
STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL

por José Paulo Baltazar Júnior

Juiz Federal da 1ª Vara Criminal de Porto Alegre, especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Dinheiro. Especialista em Direito Penal pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela UFRGS. Doutorando em Direito pela UFRGS. Professor da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE/RS).

“Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto.” (Hans-Georg Gadamer)

Introdução

O tema da prova é da maior importância, seja para a ciência, seja para a atividade judicial, pois a todo momento o cientista e o jurista prático têm de provar a veracidade ou o acerto de suas afirmações, de modo que a questão que se coloca é da maior relevância prática, não ficando limitada ao interesse meramente acadêmico.

A doutrina distingue, porém, duas concepções sobre o conceito de prova, a saber: *moderna* e *clássica*. A primeira: “é fruto do iluminismo e do racionalismo, tendo um sentido objetivista, cientificista, absoluto”¹. Pretendendo atribuir caráter científico ao direito, vale-se dos métodos das ciências naturais, reduzindo o raciocínio judicial ao silogismo, figurando o fato como premissa menor, provado o qual será aplicável a solução jurídica prevista

¹ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 353, jan.-fev. 2001, p. 27.*

na lei, com rígida separação entre questão de fato e questão de direito, admitindo que se alcance a *verdade*, mediante *demonstração* do acerto da prova dos fatos. A segunda: “dominante na Idade Média, é fruto de uma perspectiva problemática, tópica, argumentativa (...)”². Assume papel de relevo a possibilidade do erro e a falibilidade humanas, não havendo separação rígida entre questões de fato e de direito, nem se admitindo a *demonstração* de uma verdade absoluta ou inquestionável, abrindo-se espaço para a *persuasão*, que busca demonstrar a verdade *provável* ou *judicial* ou *instrumental*³.

Ainda assim, na atividade judicial a busca da verdade é uma constante, por razões práticas. Com efeito, tendo em vista a necessidade de solução dos conflitos, não se apresenta viável a adoção de uma postura cética, que nega a possibilidade de alcançar a verdade, que conduziria a um abandono da necessária atividade judicial⁴.

Assim, como na determinação do direito aplicável não há uma única resposta correta, também em relação aos fatos, não há como alcançar a verdade total⁵ ou absoluta, devendo agir o juiz com *pretensão de correção*. Assim como na teoria geral do direito superou-se a lógica binária de decisão *certa* ou *errada*, admitindo-se a busca da *melhor solução*, também no campo da prova pas-

² KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, p. 27.

³ Para uma exposição sobre as concepções moderna, clássica e contemporânea de prova, ver também: ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no Processo Civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*, n. 31, jan.-mar. 2004, p. 34-68.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 24-25.

⁵ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mróz, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

sou a buscar-se a solução da verdade *mais provável*⁶. Com efeito: “a necessidade de resolver as controvérsias é de algum modo mais urgente que a necessidade de justiça abstrata ou precisão. Em consequência, em algum ponto o direito deve estabelecer uma linha e dizer que algum modo de verificação deve servir como verdade.”⁷ Nesse sentido, para Walter: “A verdade é o valor de aproximação, o norte que o juiz tem que tentar alcançar.”⁸. Na mesma linha já afirmou o Tribunal Federal Alemão, em decisão de 17 de março de 1970, que: “o juiz pode e deve contentar-se, naqueles casos nos quais efetivamente haja dúvidas, com um grau de certeza válido na ordem prática, que manda calar as dúvidas sem descartá-las por inteiro.”⁹

Do ponto de vista da regulamentação legal, a superação do conceito moderno de prova implica o abandono do sistema de *prova legal*, substituído pela *livre apreciação ou persuasão racional*. A expressão *livre*, aqui, diz respeito à inexistência de critérios rígidos como na prova legal, sem que se possa afirmar uma liberdade total do julgador, no sentido de que esteja dispensado de justificar, intersubjetivamente, suas conclusões, o que caracterizaria um sistema de *íntima convicção*. Nessa linha, para Germano Marques da Silva:

⁶ “De um modo interessante, essa mudança reflete uma mudança análoga na filosofia da ciência deste século da visão da ciência envolvida em uma marcha inexorável rumo à verdade, para a visão do progresso medido pela articulação de teorias melhores, onde ‘teorias melhores’ significa ‘melhores que as alternativas disponíveis’”. (ALLEN, Ronald J. **Factual Ambiguity and a Theory of Evidence**. *Northwestern University Law Review*, v. 88, n. 2, 1993, p. 605)

⁷ ISAACS, Nathan. *The Law and the facts*. 22 *Columbia Law Review*, 1922, n. 1, p. 6.

⁸ WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985, p. 71.

⁹ BGH, GA, 1954, 210.

“A livre valoração da prova pelo julgador não deve também ser entendida como uma operação puramente subjetiva pela qual se chega a uma conclusão unicamente por meio de impressões ou conjecturas de difícil ou impossível objectivação, mas antes como valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permite objectivar a apreciação, requisito necessário para uma efectiva motivação da decisão¹⁰.”

