

O *standard* de provas na decisão de pronúncia e as informações do inquérito policial. Basta de juiz-pilatos! #Elenão

Introdução

Juiz há quase trinta e sete anos, sempre me estremeceu a possibilidade de cometimento de injustiças na área criminal. Talvez por isso, na judicatura, tenha buscado refúgio em outras áreas do direito. Contudo, depois de exercer a Presidência do Tribunal de Justiça, o destino – sempre ele –, a fórceps, deu-me assento em uma das Câmaras Criminais, onde, como um bebê, ainda engatinho na matéria penal.

Não era minha intenção escrever um artigo acadêmico a propósito de tão palpitantes temas, como os referentes aos *standards* de provas no processo penal e a consideração das informações do inquérito policial na decisão de pronúncia. Foi a necessidade, nascida de um caso concreto que está sob minha relatoria, que me atçou para entender um pouco melhor o nível de exigência probatória que o juiz criminal deve considerar em cada decisão que profere no processo.

O foco maior, no voto prolatado, foi estabelecer o *standard* de prova que o juiz deve trabalhar na pronúncia e a possibilidade de o juiz considerar as informações do inquérito policial para remeter o réu a julgamento popular. Meu propósito, em tornar públicas as considerações que expendi no julgamento, é despertar reflexões, especialmente nos juízes que atuam na área criminal.

Os standards de provas

Os *standards* de prova são modelos de constatação ou de verificação de fatos no processo, no nível e exigência que a lei considera como necessária e suficiente para aceitar como demonstrada uma ou mais proposições, segundo o grau de probabilidade que a decisão reclama.

Trata-se de técnica estabelecida como regra de decisão para que se possa admitir provada determinada hipótese, para os fins e consequências pretendidas por quem tem o ônus de demonstrar suas afirmações.

Em todas as áreas de conhecimento humano, incluindo as ciências naturais, as provas clínicas em medicina, as matemáticas, os estudos epidemiológicos, etc., o investigador trabalha com parâmetros que possa informar-lhe quando se pode considerar algo como provado¹.

No campo do direito, os *standards* se prestam a orientar o juiz e as partes informando-lhes o grau de corroboração que as provas devem atingir para que um enunciado fático possa ser considerado provado. As partes devem saber, de antemão, quais esforços devem empreender para alcançar a suficiência probatória exigida. Por isso, Jordi Ferrer Beltrán destaca como crucial a importância de definir, com clareza, todos os *standards* de prova que devem orientar as decisões proferidas no processo, uma vez que “*sem eles não se pode pretender uma valoração racional da prova, nem um controle da valoração realizada*”².

Conhecendo a parte seu ônus probatório e o *standard* de prova que o juiz exigirá para considerar provado o enunciado fático afirmado –, de acordo com critérios objetivos –, pode ela controlar o aval dado na decisão, diminuindo-se os riscos do solipsismo judicial.

1 Larry Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, 2013, p. 124.

2 La valoración racional de la prueba. Ed. Marcial Pons, 2007, p. 152.

Daí a importância de extrair da legislação quais os graus de constatação que as decisões tomadas no processo exigem para que um fato possa ser tido por provado.

Larry Laudan chega a dizer que nenhum procedimento penal que mereça seu nome pode ter lugar na ausência de um *standard* de prova. O dito *standard* serve como regra de decisão para que o julgador dos fatos alcance o veredicto do caso. Sem um *standard* de prova, o veredicto mesmo não estará justificado e qualquer declaração de culpabilidade será injusta, a menos que se possa mostrar que as provas apresentadas contra o acusado satisfazem o *standard* probatório preestabelecido³.

A título de registro histórico, segundo Jordi Nieva Fenoll, os juristas anglo-saxões do século XVIII e XIX, ante a impossibilidade de instruir os jurados sobre o nível de prova a se observar nos julgamentos, criaram os chamados *standards*, que nada mais são do que frases ou expressões elegantes para esclarecer a um leigo qual é a sua missão⁴.

De fato, nos países com tradição no sistema *common law*, os jurados, chamados a decidir inclusive as causas de natureza civil, normalmente são orientados pelo juiz togado a respeito do grau de certeza que devem obter para considerar um fato provado.

Os *standards* probatórios têm sido pouco estudados, e menos ainda observado, no direito brasileiro, especialmente na área penal, o que tem servido para encorpar as estatísticas de erros judiciários.

Tivessem, os juízes, parâmetros sobre o grau de suficiência probatória que deve servir a determinada decisão, teríamos menos condenação do que a realidade mostra. A verdade é que as decisões, principalmente na área penal, são tomadas sob o *standard* da “**preponderância das provas**”, do “**mais provável que não**”, o que é um disparatado absurdo.

3 Estándares de prueba y prueba científica. La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal. Ed. Marcial Pons, 2013, p. 121.

4 La valoración de la prueba, Ed. Marcial Pons, 2010, p. 90.

O estabelecimento de *standards* probatórios não é uma questão epistemológica⁵, mas fruto de decisão ética e política⁶. O fundamental, dizem os epistemólogos, é saber qual o grau de erros que uma sociedade esteja disposta a tolerar diante da importância aos seus valores e interesses. São os custos sociais e individuais que se pesam.

Quando se protege o réu de condenações injustas, é a sociedade que é protegida. Nosso sistema considera que a liberdade, como direito fundamental do homem e valor supremo da dignidade da pessoa humana, deve prevalecer acima de outros valores ou interesses da sociedade. Naturalmente que, em sendo assim, manifesta ele preferência de que mais vale a pena correr riscos de absolver um culpado (falso negativo) do que condenar um inocente (falso positivo). É verdade que, à medida que cresce o *standard*, diminui-se o número de falsos positivos, ainda que aumente o de falsos negativos.

Por conseguinte, a definição de um *standard* probatório, sendo de caráter ético-político, obedece à importância que se dá ao direito ou ao interesse afetado por uma decisão errônea, de acordo com a proteção que gozam dentro do ordenamento jurídico. Quanto mais relevante for o direito ou interesse, mais rigoroso será o *standard* probatório.

Todavia, o nível de prova exigido vai além da natureza dos bens envolvidos, dependendo também do grau de afetação da decisão sobre eles. Evidentemente que o nível de exigência de uma busca e apreensão domiciliar não pode ser o mesmo de uma prisão preventiva ou de uma condenação. Do mesmo modo, o *standard* de prova de uma ação indenizatória decorrente de um homicídio não pode ter o mesmo peso da decisão que condena o causador do dano a cumprimento de pena.

5 “Efetivamente, a decisão sobre o nível de suficiência probatória não é em absoluta epistemológica. A epistemologia nos pode ajudar a delinear um *standard* de prova que reflète corretamente o nível de suficiência probatória que se tenha decidido adotar, mas não nos diz nada sobre o nível dele. Essa é uma decisão política” (Jordi Ferrer Beltrán. *ob. cit.*, p. 32-33).

6 Especialmente em matéria penal, a lei não delega ao juiz a tarefa de fazer a distribuição dos erros judiciais no processo, a critério de suas escolhas pessoais. O ordenamento jurídico não lhe dá carta branca para assumir os riscos de uma condenação falsa (falso positivo), que transcende sua convicção particular acerca do fato criminoso, pois são os valores, os interesses e as preferências sociais que contam na hora de decidir. A distribuição de erros é questão afeta à política social, que só o Estado pode definir.

No direito nacional, inexistem em nossos códigos parâmetros claros e precisos quanto à definição do grau de confirmação que as provas precisam alcançar para que determinado fato seja considerado verdadeiro. Apesar disso, há indicativos de quais níveis de suficiência probatória o provimento jurisdicional exige, variando de acordo com a natureza do processo, da decisão proferida, dos interesses e valores imateriais em discussão, etc.

Não é tarefa fácil definir *standards* de prova, nem compreendê-los dentro do ordenamento jurídico, que, por vezes, se encontram subentendidos nos princípios e valores constitucionais. Outras vezes, é a própria lei que dá os parâmetros deles. Pode-se dizer mesmo que de toda decisão a ser tomada no processo subjaz um *standard* de prova a ser cumprido, inferindo-se deles de expressões como: “*indícios veementes de proveniência ilícita dos bens*” (CPP, art. 126); “*quando houve prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*” (CPP, art. 312); “*se convencido (o juiz) da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes da autoria ou de participação*” (CPP, art. 413); “*quando houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado*” (art. 1º, III, da Lei n. 7.960/1989); “*havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos e valores do investigado ou acusado*” (art. 4º, da Lei n. 9.613/1998); “*se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa*” (art. 2, §5º, da Lei n. 12.850/2013), etc.

O LIVRE CONVENCIMENTO, A MOTIVAÇÃO E OS STANDARDS DE PROVAS

O sistema da livre apreciação da prova nasceu por oposição ao sistema da prova legal ou taxada. Mas a liberdade que se dá ao juiz no campo da valoração da prova é parametrizada por princípios e regras que limitam ou coíbem o solipsismo judicial, primo-irmão do arbítrio⁷.

⁷ Marina Gascón Abellán defende que “a prova judicial, enquanto atividade judicial encaminhada a averiguar a verdade dos fatos relevantes para a causa, não é uma atividade “livre”, senão que se desenvolve por meio de um

A liberdade na apreciação da prova, consagrada no art. 155 do CPP, é controlada pela exigência de motivação das decisões, que permite verificar se foram observados princípios e regras atinentes à validade e eficácia da prova, como também se se deu a elas valoração racional e lógica, que autorizem a conclusão.

Para o direito, mais importante que a convicção do juiz são os argumentos que ele utiliza para externá-la, pois são eles que permitem verificar se suas razões internas⁸, à vista das provas possíveis de serem consideradas, foram confirmadas e podem ser aceitas como válidas e justificantes quando submetidas a um processo mental racional, capaz de rejeitar as hipóteses contrárias ou de superá-las.

A motivação é que permite a verificação do cumprimento ou não do *standard* de prova estabelecido para a decisão, pois apenas desse modo é possível avaliar “os dados empíricos valorizados como evidência, as inferências feitas a partir deles e os critérios que foram utilizados para obter deles a conclusão de que consistem os fatos comprovados”⁹.

Se é verdade que, de um lado, cumpre à lei conferir discricionariedade (controlada, diga-se de passagem) ao juiz na apreciação das provas, de outro é ela também quem reclama dele a exposição das razões de suas escolhas, pois é a motivação que permite aferir outra exigência legal, a de **suficiência probatória**, para que um enunciado fático possa, às finalidades do direito, ser considerado provado.

É o *standard* de prova que autoriza o juiz a considerar provado determinado enunciado fático, com vista a condenar ou absolver,

sistema mais ou menos rigoroso de regras e canais institucionais que frequentemente limitam e outros impedem claramente a consideração desse objetivo” (Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In Hechos y razonamiento probatorio. Coordinadora: Carmen Vásquez, Ed. Del Sur, 2018, p. 65).

8 “A livre valoração da prova é livre apenas no sentido de que não está sujeita a normas jurídicas que predeterminem o resultado dessa valoração. A operação consistente em julgar o apoio empírico que um conjunto de elementos do processo aporta em uma hipótese está sujeita aos critérios gerais da lógica e da racionalidade” (Jordi Ferrer Beltrán, Estándares de prueba y prueba científica. La prueba es libertad, pero no tanto: uma teoria de la prueba cuasibenthamiana. *ob. cit.*, p. 26). No mesmo sentido Michele Taruffo, Una simples verdad, Ed. Marcial Pons, 2016, p. 188-189.

9 Perfecto Andrés Ibáñez, apud Raúl F. Cardenas Rioseco e outros, La motivación de los hechos en la sentencia penal, Ed. Porruá, 1. ed., 2016, p. 287).

circunstância que o aparta de suas crenças pessoais, daquilo que sua intuição lhe inspira e sua consciência recomenda fazer.

Não se trata, pois, da confiança que o juiz possa ter na hipótese de inocência ou de culpabilidade, **mas de estabelecer quando essa confiança pode ser considerada justificada para condenar ou absolver**¹⁰.

Para a condenação, não basta que o juiz esteja convencido de o réu ser culpado do crime, em razão de as provas justificarem a aceitação da hipótese acusatória. É preciso ir além de sua crença e analisar o grau de suficiência probatória no processo, medindo se a acusação cumpriu o *standard* exigido para derrubar a presunção de inocência. É o *standard* de prova, definido pela natureza da decisão a ser proferida, que dirá ao juiz quando um fato pode ser considerado provado, para os fins que se pretende¹¹.

VALORAÇÃO

É insuficiente que o juiz tenha convicção de que determinado fato aconteceu, que pode até provir de provas que não podem ser consideradas, como as ilícitas e as do inquérito policial, ou até do conhecimento privado que teve dele. Ao direito importa a convicção do juiz. Contudo, se as provas existentes nos autos não emprestam apoio a ela, se não é possível justificá-la racionalmente, se ela confronta abertamente com outras, opoentes à hipótese, o juiz deve procurar outra alternativa de decisão, formar outra convicção, que se justifique no conjunto probatório. Convicção não se explica; se justifica, dizem os epistemólogos da prova.

Em certa medida, não é errôneo afirmar que a convicção do juiz, para as finalidades da lei, somente tem importância se ela estiver autorizada nas provas dos autos, naturalmente aquelas que possam ser validamente consideradas.

10 Nesse sentido, Larry Laudan, Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, Doha, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 28, 2005, disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/por-qu-un-estndar-de-prueba-subjetivo-y-ambiguo-no-es-un-estndar-0/>

11 Diz Larry Laudan que um *standard* de prova apropriado não depende de uma confiança subjetiva em uma hipótese; ao contrário, é o *standard* de prova que indica quando a confiança subjetiva está justificada. (*Idem*, p. 105)

Para Jordi Ferrer Beltrán, a livre apreciação da prova não deve ser vista dentro da concepção **persuasiva**, mas da **racionalista**, que apenas concebe a decisão quando ela, a despeito das crenças ou preconceitos do juiz, puder ser corroborada e justificada na prova dos autos¹².

Ao referido autor espanhol, para se considerar provada a hipótese da culpabilidade, devem dar-se conjuntamente as seguintes condições: 1) a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as previsões de novos dados que a hipótese permite formular devem ter sido confirmadas; 2) devem ter sido refutadas todas as demais hipóteses explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*¹³.

Nessa linha de ideias, uma hipótese acusatória, para que possa ser considerada provada, deve se submeter aos testes de **confirmação** e **refutação**¹⁴.

A hipótese é **confirmada** quando existe um nexo causal lógico entre ela e a(s) prova(s), o qual faz com que a existência desta(s) constitua razão para aceitar a primeira¹⁵.

O grau de confirmação de uma hipótese depende do nível de apoio que ela tem na prova dos autos, da conexão¹⁶ que se possa estabelecer entre uma e outra.

Na análise das provas, o que importa é o peso corroborativo que possam dar à hipótese, pois *“quanto mais reforcem as provas P, o julgador dos fatos terá confiança que P é verdadeiro”*, o que faz com *“que o grau de crença do julgador dos fatos se torne uma questão distinta e claramente secundária, sendo o peso das provas o principal”*¹⁷.

12 La valoración racional de la prueba, *ob. cit.*, p. 65.

13 *Ob. cit.*, p. 147.

14 *Ob. cit.*, p. 200.

15 Marina Gascón Abellán. Prueba y verdade en el derecho, p. 51.

16 “Estabelecer uma conexão é ver que os elementos estão vinculados como causa e efeito, ou como condição, ou como causa eficiente e necessária, ou simplesmente como necessária, mas não eficiente, ou talvez como fatores simultâneos, talvez como condições de desenvolvimento, etc.” (Rodrigo Rivera Morales, La prueba: un análisis racional y práctico, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 111).

17 Susan Haack, Estándares de prueba y prueba científica. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica, p. 71).

Somente se põem em teste de refutação os enunciados que encontram confirmação no acervo probatório do processo. Uma hipótese não confirmada, pelo baixo apoio empírico que recebe, tem-se, simplesmente, como não provada, o que obstaculiza o contrateste da refutação.

