



Universidade Federal
de Campina Grande

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

DUANNY ALVES BATISTA

**O *STANDARD* PARA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO E A SUBJETIVIDADE PROBATÓRIA DO
APLICADOR**

SOUSA – PB

2023

DUANNY ALVES BATISTA

**O STANDARD PARA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A SUBJETIVIDADE
PROBATÓRIA DO APLICADOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Guerrison Araújo Pereira de Andrade

SOUSA – PB

2023

B333s

Batista, Duanny Alves.

O standard para além da dúvida razoável no processo penal brasileiro e a subjetividade probatória do aplicador / Duanny Alves Batista. – Sousa, 2023.

70 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2023.

"Orientação: Prof. Dr. Guerrison Araújo Pereira de Andrade".

Referências.

1. Direito Processual Penal. 2. Dever de Fundamentação. 3. Erro Judicial. 4. Garantia Processual. 5. Standards de Prova. 6. Valoração da Prova. I. Andrade, Guerrison Araújo Pereira de. II. Título.

CDU 343.1(043)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro, agradeço aos meus pais, Maria José Batista de Sousa e José Djacir Alves Pereira, por todo o amor e carinho a mim concedidos, pela criação ímpar, por me despertarem a noção de que os estudos mudam vidas, por todo o auxílio, facilidades e conforto dados até este momento. Meras palavras não são suficientes para descrever a gratidão e o amor que sinto por vós. O mínimo que posso fazer é agradecer e honrá-los a cada conquista, hoje e sempre, amo-os incondicionalmente.

A todos e todas que de alguma forma me auxiliaram e contribuíram para a formação da pessoa que sou hoje, que se fizeram presentes ao longo desta caminhada árdua: amigas e amigos próximos, especialmente minha panelinha, Maria Luiza, Jade, Stefany, Marina, Mel e Igor Márcio; colegas de sala, conhecidos dos corredores do bloco de direito, professores, profissionais atuantes, tanto advogados quanto servidores públicos e estagiários, especialmente os lotados no Fórum de São João do Rio do Peixe, os quais tive a honra de trabalhar, mesmo que brevemente; meus mais sinceros agradecimentos.

À Pedro Henrique de Araújo Rangel, Juiz Titular da 2ª Vara Mista de São João do Rio do Peixe/PB, por todo o conhecimento passado e pelas inúmeras oportunidades que me concedeu. Realmente não existem palavras ou atos que expressem o tamanho da gratidão que sinto. Aprendi imensamente, tanto pessoal como profissionalmente. És para mim um exemplo como pessoa e como profissional que almejo me tornar, emanando humanidade, respeito, comprometimento e, acima de tudo, sabedoria. Mais uma vez, obrigado por tudo.

À Ellem Susanny Cavalcante do Nascimento, pessoa que nutro um amor especial, mesmo no pós-vida. Tudo o que fiz depois de lhe conhecer, ainda após os acontecimentos fatídicos, carregou, e ainda carrega, uma grande parcela de amor e saudades. Especialmente agora queria comemorar ao seu lado. De toda forma, amo-te e jamais te esquecerei.

Ao meu orientador, Guerrison Araújo, pela atenção e disposição em orientar este projeto. Obrigado por me dar o suporte necessário para concluí-lo.

Aos presentes, aos distantes e aos ausentes que porventura não me vêm à memória, mas que de certa forma merecem os devidos agradecimentos.

*A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.*

*Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.*

*E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os dois meios perfis não coincidiam.*

*Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram a um lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em duas metades,
diferentes uma da outra.*

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
As duas eram totalmente belas.
Mas carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.*

Carlos Drummond de Andrade

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACOES

Art.	Artigo
BARD	<i>Beyond a/any reasonable doubt</i>
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
LCP	Lei de Contravenções Penais
n	Número
p.	Página
pp.	Páginas
ss	Subsequentes

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo primordial a análise da aparente subjetividade exacerbada e o poder desenfreado dos magistrados no tocante à valoração da prova, em específico no processo penal, considerando todas as garantias legais atinentes a este, principalmente a presunção de inocência e todas as suas decorrências. No que tange os objetivos específicos, a presente monografia se propõe a identificação de um liame normativo-prático minimamente aceitável acerca da utilização da dúvida razoável no ordenamento brasileiro; a verificação do standard para além da dúvida razoável em relação aos seus pares; e a ponderação de como a decisão judicial deve ser fundamentada da forma devida para que haja um controle superveniente de legalidade e de legitimidade. Para tanto, utilizar-se-á o método indutivo, prosseguindo com a técnica da pesquisa bibliográfica e documental, caracterizando-a como exploratória, empregando os métodos histórico e comparativo. Feitas as devidas considerações sobre o arcabouço jurídico brasileiro, com a delimitação do sistema processual acusatório, uma forte garantia processual, bem como a aplicação do princípio da presunção de inocência e a tentativa de se alcançar a verdade dos fatos, mesmo que cabalmente impossível faticamente, aliadas às noções da teoria das provas, com a valoração da prova como elemento central da análise, por intermédio da aplicação dos *standards* de prova, em consonância com a ciência da tomada de decisão e do dever legal de fundamentação das decisões, pelo magistrado, foi-se considerado, ao final desta pesquisa, que a problemática é de extrema relevância para os fins da jurisdição, devendo ser fomentado um debate mais acentuado por parte dos juristas, buscando-se evitar os erros judiciais e, efetivamente, exercendo e aplicando o justo, em estrito cumprimento da legalidade e da legitimidade conferidas pelo constituinte originário, assim como a demonstrar que a delimitação da verdade processual não fica ao alvedrio do magistrado, não podendo este se arvorar na missão de exercer seu ofício se utilizando de suas impressões pessoais ou de sua intuição, senão pautado unicamente em todo o conjunto das provas produzidas sob o crivo do contraditório.

Palavra-chave: Dever de fundamentação; Erro judicial; Garantia processual; *Standards* de prova; Valoração da prova.

ABSTRACT

The main aim of this work is to analyze the apparent exacerbated subjectivity and unbridled power of magistrates when it comes to evaluating evidence, specifically in criminal proceedings, considering all the legal guarantees pertaining to this, especially the presumption of innocence and all its consequences. With regard to the specific objectives, this monograph aims to identify a minimally acceptable normative-practical link regarding the use of reasonable doubt in the Brazilian legal system; to verify the standard beyond reasonable doubt in relation to its peers; and to consider how the judicial decision must be properly substantiated so that there is a supervening control of legality and legitimacy. To this end, the inductive method will be used, continuing with the technique of bibliographical and documentary research, characterizing it as exploratory, employing the historical and comparative methods. After due consideration has been given to the Brazilian legal framework, with the delimitation of the accusatory procedural system, a strong procedural guarantee, as well as the application of the principle of the presumption of innocence and the attempt to reach the truth of the facts, even if it is totally impossible, allied to the notions of the theory of evidence, with the valuation of evidence as a central element of the analysis, through the application of standards of proof, in line with the science of decision making and the magistrate's legal duty to give reasons for decisions, it was considered, at the end of this research, that the problem is extremely relevant to the purposes of jurisdiction, and that there should be a more intense debate among jurists, seeking to avoid judicial errors and effectively exercising and applying justice, in strict compliance with the legality and legitimacy conferred by the original constituent, and to demonstrate that the delimitation of procedural truth is not left to the discretion of the magistrate, who cannot undertake the mission of exercising his office using his personal impressions or intuition, but only based on the whole body of evidence produced under the sieve of the adversarial process, under penalty of real legal insecurity.

Keywords: Duty to state reasons; Judicial error; Procedural guarantee; Standards of proof; Evaluation of evidence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 NOÇÕES INICIAIS AO PROCESSO PENAL	14
2.1 Sistemas processuais penais	15
2.1.1 Sistema inquisitório	16
2.1.2 Sistema acusatório	17
2.1.3 Sistema misto	19
2.2 Presunção de inocência e <i>in dubio pro reo</i>	20
2.3 A verdade no processo penal	22
3 REGRAMENTO PROBATÓRIO	26
3.1 Conceito de prova	26
3.2 Função da prova	27
3.3 <i>Standards</i> probatórios	30
3.3.1 Tipos de <i>standards</i> probatórios	34
3.3.2 Rebaixamento de <i>standards</i>	35
3.3.3 O <i>standard</i> rigoroso: para além da dúvida razoável	36
4 SUBJETIVIDADE DO INTÉRPRETE E A VALORAÇÃO DA PROVA	42
4.1 A dúvida razoável e a relevância jurídica	42
4.2 Tomada de decisão e vieses racionais	47
4.3 Argumentação e justificação de decisões judiciais	52
4.4 Livre convencimento motivado e o subjetivismo exacerbado do intérprete ..	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

É de sabença que o processo penal brasileiro, após constantes alterações legislativas e jurisprudenciais, demonstra-se como um forte mecanismo empregado pelo Estado no que tange a persecução penal do indivíduo perpetrador de um fato típico, ilícito e culpável.

Para se alcançar a devida e justa aplicação da lei penal, por óbvio é necessário que se sigam as regras procedimentais delimitadas exaustivamente pela lei, em verdadeiro passo a passo das etapas da já mencionada persecução. Não por menos é que uma das finalidades do processo penal contemporâneo é o alcançar da verdade, esta amplamente debatida pelos mais renomados doutrinadores, filósofos e aplicadores do direito, com idas e vindas ideológicas sobre seu real sentido, atualmente pacificado quanto à denominação da busca pela verdade, inegavelmente arraigada nas premissas do sistema processual acusatório, visto no ordenamento pátrio como uma verdadeira garantia ao acusado.

Tal garantia transmite a ideia de limitação do poder de punir do estado em face do já superado sistema processual inquisitório, marcado pela tentativa incansável de se chegar verdade real puramente dita, inclusive com o tolhimento à época justificado dos direitos do perseguido, seja pela iniciativa probatório do juiz, seja pelo uso da tortura para aquele fim.

Os direitos penal e processual penal, nesse norte, passaram por profundas alterações principiológicas, valendo a menção à principal garantia do indivíduo, que é justamente a presunção de inocência, com todas as decorrências que a este princípio norteador são inerentes, em suas mais diversas acepções, tanto como regra de tratamento, quanto como regra probatória e de julgamento.

Ladeado a isso, tem-se que o firmamento da verdade dos fatos só é feito no momento de prolação da sentença, já que o magistrado possui o dever de fixar a culpabilidade ou a inocência do acusado diante de todo o contexto de provas que lhe são apresentadas. Estas, por suposto, desempenham papel ímpar para os fins a que se preza o processo penal, sobretudo no que concerne o convencimento do seu destinatário quanto ao que efetivamente ocorreu na realidade, embora seja pacífico que jamais será possível obter a verdade real, sendo possível apenas a sua tentativa e porventura simulação.

Outrossim, para que defina o resultado do processo, o juiz deve analisar atentamente todo o arcabouço de alegações feitas por ambas as partes, assim o fazendo através da valoração da prova, isto é, da inserção de peso ao alegado, corroborado pelo que fora produzido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Para tanto, é utilizado o que se denomina de modelos de constatação, ou apenas *standards* probatórios, que nada mais são do que formas de averiguar a suficiência probatória para a que determinada decisão seja válida e justa.

Tais modelos, por sua vez, são mencionados nos mais diversos ramos do direito, variando sua rigidez de acordo com o tipo de procedimento a ser adotado, bem como com o momento processual em que sua aplicação se fará necessária. Com isso, especificamente no processo penal, adota-se no ordenamento brasileiro o *standard* do para além da dúvida razoável, com origens no direito anglo-saxão e que fora difundido mundo afora.

Desse espalhar, geraram-se inúmeros debates sobre o alcance e o real sentido de tal modelo de constatação, sobretudo porque a terminologia dúvida razoável não encontra uma definição objetiva, o que deixa em aberto uma gama de possibilidades de julgamentos baseados unicamente na convicção pessoal do julgador, mas que não é exteriorizada da forma como se espera, de forma racional e pautada em todas as provas apresentadas.

É neste cenário que o presente trabalho se insere, com a finalidade precípua de explicitar a aparente subjetividade exacerbada e o poder desenfreado dos magistrados no tocante à valoração da prova e a conseqüente condenação do acusado, mesmo que sob uma argumentação em tese coberta por certa racionalidade, validade e justeza o suficiente para que se possa inferir o alcançar de uma verdade reproduzível, tendo como objetivos específicos a identificação de um liame normativo-prático minimamente aceitável acerca da utilização da dúvida razoável no ordenamento brasileiro; a verificação do *standard* para além da dúvida razoável em relação aos seus pares; e a ponderação de como a decisão judicial deve ser fundamentada da forma devida para que haja um controle superveniente de legalidade e de legitimidade.

Ante os escassos debates doutrinários, feitos de forma não tão aprofundada como a temática merece, a pesquisa se demonstra relevante, porquanto ser fundamental que o magistrado transpareça de forma clara, concisa, individualizada

e verossímil as razões de decidir, as quais serão passíveis de controle posterior, pela via recursal ou pela própria revisão criminal.

A pesquisa parte da hipótese de que, no Brasil, o *standard* para além da dúvida razoável não é empregado da forma devida, porquanto existirem brechas argumentativas que tendem à já falada subjetividade, mesmo que essa seja inerente ao pensamento humano.

De toda sorte, empregar-se-á uma pesquisa predominantemente bibliográfica, utilizando-se de doutrinas, nacionais e estrangeiras, sobretudo espanholas e inglesas, justamente porque lá há um maior aprofundamento sobre a temática da valoração da prova e dos *standards*, artigos científicos e acadêmicos, teses de mestrado, jurisprudências. Como forma de complemento, na pesquisa documental, serão utilizadas a própria Constituição Federal, o Código de Processo Penal, o Código Penal e demais leis que porventura se mostrem pertinentes à consecução do objetivo geral.

Como método de abordagem, utilizar-se-á o indutivo, considerando que o resultado da pesquisa pode ser mais abrangente do que a hipótese inicial supramencionada.

Quanto à profundidade da pesquisa, esta se define como sendo exploratória. Já quanto ao procedimento, empregar-se-á os métodos histórico e comparativo, com vistas ao fato de que o *standard* para além da dúvida razoável ter sido teorizado há tempos, sofrendo modificações ideológicas nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

Com isso, no primeiro capítulo serão abordadas noções gerais que norteiam todo o direito processual penal hodierno, com a diferenciação entre os três tipos de sistemas processuais penais, bem como será explicitado o princípio da presunção de inocência e a sua variante chama de princípio do *in dubio pro reo*. Ainda, comentários serão feitos sobre a verdade no processo penal, importante instituto para os fins últimos do processo.

Ato contínuo, o segundo capítulo abará a teoria da prova em si, com a devida conceituação, ressaltando inclusive a sua função para o processo penal. Após, serão feitas considerações sobre os *standards* probatórios, importantes mecanismos disponíveis ao magistrado para que este possa firmar o entendimento se o arcabouço probatório é legítimo ou não para a devida condenação do acusado.

Por derradeiro, o terceiro capítulo irá tratar, a priori, sobre a dúvida razoável, expressa e inserida dentro do *standard* do “para além da dúvida razoável”. Com os devidos comentários, serão feitas pontuações sobre a tomada de decisão dos indivíduos, especialmente os magistrados, assim como sobre a argumentação de decisões, exigência da própria Carta Magna. Ao fim, mas não menos importante, serão feitos comentários sobre a exagerada subjetividade que aos juízes é permitida.

2 NOÇÕES INICIAIS AO PROCESSO PENAL

Inicialmente, cumpre lembrar que o processo, como uma forma de resolução de conflitos, em homenagem à justiça multiportas, que pode ser conceituada como uma tentativa de, alternativamente, solucionar conflitos de interesse, tanto de forma judicial, com o constante e progressivo aumento na busca pacífica de resolução de conflitos, quanto de forma extrajudicial, com os núcleos de conciliação e mediação (Solano, 2018), é apenas um dos caminhos disponíveis àqueles que têm interesses contrapostos.

Disso se depreende que, em razão de a solução do conflito ser de máxima valia para o ordenamento pátrio, mais de um meio pode ser empregado para alcançar tal fim. No entanto, há de se saber que, no âmbito criminal, existem discussões sobre o emprego de métodos alternativos de resolução de conflitos, podendo-se limitar a casos de pequena relevância punitiva, em que, efetivamente, há a possibilidade de se solucionar o conflito de forma a se excluir o emprego do processo penal, ou seja, os casos em que a própria vítima, em razão das poucas consequências do fato, aceita a composição civil de danos, prevista no Art. 72 e subsequentes da Lei nº 9.099/95 (Brasil, 1995).