Abandonado o sistema da prova legal, que tinha por fim diminuir os poderes do julgador, ganha-se na possibilidade de melhor apreender todas as nuances da problemática da aplicação judicial do direito, com o entrelaçamento das questões de fato e direito, mas perde-se em segurança, na medida em que nem sempre fica claro o caminho percorrido pelo julgador para adotar uma versão dos fatos. Como refere Taruffo: “O verdadeiro problema, por conseguinte, é determinar como o ‘espaço vazio’ criado pelos princípios de livre apreciação é ‘preenchido’ pela prática dos tribunais e pelos critérios sugeridos pelos teóricos do direito”¹¹.

Não raramente, confunde-se íntima convicção com persuasão racional, faltando, na prática judicial e na doutrina, clareza sobre qual o grau de suficiência exigido na motivação de fato. É sabido que o juiz tem a obrigação de fundamentar, mas não há padrões, modelos, ou regras claras sobre como isso deve ser feito, papel cumprido pelos *standards of proof* nos países da *common law*.

No presente trabalho, após examinados o conceito e a função dos *standards* probatórios, com uma visão das soluções no direito comparado, é avaliada a situação brasileira sobre o problema.

¹⁰ SILVA, Germano Marques da. Registro da prova em processo penal. Tribunal colectivo e recursos. In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 804.

¹¹ TARUFFO, Michele. *Rethinking the standards of proof*. 51 American Journal of Comparative Law 659 2003, p. 666.

Conceito e Função dos *Standards* Probatórios

De acordo com Knijnik: “Por modelo de controle do juízo de fato (ou *standards*, critérios, etc.) provisoriamente definimos enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão).”¹² No *Black’s Law Dictionary* figura o verbete *Standard of proof*, definido como: “O grau ou nível de prova exigido em um caso específico, como o ‘além de dúvida razoável’ ou ‘por preponderância de prova’¹³.”

Os modelos de constatação, na terminologia construída por Danilo Knijnik, que adotamos, têm como função principal permitir o controle sobre o raciocínio judicial no terreno da prova e dos fatos. Nessa linha, para Knijnik:

“O emprego dos modelos de constatação ou *standards* permite que se traga ao debate, regrado e inteligível, critérios decisoriais importantes (p. ex., o optar o juiz por um indício ou outro, o entender subjetivamente insuficiente a prova produzida, o pretender a parte a prevalência de determinada interpretação ou inferência, etc.), que, até então, não possuíam um código comum e, de certo modo, ficavam à margem de uma decisão crítica¹⁴. “

A definição e a função pretendidas vão ao encontro do conceito filosófico de critério, como segue:

¹² KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 353, jan.-fev. 2001, p. 21. Neste trabalho usaremos as expressões *standard* e *modelo* como sinônimos.

¹³ GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. 7th Ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 1.413.

¹⁴ KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, p. 29.

“Em geral, entende-se por critério o sinal, a marca, a característica ou nota por meio da qual algo é reconhecido como verdadeiro. Portanto, critério é, nesse sentido, o critério da verdade. (...) O problema do critério foi examinado, por um lado, em estreita relação com o problema da verdade (sobretudo para as orientações que pressupuseram que somente a verdade pode ser o critério para o verdadeiro), e, por outro lado, em relação com as questões suscitadas pelo grau de veracidade das diferentes fontes do conhecimento, em particular os chamados sentidos externos¹⁵. “

2.Principais Modelos no Direito Comparado

Nesse item, arrolamos os principais modelos adotados, com base em levantamento efetuado por Danilo Knijnik, no artigo citado¹⁶.

2.1. Prova acima de dúvida razoável e preponderância de prova

O *standard* da prova acima de dúvida razoável, que concretiza a presunção de inocência¹⁷, é aplicado em casos criminais, nos países da *common law*, desde o século XVIII e já era adotado de forma geral mesmo antes do reconhecimento de seu *status* constitucional pela Suprema Corte na decisão do caso *In re Winship*¹⁸. Na hipótese, havia sido aplicada uma medida à adolescente por prática de furto, com base na preponderância de prova, como exigia a lei local. A Suprema Corte entendeu que, assim como para os

¹⁵ MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Maria Stela Gonçalves et alli. São Paulo: Loyola, 2000, p. 619.

¹⁶ KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*.

¹⁷ DIAMOND, Henry A. *Reasonable doubt: to define, or not to define*, p. 1.717.

¹⁸ 397 U.S. 358 (1970).

adultos, deveria ter sido exigida a prova acima de dúvida razoável, em razão do devido processo substantivo, assim constitucionalizando a questão¹⁹.

Embora a questão não seja tranqüila na jurisprudência, Diamond defende que o conceito não é evidente, como demonstrado em pesquisa empírica com júris simulados, divididos em grupos em relação a um dos quais não houve a referida instrução, devendo ser esclarecido seu conteúdo aos jurados, sob pena de nulidade absoluta, independentemente de prejuízo²⁰. Com efeito, se cada jurado der a sua interpretação acerca do que é dúvida razoável, não há segurança, deixando de existir um *standard*²¹.

