos em que o BARD aparece como forma de fundamentar tanto uma decisão que condena quanto uma que absolve.<sup>472</sup> Como já citado, o BARD já foi invocado como se fosse um critério de suficiência probatória inferior a existência de “provas cabais”, mas também já foi suscitado pelo Tribunal Federal como forma de reverter condenações proferidas pela primeira instância.

Nem mesmo os mais radicais defensores da dúvida articulada vinculariam a dúvida razoável a um *standard* menos rigoroso do que prova cabal.<sup>473</sup> Ainda assim, Janaina Matida enumera vários outros exemplos em que o BARD é

---

<sup>469</sup> MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019, p. 233. Os autores mencionam expressamente o acórdão do HC 73.338/RJ, julgado em agosto de 1996, que é posteriormente referenciado em outros casos.

<sup>470</sup> Mais especificamente Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber. In: MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019, p. 234.

<sup>471</sup> MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019, p. 234.

<sup>472</sup> MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019, p. 234-237.

<sup>473</sup> Prova cabal, usualmente, indica uma prova que não suscita dúvidas ou incertezas. O critério da dúvida razoável, como já visto, precisa ser vinculado a um critério da razoabilidade da dúvida. A afirmação de que a prova não precisa ser “cabal” indica o entendimento de que a condenação pode ser admitida em situação de incerteza, o que é incompatível com o próprio critério citado pelo magistrado.

conceituado como um instrumento apto a autorizar decretos condenatórios em casos em que não há prova robusta, como se fosse um *standard* compatível com a relativização da presunção de inocência em razão da eventual dificuldade na produção de provas.<sup>474</sup> Atribuir esse sentido ao BARD caracteriza inequivocamente um mal uso do *standard*, não sendo claro se essa interpretação é consequência do seu caráter intrinsecamente subjetivo e ambíguo ou resultado da complexa cultura judicial em que o processo penal brasileiro está inserido.<sup>475</sup>

Além do escopo de alguns processos mais rumorosos, é possível perceber o uso do BARD em vários outros casos julgados pelas cortes superiores. Tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça, a menção ao BARD pode ocorrer para as mais diversas finalidades, tanto para fundamentar entendimentos voltados a proteção de direitos do réu como para fundamentar condenações, sem explicar quais são os critérios utilizados para se definir o que se entende por dúvida razoável, ou ao menos definir os critérios para se considerar a razoabilidade da dúvida no caso específico.<sup>476</sup>

Há uma crescente adoção do uso de *standards* de prova no Brasil, com uma ênfase ao uso do BARD como “o melhor dos *standards* de prova”<sup>477</sup> em razão do fato de que supostamente não trata da busca de verdades absolutas. Sem embargo, nota-se que o espaço que o BARD tem ganhado decorre justamente de um elevado apelo retórico e persuasivo sem precisar representar qualquer tipo de avanço na busca de implementação de decisões menos subjetivas quando comparadas a decisões fundamentadas estritamente na livre ou íntima convicção

---

<sup>474</sup> MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019, p. p. 234-237.

<sup>475</sup> MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019, p. 237.

<sup>476</sup> Para uma análise pormenorizada de alguns casos julgados pelos Tribunais Superiores, ver ROSA. Luísa Walter da. **O standard probatório do juízo homologatório da colaboração premiada: uma proposta a partir da regra de corroboração**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciência Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2023. pgs. 59-65. Cabe destacar que a autora percebe maior aprofundamento no uso de *standards* probatórios pelo Superior Tribunal de Justiça, especialmente por destacar o uso de *standards* probatórios diferentes em diferentes etapas procedimentais.

<sup>477</sup> Expressão utilizada por Procuradores da Força Tarefa da Lava Jato em uma das alegações finais apresentadas no escopo da operação, mais especificamente o processo n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR *apud* MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019, p. 236.

dos juízes.<sup>478</sup>

Esse fenômeno ocorre especialmente por conta da natureza especialmente subjetiva e ambígua que o BARD possui, cabendo perfeitamente para a fundamentação de decisões que perpetuam um formato de julgamento voltado ao estado psicológico do julgador. Os *standards* costumam ser citados pelas decisões de cortes brasileiras como instrumento meramente retórico, mantendo um padrão de decisão que não é verdadeiramente pautado na presunção de inocência e na valoração minimamente suficiente de teses absolutórias.<sup>479</sup>

### 3.3.2. PARA UMA COMPREENSÃO CRÍTICA DO BARD: UM *STANDARD* SUBJETIVO É UM *STANDARD*?

A constatação de que o BARD possui um caráter subjetivo e ambíguo soa estranha aos juristas mais letrados na tradição da *civil law*. Ferrer Beltrán pondera que o direito romano-germânico está habituado, ainda que não explicitamente, ao uso de um *standard* de prova: a questão é que o critério de convencimento historicamente utilizado em nossa tradição é a íntima convicção.<sup>480</sup>

É certo que o uso da íntima convicção como um *standard* de prova traz graves problemas. Ferrer Beltrán enumera três: (i) a própria formulação da íntima convicção parece apelar a certezas, considerando que é comum associar a certeza moral e a íntima convicção; (ii) a íntima convicção estabelece que o vínculo entre a hipótese fática e a prova se dará apenas pela crença do julgador; (iii) um *standard* que apela às crenças daquele que decide sempre terá um caráter subjetivo e incontrolável.<sup>481</sup> Dito de outra forma, recordando-se de que um *standard* deverá equivaler a um “critério de verdade”, um critério que depende diretamente de uma

---

<sup>478</sup> MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019, p. 245.

<sup>479</sup> Para melhor compreensão da forma de julgamento acerca das provas no processo penal brasileiro, ver NEVES, Luiz Gabriel Batista. **Standard de prova e sentença penal: um diálogo entre prática e teoria**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. O autor promove uma análise empírica de sentenças criminais proferidas em Salvador em processos de tráfico de drogas durante o ano de 2018, concluindo que na maior parte dos casos o juiz não aplica um *standard* de prova minimamente exigente, chegando até a inversão do ônus da prova.

<sup>480</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.144.

<sup>481</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.144-145.

crença pessoal e inatingível do julgador não serve ao propósito de estabelecer métodos de controle epistêmico da decisão.

Nesse sentido, Ferrer Beltrán pontua que a formulação de *standards* de prova no direito anglo-saxão é mais precisa, na medida que não requer certezas de nenhum tipo e vincula o julgamento a um critério de dúvidas na mente do julgador que impliquem na absolvição. No entanto, não há um critério objetivo de razoabilidade da dúvida, o que atrai problemas similares aos da íntima convicção.<sup>482</sup>

Além disso, vale destacar que as mesmas considerações entre a proximidade da íntima convicção e a certeza moral são cabíveis para a dúvida razoável, considerando que eram costumeiramente apresentadas em conjunto nas instruções aos jurados por um longo período. Em uma perspectiva de valoração racional da prova, sequer é possível afirmar que o BARD seja preferível a íntima convicção.

Tratando especificamente do BARD, a ausência de definição clara é exemplificada por Badaró com as cinco principais explicações que são fornecidas ao jurado para definir o que seria a prova da culpa além da dúvida razoável.

A primeira deve ser entendida como a segurança que precisamos ter para tomar decisões importantes na vida. Badaró reflete que qualquer pessoa toma decisões muito importantes na vida em um contexto de grandes incertezas, a exemplo da dúvida que se pode sentir antes de comparecer em sua cerimônia de casamento ou na decisão de ter mais um filho.<sup>483</sup>

A segunda explicação é que a dúvida razoável equivale ao tipo de dúvida que faria qualquer pessoa prudente vacilar ao atuar. Busca traduzir-se uma crença subjetiva por outro atributo subjetivo. A substituição da dúvida na decisão de questões importantes atinge o mesmo grau de incerteza do que a dúvida de uma pessoa prudente. Também merece destaque o fato de que a prudência não se relaciona com a dúvida, mas com a assunção de risco.<sup>484</sup>

A terceira explicação é que a convicção necessária para condenar no contexto do BARD é uma “convicção estável” da culpabilidade do acusado. É um

---

<sup>482</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.145-146.

<sup>483</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 251.

<sup>484</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 251.

critério temporal da “durabilidade da crença”, ou seja, a manutenção da crença da culpabilidade do acusado após certo período.