Do contrário, e, diga-se, a maioria esmagadora de casos, a lesão ao bem jurídico tutelado pelo direito penal é tão significativa que a imposição do processo para a devida averiguação dos fatos e a correta punição, é medida inegavelmente necessária, citando-se os crimes de ação penal pública incondicionada, os quais independem de quaisquer fatores externos para a propositura da ação penal, como a vontade da vítima ou a disponibilidade da ação, uma vez que, na incondicionada, existe o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Nesse aspecto, Gonçalves e Reis (2022, p. 205) prelecionam que, considerando a “própria apreciação dos elementos de prova (...), que há indícios suficientes de autoria e materialidade de crime que se apura mediante ação pública, estará obrigado a oferecer denúncia”.

Em outras palavras, o oferecimento da denúncia é ato vinculado do membro do *Parquet*. Porém, tal ato está condicionado à existência de indícios mínimos de autoria e materialidade, o que se denomina de justa causa, que legitima o início da ação penal, devendo haver uma ponderação sobre a verossimilhança dos elementos fornecidos para a formação da *opinio delicti*.

Entretanto, ainda se tem a previsão normativa relativa à possibilidade do oferecimento da transação penal, instituto despenalizador com expressa designação legal para as infrações penais sujeitas ao procedimento do Juizado Especial Criminal, notadamente o Art. 76 da Lei nº 9.099/95 (Brasil, 1995), tendo a doutrina denominado esse fenômeno de jurisdição consensual criminal ou somente jurisdição do consenso, de forma que Freitas (2010), ao pontuar que o modelo arcaico da persecução penal possuía por premissa o conflito/impasse entre o perpetrador e a vítima, inexistindo espaço para uma saída pacífica entre as partes, impondo a indisponibilidade da ação penal como preceito máximo do ordenamento, assim dispõe, em específico sobre a evolução da noção de consenso dentro do processo penal:

Nesse modelo, apenas é titular desse direito de punir o Estado, que deveria preservar o bem comum reprimindo e prevenindo o crime, sem a preocupação com a efetiva ressocialização do infrator ou com a reparação à vítima.

Já a jurisdição de consenso é aplicada ao direito penal de maneira a estimular e buscar sempre que possível o acordo entre o autor da infração e a vítima, a partir da manifestação da autonomia de vontade dos indivíduos. (Freitas, 2010)

Decerto, a existência de uma saída processual proposta inclusive pelo órgão ministerial denota uma clara exceção quanto à obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, de modo que a estrita obrigação quanto ao oferecimento da denúncia fica limitada aos casos em que não é possível a aplicação das disposições relativas à transação penal, conforme a legislação pertinente.

Passadas tais alegações, após a devida menção à ação penal, não se pode descurar de comentários que o procedimento adotado pelo legislador é extremamente garantista, já que a aplicação da lei penal é a última medida a ser adotada, consagrando-se o princípio da intervenção mínima. A exemplo, pode-se explicitar a possibilidade de o acusado estar presente em toda a fase instrutória, com a autodefesa; bem como a ordem de oitiva das testemunhas, indo desde às testemunhas de acusação, passando pelas de defesa e culminando no interrogatório do acusado que, inclusive, denota a característica da não autoincriminação, possibilitando que o sujeito fique inerte quanto às perguntas e acusações feitas em seu desfavor.

2.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Ao se buscar entender o que vem a ser um sistema processual penal, é preciso, antes de tudo, que se tenha noção do que significa a palavra sistema. Nas palavras de Veschi (2019), um sistema é “uma estrutura que flui harmoniosamente englobando agentes que trabalham juntos a respeito de um ou vários objetivos”.

Trazendo a etimologia para o âmbito jurídico, um sistema processual pode ser entendido como, nas lições de Rangel (2019, p. 122 e 123):

conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória. (Rangel, 2019, p. 122 e 123)

Interessante a passagem referente ao momento político de cada Estado. A depender da ideologia estatal em dado momento histórico, o sistema processual penal pode variar entre o inquisitório ou o acusatório.

2.1.1 Sistema inquisitório

Em épocas outras, o processo penal era regido sob a premissa de que um único ser seria competente para investigar, dar início ao processo, acusar, defender, julgar e punir. Aqui se tem o chamado sistema inquisitório, amplamente marcado pela parcialidade do julgador, mas que, à época de sua utilização, via-se o meio necessário para retirar do particular a possibilidade de iniciar a persecução penal, com vieses até mesmo de autotutela, avocando, assim, a competência para processar e julgar única e exclusivamente para o Estado-juiz (Rangel, 2019, p. 122).

Como exemplo, pode-se citar o Decreto-Lei nº 3.688/1941, também denominado de Lei das Contravenções Penais, que, em seu Art. 17, logicamente sob a égide das Constituições de 1946 e 1967, claramente em outra época e com outra ideologia política, previa que “a ação penal é pública, devendo a autoridade proceder de ofício” (Brasil, 1941).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, no inciso I do Artigo 129, há a expressa designação da competência privativa, ao Ministério Público, para a promoção da ação penal pública. Diante disso, embora não revogada por lei posterior, entende-se que o já referido Art. 17 da LCP, em sua parte final, fora revogado

tacitamente, não sendo recepcionado pela Constituição de 1988, por claro antagonismo para com os preceitos constitucionais do sistema acusatório, uma vez que, pela ação penal ser pública, conforme o referido artigo, a legitimidade para a propositura da ação não mais está ao encargo do judiciário, mas tão somente ao *Parquet*, já que este é independente funcionalmente, dissociado da função jurisdicional, conforme se depreende do Art. 127, § 1º, CF/88 (Brasil, 1988).

Ainda, adianta Rangel (2019, p. 123) que as características do sistema inquisitório podem se resumir à concentração das funções processuais, conforme já dito anteriormente; ao sigilo processual; à ausência de contraditório e de ampla defesa, já que a função de defender está nas mãos daquele que julgará; ao sistema de provas empregado, que seria o da prova tarifada ou legal.

2.1.2 Sistema acusatório

Em total contrapartida ao sistema inquisitório, alcançando o patamar de polo oposto, tem-se o sistema acusatório, no qual a outrora função concentrada de investigar, acusar, defender e julgar, está dissociada, cada qual com seu respectivo responsável. Neste, preserva-se a lógica processual de que o início do processo se dá por parte que não a julgadora, tal qual se procede no processo civil, em razão do princípio da inércia, sendo que, após a devida provocação, o maquinário jurisdicional será impulsionado pelo juiz natural que possui competência para processar e julgar o caso que lhe é apresentado, conforme as regras de competência fixadas em momento pretérito ao do cometimento do ilícito penal.

A principal característica do sistema acusatório, afora a separação de funções, é o do protagonismo das partes, defesa e acusação, sendo estas as detentoras do dever de produção das provas que formarão a *ratio decidendi*, cada qual com a sua atribuição legal. Assim, ao julgador não é dada a liberdade de, por si só, influenciar no trâmite processual, distanciando-se de sua função imparcial, quedando-se equidistante de quaisquer atuações *ex officio*, salvo os casos previstos em lei, em específico o dever de condução e supervisão do trâmite regular, em consonância com o devido processo legal, mas sempre respeitando uma espécie de estado de alheamento. Nesta linha de raciocínio, é a lição de Nucci (2020, p. 112):

(...) o processo penal é a via eleita pelo Estado para concretização do poder-dever punitivo, de modo que se torna imprescindível uma adequada construção do fato posto a julgamento. Esta construção, em

uma concepção moderna, deve ser feita, primordialmente, pelas partes. Isso porque são elas que estão em posição de confronto e, destarte, são elas as interessadas no desfecho do processo. O julgador não tem interesse processual, mas sim um dever de desempenhar a função que o Estado lhe outorga e, para tanto, deve ser munido de poder para esclarecer eventuais pontos relacionados com a prova produzida. (Nucci, 2020, p. 112)

Dessume-se do excerto citado que é estritamente necessário que a formulação do processo seja feita com compleições dedicadas à busca da melhor solução possível, dentre as possíveis, oriundas do caso concreto. Consequentemente, a construção do resultado do processo depende da boa estruturação da cadeia lógica-probante, tarefa esta que incumbe exclusivamente às partes.

Vale ressaltar que mesmo diante de um caso com escassas provas, senão ínfimas ou inexistentes, o julgador não pode se escusar do dever de julgar, conforme se interpreta do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Ponto peculiar é que, no processo penal, caso haja referida escassez, a saída processual não poderá ser outra senão a absolvição daquele que possui a denominação de acusado.

Não escapa acrescentar que, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19, denominada de Pacote Anticrime, foi-se adicionado o Art. 3º-A ao Código de Processo Penal, com o seguinte teor: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” (Brasil, 1941).

Assim, quaisquer dúvidas ou divagações doutrinárias que visavam discutir o sistema processual empregado no ordenamento jurídico brasileiro perdeu o objeto, de modo que, inegavelmente, no atual momento histórico-político do Brasil, emprega-se o sistema acusatório.

Porém, imperiosa é a necessidade de mencionar que o sistema acusatório brasileiro não pode ser caracterizado como puro. Isto porque, conforme posto anteriormente, acerca da atuação equidistante do julgador, há casos em que este poderá atuar de forma espontânea, não dependendo de provocação das partes para tanto, que, obviamente, restringem-se à fase processual, com a permissão ao julgador de, por exemplo, complementar a inquirição de testemunhas, por inegável e virtuosa redação do parágrafo único do Art. 212, CPP; ou, então, à permissão ao juiz de produzir provas urgentes ou de cabal importância para a elucidação dos fatos, nas razões do Art. 156, CPP (Brasil, 1941).

Ponto igualmente importante de lembrança é que o sistema acusatório, muito embora não seja aplicado de forma paradigmática, indubitavelmente é visto como uma garantia processual de *per se*, isto é, apenas pelo fato de ser empregado no ordenamento, com a demarcação estrita das funções processuais, já irá assegurar a imparcialidade do trâmite processual, bem como do julgamento, dado que a cada parte será atribuída uma competência e a atenção estará voltada exclusivamente ao encargo que lhe incumbe, não deixando brechas para eventuais atuações divergentes ou conflitantes para com outra parte, que exerce função semelhante ou idêntica ao que se estaria invadindo.

Em outras palavras, ilustrando o que fora posto, ao julgador não é dado o poder de produzir provas, salvo em casos extremamente pontuais. Por lógica, aquele que reside no centro da relação processual não pode invadir a esfera de atuação do órgão acusatório ou da defesa, realizando atos que extrapolem a sua competência, devendo o juiz focar única e exclusivamente na boa condução processual, fiscalizando todo o seu trâmite e, ao final, julgar conforme o processo lhe é apresentado, com a mais severa imparcialidade, desatado de quaisquer opiniões pessoais sobre o fato delituoso, conforme se depreende da leitura da Súmula nº 718 do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2003); ou sobre as partes propriamente ditas, o que caracterizaria hipóteses de impedimento ou suspeição, conforme Arts. 252 e 254, CPP (Brasil, 1941).

Não obstante, segundo Badaró (2021, p. 129), o processo acusatório possui as seguintes características: a) separação de funções, conforme já tratado; b) publicidade e oralidade; c) presunção de inocência, em clara sinergia com os preceitos constitucionais hodiernos; d) atividade passiva do julgador, de modo que ao juiz não incumbe ser proativo durante o trâmite processual, devendo aguardar a manifestação das partes, mesmo que assistindo-lhes em determinados aspectos.

2.1.3 Sistema misto

Apenas a título informativo, ainda há o chamado sistema processual misto, que pode ser entendido como uma conjunção dos sistemas anteriormente anunciados, em que, antes da fase processual, haverá uma etapa investigativa, conduzida por um juiz, portanto dissociada da autoridade policial, não se confundindo com o procedimento administrativo do inquérito policial; e a fase processual

propriamente dita, esta sim com a devida separação de funções, tal como ocorre com o sistema acusatório (Gonçalves; Reis, 2022, p. 74).

2.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E *IN DUBIO PRO REO*

Ainda no que se refere às garantias processuais penais, afora o princípio do devido processo legal, a garantia mais robusta que se pode invocar em prol do investigado ou acusado é o da presunção de inocência, estando prevista, com as devidas vênias aos adeptos de sua negatória, no Art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que assim está disposto:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (Brasil, 1988).

Dentro de suas acepções, a presunção de inocência pode ser vista como um arquétipo do processo penal brasileiro, por não mais se poder dissociar o sistema acusatório do estado de inocência que paira inerentemente sob o indivíduo que figura no polo passivo da persecução penal; tal presunção, por óbvio, somente se encerra com uma prova cabal em contrário. Além disso, ainda há a regra de tratamento perante o sujeito, tendo forte influência até mesmo no momento de formulação de perguntas ou na escrita de peças processuais, as quais sempre constam a expressão “em tese” ou “supostamente”. Esta regra de tratamento assegura, inclusive, a impossibilidade de execução provisória da prisão-pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (Badaró, 2021, p. 91-96).

Sobre o estado ou *status* de inocência, denota-se que este é uma condição tão natural ao ser humano que nem mesmo pode ser mitigado em razão da aplicação de punições diversas da pena privativa de liberdade, ao menos até o trânsito em julgado da sentença condenatória que fixa os limiões das penas restritivas de direito e da pena de multa, conforme assevera Capez (2020, p. 321):

Todo nosso arcabouço infraconstitucional, expresso nos arts. 105, 147 e 164 da Lei n. 7.210/84 bem como no art. 50 do CP, exige o trânsito em julgado, até mesmo para a execução de penas restritivas de direitos e multa (Capez, 2020, p. 321)

Tal exigência representa um verdadeiro marco delimitador da extensão do princípio em comento, inclusive em seus vieses: de tratamento, de ônus probatório e de julgamento; pelo que são cabíveis até o esgotar das possibilidades recursais, tornando certa e concreta a decisão vergastada inicialmente.

Aury Lopes Jr. (2023, p. 09-11), bem mencionando Zanoide de Moraes, trata de forma esmiuçada cada um dos sentidos da presunção de inocência, compondo um todo interpretativo que realça a importância do princípio em comento, explicando o autor que, até o limite de aplicação da aludida presunção, deve-se tratar o investigado ou acusado como se inocente fosse; ao passo que é por esse *status* que o ônus da prova pertence unicamente à acusação, com certa natureza objetiva; bem como que é obrigação do julgador respeitar os *standards* probatórios no momento de proferir o decreto condenatório, possuindo este viés uma natureza subjetiva, isto é, voltado a um sujeito processual, o qual possui o encargo de analisar o conjunto de provas e respeitar o alto padrão de probabilidade estabelecido para aquele resultado.

Ademais, como uma decorrência direta do princípio da presunção de inocência, tem-se o princípio do *favor rei* ou *favor libertatis*, que, nas lições de Rangel (2019, p. 103):

O princípio do *favor rei* é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, pois o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao *jus libertatis* do acusado. (Rangel, 2019, p. 103)

Disso é possível extrair a ideia de que o estado de liberdade do sujeito é mais importante do que o *ius puniendi* estatal. Assim, durante a etapa de interpretação da lei ou do caso concreto, em consonância com as provas produzidas ao longo da persecução penal, se surgir dúvida quanto a algum ponto, deve-se interpretar de forma favorável ao acusado/réu, tanto se a dúvida versar sobre a aplicação de norma executiva da pena quanto se a dúvida versar sobre a condenação ou absolvição.

Como decorrência direta do princípio do *favor rei*, destaca-se um princípio em específico, que se sobressai em detrimento de seus pares, o *in dubio pro reo* ou “na dúvida, favorece-se o réu”, de modo que, nos momentos decisórios, o julgador deve, em caso de haver dúvida fundada em todo o conjunto probatório, absolver o

acusado, conforme se extrai da leitura do Art. 386, incisos II, V e VII, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Ao trazer à baila a presunção de inocência, percebe-se que a dúvida, no processo penal, é extremamente relevante para fins da aplicação da lei, se impondo ao indivíduo a pena *in concreto* ou se o absolvendo. A exceção, é claro, resta justamente em casos isolados em que, por intermédio dos elementos de informação e demais provas, a autoria cabalmente está provada, ou seja, nem sequer a dúvida é cogitada. De toda sorte, far-se-á a análise da dúvida propriamente dita em momento oportuno.

Ao passo do que fora exposto, evidente que a presunção de inocência é pressuposto fundante do processo penal, haja vista o fator predominante do viés de tratamento, já que é imposto a todo e qualquer figurante do processo que trate o investigado ou acusado como se inocente fosse até que sobrevenha o trânsito em julgado, confirmando a fixação da punição legal, já que o que vigora não é uma presunção de culpabilidade, que, do contrário, resultaria na desvirtuação do valores garantistas predominantes no ordenamento pátrio.