A **confirmação** depende: 1) do grau do apoio que as provas oferecem a ela, que podem ser positivas, negativas, favoráveis, desfavoráveis ou neutras; 2) de quão seguras são as razões com independência da afirmação em questão; 3) de quão inclusivas são as provas¹⁸.

Uma vez confirmada, a hipótese acusatória deve ser submetida ao teste da **refutação** com a hipótese de inocência. Desse modo, não basta que o juiz opte pelas provas que apenas confirmem a sua convicção. Não se trata de escolhas, de preferências que possam ser manifestadas. É preciso rivalizar as hipóteses que estejam apoiadas em provas confirmadas no processo.

O provimento jurisdicional final não se resume a uma manifestação de preferência que o juiz pode fazer entre as provas disponíveis no processo, mas das que nele preponderam após a submissão delas a exames críticos e racionais de umas **e** outras e de umas **com** as outras, primeiro individualmente e depois em seu conjunto.

Tem razão a parte quando, por meio de embargos de declaração, denunciam omissão na decisão que desconsidera as provas que, no entender dela, dão apoio à teoria defendida na causa. As provas da acusação devem ser confrontadas com as da defesa. Dessa análise não pode o juiz fugir, não apenas por não cumprir o contraditório, como também porque a certeza não é obtida senão por meio da acareação entre provas contrárias, que é o único método que permite verificar a preponderância de uma hipótese sobre a outra, e no nível exigido pela lei.

Se o *standard* representa o nível de constatação probatória de uma certa hipótese defendida no processo, o teste de refutação é a única maneira de medi-lo, pois não se pode dizer que **H** está provado simplesmente porque está confirmado nos autos. A **confirmação** é o primeiro passo que se dá

18 Susan Haack. Probabilismo jurídico: una disensión epistemológica (https://www.academia.edu/18648315/El_probabilismo_juridical_una_disension_epistemologica_2014_) e Estándares de prueba y prueba científica, p. 79.

rumo à certeza, que somente é obtida quando se caminha em direção à **refutação**, e as provas, da acusação e da defesa, são colocadas em contraste em si.

Desse modo, a corroboração de uma hipótese não depende somente da fé e da convicção que o juiz empresta a certas provas, mas principalmente da confirmação delas e de quanto umas se sobrepõem em relação às outras quando postas em confronto¹⁹.

Nessa linha de intelecção, padece de grave omissão a sentença que considera apenas as provas que favoreçam uma das partes, desprezando outras que concorram com elas e avalizem a hipótese contrária.

Dessa conclusão exsurge o equívoco, comum na prática, em considerar que *“o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes quando já tenham encontrado motivo suficiente para fundar a decisão nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder, um a um, todos os seus argumentos”*

A teoria acusatória será tomada por verdadeira se, além de abonada por provas com peso e eficácia acreditativa, sobressaia no teste da refutação, que é a prova de fogo a que deve ser submetida para que possa ser considerada provada e, pois, verdadeira para fins de condenação.

O enfrentamento dos argumentos e provas da defesa integra o direito ao contraditório, que, na sua vertente de ouvir e de ser ouvido, obriga o juiz a considerar tudo quanto se mostre **pertinente e relevante** à desconstrução da hipótese acusatória. Entretanto, o que se percebe na prática – **por motivos mais que compreensíveis** – é a consideração, na sentença, somente daquilo que o juiz estima como pertinente e necessário à solução do caso²⁰.

19 Para Jordi Ferrer Beltrán, a formulação de um *standard* de prova com que se queira cumprir essa função deve, em primeiro lugar, evitar vincular a prova com crenças, convicções ou dúvidas do juiz acerca dos fatos. O grau de corroboração de uma hipótese não depende da posse de determinadas crenças por parte do juiz, mas das previsões verdadeiras que se possam formular a partir da hipótese e das dificuldades para dar conta das mesmas previsões a partir de hipóteses rivais. Em segundo lugar, a formulação de um *standard* deve ser suficientemente precisa para fazer possível o controle intersubjetivo da sua aplicação. (La valoración racional de la prueba, p. 146)

20 A justiça que hoje se faz em massa, o número insuficiente de juizes em relação às demandas, o pelourinho que o CNJ submete os magistrados deste país, sempre em busca da eficiência em números, dentre outros motivos, tornam impossível cumprir o espírito da lei.

O juízo de certeza, que autoriza a condenação, somente é obtido se a teoria do caso é submetida ao teste da refutação, que se faz à vista das provas e argumentos que o réu apresenta, de modo que não satisfaz o dever de motivação a consideração de provas que apenas confirmem a acusação.

Desde que a alegação e a prova da defesa tenham conexão com a imputação – e seja potencialmente capaz de arredá-la, minimizá-la ou neutralizá-la –, é dever do juiz tomá-las em consideração, ainda que já esteja convencido da culpabilidade do réu, pois, de toda sorte, a este, à sociedade, e às instâncias superiores interessa conhecer as razões pelas quais o juiz considerou estas e aquelas provas e argumentos, para análise crítica e objetiva da decisão. Desprezar essa avaliação significa, em certa medida, ocultar as razões da decisão na íntima convicção, o que é inconcebível em juízes togados.

É de Ferrajoli a lição de que *“ainda mais importante do que a necessidade da prova é a garantia do contraditório, isto é, a possibilidade da refutação ou da contraprova. Com efeito, se a verificação de uma hipótese é impossível, dado que sua verdade não pode ser demonstrada, senão apenas confirmada, é, ao contrário, possível sua refutação por modus tollens, segundo o esquema (f). Enquanto nenhuma prova ou confirmação é suficiente para justificar a livre convicção do juiz sobre a verdade da acusação, uma só contraprova ou refutação é suficiente para justificar o convencimento contrário. A garantia da defesa consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado. De conformidade com ela, para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis. A tal fim, todas as implicações da hipótese devem ser explicitadas e ensaiadas, de modo que sejam possíveis não apenas as provas, senão também as contraprovas. A busca destas deve ser tutelada e favorecida não menos que a busca daquelas. Evidentemente, nem sequer as contraprovas, ao serem somente prováveis, garantem a falsidade objetiva da hipótese incompatível com elas. Mas uma só delas, se é aceita como verdadeira, é suficiente para excluir a decisão do juiz sobre a verdade da hipótese e para embasar, conforme o critério da coerência,*

a decisão sobre sua falsidade. A livre convicção, em consequência, conquanto possa justificar as provas (necessárias, mas não suficientes para justificar a condenação), não pode superar as contraprovas (suficientes, mas não necessárias para justificar a absolvição)”²¹.

Assim, para que uma hipótese seja considerada verdadeira não basta que ela receba confirmação nos autos, mas também que não seja desmentida ou debilitada por contraprovas que contestem o fato afirmado ou prova outro com ele incompatível ou neutralizante.

Marina Gascón Abellán é categórica quando afirma que *“não basta que as provas disponíveis proporcionem um alto grau de apoio à hipótese; é necessário, além disso, que permitam excluir hipóteses alternativas. Muito simplesmente, cada razão para duvidar da aplicabilidade da regra geral ao caso concreto tem que ser excluída”²².*

Considerando que, no processo penal, a carga probatória é toda de quem faz a acusação, é dele a responsabilidade em demonstrar os fatos nos quais sustenta a pretensão punitiva; se eles, simplesmente, não se confirmam nas provas trazidas à colação, a hipótese acusatória é tida por não provada e o réu absolvido.

De fato, antes de se pôr em análise as provas da defesa, impõe-se verificar se o Ministério Público se desincumbiu de seu ônus de provar a existência de um crime e de seu provável autor. Apenas quando confirmada em provas sérias a teoria acusatória, se passa à análise das provas e contraprovas do réu, de modo que se o órgão acusador sucumbe em seu ônus probatório, as provas da defesa se tornam irrelevantes. Se o fato criminoso não se confirma, ou não se confirma a autoria ou a participação imputada, a valoração não passa para a fase de **refutação**²³.

Entretanto, se a teoria do crime tem respaldo nas provas produzidas, deve ela ser submetida ao teste da refutação, no exame dos

²¹ Direito e razão, 4. ed., Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 144.

²² Los hechos en el derecho, *ob. cit.*, p. 156.

²³ “O juízo de aceitabilidade de uma hipótese é um juízo sobre sua confirmação e não refutação. De maneira que se a hipótese não é confirmada pelas provas disponíveis, deve ser abandonada. Mas se é confirmada, deve se submeter ainda à refutação, examinando os possíveis fatos que invalidariam ou fariam menos provável a hipótese”. (Rodrigo Rivera Morales, *ob. cit.*, p. 344)

contrários, isto porque, “*é possível que, embora preliminarmente se tenha considerado confirmada a tese acusatória, haja provas que a refutem. Por exemplo, uma vez considerado, no momento da confirmação, comprovada a autoria delitiva, num segundo momento, haja provas que demonstrem o álibi invocado pela defesa. Nesse caso, novamente, não será preciso passar a momento sucessivo*”²⁴.

É nesse sentido que se diz que é defeso ao juiz optar apenas pelas provas que confirmem seu entendimento (quicá estabelecido no início da ação penal), sem submetê-las a testes com as contrárias, produzidas exatamente para hostilizá-las, infirmá-las ou neutralizá-las. À medida que se excluem as hipóteses contrárias, aumenta a probabilidade de o fato afirmado na denúncia ser verdadeiro, e vice-versa²⁵.

Alguns autores, como Ferrajoli²⁶, Badaró²⁷, Michele Taruffo²⁸ e Marina Gascón Abellán²⁹, admitem uma terceira fase na comprovação da hipótese acusatória. Consideram eles que, tendo ela sido confirmada na primeira fase e não refutada na segunda, há necessidade de fazer um juízo comparativo entre as provas positivas e negativas, divergentes ou contraditórias entre si. Nesse instante da valoração, a situação é resolvida pelo critério da **preponderância**, sondando qual, à luz das regras de lógica, das máximas de experiência ou critérios científicos, se apresenta com maior probabilidade indutiva.

Creio ser desnecessária essa etapa no processo penal, pois, como salientamos alhures, nele há um *standard* de prova exigente que deve ser cumprido para que o réu seja condenado. Pode acontecer que a

24 Gustavo Badaró, *ob. cit.* p. 201.

25 Na valoração da prova, o juiz deve avaliar as provas e as contraprovas, submetendo-as a um exame atomístico e posteriormente holístico; vale dizer, considerar cada prova isoladamente num primeiro instante, e depois valorar todas elas em conjunto, segundo a tese e a antítese, para extrair uma conclusão lógica racional que propenda à aceitação da hipótese mais favorável. Nessa tarefa, não pode se deixar seduzir pelas primeiras provas; é imprescindível fazer o confronto, submetendo-as a teste de confirmação e de falsificação com as contraprovas. Se a hipótese acusatória não é confirmada, não há necessidade sequer de perscrutar as provas apresentadas pela defesa. Se validada, deve ser acareada (no sentido comum) com as que a contestam, se também atestadas.

26 *Ob. cit.*, p. 144.

27 *Ob. cit.*, p. 200.

28 A prova, Ed. Marcial Pons, 2014, p. 139.

29 Prueba y verdad en el derecho, p. 55.

hipótese acusatória, ao final das duas etapas, esteja confirmada, não, porém, em grau suficiente para afastar dúvidas razoáveis.

Para a condenação não basta a simples preponderância da hipótese acusatória sobre a da defesa. É imprescindível que o apoio e o grau de confirmação que as provas emprestem a ela sejam de tal ordem que afastem qualquer dúvida razoável de que o réu possa ser inocente ou, como anota Susan Haack – em citação à Russel – que *“as provas apresentadas tornam as proposições em questão acreditáveis no grau exigido, ou, em meu vocabulário epistemológico, se as provas apresentadas apoiam as preposições no grau exigido”*³⁰.

O que se conta não é unicamente quem produziu mais e melhores provas, nem qual, na competição entre as hipóteses, se apresenta como a mais provável, pois é crucial também verificar, na metáfora de Janaina Matida e Alexandre Morais da Rosa³¹, se a acusação ultrapassou o sarrafo no salto com varas.

Com efeito, *“não é suficiente que uma parte produza melhores provas que a outra; senão é necessário que a parte que tem o ônus da prova produza provas **suficientemente boas para avalizar a conclusão no grau exigido**”*³².

Ao contrário do campo cível, no processo penal a causa não é resolvida porque a prova se inclinou mais para um lado do que para o outro. A condenação de alguém, que traz consigo o reconhecimento de ser presumidamente inocente, exige um *standard* de prova que vá muito além da **preponderância prevalecente** (*mais provável que não*).

Depois, se não há preponderância entre as hipóteses em conflito, sinal existe que impera a dúvida. E dúvida, no processo penal, se resolve com a absolvição (*in dubio pro reo*).

Essa é a escoreita posição de Marina Gascón Abellán, segundo a qual se nenhuma das hipóteses em lição resulte suficientemente

30 Estándares de prueba y prueba científica, *ob. cit.*, p. 75.

31 Para entender *standards* probatórios a partir do salto com varas, Conjur, 20-3-2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>

32 Susan Haack. *ob. cit.*, p. 81.

provada em detrimento da outra, ou que, sendo a probabilidade de uma delas superior à da outra, essa probabilidade siga sem ser suficiente, segundo os *standards* institucionalmente exigidos (por exemplo, enquanto que nos processos civis geralmente basta uma probabilidade preponderante, nos processos penais geralmente se exige um resultado **além de qualquer dúvida razoável**). A necessidade que tem o juiz de resolver, apesar desse resultado estéril, é então coberta pelo reconhecimento (implícito ou explícito) de regras legais de decisão que indicam, em cada caso, em favor de qual hipótese há de se orientar a solução. O *in dubio pro reo* no processo penal e, em geral, as regras sobre o ônus da prova constituem exemplos das mesmas³³.

A punição penal somente se revela legítima quando é manejada em **juízo de certeza**³⁴, considerando-se como tal aquele que atinja níveis elevadíssimos de probabilidade de o crime ter ocorrido, de o réu ser o seu autor ou partícipe, e de não militar em favor dele nenhuma causa que exclua sua responsabilidade penal.

Cumprido adiantar que a certeza que o juiz procura nas provas é apenas um juízo de probabilidade, sendo insuficiente a mera possibilidade lógica de ser ou não ser, em grau equivalente. Em matéria penal, a probabilidade, para alcançar foros de certeza, deve atender um *standard* de probabilidade bastante elevado, em grau que permita afastar dúvidas razoáveis.

No processo-crime, o réu pode trabalhar apenas no sentido de criar **dúvidas razoáveis**³⁵ no espírito do juiz, o que torna seu *standard* de prova menos exigente. Se alega legítima defesa, por exemplo, para a absolvição não é preciso que a excludente seja plenamente comprovada, sendo bastante

33 Prueba y verdade en el derecho, p. 56.

34 “Pode-se afirmar que a certeza sobre um fato existe quando com os meios de provas disponíveis expressam que aquele fato não pode ser de outra maneira como afirma nosso juízo; nossa mente adverte a necessidade de assentir àquele determinado juízo, nossa mente percebe o nexo causal que tem lugar entre as rédeas que formam o juízo indicado com fundamento nos resultados de prova e a reprodução da realidade”. (Rodrigo Rivera Morales, *ob. cit.*, p. 120)

35 O *standard* de prova “além da dúvida razoável” tem origem na teologia cristã pré-moderna e sua finalidade não era proteger o acusado de condenações falsas, mas a alma dos jurados dela, porque se acreditava, nesse tempo, que o destino de quem julgava estaria também em jogo em cada processo, porque condenar um inocente era considerado, na antiga tradição cristã, potencialmente como pecado capital. (Raúl Carnevali Rodrigues e Ignacio Castilho Val. El estándar de convicción en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente, disponível em https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000200005)

fundada dúvida de que possa ter agido sob o pálio dela, como, aliás, expressa o art. 386, VI, do CPP.