Pedir ao jurado para fazer um prognóstico da manutenção da crença ao longo do tempo, além de subjetivo, é inapropriado em razão do fato de que o jurado dificilmente mudará sua opinião sem elementos novos, o que não ocorrerá após o término do julgamento.<sup>485</sup>

A quarta linha expositiva é tautológica. Dúvida razoável é a dúvida para a qual se pode oferecer uma razão, ou seja, uma dúvida razoável que tenha razão de ser. Para efeitos práticos, é como dizer que uma dúvida razoável é uma dúvida razoável.<sup>486</sup>

A quinta explicação relaciona a dúvida razoável com um grau de probabilidade na crença da culpabilidade do acusado. A dúvida razoável, portanto, é uma dúvida que diminua substancialmente a probabilidade de a versão acusatória ter acontecido. A explicação é baseada em uma analogia com o *standard* da preponderância de evidências, que não é aplicável – ao menos em tese – no momento da sentença penal.<sup>487</sup>

Cada um desses exemplos indica que há uma grande dificuldade na definição do BARD. Se tratássemos de um critério bem definido, as explicações não seriam pautadas na tentativa de trocar o adjetivo “razoável” por outras expressões que não sejam tão vagas.<sup>488</sup>

No entanto, a vagueza da expressão está intrinsicamente conectada com a própria estrutura do *standard*, o que faz com que não se possa servir adequadamente ao propósito que se destina. O único mecanismo que poderia servir adequadamente a este propósito seria um *standard* que não padeça do mesmo grau de subjetividade descrito.<sup>489</sup>

Apesar disso, vale destacar que a posição crítica ao BARD não é unânime. Vinicius Vasconcellos pondera todas as críticas lançadas ao BARD

---

<sup>485</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 251.

<sup>486</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 251.

<sup>487</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 251-252.

<sup>488</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 252.

<sup>489</sup> LAUDAN, Larry. Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. p. 95-113, p. 112.

anteriormente expostas, mas conclui que parte significativa dos problemas associados ao BARD se dá no contexto de julgamentos pelo júri no sistema anglo-americano, sem que as decisões sejam fundamentadas, motivo pelo qual o preceito da dúvida razoável poderia ser utilizado em sistemas de *civil law* até com maior efetividade do que na *common law*.<sup>490</sup>

Com base nessas considerações, Vasconcellos propõe o seguinte *standard* a ser adotado pelo processo penal brasileiro para o juízo de mérito:

Art. XX. Toda pessoa é presumidamente inocente até que se prove a sua culpa em definitivo, de modo que incumbe ao acusador provar todos os elementos de cada hipótese fática tipificada penalmente, autorizando-se a condenação somente se houver prova além da dúvida razoável de materialidade e autoria do crime.

§1º A hipótese acusatória deve ser capaz de explicar de modo coerente e íntegro todos os elementos fáticos comprovados no processo, apresentando critérios confirmatórios disponíveis. §2º Considera-se dúvida razoável a hipótese alternativa à tese incriminatória que se mostre logicamente possível e amparada pelo lastro probatório do processo.

§3º A sentença ou acórdão deve apresentar motivação fática consistente, a partir de critérios objetivos e racionais, indicando elementos probatórios que justifiquem cada afirmação fática e analisando eventuais hipóteses alternativas de potencial dúvida razoável.<sup>491</sup>

É certo que a adoção do *standard* proposto por Vasconcellos já representaria uma melhora significativa para o sistema brasileiro. No entanto, este trabalho parte da postura crítica defendida por Badaró, Matida e Vieira, especialmente considerando que o BARD já foi “importado” para o processo penal brasileiro e tem sido utilizado de maneira inadequada.<sup>492</sup>

Além disso, a menção a razoabilidade da dúvida como principal critério de valoração gera a crença de que o principal fator para o julgamento é o convencimento pessoal daquele que julga, e não a prova produzida no processo. A proposta de Vasconcellos pode ser melhorada.

---

<sup>490</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, 2020. São Paulo, p. 13-16.

<sup>491</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, 2020. São Paulo, p. 18.

<sup>492</sup> Nesse sentido, reforça-se a análise da jurisprudência brasileira e o BARD promovida no capítulo anterior e elaborada em MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019, p. 234-240.

### 3.4. STANDARDS PROBATÓRIOS E A VALORAÇÃO RACIONAL: RELAÇÃO COM O NÍVEL DE EXIGÊNCIA PROBATÓRIA

Os critérios de convencimento acerca da prova em diferentes sistemas jurídicos parecem sempre guardar relação com a confiança subjetiva por parte do julgador acerca da culpabilidade do acusado. No caso dos sistemas de *common law*, as instruções aos jurados, independentemente do uso da certeza moral ou do BARD, sempre guardam relação com as convicções íntimas e subjetivas de cada julgador.

Para o *civil law*, o livre convencimento é utilizado por juízes que “não fazem nada para indicar ao jurado que tipos de inferências, ou que classes de evidências, justificariam a formulação de uma crença firme na culpabilidade do acusado”.<sup>493</sup> Tanto a razoabilidade da dúvida ou a firmeza na convicção da culpabilidade de alguém são tidas como autoevidentes. Não é fácil definir qual dessas circunstâncias é pior: a subjetividade do *standard* ou a falta de uma definição clara.<sup>494</sup>

O cerne do equívoco na posição que adota o BARD está na concepção da finalidade da prova: ao referir-se aos estados mentais do momento da tomada de decisão, parte-se do pressuposto que o objetivo da prova é gerar uma crença no julgador.<sup>495</sup> O mesmo se aplica para a íntima convicção.

Há várias possibilidades que poderiam funcionar se desvinculando dessas premissas mais, por assim dizer, “tradicionais”. Laudan enumera dois *standards* possíveis para a condenação, exemplificando critérios a serem explicados para jurados: (i) Se é crível que a prova acusatória ou um testemunho que resultaria difícil de explicar se o acusado fosse inocente, e se não é crível que a prova exculpatória ou um testemunho que seria muito difícil de explicar se o acusado fosse culpável, condenem, do contrário, absolvam; (ii) se a história da acusação acerca do delito é plausível e não se pode imaginar uma história plausível que mostre o acusado como

---

<sup>493</sup> LAUDAN, Larry. Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. p. 95-113, p. 99-100.

<sup>494</sup> LAUDAN, Larry. Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. p. 95-113, p. 99-100.

<sup>495</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 253.

inocente, condenem, de outro modo, absolvam.<sup>496</sup> Nenhum dos *standards* efetivamente desvincula o *standard* da crença do julgador, motivo pelo qual sequer é defendido pelo próprio Laudan (que limita-se a utilizá-los como exemplos de alternativas ao BARD) mas ao menos vinculam a formação do convencimento do julgador ao conteúdo das provas produzidas ao longo do processo.

Este trabalho é pautado na premissa de que a prova não é destinada à meramente influenciar nas crenças do julgador, mas a descoberta da verdade. Nesse contexto de valoração racional, os *standards* se relacionam com os graus de probabilidade que podem ser atribuídos as hipóteses levantadas por cada uma das provas. Para isso, seria necessário formular objetivamente o *standard* de prova, ou seja, formular critérios objetivos que indicam quando se alcança o grau de probabilidade ou certeza exigido. Por “objetivo”, entende-se um critério controlável.<sup>497</sup>

### 3.5. STANDARD PARA A CONDENAÇÃO CRIMINAL: PROPOSTAS JÁ FORMULADAS E DESVINCULAÇÃO AO BARD

A concepção racionalista implica num *standard* fundado em um método de corroboração de hipóteses fáticas com base na prova produzida, ou seja, um processo de valoração pautado na corroboração das hipóteses com base na prova, e não a crença subjetiva do julgador.<sup>498</sup> O critério de definição do *standard* é construído em maneira similar ao método indutivo anteriormente mencionado acerca da valoração da prova. O que define um critério de suficiência probatória é o grau de confirmação que o *standard* deve exigir para que a hipótese possa ser tida por provada.<sup>499</sup>

Ferrer Beltrán enumera alguns requisitos para que um *standard* de prova penal possa funcionar como critério racional de decisão sobre a prova. O primeiro é

---

<sup>496</sup> LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. p. 95-113, p. 107.

<sup>497</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. pgs. 127-139, p. 129.

<sup>498</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemología judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 253.

<sup>499</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemología judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 253.

desvincular a prova com as crenças, convicções ou dúvidas do sujeito decisor.<sup>500</sup> Como já visto, o caráter essencialmente irracional dos *standards* analisados até o momento é decorrente de sua conceituação associada a estados mentais do julgador, o que gera incontornável subjetividade. O segundo critério relaciona-se com as considerações de Gascón Abellán, em que a formulação do *standard* deve ser suficientemente precisa para que seja possível o controle intersubjetivo de sua aplicação.<sup>501</sup>

Os dois requisitos anteriormente citados são de cunho técnico. O terceiro que pode ser acrescentado é decorrente da incorporação de certos valores, ou, no caso, decorrentes de princípio de cunho garantista.<sup>502</sup> Em sentido similar, Gascón Abellán pondera que a construção de um *standard* de prova não depende apenas de questões de racionalidade, mas também questões de “*policy*”, ou seja, uma opção política por uma determinada perspectiva.<sup>503</sup>

Esse critério (ou requisito) adicional para a formulação do *standard* ocorre fundamentalmente pela gestão (ou distribuição) dos riscos do erro dentro do processo. A adoção de determinado critério pressupõe uma eleição de cunho político e valorativo acerca do valor dos direitos e interesses afetados em cada um dos erros possíveis.<sup>504</sup> Larry Laudan pontua justamente a relação entre *standard* de prova e a distribuição de erros ao considerar que um *standard* subjetivo não cumpre os requisitos necessários para um *standard* propriamente dito.<sup>505</sup> Os *standards* de prova, em essência, integram um dentre vários conceitos que buscam distribuir os erros a favor do acusado. Além da presunção de inocência, o ônus da prova que recai sobre a acusação e o benefício da dúvida, os *standards* são justamente associados com um critério que almejada garantir os direitos da pessoa acusada.<sup>506</sup>

Em qualquer tipo de processo, há essencialmente dois erros possíveis: (i)

---

<sup>500</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 146.