2.3 A VERDADE NO PROCESSO PENAL

De início, há de se perfazer um caminho lógico-argumentativo para que se compreenda, ao menos de maneira rasa, o que vem a ser a verdade e o seu impacto determinante no processo penal.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2020), assevera que, embora os defensores da verdade no processo penal empreendam constantes esforços para o seu reconhecimento e aplicação, tal êxito se demonstra apenas aparentemente possível.

Isto porque faz uma abstração em que existiu um determinado contexto fático, porém não existem palavras que o descrevam como um todo e, por serem partes deste, jamais poderão preencher as lacunas existentes, de modo que, para se alcançar a verdade, em seu sentido mais extremo, é necessário que se conheça a situação ou o objeto sob análise em sua completude, quase como se o observador devesse ser onipresente para que consiga afirmar categoricamente que determinado fato é plenamente verdadeiro.

De toda forma, em ato contínuo, o autor expõe uma crítica pontual sobre a “busca da verdade” posta pelos juristas, sendo que, para aquele, a verdade não é um

instituto a se “buscar”, mas um instituto de “ser”. A busca, então, seria apenas um dos métodos possíveis para se alcançar a verdade, um modo de se estabelecer uma correlação entre os fatos e a sua elucidação, com determinado resultado pela via judicial. Ao fim de suas considerações, diz que a verdade, como uma impossibilidade fática, não pode ser utilizada pelos juristas, já que é apenas uma imparcialidade; porém, o discurso abstrato da verdade pode facilmente ser empregado, por denotar uma segurança ao seu propagador (Coutinho, 2020).

Para além, em que pese outras preterições de divagações acerca das diversas acepções da verdade moral, a mensuração da verdade para fins jurídicos se revela como uma fonte digna de análise.

O que ocorre, inclusive na maioria esmagadora de casos, é que cada interventor no processo penal possui sua própria versão dos fatos, seja porque presenciou os acontecimentos e interpretou de determinada forma, seja porque tomou ciência por terceiros e deduziu que uma ou outra parte estava correta diante do que lhe fora dito.

Desse intervencionismo é que faz surgir as diferentes vertentes da verdade, com resquícios de parcialidade, já que emanadas por pessoas com inegáveis interesses particulares, com exceção daqueles que estão de boa-fé ou os que têm noção de que a prova de *per si* é vinculada ao processo, não às partes, sendo o julgador o único que é realmente alheio às narrativas, formando sua convicção tão somente quando definir se o acusado é ou não é culpado, já que irá analisar todo o conjunto probatório. Nessa linha, assevera Ballan Junior (2018, p. 03):

No curso do processo penal, porém, inúmeras pessoas (vítimas, testemunhas, peritos, assistentes técnicos, acusado, membro do Ministério Público, advogado, juiz, etc.) intervêm na produção da prova, cada uma com sua visão do fato em apuração e todas com um olhar apenas de parte do objeto tratado, porque assim compelidas por suas condições pessoais e pelas circunstâncias de tempo e lugar em que se achavam. (Ballan Junior, 2018, p. 03)

Esse parâmetro da verdade, então, deve ser dosado e ponderado segundo os critérios lógicos e considerando tudo o que dos autos consta, dando maior ou menor credibilidade à determinada alegação. A partir disso, a verdade pessoal, a que o interventor considera como verídica, transforma-se na verdade processual, pela análise exauriente do arcabouço probatório feita pelo destinatário da prova, o julgador, seja de primeiro grau ou em sede recursal.

Passadas tais delimitações iniciais, um ponto de interessante exposição é o relativo à natureza da verdade dentro dos sistemas processuais penais abordados anteriormente.

Tratando-se do sistema inquisitório, é possível observar que, à época de sua utilização, antes da própria Constituição de 1988, o que se empregava era a lógica da verdade real. Em épocas outras, havia uma busca de maior acentuação para com o que ocorreu no mundo real, de forma que se permitia que o próprio juiz reconhecesse métodos alternativos para se obter tudo o que fosse necessário à consecução da verdade, criando, inclusive, uma espécie de “cultura inquisitiva”, nas palavras de Pacelli (2021, p. 429), que legitimou a própria atuação das autoridades públicas, sobretudo porque se entendia que plena verdade estaria ao alcance do Estado, desvirtuando-se a atuação de julgamento do indivíduo, passando este a produzir, de maneira concisa, as próprias provas que entendia cabíveis.

Porém, ao que parece, em um sistema constitucional em que a dignidade da pessoa humana é fundamento da própria forma de governo democraticamente estabelecida, não se permite que o Estado se utilize de meios diversos para comprovar a culpabilidade daquele que figura no polo passivo da ação penal, sob pena de lesar não somente a premissa básica da imparcialidade, mas, também, a própria noção de defesa dos direitos do indivíduo.

Assim, a ideia de que a plenitude da verdade poderia ser reproduzida em contextos futuros havia de ser superada, passando a existir a tendência ao acolhimento da mera reconstrução da verdade, referente aos fatos passados, não havendo no que se falar em reprodução, mas apenas a busca em elucidar o caso e decidir de acordo com o que foi posto, estabelecendo e demonstrando ao julgador todas as nuances fáticas, permitindo a formação de um juízo de valor determinado. Daí a chamada teoria da busca da verdade, em que,

utilizando critérios diferentes para a comprovação dos fatos alegados em juízo, a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza. (Pacelli, 2021, p. 430)

Não escapando desse norte, a verdade que se busca cristalizar possui certo valor estampado no respeito a um formalismo procedimental para a sua criação,

ou seja, o devido processo legal; não o contaminando com arbitrariedades, imprecisões lógicas ou incertezas probatórias.

De fato, a sentença, na dicção de Aury Lopes Jr. (2022, p. 468), nada mais é do que um “ato de convencimento”, sob a premissa de que este em si não determina nem revela a verdade, porquanto ser inalcançável, mas tão somente exprime a ideia do posicionamento do julgador sobre os fatos, com este oxigenado pelo contraditório e pela ampla defesa.

É justamente neste sentido que se extrai o entendimento de que, mesmo após a impressão da decisão estatal ao caso concreto, ainda assim é possível que a verdade não coincida com o resultado de toda a cadeia processual, o que abre brechas para irresignações recursais e uma nova rediscussão da verdade dos fatos.

Pelo respeito às regras procedimentais, alcançar-se-á determinada resolução no processo. Porém, deve ser levantada a ideia de que a busca insaciável da realidade dos fatos acaba por macular e subverter a própria noção do sistema acusatório, retornando às origens obscuras do sistema inquisitório, necessitando que se limite a reconstrução do passado, sob pena de se ter indiscutível contraditório meramente fantasioso e formal, desprovido de materialidade jurídica (Lopes Jr., 2022, p. 471). Não é por menos que Ferrer Beltran (2007, p. 100, tradução do autor) sustenta que “a aplicação do direito só será correta se se impor a consequência jurídica prevista aos casos em que se produzam, efetivamente, as circunstâncias antecedentes previstas nas normas”.

Com vistas ao exposto, é plausível a cogitação de que a verdade, como um meio apto a ensejar a resolução da lide criminal, deve ser buscada através do máximo respeito às regras processuais vigentes, alavancando a ampla defesa, em seus três vieses, de informação, de participação e de paridade de armas; e o contraditório real, não eivando o procedimento de vícios insanáveis ou inconstitucionais apenas com a alegação de que a realidade dos fatos deve ser alcançada a qualquer custo e sob qualquer obstáculo, tolhendo injustificadamente os direitos dos envolvidos no processo penal, bem como os interesses da própria sociedade, enquanto considerada como o agrupamento corpóreo do povo, legitimadora do próprio direito, para só então aplicar a sanção penal, devendo esta ser igualmente respeitada.

3 REGRAMENTO PROBATÓRIO

Pelo Estado soberano avocar para si a competência de julgar ilícitos, através da tutela específica do direito penal, sob a premissa de que nenhum outro ramo do direito é suficientemente robusto para reprimir determinados atos classificados como infrações de ordem superior, fenômeno este que fora nomeado como princípio da intervenção mínima, há de ser criado um conjunto de regramentos eficazes e coerentes para que a resolução do conflito culmine na melhor saída possível, seja com a condenação, seja com a absolvição do sujeito.

Especificamente com relação aos elementos que irão embasar a decisão definitiva, é estritamente necessário que se concretize uma conjuntura mínima daqueles, permitindo que a verdade processual seja alcançada da maneira mais límpida e satisfatória possível. Desta exigência jurídica se cria o conjunto de regras relativas às provas no processo penal, sendo os materiais suficiente-necessários para a efetivação da verdade processual, servindo como pedra angular da motivação do julgador ao proferir a decisão.

Porém, antes de adentrar em específico nas particularidades da teoria da prova empregada hodiernamente, é necessário tecer comentários gerais sobre este importante instituto que delimitará o resultado útil do processo.

3.1 CONCEITO DE PROVA

Nas palavras de Santos (2001), ao mencionar a denominação de prova, este autor a delimita como sendo “tudo que pelos meios regulares e admissíveis é usado no processo, para provar, em juízo, a certeza ou falsidade de fato relacionado com a causa; meio lícito e apto a firmar o convencimento do juiz”.

Aqui mais uma vez se tem a ideia de que a prova é o instrumento pelo qual se busca provar um fato ou uma alegação, aclarando a mente do intérprete, fazendo com que este chegue a uma convicção firme do que lhe é apresentado, mediante a juntada de elementos tidos como lícitos, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista procedimental, sendo plenamente capaz de gerar a certeza ou a falsidade de determinado acontecimento fático.

Badaró (2021, p. 614), indo além, traz ao menos três vertentes da palavra prova, sendo a primeira a atividade probatória propriamente dita, compreendendo “o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato”; a segunda mencionada

como o meio de prova ou prova instrumental, ou seja, “o instrumento por meio do qual se introduzem no processo os elementos de probatórias”; e, por fim, a terceira denominada de resultado probatório, com a passagem do “convencimento que os meios de prova geram no juiz e nas partes”.

Ao que parece, a vertente que mais pertinente é a terceira: a prova como meio apto a gerar o convencimento tanto daquele que a produz e irá usufruir de seus resultados quanto do destinatário da prova apresentada, o magistrado.

Mesmo com as diversas acepções de uma mesma palavra, todas representam importantes delimitações teóricas sobre este instituto de máxima importância aos fins penais, em especial no tocante à estruturação da convicção de seu intérprete.

3.2 FUNÇÃO DA PROVA

Partindo do pressuposto que o ordenamento jurídico tem o estopim de aplicação da norma de direito material vigente à data do cometimento da infração penal, na dicção do Art. 4º do Código Penal (Brasil, 1940), utilizando-se de uma simples lógica, percebe-se que todos os acontecimentos subsequentes, desde a fase investigativa à fase judicial, deverão se referir aos fatos passados.

Interessante a passagem ainda da época da chamada União Ibérica, em que vigoravam as Ordenações Filipinas, em específico o Livro III, Título LXIII, que versava, em síntese, que para decidir, o julgador assim o deveria proceder de acordo com a verdade já sabida e posta dos autos, ou seja, a convicção sobre a verdade dos fatos, de modo que se evitassem vícios procedimentais ou erros judiciários, anulando-se o processo em consequência, nestes termos:

Que os julgadores julguem por a verdade sabida, sem embargo do erro do processo.

Para que se abreviem as demandas com guarda do direito e justiça das partes, mandamos que os julgadores julguem, e determinem os feitos segundo a verdade, que pelos processos for provada e sabida, ou por confissão da parte, não julgando mais do que pedido pelo autor (...) Porque sem embargo disto, queremos que não seja o processo anulado, nem se possa dizer a sentença (posto que seja passada em coisa julgada) nenhuma, se a verdade for sabida pelo processo, e o julgador julgou o que lhe parecia justiça, por as provas no processo feitas sobre a verdade e substância da causa (Almeida, 1870, pp. 105-106).

Mesmo à esta época, pode-se perceber que a prova seria um importante instrumento para alcançar o que efetivamente ocorreu na realidade, sendo que apenas a verdade posta dos autos, a prova sobre a verdade, seria utilizada para fins de arazoamento da decisão.

Também levando em consideração o que foi exposto no ponto atinente à verdade no âmbito do processo penal, como uma função explícita, a prova serviria para formar a convicção do julgador acerca do que efetivamente aconteceu no passado, mediante uma provável estimação sobre as alegações feitas pelas partes, e aplicar a norma de acordo com o seu dever de ofício, em uma espécie de tentativa de persuasão do próprio julgador.

Conforme bem assevera Gascón Abellán (2005, p. 128, tradução do autor), refutando o entendimento majoritário de que a prova, bem como o processo, deve tender à função da resolução do conflito, há uma necessidade de que ambos devem ser orientados pela averiguação e pela busca da verdade.

Então, seguindo a lógica até aqui empregada, para realmente se chegar à apreciação de fatos passados, ambas as partes têm a atribuição compartilhada de produzir elementos suficientes para a mencionada formação da convicção, de modo que a apresentação do que melhor convém à parte denota uma certa parcialidade de argumentação.

Oportunamente, a prova não imparcial deve ser revestida de credibilidade para que sua função seja devidamente alcançada. Tal crédito atribuído pelo julgador a determinada prova, ao menos individualmente falando, em consonância com o livre convencimento motivado previsto no Art. 155 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), tem especial incidência a partir do momento em que o procedimento interno-legal da produção da prova é respeitado, sendo um exemplo perfeito o procedimento da cadeia de custódia (Arts. 158-A e ss, CPP).

Decerto, caso determinado procedimento de produção de uma prova seja feita ao despreço da lei, a sua função não serviria para os fins a que se esperava, tendo menor ou nenhuma credibilidade para a convicção do julgador sobre o caso concreto.

Desse estrito cumprimento de procedimentos institucionalizados, Abellán (2005, p. 128) traça dois pontos que acabam por prejudicar o alcançar efetivo da verdade: de um lado, elenca razões institucionais, por entender que a prova judicial, enquanto instrumento de comprovação de teses, sempre almejando a verdade, não é

obtida por atividades livres, mas sim mediante o emprego de um sistema de regras e causas institucionais restrito, que podem limitar ou até mesmo impedir a consecução daquele objetivo; doutro lado, traz razões epistemológicas, sobretudo no tocante à própria limitação do raciocínio probatório, este baseado em leis gerais de probabilidade ou inferências sem fundamento baseadas em preconceitos.

Nas lições de MacCormick (2009, p. 33), “o processo de ‘prova’ é um processo de determinar que, para efeitos legais certas proposições deverão ser consideradas verdadeiras, especialmente para os efeitos do litígio em questão”. Embora de sucinta menção, tal trecho denota uma especial importância à prova, de maneira que delimita a consideração da verdade como decorrência da inspeção dos elementos probatórios.

E mais. Para que realmente se possa firmar um entendimento, proferindo decisão meritória, é imperioso que o julgador realize uma valoração conjunta de tudo o que lhe fora apresentado, sendo que “valorar significa atribuir valor ou peso à prova produzida no processo” (Palma, 2017, p. 288), fundando-se em um método precipuamente racional e motivado, mesmo que feito de forma livre e aparentemente subjetivista.

Valorar a prova, na visão de Nieva Fenoll (2010, p. 32), nada mais é do que o exercício, pelo magistrado, da análise dos resultados do que foi produzido ao longo do processo, pelos interventores, tanto extraindo resultados úteis das provas quanto racionalizando sua percepção, avaliando criticamente seu conteúdo. Não se limitando apenas a isso, entende o escritor que valorar a prova “não é somente buscar aquilo que normalmente acontece, mas consiste também em buscar elementos para corroborar a conclusão probatória” (2010, p. 93, tradução do autor).

Mas, veja-se, o ato de valorar não implica, ao menos no ordenamento pátrio, uma atividade de criação de provas de ofício pelo juiz, com expressa lembrança à separação das funções processuais advinda da adoção do sistema acusatório, salvo raros momentos em que é lícito ao juiz intervir na instrução e efetivamente atuar positivamente naquela produção. Em verdade, a valoração é subjetiva, embora se busque uma concretização e harmonização de seu conteúdo, devendo o seu intérprete ficar adstrito aos seus limites.

Continuando, ao assentar o entendimento de que os diversos tipos de provas possuem papel instrumental de corroborar as hipóteses fáticas, Ferrer Beltran (2007, pp. 86-87) faz a constatação de que esta não será comprovada uma tese ou

alegação se faltar uma única prova que seja sua parte integrante. Outrossim, "o grau de corroboração de uma hipótese deve ser determinado no momento de valoração da prova", que é entendido ser o momento do julgamento, após a formalização e validação da prova, segundo as regras procedimentais então em vigor.

Supõe-se, então, que a atividade jurisdicional demanda uma avaliação minuciosa do processo de valoração, não se podendo ter outro entendimento senão o de que a concretização do valor de uma prova deve ser feita de forma objetiva e expressa diretamente pelo órgão julgador, dando sentido e corpo àquela, rechaçando delimitações de peso desprovidas de conteúdo objetivo e racional.