Se a hipótese de culpabilidade não se sobrepõe, no grau exigido para a condenação, à hipótese de inocência, o que existe é a dúvida, que pode ser maior ou menor, a depender do nível empírico de provas que dão suporte às proposições argumentativas.

Não é preciso que a contra-hipótese, apresentada pela defesa, seja mais provável que a hipótese afirmada na denúncia. Mesmo sendo inferior, se subsistem dúvidas que possam ser consideradas **razoáveis**, ou, noutras palavras, que não se consiga desprezá-las racionalmente – e, portanto, admitidas em maior ou menor grau de probabilidade –, a única solução cabível é a absolvição.

Importante reconhecer, entretanto, que a dúvida que autoriza a absolvição, com base no *in dubio pro reo*, não pode ser um estado mental puramente subjetivo, desarrazoado, desprovido de confirmação mínima nas provas disponíveis, mas aquela fundada em evidências bastantes que autorizem acreditar que a inocência é alternativa racionalmente aceitável.

Assim, a “dúvida” que autoriza a absolvição não é puramente subjetiva, mas essencialmente objetiva, visto que depende do nível de corroboração que a hipótese acusatória alcançou no processo, após submissão dela aos testes de confirmação e refutação. Não obstante possa estar demonstrada satisfatoriamente nas provas dos autos, se estas permitirem a convivência dela com a hipótese de inocência – que racionalmente não pode ser taxada de irrazoável – o que existe é uma dúvida objetiva, pois é a existência da probabilidade de o réu ser inocente que impede a acusação de cumprir o *standard* que atende o juízo de certeza, o único que franqueia a condenação.

Nesse ponto, duas observações importantes se fazem necessárias: a primeira é que o *standard* de prova para a defesa não tem o mesmo grau de exigência da acusação³⁶; a segunda, que nosso sistema não é infenso à “dúvida razoável”, expressão que singulariza o mais alto *standard*

36 Nesse sentido Gustavo Badaró (*ob. cit.*, p. 258 e 260) e Jordi Ferrer Beltrán (*La valoración racional de la prueba, ob. cit.*, p. 152).

norte-americano³⁷ (*beyond any reasonable doubt*), como anotam Aury Lopes Júnior e Alexandre de Moraes da Rosa.

Quanto à primeira questão, é preciso desmitificar a ideia de que o *standard* de prova da defesa, na demonstração de suas alegações, tenha a mesma estatura probatória da acusação.

Gozando o réu de abrigo constitucional na presunção de inocência, é sempre da acusação o ônus de destruir, **além de qualquer dúvida razoável**, a sobredita presunção, o que, por si só, já exige um *standard* acima da **preponderância prevalecente** (“*mais provável que não*”).

Como já afirmamos noutra passagem, a defesa, que não precisa provar nada, pode se limitar à criação de dúvida racionalmente razoável³⁸. É da acusação o ônus de trabalhar no sentido de que as provas que venha a apresentar tenham aptidão e vigor para afastar, **em nível de probabilidade elevadíssima**, as proposições da defesa, que não carecem ser provadas em grau que suplante a hipótese acusatória, sendo bastante que não possam elas ser inteiramente vencidas pelo prisma da lógica-racional.

Em consequência, não tem base legal o entendimento que exige da defesa um *standard* probatório que superponha, em termos de probabilidade, a hipótese acusatória, sendo bastante que ela consiga o rebaixamento desta, tornando-a insuficiente para a condenação³⁹.

No que toca à segunda questão, embora o significado de **dúvida razoável** seja *bastante incerto* e a sua definição *tudo menos clara*⁴⁰ – a ponto de “*alguns circuitos federais nos Estados Unidos aconselharem os juízes a não tentar defini-la e deixar que o júri atinja o seu significado*”⁴¹ –, creio que a

37 Sobre o uso do *standard* probatório no processo penal, Conjur, 26-7-2019, disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>

38 Para o acusado é suficiente produzir no interior do processo uma dúvida razoável em torno da verossimilhança da acusação. Significa, em última análise, que a defesa deve ter como objetivo mínimo gerar uma dúvida razoável que debilite a hipótese acusatória, que pode ser feita por dois modos: em primeiro lugar, limitando-se a atacar a credibilidade das provas da acusação ou, em segundo lugar, apresentando provas de inocência. (Mônica Maria Bustamante Rúa, La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano, disponível em http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302010000100004&script=sci_abstract&tlng=es)

39 Jordi Ferrer Beltrán (La valoración racional de la prueba, p. 152) e Gustavo Badaró (*ob. cit.*, p. 258 e 260) defendem que o *standard* da defesa é menor.

40 Michel Taruffo, Una simples verdad, *ob. cit.*, p. 253.

41 Susan Haack, Estándares de prueba y prueba científica, *ob. cit.*, p. 70).

expressão pode ser reputada como critério objetivo se abstrairmos da questão puramente psicológica e vier a considerá-la epistemologicamente, segundo o grau de aval que as provas possam ministrar na corroboração do enunciado fático⁴².

Desse modo, “dúvida razoável” não se vincula unicamente ao aspecto psicológico do juiz, da crença ou convicção que possa ter sobre determinada proposição fática do processo, mas principalmente da caução que ela recebe na prova dos autos, quando submetida à confirmação e refutação.

De fato, como agudamente observa Gustavo Badaró, o equívoco na posição que defende o *standard* probatório na fórmula “além da dúvida razoável”, está na concepção “*de que ela se destina a gerar uma crença no julgador*”⁴³.

O eminente professor das arcadas – partindo de uma concepção racionalista de que a decisão deve se fundar num método de corroboração de hipóteses fáticas, com base na prova produzida, e não na crença do julgador – assevera que o que importa é se a proposição fática está suficientemente corroborada e não falsificada por hipóteses contrárias ou diversas, para ser tida por provada. Logo, o processo de valoração serve para verificar se as hipóteses fáticas que constituem o *thema probandum* estão ou não confirmadas pelas provas, e não para gerar uma crença no julgador.

E arremata dizendo: “o que deve ser valorado é o grau de confirmação – e, conjuntamente, de não refutação – que o *standard* exige para que a hipótese seja considerada provada e não como um grau de crença do julgador. Assim, o problema principal não é quanto o juiz está convencido ou quanto de dúvida – razoável, séria, fundada, permanente – resta em seu espírito.

42 Essa a posição de Susan Haack: “É certo que a linguagem na qual se expressam os standards de prova é parcialmente psicológica: pelo menos falar de “ônus de persuasão” parece subjetivo, sugerindo que a tarefa do advogado é simplesmente persuadir, induzir um certo estado mental no júri; e ‘convencimento’ também parece como uma questão psicológica. Porém, a linguagem dos standards de prova é também em parte epistemológica: ‘razoável’ em ‘além de toda dúvida razoável’, ‘clara’ em ‘clara e convincente’, parecem questões objetivas, dado que aparentemente se referem à qualidade das provas apresentadas. E o aspecto epistemológico, na minha opinião é crucial” (ob. cit., p. 70-71).

43 Ob. cit., p. 253.

*O que o standard de prova deve definir é quanto de suporte ou aval a prova confere à proposição fática para lhe dar corroboração*⁴⁴.

No processo de valoração, o juiz deve ponderar as provas e as contraprovas, submetendo-as a um exame atomístico e posteriormente holístico⁴⁵, de modo a considerar cada prova isoladamente num primeiro instante, e depois todas em seu conjunto, segundo a tese e a antítese, buscando extrair uma conclusão lógico-racional que propenda à aceitação da hipótese mais provável.

Embora já tenha dito, insisto na posição de que a valoração de provas não é uma questão apenas de preferência entre escolhas possíveis, mas essencialmente de um processo de análise crítica e racional delas em face das proposições apresentadas, considerando, na interrelação entre ambas, as regras de lógica, critérios científicos ou máximas de experiência, para verificar, ao final, a que apresenta maior probabilidade indutiva e se esta atende o *standard* fixado para a decisão.

Consequentemente, a liberdade que o juiz goza não é inteiramente subjetiva, mas também objetiva, pois lhe cumpre demonstrar, na motivação, que seu raciocínio inferencial conclusivo tem explicação em elementos probatórios concretos submetidos a testes de confirmação e refutação, que justificam a hipótese acolhida.

Há dois modelos de valoração racional da prova. O primeiro – escorado no teorema de Bayes, nominado de baysiano ou pascaliano –, é verificável em termos de probabilidade matemática⁴⁶ ou estatística, de frequência relativa a determinada classe de eventos, a que pertence⁴⁷. O

44 *Ob. cit.*, p. 253-254.

45 Nesse sentido Jordi Ferrer Beltrán (*ob. cit.*, p. 125); e Michele Taruffo (*ob. cit.*, p. 139).

46 *“A probabilidade matemática se desenvolveu fundamentalmente a partir dos estudos dos jogos de azar e foi aplicada pela primeira vez a outros tipos de caso por parte de PASCAL”*. (Jordi Ferrer Beltrán, *ob. cit.*, p. 121)

47 Susan Haack cita o caso *People v. Collins*, referente a um crime de roubo de uma idosa que foi atacada em um beco para roubar sua carteira. *“A vítima descreveu o ladrão como uma mulher jovem de um peso aproximado de 64 kg, e cabelo loiro penteado com rabo de cavalo; e outra testemunha ocular falou que tinha visto uma mulher loira fugindo no beco e subindo a um carro amarelo dirigido por um homem de raça negra com bigode e barba. Janet e Malcolm Collins foram acusados do delito. Janet era loira e Malcolm era negro; e dirigiam um antigo carro amarelo. Porém, a vítima não pode identificar positivamente a Janet; e a identificação que a outra testemunha ocular fez de Malcolm era inconsistente. Então, para reforçar uma acusação que não era muito forte, a acusação apresentou primeiro a um professor de matemática para testemunhar – sobre a base de um argumento puramente probabilístico baseado não em dados estatísticos, mas em uma mera acusação – que dada ‘a regra do produto’, as probabilidades de que nas redondezas existisse outro casal parecido (uma mulher loira, um homem negro com barba, dirigindo um carro amarelo) eram astronômicas: uma em 12 milhões; e depois falou ao júri que estes números inventados eram*

segundo, assentado no teorema de L. J. Cohen, nominado de baconiano, é baseado em esquema de confirmação, onde a hipótese, para se considerar verdadeira, depende do grau de apoio que lhe prestam as provas que se conectam a ela através de regras causais⁴⁸.

Não goza de muita aceitação o método bayesiano, pela série de implicações difíceis de resolver em situações concretas, especialmente as complexas. Por outro lado, embora não tenha a precisão dos números, o método baconiano, baseado na **probabilidade indutiva ou lógica**, tem sua força na persistência de uma hipótese quando submetida a testes de confirmação e refutação.

Segundo anota Marina Gascón Abellán, a probabilidade, no método indutivo ou lógico, se mede “*não em termos de frequência relativa, mas de graus de ciência, apoio indutivo ou grau de confirmação de uma hipótese a respeito de uma informação*”. E arremata a autora espanhola: “*na probabilidade indutiva ou lógica, ao invés de indicar numericamente o grau de probabilidade que deve alcançar a hipótese sobre um fato, deverá indicar, com a maior clareza possível, quando está justificado aceitar dita **H** como verdadeira; é dizer, quais são os critérios (não numéricos) que estabelecem quando se conseguiu a prova. Bem, uma vez que a probabilidade lógica ou indutiva de uma **H** é equivalente ao seu grau de confirmação pelas provas disponíveis, pode-se dizer que uma hipótese pode ser aceita como verdadeira se não foi refutada pelas provas e tiver sido confirmada por ela em grau suficiente*”⁴⁹.

Desse modo, a probabilidade baconiana descansa não em números certos e precisos, mas em termos de probabilidade mais ou menos aproximativos, que, não obstante não possam ser medidos, podem ser comparados ou graduados⁵⁰, fundando-se no nível de confirmação que a hipótese receba na prova dos autos.

estimações ‘baixas’ e que eram a ‘prova matemática’ de que os Collins eram culpados. Como era previsível, o júri condenou o casal”. (Probabilismo jurídico: una disensión epistemológica, estándares de prueba y prueba científica, *ob. cit.*, p. 90/91)

48 Marina Gascón Abellán, Hechos y razonamiento probatorio. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, p. 68-70.

49 *Ob. cit.*, p. 70.

50 “O fato de que a probabilidade indutiva de tipo baconiano não admita o cálculo matemático não implica que não se pode graduar e comparar o nível de suporte indutivo com que conta cada hipótese. O grau de corroboração ou de suporte indutivo das distintas hipóteses em conflito pode comparar-se, o que permite fazer uma ordenação das

A valoração da prova, para aferição do cumprimento do *standard* probatório estabelecido para a decisão, se dá por meio da confirmação que a hipótese receba na prova dos autos e na resistência que tenha ela encontrado, quando confrontada com as outras provas que sustentam a hipótese adversa, também submetida aos mesmos testes.

O grau de **confirmação** depende de algumas variáveis, como o fundamento cognoscitivo e o grau de probabilidade expresso pelas generalizações (regularidades ou máximas de experiência) usadas; a qualidade epistemológica das provas que a confirmam; o número de passos inferenciais que compõem a cadeia de confirmação e; a quantidade e a variedade de provas ou confirmações⁵¹.

A **refutação**, que se entrelaça com o contraditório, com a possibilidade de pôr em duelo os contrários, é, como anota Marina Gascón Abellán, “*la prueba de fuego*”, para poder aceitar determinada proposição fática⁵².

De notar que apenas os fatos confirmados podem ser submetidos ao teste de refutação, de modo que se a hipótese não recebe apoio algum nas provas, não há por que submetê-la ao duelo da confrontação. Pode-se dizer que há uma relação de prejudicialidade entre a confirmação e a refutação.

Pode suceder que, ao fim do teste de refutação, ambas as hipóteses, da acusação e da defesa, não permitam uma deliberação segura a respeito de qual delas é a mais provável.

Diante desse dilema, dois critérios se apresentam para resolvê-lo: critério da **simplicidade**, segundo o qual entre duas hipóteses igualmente sustentadas por todos os elementos de prova, deve-se eleger a mais simples; e o critério da **coerência narrativa**, de acordo com o qual uma hipótese aumenta em face de outras se se prova que, além de estar corroborada por múltiplos dados probatórios e de não ter sido refutada por nenhum, é a que

hipóteses, mas não se pode quantificar numericamente a probabilidade de cada uma delas (coisa bastante intuitiva para um jurista)”. (Jordi Ferrer Beltrán, La valoración de la prueba, p. 122). No mesmo sentido Gustavo Badaró (ob. cit., p. 220)

⁵¹ Marina Gascón Abellán, *ob. cit.*, p. 160.

⁵² Idem, p. 164.

melhor explica os fatos. Seria, assim, o relato mais acreditável da história, de acordo com os princípios explicativos do atuar racional, intencional e motivacional do homem⁵³.

Particularmente, creio que os referidos critérios são inaplicáveis no processo penal, em que o réu goza do privilégio da dúvida, que sempre e sempre há de favorecê-lo.

É possível que depois do longo caminho do processo as hipóteses, a da acusação e a da defesa, resultem confirmadas. Nessa situação, se entre elas houver relação de prejudicialidade e se uma não for suficiente para rejeitar a outra, o que haverá é um estado de dúvidas. E dúvida, no processo penal, resolve-se em favor do réu.

Pode acontecer, entretanto, que entre as hipóteses não haja relação de prejudicialidade, como na situação em que, provada a autoria e a materialidade do crime, o réu esteja amparado pela legítima defesa. As hipóteses, ambas confirmadas, são independentes entre si, de modo que não se submetem ao teste de refutação entre uma e outra, apenas ao de confirmação⁵⁴.