<sup>501</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 146.

<sup>502</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 146.

<sup>503</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. pgs. 127-139, p. 130.

<sup>504</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. pgs. 127-139, p. 130.

<sup>505</sup> LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. p. 95-113, p. 112.

<sup>506</sup> LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. p. 95-113, p. 112.

dar por provada uma assertiva fática falsa; e (ii) não dar por provada uma assertiva fática verdadeira. Uma decisão judicial pautada em qualquer uma das perspectivas fáticas equivocadas é injusta e atinge expectativas legítimas acerca do processo. O *standard* a ser eleito depende da importância que se atribui a cada um dos direitos ou interesses afetados com cada tipo de erro, e podem ser mais ou menos exigentes a partir desta perspectiva.<sup>507</sup>

Com base nessas premissas, Ferrer Beltrán dá os primeiros passos para a conceituação de *standards* probatórios pautados na concepção de valoração racional da prova, considerando que a hipótese acusatória no processo penal pode ser considerada provada nas seguintes condições: (i) a hipótese deve ser capaz de explicar todos os dados disponíveis, integrando-os de maneira coerente (e as previsões de novos dados que a hipótese permita formular devem estar confirmadas); e (ii) devem ter sido refutadas todas as demais hipóteses plausíveis que explicam os mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluindo meras hipóteses *ad hoc*.<sup>508</sup>

A primeira parte do *standard* sugerido por Beltrán é apoiada na mesma metodologia de contrastar hipóteses apresentada no capítulo anterior. A segunda parte é uma exigência de refutação específica das hipóteses compatíveis com a inocência, desde que sejam plausíveis<sup>509</sup> e tenham compatibilidade com os elementos de prova produzidos para o caso.<sup>510</sup> O tipo de raciocínio que Ferrer Beltrán almeja e com aplicações práticas no direito é exemplificado por um caso julgado pelo Tribunal Supremo espanhol, nos seguintes termos:

No dia 25 de julho de 1997, a polícia de Los Alcáceres (Murcia) prendeu o senhor Miguel Ángel A. B. por volta das 04 da madrugada. O detido conduzia um veículo por um local de habitual venda de drogas. Quando a polícia ordena a parada do veículo, o detido realizou movimentos suspeitos, indicando que buscava arremessar algo que estava no seu assento. Ao detê-lo, os agentes de polícia encontraram um pequeno pacote neste assento, contendo 17 embalagens totalizando 6,45 gramas de cocaína.

---

<sup>507</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. pgs. 127-139, p. 131.

<sup>508</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 148.

<sup>509</sup> Para tratar da plausibilidade, há exemplo bastante curioso de Ferrer Beltrán: se uma pessoa é acusada criminalmente por ter sido encontrada com joias roubadas no bolso, e afirma que a presença dos objetos é explicada em razão de uma abdução por alienígenas que colocaram as joias ali, a hipótese não precisa de refutação específica em razão de sua implausibilidade. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 148.

<sup>510</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 148.

Também foi localizado dinheiro, em moedas, totalizando aproximadamente 100 euros. O foro provincial de Murcia condenou Miguel Ángel por um delito contra a saúde pública (tráfico de drogas), previsto no art. 365 do Código Penal Espanhol. Ao julgar o recurso de cassação apresentado pela defesa, o Tribunal Supremo (STS 1657/2001) realiza a seguinte análise da valoração de prova realizada pelo foro provincial de Murcia: 1º É certo que a droga foi realmente apreendida, mas não cabe afirmar que a quantidade de 6,45 gramas, uma vez que a não determinação analítica qualitativa só autoriza a falar de um produto branco em pó com a presença de cocaína, distribuída em 17 doses prontas para consumo. 2º O fato o agora recorrente ter sido encontrado na proximidade de um lugar de venda de drogas ilegais poderia estar justificado pela dedicação a venda, mas igualmente por um recente ato de compra. 3º A tentativa de ocultação dos papelotes relatado pelos policiais é perfeitamente compatível com a posse para consumo. É um dado de experiência que a circunstância de ser surpreendido pela polícia na posse de alguma substância ilegal depara, em todo caso, em problemas; e, desde logo, a perda da substância.<sup>4º</sup> A quantidade de dinheiro apreendida (...) não tem nenhuma conotação particular e tampouco denota nada. 5º O informe médico-forense, ratificado em juízo, indica que Miguel Ángel era usuário de cocaína e cannabis, e a análise toxicológica deu positivo para a primeira. 6º Dois testemunhos manifestaram que, na data dos fatos, vários amigos (incluindo o acusado) haviam acordado que o acusado adquiriria certa quantidade de cocaína, que seria paga e consumida entre todas, na festa de Santiago. A prisão se deu justamente nas primeiras horas deste dia. 7º Os agentes que realizaram a prisão não presenciaram o agora recorrente realizando nenhuma ação relativa à venda de entorpecentes (...). A sentença finaliza absolvendo o acusado, por considerar que não se há superado o *standard* de prova penal por parte da acusação.<sup>511</sup>

É possível tecer diversas considerações acerca da análise realizada pelo Tribunal Supremo. Primeiro, o tribunal reprova a falta de provas que poderiam ser realizadas para confirmar alguns aspectos da hipótese acusatória, a exemplo da determinação exata de que todos os papelotes continham cocaína. Além disso, ressalta-se a irrelevância de algumas informações para o desfecho do caso, a exemplo da posse de dinheiro. Além disso, a defesa formula uma hipótese apta a explicar todos os elementos disponíveis: o acusado comprou essas doses de cocaína para si e outros amigos usarem em uma festa que seria realizada no mesmo dia, conduta que não constitui crime próprio do direito espanhol (diferentemente da lei brasileira). A verossimilhança desta hipótese serve para explicar todas os outros fatos colocados sob suspeita na tese acusatória, como a sua presença em local de venda de drogas e o nervosismo com a presença da polícia.<sup>512</sup> É certo que esses fatos poderiam ser explicados tanto pela versão

---

<sup>511</sup>Tradução livre de FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 149-150.

<sup>512</sup> Tradução livre de FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 151.

acusatória como pela versão defensiva, mas o *standard* de prova aplicável a um caso penal impõe o desfecho em favor do réu.

Apesar da formulação de Beltrán representar uma significativa melhora quanto ao conteúdo epistêmico dos *standards*, sua posição é criticada por Badaró. A primeira parte do *standard* proposto peca na exigência de conformidade da hipótese com relação a predições de novos dados que a hipótese permita formular. Juízos futuros são incompatíveis com a fase de sentença. O julgador deve ser limitado a examinar se as provas permitem explicar as hipóteses fáticas postas pela imputação acusatória.<sup>513</sup> A segunda parte do *standard* proposto por Beltrán trata das hipóteses em sentido contrário a imputação, e resvala na percepção de que o juízo deve ser realizado em qualquer tipo de hipótese alternativa a depender de sua verossimilhança, sem restringir o conteúdo da análise às provas efetivamente existentes e às hipóteses efetivamente arguidas pela defesa, independentemente de sua intensidade.<sup>514</sup>

Badaró identifica acertadamente que a posição de Beltrán é pautada em premissas equivocadas, indicando premissas diferentes para a formulação adequada do *standard*: a primeira é que só há uma hipótese a ser verificada no processo penal, que é a acusatória; não cabe qualquer tipo de elocubração acerca de hipóteses que podem ser derivadas por predições da hipótese principal. A segunda é que a hipótese acusatória deve ser provada em relação a cada um de seus segmentos fáticos, e não como um todo. A absolvição pode ocorrer se o a defesa indicar a falsidade de qualquer um dos aspectos fáticos que compõem a imputação.<sup>515</sup> Com base nessas considerações, o *standard* de prova para a condenação no processo penal é definido por Badaró da seguinte maneira:

a) há elementos de prova que confirmam, com elevadíssima probabilidade, todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação; e, b) não há elementos de prova que tornem viável ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a imputação.<sup>516</sup>

---

<sup>513</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 257.

<sup>514</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 257.

<sup>515</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 258-259.

<sup>516</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 259.

O mais claro mérito da posição de Badaró é restringir o objeto de análise à imputação e aos fatos afirmados em decorrência desta. Há uma inferência entre o conteúdo probatório e as hipóteses fáticas da acusação. Além disso, elenca um critério de gradação mais claro – elevadíssima probabilidade – para analisar o suporte das hipóteses acusatórias frente as provas. Também delimita mais claramente o critério a ser utilizado para a valoração das hipóteses defensivas, sem restringi-las ao conteúdo integral da acusação e relacionando-as com cada um dos pressupostos fáticos contidos na imputação. Por último – e talvez o mais importante – o *standard* sugerido por Badaró desvincula a análise da prova a consciência do julgador, utilizando um critério de probabilidade associado ao mundo dos fatos e não ao pensamento daquele que valora.