Ao rememorar as ideias sobre a verdade, salientando que esta é inalcançável, Popper (1963, p. 279 *apud* Ferrer Beltran, 2007, p. 92, grifo do autor) àquela época já explicitava que "não é possível verificar uma hipótese, mas isso não implica que não se possa *preferir racionalmente* uma hipótese sobre outras em base de uma maior corroboração perante a primeira". Este juízo de preferência racional de uma alegação ou de outra por certo deve ser assim realizado mediante a objetificação do convencimento já feito pelo julgador, justificando a escolha de uma ou de outra alegação.

Assim, outro ponto fulcral da prova, além do convencimento do julgador acerca dos fatos, se verdadeiros ou não, aqui como uma função implícita, é que aquela lhe serve como objeto ou fundamento para a própria justificação do que é inteligível como sendo o inevitável resultado do processo, trazendo consigo o encargo de tornar clara e objetiva a essência da decisão, porquanto não se admite a lógica da íntima convicção para a parcela esmagadora de casos em trâmite e que ainda não foram sentenciados.

3.3 STANDARDS PROBATÓRIOS

Neste ponto, far-se-á a menção aos modelos de prova passíveis de utilização pelos ordenamentos jurídicos, sobretudo o que concerne à análise da prova além da dúvida razoável.

Sendo sabido que, em respeito ao sistema acusatório, incumbe às partes a produção de elementos e sua apresentação em juízo, tendo a ciência do que exatamente irá influenciar na qualidade da comprovação dos fatos que alegam, ao passo que compete ao julgador a sua avaliação, é necessário "contar com um critério

que lhe indique a partir de que nível de contraste pode considerar provada a hipótese” (Ponzoni, 2020, p. 38).

Pois bem, os modelos de padrões constatação são, em verdade, uma ferramenta de balanceamento entre a subjetividade da convicção do juiz e a efetiva justificação de uma condenação, a denotar um arcabouço de fundamentação que seja apto a não deixar dúvidas quanto à responsabilidade do acusado, quando empregados na fase de julgamento, não bastando apenas alegações genéricas e sem base jurídica, sendo que

desenvolver teorizações sobre standards é, nesse sentido, em primeiro lugar, reconhecer a necessidade de se refletir sobre a suficiência das hipóteses fáticas produzidas em Juízo e a partir de quê ponto, de quê patamar, elas podem justificadamente ocupar a função de premissa menor de uma decisão condenatória e, em segundo lugar, determinar em quê ponto de exigência determinado sistema jurídico deve fixar o seu próprio standard de prova (Matida, 2019, p. 95).

Em outros termos, os standards de prova podem ser definidos como “os critérios para aferir a suficiência probatória, o ‘quanto’ de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória” (Lopes Jr., 2022, p. 473). Nessa esteira, a expressão que remete ao critério é de importância ímpar, uma vez que este “indica o grau de suporte requerido por um determinado tipo de processo (...), bem como reflete a importância social atribuída à decisão nesse tipo de processo, considerando a margem de tolerância a uma decisão equivocada” (Ponzoni, 2020, pp. 40-41).

Limitar-se a dizer que ao juiz é cabível a resolução do processo com a utilização da sua própria consciência ou segundo a sua íntima convicção, não se aferindo um método sistêmico para tanto, acabaria por ser o mesmo que dizer que não se exige o emprego de ferramentas para tal fim, beirando a decisão a própria imperfeição por partir de uma intuição sem apoio concreto (Nieva Fenoll, 2010, p. 90).

Disso se depreende a função inicial dos *standards* de prova: transparecer as ferramentas a serem dispostas pelo julgador para que forme uma decisão não maculada por vícios pessoais, mas calcada em uma análise objetiva dos fatos apresentados e debatidos em juízo, fazendo com que a motivação das razões de decidir seja uma exigência, não apenas uma falácia jurídica.

Sendo “critérios que indicam quando se conseguiu a prova de um fato; ou seja, critérios que indicam quando se justifica aceitar como verdadeira a hipótese que o descreve” (Gascón Abellán, 2005, p. 129, tradução do autor), os *standards* empregados pelos ordenamentos travestem o sentido de serem um meio apto a ensejar a legitimação de determinada decisão enquanto concretizadora de determinado fato em determinado momento processual.

Persistindo em sua inspeção introdutória aos modelos de constatação, a ilustre doutrinadora explica que a construção de um *standard*, em sua acepção correta e técnica, implica em determinados acontecimentos:

a) em primeiro lugar, decidir qual o grau de probabilidade ou de certeza necessário para aceitar uma hipótese como verdadeira; b) em segundo lugar, formular objetivamente o *standard*; ou seja, formular os critérios objetivos que indicam quando se atinge o grau de probabilidade ou de certeza necessário. (Gascón Abellán, 2005, p. 129, tradução do autor)

Com especial ênfase no último ponto, é dedutível que, em um sistema jurídico que preza pela máxima racionalidade e objetivação, o meio de inferência do conjunto probatório deve ser pautado em um regramento objetivo para que tenha sentido e seja passível de certo controle e de previsibilidade, garantindo maior segurança jurídica aos envolvidos no entrave processual.

Em uma visão certa, a autora supracitada (2005, pp. 130-131) menciona que a construção de um *standard* leva em consideração a tentativa de evitar erros judiciários quando da análise do caso concreto, elencando dois erros principais: a) aceitar como verdadeiro o que, na realidade, é falso; e b) aceitar como falso o que, na realidade, é verdadeiro.

Ainda, diz que, especificamente no processo penal, há uma certa tolerância ao erro "b", tendo em vista que "dar por verdadeiro um fato que, em verdade, seria falso" é mais prejudicial às partes, sobretudo pelo caráter garantista que o ordenamento jurídico conferiu às normas materiais e processuais penais, tornando-se uma particularidade desse sistema normativo.

Estabelecido este cenário, os modelos de valoração mais aceitos, ao que expõe a mesma autora (Gascón Abellán, 2005, p. 133), são os baseados em métodos de confirmação, mais voltados ao apoio conferido pelas provas, em consonância com regras causais, à averiguação do grau de confirmação de uma hipótese, não como uma mera probabilidade matemática, outro modelo de valoração amplamente criticado

pela doutrina, mas como um método mais palatável aos juristas, mormente em casos complexos e com diversas variantes.

Mesmo que a valoração majoritária seja feita com o emprego de racionalidades mais ou menos factíveis, tem-se aqui o grande problema da utilização de diversos métodos, sejam eles matemáticos, indutivos ou dedutivos, para servir de pilar à fundamentação judicial: o inegável “interesse em um esquema de raciocínio que dê conta da estrutura geral do raciocínio probatório no momento da valoração da prova” (Ferrer Beltran, 2007, p. 97, tradução do autor).

O mesmo autor faz uma importante constatação sobre a real finalidade do esquema de racionamento da prova: este não é visado para dizer como os juízes e os tribunais decidam sobre o direito, mas sim para corroborar uma metodologia que deixará clara a averiguação da verdade, extraída a partir dos elementos disponíveis no processo (2007, p. 97).

Eis aqui uma outra função dos *standards* probatórios: a metodologia, ou o modo de se valorar, empregada dá corpo e permite o controle sobre as decisões adotadas pelo Judiciário, porque ela serve de “indicativo de regras técnicas dos caminhos a serem seguidos para conseguir o objetivo” (Ferrer Beltran, 2007, p. 97), este não podendo ser outro senão a busca da verdade.

Nesse viés racionalista, interessante é a observação feita por Palma (2017, p. 292) que, agasalhando-se na premissa de que o raciocínio indutivo, lógico e objetivo é o “método probabilístico mais adequado à averiguação da verdade, a partir de elementos disponíveis no processo, pelo método de confrontação, confirmação e refutação de hipóteses”, permite a discussão acerca da validade dos *standards* para a processualística penal, notadamente porque

os standards estabelecem padrões mínimos e máximos ou graus de probabilidade de um fato para ser considerado provado, os quais guiam as partes e o juiz, sendo debatidas em contraditório.

No processo penal, em geral, o standard probatório é elevado, devido à presunção de inocência, reconhecida na maioria dos ordenamentos atuais. (Palma, 2017, p. 294)

Aprofundando-se na esteira da presunção de inocência, Badaró (2021, p. 663) explicita que no processo penal é exigível um *standard* probatório mais elevado porque “há um desequilíbrio estrutural entre as posições do acusado, a quem não incumbe nenhum ônus, e o acusador, sobre quem recai toda a carga probatória”. Então, pelo viés garantista conferido pelo legislador, adota-se um *standard* com maior

rigor probatório que acaba, no fim, “tornando o convencimento judicial dos fatos que favorecem a acusação particularmente difícil”, beneficiando diretamente o réu.

3.3.1 Tipos de *standards* probatórios

A saber, o padrão de constatação mais basilar é o da preponderância das provas, ou balanço de probabilidades,

aplicado no processo civil (...), em que são discutidas questões meramente processuais, e por exigir um grau menos elevado de ‘certeza’, bastando o juízo de fato consistente em dar por provado o que é ‘mais provável do que não’, sendo o ‘quantum de prova’ exigido idêntico para autor e réu” (Palma, 2017, p. 301).

Compreensível o motivo pelo qual o referido balanço não é abertamente empregado no processo penal: o ônus da prova, hodiernamente, é fixo para a acusação, não dinâmico ou sinuoso, como ocorre no processo civil, em que cada parte possui encargos probatórios próprios, com a possibilidade de haver a inversão do ônus, como é típico de procedimentos regidos pela legislação consumerista, especialmente o inciso VIII do Art. 6º, Lei nº 8.078/90 (Brasil, 1990).

Quando o litígio exige, pela sua natureza, um julgamento mais detido às provas do que somente o seu balanceamento, surge a necessidade de se valer da prova clara e convincente. Ponzoni (2020, p. 96) explica que este modelo de constatação é empregado no direito americano como uma forma de solucionar lides civis que guardem relação com direitos existenciais ou que imponham determinada sanção civil à parte. Aqui, a prova é analisada não a partir de um estado mental do julgador, como no *standard* do para além da dúvida razoável, mas sim como um arcabouço no qual o julgador já está acostumado, daí “claro”; ao passo que é “convincente” até certo ponto e “satisfatório”, o que denota um baixo nível de exigência.

Decerto, embora se diga que é um modelo de averiguação de maior rigor do que o da preponderância de provas, a prova clara e convincente ainda deixa margem de interpretação quanto ao seu real significado, porquanto ainda possui uma carga psicológica, veiculada à persuasão e da força da prova, e uma carga epistemológica, em uma tentativa de dar maior credibilidade àquela, em notável sinergia com a qualidade da prova apresentada (Haack, 2013, pp. 70-71).

De toda forma, não é menos razoável dizer que o *standard* da prova clara e convincente é verdadeiro modelo intermediário, com mais rigor do que o da preponderância de provas, mas menos do que o da dúvida razoável, podendo ser amplamente aplicado em litígios civis, embora não se possa dizer o mesmo para processo penal, porquanto este ter ínsito o risco de tolhimento dos direitos do acusado caso sejam valoradas as provas de forma errônea, o que naturalmente irá exigir um *standard* mais rigoroso.

Passadas todas as considerações pertinentes sobre os modelos de constatação, o único que resta, e se veja como o de maior relevância para o processo penal, é o do além da dúvida razoável, o qual será abordado separadamente a posteriori.

3.3.2 Rebaixamento de *standards*

Nessa toada, embora em um olhar de relance, é plausível o pensamento de que apenas seria possível a adoção de um *standard* dentre os existentes. Entretanto, em uma visão contrária, permite-se abertamente que haja certa transição de padrões de constatação, a depender do momento processual que estes se perfazem necessários.

Tal transição leva em conta principalmente o juízo a ser empregado, se sumário ou exauriente, com resquícios de progressividade, bem como a probabilidade da verossimilhança do alegado,

em especial para distinguir as decisões cautelares com base em juízo de probabilidade mais reduzido, de um lado, e as sentenças de mérito, baseadas em elevadíssima probabilidade, normalmente identificável com as provas “além de qualquer dúvida razoável”, de outro. (Badaró, 2021, p. 663)

A redução do juízo de probabilidade, repise-se, admitida para decisões que não ponham fim ao processo, significa um “rebaixamento do *standard* probatório” (Lopes Jr. 2022, p. 478), enquanto se parta do pressuposto que são válidos os elementos de informação ou as provas de menor credibilidade enquanto legitimadores das mais diversas medidas cautelares.

O dito rebaixamento é, então, pautado na ideia de que a dilação probatória é requisito de exigência de um *standard* mais rigoroso, ao passo que um mais flexível

é admissível quando existirem meros indícios, suficientes ou veementes, acerca da autoria e da materialidade delitivas, sendo estes

concebidos como provas mais fracas, de menor confiabilidade e credibilidade, insuficientes para um juízo condenatório, mas suficientes para decretação de medidas incidentais ou decisões interlocutórias, como recebimento da acusação, pronúncia, decretação de medidas cautelares pessoais, de medidas assecuratórias etc. (Lopes Jr. 2022, p. 478)

Então, afora a etapa do julgamento, ainda na fase investigativa ou na própria instrução processual, *standards* flexíveis ou intermediários são aquiescidos pelo ordenamento pátrio, não se aderindo tão somente ao processo penal, mas em outros ramos, como o próprio processo civil.

Interessante perceber que, no processo penal, aparentemente não há uma nomenclatura clara e pré-fixada para os *standards* intermediários, o que ocorre é apenas a nomeação do modelo de constatação final, empregado em momentos decisórios últimos: para além da dúvida razoável. De toda forma, o dito rebaixamento representa um importante mecanismo de valoração não exauriente dos escassos elementos de informação ou das provas até então produzidas e disponibilizadas.

Tratados os modelos de constatação e a possibilidade de rebaixá-los, parte-se agora à análise do *standard* que possui por objeto da dúvida razoável, pormenorizando-o em suas diversas peculiaridades.

3.3.3 O *standard* rigoroso: para além da dúvida razoável

Com nascedouro no direito anglo-saxão, o *standard* “*beyond a/any reasonable doubt*”, doravante BARD, traduzido para o português como “para além da dúvida razoável”, representou uma forte tentativa dos juristas à época de sua idealização quanto a até que ponto se daria por provado um fato, buscando dar sentido ou norte à valoração da prova, especialmente quando o agente é pessoa leiga que atua como jurado em procedimentos que visam apurar crimes dolosos contra a vida, porquanto existir certa dificuldade em saber o grau de certeza de determinado fato (Nieva Fenoll, 2010, pp. 85-86).

Embora se mencione isso, é certo que tal representação se deu a partir de uma construção histórica de discussões e aplicações jurisprudenciais do arquétipo do BARD, para só após o polir.

Nesse viés, assegura Laudan (2008, p. 24) que, ao final do século XVIII, quando o referido arquétipo fora inserido na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, havia certa uniformização de penas, sobretudo a de morte, em que todos os sujeitos eram julgados de acordo com o mesmo padrão de constatação. Após uma evolução jurídica, os tribunais passaram a acatar o entendimento de que a pena deveria ser dosada de acordo com o tipo de infração penal cometida, o que gerou uma diminuição no número de execuções capitais naqueles Estados.

Com isso, em uma inversão do pensamento punitivista, a ideologia por trás da inserção do BARD nos ordenamentos anglo-saxões se deu, precipuamente, pelo fato de que uma punição errônea era de alto custo ao Estado, por justamente se ter um baixo nível de exigência de provas, aliada à exacerbada liberdade de convicção do julgador e a até então impossibilidade de reversão da condenação pela via recursal.

Ainda traz o mesmo autor (2008, p. 25) uma passagem que em muito se assemelha com a principiologia da presunção de inocência, porquanto considerar que, em razão do alto custo, “seria preferível que dez infratores culpados se vissem livres do que um único inocente fosse condenado”; o que acendeu os debates jurídicos e gerou especial força no discurso garantista.

Ainda no que tange o contexto histórico da criação do BARD, perquire Ponzoni (2020, pp. 80-81) que a origem deste modelo de constatação estava intimamente ligada com a ideia da “certeza moral”, na acepção de que os jurados deviam ter uma espécie de convicção dissociada da certeza advinda da averiguação matemática-precisa das provas. Este pensamento ao menos perdurou até meados de 1970, quando se dissociou veementemente a ideia da certeza moral do BARD, considerando que se punha uma alta discricionariedade aos jurados, especialmente em julgamentos midiáticos ou de grande comoção social.