Em suma, não sendo possível a reconstrução histórica dos fatos, a verdade no processo nunca será obtida em termos absolutos, como, quixotescamente e obstinadamente perseguem os juízos Indiana Jones da “verdade real”. Pertencendo ao passado o fato que se busca conhecer, a verdade será sempre aproximativa, probalística, no sentido de verificar quando se justifica aceitar uma hipótese como verdadeira, de acordo com o *standard* estabelecido para a decisão.

A admissão de uma hipótese acusatória depende, inicialmente, da quantidade, qualidade, segurança e variedade das provas, da coerência interna entre elas e da conexão que elas possam estabelecer com a situação que buscam demonstrar, além de outros fatores referidos por Marina Gascón Abellán, já mencionados acima. Depende também do exame de não

53 *Idem*, p. 165-166.

54 Nesse contexto, o confronto não será entre as hipóteses, mas entre as provas que confirmam e as que refutam as hipóteses.

refutação com as provas contrárias ou com as que emprestem apoio a uma hipótese que rivalize com a do órgão acusador.

Entretanto, a valoração das provas não é suficiente para se impor uma condenação, sendo apenas a segunda etapa da decisão. Demais de admitido como verdadeiro o fato afirmado na denúncia, é dever do juiz analisar se as provas foram bastantes e suficientes para atender ao *standard* fixado, não qualquer um, mas aquele que corresponda e se equivalha ao do “além de qualquer dúvida razoável”, que não é outro senão o da **altíssima probabilidade**, preconizado por Gustavo Badaró.

Uma última colocação se faz necessária quanto a este tópico.

O livre convencimento probatório não é receita que a lei ministra ao juiz para que decida de acordo com suas idiossincrasias, seus vieses e heurísticas, como se não devesse nada a ninguém, senão à sua própria consciência. A tarefa quase divina de julgar seus semelhantes há de ser exercida com muita responsabilidade⁵⁵, e não pode se contentar com a mera exigência que se faz ao juiz de dar motivação à sua escolha, pois até ao absurdo nunca faltam explicações.

A motivação transcende a explicação de determinada escolha que se faça no processo. As opções que o juiz realiza hão de encontrar justificação racional nas provas idôneas – e somente nelas – sorvidas no procedimento, que apenas as regras de lógica, os critérios científicos ou as máximas de experiência conseguem justificar.

Isso, entretanto, não é o bastante, especialmente no processo penal, em que a presunção de inocência precisa ser vencida para que uma pena, de qualquer natureza ou medida, seja imposta ao réu. É por ela e em nome dela (presunção de inocência) que se deve impor um nível diferenciado de

55 “Se o homem, ao castigar, cumpre uma missão augusta e quase divina, para que sua ação resulte sensata e adequada, deve inclinar-se até a verdade com a maior prudência e firmeza que o homem é capaz, com o que exige o estado de certeza; de outro modo, o chamado a castigar se pareceria a um bêbado que, vacilante e inseguro, agitará em suas mãos uma arma temível”. (Pietro Ellero, De la certidumbre en los juicios criminales, o tratado de la prueba en materia criminal, Ed. Olejnik, 2016, p. 26-27)

comprovação da hipótese acusatória para que esta seja aceita como verdade no processo.

Antes de o juiz perguntar se há provas da inocência do réu, ou se há dúvidas quanto à culpabilidade dele, deve verificar se a hipótese acusatória tem respaldo nos autos, se quem acusa conseguiu alcançar o grau de constatação necessário para que possa ela ser aceita como provada, para fins de condenação.

Desse modo, toda sanção penal deve ser precedida do exame crítico que o juiz há de fazer a respeito da prova da culpabilidade e do nível de comprovação que ela obteve no processo. Em determinando a lei, explícita ou implicitamente, o *standard* probatório necessário para imposição de uma condenação, estabelece, *ipso facto*, o grau de suficiência probatória que a acusação deve atingir para que a presunção de inocência seja vencida.

Nesse diapasão, a absolvição não é opção que se dá ao juiz tão somente quando imbuído de **certeza** da inocência ou quando impregnado de **dúvidas** sobre a culpabilidade⁵⁶. Se a responsabilidade do réu é constatada no processo, mas não no grau exigido para impor uma sanção penal, a carta de inocência deve ser expedida na sentença.

A ordem jurídica não se satisfaz com a circunstância de o órgão acusador ter logrado êxito em provar o fato imputado na denúncia. É imperioso e indeclinável medir a suficiência probatória alcançada, verificando se o *standard* estabelecido para a condenação foi superado.

E aqui afasto a ideia de que o não cumprimento do *standard* probatório estabelecido para a decisão importa em estado de dúvidas, de modo que a situação se resolveria com base no *in dubio pro reo*.

Certeza e dúvida no processo são estados psicológicos do juiz diante de uma controvérsia a ser resolvida, que, sempre e sempre, deve estar autorizada nas provas existentes, racionalmente consideradas. Estou a defender que o não cumprimento do *standard* probatório não significa, necessariamente, que a situação seja de dúvidas para o juiz. A questão não é

56 Não podemos olvidar que a certeza que se busca no processo penal é sobre a culpa do acusado, e não da inocência dele, que não precisa ser provada, visto que se presume.

subjetiva, mas objetiva; é de verificação do grau de apoio probatório que a teoria acusatória alcançou no processo.

OS STANDARDS PROBATÓRIOS E SEUS DIFERENTES NÍVEIS

Já deixamos ver que, no processo penal, é insuficiente que a hipótese acusatória, ao fim da instrução criminal, se apresente mais provável que a hipótese de inocência.

Diversamente do que ocorre na maioria das causas cíveis, não se trata de proclamar, na sentença, quem mais e melhores provas produziu no processo.

Por gozar o réu da **presunção de inocência**⁵⁷, é intuitivo exigir que o *standard* de prova para a condenação seja maior que a simples preponderância das provas da acusação sobre as da defesa.

E qual a razão dessa exigência?

Larry Laudan provoca perguntando por que temos de estabelecer o limite em um ponto maior da preponderância das provas (>50%)? Afinal, diz ele, se a hipótese tem mais da metade da probabilidade, o proverbial homem razoável deveria aceitá-la como uma hipótese provavelmente verdadeira. Ele próprio responde afirmando que estabelecemos um limite mais alto do ponto médio somente quando acreditamos que uma das classes de erro que se podem cometer é mais custosa – pelo que nos interessa que se evite com maior assiduidade – que a outra. E conclui dizendo: *“no contexto do direito processual penal, quando estabelecemos um limite de prova em um ponto maior do da preponderância das provas, estamos dizendo que estamos tentando dar ao acusado o benefício da dúvida, por que pensamos que condenar erroneamente o inocente é pior que absolver erroneamente o culpado. Neste*

57 A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece que “*toda pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa sejam asseguradas*” (art. 11º, 1). O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos também dispõe que “*qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida*” (art. 14,2). O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) igualmente prescreve que “*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma inocente enquanto não se comprove sua culpa*” (art. 8,2).

*sentido, se depois de haver observado e escutado todas as provas no juízo oral, o jurado pensa que o acusado é provavelmente culpado, mas, em vista disso, ele considera que alguns dos elementos do caso da acusação não são todos convincentes, então está obrigado a dar o benefício da dúvida ao acusado e, portanto, a absolvê-lo*⁵⁸.

Em assim sendo, não basta que as provas da acusação tenham maior grau de confirmação do que as da defesa, pois há um estado de inocência que precisa ser superado, não em qualquer nível, mas em grau que afaste a probabilidade de erro na decisão.

A **probabilidade prevalecente** (*mais provável que não*) não é compatível com o sistema de proteção que a Constituição Federal confere ao acusado no processo-crime, de presunção de inocência.

A prova, para que a condenação seja justa, deve ser unívoca, no sentido de ela não permitir estabelecer a probabilidade de que as coisas possam ter acontecido segundo a versão do réu. Para que a hipótese acusatória prevaleça, mister que a hipótese de inocência seja afastada **inteiramente**, sem deixar espaços a dúvida, que sempre favorece o acusado.

Apenas quando os fatos estabelecidos na denúncia enjeitar qualquer hipótese razoável de inocência, deve-se condenar. Contudo, quando elas possibilitarem duas interpretações razoáveis, uma que aponte a culpabilidade e outra a inocência, deve-se preferir a que aponte a inocência.

E não se pode mesmo contentar com um *standard* probatório do tipo “*mais provável que não*” (51%). A hipótese de culpabilidade deve se distanciar bastante da hipótese de inocência, e não apenas ser aproximativa dela. Se ambas se avizinham, o que há é um estado de dúvida. E dúvida, no processo penal – não me canso em bradar –, se resolve em favor do réu.

Importante tecer breves considerações sobre o princípio da presunção de inocência e o de sua vertente, *in dubio pro reo*, e suas relações com o *standard* de prova.

58 Verdad, error y proceso penal, *ob. cit.*, p. 105.

Os *standards* de prova têm íntima relação com o princípio da presunção de inocência⁵⁹, não, porém, com o *in dubio pro reo*, que antecedeu aquele.

No sistema inquisitivo do *antigo régime*, a inocência ou a culpabilidade não eram as duas conclusões a que podia o juiz chegar após a valoração das provas. Em situações de dúvida, o caso era resolvido pela declaração de **semiculpabilidade**, que consistia em condenação a uma pena mais leve a que corresponderia o delito⁶⁰.

Apenas mais tarde é que a dúvida passou a ser considerada em favor do réu como norma de caráter moral, sem forças imperativas e sem apoio normativo algum até a Declaração Francesa de 1789. Tratava-se apenas de um conselho dirigido ao julgador⁶¹.

O *in dubio pro reo*, embora tenha precedido o princípio da presunção de inocência, é considerado hoje como “projeção ou manifestação da presunção de inocência”⁶².

Conquanto haja quem entenda que o *in dubio pro reo* já está compreendido na presunção de inocência⁶³, e que deve ser abandonada referida parêmia, a mim me parece claro que ambas, como regras de juízo, não se confundem, e podem ser bem distinguidas quando relacionadas ao *standard* de prova exigido no processo penal.

O *in dubio pro reo* é regra de juízo que se utiliza quando as provas da acusação, a despeito de terem sido confirmadas e não refutadas, venham a permitir um estado de dúvida racionalmente aceitável, que não pode

59 O objetivo maior da presunção de inocência é livrar o réu de qualquer ônus probatório que o obrigue a provar a sua condição de inocente, e impedir que se possa instituir contra ele qualquer presunção de culpabilidade.

60 Mercedes Fernandes López, *Prueba y presunción de inocência*, Ed. Instel, 1. ed., 2005, Madri, p. 163.

61 *Idem*, p. 164-165.

62 Maurício Zanoide de Moraes, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, Ed. Lumen Juris, 2010, p. 367.

63 Para Larry Laudan, um *standard* de prova exigente dispensa o *in dubio pro reo*, a presunção de inocência e a distribuição do ônus da prova, porque todos já estão nele incorporados ou compreendidos (Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es un estándar, *ob. cit.*, p. 112). Assim também Michele Taruffo, para quem a exigência de um *standard* probatório maior no processo penal para a condenação, de alta ou altíssima probabilidade, não decorre do princípio da não culpabilidade, mas da escolha política, embora não exclua as justificações jurídicas de garantias processuais do imputado. Para esse jurista italiano, é a adoção de um *standard* elevado que dá força e valor à presunção de não culpabilidade, na medida em que o critério de prova além de toda dúvida razoável implica que é particularmente difícil vencer a presunção e condenar o imputado (Conocimiento científico y estándares de prueba judicial, p. 1.306-1.307, disponível em <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v38n114/v38n114a13.pdf>

ser dirimido pelo juiz sem risco de (grave) erro em condenar alguém que pode ser inocente.

A presunção de inocência resolve as situações de insuficiência probatória, controlando e medindo o que pode o juiz considerar como bastante e necessário para proclamar a culpabilidade de quem se apresenta no processo como réu. O *in dubio pro reo* é regra de aconselhamento do juiz quando, depois de valoradas e sopesadas as provas, as dúvidas – que não de ser objetivamente razoáveis – não podem ser dissipadas, por subsistir, após todos os esforços empreendidos, a probabilidade de o acusado ser inocente.

Enquanto a presunção de inocência mostra sua eficácia quando existe falta absoluta de provas ou quando as praticadas não reúnem as garantias processuais, o princípio do *in dubio pro reo* apenas entra em jogo se, depois de valoradas as provas obtidas e praticadas com observância daquelas garantias, restam dúvidas ao julgador sobre o cometimento do delito ou sobre a participação que neste pode ter o acusado⁶⁴.

Em situação de dúvida, por questões éticas, filosóficas e políticas, considera a lei que é preferível absolver um culpado do que condenar um inocente, pois como enumera Larry Laudan, “*é muito mais prudente absolver duas pessoas que sejam culpadas que ditar uma sentença condenatória a uma pessoa virtuosa ou inocente (Voltaire); é melhor que dez pessoas culpadas se livrem do castigo a que um inocente o sofra (William Backtune); É melhor que cem pessoas culpadas se livrem que uma pessoa inocente sofra (Benjamin Franklin); É melhor absolver mil pessoas culpadas que condenar à morte um só inocente (Moses Maimonides)*”⁶⁵.

Já a presunção de inocência pressupõe que o acusador – nos ombros do qual recai o ônus de provar, acima de qualquer dúvida razoável, a responsabilidade penal do réu – não conseguiu atingir o nível probatório que a lei exige para considerar comprovada a hipótese inculpatória. Ou seja: a presunção de inocência é critério que o juiz usa para decidir quando o órgão da

64 Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, Ed. Marcial Pons, 1. ed., 2018, p. 301.

65 Verdad, error y proceso penal, p. 103.

persecução penal não desempenhou satisfatoriamente o ônus de provar, fora de quaisquer dúvidas razoáveis, a culpabilidade do réu.

Em resumo: a **presunção de inocência** resolve as situações de insuficiência probatória; o *in dubio pro reo* as que, cumprindo a contento o *standard* exigido, a prova da acusação não supera as dúvidas que deixam as provas da defesa.

Desse modo, não creio que a insuficiência probatória deva ser resolvida pelo *in dubio pro reo*, como a muitos parece. Se o órgão acusador não cumpre seu ônus de demonstrar todos os elementos constitutivos do crime, bem assim a inexistência de fatos impeditivos, a questão não é de **dúvidas**, mas de descumprimento de um dever de provar, que leva à absolvição. Quando a acusação não desempenha a contento o ônus probatório que lhe cabe, a presunção de inocência não é afetada.

Tomando como parâmetro a escala de 0 a 1, adotada pela doutrina, em que 0 representa ausência de confirmação; 0,5 traduz confirmação fraca e 1 confirmação forte, e considerando que o *standard* para a condenação se situa em algo maior (>) que 0,9, o fato não se considerará provado se, por exemplo, alcançar um grau de confirmação de 0,65.

Nessas circunstâncias, embora a acusação tenha obtido certo êxito na confirmação da teoria desenvolvida na denúncia, foram elas insuficientes para desvirtuar a presunção de inocência.

Essa situação é resolvida com base na presunção de inocência, e não no *in dubio pro reo*, que pressupõe sempre a existência de uma dúvida a ser considerada diante de duas explicações que, concorrentes entre si, atingiram o grau de suficiência probatória para serem consideradas verdadeiras.

Ambos têm como critério objetivo comum a exigência de cumprimento do *standard* probatório para a condenação. A presunção de inocência resolve as situações em que a acusação não cumpriu satisfatoriamente seu ônus probatório; o *in dubio pro reo* as que, tendo cumprido, encontra resistência nas provas do réu, as quais não consegue superar. É bem verdade que, neste último, o critério determinante é puramente subjetivo, pois a dúvida é sempre um estado mental.

Marina Gascón Abellán, procurando formular *standards* de prova para a condenação, segundo os níveis de exigência, apresenta um esquema de níveis de confirmação para que uma condenação prepondere. Para ilustrar seu pensamento, com o qual não concordo inteiramente, considera a autora valores compreendidas de 0 a 1, pontuando que, como fixado acima, 1 corresponde à confirmação sólida, 0,5 confirmação fraca, e 0 ausência de confirmação.