### 3.6. STANDARDS PROBATÓRIOS OBJETIVOS? COMO ESTIPULAR OS STANDARDS PROBATÓRIOS PARA AS DIFERENTES FASES PROCESSUAIS?

Ambos os exemplos anteriormente citados, embora constituam significativa melhora do conteúdo epistêmico dos *standards* de prova, não chegam ao ponto de efetivamente concretizar os níveis de exigência probatória dentro dos graus de confirmação delimitados pela valoração racional da prova. Até mesmo o *standard* proposto por Badaró, que é construído como forma de corrigir alguns dos equívocos na formulação estipulada por Beltrán, se restringe à proposição de um critério (elevadíssima probabilidade) para a valoração das hipóteses em conexão com a prova, mas não determina efetivamente a gradação objetiva dos níveis de exigência necessários para condenar ou para diferentes decisões ao longo do processo. Assim, serão analisadas duas propostas aptas a fornecer as ferramentas necessárias para a criação de *standards* para as diferentes etapas do processo penal.

#### 3.6.1. A PROPOSTA DE MARINA GASCÓN ABELLÁN: GRAUS DE CONFIRMAÇÃO DAS HIPÓTESES DISCUTIDAS NO PROCESSO EM UM ESQUEMA LÓGICO DE VARIAÇÃO

Marina Gascón Abellán busca uma conceituação mais elaborada destes *standards*, em que os níveis de gradação de exigência probatória são objetivamente

delimitados para uma sentença condenatória. A premissa básica é de que a hipótese de culpabilidade (ou Hc) não tenha sido refutada, ou seja, exclui-se de antemão as hipóteses de confirmação zero da hipótese acusatória, que nunca poderão corresponder a qualquer conteúdo epistemicamente relevante para o processo penal. Ao se cumprir este requisito, é possível formular *standards* probatórios mais ou menos exigentes a depender de distintos graus de confirmação exigidos para a Hc e dos distintos graus de confirmação tolerados para a hipótese da inocência (ou Hi). Esse raciocínio é ilustrado com os possíveis graus de confirmação que são exigidos (para a Hc) e tolerados (para a Hi) assignando o valor de 1 à confirmação sólida, 0.5 à confirmação débil e 0 à ausência de confirmação. A confirmação sólida ocorre quando as provas só podem ser explicadas se a hipótese é verdadeira (p->h); ou seja, quando não são compatíveis com a hipótese em sentido contrário — seria muito difícil explicá-las se a hipótese contrária fosse verdadeira. Uma confirmação débil ocorre quando as provas podem ser explicadas com uma hipótese verdadeira, mas não são completamente incompatíveis com a hipótese contrária (h->p).<sup>517</sup> Os graus de confirmação são exemplificados da seguinte maneira:

Possíveis graus de confirmação de Hc:

- Solidamente confirmada: Hc-1
- Debilmente confirmada: Hc-0.5

Possíveis graus de confirmação de Hi:

- Solidamente confirmada: Hi-1
- Debilmente confirmada: Hi-0.5
- Ausência de confirmação: Hi-0<sup>518</sup>

Com base nesta descrição, é possível construir uma escala de *standard* de prova de acordo com os níveis de exigência para condenar. Assim, há *standards* de prova (ou SP) abstratamente possíveis, que podem ser ordenados do menos exigente ao mais exigente, e eles são caracterizados pelo grau de confirmação exigido para Hc e o grau de confirmação tolerado para Hi, da seguinte forma:

- SP1: Hc-0.5 (exigido) e Hi-1 (tolerado)
- SP2: Hc -0.5 (exigido) e Hi-0.5 (tolerado)
- SP3: Hc-0.5 (exigido) e Hi-0 (tolerado)
- SP4: Hc-1 (exigido) e Hi-1 (tolerado)
- SP5: Hc-1 (exigido) e Hi-0.5 (tolerado)
- SP6: Hc-1 (exigido) e Hi-0 (tolerado)<sup>519</sup>

<sup>517</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. pgs. 127-139, p. 136.

<sup>518</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. pgs. 127-139, p. 136.

<sup>519</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. pgs. 127-139, p. 136.

Como dito, esses *standards* são enumerados dentro de uma abstração de possibilidade, e não necessariamente correspondem ao que seria necessário e adequado para o processo penal. De início, é certo que o processo penal exige uma confirmação sólida da hipótese condenatória, o que automaticamente gera o descarte do SP1, SP2 e SP3, em que a Hc será no máximo debilmente confirmada.

O SP4, SP5 e SP6, por outro lado, exigem sólida confirmação da hipótese acusatória e podem funcionar, ao menos em princípio, como *standards* de prova adequados para o processo penal. Cada um deles será analisado pormenorizadamente. O SP4 é tolerante com a existência de provas que confirmem (até solidamente) a hipótese de inocência, ou seja, permitem a procedência da tese acusatória até mesmo quando há suporte probatório máximo para a tese defensiva.<sup>520</sup> Há uma aparente incoerência lógica nesse *standard*, uma vez que o grau de confirmação 1 corresponde a provas que só podem ser explicadas se a hipótese de inocência for verdadeira, o que parece incompatível com a existência de provas que só podem ser explicadas com o mesmo grau de confirmação da hipótese acusatória. De qualquer modo, é certo que a presunção de inocência não aceitaria uma condenação no caso em que a hipótese de inocência foi respaldada na prova com o máximo grau de proeminência, motivo pelo qual o SP4 deve ser descartado – ao menos para a fase de sentença.

Quanto ao SP5, há exigência de que não existem provas que confirmem a hipótese de inocência de maneira sólida, mas admite a condenação quando há provas que confirmem debilmente a hipótese de inocência. Dito de outra forma, o *standard* admite a condenação mesmo que existam provas que sejam compatíveis com a hipótese de inocência, mas não completamente incompatíveis com a hipótese da acusação.<sup>521</sup> Deste modo, o SP5 é incompatível com a presunção de inocência e a aplicação do *standard* mais rigoroso para a tese acusatória, na medida que até mesmo uma hipótese débil da inocência é suficiente para sedimentar a dúvida quanto a hipótese acusatória. O exemplo citado por Beltrán nos parágrafos anteriores é bastante elucidador neste sentido: a presença do acusado em local

---

<sup>520</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. pgs. 127-139, p. 137.

<sup>521</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. pgs. 127-139, p. 137.

conhecido pela venda de drogas, o nervosismo ao se constatar a presença da polícia e o estado de flagrância com a posse do entorpecente é minimamente compatível tanto com a hipótese acusatória quanto com a hipótese de inocência. Neste caso, o acusado deve ser, como foi, absolvido.

Por último, o SP6 exige que não existam provas que confirmem nem sólida nem debilmente a hipótese de inocência. Só se pode condenar quando a hipótese de inocência não tenha nenhum grau de confirmação.<sup>522</sup> Trata-se do único *standard* efetivamente compatível com a presunção de inocência, impondo à acusação um critério de verdade mais rigoroso e fornecendo uma mais adequada leniência para a hipótese defensiva.

A diferença entre o esquema proposto por Gascón Abellán e o *standard* de prova sugerido por Gustavo Badaró pode parecer pouco significativa. Afinal, tanto a proposta de Badaró quanto o SP6 indicado por Abellán exigem o mais elevado grau de confirmação da hipótese acusatória (quer seja por um critério de elevadíssima probabilidade ou pela vinculação da hipótese acusatória com a prova por meio da explicação<sup>523</sup>) e atribuem certa leniência para a hipótese de defesa. No entanto, o mérito da proposta de Abellán se dá pelo uso de esquemas lógicos que atribuem gradativamente a confirmação ou refutação de cada hipótese, sendo possível utilizar os critérios jurídico-políticos em um momento posterior para excluir os *standards* que não são apropriados para aquilo que se pretende (justamente como ocorreu com o SP4, SP5 e SP6).

A relevância deste método merece destaque principalmente pelo fato de que pode fornecer os primeiros passos para a formulação de *standards* de prova objetivos para diferentes fases do processo penal, justamente a fim de atingir o objetivo delineado por Lucchesi ao tratar dos problemas de importar automaticamente o BARD como se fosse aplicável a toda e qualquer fase do

---

<sup>522</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. pgs. 127-139, p. 137.

<sup>523</sup> Gustavo Badaró exige elevadíssima probabilidade de os elementos de prova confirmarem as proposições fáticas que compõem a acusação, enquanto o critério do SP6 de Gascón Abellán exige uma confirmação sólida da hipótese condenatória (as provas só podem ser explicadas se a hipótese condenatória for verdadeira. Este trabalho não verifica diferença substancial entre os critérios, podendo resumir a diferença entre “elevadíssima probabilidade” e “confirmação sólida” a uma mera questão semântica, sendo claro que ambos os autores indicam o mais alto grau de exigência probatória no uso de cada expressão.

processo.<sup>524</sup>

Vale destacar que Gascón Abellán não trata expressamente do uso de sua proposta como forma de conceituar diferentes *standards* para diferentes etapas processuais. Ainda assim, é possível utilizá-la para este fim. Os graus de confirmação entre 0.5 e inferiores a 1 da hipótese acusatória, ainda que não sirvam para uma condenação criminal, podem ser utilizados para diferentes etapas da instrução criminal. Uma confirmação débil da hipótese acusatória pode ser utilizada para o oferecimento da denúncia, por exemplo. Seria necessário cunhar novos termos e novos intervalos (algo entre 0 e 0.5 para a instauração de uma investigação, ou algo entre 0.5 e 1 para a concessão de uma medida cautelar) para diferentes propósitos. Também se exigiria a determinação exata da relevância da plausibilidade da hipótese de inocência em diferentes fases do processo (menor grau no oferecimento da denúncia, maior grau para a concessão de uma medida cautelar). É certo que o esquema proposto por Gascón Abellán não exaure as hipóteses de formulação de *standards*, mas pode fornecer um guia para formulá-los de acordo com uma premissa de valoração racional para diferentes etapas do processo.