Rememoradas as nuances históricas da estruturação do BARD, a partir delas se depreende que a origem do instituto remonta um período com fortes raízes punitivistas, o que demandou uma reação firme para que se relativizassem e se revissem as punições errôneas, embora o principal fator de alteração do pensamento, como mencionado, fora o custo econômico, o que de certa forma desvirtua a própria essência da punição, mesmo considerando o contexto histórico-político na qual a análise é feita.

Pois bem, superadas estas pontuações, da insofismável admissibilidade de transições momentâneas dos *standards*, de fácil percepção é a situação de que o

momento processual ditará, ao menos de forma mínima, qual o grau de probabilidade e de confiança que uma prova terá. Mesmo com isso, indelével é a aplicação do BARD quando do julgamento, por ser certo que, dentre todos os seus pares, é o de maior rigor probatório, pondo o convencimento em um patamar elevadíssimo, superando a dúvida, daí sua denominação, embora se possa dizer que a certeza não será alcançada, porquanto a verdade também não o será.

Nessa vertente e “em outras palavras, exige-se para o juízo de fato um verdadeiro limite: que o convencimento judicial supere a dúvida e se aproxime tanto quanto possível do grau elevado de probabilidade tendente à certeza” (Palma, 2017, p. 300).

Seja pelo juiz togado ou pelos jurados no júri popular, o que se espera é que paire sob o agente o entendimento de que, no processo penal, exige-se que a “probabilidade, para que o acusado seja responsabilizado pelos fatos a ele imputados, seja valorada de forma muito elevada para que seja declarada a sua culpabilidade” (Nieva Fenoll, 2010, p. 86, tradução do autor), mas não com a necessidade de que se chegue à verdade absoluta, o que iria implicar em um aumento demasiado de sentenças absolutórias, gerando certa impunidade, desvirtuando a própria norma penal.

Por oportuno, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Penal nº 580/SP, fixou a seguinte tese (BRASIL, 2016):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PREFEITO. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. CRIME DO ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93. DOLO. AUSÊNCIA DE PROVA ACIMA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. (...) 4. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o standard anglo-saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) e que foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 5. Ação penal julgada improcedente. (STF - AP: 580 SP - São Paulo 9930127-62.2011.1.00.0000, Relator: Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 13/12/2016, Primeira Turma)

Destacando a correlação entre o BARD e a presunção de inocência, a Ministra Rosa Weber trouxe a merecida visibilidade para este modelo de constatação, ao perquirir que a condenação exige uma análise acima da dúvida, o que culmina na absolvição do acusado, por ser aplicada a regra do *in dubio pro reo*, resultado de seu

estado de inocência que lhe é inerente. Não por menos, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Humberto Martins, no bojo da Ação Penal nº 719/DF, firmou o memorável entendimento de que “o estado jurídico de inocência, corolário da dignidade da pessoa humana, exige para a condenação a certeza além da dúvida razoável, não sendo admissível sequer a alta probabilidade” (BRASIL, 2014).

Ao se proceder com uma leitura atenta dos julgados, percebe-se que o padrão de prova do BARD possui forte presença em ordenamentos jurídicos garantistas, os quais prezam pela preservação dos direitos basilares dos indivíduos que figuram em polos passivos das ações visadas a apurar atos ilícitos previstos como infrações penais.

Nesse íterim, afigura-se certo que, no Brasil, o BARD represente o *standard* de maior valia para os fins legais, de modo que em momentos decisórios últimos, como ao proferir a sentença, no caso do juiz singular no procedimento comum, ou no caso do procedimento especial do tribunal do júri, na primeira fase, com a pronúncia, os julgadores possam valer de todo o conjunto probatório e forçar sua convicção a partir de um critério rígido de valoração das provas que lhe são apresentadas e contrapostas.

Diante dessa perspectiva, diz Lopes Jr. (2022, p. 475) que, precisamente por adotar a presunção de inocência como um dos princípios basilares do processo penal, o Brasil fez uma escolha política de exigência de um alto grau de justificação de decisões para que enfim se evitem os tão malvistos erros judiciais.

Com efeito, mas não menos importante, o Estado brasileiro, reconhecendo a competência do Tribunal Penal Internacional, por meio do Decreto nº 4.388/2002, tornou-se signatário e o promulgou em todos os seus termos. Nesse cenário, ponto de especial ênfase diz respeito à previsão normativa, pelo próprio Tribunal Internacional, no Artigo 66, quanto à estrita necessidade de haver convencimento sobre a culpa daquele que está sob julgamento, sob o viés de que cabe à acusação o ônus de provar a culpa, tal como se procede com o sistema acusatório, nestes termos:

Artigo 66

Presunção de Inocência

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.
2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.

3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável. (Brasil, 2002)

Assim, pode-se dizer que no âmbito jurisdicional estrangeiro há a plena designação do BARD quanto ao *standard* probatório a ser empregado pelo julgador, evitando condenações duvidosas ou injustas, prevalecendo o princípio da presunção de inocência.

Trazendo à baila a inserção da jurisdição do Tribunal Penal Internacional dentro do ordenamento pátrio, o Tribunal Regional Federal da 4^a Região, sob a relatoria do Ministro Ricardo Rachid de Oliveira, ao julgar a Apelação Criminal nº 5006847-73.2018.4.04.7009, menciona que “como regra de prova, a melhor formulação é o *standard* anglo-saxônico da prova além da dúvida razoável, consagrado no Art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional” (BRASIL, 2021).

Então, em tese o BARD seria o melhor instrumento a ser empregado pelo Judiciário em decisões definitivas, precipuamente as absolutórias, dado o seu caráter rígido, sempre com o norte do estado de inocência do ser humano. Porém, como todo instituto jurídico é eivado de perfeição, o modelo de constatação aqui mencionado encontra óbice na ausência de objetividade da delimitação da culpa. Isto é, ao julgador é dada uma gigantesca liberdade de interpretação, embora haja limitações processuais e constitucionais quanto a essa dita liberdade, perfazendo-se em um risco jurídico advindo da própria inexatidão de balizas lógica-sistêmicas, por inexistir parâmetros legais que sirvam de base para diferenciar as provas aquém e além da dúvida razoável (Dissenha, 2021, p. 04).

De bom alvitre dizer, ainda, que há forte crítica quanto à uma suposta ausência de uma epistemologia na própria nomenclatura “razoável”, o que abre brechas interpretativas quanto ao que é uma “dúvida não razoável”, porquanto “não satisfaz a necessidade de padrões objetivos ou, ao menos intersubjetivamente controláveis, não impedindo que a decisão seja resultado de mera subjetividade do julgador” (Badaró, 2021, pp. 664-665).

Se usado de forma irracional, desvirtuada de sua origem, o BARD pode representar um eventual risco às garantias processuais postas no ordenamento brasileiro (Dissenha, 2021, p. 07), de modo que uma aplicação errônea deste instituto

estrangeiro gera uma maior probabilidade de condenações infundadas ou incompletas.

De toda sorte, tanto a Constituição Federal, em seu Art. 93, inciso IX, quanto a própria legislação penal, no Art. 283 do CPP, declarado constitucional pelo Pretório Excelso, delimitam uma espécie de dever geral de fundamentação, sobretudo porque é da natureza eminentemente expositiva-publicitária das decisões que se extrai a sua legitimidade enquanto ato apto a gerar consequências na esfera de liberdade de locomoção do sujeito.

Portanto, ao que parece, em um arquétipo probatório tão rígido quanto o BARD, há a estrita necessidade de perquirir tudo o que fora trazido pelas partes, de maneira a se proceder com a análise do maior número possível de provas, aproximando-se da total certeza da condenação.

4 SUBJETIVIDADE DO INTÉRPRETE E A VALORAÇÃO DA PROVA

Superados os comentários sobre o regramento probatório do ordenamento pátrio, passa-se à uma análise do significado da dúvida razoável, no contexto do BARD, bem como da subjetividade do destinatário da prova, o qual tem o dever de valorá-la, dando-lhe significado.

4.1 A DÚVIDA RAZOÁVEL E A RELEVÂNCIA JURÍDICA

Nesta senda, diante do inseparável ônus que pertence à acusação, o qual a força a provar todos os elementos do fato criminoso, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade do agente, embora não se possa declarar que à defesa incumbe produzir contraprovas, torna-se plausível dizer que à defesa recai o ônus de, ao menos, suscitar a dúvida.

No entanto, tal dúvida não pode ser simples. Há de ser, na verdade, uma dúvida robusta, razoável, que, efetivamente, irá forçar o julgador a absolver o acusado.

Assim, a máxima “na dúvida, favorece-se o réu”, típica das torres de marfim do mundo jurídico, deve ser entendida como “diante de dúvida relevante, favorece-se o réu”.

Porém, ao que parece, há uma inexatidão do que vem a ser a dúvida razoável ou relevante dentre os seus diversos empregos. Embora se fale que em um instituto que exige uma prova além de uma probabilidade de culpa, não é possível aceitar tal fala como um conceito. Na verdade, grande parte dos julgamentos proferidos por órgãos colegiados se limita apenas a referenciar a dúvida razoável como fundamentação da decisão, não precisando seus contornos.

Embora não seja necessário que um fenômeno detenha um conceito claro e preciso para sua aplicação, como, por exemplo, a inexistência de conceituação da fome, por um recém-nascido, para chorar pela amamentação, ou a ausência de noção do conceito analítico de crime, passível de punição estatal, para que uma criança saiba que furtar é errado; no âmbito jurídico, a imprecisão de noções sobre determinado instituto acaba por gerar o grande temor dos aplicadores do direitos, a insegurança jurídica, permitindo imensas quantidades de irresignações recursais quanto ao resultado útil de determinado processo que culminou na absolvição ou na condenação do sujeito, por ser simplesmente empregada a expressão “(não) há

dúvida razoável quanto à autoria ou à materialidade no presente processo, portanto, o resultado deve ser este”, sem que haja uma delimitação objetiva sobre em quais pontos efetivamente houve, ou não, a superação da dúvida razoável.

Vasconcellos (2020), ao tecer comentários sobre o tema, citando diversos doutrinadores, relata que, mesmo com a constante recordação de que a presunção de inocência é ponto basilar do processo penal, embora se tenha uma tentativa de conceituação do que é a dúvida razoável, todos os que são postos se tratam de definições subjetivistas, providas de ampla valoração íntima do intérprete das provas, seja ele o próprio julgador ou uma das partes, que, sentindo-se prejudicada, irá se insurgir contra determinada decisão.

Interesse pontuar que esta aparente ausência de objetividade terminológica culmina na maleabilidade dos graus de certeza em casos concretos diferentes, ante o emprego de um critério generalista arraigado em excepcionalidades e particularidades, mas mesmo que uma parcela dos juristas acatem determinado conceito, a maioria esmagadora irá discordar porque se trata de uma noção meramente declaratória, imbuída da dita generalidade (Nieva Fenoll, 2010, p. 86 e 87).

Ainda critica o autor supra o ponto referente à ostensiva inutilidade da mera indicação de que o pensamento valorativo do juiz deve ser rígido no momento decisório, embora reconheça que o instituto é de brilhante formulação, contanto existir apenas uma tentativa de guiar, através da jurisprudência, a livre valoração da prova, mesmo que não se tenha um foco incisivo sobre o assunto, o que não explicaria o porquê de o juiz dar por termo um processo de uma forma ou de outra, o que acaba por gerar um paradoxo entre o bom senso e a íntima convicção do julgador (2010, pp. 87-88).

Ao passo disso, é plausível extrair uma breve passagem do julgado da Apelação Criminal nº 70079003489 do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, adicionando-se as ideias que surgem da análise de outras informações pertinentes aos institutos processuais penais vigentes. Nesse sentido, é o devido julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. DÚVIDA RAZOÁVEL. ABSOLVIÇÃO. Embora não se negue a *presença de fortes indícios contra o apelante*, consistentes, especialmente, nas indicações feitas pelas vítimas e imagens das câmeras de segurança, quando analisadas conjuntamente às peças de vestuário apreendidas durante a fase inquisitorial, *a versão do réu,*

apontando seu falecido irmão, N., como autor do assalto, não pode ser ignorada. Havendo, ainda, a possibilidade de um terceiro indivíduo estar envolvido. Dúvida razoável. Absolvição. APELO DA DEFESA PROVIDO. UNÂNIME. (TJRS - ACR: 70079003489 RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Data de Julgamento: 13/12/2018, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2018, grifos do autor)

Decerto, não se olvida que o BARD reflete um *standard* rigoroso e que toda tentativa de conceituação deve partir da premissa de que há de se ter um conjunto probatório vigoroso para que haja o resultado condenatório.

Ainda, há a especulação referente à questão se a dúvida razoável seria um espécime *sui generis* de uma cognição do aplicador. Por óbvio, por se querer afastar a natureza subjetiva dos conceitos já formulados, a resposta há de ser negativa. Isto porque, no caso de a resposta ser positiva, permitir-se-ia que todo e qualquer caso posto à autoridade competente para aplicar o BARD o empregasse de modo libertário, gerando diversos precedentes contrários e que acarretariam a ruptura da ordem jurisdicional, assoberbando as instâncias superiores de casos semelhantes, mas com resultados diversos, requisitando-se, assim, a pacificação da controvérsia.

Pois bem, passadas tais considerações, um interessante raciocínio empregado ao conceituar fenômenos até então indescritíveis seria a partir do emprego da lógica do chamado “homem médio”.

Guerra Filho e Pardal (2022, p. 05), tecendo comentários sobre a origem histórica da expressão, a qual fora atrelada às compleições físicas e posteriormente com a extensão às atribuições intelectuais e morais, delimitam que esta não necessariamente diz respeito à uma regra universal de comportamento, mas a um “valor de referência para uma determinada população e envolveria um conjunto considerado homogêneo”.

Aqui, tenta-se prever e objetificar situações abstratas, retratando um comportamento padronizado para o sujeito, sopesando-se o ato praticado com eventuais práxis de seus pares, em uma espécie de orientação de conduta.

Partindo desse pressuposto, com vistas à ideia do valor de referência, em uma conduta tida por homogênea, de maneira mais objetiva possível, poder-se-ia conceituar a dúvida razoável como um questionamento levantado por uma das partes, sendo robusta e impossível de ser ignorada, demonstrando a relevância da matéria/questão invocada, com a particularidade de ser verossímil, equilibrando-se as provas e contraprovas produzidas de acordo com as regras do devido processo legal,

de maneira que todo e qualquer aplicador da lei, imbuído em suas atribuições, chegaria ao mesmo resultado, empregando heurísticas constantes, acaso lhes fossem apresentadas as mesmas informações acerca dos fatos, independentemente de quaisquer fatores externos ao processo, em respeito à imparcialidade da jurisdição, não havendo uma decisão isolada em sentido contrário.

A superação da dúvida razoável, por conseguinte, decorreria da ruptura do dito questionamento, de forma racional e vinculada à boa-fé do julgador, empregando todos quantos forem os elementos necessários para motivar o decreto condenatório, amoldando-os à fixação da autoria e da materialidade delitivas.

Há de se saber, ainda, que existe uma diferenciação extremamente pontual entre o que se entende por dúvida razoável e a quase total existência da dúvida quanto à autoria ou à materialidade delitivas.

A dúvida total pode ser concebida a partir da premissa de que inexistem, ao longo da instrução ou até mesmo na fase investigativa, indícios mínimos acerca dos elementos da justa causa para fins processuais.

A título exemplificativo, suponha-se que em determinada condição de tempo e lugar, o sujeito “A” pratique o delito de roubo no período noturno, em local ermo e diante de hipótese que impossibilitou a defesa da vítima (com o desferimento de golpe pelas costas). A vítima, então, é levada ao hospital por terceiros e se dá início às investigações pertinentes, com a suspeita de que “A” é o autor da infração.

Logicamente, tendo como base o que fora exposto anteriormente, a verdade real é inalcançável, uma vez que apenas o investigado tem ciência do que realmente aconteceu. Por não se tratar de flagrante, não existem testemunhas oculares, assim como a vítima não pode realizar o reconhecimento pessoal do autor do fato. Neste caso, incide a hipótese da dúvida real, já que não há elementos de informação o suficiente para ensejar o indiciamento ou a denúncia em desfavor de “A”. Aqui, efetivamente há de se falar na situação de que, “na dúvida, absolve-se o réu”, estendendo seu alcance interpretativo para a fase pré-processual, culminando na não denúncia do sujeito, arquivando-se o procedimento investigativo, por ausência de justa causa.