Explica ela que há uma confirmação sólida quando as provas, consideradas em seu conjunto, apenas encontram explicação se a hipótese for verdadeira ($p \rightarrow h$); ou seja, quando não forem compatíveis com a hipótese contrária ou for muito difícil explicá-las se a hipótese contrária for verdadeira. Ao reverso, estaremos ante uma confirmação fraca quando as provas podem se explicar, mas não são incompatíveis com a hipótese contrária ($h \rightarrow p$).

Para ela, as hipóteses de culpabilidade (H_c) e as hipóteses de inocência (H_i) poderiam ser representadas pelos seguintes graus de confirmação:

Possíveis graus de confirmação de H_c

- Solidamente confirmada: $H_c - 1$
- Debilmente confirmada: $H_c - 0,5$

Possíveis graus de confirmação de H_i

- Solidamente confirmada: $H_i - 1$
- Debilmente confirmada: $H_i - 0,5$
- Ausência de confirmação: $H_i - 0$

Em seguida, a autora constrói uma escala de *standards* probatórios (EP) segundo os níveis de exigência para condenar, representando-os da seguinte forma:

EP1: Hc – 0,5 (exigido) e Hi – 1 (tolerado)

EP2: Hc 0,5 (exigido) e Hi – 0,5 (tolerado)

EP3: Hc – 0,5 (exigido) e Hi – 0 (tolerado)

EP4: Hc – 1 (exigido) e Hi – 1 (tolerado)

EP5: Hc – 1 (exigido) e Hi – 0,5 (tolerado)

EP6: Hc – 1 (exigido) e Hi – 0 (tolerado)

Entende a autora que nos EP1, EP2 e EP3, até por não haver sólida confirmação da Hc, não há espaço para condenar. Todavia, segundo ela, no tocante aos EP4, EP5 e EP6, estando a Hc solidamente confirmada, pode haver condenação, inclusive no EP4, quando a Hc e Hi se encontram solidamente confirmadas⁶⁶.

Particularmente, considero que na situação de a Hc e a Hi estarem ambas solidamente confirmadas, conquanto tenha a acusação alcançado *standard* probatório necessário à condenação, a Hc encontra forte resistência no Hi, o que afasta a possibilidade de condenação, especialmente se há incompatibilidade entre ambas. Nesse enredo, o que há é um estado de dúvidas. E dúvidas, no processo penal... .

Mesmo no EP5, creio não se autorizar a condenação quando a Hi não puder ser inteiramente descartada. Não conseguindo a Hc vencer as dúvidas razoáveis que a Hi provoca, a absolvição é de rigor. Assim deve ser considerado porque, além de a Hc estar confirmada, é fundamental que consiga ela refutar “*todas as demais hipóteses explicativas desses mesmos dados, que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses ad hoc*”⁶⁷.

É insuficiente que as provas permitam ao juiz considerar razoável o reconhecimento da culpa do acusado; o que importa é que não restem dúvidas que permitam ter por razoável a hipótese de inocência. Desse modo, se a análise das provas também tolerar uma situação que seja racionalmente

⁶⁶ Ob. cit., p. 72-74.

⁶⁷ Jordi Ferrer Beltrán, ob. cit., p. 147.

compatível com a hipótese de inocência, forçosamente a absolvição é o único caminho a trilhar.

Havendo probabilidade de o réu ser inocente, ainda que em menor grau que a hipótese de culpabilidade, o que existe é uma dúvida, que, sendo razoável, não permite a condenação.

Uma vez mais me escoro na posição de Gustavo Badaró, segundo o qual *“a hipótese acusatória deve ser confirmada por um conjunto concordante de elementos de confirmação, bem como deverá ter resistido as hipóteses defensivas. E para que essas tenham força para derrubar a hipótese acusatória com ela incompatível, basta a prova dos fatos afirmados pela defesa, ainda que em intensidade menor. Expressando de modo mais simples, enquanto que para confirmar a acusação é exigível uma pluralidade de provas concordantes, para confirmar uma hipótese defensiva, basta uma prova da hipótese defensiva e a tese acusatória estará derrubada”*.

Dessa maneira, assevera o eminente autor que para se impor uma condenação é imprescindível que: a) se tenham elementos de prova que confirmem, com **elevadíssima probabilidade**, todas as proposições fáticas que integrem a imputação formulada pela acusação; e b) não haja elementos de prova que **tornem viável** ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a imputação⁶⁸.

De todo o exposto, parece-me claro que a condenação exige o cumprimento de um *standard* de provas que aponte a existência de **elevadíssima probabilidade** de que os fatos descritos na denúncia são verdadeiros, como também de que a hipótese de culpabilidade não seja contrariada, debilitada ou neutralizada pela hipótese de inocência, razoavelmente demonstrada nos autos, que a análise crítica e racional das provas não consegue eliminar⁶⁹.

A “certeza” que se busca alcançar para a condenação não depende apenas do grau de confirmação que a hipótese acusatória tenha na

68 *Ob. cit.*, p. 259 (grifos nossos).

69 Gustavo Badaró, na apresentação do *standard* de provas que entende ideal ao processo penal, assevera que a hipótese fática defensiva, “*mesmo com um grau menor ou mais baixo de suporte probatório, desde que encontre confirmação em algum segmento probatório e não tenha sido refutada, (pode) concorrer com a hipótese acusatória, ainda que com menor força ou probabilidade lógica, mas mesmo assim conduzirá à absolvição*” (*ob. cit.*, p. 260).

prova dos autos, mas também do afastamento de todas as hipóteses de inocência que possam ser racionalmente consideradas e, por isso, não inteiramente descartadas.

De qualquer modo, não se põem dúvidas que, para a condenação, a hipótese acusatória deve ter abrigo nas provas dos autos em termos de **elevadíssima probabilidade** (acima de 90%, se se pudesse colocar números ao *standard*), sem a qual não se torna necessário sequer perquirir sobre o grau de probabilidade que a hipótese de inocência conseguiu obter no processo.

Esta é a função de um *standard* probatório. Seu papel é estabelecer níveis de corroboração que uma hipótese deve ter no processo para que ela possa ser considerada verdadeira. Se não se alcança o grau de comprovação que a decisão exige, o fato não é considerado provado⁷⁰. Noutras palavras, a acusação sucumbe quando não conseguir a verdade dos fatos no *standard* de prova exigido, do contrário pouco valerá a presunção de inocência se o juiz puder condenar quando as provas se mostrarem insuficientes para desacreditá-la.

Volto a insistir: a defesa não precisa provar nada. É da acusação o ônus de provar sua teoria de acordo com o *standard* estabelecido para a decisão. Se não há prova ou se há prova em nível insuficiente, ainda que em grau maior do que o da defesa, o fato é considerado não provado.

Coloco acento, a mais não poder, que acusação deve atuar no processo para atingir o grau de prova previsto para a condenação, não sendo suficiente que a confirmação de sua hipótese se revele maior que a hipótese de inocência (*mais provável que não*). Depois de submetida aos testes de confirmação e refutação, a hipótese de culpabilidade tem não apenas que sobressair sobre a hipótese de inocência, mas também estar comprovada acima de qualquer dúvida razoável, ou, noutros termos, em **altíssimo grau de**

70 A valoração da prova é o núcleo do processo decisório e, num sentido muito amplo, consiste em avaliar o apoio que o conjunto das provas validamente aportadas no processo empresta às hipóteses fáticas litigiosas e decidir, em consequência, se tais hipóteses podem ser aceitas como verdadeiras (ou seja, se podem dar-se como provadas). Contudo, dado que o apoio que as provas emprestam a essas hipóteses se expressa em termos de probabilidade, valorar a prova consiste, mais precisamente, em avaliar, de um lado, o grau de probabilidade com que as provas apoiam as hipóteses e decidir, de outro, se esse grau de probabilidade é suficiente para tratar as hipóteses como verdadeiras. (Marina Gascón Abellán, *ob. cit.*, p. 64-65)

probabilidade de que seja verdadeira. Assim deve ser porque a *Lex Mater* do país procurou forrar os acusados no processo penal de erros judiciais, por meio da presunção de inocência, que, embora não seja um *standard* de provas, é princípio informador do nível de exigência de provas para que se possa impor uma condenação.

A presunção de inocência é incompatível com um *standard* de prova onde a causa pode ser decidida pela preponderância de provas, de maneira que não se pode considerar que “a hipótese que tenha resultado mais confirmado é aquela que deverá se dar por provada”⁷¹.

Bem se vê que é longo o caminho a se percorrer para que a hipótese acusatória seja considerada confirmada nos autos. A **verdade** no processo, para fins de condenação, não depende apenas de a hipótese acusatória estar solidamente confirmada nos autos, pois a hipótese de inocência também pode estar, talvez em nível mais reduzido, sem que isso implique, necessariamente, que possa a primeira ser considerada provada em detrimento da segunda pelo maior grau de probabilidade, que no processo penal há de ser sempre a **qualificada**.

A VARIEDADE DE STANDARDS DENTRO DO SISTEMA PENAL

A despeito de o direito pátrio não fixar *standards* de provas, ninguém põe dúvidas de que o processo penal não se contenta com um único modelo de constatação, que varia de acordo com a decisão proferida.

Sabe-se que o nível de prova se comporta conforme o grau de intervenção que a decisão possa provocar nos direitos da pessoa por ela atingida, que vai da condição de simples suspeito para o de indiciado, de denunciado, pronunciado (nos crimes contra a vida) e condenado. Cada decisão opera com *standards* de provas distintos, indo do menor para o de maior exigência, em uma escala progressiva, em termos de autoria, especialmente.

71 Jordi Ferrer Beltrán, *Estándares de prueba y prueba científica*, p. 28.

No direito estadunidense preponderam três tipos de *standard*: 1) o da preponderância de provas (*preponderance evidence*), ou “mais provável que não”; 2) da prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*), e; 3) prova “além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*). Os dois primeiros servem ao processo de natureza civil; o terceiro, ao processo criminal⁷².

Nos processos em que a lide envolve interesses unicamente privados, há uma repartição do ônus probatório entre as partes e estas são postas, desde o princípio do processo, em condições de igualdade de posições e de armas. Nessa conjuntura, calha com perfeição o *standard* da “*preponderância da prova*”, sagrando-se vencedora na causa a hipótese que recebe maior confirmação nas provas.

Os interesses jurídicos em disputa permitem que no processo civil o *standard* de prova seja menos rigoroso do que no processo penal, quando se põem em jogo bens imateriais mais elevados e caros ao homem, como é sua liberdade.

O *standard* é uma escolha política do legislador, que pode estabelecer os níveis de erros aceitáveis em determinada decisão judicial. Quanto maior for o nível de exigência, menor será o de erros. Nas causas civis admite-se a possibilidade de mais erros porque os interesses em discussão são privados e, em boa parte das vezes, econômicos.

Evidente que há causas civis que não se contentam com a fixação de um *standard* mínimo, exigindo um maior grau de verificação, como as que envolvem relações familiares e parentais. Para essas questões, o direito norte-americano usa o *standard* de “**prova clara e convincente**” (*clear and convincing evidence*), onde o nível de corroboração da hipótese é sensivelmente maior⁷³.

72 Susan Haak menciona ainda dois outros *standards*: o da suspeita razoável ou causa provável, que se exige para um registro; e o requisito indicado na regulação sobre a pena de morte no Texas, acerca de que o juiz deverá impor a dita pena somente se encontrar, “*além de toda dúvida razoável*”, que “*há uma probabilidade*” de que o sujeito será perigoso no futuro. (El probalismo jurídico: una disensión epistemológica, estándares de prueba y prueba científica, Ed. Marcial Pons, 2013, p. 69)

73 No Brasil, as ações de improbidade administrativa e os processos administrativos disciplinares também pedem *standard* probatório maior do que o da simples preponderância.

Dessa maneira, a definição do nível de suficiência probatória não é epistemológica, mas de ordem política, estabelecida de acordo com os custos sociais da decisão.

Já passamos em revista que, no processo penal, considera a lei ser necessário maior grau de confirmação possível para se declarar a culpabilidade do réu, máxime por favorecê-lo a presunção de inocência, que traz embutida a ideia de a condenação não se satisfazer com qualquer nível de prova.

Considera o legislador que, em se tratando da liberdade dos cidadãos, uma condenação falsa é mais danosa e atroz que a absolvição falsa. Um Estado Democrático de Direito deve primar pela preservação da liberdade do cidadão, evitando, tanto quanto possível, a ocorrência de erros judiciais no sistema penal.

Se não é possível evitar o erro judicial, os esforços devem ser no sentido de limitá-lo o máximo que se puder. E a maneira de fazê-lo é por meio do estabelecimento de um *standard* probatório exigente, como é o “além de toda dúvida razoável” (***evidence beyond a reasonable doubt***), do sistema norte-americano.

Não se pense, porém, que este deva ser considerado o único *standard* de prova no processo penal.

Absolutamente.

O que define o *standard* de prova, já me adiantei em dizer, não é apenas a natureza do processo (civil ou penal), mas a da decisão proferida dentro do mesmo subsistema normativo. Quanto maior for a invasão ou afastamento de direitos fundamentais do réu, tanto mais se há de exigir em termos probatórios⁷⁴.

O processo penal é constituído por várias etapas, estabelecidas em forma crescente, indo do inquérito à sentença final. Em cada uma delas, o grau de probabilidade de acerto das provas – especialmente

⁷⁴ O grau de suficiência probatória depende muito, igualmente, do degrau em que o processo se encontra, que evolui dentro do procedimento rumo à sentença. E não teria mesmo o menor sentido exigir, por exemplo, um *standard* probatório de alta ou altíssima probabilidade para decretar uma medida cautelar tendente à obtenção de provas quando a finalidade dela é, justamente, dar base probatória a decisões ulteriores que se devam tomar no processo, como é o caso da pronúncia e da sentença.

quanto à autoria e à materialidade – varia de acordo com a importância do provimento jurisdicional, considerado à vista dos direitos fundamentais do suspeito, indiciado ou acusado.

Como faz anotar Gustavo Henrique Badaró, na sua primorosa obra sobre prova penal, *“ao longo da própria persecução penal, há uma formulação progressiva de juízos sobre o objeto da investigação, da admissibilidade da denúncia até se chegar à sentença. Passa-se de um juízo de simples possibilidade, para um de probabilidade, até se chegar à certeza”*⁷⁵.

Para abertura de uma investigação criminal, exigem-se apenas indícios de que um fato criminoso existiu e da **verossimilhança** de quem seja o seu autor.

Verossimilhança não se confunde com probabilidade, e muito menos com certeza, que acabam sendo, na verdade, epítetos que se dão ao nível de convencimento do juiz na tomada de decisões.

Na **verossimilhança** temos um enunciado que autoriza a formulação de uma hipótese segundo a ordinariedade das coisas ou dos acontecimentos, sem necessariamente ter correspondência com a realidade. O termo *“serve para destacar esse aspecto de uma afirmação sobre um fato com base no qual se pode dizer que corresponde a uma hipótese plausível segundo a ordem normal das coisas, numa situação em que essa alegação não tenha sido submetida a verificação probatória ou demonstrativa. Em outras palavras, se considera verossímil o que corresponde com a normalidade de um certo tipo de conduta ou acontecimento”*⁷⁶.

Esse é também o conceito de Taruffo, para quem a verossimilhança traz consigo a ideia de conhecimento preliminar sobre a normalidade de determinado acontecimento ou de uma coisa, sem necessariamente corresponder à realidade. Taruffo exemplifica com a situação do hábito de o professor receber os estudantes nas quartas-feiras às 10h da manhã e com a cor dos cisnes brancos⁷⁷.

⁷⁵ Epistemologia judiciária e prova penal, ed. Revista dos tribunais, 2019, p. 240.

⁷⁶ Ana Sanches Rubio – Los peligros de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatória, Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 189.

⁷⁷ Ob. cit., p. 111-112.