### 3.6.2. A PROPOSTA DE FERRER BELTRÁN: VARIAÇÃO DOS *STANDARDS* A DEPENDER DE DIFERENTES FASES DO PROCESSO COMO UMA ESCOLHA LEGISLATIVA

A mais recente obra de Ferrer Beltrán também utiliza as premissas da valoração racional da prova para elaborar *standards* diferentes para diferentes etapas do processo. O autor reforça, primeiro, a mesma posição adotada nas obras anteriores acerca dos requisitos metodológicos para a formulação dos *standards*, com algumas complementações: (i) os *standards* devem ser estabelecidos com base em critérios que vinculem a capacidade justificativa das provas com as hipóteses fáticas; (ii) fixar da maneira mais precisa quanto possível um critério de suficiência probatória; (iii) utilizar de formulações baseadas na probabilidade indutiva; (iv) seguir uma tendência progressiva de exigência em diferentes decisões ao longo do

---

<sup>524</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 156, p. 165-187, 2019, p. 168.

processo.<sup>525</sup>

Ferrer Beltrán também pondera as diferentes circunstâncias que podem ser consideradas para a adoção de um *standard* mais ou menos exigente. Além das diferentes fases do processo ou diferentes áreas do direito, o autor também considera possível variar o *standard* com base na gravidade da pena a ser aplicada (com um *standard* menos rigoroso para crimes em que não seja aplicada a pena de prisão, por exemplo) ou em delitos com intrínsecas dificuldades probatórias (como estupro ou abuso sexual).<sup>526</sup>

É necessário rechaçar desde logo essa premissa. Especialmente no campo do processo penal brasileiro, variar o *standard* probatório a depender da complexidade e da espécie do delito tornaria a própria proposta de adoção de *standards* natimorta. Seria criado um campo de subjetividade em que o julgador poderia determinar arbitrariamente um critério de suficiência probatória a depender daquilo que considere mais ou menos difícil de provar.<sup>527</sup>

Além disso, a variação de critérios a depender do delito ou da gravidade da pena é incompatível com as próprias premissas do direito penal. Conforme já amplamente discutido nos dois primeiros capítulos, o direito penal é construído epistemologicamente como forma de garantir os direitos individuais frente ao poder persecutório do Estado. Admitir a variação do *standard* com base nesses critérios teria repercussões no ônus da prova e na presunção de inocência, considerando a interação e influência recíproca entre essas categorias.<sup>528</sup> Se o processo penal sempre parte de uma situação de incerteza e a condenação só é autorizada quando a incerteza for superada, a variação de critérios de suficiência probatória necessariamente implicaria na diminuição do ônus da prova imposto à acusação e

---

<sup>525</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 29-100.

<sup>526</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p.109-150.

<sup>527</sup> Vale destacar que o processo penal brasileiro já conta com essa relativização como prática jurisprudencial, ainda que não assumida. Destaca-se o valor atribuído para a palavra da vítima, especialmente em crimes sexuais, como forma de relativizar a presunção de inocência. Nesse sentido, ver GOMES DA FONSECA, Andreia. BREIM, Rafael Ferreira. O Alto valor probatório da palavra da vítima em crimes sexuais e sua invalidade em face do processo penal constitucional-democrático. In: **Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito**, 1 (1), 2023, pgs. 114-131.

<sup>528</sup> Sobre a relação entre *standard* probatório, ônus da prova e a presunção de inocência, ver BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 262-264 e SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022, p. 471-490.

relativização da presunção de inocência.

Contudo, afastando-se dessas possibilidades, é possível partilhar dos outros critérios propostos por Ferrer Beltrán para variância dos graus de suficiência probatória. Com base nessas premissas, o autor elabora seis *standards*, ordenados de maior a menor exigência:

1) Para considerar provada uma hipótese sobre os fatos, devem existir conjuntamente as seguintes condições:

a) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de maneira coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular devem ter sido confirmadas e aportada como prova no processo.

b) Devem ter sido refutadas todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado ou mais benéficas a ele, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*.

2) Para considerar provada uma hipótese sobre os fatos, devem existir conjuntamente as seguintes condições:

a) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de maneira coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular devem ter sido confirmadas e aportada como prova no processo.

b) Deve ter sido refutada a hipótese alternativa formulada pela defesa da parte contrária e é plausível, explicativa dos mesmos dados e compatível com a inocência do acusado ou mais benéfica a ele, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*.

3) Para considerar provada uma hipótese sobre os fatos, devem existir conjuntamente as seguintes condições:

a) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular devem ter sido confirmadas e aportadas como prova no processo.

b) Deve ter sido refutada a hipótese alternativa formulada pela defesa da parte contrária, se é plausível, explicativa dos mesmos dados e compatível com a inocência do acusado ou mais benéfica a ele, sempre que tenha sido aportada alguma prova que lhe outorgue algum grau de confirmação.

4) Uma hipótese sobre os fatos se considerará provada quando se der, conjuntamente, as seguintes condições:

a) Seja a hipótese mais provavelmente verdadeira, a luz dos elementos de juízo existentes no expediente judicial;

b) O peso probatório do conjunto de elementos de juízo relevantes incorporados ao processo seja completo (excluídas as provas redundantes).

5) Uma hipótese sobre os fatos se considerará provada quando se der, conjuntamente, as seguintes condições:

a) Seja a hipótese mais provavelmente verdadeira do que a hipótese da parte contrária, a luz dos elementos de juízo existentes no expediente judicial;

b) O peso probatório do conjunto de elementos de juízo relevantes incorporados ao processo seja completo (excluídas as provas redundantes).

6) Uma hipótese sobre os fatos se considerará provada quando: seja a hipótese mais provavelmente verdadeira, a luz dos elementos de juízo existentes no expediente judicial.

7) Uma hipótese sobre os fatos se considerará provada quando: a hipótese é mais provavelmente verdadeira do que a hipótese da parte contrária, a luz dos elementos de juízo existentes no expediente judicial.<sup>529</sup>

Os *standards* de 1) a 3) são formulados de maneira similar ao *standard* proposto por Ferrer Beltrán na sua obra de 2007. Em seu trabalho mais recente, o autor responde as críticas acerca das predições contidas em sua proposta, reforçando que compreende o raciocínio probatório no mesmo sentido do raciocínio científico, filiando-se a posição da metodologia “natural” baseada nas premissas de Bentham. Assim, sua compreensão da epistemologia jurídica parte de premissas da epistemologia geral, aproximando a figura do julgador a de alguém que precisa revisar a qualidade de um artigo científico para publicação, o que implica na necessidade de revisar o processo de confirmação e corroboração da hipótese até mesmo para além do que for estritamente estipulado.<sup>530</sup>

No entanto, a validade da crítica permanece. Como já asseverado, a constatação da importância da epistemologia e das premissas do raciocínio científico para o processo penal não implica no afastamento das especificidades próprias deste tipo de processo. O fato da prova e a sua valoração serem pautadas em premissas epistêmicas não afasta a necessidade de dar proeminência a outros valores igualmente importantes para o processo penal, como o ônus da prova e a presunção de inocência. Na já mencionada crítica de Badaró a posição de Ferrer Beltrán, exigir que as provas permitam fazer predições ou juízos futuros foge do escopo do processo penal, que restringe o seu objeto de análise a conduta imputada.<sup>531</sup>

Ademais, Ferrer Beltrán trata de vários exemplos<sup>532</sup> acerca do cabimento de seus *standards* a depender de diversas particularidades do caso, relacionando-se com a premissa – da qual este trabalho não parte – que os critérios podem variar a depender de especificidades do caso penal, a exemplo do tipo de crime imputado. É possível concluir, portanto, que o *standard* conceituado por Badaró e mencionado na

---

<sup>529</sup> Tradução livre de FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso**. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 209-210.

<sup>530</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso**. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 211.

<sup>531</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 257.

<sup>532</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso**. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 212-225.

seção 3.3. é preferível as sugestões de Ferrer Beltrán.