Em situação diametralmente oposta, suponha-se que os indivíduos “B” e “C” pratiquem furto qualificado pelo concurso de agentes (Art. 155, § 4º, inciso IV, CP), ao subtraírem determinados objetos de uso pessoal, além do aparelho que serve de alarme para o veículo no qual a vítima se encontrava repousando, tendo os agentes

empreendido fuga em uma motocicleta, por estrada deserta. Em ronda feita por policiais rodoviários, com a devida fundada suspeita, os sujeitos são detidos na posse de documentos pertencentes a terceiro, dando início ao procedimento de averiguação dos fatos. Com o posterior recebimento da denúncia, a defesa técnica sustenta a ausência de justa causa para o processo, já que a vítima não procedeu com o reconhecimento dos acusados em sede de investigação ou em juízo. No entanto, o magistrado, ao analisar todo o conjunto probatório, em que pese a real inexistência de reconhecimento pessoal, na forma do Art. 226 do Código de Processo Penal, acabou por condenar os acusados nas sanções que lhes são cabíveis.

Inclusive, os tribunais superiores são firmes ao apontar que, mesmo superado o entendimento de que a não atenção ao supracitado artigo irá simplesmente gerar uma irregularidade processual, tornando essa inobservância passível de anulação de determinado ato, o teor condenatório da decisão judicial é possível desde que existam outras provas suficientemente adequadas para tal resultado.

Diante deste cenário, pode-se perceber que mesmo a alegação de ausência de certeza sobre a autoria delitiva pela vítima, o caso ainda pode culminar em condenação, desde que outros elementos de prova se mostrem aptos a suprir a carência do reconhecimento, não havendo no que se falar em dúvida razoável, já que o conjunto de provas é robusto o suficiente para o cotejo processual.

E mais, na processualística penal, em razão do sistema acusatório adotado pelo ordenamento pátrio, não se busca mais, conforme já mencionado, a verdade real, irrefutável e inabalável. Pelo contrário, busca-se provar além da dúvida razoável. A certeza, entretanto, advém única e exclusivamente da robustez das provas, produzidas ou apresentadas, das mais simples às mais complexas.

Então, a dúvida é plantada, senão em outro momento, quando há divergências das narrativas fáticas entre a acusação e a defesa do acusado, de modo que a segunda apresentação da versão dos fatos deve ser plausível e consubstanciada em um raciocínio apto a trazer o julgamento para termos mais benéficos ao réu.

A missão da acusação é, portanto, transpassar a barreira da dúvida razoável; a missão da defesa, por sua vez, é colocar o julgamento em um patamar aquém desta dúvida. A condenação, por consequência lógica, representa a

aproximação da convicção julgadora para com a certeza, embora seja relativamente difícil tocar tal perfeição.

Diante de todo o exposto, uma vez transpassadas as manifestações atinentes à dúvida e a sua relevância para a formação da *ratio decidendi* e a finalização definitiva do processo penal, aplicando uma penalidade prevista em lei ou gerando a liberdade do indivíduo, formando a coisa julgada, impedindo nova rediscussão da matéria, salvo o caso específico a revisão criminal; entra-se em um dos pontos nodais da discussão, que concerne justamente na averiguação da existência ou inexistência de certo grau de subjetividade de cada sujeito que possui o papel de interpretar a prova produzida, dando-lhe diferentes valores e significados.

Tal análise, à evidência, não fica restrita tão somente ao âmbito jurídico, mas abarcando, também, áreas da psicologia, em especial a comportamental, de modo que ponderações sobre a forma como o ser humano se comporta é de crucial importância para os fins do presente estudo.

4.2 TOMADA DE DECISÃO E VIESES RACIONAIS

Oportunamente, o ser humano necessariamente passa pelo processo de tomada de decisão para exteriorizar um pensamento, de modo que assim o pode fazer de forma inconsciente ou, como preferem os estudiosos, de forma estruturada e consciente. Além disso, ainda há o fator de que, com as constantes mudanças sociais, o processo de tomada de decisão tende a ficar cada vez mais simplificado, mesmo que forçadamente, mantendo-se o requisito do acerto na decisão, fazendo com que a melhor opção seja um dever, mas em detrimento de tempo para melhor estruturar o raciocínio para chegar em um julgamento condizente com a realidade. Nesse sentido, é a lição de Oliveira (2009, p. 02):

Vivemos em um mundo de constantes mudanças e de cada vez menos tempo para aprender e reagir aos novos desafios que nos são apresentados. Por conta disso, a Tomada de Decisão se torna uma etapa crítica do processo gerencial. Muitos são os fatores e aspectos a serem considerados no momento de uma escolha, porém, de maneira antagônica, é cada vez menor o tempo para pensarmos e fazermos a melhor opção. Por isso, se faz necessário a aplicação de técnicas e de processos de tomada de decisão estruturados, que possam de maneira ágil responder às questões gerenciais. (Oliveira, 2009, p. 02)

Ainda, para o mesmo autor, ao mencionar outros trabalhos de diversos escritores, é relatado que a mente humana possui uma tendência a raciocinar de forma limitada ou simplificada, captando a essência de determinado fato e criando uma forma simples e de fácil entendimento. Ademais, mesmo identificando as formas simples, a escolha final do sujeito partirá da premissa sobre a qual a melhor decisão é aquela em que já há uma base de aplicação consolidada, mencionando, inclusive, a expressão “alternativa suficientemente boa”, muitas vezes óbvias e exaustivamente repetidas ao longo do tempo pelo mesmo sujeito (Oliveira, 2009, p. 05).

Bem apregoando noções sobre a tomada de decisão do ser humano, Maisto e Morris (2004, p. 244) dizem que esta somente possui vez no pensamento humano após o conhecimento de todas as soluções possíveis a um problema, não sendo um mecanismo de apresentação de uma nova solução, mas apenas do gerenciamento da escolha de uma dentre as várias disponíveis, inclusive diante de um vasto conjunto de critérios vinculados à uma ou outra tomada de decisão.

Interessante estas passagens porque denotam um fenômeno peculiar do pensamento e raciocínio humano: a heurística. Como uma conceituação ampla, Plous (1993, *apud* Kalil *et al*, 2006, p. 02) delimita que as heurísticas podem ser vistas como

regras gerais de influência utilizadas pelos sujeitos para chegar aos seus julgamentos em tarefas decisórias de incerteza e cita, como vantagens de utilização, a redução do tempo e dos esforços empreendidos para que sejam feitos julgamentos razoavelmente bons. As heurísticas reduzem a complexidade das tarefas de acessar probabilidades e predizer valores a simples operações de julgamento.

De forma simplificada, “as heurísticas são regras básicas e gerais simplificadas que tornam as coisas simples e fáceis de implementar” (Taleb, 2020, p. 19) e delas podem decorrer situações em que o seu utilizador apresenta um “excesso de confiança nos conhecimentos, nas crenças primevas e, principalmente, na intuição (...), o que pode ensejar opções ou escolhas equivocadas e até desastrosas” (Andrade, 2019, p. 14).

É na heurística que descansa uma importante carência da tomada de decisão. O fato de que constantemente o sujeito está diante de situações em que necessita ponderar rapidamente sobre determinado assunto, para que assim possa prosseguir com suas demais atribuições, torna necessário que o procedimento de escolha e julgamento seja o mais simples possível, mesmo que não denote a melhor escolha dentre as que poderiam ser tomadas.

Em específico no âmbito do direito, é certo que há normas, deixando-se de lado as críticas às suas naturezas programáticas, de que os juízes possuem um prazo limite para proferirem determinada decisão, como é o caso do Art. 226 do Código de Processo Civil, com aplicação supletiva aos demais códigos; além do fato de que a própria organização interna dos tribunais emana uma forte fiscalização e um controle interno sobre os julgadores, de modo que estes podem ser prejudicados caso um número de processos tenha uma tramitação morosa. Juntando-se tais fatores, a saída escolhida não pode ser outra a não ser julgar o maior número de processos no menor tempo possível e, claramente, o processo de heurística, mesmo que inconscientemente, é aplicado pelo magistrado no exercício de suas atribuições, simplificando o trabalho e aumentando os resultados de produção, ao menoscabo de uma análise notoriamente exauriente.

Outrossim, em suas atribuições, o juiz de primeiro grau constantemente está diante de casos diversos, de maneira que a própria tomada de decisão fica comprometida, tendo em vista a complexidade de raciocínio que determinado caso pode reivindicar. De toda sorte, pela inafastabilidade da jurisdição e pela vedação ao *non liquet*, deve o juiz pôr termo à demanda que lhe é posta, seja lá qual for a sua inovação jurídica ou natureza inusitada.

Utilizando-se das preleções de MacCormick (2015, p. 34), ao que parece mais certo, sendo a maioria dos casos, quando o intérprete/aplicador da norma se depara com uma situação fática em que conhece a lei, de forma a estabelecer uma relação de premissas maiores e menores, com "se p , então q ", também levando em consideração a coesão argumentativa do sujeito, se determinado fato acontecer, a consequência há de ser uma. Neste caso, " p " é a hipótese de incidência da norma legal, ao passo que " q " é o fato gerador daquela, respeitando-se as particularidades de cada caso concreto.

Então, ao menos superficialmente, existindo uma previsão normativa, a partir do momento em que um fato se amoldar em todos os seus termos, a lei será aplicada, com resultados predeterminados, sendo que a tomada de decisão do julgador está adstrita a este resultado predeterminado, sem a possibilidade de haver um julgamento de caráter subjetivo.

Ocorre que, ao revés, em grande parte das áreas do direito, as normas são, de certa forma, delimitadas e consequencialistas. A exemplo, cita-se a norma consumerista, que estipula um dever objetivo e causal do fornecedor de determinado

produto ou serviço, para com o que é entregue ou fornecido ao consumidor final, de modo que, caso existam defeitos ou vícios no objeto posto no mercado, a consequência está prevista em lei como sendo a própria obrigação de reparar o dano arcado pelo consumidor.

Porém, no âmbito do direito penal, as normas processuais que culminam em determinado resultado são amplamente vagas e passíveis de interpretações diversas. É o caso da expressão "justa causa para a condenação". Em que pese a legislação prever a premissa de que "se o indivíduo pratica determinado ato e este é previsto em lei como sendo uma infração penal, consumando-o, há de ser punido com o rigor da lei"; inúmeros fatores influenciam no reconhecimento daquela prática pelo sujeito.

É desta impropriedade interpretativa que os sistemas de averiguação da prova possuem especial pertinência, já que determinarão a veracidade da premissa menor de que "no caso concreto, o acusado, efetivamente, praticou a conduta descrita na inicial acusatória, estando preenchida a justa causa, compreendendo a autoria e a materialidade delitivas" e, "portanto, a reprimenda penal é medida que se impõe ao caso sob análise".

A tomada de decisão e o conseqüente julgamento, ao menos no que concerne o direito penal, tende a ser um procedimento substancial e implicitamente complexo, demandando maior atenção do julgador em se ater, em tese e de forma exaustiva, a todo o conjunto probatório criado sob o manto do contraditório e da ampla defesa, respeitando-se as particularidades de cada fato.

E mais, por caber ao juiz analisar todo o conjunto probatório que lhe é apresentado, a responsabilidade sobre tal análise é demasiadamente grande, podendo não ser real a probabilidade de uma decisão totalmente perfeita sobre os fatos, em detrimento do princípio da busca da verdade. Há, então, um risco em se ponderar erroneamente as provas, travestido de um risco de ofício da magistratura, em especial a criminal, que tende a ser a mais enérgica dentre as ramificações do direito, já que apenas o direito penal possui o condão de gerar a privação de liberdade do sujeito, em homenagem ao princípio da intervenção mínima.

Esse risco do erro interpretativo é, pois, o que se busca evitar a todo custo, mas não sendo impossível de ocorrer, haja vista que, mesmo empregando heurísticas,

buscar rapidamente pela memória uma informação e logo decidir é arriscado quando há tantos ramos do direito, incontáveis leis em vigor, constantes mudanças legislativas e milhares de preceitos normativos primários e secundários a serem observados. Decidir prontamente, sem pesquisar, sem checar informações, sem examinar regras e cotejar provas pode redundar em falhas cognitivas que comprometem a realização da justiça. (Andrade, 2019, p. 18)

Ladeado a isso, a decisão judicial possui um especial nível de dificuldade e de complexidade porque é ônus do juiz a completa compreensão os fatos narrados, bem como a realização de ponderações e interpretações de normas em tese conflituosas, dando peso às provas e motivando conscientemente a decisão, solucionando a problemática (Andrade, 2019, p. 17), o que expande exponencialmente a relevância da tomada de decisão e do emprego das heurísticas simplificativas bem realizadas.

Diante da inexistência de uma decisão irrefutavelmente certa, exsurge uma forte característica das decisões dos magistrados: o raciocínio sistemático do que lhe é apresentado pelas partes do processo. Nessa esteira, o juiz, ao ser bombardeado com teses, provas e versões dos fatos, possui o dever de melhor interpretar o caso concreto, seguindo os ditames legais, embora inexista uma previsão objetiva de como proceder com a análise do conjunto de provas.

A dita interpretação advém do processo de raciocínio judicial justificativo, sendo este uma atividade mental empregada pelo julgador para criar a motivação de sua decisão (Ponzoni, 2020, p. 20), mesmo que de forma abstrata, no plano ideológico de sua própria racionalidade, não chegando ao ponto de decidir efetivamente, mas tão somente realizando juízos de valor sobre determinada alegação, em uma etapa anterior à decisão.

Ao seu passo, no processo decisório, posteriormente à racionalização justificatória, “o magistrado realiza escolhas racionais” (Ponzoni, 2020, p. 20), fundadas deste a interpretação e a verossimilhança do alegado, bem como das consequências jurídicas que irão decorrer da tomada de decisão feita, convindo lembrar que a “solução de um caso judicial naturalmente não pode vir pelo método da tentativa e erro nem a partir de um algoritmo” (Andrade, 2019, p. 18).

Torna-se complexo o ato de decidir porque existem inúmeras circunstâncias que irão influenciar, direta ou indiretamente, positiva ou negativamente, na interpretação e na concretização da decisão racionalizada, tais como “tempo, local e outras características, de modo que é possível a coexistência de uma infinidade de

descrições verídicas, bem como de inverídicas, sobre ele, conforme as circunstâncias levadas em consideração” (Ponzoni, 2020, p. 22).

Mesmo perante este cenário, uma importante lembrança há de ser feita sempre que se está analisando as razões de uma decisão: o magistrado possui independência funcional em seu ofício, ou seja, não sendo acorrentado para “receber e analisar os fatos que foram narrados ou que restaram registrados nos autos, para verificar a juridicidade e proceder à subsunção” (Almeida, 2012, p. 2498); além de que não deve ficar temerário à represálias jurídicas, com a possibilidade de exercer a tomada de decisão da melhor forma que entender cabível, com vistas à boa-fé daquele; o que nem sempre irá ratificar o erro interpretativo das provas, mas ao menos reforça a ideia da congruência entre a cognição do magistrado sobre os elementos apresentados e a efetiva motivação das razões de decidir, feita de forma independente.

4.3 ARGUMENTAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

Em qualquer ramo da sociedade, pela necessidade de persuasão que é ínsita à natureza humana, os indivíduos se valem de formulações lógicas, sem o uso da força, para convencer o interlocutor sob o aspecto de verossimilhança de seu ponto de vista, gerando certa adesão ao apresentado, seja pelo falado ou pelo escrito, mas sempre com o uso da comunicação; com tais formulações recebendo a denominação de argumentação (Tomazette, 2011, p. 156).

Sob o aspecto da atividade judicante, a argumentação representa especial pilar da própria noção da jurisdição estatal, porquanto esta exigir um grau maior de verossimilhança do que é posto nas decisões emanadas pelos órgãos legitimados a pacificar o conflito, seja isoladamente pelo juiz de piso, seja pelos órgãos colegiados.

Nessa esteira, é certo que todas as manifestações de cunho decisório devem ser fundamentadas, independentemente de qual matéria esteja sendo tratada em determinado processo. Para além, tais decisões devem ser públicas e com ampla possibilidade de leitura por qualquer do povo e essa sistemática é de suma importância para os fins a que se preza a lógica recursal do ordenamento brasileiro.

Isto é, é por intermédio da fundamentação exposta em determinada decisão que a parte irresignada pode arrazoar seu próprio recurso, também se utilizando de sua própria argumentação e de seu próprio ponto de vista, já que em tese estaria insatisfeita com o resultado do processo.

O trabalho argumentativo-justificatório do juiz, nesse compasso, “consiste em estruturar sentenças através de razões que favorecem uma ou várias *ratio decidendi*, capazes de sustentá-la”; atividade esta que pode se demonstrar por demais complexa, porquanto existirem diversos fatores que a influenciam, tendo como uma problemática a falta de determinação do peso de cada razão, no caso de várias se fizerem pertinentes e aptas a resolver o conflito (Vargas-Chaves, 2013, pp. 236-238).

Dessa sustentação se pode inferir um dos objetivos da própria atividade justificatória, que é pretensão de dar por certa a impressão da decisão estatal ao caso concreto, ao passo que, do contrário, caso não houvesse tal pretensão, a dita atividade perderia sua razão de existir (Tomazette, 2011, p. 158).