Assim, verossimilhança é um juízo que se faz a respeito de um enunciado fático conforme o que se observa visualmente, ou dentro dos padrões naturais das coisas.

Desse modo, a verossimilhança não tem assento na realidade dos fatos ou das coisas, mas naquilo que geralmente acontece (*id quod plerumque aecidit*).

A verossimilhança depende do conhecimento que se tem sobre a normalidade do acontecimento, e não com a realidade dele; ela não é aferida necessariamente sobre fatos provados nos autos, mas com a aparência de verdade que ela revela, considerado-se a regularidade do acontecimento⁷⁸.

No exemplo de Taruffo, é verossímil que todos os cisnes sejam brancos, pois essa é a cor habitual deles. Entrementes, conquanto inverossímil, a realidade mostrou a existência de cisnes negros na Austrália⁷⁹.

Desse modo, verossimilhança não atesta a verdade ou a falsidade de um enunciado, que é juízo que se obtém pela probabilidade.

Possibilidade também não se baralha com probabilidade.

No dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, “**possibilidade**” é a condição do que é **possível**, o que “*preenche as condições necessárias para ser, existir ou realizar-se, o que pode ser verdadeiro; que talvez exista ou vá existir; admissível; concebível (...)*”. Não se confunde nem pode ser tomado como sinônimo de **probabilidade**, que, segundo o citado dicionarista, é a “*perspectiva favorável de que algo venha a ocorrer (...); o grau de segurança com que se pode esperar a realização de um evento, determinado pela frequência relativa dos eventos do mesmo tipo numa série de tentativas*”.

78 O juízo de verossimilhança tem um caráter instrumental, que não se funda em prova, mas em elementos razoáveis em termos comparativos e se emite, não sobre o fato, mas sobre a afirmação do fato, quer dizer, acerca da alegação do fato, proveniente de uma parte e que o afirma historicamente já ocorrido. Assim, no juízo de verossimilhança não se predica a relação de proximidade ou de representatividade de uma asserção em relação à realidade, mas a existência de razões para sustentar que a asserção é verdadeira. (Rodrigo Rivera Morales, La prueba: un análisis racional y práctico, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 104)

79 Fala-se na teoria dos cisnes negros, para representar um evento raro, inverossímil.

O que a doutrina tem hoje como possibilidade, Malatesta chamou de **credibilidade em sentido específico**, que se verifica “sempre que a coerência se encontra diante de motivos iguais para afirmação e negação”⁸⁰.

E finaliza: “se os motivos deixassem de ser iguais, não existiria mais o crível no sentido específico; Teríamos o provável, mais que o crível específico, ao lado dos motivos maiores (...). Se existissem apenas motivos de uma só espécie, dignos de serem levados em consideração, nem mesmo haveria conhecimento do crível em sentido específico, mas do certo, pleno de credibilidade genérica”.⁸¹

Assim, para Malatesta, **possível** (que chama de crível, fundado em razões que ele próprio explica)⁸² é quando há iguais motivos para crer e para não crer, ou, nas palavras de Aury Lopes Júnior, “quando as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes” ou “quando inexista um predomínio das razões positivas sobre as negativas ou vice-versa”⁸³. No **provável**, os motivos divergentes são racionalmente desconsiderados, ou quando não anulados por prova excludente dos motivos divergentes da crença, o que Malatesta chamou “prova cumulativa da certeza”⁸⁴.

O *standard* de prova no direito penal brasileiro vai da verossimilhança, da possibilidade até a probabilidade, em seus diversos graus.

No inquérito policial, por exemplo, o indiciamento de alguém será sempre abusivo se não houver indícios que vão além da mera suspeita, da conjectura, da ilação.

O indiciamento não pode ser ato arbitrário da autoridade policial. A pessoa somente passa da situação de suspeito a de indiciado se houver provas mínimas que indiquem a verossimilhança de ele ser o autor do crime⁸⁵.

80 *Ob. cit.*, p. 84.

81 *Ob. cit.*, p. 84-85.

82 *Ob. cit.*, p. 83.

83 Aury Lopes Júnior, *Direito processual penal*, Ed. Saraiva, 2015, 16. ed., p. 634.

84 *Ob. cit.*, p. 76.

85 *A latere*, deve ser coibida a prática viciosa de a autoridade policial, havendo indícios de autoria, usar a técnica de tomar a declaração do “suspeito” como testemunha, evitando, com essa estratégia, burlar o direito ao silêncio. Depoimento tomado sob essa circunstância, não pode ser considerado, a não ser que, ao tempo dele, não pesava sobre a “testemunha” nenhum elemento de prova que pudesse colocá-la como suspeita de ser o autor do crime.

À autoridade policial também não é dada a opção de indiciar ou não. Havendo elementos de autoria, deve proceder o indiciamento **imediato**, com base no qual o indiciado pode exercer direitos no inquérito, como manter-se em silêncio, requerer diligências, negar-se a participar de reconstituição do crime, de reconhecimentos, etc.

O simples indiciamento não autoriza, necessariamente, o requerimento de prisão preventiva. A lei exige que, importando a custódia cautelar em grave restrição a direitos do indiciado, que o indício seja “**suficiente**” (CPP, art. 312).

O indiciamento, que pressupõe a existência de indícios de autoria, não autoriza, necessariamente, a prisão preventiva, que impõe um *standard* probatório maior.

Fora a condenação, a prisão preventiva é a medida mais grave que se pode tomar no processo contra o réu. Por afetar a dignidade do ser humano, não pode mesmo a lei contentar com qualquer nível de evidência em relação ao fato criminoso e à autoria dele.

Quanto a ela, a lei institui, como condições, que haja “*prova da existência do crime e **indício** (no singular) suficiente de autoria*”, além, claro, de prova da presença de uma das situações de risco para o processo ou para a ordem pública ou econômica.

O adjetivo “*suficiente*”, que qualifica o substantivo **indício**, não deve ser compreendido apenas como o necessário e bastante para a promoção da ação penal, como parece a muitos. Aqui, a “*suficiência*” deve ser medida em termos de probabilidade que se aproxime (não necessariamente que se equivalha) do grau de certeza que autoriza a condenação⁸⁶.

A razão de tal exigência é feita pelo princípio da proporcionalidade, pois, quanto maior for a importância constitucional do direito

86 Como bem obtempera José Luís Castilho Alva, “*uma democracia constitucional – e não uma democracia meramente formal – deve fazer efetivo o respeito aos direitos humanos e, em especial, à liberdade pessoal, garantindo que, quando existam imputações contra um cidadão, somente se pode ativar o uso da prisão provisória em casos graves e excepcionais, com base em evidências que representem um alto grau de probabilidade de uma pessoa ter cometido um crime*” (Hechos y razonamiento probatório, el fumus commissi delicti y el estándar probatório en la prisión provisional, Editores Del Sur, 1. ed., 2018, p. 225, nossos destaques).

fundamental afetado e mais grave e intenso for a interferência nele, maior deve ser o *standard* probatório a se cumprir na aplicação do caso concreto⁸⁷.

Essa afirmação põe à mostra de quanto é equivocado o entendimento no sentido de que, em matéria de *Habeas Corpus*, não se permitem fazer incursões probatórias para aferir a autoria ou participação do paciente no delito, que deve ser reservado para a decisão final.

A prisão cautelar, a qual reclama o chamado *fumus commissi delicti*, deve estar calcada em indícios sérios de autoria, em elementos que apontem, **com alto grau de segurança**, que o indiciado/réu pode ter cometido o crime. Não prestam as suspeitas, por mais fortes que possam se apresentar. E mais: se tratando de indícios, hão de ter eles força e consistência que permitam afirmar que o indiciado/réu possa mesmo ser, **provavelmente**, o autor do crime.

Não se põem dúvidas que a prisão provisória tem consequências mais drásticas e funestas do que a deflagração da ação penal, de modo que o *standard* de prova de uma e outra apresentam diferentes graus de exigência. Por essa razão, é corrente e moente na doutrina e na jurisprudência que, havendo motivos para a prisão preventiva, sobejam para a promoção da ação penal, não se permitindo dilação do inquérito para promoção de diligências.

Embora haja certo consenso na doutrina de que o *standard* de prova da denúncia seja o da **probabilidade prevalecente**⁸⁸ (“*mais provável que não*”), tenho que, para esta fase do processo, pelo interesse afetado, basta

⁸⁷ *Idem*, p. 226.

⁸⁸ “Segundo o *standard* de probabilidade prevalecente (...) uma hipótese sobre um fato resultará aceita ou provada quando seja mais provável que qualquer das hipóteses alternativas sobre o mesmo fato, tratado ou considerado no processo e sempre que a hipótese for “mais provável que não; é dizer, mais provável que sua correlativa hipótese negativa”. (Marina Gascón Abellán, *Hechos y razonamiento probatório*, *ob. cit.*, p. 66)

a **possibilidade**⁸⁹, quando as provas inculpadoras, e as da inocência, se equivalem, não em termos absolutos⁹⁰.

E não se pode mesmo privar o Ministério de provar a acusação, ainda que, pelas provas do inquérito, a **possibilidade** da inocência suplante a de culpabilidade⁹¹.

O que se veda é o arbítrio, o abuso no direito de denúncia, de submeter alguém ao constrangimento de um processo que provavelmente terá como consequência apenas o malferimento do *status dignitatis* de quem se viu denunciado.

Daí por que, a par das exigências que a lei faz quanto aos requisitos que deve conter a denúncia (CPP, art. 41), a lei impõe a presença de **justa causa** para que esta ou a queixa-crime seja recebida (CPP, art. 395, III), que a doutrina e a jurisprudência definem, resumidamente, como a **existência de suporte probatório mínimo** para se iniciar a persecução penal⁹².

Desse modo, já não é suficiente que a denúncia descreva a ocorrência de uma conduta típica, ilícita e culpável, e que concorram as demais condições da ação e pressupostos processuais. Deve haver um suporte probatório – trazido pelo inquérito ou por outras peças informativas – noticiando que um crime ocorreu e que existem elementos indiciários que permitem afirmar, sem muito erro, que o denunciado é, **possivelmente**, o seu autor⁹³.

89 Sob o tema, preciosa é a lição de Gustavo Badaró, que, lembrando Carnelutti, diz “*que o oposto da certeza é um gênero em que se podem distinguir um juízo de possibilidade ou um **juízo de probabilidade**, cuja diferenciação é apenas estatística. Há **possibilidade** no lugar de probabilidade, quando as razões favoráveis e contrárias da hipótese são equivalentes. No **juízo de possibilidade** não há predominância de qualquer razão positiva sobre as negativas, ou vice-versa. Por outro lado, podemos continuar o raciocínio: no **juízo de probabilidade** há um predomínio das razões positivas sobre as negativas, ou vice-versa. E mais: na medida em que o predomínio aumenta, maior a probabilidade. Quando o predomínio das razões positivas vai decrescendo, tendendo a se igualar às razões negativas, a probabilidade diminui. Isso até o ponto em que os juízos entre razões positivas e negativas se igualam, pois aí se retorna ao campo do juízo de possibilidade*” (Processo penal, 7. ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 174-175 – destaques nossos).

90 Na fase do recebimento da denúncia, apenas a impossibilidade ou a improbabilidade impede o processamento da ação penal.

91 Evidente que se houver diferença acentuada da proposição negativa sobre a positiva, o que haverá será um juízo de verossimilhança, e não de possibilidade.

92 Os acusadores, lembra Juan Montero Aroca, incluindo o Ministério Público, não podem fazer sentar no banquillo a quem queiram, mas apenas aquelas pessoas a respeito das quais existam elementos suficientes para fazer-lhes sofrer essa pena (Proceso penal, libertad, ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal, Ed. Thomson Civitas, 2009, p. 112).

93 Ao contrário da ação de natureza cível, em que a inicial é aferida *in status assertionis*, na ação penal a peça incoativa deve ser submetida à verificação de “*justa causa*” em seus aspectos jurídicos (tipicidade, prescrição, existência de causa de excludente de antijuridicidade, etc.) e fáticos (existência indubitosa da materialidade do crime e indícios “*razoáveis*”, cuja ausência faz da ação penal um constrangimento, que ao juiz cumpre evitar.

O que se deve evitar são as denúncias manifestamente infundadas, nas quais aberra a possibilidade de o indiciado não ser o autor do crime. Contudo, quando as possibilidades de o denunciado ser ou não o autor do crime se equivalham, ou quando elas não se distanciam muito uma da outra, a persecução penal deve ser admitida para que o Ministério Público prove sua hipótese acusatória.

Assim, não vejo necessidade que, na denúncia, o juízo a se fazer, quanto à autoria do fato criminoso, seja o da **probabilidade**, o que significaria eleger o *standard* prevalente (*mais provável que não*).

O STANDARD DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO

Antes de verificarmos qual o *standard* de prova previsto para pronúncia, importante tratarmos do modelo de constatação mais exigente do processo penal, reservado ao ponto culminante da ação penal, que é a sentença.

Sabemos que uma condenação se apresenta viável apenas quando a hipótese acusatória esteja plenamente confirmada por provas consistentes e confiáveis, com capacidade para anular, neutralizar ou desmentir as contrárias, que dão apoio à hipótese de inocência.

Mas quando é que a teoria acusatória pode ser considerada provada? Qual o nível de exigência probatória que o juiz deve considerar para obter a “certeza”?

O padrão norte-americano, como se viu algures, é o do “*evidence beyond a reasonable doubt*” (prova além da dúvida razoável), sobre o qual se debatem os juristas na explicação do que se deve considerar por “dúvida razoável”, apresentando-se Larry Laudan como um dos seus maiores críticos, não apenas da expressão, mas do próprio *standard*⁹⁴.

94 Larry Laudan faz crítica severa ao *standard BARD* (além da dúvida razoável), dizendo que na prática atual dos Estados Unidos e de outros países do *common law*, a dúvida razoável está completamente indefinida ou definida de maneira tão imprecisa que resulta inteiramente inútil. Assevera que o sistema não oferece aos jurados *standards* neutros e objetivos, estabelecendo apenas que é a intensidade da confiança subjetiva dos jurados na culpabilidade o

A **certeza** não é algo que se obtém em termos absolutos. Longe do subjetivismo judicial, ela deve ser perseguida em termos de **probabilidade**, não a estatística, mas a lógica ou indutiva, baseada no grau de confirmação que a hipótese tenha no acervo probatório.

O que importa não é a crença que o juiz possa ter a respeito do caso em julgamento. A certeza judicial – a única com aptidão para ditar uma sentença condenatória – é aquela lograda com base no **elevadíssimo** grau de corroboração que a hipótese recebe das provas.

Pouca relevância tem os efeitos que as provas possam provocar no espírito do juiz, pois para a lei sua convicção somente ganha importância se elas permitirem suplantar o *standard* estabelecido como necessário e suficiente para vencer a presunção de inocência.

Por todos, esta a magistral posição de Gustavo Henrique Badaró:

“O que deve ser valorado é o grau de confirmação – e, conjuntamente, de não refutação – que o standard exige para que a hipótese seja considerada provada e não como um grau de crença do julgador. Assim, o problema principal não é quanto o juiz está convencido, ou quanto de dúvida – razoável, séria, fundada, permanente – resta em seu espírito. O que o standard de prova deve definir é quanto de suporte ou aval a prova confere à proposição fática, para lhe dar corroboração.

Assim é fora dos domínios jurídicos, assim deve ser no campo do processo judicial. Um standard de prova deve ser formulado em termos do vínculo inferencial que deve existir entre as provas disponíveis e a hipótese de que se trate, para o fim de se considerar tal hipótese como uma proposição provada”⁹⁵.

que importa para condenar ou absolver o acusado. E o que é pior: o sistema também não possui controles para saber como o júri alcançará esse nível subjetivo de confiança (Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 28, 2005, disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/por-qu-un-estndar-de-prueba-subjetivo-y-ambiguo-no-es-un-estndar-0/>)

95 Epistemologia judiciária e prova penal, *ob. cit.* p. 253-254

Nessa ordem de ideias, conquanto se tenha consagrado a regra da “*livre apreciação da prova*” (CPP, art. 155), certo é que essa liberdade, já dissemos, significa apenas que o juiz não se guia por critérios aprioristicamente predeterminados, como nos sistemas de prova legal ou taxada; todavia, submete-se à demonstração de que o seu raciocínio inferencial tem forte apoio na prova dos autos quando analisada dentro de uma lógica racional.