No entanto, seguem relevantes os *standards* 4) a 7), que não exigem que as hipóteses alternativas tenham sido completamente refutadas, tratando de uma comparação entre diferentes graus de corroboração para hipóteses diferentes, escolhendo a que tem maior apoio do acervo probatório. Cada uma dessas formulações pode ser compreendida como diferentes variações do *standard* de preponderância de provas ou probabilidade prevalente.<sup>533</sup>

Ao se partir da premissa que a probabilidade de uma hipótese equivale ao grau de corroboração indutiva aportada pelas provas disponíveis, e os *standards* 4) a 7) não exigem refutação de hipóteses alternativas, resta necessário determinar os critérios de comparação para que uma hipótese possa ser tida por provada.<sup>534</sup> Nisso reside um problema, uma vez que a mera exigência de que uma hipótese seja mais provável do que outras é excessivamente débil sem critérios de comparação. Uma hipótese pode ser tida por provada se for corroborada por uma única prova circunstancial e de baixa confiabilidade. Como forma de responder a essa situação, os *standards* sugeridos por Ferrer Beltrán acrescentam um critério de exigência não comparativo que é relacionado ao peso do acervo probatório.<sup>535</sup>

Restaria definir o que se entende por *peso* do acervo probatório. Ferrer Beltrán enumera duas questões principais: (i) que tipo de provas são necessárias para poder atribuir credibilidade as hipóteses que se deve valorar; e (ii) se essas provas foram incorporadas a algum expediente judicial e estão disponíveis para sua valoração. Para o primeiro critério, o tipo de prova dependeria da hipótese<sup>536</sup> e de quais predições<sup>537</sup> poderiam ser realizadas com base nessas hipóteses e quais provas poderiam servir para seu cumprimento. Para o segundo critério, Ferrer Beltrán elabora o conceito de “lacuna probatória” para tratar da ausência de provas

<sup>533</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 225-226.

<sup>534</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 229.

<sup>535</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 229-230.

<sup>536</sup> Este trabalho parte da premissa que variação da hipótese se dá acerca das especificidades da análise fática, mas não da natureza do crime ou gravidade da pena que pode ser aplicada.

<sup>537</sup> A crítica adotada a postura de Ferrer Beltrán acerca das predições restringe-se a decisão de mérito na fase da sentença. O próprio Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 257) assevera que as predições podem ter sentido na fase de investigação. Como os *standards* ora discutidos podem ser cabíveis em fases preliminares (critério de suficiência probatória para concessão de um mandado de busca, por exemplo) é possível incorporar as predições nesses *standards*.

que seriam necessárias para comprovar o cumprimento de uma predição derivada da hipótese a ser provada. Quanto mais numerosas forem as lacunas, menor será o peso do conjunto de provas disponíveis.<sup>538</sup>

Para trazer as considerações de Beltrán para a realidade processual brasileira, seria possível utilizar os *standards* 4 e 5<sup>539</sup> para a concessão de medidas cautelares mais gravosas, como a prisão cautelar ou a monitoração eletrônica (cuja aplicação irá variar pelo critério do *periculum libertatis*, sem relação com a análise fática). Quer seja na modalidade *inaudita altera pars* ou após a manifestação do imputado, tais *standards* são marcados por maior exigência (peso probatório completo dos elementos de prova disponíveis).

Seria necessário cunhar um critério novo, com base nas premissas estabelecidas no *standard* 4 e 5, para a decisão de pronúncia. Ao se considerar que é vedado ao juiz determinar qual é a hipótese mais provável, sob pena de influenciar indevidamente no julgamento a ser realizado pelos jurados, o *standard* deveria determinar apenas se a hipótese acusatória foi suficientemente corroborada (considerando o critério do peso probatório completo) na primeira fase da instrução processual.<sup>540</sup>

Também seria necessário criar um critério novo e intermediário entre os *standards* 4 e 6 para o recebimento da denúncia. Ao mesmo tempo que seria impossível exigir a completude do peso probatório na fase inicial do processo, não é adequado denominar antecipadamente a hipótese acusatória como “provavelmente verdadeira” neste momento processual. Para isso, o *standard* poderia contar unicamente com um critério de suficiência ou relevância dos elementos colhidos até

---

<sup>538</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 233.

<sup>539</sup> Como já destacado: “4) Uma hipótese sobre os fatos se considerará provada quando se der, conjuntamente, as seguintes condições: a) Seja a hipótese mais provavelmente verdadeira, a luz dos elementos de juízo existentes no expediente judicial; b) O peso probatório do conjunto de elementos de juízo relevantes incorporados ao processo seja completo (excluídas as provas redundantes). 5) Uma hipótese sobre os fatos se considerará provada quando se der, conjuntamente, as seguintes condições: a) Seja a hipótese mais provavelmente verdadeira do que a hipótese da parte contrária, a luz dos elementos de juízo existentes no expediente judicial; b) O peso probatório do conjunto de elementos de juízo relevantes incorporados ao processo seja completo (excluídas as provas redundantes)”. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 210.

<sup>540</sup> O critério mencionado já é defendido por parte dos Ministros das cortes superiores, a exemplo de Gilmar Mendes. Ver MENDES, Gilmar. Critérios de valoração racional da prova e *standard* probatório para pronúncia no júri. In: **Consultor Jurídico**, 6 de abril de 2019. Disponível em: [Critérios de valoração racional da prova e standard probatório \(conjur.com.br\)](https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/criterios-de-valoracao-racional-da-prova-e-standard-probatório). Acesso em 10/01/2024.

aquele momento, admitindo lacunas probatórias de elementos que não sejam expressamente necessários para comprovar as exigências do art. 41 do Código de Processo Penal.<sup>541</sup>

O critério definido nos *standards* 6 e 7<sup>542</sup> trata de hipóteses mais provavelmente verdadeiras, que poderiam ser cabíveis para a decretação de medidas cautelares menos gravosas, como o comparecimento em juízo, ou a concessão de medidas cautelares de urgência que não impliquem em maiores restrições a liberdade do noticiado.

---

<sup>541</sup> Em sentido similar, Zottis defende que o critério a ser utilizado nessa fase processual refere-se à probabilidade mínima de autoria e materialidade do fato imputado. In: ZOTTIS, Rafael. **Standards de prova e dúvida razoável no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 104-109.

<sup>542</sup> “6) Uma hipótese sobre os fatos se considerará provada quando: seja a hipótese mais provavelmente verdadeira, a luz dos elementos de juízo existentes no expediente judicial. 7) Uma hipótese sobre os fatos se considerará provada quando: a hipótese é mais provavelmente verdadeira do que a hipótese da parte contrária, a luz dos elementos de juízo existentes no expediente judicial”. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 210.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de proporcionar uma melhor concatenação das ideias apresentadas, esta dissertação conta com algumas conclusões parciais ao longo dos três capítulos. A título de encerramento, é possível enumerar as conclusões principais de maneira sintetizada, indicando o diagnóstico do problema e o caminho a ser trilhado como possível solução.

1- O direito penal é a forma mais gravosa do Estado exercer seu poder. O poder punitivo possui uma tendência de conversão em arbítrio que precisa ser limitado pela legalidade. O processo penal, dentro da lógica do devido processo legal, é o instrumento apto a verificar as condições de legitimidade para a imposição de alguma sanção em face de um jurisdicionado que tenha praticado um crime.

2 – O processo penal é orientado pela lógica de limitação do poder punitivo e defesa dos direitos e garantias do réu. Essa afirmação vincula o trabalho ao marco teórico do garantismo legal, que elenca diversos princípios interconectados como forma de resguardar as garantias individuais da pessoa acusada tanto no âmbito processual quanto no penal.

3 – A legitimidade das decisões do processo penal e a justiça deste resultado depende de três condições: correto juízo de fato; correta interpretação e aplicação das normas jurídicas aplicáveis aos fatos; e respeito aos direitos e garantias das partes. Cada uma das condições é necessária, mas insuficiente por si só, para garantir a justiça de uma decisão.

4 – A vinculação da justiça da decisão com um correto juízo de fato torna a verdade (no sentido de verdade como correspondência) um valor essencial para o processo penal, até mesmo dentro da teoria garantista. Apesar das inúmeras críticas que podem ser formuladas ao conceito, a verdade, em um sentido *processual* (aproximativo e linguístico) cumpre um importante papel de limitação do poder punitivo ao vincular a legitimidade da pena somente a prática de crimes e a constatação empírica do fato, e não a mera subjetividade do julgador.

5 – A maior preocupação dos estudiosos do processo penal e da prática forense se dá no âmbito da análise jurídica, ou seja, apenas duas das três condições de justiça de decisão mencionada na conclusão 3. O controle das decisões judiciais se dá principalmente pela via recursal e pela motivação, cujo caráter objetivo de análise se dá apenas no âmbito jurídico. Se uma decisão fática é revertida em

instâncias superiores, isso não ocorre porque o Tribunal constata efetivamente que a análise fática promovida pelo outro magistrado foi feita de maneira equivocada: a validade de sua decisão é em razão de “mandar mais”.

6 – A falta de critérios objetivos para o controle epistêmico da decisão judicial se dá principalmente pela interpretação que se dá ao princípio do livre convencimento motivado, que é visto como “convicção livre”, em que o juiz tem plena liberdade para valorar a prova e sequer precisa a se vincular a regras racionais.