Bem por isso, nas Instruções para Júri Federal figura a seguinte definição:

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

Outra definição, do Centro Judicial Federal, constante nas Instruções Padrão para Júri, afirma que prova acima de dúvida razoável é aquela que: “deixa você firmemente convencido da culpa

¹⁹ HALL, Kermit L. *et alli. The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford Press, 1992, p. 933-934.

²⁰ DIAMOND, Henry A. *Reasonable doubt: to define, or not to define*. *Columbia Law Review*, 1716 (1990), p. 1719.

²¹ DIAMOND, Henry A. *Reasonable doubt: to define, or not to define*, p. 1728. Veja-se que, no Brasil, o art. 479 do CPP determina ao juiz que explique a significação legal dos quesitos, adotando o mesmo procedimento em caso de contradição nas respostas (art. 489).

do acusado e não leva você a pensar que há uma ‘real possibilidade’ de que ele seja inocente.”

Ao lado desse, há outros *standards* secundários, como a prova clara e convincente, utilizado em alguns casos civis.

De notar que a dúvida razoável é concreta e não abstrata, a semelhança do que se dá com o modelo de constatação do direito alemão, a ser examinado abaixo.

2.2. Mínima atividade probatória

Construção do Tribunal Constitucional espanhol, que tem como ponto de partida a necessidade de que a justificação se dê em bases que não sejam arbitrárias, exigindo-se suficiência probatória, ou seja, que tenham sido eliminadas quaisquer dúvidas racionais sobre a culpabilidade do acusado. São aspectos básicos dessa teoria: a) a eliminação do convencimento judicial baseado em meras suspeitas, pressentimentos, intuições, convicções pessoais do julgador, conjecturas ou impressões; b) procura-se exigir uma prova que elimine a existência de dúvidas racionais, segundo um critério qualitativo.

A crítica a ser feita, porém, é que tal construção não deixa claro o que é a suficiência de prova²², motivo pelo qual não nos parece possa ser considerado, verdadeiramente, um *standard probatório*. Confirma tal assertiva, de modo indireto, Andrés Ibañez, ao afirmar que, na Espanha: “o legislador não se preocupa em impor ao juiz, quando da redação da sentença (art. 142,2), alguma cautela, para garantir a efetividade do imperativo de

²² KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, p. 36.

vinculação da convicção sobre os fatos ao resultado ‘das provas praticadas em juízo’, contido no art. 741.’²³

2.3. Alto grau de verossimilhança sem dúvidas concretas

Construção jurisprudencial, de origem germânica, que consiste na exigência de que haja um grau de verossimilhança acerca da prova dos fatos, afastadas dúvidas concretas. São impertinentes, nesse sentido, dúvidas meramente abstratas ou que pudessem ser adotadas por outro juiz²⁴.

Assim, não se pode contar com hipóteses altamente improváveis, como, por exemplo, que todas as testemunhas tenham mentido, etc. Afinal, sempre haverá alguma possibilidade de que as coisas tenham se dado de modo diverso²⁵. Cuida-se, então, de construção que está de acordo com a concepção contemporânea de prova, na qual:

“A certeza surge do influxo da verdade, ainda que não se confunda com a verdade mesma, dado que constitui um estado de espírito. Não obstante, se bem que não caiba confundi-las, tampouco cabe separá-las, já que a primeira reflete no espírito do magistrado a afirmação intelectual da conformidade entre idéia e realidade. Tampouco cabe que a certeza afaste todos os motivos contrários à afirmação, bastando que os considere indignos de serem tomados em conta, e, portanto, rechace-os²⁶.”

Assim: “A possibilidade meramente teórica ou abstrata de que o acusado não tenha sido o autor não pode impedir sua conde-

²³ ANDRÉS ÍBAÑEZ, Perfecto. *Valoração da prova e sentença penal*. Trad. Lédio Rosa de Andrade, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 64.

²⁴ WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*, p. 115.

²⁵ WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*, p. 169.

²⁶ VARELA, Casimiro A. *Valoración de la prueba*. 2ª Ed. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 85.

nação. Tendo em vista que uma possibilidade desse tipo não pode nunca ser completamente excluída devido à falibilidade do conhecimento humano, toda averiguação judicial seria impossível. Esta concepção da essência da livre convicção judicial sempre foi sustentada na jurisprudência dos tribunais mais altos (RGSt 61, 202; 66, 164)²⁷

A jurisprudência alemã distingue entre dúvidas teórico-abstractas e dúvidas positivo-concretas ou pessoais, na visão do julgador. Assim: “segundo o princípio da livre apreciação da prova o que interessa são as dúvidas que sinta o próprio juiz dos fatos. Para que a condenação seja procedente é necessário e suficiente que, para o juiz dos fatos, a questão fática esteja indubitavelmente estabelecida. Essa certeza pessoal é a única decisiva.”²⁸

Não se trata, porém, de um total subjetivismo, de uma mera crença, pois apoiado em elementos de convencimento²⁹. Em outras palavras, estar convencido de que um fato ocorreu, ou não, não é um ato de vontade³⁰.