“Livre convencimento” não se confunde com arbítrio e puro subjetivismo. Para uma hipótese ser considerada provada, ela deve estar robustamente demonstrada nos autos, de tal modo que resista às provas e aos argumentos que possam competir com ela.

Em assim sendo, a **certeza** que o juiz busca alcançar não é determinada por suas crenças – fruto de um subjetivismo que não se pode explicar nem controlar racionalmente –, mas pelo nível de suporte probatório que a teoria do caso recebe⁹⁶.

Não é suficiente que a hipótese acusatória possa ser justificada nos autos. É essencial ainda que ela permita afastar as hipóteses contrárias que possam, pelo menos, gerar razoáveis dúvidas quanto à inocência do réu.

E não é necessário que a hipótese de inocência obtenha o mesmo grau de confirmação da hipótese acusatória. Estando o réu blindado pela presunção de inocência, ao acusador resta o ônus de provar, **em termos de altíssima probabilidade**, a culpa do réu⁹⁷. Perderia substância essa presunção se a Justiça se contentasse com qualquer nível de probabilidade.

96 A verdade não é o que o juiz crê, mas aquilo que as provas permitem a ele crer.

97 Jordi Ferrer Beltrán externa simpatia com a possibilidade de estabelecer *standards* de provas distintos em função do delito e da sanção prevista (La valoración racional de la prueba, p. 140). Não creio que a natureza do crime, e a pena prevista para ele, possa autorizar o rebaixamento do *standard* de prova para a condenação, pois a presunção de inocência, como princípio informador do processo penal, não tem incidência limitada a certos tipos penais e independe da sanção que possa ser aplicada. Significa isso dizer que não é porque o crime é apenado com detenção ou prisão simples, que se possa considerar, para condenação, um *standard* de prova menor do que o da **altíssima probabilidade**. O que pode haver, e há, é uma sobrevalorização de provas, como nos crimes envolvendo violência doméstica ou de roubo, que normalmente se dão longe dos olhos de testemunhas, o que justifica, por motivos óbvios, conferir maior confiabilidade e credibilidade na palavra das vítimas.

Desse modo, ainda que as provas da defesa não consigam suplantar as da acusação, podem elas ser suficientes para gerar **dúvida razoável** quanto à hipótese de inocência, o que basta à absolvição.

A questão não se resolve também pelo simples confronto de qual hipótese é mais provável, ou qual parte melhor desempenhou o seu ônus probatório, como se vê amiúde nas decisões judiciais.

A valoração da prova, no processo penal, tem por objetivo não apenas a verificação se a hipótese acusatória foi demonstrada, mas também e, principalmente, se alcançou ela o *standard* estabelecido para condenação, pois é ele que determina quando um enunciado fático pode ser considerado provado para fins de aplicação de uma sanção penal.

Para quebrar a presunção de inocência não basta que a hipótese inculpadora seja **mais provável que não**, como sói acontecer na maioria dos litígios atinentes a direitos privados.

A presunção de inocência impõe um *standard* muito mais exigente, por isso incorpora o benefício da dúvida em favor do réu. Apenas quando as provas confirmatórias da hipótese acusatória repudiam qualquer hipótese razoável de inocência, se pode condenar.

Cabe à acusação derrotar a presunção de inocência demonstrando inexistirem dúvidas razoáveis quanto à culpabilidade do réu.

Uma condenação se apresenta viável quando a hipótese acusatória esteja plenamente confirmada por provas consistentes e confiáveis, com capacidade para anular ou desmentir as contrárias, que dão apoio à contra-hipótese apresentada pela defesa.

Volto a insistir: a condenação não pode ser definida à vista de quem deu as melhores explicações e provas à sua hipótese.

Este é um grave erro que sucede na vida judiciária.

Todos os epistemólogos da prova advertem que, diante de um *standard* probatório exigente como é o do processo penal, principalmente para a condenação, não se pode considerar provada a hipótese acusatória

apenas porque se demonstrou mais confirmada do que a que com ela antagoniza, por dispor de apoio empírico maior⁹⁸.

A imposição de um *standard* de prova, em qualquer sistema, cumpre a missão de auxiliar o juiz na tarefa de apurar se um fato pode ser considerado provado. Não se trata de um simples critério de verificação se uma prova é melhor que a outra. Vai além disso: o juiz, como pesquisador da verdade, deve procurar estabelecê-la em nível que afaste, o mais que puder, o erro judicial, considerado mais danoso quando o direito envolvido é a liberdade pessoal.

Quanto mais suporte fático tiver a hipótese, maior o nível de probabilidade de ser ela verdadeira. Na medida em que a prova faz crescer a hipótese de uma das partes, *ipso facto* decresce a do contendor.

A mitológica **certeza** no processo penal é aferida em termos de probabilidade, não qualquer probabilidade, mas aquela que expresse um **elevadíssimo** grau de exigência que conduza a uma única conclusão sobre os fatos.

A definição da culpabilidade não passa apenas pela confirmação dos fatos descritos na denúncia, mas também pelo nível de corroboração que eles encontram na prova dos autos, que deve ser **altíssima** para a condenação.

Dessarte, a condenação no processo penal não se contenta com a mera probabilidade de um fato criminoso ter sucedido e com o conhecimento provável sobre a pessoa que o cometeu; é preciso que ambas, materialidade e autoria, estejam provadas no nível exigido para ganhar *status* de **verdade**, que é o padrão de corroboração que justifica a apenação do réu.

O *standard* de prova constitui assim um processo de constatação ou verificação da existência de provas suficientes para que uma hipótese possa ser considerada provada.

98 Nesse sentido Carmen Vázquez (Estándares de prueba y prueba científica. A modo de presentación, p. 14); Jordi Ferrer Beltrán (Estándares de prueba y prueba científica, p. 28); Susan Haack (Estándares de prueba y prueba científica, p. 81); Gustavo Henrique Badaró (Epistemologia judiciária e prova penal, p. 258).

Em matéria penal, o *standard*, para a condenação, demanda as seguintes condições: 1) existência de elementos de prova que confirmem, com elevadíssimo grau de probabilidade, as proposições fáticas inculpatórias expressas na denúncia; 2) inexistência de provas que tornem inviáveis a ocorrência de fato concreto diverso de qualquer proposição que integre a imputação⁹⁹.

Torno a insistir: é na motivação da sentença que se confere o cumprimento ou não do *standard* de prova para a condenação, pois somente por ela é possível sopesar o grau de **confirmação** que o juiz emprestou às evidências dos autos para considerar provada a hipótese acusatória, a validade e a aceitação dos critérios que utilizou no teste de **refutação** com as provas da defesa, e se, no fim das contas, é mesmo racionalmente possível estabelecer um grau de excelência dela sobre a hipótese de inocência, em nível que permita afastar qualquer dúvida razoável que propenda em favor do réu.

O STANDARD DE PROVA PARA A PRONÚNCIA

Estremados os *standards* da denúncia e da sentença condenatória, cabe agora a espinhosa tarefa de sondar qual o estabelecido para a pronúncia.

De maneira geral, tem se entendido que, para a pronúncia, basta prova da materialidade do crime – que deve ser incontroversa – e um juízo de “probabilidade simples” de autoria, a qual permita admitir, minimamente, que possa ser o réu quem cometeu delito.

Exatamente por não trabalhar com *standard* probatório, doutrina e jurisprudência, em sua maioria, fogem – como o diabo da cruz – do enfrentamento quanto ao nível de probabilidade exigido na afirmação da existência de indícios de autoria para se pronunciar o réu.

⁹⁹ Gustavo Henrique Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 265.

No mais das vezes usam, retoricamente, expressões que imitam o gesto de Pôncio Pilatos de lavar as mãos na bacia, como é o *in dubio pro societate*”, do qual trataremos adiante.

E assim têm-se comportado nossos juízes, em geral. Admitir que o juízo de constatação na pronúncia seja o de **mera probabilidade** (*mais provável que não*), implica confundir com o realizado na fase do recebimento da denúncia, para aqueles que entendem ser esse o juízo de verificação no nascimento da ação penal.

Não se pode olvidar que, entre o recebimento da denúncia e a pronúncia medeia uma instrução criminal (chamada de **jus accusationis**), destinada à prova das afirmações feitas na denúncia e na defesa. Por assim ser, aflora como lógico e necessário que o *standard* de prova deve ser diverso, ainda mais se levarmos em conta que a exigência probatória para a denúncia é estabelecida com base em informações que o inquérito policial fornece, que não podem ser valoradas na pronúncia e muito menos no Tribunal do Júri.

A fase instrutória tem sua razão de ser na oportunidade que se deve dar o Ministério Público de provar sua teoria acusatória, para que o caso possa ser levado a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Há toda uma etapa que se oferece ao Ministério Público para que sua acusação ganhe consistência probatória, para que faça nascer ou crescer as provas em nível que permitam seja o réu julgado pela sociedade.

A denúncia, como proposta de acusação, precisa ser demonstrada em procedimento probatório resguardado por todas as garantias processuais. Sendo sua base apenas os elementos informativos do inquérito, de escasso ou nenhum valor probatório, é pela instrução criminal que tem o Ministério Público a chance de demonstrar suas afirmações, sendo ela instituída especialmente em seu favor, pois a defesa, teoricamente, não precisa provar nada¹⁰⁰.

Recaindo sobre ele todo o ônus probatório, cumpre-lhe demonstrar, no sumário da culpa, a viabilidade de poder continuar acusando. E

100 Muito embora a Constituição Federal dispense o réu de provar sua inocência, tem ele o direito de trabalhar no processo para impedir que essa presunção venha a ser ilidida pela acusação.

o juízo que se realiza na pronúncia é de verificação da consistência dos fatos afirmados na denúncia, à vista das provas produzidas na instrução criminal, e não mais nos elementos informativos do inquérito.

Diz-se, com inteira propriedade, que o procedimento do Tribunal do Júri é escalonado, pela existência de uma fase destinada a verificar se o Ministério Público pode prosseguir com a denúncia. Nela, o juiz avalia se a acusação evoluiu e ganhou consistência em provas.

E não tem mesmo sentido que o juiz, na pronúncia, faça o mesmo juízo de valor do recebimento da denúncia, como que reafirmando-o, simplesmente. A pronúncia é um **segundo** juízo de admissibilidade da acusação, não, porém, no mesmo nível de exigência de grau e qualidade das provas da denúncia. Não fosse assim, teria o legislador disciplinado que, admitida a ação penal, fosse o réu encaminhado diretamente ao Tribunal do Júri, onde, aos olhos de quem, se processaria toda a instrução, como é no sistema adversarial.

Há, sim, um novo julgamento de admissibilidade da acusação, que é aferido em outras circunstâncias e condições objetivas de prova, agora estabelecida em favor do acusado, que não pode ser submetido a julgamento sem a existência de elementos substanciais de prova que autorizem sua condenação.

A presunção de inocência visa também precaver o réu da possibilidade de que venha a ser condenado com base em qualquer prova. Por isso, instituiu-se em favor dele a impronúncia.

A impronúncia é signo da impossibilidade de se levar a julgamento alguém que possa vir a ser condenado quando seria absolvido pela parêmia *in dubio pro reo*, se o julgamento se desse por um juiz togado.

Nessas condições, a pronúncia representa um filtro que o juiz realiza, após atividade probatória, para se chegar à conclusão se o réu pode ser levado a julgamento pelo Tribunal do Júri sem grandes riscos de um inocente vir a ser condenado.

A responsabilidade do juiz, no filtro que faz na fase da pronúncia, é tanto maior quanto for a repercussão do caso em julgamento, pois

há o risco de o júri ser formado por homens com a mesma envergadura moral daqueles que compuseram a multidão que condenou Jesus. Não dispondo de nervos de aço para enfrentar a turba, muitos se escondem na desfaçatez e poltronice de Pilatos, e por não querer cometer erros, transfere o cometimento deles ao Tribunal do Júri.

Sabemos que a punição de um “culpado” alivia as tensões que o crime provoca no meio social; e, quase sempre, culpado é o que a autoridade policial indiciou, o Ministério Público denunciou, a mídia vapulou, e o juiz, na pronúncia, referendou. A depender da comoção que o crime provoca na sociedade, a causa é resolvida no ato do recebimento da denúncia.

De toda sorte, não pode a Justiça atuar para acalmar a multidão, como fez Pilatos, mesmo sabendo que estava diante de um inocente. Bem por isso, *“o juiz de hoje [...] não deve indagar da multidão a quem deve restituir a liberdade, mas dizer à multidão quem deva ser por ela julgado em definitivo. No primeiro caso, lava as mãos e as conserva imundas; no segundo, não as lava, porque as mantém limpas”*¹⁰¹.

Não podemos esquecer que o julgamento pelo Tribunal do Júri é guiado pela íntima convicção, em que a única missão dos jurados é com sua consciência, que lhes permite, na feliz expressão de José Frederico Marques, *“julgar com a prova dos autos, sem a prova dos autos e contra a prova dos autos”*¹⁰².

Decidindo o Tribunal do Júri pela íntima convicção, a garantia de que o veredicto será racional está na pronúncia, que tem como função evitar que seja levada a julgamento as situações sem base probatória suficientemente firme para uma condenação¹⁰³.

101 Lécio Resende, *apud* Álvaro Antônio Sagulo Borges de Aquino, A função garantidora da pronúncia, Ed. Lumen Juris, 2004.

102 Elementos de direito processual penal, Ed. Bookseller, 1998, V. II, p. 275.

103 Vicente Greco Filho destaca que *“A pronúncia atua como uma garantia da liberdade, evitando que alguém seja condenado e não mereça. No procedimento dos crimes de competência do juiz singular, a garantia da liberdade encontra-se na exigência da fundamentação da sentença e na possibilidade de recurso a um tribunal revisor. No procedimento do júri, em virtude da soberania e do julgamento por convicção íntima sem fundamentação, a garantia da liberdade somente pode estar na decisão de pronúncia”* (Tribunal do júri, estudos sobre a mais democrática instituição jurídica, Coordenador Rogério Tucci, Questões polêmicas sobre a pronúncia, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 119).

Ora, em assim sendo, pouco valerá a presunção de inocência se o júri puder condenar com qualquer prova, ou em grau manifestamente insuficiente. Daí avulta a importância da fase de pronúncia, como bateia refinada que deve o juiz proceder antes de remeter o processo a julgamento pelo Tribunal do Júri, notadamente quanto aos aspectos da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. (CPP, art. 413)

A decisão de pronúncia não compadece com um juízo de mera probabilidade, no sentido de simples aparência de verdade, de convencimento superficial a respeito da autoria e da materialidade do crime, para encaminhamento do caso a julgamento popular, muito realizado debaixo do covarde argumento de não se poder usurpar a competência do Tribunal do Júri, no qual, muitas vezes, o resultado do julgamento depende muito mais da *performance* das partes, da arte cênica, da teatralidade circense, que propriamente das provas.

Uma condenação, qualquer que seja o órgão prolator, somente tem legitimidade quando as provas da acusação – apenas aquelas que possam ser consideradas e valorizadas – confirmam a teoria acusatória e permitam elas desprezar qualquer hipótese razoável de inocência, quando confrontadas com as do réu.

A pronúncia não é uma estação preparatória do Tribunal do Júri, em que o juiz verifica se a denúncia não soçobrou no caminho do sumário da culpa. É muito mais que isso, e vai muito além de acusações levianas ou temerárias.