7 – O princípio do livre convencimento motivado não se confunde com a convicção livre. Foi erigido em oposição ao sistema de prova tarifária, e possui apenas conteúdo negativo (desvinculando o julgador a valorar a prova de forma taxativa). A interpretação do livre convencimento como convicção livre se dá principalmente por um erro de categoria, em que uma regra negativa (afastamento da taxatividade na valoração) se confunde com uma regra positiva (a valoração da prova é o convencimento íntimo do juiz).

8 – O livre convencimento motivado como regra negativa é perfeitamente compatível com as premissas do garantismo legal. No entanto, por se tratar de regra negativa, é necessário complementá-la com aportes de outras áreas, especialmente a epistemologia. Para isso, é necessário adotar uma perspectiva de valoração racional da prova.

9 – A valoração racional da prova pode ocorrer por alguns métodos diferentes: a probabilidade estatística, a probabilidade subjetiva e a probabilidade indutiva. O método de probabilidade indutiva é o mais adequado, por se afastar dos problemas intrínsecos ao raciocínio matemático e a uma mera racionalização da subjetividade na probabilidade subjetiva.

10 – A probabilidade indutiva é pautada por raciocínios eliminatórios de comparação das hipóteses fáticas dentro do processo, sendo compatível tanto com o livre convencimento motivado quanto com as premissas do garantismo legal.

11 – Além de um método de valoração da prova, é necessário definir um critério para que uma hipótese possa ser considerada provada (suficiência probatória). Nesse contexto, surge a necessidade de se estabelecerem os *standards* para o processo penal brasileiro.

12 – *Standards* são critérios de suficiência probatória que estabelecem o grau de probabilidade necessário para determinada decisão, e variam a depender da

relevância da matéria discutida, da fase processual ou do risco do erro judicial. Apesar de serem utilizados de maneira explícita ou implícita, em maior ou menor grau, em diversas jurisdições, possuem um uso destacado nos regimes jurídicos de tradição da *common law*, especialmente nas instruções que os juízes forneciam aos jurados para que pudessem julgar os fatos de um caso no sistema anglo-americano.

13 – No âmbito do processo penal, o *standard* mais destacado é o *beyond a reasonable doubt*, ou BARD. Apesar de possuir uma construção dogmática orientada a proteção dos direitos do réu, seu uso já foi associado a formas menos rígidas da acusação impor um *standard* de prova mais leniente para uma condenação criminal. Além disso, o critério de “razoabilidade” da dúvida é excessivamente subjetivo e traz diversas dificuldades de interpretação, a ponto de ser classificado por alguns autores como algo que sequer pode ser chamado de *standard*. Além disso, evoca o julgamento a um critério íntimo de convicção pessoal do julgador, o que indica incompatibilidade com a perspectiva de valoração racional da prova. Não bastasse, a vinculação do julgamento a um critério íntimo de convicção afasta o julgamento de uma valoração das provas específicas do fato a ser julgado. Por essas razões, o BARD se mostra incompatível com uma concepção racional de valoração da prova e as premissas do garantismo penal.

14 – Há uma crescente adoção do uso de *standards* de prova no Brasil, com ênfase ao uso do BARD. O BARD costuma ser utilizado como um elemento retórico e persuasivo, voltado a fundamentar uma decisão baseada nos estados mentais do julgador.

15 – A necessidade de propor *standards* probatórios sem os mesmos problemas do BARD deve observar, principalmente, a necessidade de desvincular o critério de julgamento aos estados mentais do julgador, bem como estabelecer a importância de vinculá-los a uma análise da prova do fato. Para isso, são utilizados critérios de epistemologia. Além disso, é necessária uma formulação precisa, a fim de possibilitar o controle intersubjetivo de sua aplicação.

16 – O estudo apresenta, nesse sentido, a proposição de um *standard* da lavra de Gustavo Badaró para a sentença penal:

- a) há elementos de prova que confirmam, com elevadíssima probabilidade, todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação; e, b) não há elementos de prova que tornem viável ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a

imputação.<sup>543</sup>

17 – O *standard* de Badaró é compatível com as premissas do garantismo penal e a perspectiva de valoração racional da prova. Ainda assim, por ser limitado a uma fase processual específica, a dissertação também aborda a proposta de Marina Gascón Abellán, que utiliza de lógica indutiva entre os graus de probabilidade de proposições para indicar diversos critérios de suficiência probatória (divididos entre SP1 e SP6) entre a possibilidade de ocorrência da tese acusatória e da tese defensiva, sendo possível concluir que o mais adequado para uma condenação criminal seria o SP6, em que só é possível condenar quando não há provas que confirmem em nenhum grau a tese defensiva e há provas que confirmem em maior grau a tese acusatória. Apesar da diferença entre o critério de Gascón Abellán e Badaró ser praticamente inexistente para a condenação criminal, o uso da lógica indutiva por parte de Abellán e a enumeração de diversos *standards* de prova em contraposição a probabilidade de cada uma das teses é destacada pela possibilidade de sua utilização para propor diferentes *standards* em diferentes etapas da instrução criminal.

18 – Em complementação aos critérios de Gascón Abellán e considerando a necessidade de *standards* para as diferentes etapas do processo, o trabalho aborda a proposta de Ferrer Beltrán, excluindo-se algumas premissas: a variação do *standard* a depender da gravidade da pena que pode ser aplicada e do tipo de crime que se analisa. O autor elabora 7 *standards*, sendo os 3 primeiros cabíveis para a decisão de mérito (exigindo-se a refutação da tese defensiva) e os outros 4 para fases diferentes do processo. Os 3 primeiros *standards* revelam-se, ainda que minimamente adequados, inferiores ao critério mencionado no tópico 15 destas conclusões. No entanto, os *standards* 4, 5, 6 e 7 podem ser utilizados para o processo penal brasileiro, com algumas adaptações, para diferentes fases do processo. A relevância das contribuições de Ferrer Beltrán se dá em razão do uso de um critério de suficiência probatória, atribuindo maior ou menor peso ao conjunto probatório dos elementos disponíveis a depender das lacunas probatórias que podem estar contidas nas hipóteses fáticas. Os *standards* são os seguintes:

- 4) Uma hipótese sobre os fatos se considerará provada quando se der, conjuntamente, as seguintes condições: a) Seja a hipótese mais

---

<sup>543</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 259.

provavelmente verdadeira, a luz dos elementos de juízo existentes no expediente judicial; b) O peso probatório do conjunto de elementos de juízo relevantes incorporados ao processo seja completo (excluídas as provas redundantes). 5) Uma hipótese sobre os fatos se considerará provada quando se der, conjuntamente, as seguintes condições: a) Seja a hipótese mais provavelmente verdadeira do que a hipótese da parte contrária, a luz dos elementos de juízo existentes no expediente judicial; b) O peso probatório do conjunto de elementos de juízo relevantes incorporados ao processo seja completo (excluídas as provas redundantes). 6) Uma hipótese sobre os fatos se considerará provada quando: seja a hipótese mais provavelmente verdadeira, a luz dos elementos de juízo existentes no expediente judicial. 7) Uma hipótese sobre os fatos se considerará provada quando: a hipótese é mais provavelmente verdadeira do que a hipótese da parte contrária, a luz dos elementos de juízo existentes no expediente judicial.<sup>544</sup>

19 – Os *standards* 4 e 5 poderiam ser utilizados como critério para a concessão de medidas cautelares mais gravosas, em razão de maior exigência do critério de suficiência probatória (peso probatório completo dos elementos de prova).

20 – É possível usar as premissas usadas nos *standards* 4 e 5 para criar um critério novo que possa ser utilizado pela decisão de pronúncia. O juiz não pode determinar qual a hipótese mais provável, mas é possível utilizar de um critério de suficiência probatória (considerando o peso probatório completo) para determinar se a hipótese acusatória foi suficientemente corroborada.

21 – Usando as premissas dos *standards* 4, 5 e 6, é possível criar um *standard* intermediário, situado entre os *standards* citados e com algumas adaptações (é inadequado tratar a hipótese acusatória como “provavelmente verdadeira” na fase inicial do processo), para o recebimento da denúncia. Não é possível exigir a completude do peso probatório nesta fase. Assim, o *standard* pode contar com um critério de suficiência ou relevância dos elementos colhidos até aquele momento processual, admitindo lacunas probatórias de elementos que não sejam os requisitos mínimos da denúncia.

22 – Os *standards* 6 e 7, que tratam de hipóteses mais provavelmente verdadeiras, podem ser cabíveis para a decretação de medidas cautelares menos gravosas ou para a concessão de medidas cautelares de urgência sem maiores restrições à liberdade do noticiado.

Este trabalho não promove uma análise exauriente do tema dos

---

<sup>544</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 209-210.

*standards* probatórios, tampouco é capaz de propor de maneira extensiva *standards* probatórios aptos a serem utilizados para diferentes fases processuais. A pesquisa busca indicar referências sólidas do debate acerca do tema, tanto no Brasil quanto no exterior, e atesta principalmente a absoluta necessidade de conferir maior objetividade aos julgamentos de matéria de fato promovidos pela jurisdição brasileira. Nesse contexto, é possível dar os primeiros passos, com base nessas referências, para a efetiva proposição de *standards* probatórios para o nosso processo penal.