De todo modo, como a convicção é livre, no sentido de liberdade das provas legais, avulta o papel do juiz, pois o critério é pessoal, não se podendo invocar um homem médio, um juiz médio ou um juiz mais ou menos escrupuloso como termo de comparação. Como adverte Walter: “O inevitável preço à renúncia das provas legais é a posição livre do juiz e sua escassa controlabilidade. (...) Mas, no que concerne às constatações de fato, a lei quer que o juiz decida só, sob sua própria responsabilidade.”³¹.

²⁷ Neue Juristische Wochenschrift-NJW, 1951, 122.

²⁸ WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*, p. 115.

²⁹ WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*, p. 170.

³⁰ WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*, p. 191.

³¹ WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*, p. 188-189.

No processo civil alemão, com base no § 286 do *Zivilprozessordnung* utiliza-se a formulação da alta probabilidade (*hohe Wahrscheinlichkeit*).³²

2.4. Doutrina do absurdo ou da arbitrariedade

Veda a desconsideração do material probatório, bem como a conclusão que escapa às leis lógicas ou formais, adotando uma versão inconcebível, equivocada, discutível, objetável ou pouco convincente da prova³³. Como exemplo, podemos citar a adoção de uma versão dos fatos completamente inverossímil ou a sentença contraditória, também chamada de *suicida*.

2.5. Modelos lingüísticos

Cuida-se de modelos persuasivos, partindo da idéia já referida de que a verdade, nas ciências humanas, não é demonstrável, mas persuasiva. Com efeito: “Para a semiótica, nenhum discurso por si só é mais verdadeiro do que outro, mas necessita sempre ser convincente. Do ponto de vista semiótico, é preciso construir a verdade para fazer-criar, para persuadir”³⁴.

2.5.1. Congruência Narrativa

A racionalidade externa, segundo Magalhães, com base em Neil MacCormick, diz respeito à *congruência* ou *coerência* narrativa, entendida como a adoção de uma versão razoável dos fatos.

³² TARUFFO, Michele. *Rethinking the standards of proof*. 51 American Journal of Comparative Law 659 2003, p. 668.

³³ KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, p. 40.

³⁴ NOVAES, Ana Maria Pires. A argumentação como mecanismo discursivo: reflexões em torno da teoria da semiótica e da nova retórica. In: FETZNER, Néli Luiza Cavalieri (Coord.). *Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004, p. 4.

A coerência promove a *unidade de sentido* do texto, propiciando a sua compreensão e interpretação, servindo como instrumento de interlocução comunicativa entre o autor e o leitor. Do ponto de vista pragmático, “depende da intenção comunicativa, da situação e de fatores socioculturais”³⁵.

Sobre o referido modelo, estabelecido pelo jusfilósofo escocês Neil MacCormick, assim manifesta-se Atienza:

“Provar significa estabelecer proposições verdadeiras sobre o presente e, a partir delas, inferir proposições sobre o passado. Assim, aceita-se que a testemunha é honesta, sua memória é confiável, etc.; que a casa do acusado e da vítima eram contíguas e que, em ambas, apareceram manchas de sangue; que a cabeça e os braços da vítima apareceram num pacote no sótão do acusado; que o acusado e outra mulher tinham a chave da casa da vítima...de tudo isso se pode inferir que o acusado, Louis Voisin, matou a vítima Emilienne Gerard. O que nos leva a afirmar essa proposição não é uma prova da sua verdade (pois esse tipo de prova, isto é, que uma proposição corresponda a determinados fatos, só é possível com relação a enunciados particulares que se refiram ao presente), e sim um teste de coerência, o fato de que todas as peças da história parecem se ajustar bem (e que não se tenha infringido nenhuma regra processual de avaliação da prova).

(...)“A coerência narrativa oferece um teste com relação a questões de fato, quando não é possível uma prova direta, por observação imediata, dessas questões. (...) O teste de coerência narrativa justifica assumirmos crenças – e rechaçarmos outras – com relação a fatos do passado, porque consideramos o mundo fenomênico como algo explicável em termos de princípios de tipo racional.”³⁶

³⁵ MARQUES, Alda da Graça. Coerência e a Argumentação Jurídica. In: FETZNER, Néli Luiza Cavalieri (Coord.). *Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004, p. 25,

³⁶ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 181 e 189.

2.5.2. Probabilidade Indutiva

Baseada no trabalho do filósofo inglês Jonathan Cohen, *The Probable and The Provable*, em tese que aplica critérios qualitativos, assim: “para determinar o grau de solidez de uma afirmação é necessário especificar a validade do suporte indutivo que fundamenta a generalização, deve-se, então, submeter essa generalização a uma série de procedimentos de indução eliminativa, pelos quais seja possível constatar a capacidade de resistência da afirmação à interferência de fatores que possam conduzir a outras conclusões.”³⁷.