Até certo ponto, a justificação dada a uma decisão se mostra um importante aparato para que as próprias autoridades e os jurisdicionados avaliem criteriosamente a validade daquela decisão como uma forma de resolver o litígio, sobretudo porque é preferível que aquelas sejam “previsíveis e contribuam para a certeza da lei, o que elas são e fazem quando aplicam normas identificadas de acordo com critérios de reconhecimento geralmente compartilhados e compreendidos” (MacCormick, 2009, pp. 80-81), embora os argumentos empregados não necessariamente digam respeito à própria validade da justificação.

Tal posicionamento se dá a partir do entendimento de que a razão de determinada decisão está intimamente ligada à sua motivação, ou seja, da percepção do julgador sobre um fato em análise, com a posterior escrita, retirando a motivação do mundo das ideias, concretizando-a no mundo real, em uma tentativa de convencer o seu futuro leitor, expressando sua interpretação e dizendo o porquê de haver considerado uma prova ao menoscabo de outra, dando maior ou menor credibilidade a elas, até mesmo facilitando o trabalho do advogado em formular seu recurso (Nieva Fenoll, 2010, pp. 34-35)

No entanto, embora seja verdade que as decisões recebam especial ênfase quanto ao mérito, também é certo que nem todo pensamento posto do íntimo do julgador é exteriorizado em forma de um parágrafo ou de um tópico da referida decisão, o que faz com que Ferrer Beltran (2007, p. 97) pontifique esta falta de exteriorização como um problema decisional, sobretudo nos casos em que a íntima convicção prevalece, ou mesmo na hipótese de decisões que, embora motivadas, assim são feitas de forma rasa e insuficiente.

A este tipo de acontecimento MacCormick (2009, pp. 18-19) estipula a diferença entre a sinceridade ou a insinceridade da argumentação daquele profere determinada sentença, nestes termos:

Em todos os momentos de um processo semelhante, a falta de sinceridade é uma possibilidade evidente: um advogado experiente pode conseguir convencer um juiz de que uma reivindicação que ele próprio não considera válida está justificada nos termos da lei. Um juiz pode (como ficamos sabendo com bastante frequência) dar uma sentença favorável a uma querelante com um rostinho bonito ou proveniente de determinada classe social, na realidade por: que gosta do rosto ou da classe (ainda de modo mais insidioso, por um preconceito inconsciente favorável ao rosto ou à classe), mas ostensivamente pelas razões que apresentar para sua decisão etc. e tal... (segue-se um encadeamento cuidadosamente elaborado e ostensivamente impecável de razões de cunho legal para sua decisão) (MacCormick, 2009, pp. 18-19).

Muito embora o faça de forma ácida, mesmo que se tenha noção de que existem as causas legais de impedimento e suspeição, o autor demonstra uma questão pertinente: por mais que seja fundamentada, nem toda decisão transparecerá o direito como uma forma de impressão da vontade estatal conforme preleciona a legislação em vigor.

O que se quer dizer é que, por mais que haja a publicação da decisão, com tudo que dela for exposto, esmiuçando-se todo os pedidos das partes, a real razão de decidir permanece no íntimo do julgador, de modo que este, por ter amplos poderes, pode realizar uma impressão pessoal em determinada sentença, que é perfeitamente aceita para o direito, ao menoscabo de uma análise efetivamente imparcial.

Nessa esteira, o ato praticado não está, necessariamente, interligado e vinculado à lógica em que deve ou deveria ser fundado, haja vista que a argumentação pode ser moldada de acordo com a vontade do agente que o realiza, o que transparece a íntima relação entre a própria subjetividade do magistrado e o processo argumentativo, a qual lhe orienta. O ato, então, é um arbítrio do sujeito que pode ou não assim o realizar da forma como predetermina o ordenamento jurídico, deixando transpassar sua convicção pessoal travestida de neutralidade jurisdicional.

Para melhor ilustrar esta passagem, MacCormick (2009, p. 45) trata de situações opostas, ambas igualmente possíveis de existência, em que a constatação de determinado fato se dá através de convicção íntima do intérprete de determinada prova, sendo que este, ao seu bel entender, pode alterar a valoração daquela,

fundamentando a decisão neste sentido, mesmo que se utilize de critérios de conveniência ou oportunidade, o que, à evidência, pode lesar a imparcialidade do processo, no seguinte verbete:

Um juiz conhece a proposição do direito com a qual precisa trabalhar num dado caso. Suponhamos que ela tenha a forma de "Se p , então q ". Ele sabe, portanto, que se "constatar" como fatos proposições que impliquem p , estará obrigado à proposição q como conclusão. Suponhamos que q seja por alguma razão uma proposição desagradável a ele no contexto de um caso específico. Seu conhecimento fornece-lhe uma escapatória. Ele pode simplesmente dizer que não acha que certos fatos estejam provados e que, portanto, p não se aplica. De modo igual, se for seu desejo chegar à conclusão q , basta que ele simplesmente diga que acha p verdadeiro no caso em foco. Logo, embora sua argumentação seja lógica na superfície, ela não é mais do que racionalização, já que determinou seu curso pelo modo que escolheu para "constatar" os fatos. (MacCormick, 2009, p. 45)

Em especial no processo penal, já que se busca incansavelmente pela verdade, um fenômeno peculiar acontece quando se deixa ao encargo de um terceiro, sem que também haja uma objetificação de sua cognição, a tarefa de averiguar todo o arcabouço probatório: o que o destinatário da prova entender como sendo mais acertado, será tido como verdade para os fins a que espera do processo, ao menos até que sobrevenha melhor juízo, por retratação do próprio juiz ou por devolução pela instância superior.

Em outra visão: partindo da premissa maior, cujo respaldo está na abstração da lei, caso o julgador entenda que a premissa menor, advinda do caso concreto, em consonância com a prova A ou B, produzidas sobre o crivo do contraditório, encaixa-se na maior, a menor será observada como verdadeira. Neste ponto:

Seja como for, podemos estar convictos de que os fatos comprovados se encaixaram de modo totalmente inequívoco nas categorias usadas na proposição (B) e, portanto, a proposição B, como afirmada a respeito do caso em foco, era verdadeira. Talvez devêssemos dizer que ela foi aceita como verdadeira para efeitos legais, sendo que o motivo para preferir essa forma é o seguinte: o processo legal da "prova" resulta em algum indivíduo detentor de autoridade (juiz ou júri) chegar a "conclusões sobre questões factuais" com base nas provas apresentadas ou nas admissões das partes de um processo. Os "fatos" que esse indivíduo "constata" passam então a ser considerados como verdadeiros para os fins do litígio, e têm de ser aceitos como tal a menos e até que sejam "anulados" por algum órgão

de autoridade superior no contexto de um recurso. (MacCormick, 2009, p.33)

Nesse enfoque, em que a premissa anterior é uma regra universal abstrata, advinda do processo formal de criação da lei, também considerando a premissa do caso concreto, a ser analisado se este se amolda na anterior, Michelin (2009, p. 11) realça a importância de uma “teoria normativa das características subjetivas do julgador”, ao criticar a efetivação do preenchimento do aqui tratado p então q pelo mero emprego de um “conjunto pré-determinado de regras decisórias”, não significando a sua inutilidade, mas levantando a necessidade de maiores debates sobre a temática.

De toda e qualquer sorte, embora se pregue essa pretensão de se evitar a pré-determinação do agir e do entender do juiz sobre os fatos, Tomazette (2011, p. 161) prescreve que o argumentar de decisões não pode passar por certo engessamento, porquanto existirem casos mais simples e mais complexos, mesmo que seja insofismável que, no processo penal, por mais singela que seja a demanda, o dever de fundamentação e de valoração ainda persiste e deve ser exaustivamente cumprido em sua incumbência de ofício.

4.4 LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E O SUBJETIVISMO EXACERBADO DO INTÉRPRETE

A depender do tipo de procedimento e da fase processual em que o intérprete da prova está diante, haverá a incidência de um ou de outro sistema de valoração da prova, o qual pode ir desde o livre convencimento, passando pela prova tarifada e pela íntima convicção, este último permitido apenas para a função de jurado nos processos que visam a apuração dos crimes dolosos contra a vida.

Inegavelmente, dentre seus pares, o sistema de apreciação da prova denominado de livre convencimento motivado é o de maior incidência no processo penal, já que o próprio Art. 155 do Código de Processo Penal o sacramenta. Não menos importante, a prova tarifada, também aceita no ordenamento pátrio, possui menor visibilidade, já que apenas é aplicado no caso de averiguação do estado das pessoas, o qual deverá ter por valoração as restrições estabelecidas na própria lei civil, na dicção do parágrafo único do Art. 155, CPP (BRASIL, 1941), já havendo a sua superação ante a adoção majoritária do racionalismo judicial, bem como com a maior confiança depositada nos julgadores (Almeida, 2012, p. 2501).

De qualquer sorte, esses sistemas representam uma maior ou menor faculdade do intérprete ao realizar o ato de sopesar a força probante das provas apresentadas, vinculando-o ao que é exteriorizado sob a forma da decisão judicial. Com especial ênfase no sistema do livre convencimento, este pode ser vislumbrado a partir da noção de que o “jugador aprecia discricionariamente os elementos de juízo, atribuindo-lhes credibilidade e peso” (Ponzoni, 2020, p. 35), podendo este sistema ser visto como uma “técnica mediante a qual as provas são examinadas de acordo com a consciência judicial à luz das impressões colhidas do processo e pela análise imparcial e independente dos fatos e circunstâncias constantes nos autos” (Bulos, 2000, p. 185), mas sem que haja uma hierarquia entre as provas, ficando o magistrado adstrito ao seu conteúdo, considerando de forma racional todo o arcabouço probatório (Almeida, 2012, p. 2500).

É desta discricionariedade/consciência judicial que parte um dos principais aspectos das decisões judiciais, no que atine o convencimento do magistrado, salientando-se o que fora explicitado no tópico anterior: não existe um sistema que vincule o julgador a um único caminho a ser tomado, o que abre alas à uma subjetividade nociva à premissa da racionalização do julgamento que tanto se almeja com a criação de modelos de constatação objetivos.

Não por menos é que Almeida (2012, p. 2501) limita a convicção do magistrado às conclusões oriundas não de sua impressão pessoal, mas sim da força probante dos elementos apresentados e dos fatos narrados ao longo do processo, não esquecendo do principal elemento de valoração: a racionalidade; a qual afasta totalmente a valoração por critérios não controláveis, como a fé pessoal do julgador.

Entretanto, por mais que se busque racionalizar o convencimento do intérprete da prova, não se olvida que a “subjetividade jamais será abandonada, porque não se deixa de confiar no bom critério do juiz na formação de sua convicção” (Nieva Fenoll, 2010, p. 92, tradução do autor), embora não se possa dizer plenamente que a mera intuição do juiz, aqui tomada pela subjetividade, será suficiente para a atribuição de dizer o direito, merecendo uma maior sensibilidade quanto à temáticas não-jurídicas, como a psicologia, a sociologia, a antropologia, a cultura local, entre outros fatores externos à concepção puramente jurídica do fato delituoso (Bulos, 2000, pp. 187-188).

O que se busca, em verdade, é uma forma de ponderar e balancear até que ponto a discricionariedade do julgador pode ou não ser controlada, tanto porque

uma liberdade exacerbada porventura pode configurar exímio desregulamento dos preceitos da própria jurisdição, gerando situações de difícil reparação, eivando o processo com vícios insanáveis que, sem dúvidas, acarretarão prejuízos imensuráveis aos seus interventores.

A discricionariedade, por sinal, pode abrir caminho para um excesso de subjetivismo e um alastrado decisionismo, ante o incidental e cada vez maior uso da intuição do magistrado para dirimir o conflito, o que não se espera, tendo em vista a presunção de que este irá agir de forma a se ater à realidade dos fatos e das provas desenvolvidas pelas partes, empregando uma racionalidade lógica (Andrade, 2019, pp. 28-29). Com isso em mente, Pereira (2017, p. 244) vai além e prescreve que a mera norma permissiva da liberdade de convencimento não é suficiente para assegurar a aplicação da lei e a posterior formação do justo, porquanto tal autonomia deve estar afetada às próprias garantias constitucionais, assim dizendo:

Ocorre que a aposta na motivação é insuficiente para que a liberdade não se degenere em arbítrio; a motivação, por si só, não atende ao controle “racional” da atividade jurisdicional exigido pelas garantias constitucionais, com destaque à imparcialidade e ao contraditório, sobretudo para quem assume que o juiz esteja “livre” para indicar (“pinçar”) os elementos de prova que ancorariam suas conclusões. (Pereira, 2017, p. 244, grifos do original)

Agarrando-se a esta premissa, Taruffo (2011) bem a transparece ao criticar os malefícios oriundos de uma subjetividade exagerada pela adoção do sistema da livre convicção, sem freios lógicos e objetivos, de maneira que, em sua visão, este sistema funciona como uma permissão ao julgador de se utilizar de sua intuição para então decidir, nestes termos:

A liberdade de convicção resulta, então, sinônimo de uma discricionariedade descontrolada, e a ausência de critérios racionais abre o caminho para um subjetivismo da intuição irracional como instrumento de formulação do juízo de fato. Consequentemente, a apreciação das provas é retirada do domínio de qualquer racionalidade, seja ela lógica, científica ou oriunda do senso comum, e é colocada em um espaço ideal em que o único critério de julgamento é a ausência de critérios. (Taruffo, 2011, p. 398, tradução do autor)

Há a menção da falta de critérios lógicos e objetivos para a formação da convicção do julgador porque inexistem discussões acadêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais firmes acerca da necessidade de se estabelecer, de forma precisa,

os referidos critérios, permitindo que cada caso concreto seja visto ao bel prazer do magistrado, valorando determinado conjunto de informações da forma como melhor lhe convém.

Aparentemente, aqui há certa confusão entre o sistema da livre e o da íntima convicção, de forma que ambos ressoam similares na medida em que a formação da motivação, através da valoração da prova, primeiro parta do plano subjetivo do julgador, para só após se ter a exigência de uma fundamentação concreta e exteriorizada, o que faz com que se difiram.

A impressão pessoal do julgador sobre os fatos, também vista como a cosmovisão que é afeta a todo ser humano, é o cerne do subjetivismo judicial, sendo que “no exercício jurisdicional cotidiano, o livre convencimento motivado tende a resultar na aplicação de uma convicção íntima do magistrado”, com aquele tendo mera funcionalidade retórica, acobertadora do dito subjetivismo (Giani, 2019, pp. 181-183)

A conclusão a que determinada pessoa chega sobre um fato pode variar de acordo com os elementos que lhe são apresentados, ao passo que, diante dos mesmos fatores, outra pessoa pode chegar a uma conclusão diversa, o que transparece a própria noção da subjetividade desenfreada, fruto da irrazoada íntima convicção, ou meramente do livre convencimento programático, que aqui se denomina assim porque não há a parametrização objetiva da motivação da decisão, apenas deixando ao alvedrio do julgador o resultado do processo. Nesse cenário, Nieva Fenoll (2010, p. 93) sustenta que

se o fato tem que ser provável, deve-se efetivamente procurar elementos de corroboração desta conclusão. Mas não é explicado o porquê de os elementos serem corroborativos, o que deixa a questão... à íntima convicção. E o mesmo pode ser dito, com razão, à verossimilhança, vez que a noção ‘do que normalmente acontece’ varia de sujeito a sujeito, pelo que ainda que se busque uma versão genericamente aceita, novamente voltamos a deixar ao juiz a apreciação das provas, sem dizer como este a deve fazer (Nieva Fenoll, 2010, p. 93, tradução do autor, grifo do original)

Embora seja inegável há a premissa da exigência, pelo ordenamento pátrio, da já mencionada exteriorização das razões de decidir, a expressão “livre” no sistema do convencimento motivado, sob a ótica da inexistência de contornos da atuação do juiz, faz parecer apenas que não há uma estipulação anterior do peso ou do valor da prova, ao contrário do que acontece no sistema da certeza moral do legislador.

Com esse iminente risco de prejuízo da concretização da justiça, uma fundamentação passível de controle, seja judicial ou social, demonstra-se um importante aparelho para o vislumbre de uma real legitimidade da atividade judicante, vinculada ao Estado Democrático de Direito (Almeida, 2012, p. 2531).