Esta necessidade não implica na filiação a “ilusões inalcançáveis”.<sup>545</sup> Todo julgamento é feito por um julgador, e todo julgador é imbuído de subjetividades que inexoravelmente pautarão o seu raciocínio. Nunca será possível eliminar todos os graus de subjetividade no julgamento, tampouco conceituar *standards* sem nenhuma vagueza. Nesse sentido, Ferrer Beltrán parafraseia Ronald Dworkin acerca do poder discricionário do juiz em seu sentido forte ou fraco. O poder discricionário em sentido forte equivaleria a discricionariedade como ausência de regras ou de qualquer critério de suficiência probatória. Em sentido fraco, por outro lado, a discricionariedade ficaria restrita ao espaço do discernimento e da argumentação, por estar submetida a critérios mínimos de suficiência probatória e racionalidade.<sup>546</sup> A principal conclusão desta pesquisa é que apenas a discricionariedade em sentido fraco (no sentido trabalhado por Ferrer Beltrán) é compatível com as premissas mais basilares do processo penal democrático e do Estado de Direito.

---

<sup>545</sup> Expressão utilizada por FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 240.

<sup>546</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 240-241.

## REFERÊNCIAS

- ACCATINO, Daniela. Teoria da prova: Somos todos “racionalistas” agora? In: **Os fatos no processo penal**. Coordenadoras Janaina Matida e Livia Moscatelli. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. pgs. 19-42.
- ALLEN, Ronald J. The Restoration of In re Winship: A Comment on Burdens of Persuasion in Criminal Cases After Patterson v. New York. In: **Michigan Law Review**, n. 30, 1977.
- ARANHA, Adalberto Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.
- BADARÓ, Gustavo. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. In: **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Domínio Público. Disponível em: [eb000015.pdf](http://eb000015.pdf) ([dominiopublico.gov.br](http://dominiopublico.gov.br)). Acesso em 29/12/2023.
- BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Organização e tradução de João Barrento. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica. 2013.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Direito e Sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compilação por Nello Morra; Tradução por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- CERONI, Carlos Roberto Barros. **Revisão Criminal**: características, consequências e abrangência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- COHEN, Jonathan L. **The probable and the Provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977.
- DAMAŠKA, Mirjan R. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997.
- DAMASCENO, Fernando Braga. **Direito probatório (Stricto Sensu)**: da valoração da prova. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.
- DE-LORENZI, Felipe da Costa. CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga

controvérsia. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 177, ano 29, p. 71-132.

DIAS, Juliana Melo. HERDY, Rachel. Probabilismo jurídico: o fetiche pelos números no direito. In: **Os fatos no processo penal**. Coordenadoras Janaina Matida e Livia Moscatelli. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 43-60.

FAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. In: **Revista de Processo**. Vol. 254, abril de 2016. p. 339-374

FERNANDES, Lara Teles. **Standards Probatórios e Epistemologia Jurídica**: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido processo. Madrid: Marcial Pons, 2021

FERRER BELTRÁN, Jordi. A prova é liberdade, mas não tanto: uma teoria da prova quase-benthamiana. In: **Provas**. Coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Burli de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 103-122.

FRANK, Jerome. **Courts on Trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973.

FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes da. **Dilemas da Decisão Judicial**: as representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2014.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no Direito**: bases argumentativas da prova. Coordenado por Vítor de Paula Ramos e traduzido por Ravi Peixoto. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, 2023.

GASCÓN ABELLAN, Marina. FIGUEROA, Alfonso J. García. **La argumentación em el derecho: algunas cuestiones fundamentales**. Lima: Palestra Editores. 2003.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. pgs. 127-139.

GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das

ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GOMES DA FONSECA, Andreia. BREIM, Rafael Ferreira. O Alto valor probatório da palavra da vítima em crimes sexuais e sua invalidade em face do processo penal constitucional-democrático. In: **Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito**, 1 (1), 2023, pgs. 114-131.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUERRA, Marcelo. **Prova judicial: Uma introdução**. Fortaleza: Boulesis, 2015

HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do Controle Jurisdicional da Motivação das Decisões**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito**. P. 109-123. Universidade Federal do Paraná, 2012.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**. Lisboa: Almedina, 2012.

KHALED JR., Salah H. **Ambição de verdade no processo penal: uma introdução**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

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

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: Paradigmas para o seu possível controle. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-51, jan.-fev.

LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 16-24, 2015.

LAUDAN, Larry. Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es um estándar. In: **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2005. P. 95-113.

LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law**. New York: Cambridge University Press, 2006.

LEUBSDORF, John. The Surprising History of the Preponderance Standard of Civil Proof. In: **Florida Law Rev.**, 1569 (2016).

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOPES JR. Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: **Verdade e prova no processo penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Ada Pellegrino Grinover et. al, coordenação de Flávio Cardoso Pereira. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm. 2017.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156, p. 165-187, 2019.

MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. In: **Theory of Legal Science**. Springer Netherlands, 1984.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: A theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MASCARENHAS, Fabiana Alves. NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A busca da verdade e a concretização da função Epistêmica do Processo. In: **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**. v. 16, n. 2, pp.147-166, jul./dez. 2018.

MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, 2019.

MENDES, Gilmar. Critérios de valoração racional da prova e *standard* probatório para pronúncia no júri. In: **Consultor Jurídico**, 6 de abril de 2019. Disponível em: [Critérios de valoração racional da prova e standard probatório \(conjur.com.br\)](https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/criterios-de-valoracao-racional-da-prova-e-standard-probatório). Acesso em 10/01/2024.

MORAES, Maurício Zanóide 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

MORANO, Anthony A. A Reexamination of the Development of the Reasonable Doubt Rule. In: **Boston University Law Review**, ed 55, 1975

NEVES, Luiz Gabriel Batista. **Standard de prova e sentença penal**: um diálogo entre prática e teoria. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

POSNER, Richard. A. **An Economic approach to the Law of Evidence**. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 66.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRATES, Fernanda. “Negar a responsabilidade se insere no instinto mais rudimentar de autodefesa”: a interpretação dos magistrados na narrativa do réu. In: **Os fatos no processo penal**. Coordenadoras Janaina Matida e Livia Moscatelli. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 311-326.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Volume 46, 2007.p. 101-117.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Teoria da prova processual penal**. 2020. Disponível em: [RAMOS teoria da prova processual penal-2020-libre.pdf \(d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net\)](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/ramos-teoria-da-prova-processual-penal-2020-libre.pdf). Acesso em 29/12/2023.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova Testemunhal** – do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1983.

RISINGER, Michael D. Unsafe Verdicts: The Need for Reformed Standards for the Trial and Review of Factual Innocence Claims. In: **Houston Law Review**, n. 41 (2004-2005).

ROCHA JÚNIOR. Francisco Monteiro. **Recurso especial e recurso extraordinário criminais**. 4. ed. rev. e atual. Florianópolis: Emais, 2022.

ROCHA JÚNIOR, Franciso de Assis do Rego Monteiro. **Os Recurso Criminais Julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça do Império (1841-1871)**: decisões liberais na cúpula de um judiciário clientelista. Tese de Doutorado. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012.

ROSA. Luísa Walter da. **O standard probatório do juízo homologatório da colaboração premiada**: uma proposta a partir da regra de corroboração.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2023

RYU, Daiana Santos. **O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável**: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

SAAD, Marta. Defesa no inquérito policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**. Ano 2, n. 4. P. 59-83, Jul-Dez 2018.

SAMPAIO, Dênis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2022.

SHAPIRO, Barbara J. **Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause**: historical perspectives on the anglo-american law of evidence. Berkeley: University of California Press. 1991.

SHEPPARD, Steve. Metamorphoses of reasonable doubt. In: **Notre Dame Law Review**, n. 78 (2002-2003), p. 1165-1249.

SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e. AVELAR, Daniel Surdi Ribeiro. **Manual do Tribunal do Júri**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

SPENCER, J. R. **Hearsay Evidence in Criminal Proceedings**. Oxford: Hart, 2008.

SULLIVAN, Robert. **The Disappearance of Dr. Parkman**. 1971, Boston: Little, Brown and Company. 1971.

TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: O juiz e a construção dos fatos; tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. La Verdad como Valor Social y jurídico. In: **Proceso y Decisión**: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. **The American Journal of Comparative Law**; v. 51, n. 3, p. 659-677, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30 ed. v. 1, 2008.

TRIBE, Laurence. Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process. In: **Harvard Law Review**, 84, 1971.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro In: **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, 2020. São Paulo.

WHITMAN, James. The Origins of "Reasonable Doubt". In: **Faculty Scholarship Series**, 1995. Paper 1.

WIDAL FILHO. Márcio de Campos. A Valoração da Prova e o Código de Processo Penal Brasileiro. *In*: LACERDA, Alexandre Magno Benites de et, al. **Garantismo e Processo Penal**. 1 ed. Campo Grande: Contemplar, 2019. p. 173-203.

ZOBEL, Hiller. **The Boston Massacre**. New York: W.W. Norton & Company.1996.

ZOTTIS, Rafael. **Standards de prova e dúvida razoável no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.