Exemplifica-se com a situação do réu encontrado no jardim de uma casa onde ocorreu um furto, com os objetos furtados. É preciso verificar, no entanto, se havia outras pessoas na casa, se os objetos foram encontrados por um terceiro, qual a versão apresentada pelo acusado, etc.

2.6. Controle de Motivação

Teoria de origem francesa, que estabelece quatro casos de vícios de motivação, a saber: a) ausência de motivos; b) contradição de motivos; c) motivos dubitativos ou hipotéticos; d) falta de enfrentamento de uma questão³⁸.

2.7. Modelos Probabilísticos ou Matemáticos

A base é o teorema de Bayes, ou seja: “um método de cálculo com base no qual, diante da necessidade de valorar a atentibilidade da hipótese sobre o fato X, se estabelece a provável frequência de X em uma determinada classe de eventos, tendo em

³⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 53.

³⁸ KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, p. 45.

conta a distribuição de precedentes de X naquela classe. Trata-se de aplicação da probabilidade clássica, entendida como a relação entre o número de casos favoráveis e o número de todos os casos possíveis: a partir de uma análise estatística dos fenômenos de massa, busca-se a frequência com a qual certo tipo de evento se verifica na totalidade de uma classe geral de eventos.”³⁹.

A partir daí, foram construídos modelos de probabilidades como o *evidentiary value model*.

Badaró crítica tais teorias, nos seguintes termos:

“(…) muitas vezes, não se dispõe de uma base de dados relativas à frequência geral dos fenômenos do tipo daquele que se precisa verificar. De outro lado, mesmo nos casos em que seja disponível a bases rate information, ela pode ser irrelevante para o caso concreto. Se não há tal base de dados, a teoria já se mostra inaplicável. De outro lado, mesmo nos casos em que a base rates information esteja disponível, ela se mostra irrelevante se, por exemplo, não houver dúvida de que o acidente foi provocado por um ônibus azul.”⁴⁰.

O caso paradigmático na matéria foi *People v. Collins*, referente a um caso de roubo no qual a vítima declarava ter sido autora uma moça loira com rabo de cavalo, que fugiu em um veículo amarelo dirigido por um homem negro. Um cálculo estatístico indicou como uma em doze milhões a possibilidade de outras pessoas em tais condições, além dos acusados, tendo o júri condenado os acusados. A Suprema Corte da Califórnia anulou a decisão, afastando a possibilidade do julgamento *by mathematics*, por falta

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*, p. 41.

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*, p. 42.

de prova dos pressupostos da decisão, que, mesmo se fossem corretas, não foram consideradas independentemente⁴¹.

Isso não leva porém, a um abandono total da prova científica, largamente admitida em caso de exames periciais, por exemplo. Cabe aqui a advertência no sentido de que: “Não se deve confundir, porém, o emprego da probabilidade quantitativa como modelo de valoração das provas e o emprego da estatística enquanto.

O recurso à ciência como instrumento de fundamento para utilização de um determinado meio de prova.”⁴².

A seu turno, Taruffo adverte que:

“Racionalização dos aspectos metajurídicos do raciocínio do juiz abre, portanto, numerosas perspectivas de indubitável interesse, mas também dá motivo a uma série muito ampla de problemas de árdua solução, referentes não apenas a validade dos conhecimentos científicos utilizados no processo, como também a aspectos importantíssimos do modo como o juiz realiza seu mister e elabora suas avaliações. A resposta científica à necessidade da certeza e confiabilidade do raciocínio decisório é, pois, importante sempre que ela seja realmente possível, mas, sem dúvida ela não pode ser considerada como uma solução fácil e completa de todas as dificuldades que se enfrentam para formular a decisão.”⁴³ (2001: 116).

Para o Tribunal provincial de Celle:

“Mesclar ou confundir uma sentença de verossimilhança com uma sentença de certeza obedece a uma confusão entre métodos das ciências naturais e métodos das ciências do espírito. (...) A

⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*, p. 42-43.

⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*, p. 44.

⁴³ TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Revista Forense, São Paulo, n. 355, maio-jun. 2001, p. 116.

motivação matemática é algo totalmente distinto da formação do convencimento de um juiz na constatação de fato, que é uma atividade necessariamente valorativa e julgadora. Precisamente por não poder haver aqui segurança matemática, é necessário, por outro lado, conservar incólume a convicção na sentença da certeza subjetiva que exige o § 261 do Código de Processo Penal”⁴⁴

3. Há *standards* probatórios no Brasil?

No Brasil, como parece acontecer na maioria dos países de tradição romano-germânica⁴⁵, não há *standard* probatório legalmente previsto ou jurisprudencialmente adotado com uma formulação clara, como a *prova além de dúvida razoável* e a *preponderância de prova* do direito norte-americano, valendo-se os juízes de critérios flexíveis de prova, com largo espaço para a discricionariedade judicial. O quadro é semelhante ao descrito em relação a outros países de *civil law*, como Espanha e Itália, onde devem ser aplicadas, respectivamente, as *reglas de la sana crítica* (arts. 316, 2 e 376 da Ley de Enjuiciamiento Civil)⁴⁶, ou o *prudente apprezzamento* (CPC italiano, art. 116), o que acaba por traduzir-se na utilização de *máximas de experiência*⁴⁷ e inferências de senso comum⁴⁸.