Há a crítica à liberdade exagerada de decidir, com razões íntimas, porque um julgamento para além dos preceitos jurídico-legais, dissociados da legalidade, que inclusive limitam o próprio atuar do magistrado, é nocivo e atentatório ao próprio ordenamento pátrio, sendo ilegítimo e ilegal. O justo, então, seria fruto de uma interpretação racional e do adequado respeito às garantias e limites da lei formal, afastando-se eventual incidência das impressões pessoais do magistrado nas razões de decidir, sendo irrazoável que a vontade daquele prevaleça sobre a força da lei (Giani, 2019, pp. 184-188).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caminho até aqui percorrido se demonstrou arduamente sinuoso, vez que, conforme falado, a problemática abordada no presente trabalho é recheada de conflitos doutrinários e jurisprudenciais, embora não se tenha a devida visibilidade e uma maior incisividade nos debates.

É certo que o Estado brasileiro, sendo Democrático de Direito, busca incessantemente preservar ao máximo os direitos dos jurisdicionados, não limitando ou tolhendo direitos de forma injustificada, com respeito singular às disposições constitucionais e os demais preceitos jurídicos que servem de garantia ao sujeito.

Convém lembrar ainda que, justamente por ser um sistema normativo que visa a ordem social, a lei formal, legitimada pelo Poder Constituinte Originário, classificou atos específicos como infrações penais, tóxicas àquela finalidade, e criou o procedimento no qual serão devidamente investigados e eventualmente punidos ao rigor da própria lei.

Com vistas ao pressuposto legal da garantia dos direitos, o procedimento criminal é, por si só e ao mesmo tempo, uma forma de garantia tanto para o sujeito quanto para o Estado soberano, porquanto existirem normas que favorecem ambas as partes do entrave criminal, embora seja inegável que a balança das garantias processuais e legais tende a beneficiar o acusado, pela sua clara hipossuficiência quando defrontado com o Estado e todo o aparato disponível para efetivar a persecução penal.

Não é por menos que a principal garantia do processo penal brasileiro é o princípio da presunção de inocência, com expressa previsão na Carta Magna, tendo diversas consequências processuais que ao acusado são proveitosas. Dentre tais, a mais aparente é a imposição do ônus processual exclusivamente à acusação, não tendo o acusado, necessariamente, a obrigação de produzir provas em seu favor, embora este ato seja visto como leal e facilitador do alcançar, mesmo que em tese, da verdade, salientando-se a estrita impossibilidade de a obter, ficando a persecução penal limitada à mera verdade possível, com a realização da reconstrução do passado com base no que é posto pelos interventores no processo.

Aliado a isso, tem-se a adoção do sistema processual acusatório, outra importante garantia processual, com a característica da estrita separação das funções das partes. Em específico o magistrado, este deve se manter em uma posição

equidistante dos demais intervenientes, tanto pelo próprio ofício quanto pelo respeito à imparcialidade da jurisdição, enquanto servidor público e agente estatal, deixando ao encargo das partes a produção de tudo o que for necessário à obtenção da verdade, o que se escolheu chamar de provas, tendo estas uma importância singular aos fins a que se preza o processo penal, exercendo dupla função: convencer o julgador sobre determinada alegação ou fato; e justificar as razões de decidir que são fruto da convicção daquele.

Disso se depreende que ao juiz equidistante compete ficar inerte e esperar que tudo o que for pertinente sobre os fatos lhe seja apresentado para que então possa admitir as provas e assim valorá-las, dando-lhes peso e definindo os contornos de contribuição que aquelas terão para a formação de sua convicção.

Em específico sobre este ponto, viu-se que o procedimento de valoração pode mudar de acordo com o tipo de processo que se está analisando, o qual passa pelo crivo dos modelos de constatação, ou meramente *standards* probatórios. De toda sorte, o processo penal, pela própria garantia da presunção de inocência, exige uma valoração extremamente rígida, ao menos no momento do julgamento, com lembrança de que, em outras oportunidades, é plausível rebaixar o *standard*, utilizando-se dos elementos até então produzidos, em um juízo de cognição sumária, como é o caso da decisão de decretação de prisão preventiva ou temporária.

Porém, no que tange o julgamento em si, a doutrina e a jurisprudência, nacionais ou estrangeiras, apontam que o modelo de constatação a ser utilizado é o BARD, por denotar um maior critério de valoração das provas, com a busca incessante de se evitar os malvistos erros judiciais, sobretudo no que tange o cerceamento do direito à liberdade do indivíduo, bem como de todos os que são tolhidos pela situação precária do sistema carcerário brasileiro. Nesse compasso, a sua principal crítica, pelo levantamento bibliográfico feito, é que a dúvida razoável, presente em sua expressão, não tem um conceito formal delimitado, com diversas possibilidades de interpretação, sobretudo com vieses subjetivos.

Ladeado a isso, embora deva expor os fundamentos que o levaram a dar por termo o processo de uma ou de outra forma, ao juiz é permitida uma ampla liberdade de valoração, com vistas à inexistência de um conceito sólido da dúvida razoável para que uma aquela seja mais criteriosa. Em verdade, os magistrados podem se utilizar de quaisquer razões íntimas, mas expor uma ou outra fundamentação que sirva ao caso para então condenar o acusado, notadamente por esta brecha jurídica que é

oriunda da adoção do BARD como o modelo de constatação padrão do ordenamento pátrio.

Muito embora se diga que há a necessidade de expor a fundamentação para um controle superveniente, dentro do sistema do livre convencimento motivado, tanto pelas instâncias superiores, com o controle da legalidade; quanto pela sociedade, em um controle de legitimidade do poder judicante conferido pelo constituinte originário, não é menos certo dizer que a ausência de contornos objetivos de termos cunhados no próprio modelo adotado no ordenamento é uma das causas de uma disfunção da jurisdição, com imperfeições argumentativas ilógicas e prejuízos imensuráveis às partes.

Em síntese e à guisa de conclusão, não se pode deixar ao alvedrio daquele que irá analisar o conjunto probatório e posteriormente imprimir, no caso concreto, uma decisão estatal tendo como base sua íntima convicção, embora a exteriorize da forma que bem entender, travestindo-a falsamente de uma convicção motivada, alterando a fundamentação de acordo com o que for conveniente para se chegar ao resultado que entende cabível, mesmo que com isso crie situações caóticas e desfavoráveis aos preceitos e interesses últimos do ordenamento jurídico; de maneira que tal impressão deva ser pauta unicamente no conjunto de provas posto sob o crivo do contraditório, não podendo o magistrado se arvorar na missão de proceder com seu ofício de outra maneira.

Porém, tal entendimento não significa que há de se criar uma onda de decisões absolutórias apenas porque o brocardo “na dúvida, absolve-se o réu” existe. Pelo contrário, há de se ter uma verdadeira rigidez na análise e valoração das provas, mas de forma que nem mesmo a acusação saia prejudicada. Então, a dúvida, compreendida dentro do BARD, deve, efetivamente, ser razoável, com tentativa neste trabalho de se objetivar o conceito, com a minimização das brechas interpretativas, não se olvidando que jamais deixarão de existir, porquanto o direito ser uma ciência que constantemente passar por alterações ideológicas.

Longe de se esgotar a discussão sobre a temática aqui abordada, o que se espera, ao fim e ao cabo, é que fique demonstrada, ao menos vagamente, a necessidade de se reforçarem os debates sobre a valoração da prova no ordenamento brasileiro, com especial ênfase na ciência da tomada de decisão judicial e no dever de fundamentação das decisões com base na valoração das provas.

Diante de tudo o que fora apresentado, considera-se alcançado o objetivo geral da pesquisa, porquanto fora esclarecida a problemática, expondo-se as adversidades que o processo de fundamentação que a função judiciária brasileira abarca, com os potenciais riscos que àquela são inerentes.

REFERENCIAL TEÓRICO

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**. Rio de Janeiro: 1870. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 02 abr. 2023

ALMEIDA, Vitor Luís de. A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1 (2012), nº 5, 2497-2536. ISSN: 2182-7567. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/05/2012_05_2497_2536.pdf. Acesso em: 13 out. 2023

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 5, núm. 1, enero-abril, 2019, pp. 507-540. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=673971413015>. Acesso em: 06 out 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book

BALLAN JUNIOR, Octahydes. A Verdade no Processo Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, nº 86 - Out/Nov de 2018. Disponível em: <https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll/Dout/5231/52af/52b1?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>. Acesso em: 01 jun. 2023

BRASIL, 1940. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**: Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04 mar. 2023

_____, 1941. **Decreto-Lei nº 3.688/1941, de 03 de Outubro de 1941**: Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3688-3-outubro-1941-413573-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Lei%20das%20Contravenções%20Penais.&text=Art.,não%20disponha%20de%20modo%20diverso>. Acesso em: 18 jan. 2023.

_____, 1941. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941**: Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 jan. 2023.

_____, 1990. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990**: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 14 ago. 2023.

_____, 1995. **Lei nº 9.099/95, de 26 de Setembro de 1995**: Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 17 jan. 2023.

_____, 2002. **Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002**: Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 04 mar. 2023.

_____, 2003. **Súmula 718, STF**: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. Brasília/DF. DJ de 13-10-2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2545>. Acesso em 20 jan. 2023.

_____, 2014. **STJ - APn: 719 DF 2013/0106261-9**, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 05/11/2014, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 18/11/2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/152379454>. Acesso em: 12 set. 2023.

_____, 2016. **STF - AP: 580 SP 9930127-62.2011.1.00.0000**, Relator: Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 13/12/2016, Primeira Turma. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/772645015>. Acesso em: 12 set. 2023.

_____, 2018. **TJ-RS - ACR 70079003489 RS**, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Data de Julgamento: 13/12/2018, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/660144294/inteiro-teor-660144304>. Acesso em: 01 mar. 2023.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal. **Revista da EMERJ**. v.3, n.12, 2000. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista12/revista12_184.pdf. Acesso em: 13 out. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala?**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso em: 19 mar. 2023

DISSENHA, Rui Carlo; GONÇALVES, Alana. PROOF BEYOND A REASONABLE DOUBT: UM ESTUDO DA ADAPTAÇÃO BRASILEIRA COMO RISCO POTENCIAL À GARANTIAS PROCESSUAIS. **Revista Eletrônica de Estudos Penales y de la Seguridad**, 2020. Disponível em: <https://www.ejc-reeps.com/Goncalves.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2023.

FERRER BELTRAN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Marcial Pons, Madrid, 2007. *E-book*

FREITAS, Dennis Christian Nunes de. **Os Juizados Especiais Criminais e a jurisdição consensual**. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22031/os-juizados-especiais-criminais-e-a-jurisdicao-consensual#:~:text=Consiste%20na%20oportunidade%20dada%20ao,de%202%20a%204%20anos>. Acesso em: 19 mar. 2023.

GASCÓN ABELLÁN, M. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, [S. l.], n. 28, p. 127–139, 2005. DOI: 10.14198/DOXA2005.28.10. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2005-n28-sobre-la-posibilidad-de-formular-estandares-de-prueba-o>. Acesso em: 17 ago. 2023.

GIANI, Lemos Rafael. O subjetivismo judicial como expressão da cosmovisão no livre convencimento motivado no processo penal. **Revista Jurídica Uniaraxá**. 23, n. 22, 2019. Disponível em: <https://ojs.uniaraxa.edu.br/index.php/juridica/article/view/675>. Acesso em: 12 out. 2023.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*

GUERRA FILHO, Willis Santiago; PARDAL, Rodrigo Francisconi Costa. O HOMEM MÉDIO COMO PRODUTO DA EUGENIA TEOLÓGICA. **Revista Jurídica Unicritiba**. Curitiba. v.3, n.70 p.755 - 769. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v3i70.6014>. Disponível em: <https://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/6014>. Acesso em: 02 out 2023.

HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁSQUEZ, Carmen. **ESTÁNDARES DE PRUEBA Y PRUEBA CIENTÍFICA: Ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013. *E-book*

KALIL, L. L.; TONETTO, L. M.; MELO, W. V.; SCHNEIDER, D. D. G.; STEIN, L. M. **O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza**. Estudos de Psicologia. Campinas. 181-189, abril - junho. <https://doi.org/10.1590/S0103-166X2006000200008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/estpsi/a/RnbtvVjsY9wgn7FLpxcGGHh/?lang=pt#>. Acesso em: 20 mar. 2023.

LAUDAN, Larry. Is Reasonable Doubt Reasonable? **University of Texas School of Law: Public Law Research Paper No. 144**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1152883. Acesso em: 02 out. 2023

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*

_____. **Prisões Cautelares**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MATIDA, Janaina Roland. **STANDARDS DE PROVA: A MODÉSTIA NECESSÁRIA A JUÍZES E O ABANDONO DA PROVA POR CONVICÇÃO**. Arquivos da Resistência: Ensaios e Anais Do VII Seminário Nacional do IBADPP - Edição 1, Ano 1. Disponível em: https://www.academia.edu/39554898/MATIDA_Standards_de_prova_A_modéstia_necessária_a_juizes_e_o_abandono_da_prova_por_convicção. Acesso em: 01 set 2022.

MICHELON, Cláudio. Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica. **University of Edinburgh, School of Law, Working Papers**. doi: 10.2139/ssrn.1371140. Disponível em: https://www.research.ed.ac.uk/files/14593572/Princípios_e_Coerência_na_Argumentação_Jurídica.pdf. Acesso em: 09 out 2023.

MORRIS, Charles Gould; MAISTO, Albert Anthony. **Introdução à psicologia**. 6. ed. São Paulo: Pearson, 2004. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 05 out. 2023. *E-book*

NIEVA FERNOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Marcial Pons: Madrid, 2010. *E-book*

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*

OLIVEIRA, Murilo Alvarenga. Heurísticas e Vieses de Decisão: Um Estudo com Participantes de uma Simulação Gerencial. **Sociedade, Contabilidade e Gestão**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, jan/jun 2009. *E-book*

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. *E-book*

PALMA, Andrea Galhardo. **Breve análise comparativa dos modelos de valoração e constatação da prova penal – standards probatórios – no Brasil, nos EUA e na Itália**: crítica à regra beyond any reasonable doubt ou oltre ragionevole dubbio (além da dúvida razoável). In: DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes; ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. **Brasil e EUA: Temas de Direito Comparado**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura. 2017. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=94288>. Acesso em: 10 ago. 2023.

PEREIRA, Mateus Costa. Sobre o mito autoritário do livre convencimento motivado: em defesa da intersubjetividade na valoração da prova pelo *homo sapiens-demens*. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, ano, v. 25, p. 229-251, 2017. Disponível em:

https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/55291853/RBDPro_100_Sobre_o_mito_autoritario_do_livre_convencimento_motivado-libre.pdf?1513274626=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DSobre_o_mito_autoritario_do_livre_conven.pdf&Expires=1697334004&Signature=Aw5zFqiJPeR7oH4pX7MxvQ-Q2ABHxXgCBK5gD8sz6izFMzY7nl0ukqT8osg5q94EetJkUjDq8cVgAZpVXWI7rHL1AV811lfJy8BV4M8kIN7VtowyMc-cddhqhEwxTqrqcdGPhPY9m6lJZjplcEiUCRAPOP293aWSPMXAYIO62qZQbrxpc66u6QdD9Kzsr9bpW-wARMV8ljn5DGY8TPoDVRik69zBulntT2rmmhwy3i88t5O7~Ji5MbH7blplr6CqdHUWccng0wo4x5du6wgW32lz3N5LCoIMVaoWAIpGwVNqARzxmHfy6Qche81pynzWvAnSWkkAI54---umUjUzNA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 14 out. 2023.

PONZONI, Christian. **STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Escola de Direito, Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://meriva.pucrs.br/dspace/handle/10923/16709>. Acesso em: 26 set. 2023.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. *E-book*

SOLANO, Luisa Maria Moreira. **A crise do Judiciário e o Sistema Multiportas de solução de conflitos**. Disponível em: <https://luisasolano.jusbrasil.com.br/artigos/575316098/a-crise-do-judiciario-e-o-sistema-multiportas-de-solucao-de-conflitos#:~:text=O%20Sistema%20Multiportas%20é%20um%20modelo%20alternativo%20para%20solução%20de,porta%2C%20dentre%20as%20já%20citadas>. Acesso em: 17 jan. 2023.

TALEB, Nassim Nicholas. **Antifrágil: Coisas que se beneficiam com o caos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020.

TARUFFO, MICHELE. **La prueba de los hechos**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011. *E-book*

TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 154–171, 2011. DOI: 10.12957/dep.2011.1877. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/1877>. Acesso em: 9 out. 2023.

VARGAS-CHAVES, I. Elementos doctrinales para el estudio de la argumentación como eje del control judicial. **Prolegómenos**, [S. l.], v. 16, n. 32, p. 235–246, 2013. DOI: 10.18359/dere.774. Disponível em: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/774>. Acesso em: 9 oct. 2023.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao

ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020.
doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201961>. *E-book*

VESCHI, Benjamin. **ETIMOLOGIA DE SISTEMA**. Disponível em:
<https://etimologia.com.br/sistema/>. Acesso em: 18 jan 2023.