⁴⁴ NJW 1976, 2030.

⁴⁵ TARUFFO, Michele. *Rethinking the standards of proof*. 51 American Journal of Comparative Law 659 2003, p. 665.

⁴⁶ Também no Paraguai, dispõe o art. 174 do *Código Procesal Penal* que: “Las pruebas serán valoradas con arreglo la sana crítica. El tribunal formará su convicción de la valoración conjunta y armónica de todas las pruebas producidas.”

⁴⁷ “A máxima de experiência é uma regra que expressa aquilo que acontece na maioria dos casos (*id quod plerumque accidit*), ou seja, é uma regra extraída de casos similares.” (TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mróz, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 55).

⁴⁸ TARUFFO, Michele. *Rethinking the standards of proof*. 51 American Journal of Comparative Law 659 2003, p. 668.

No plano legal, embora seja claro o dever de motivar, que inclui a motivação de fato, não há clareza sobre os requisitos da motivação, limitando-se o CPP, em seu art. 381, incisos III e IV, a determinar como requisito da sentença a indicação “dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”, bem como “dos artigos de lei aplicados”. Na mesma trilha segue o CPC, ao apontar como requisito essencial da sentença, em seu art. 458, II: “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.

O CPP italiano apresenta fórmula mais avançada, como relata Magalhães, nos seguintes termos:

“Assim, no art. 192, § 1º, o Código determina que ‘o juiz valora a prova dando conta na motivação dos resultados obtidos e dos critérios adotados’, ao mesmo tempo em que, no art. 546, § 1º, letra e, inclui entre os requisitos da sentença ‘a concisa exposição dos motivos de fato e de direito sobre os quais a decisão está fundada, com a indicação das provas adotadas como base da própria decisão e enunciação das razões pelas quais o juiz entende não aceitáveis as provas contrárias’⁴⁹. “

Talvez por lacônica a disciplina legal na matéria, também a doutrina mais tradicional pouco disserta sobre o tema, enquanto a jurisprudência o faz, mas de forma fragmentária, sem maiores preocupações sistemáticas, como é característico da atividade judicial.

Isso não significa, porém, total ausência de critérios ou *standards*, podendo ser apontados alguns requisitos mínimos para a motivação de fato, reconhecidos jurisprudencialmente⁵⁰, embora

⁴⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 149. No mesmo sentido: TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, p. 63 e 103.

⁵⁰ Adotamos, como critério para responder à pergunta que dá título ao capítulo corrente, a verificação da aceitação dos *standards* na prática dos tribunais, sendo certo que na doutrina há construções bastante elaboradas a respeito, como, por exemplo, aquela exposta na seguinte obra: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

sem ostentar a clareza de formulação ou a carga de um verdadeiro *standard*, como a *prova acima de dúvida razoável* do direito norte-americano. Ainda assim, muitos dos critérios adotados na jurisprudência brasileira aproximam-se, porém, daqueles arrolados no levantamento dos paradigmas do direito comparado, como adiante se verá.

3.1. Standards no Processo Civil e no Processo Penal

A inexistência da formulação ou da consciência sobre um modelo probatório não tem como consequência, tampouco, a identidade de tratamento entre questões cíveis e penais. Também nesse ponto, embora inexista a formulação de um *standard* explícito, parece inegável que há diferenciação na prática processual brasileira, como segue.

Tradicionalmente, afirma-se que no processo penal busca-se a *verdade real*, enquanto no processo civil seria suficiente a *verdade formal*, dicotomia rechaçada por doutrina mais recente, que se refere à *verdade judicial*, como a verdade possível de se obter no processo⁵¹.

A seu turno, Walter afirma que: “o processo civil se mostra inclinado a certos raciocínios que levam a admitir a constatação de um fato pelo convencimento de que esse fato é preponderantemente verossímil, o que não cabe dizer simplesmente em relação ao processo penal, governado pelo princípio do *in dubio pro reo*, de corte constitucional”⁵². Na mesma linha, para Tonini:

“A peculiaridade do processo penal encontra-se no fato de que a dúvida deve favorecer o acusado, ainda quando lhe incumbe o ônus da prova, vale dizer, quando ele deve convencer o juiz acerca da existência de um fato que lhe é favorável. Nos termos do

⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

⁵² WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*, p. 98.

art. 530, inciso 3, do CPP, se existe prova de que o fato foi cometido na presença de uma excludente de ilicitude ou punibilidade, ou mesmo se existir dúvida em relação à existência das mesmas, o juiz profere sentença absolutória.”⁵³

Fletcher atribui ao princípio de presunção de inocência (*présomption d'innocence, Unschuldvermutung*) nos países de *civil law* o papel desempenhado pelo *standard* da prova acima de dúvida razoável nos países de *common law*, ambas fornecendo a afirmação retórica da tradicional preocupação ocidental no sentido de que somente os efetivamente culpados devem sofrer condenação criminal, sendo preferível que muitos culpados venham a ser absolvidos, do que condenado um inocente.⁵⁴

De todo modo, os quadros fáticos e as conseqüências são muito diversas em matéria civil e penal, o que acaba por refletir-se no processo aplicável⁵⁵. Em conseqüência, temos que, embora não se possa fazer uma separação ontológica de diferentes espécies de verdade para o processo civil e para o processo penal, não é possível negar, tampouco, que, em razão do influxo do direito material em jogo, bem como dos princípios do *in dubio pro reo* e da própria noção de culpabilidade, há conseqüências no campo probatório, que consistem justamente na adoção de diferentes *standards* ou modelos de constatação para o processo civil e o penal.

Ocorre que, em virtude da adoção de diferentes modelos de constatação, do diverso grau de admissibilidade das presunções e da distribuição do ônus de prova, com a ampliação, em geral, no processo extra-penal, das possibilidades de inversão desse ônus, o resultado da avaliação dos fatos é diverso ou, pelo menos, as conseqüências dessa avaliação podem sê-lo.

⁵³ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, p. 69.

⁵⁴ FLETCHER, George P. *Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, p. 881.

Exemplifica-se com a inversão do ônus da prova em caso de direito do consumidor, em que se impõe ao fornecedor a prova do bom funcionamento do produto (Lei n° 8.078/90, art. 6°, VIII), mas a mesma prova seja considerada insuficiente para condenação criminal (CPP, art. 386, VI). Também é usual a assertiva no sentido de que a absolvição criminal por falta de prova suficiente para condenação não vincula a decisão civil, pois a avaliação das provas poderá ser diversa.

4. *Standards* probatórios adotados no Brasil

4.1. Ausência de motivos

À semelhança do que ocorre no direito francês, em que se reconhece a ausência de motivos como vício de motivação, também, no Brasil, o desrespeito ao dever de fundamentar acarretará nulidade da decisão. Sobre a matéria já me manifestei, nos seguintes termos:

“O dever de fundamentar é uma imposição que já figurava no inciso III do art. 381 do CPP, ao determinar ao juiz a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão e assumiu, a partir de 1988, *status* constitucional, passando a figurar no inciso IX do art. 93 da Constituição, como já fazia a constituição portuguesa de 1976. Constitui uma garantia para o cidadão, que poderá contrastar a motivação do juiz através da apelação, bem como permite aos tribunais superiores acompanhar a aplicação do direito, tornando mais racional o sistema e evitando o arbítrio e o voluntarismo.⁵⁶”

⁵⁵ WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*, p. 177.

⁵⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Sentença Penal*. 2ª. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

4.2. Contradição entre motivos

A vedação da contradição é reconhecida no processo brasileiro, que arrola a contradição como uma das hipóteses que desafia a interposição de embargos de declaração (CPP, art. 619; CPC, art. 535, I).

Como reconhecido pelo STF: “É nula a sentença condenatória por crime consumado se a sua motivação afirma a caracterização de tentativa: a incoerência lógico-jurídica da motivação da sentença equivale à carência dela.” (HC 83864/DF, Sepúlveda Pertence, 1ª. T., un., 20.4.04).

4.3. Motivos dubitativos ou hipotéticos

Aproxima-se daquilo que Magalhães chama de *correção*, ou seja, a: “correspondência entre elementos considerados como base da decisão e aqueles efetivamente existentes no processo”. Isso quer dizer que a sentença deve partir de pressupostos verdadeiros, ainda que não sejam os únicos possíveis.

4.4. Falta de enfrentamento de uma questão

Embora a doutrina e a jurisprudência nacionais careçam de construções mais elaboradas sobre as questões probatórias, esse ponto constitui exceção. De fato, é tranqüila a jurisprudência, em especial no processo penal, como já tive a oportunidade de analisar, nos seguintes termos:

“Devem ser enfrentadas todas as teses da acusação e, principalmente, da defesa, tanto pessoal quanto técnica, em especial aquelas expressamente referidas nas alegações finais (TRF 4ª. R., ACR 2000.04.01.029834-4/RS, Élcio Pinheiro de Castro, 10.12.03). Assim, se no interrogatório o réu diz que se defendeu, deve o juiz examinar a ocorrência de legítima defesa, ainda que a linha do advogado seja, por exemplo a negativa de autoria.

“É decorrência do direito ao contraditório (CRFB, art. 5º, LV), e consiste no exame efetivo das razões das partes. Em outras palavras, a sentença é diálogo e não monólogo. É desse caráter

dialógico, do enfrentamento sério do juiz sobre todas as teses da defesa e da acusação, e do tribunal de apelação sobre a motivação do juiz é que se poderá ter, no caso concreto, efetivo respeito às razões das partes e cumprimento do direito de ampla defesa e devido processo legal. Se o juiz não enfrenta os argumentos das partes e o tribunal de apelação ignora a motivação do juiz de primeiro grau, limitando-se todos os atores do processo a rodar os seus textos padronizados, perde-se o caráter dialógico essencial ao processo, do qual resta apenas a aparência, como em uma conversa de surdos, produzida no teatro do absurdo. Coletivamente, é a partir desse diálogo permanente, em múltiplos feitos judiciais, que poderá se construir a jurisprudência, contribuindo a prática judiciária para o progresso do Direito.⁵⁷

Especificamente no campo probatório, é vedada a desconsideração das provas que não favoreçam a versão “escolhida” pelo juiz como verdadeira, a despeito das provas contrárias existentes.

Conclusões

1. *Standards* ou modelos de constatação probatórios são padrões mínimos para aferir a suficiência da motivação de fato nas decisões judiciais.

2. A função dos *standards* probatórios é permitir o controle da motivação judicial das decisões.

3. No direito comparado há várias e distintas soluções para a questão, observando-se os seguintes traços de ocorrência frequentes:

a) a dispensa de um grau absoluto de certeza, incompatível com as necessidades da vida prática;

b) a vedação de contradição;

c) a necessidade de motivação concreta, com base nas provas;

d) a admissão de dúvidas, que somente serão relevantes se concretas, e não fantasiosas ou absurdas;

⁵⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Sentença Penal*, p. 67-8.

e) a observância do contraditório, com o enfrentamento dialógico dos argumentos e provas trazidos pelas partes;

f) o predomínio da estrutura qualitativa e argumentativa na motivação de fato;

g) a importância do papel do Juiz e dos Tribunais Superiores, que ajam com pretensão de correção;

h) a impossibilidade de um regramento legal exaustivo, em virtude da pluralidade de casos.

4. Na doutrina brasileira, são escassos os trabalhos sobre a estrutura da motivação de fato, limitando-se os comentários, de modo geral, a referir a necessidade da fundamentação como garantia de controle, mas sem avançar sobre os seus requisitos mínimos.

5. Na jurisprudência brasileira não há formulação explícita e sistemática de padrões gerais para um determinado ramo do direito, tal como aquela da *prova além de dúvida razoável*, utilizada no processo penal norte-americano, observando-se a utilização de múltiplos critérios, de forma fragmentária.

6. Isso não significa, porém, total ausência de requisitos mínimos para a motivação, sendo reconhecidos os seguintes: a) necessidade de motivação; b) vedação de contradição; c) objetividade da motivação; d) obrigatoriedade do enfrentamento de todas as questões; e) distinção entre o grau de exigência de prova no processo civil e no processo penal.

7. A inexistência de critérios gerais pode ser debitada, ao menos em parte, ao vez dos Tribunais Superiores de não adentrar nas “questões de fato”, como cristalizado nas Súmulas 279 do STF e 7 do STJ, deixando, com poucas exceções, de avaliar os critérios em que se dá a apreciação dos fatos pelos Tribunais de apelação.

8. O trato da matéria poderia ser aprimorado por via legislativa, introduzindo requisitos de motivação, de forma mais explícita, na legislação processual penal, como levado a efeito no CPP italiano, acima referido, de modo a possibilitar o controle da matéria pelos tribunais superiores.

Bibliografia

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4ª. Ed. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilhos Benedeti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALLEN, Ronald J. *Factual Ambiguity and a Theory of Evidence*. *Northwestern University Law Review*, v. 88, n. 2, 1993
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Valoração da prova e sentença penal*. Trad. Lédio Rosa de Andrade, Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Vícios de Motivação da Sentença Penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 38, p. 122-141, abr.-jun. 2002.
- BARROS, Marco Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Sentença Penal*. 2ª. E. P. Alegre: Verbo Jurídico, 2005.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados. In: *Temas de Direito Processual*. 2ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 1988.
- DIAMOND, Henry A. *Reasonable doubt: to define, or not to define*. *Columbia Law Review*, 1716 (1990).
- FETZNER, Néli Luiza Cavalieri (Coord.). *Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004.
- FLETCHER, George P. *Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*. *Yale Law Journal*, n. 77, 1967-1968, p. 880-935.
- GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 6. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990.
- GARNER, Bryan A. *et alli*. *Black's Law Dictionary*. 7th Ed. Saint Paul: West Group, 1999.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HALL, Kermit L. et alli. **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. Oxford: Oxford Press, 1992.

ISAACS, Nathan. **The Law and the facts**. 22 *Columbia Law Review*, 1922, n. 1, p. 6.

KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-52, jan.-fev. 2001.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Maria Stela Gonçalves et alli. São Paulo: Loyola, 2000.

PERELMAN, Chäim. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina G. Galvão Pereira, São Paulo : Martins Fontes, 1997.

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

TARUFFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. *Revista Forense*, São Paulo, n. 355, p. 101-118, maio-jun. 2001.

_____. **Rethinking the standards of proof**. 51 *American Journal of Comparative Law* 659 2003.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mróz, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

VARELA, Casimiro. *Valoración de la Prueba*. 2ª. Ed. Buenos Aires: Astrea, 2004.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no Processo Civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*, n. 31, jan.-mar. 2004, p. 34-68.