Já disse não haver discordância de a pronúncia servir como juízo de admissibilidade da acusação, como se afirma em prosa e verso na doutrina e na jurisprudência. Todavia, não se pode mais continuar qualificando ou considerando esse juízo como de simples verificação e de ligeira análise dos termos acusatórios, vistos pelo prisma da possibilidade ou de uma probabilidade de pouca significação em face das provas produzidas no sumário da culpa, acerca da autoria e da materialidade.

É preciso ver que as racionalidades das decisões do júri são controladas pelo juiz na fase da pronúncia, pois não é possível perscrutar as

razões que levam os jurados a decidir neste ou naquele sentido. Por isso, sendo insondáveis os motivos que conduzem ao veredicto, estabelece a lei que não se deve levar a julgamento as situações em que as provas abundam e justificam desde logo absolvição, como também aquelas nas quais as provas são desprovidas de força e potência mínima para justificar uma condenação, pois em ambas sempre haverá a possibilidade de o júri condenar quando deveria absolver.

A decisão de pronúncia, quando as provas autorizam a impronúncia, afronta abertamente a presunção de inocência, na vertente que impõe, como princípio de eterna justiça, que a dúvida, sempre e sempre, há de beneficiar o réu. Esta situação se afigura mais grave à medida que a cassação do veredicto fica subordinada à verificação de que a decisão contraria frontalmente a prova dos autos, o que significa dizer que até as provas débeis podem justificar a condenação. Submeter o réu a julgamento nessas condições é lançá-lo aos azares dos julgamentos dos tribunais do júri.

Deve-se ter presente que a pronúncia, além de ser infamante à honra e à honorabilidade do acusado, é sempre uma ameaça à liberdade do réu. Ela é inofensiva apenas ao juiz sem alma.

Não estou a dizer que o júri não seja uma garantia conferida ao acusado; o é, especialmente nas situações em que suas razões não teriam abrigo no tecnicismo do juiz togado. Partindo do pressuposto que direito não se confunde com justiça, é no júri que pode residir no réu a esperança de a absolvição atender melhor o drama da sua vida, sem os grilhões do juiz togado, que pode se movimentar apenas dentro de uma lógica-racional explicável, segundo os critérios rígidos da lei.

Aos jurados se permite julgar por indulgência, compaixão, clemência, circunstâncias que não se consente ao juiz togado considerar.

É nesse sentido que se pode dizer que o júri, antes de constituir um direito da sociedade em participar da administração da justiça, é uma instituição criada em benefício do réu¹⁰⁴.

Apesar da divergência existente na doutrina, cerro fileiras com a posição minoritária de que cabe ao réu, e somente a ele – exatamente por ser uma garantia instituída em seu favor –, optar entre o julgamento popular e o do juiz togado em caso de prerrogativa de foro.

A pronúncia é um juízo de contenção que se realiza para impedir que o júri decida sem nenhum critério de justiça racional na prova dos autos¹⁰⁵.

A forma de controle da racionalidade das decisões do Tribunal do Júri se faz, então, **antecipadamente**, pela impossibilidade de estabelecer um domínio sobre a multiplicidade de motivos e sobre o nível de apoio probatório que os jurados consideraram para condenar ou absolver.

De fato, sendo incontroláveis as razões que um Tribunal do Júri pode levar em conta para deitar uma condenação sobre o acusado, o gerenciamento da racionalidade de suas decisões é feito antecipadamente pelo juiz togado, cuja obrigação é evitar seja levado a julgamento qualquer situação em que a condenação pode representar erro judicial¹⁰⁶.

O próprio juiz há de se colocar na posição dos jurados e ponderar se as provas recolhidas no processo atendem o *standard* estabelecido para que o júri possa impor uma condenação. Se ele próprio verifica que as

104 Lembra Michele Tarufo que o Júri foi instituído inicialmente para proteger o cidadão inglês frente ao poder soberano e despótico do rei, e os colonos americanos contra o poder inglês (Uma simples verdade, o juiz e a construção dos fatos, *ob. cit.*, p. 213).

105 É dever do juiz, no exame que cabe fazer das provas colacionadas no processo – como tais consideradas apenas aquelas que podem, validamente, ser valoradas – sondar se as existentes, racionalmente consideradas, são suficientes para atender o *standard* estabelecido para os julgamentos proferidos por juízes leigos, que, como veremos adiante, é o da **alta probabilidade**, correspondente ao da “*prova clara e convincente*”, do sistema estadunidense.

106 Marcella Mascarenhas Nardeli em obra de fôlego, assevera que “*no âmbito do juízo por jurados, onde não são explicitadas as razões pelas quais se determinou a condenação ou absolvição do acusado, ganham especial destaque as medidas tendentes a proporcionar formas alternativas de controle sobre a atuação dos cidadãos leigos. É nesse contexto que se inserem os esforços da common law no sentido de zelar pela qualidade do acervo de informações a ser disponibilizado aos jurados, consubstanciando-se como uma medida de controle preventivo da racionalidade do julgamento – ainda que com isso seja necessária a exclusão de determinados elementos de prova. O sistema brasileiro deve se inspirar nesse cuidado com a garantia de uma racionalidade prévia, de modo que a decisão seja alcançada a partir da consideração de um conjunto probatório consistente e confiável, uma vez que também não é capaz de assegurar plenamente um controle posterior sobre o acerto dos veredictos*” (A prova no tribunal do júri, uma abordagem racionalista, Ed. Lumen Juris, 2019, p. 470/471).

provas existentes são insuficientes para cumprir o *standard* probatório estabelecido para o Tribunal do Júri, é seu dever impronunciar.

Assim, a impronúncia é mesmo típico juízo de controle da racionalidade das decisões do Tribunal do Júri. Com ele se procura proteger o réu da possibilidade de vir a ser condenado com apoio em provas débeis, fracas ou pouco confiáveis, inspiradoras, quando muito, de dúvidas razoáveis a respeito da sua culpabilidade. Uma condenação desse tipo enervaria o princípio da presunção de inocência. Esta é a razão pela qual se permite ao juiz proceder à absolvição sumária ou a de instância.

No sistema *common law*, há depuração prévia das provas que serão apresentadas no Tribunal do Júri, para garantir maior racionalidade às suas decisões, evitando-se que elas sejam baseadas em elementos de escasso valor probatório, ou mesmo em provas consideradas ilícitas. Assim se faz porque, no sistema da íntima convicção, se torna impossível saber os motivos conducentes da decisão. Já no sistema *civil law*, a racionalidade das decisões é controlada pela **motivação** que o juiz confere à sentença, em que há de demonstrar os elementos empíricos nos quais a escorou¹⁰⁷.

No sistema da íntima convicção, que regula os julgamentos pelo Tribunal do Júri em nosso país, os jurados não recebem nenhuma instrução quanto ao *standard* de prova exigido para que possam firmar um veredicto condenatório, como ocorre no sistema norte-americano, notadamente no federal. A bem da verdade, não se lhes explica sequer que o réu é protegido pela presunção de inocência e que, na dúvida, devem absolver. Não se lhes informa que não podem considerar as provas ilícitas, nem as informações do inquérito,

107 Jordi Ferrer Beltrán coloca a questão em seus devidos termos dizendo que nos países regidos pelo sistema *common law*, a falta de motivação das decisões judiciais explica a proliferação de regras que **refinam** as provas que poderão ser consideradas, excluindo as que aportem informações pouco confiáveis. “*Em algum sentido, estas regras pretendem garantir **ex ante**, uma maior racionalidade geral das decisões sobre os fatos, ao custo de excluir elementos de julgamento que, mesmo com o valor relativamente baixo, possam fornecer informações relevantes. Nos ordenamentos de **civil law**, ao contrário, o controle de racionalidade da decisão se realiza **ex post**, mediante o controle da motivação. Assim, por exemplo, ante uma prova ou um tipo de prova de muito baixa confiabilidade, o controle da racionalidade poderá funcionar a posteriori sempre que se exija de quem toma a decisão sobre os fatos provados que justifique por que declarou provados esses fatos e qual foi o apoio empírico em que se baseou sua decisão. Será possível verificar, então, se quem tomou a decisão deu peso excessivo a uma prova cuja confiabilidade resulte questionada. Ao contrário, se não se exige motivação da decisão sobre os fatos, o único modo de assegurar normativamente que não se tome a decisão sobre a base de provas pouco ou nada confiáveis é, diretamente, excluí-las do conjunto de elementos de juízo disponíveis*”. (La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana in *Estándares de prueba y prueba científica*, ob. cit., p. 34-35 – destaques nossos)

de que por provas devem considerar apenas aquelas colhidas em juízo, sob o contraditório, etc¹⁰⁸.

Nesse sistema, não há comunicação de como o júri valorou a prova, nem o grau considerado para ter aceito a hipótese acusatória como verdadeira, o que impede a avaliação da aceitabilidade racional do resultado¹⁰⁹.

No modelo brasileiro, todas essas nuances são verificadas na fase da pronúncia, que, em *ultima ratio*, nada mais é que um dialisador que o juiz togado utiliza para joeirar os processos devem ser levados ao Tribunal do Júri, segundo um juízo racional das provas produzidas, principalmente acerca da materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria.

O legislador considera não ter os jurados conhecimentos técnicos jurídicos para tamisar quais provas podem ser consideradas na formação do convencimento, nem o *standard* mínimo exigido para a condenação.

Essa tarefa está a cargo do juiz togado, que, na pronúncia, tem a liberdade de até absolver o réu sumariamente, quando as provas existentes assim o autorizarem. Se notar também que se está diante de um juízo de dúvidas, a impronúncia é o caminho a tomar¹¹⁰.

Em sendo assim, se na fase da pronúncia pode o juiz absolver ou impronunciar, exsurge óbvio ululante que somente podem ser levadas ao Tribunal do Júri as situações em que as provas não permitam a absolvição sumária nem a impronúncia, como absolvição de instância.

O *standard* de prova, na pronúncia, deve se postar entre as situações de absolvição sumária, de impronúncia, e da que o legislador tem como “*decisão manifestamente contrária à prova dos autos*”, todas consideradas à luz do princípio da presunção de inocência, que informa o sistema penal. Esses são os parâmetros para a fixação do *standard* probatório da pronúncia.

108 Minimizaria muito o problema do julgamento *secundum conscientiam*, do Tribunal do Júri, se se exigisse como faz o sistema norte-americano, que os veredictos fossem unânimes.

109 Daí avulta a necessidade de se estabelecer um *standard* de prova para a decisão de pronúncia, que funciona como garantia mínima que a lei oferece ao réu em um sistema de julgamento onde ele é privado de conhecer as razões pelas quais o Tribunal do Júri pode lhe considerar culpado.

110 A dúvida, que autoriza a impronúncia, é apenas aquela que tem amparo nas provas dos autos, quando submetidas à análise de acordo com as regras de lógica, critérios científicos e máximas de experiências admitidas e aceitas.

Já deixamos ver que nada justifica que o *standard* probatório da pronúncia seja o mesmo da denúncia, fixado como sendo de possibilidade ou de “simples probabilidade”.

O artigo 414 do CPP, estabelece que “O juiz, *fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato da existência de indícios suficientes de autoria ou participação*”. O que importa averiguar, então, é qual o grau de probabilidade que se exige de o réu ser o autor ou partícipe do crime contra a vida, para que possa ser levado a julgamento¹¹¹.

Ao contrário da materialidade, que pode ser atestada por exame de corpo de delito, direto ou indireto (CPP, art. 158), realizado por perito oficial, portador de diploma de curso superior ou por duas pessoas idôneas com habilitação técnica (CPP, art. 159, *caput* e §1º), a autoria raramente pode ser comprovada por prova material (como gravação por câmera de segurança, por exemplo). Quero dizer com isso que a exigência de “*indícios suficientes de autoria ou participação*” nada tem a ver com provas menos precisas que as chamadas **diretas**, mas, sim, com o nível de suficiência probatória que cumpra o *standard* estabelecido para que a hipótese acusatória seja levada ao Tribunal do Júri.

Assim, os indícios para a pronúncia devem ser vistos como aqueles que sejam necessários e suficientes **para uma condenação**, não em nível de certeza plena, mas de uma certeza aproximada. Esta, a *mens legis* que o juiz deve considerar, pois não se admite que o réu seja levado a júri sem que existam provas que despontem uma **probabilidade elevada** (não elevadíssima) de ser ele o autor do crime.

Na fase de pronúncia se abrem ao juiz as seguintes alternativas: 1) rejeitar a acusação pela precariedade de provas quanto à autoria e/ou a materialidade – em juízo de cognição equivalente à falta de “justa causa” para o recebimento da denúncia –, impronunciando o réu; 2) rejeitar a pretensão punitiva e absolver sumariamente o réu, com proclamação de sua inocência; 3)

111 Quanto à materialidade, há certo consenso de ser necessária a certeza quanto à existência do crime

desclassificar o crime e; 4) remetê-lo a julgamento popular se as provas não permitirem a adoção de nenhuma das opções anteriores.

Exceto a situação da materialidade do crime, que há de se comprovar fora de qualquer dúvida, para a pronúncia se exige que haja pelo menos “*indícios suficientes de autoria*”.

A questão então é situar o *standard* de prova para compreender o que se deve entender por “**indícios suficientes**”.

Ora, admitindo-se que o *standard* de prova para o recebimento da denúncia – situação em que a presença de indícios de autoria ou participação é requisito indeclinável – é o da possibilidade ou, como advogam outros, o da mera probabilidade (*mais provável que não*), fica claro que, para a pronúncia, o juízo de verificação não pode ser o mesmo, por várias razões: 1) a denúncia não tem assento em provas, mas em elementos informativos; 2) ao órgão acusador se oferece uma fase instrutória para comprovar suas afirmações, o que pressupõe uma progressão no nível de provas; 3) a fase de pronúncia é instituída em favor do réu, para que não venha, sem motivos sérios, enfrentar o *banquillo* ou o banco da vergonha em julgamento popular; 4) a dúvida, quanto à existência de indícios suficientes, favorece o réu nessa fase.

Posto em seus devidos termos, a pronúncia se coloca entre duas situações possíveis: absolvição sumária e impronúncia. Ou seja, entre um juízo de certeza e outro de incerteza. Considerando que a certeza se estabelece como um juízo de **altíssima probabilidade** e o da impronúncia de **média probabilidade**¹¹², a pronúncia há de ser situada como juízo de **alta probabilidade**, que, se pudesse ser medido em números, estaria entre 75 a 90%. Abaixo desse parâmetro, haveria escandalosa afronta ao princípio da presunção de inocência, que se revela intolerante com as situações de dúvidas e de incertezas.

Isso significa reconhecer que o *standard* de prova no Tribunal do Júri não é o de **altíssima probabilidade**, equivalente ao “*além de qualquer dúvida razoável*”, do sistema anglo-saxão.

112 Abaixo de 50%, o fato seria apenas verossímil ou improvável.

No julgamento por juiz togado, uma condenação se apresenta viável apenas quando a hipótese acusatória esteja plenamente confirmada por provas consistentes e confiáveis, com capacidade para anular ou desmentir as contrárias, que dão apoio à contra-hipótese desfilada pela defesa. Em outras palavras, para que ela se considere provada, não pode ser contrariada, racionalmente, por hipóteses alternativas comprovadas, que permitam incutir ao menos um juízo de dúvida razoável. Os fatos provados não de caminhar para uma única conclusão racionalmente aceitável: de ser verdadeira a teoria da acusação.

No julgamento pelo Tribunal do Júri o *standard* probatório é diverso, pois se situa entre a absolvição sumária e a impronúncia, o que permite estabelecê-lo como de **alta probabilidade**, correspondente ao da prova “*clara e convincente*”, dos norte-americanos (*clear and convincing evidence*), que opera entre os *standards* mínimo (*preponderance of the evidence*) e máximo (*beyond any reasonable doubt*).

Esta é a posição de Rafael Fecury Nogueira, que, por parâmetros diversos, chega à mesma conclusão. Embora longo, merece ser transcrito, quase na íntegra, o brilhante raciocínio que desenvolveu em obra singular sobre o tema, *verbis*:

Por fim, no que toca diretamente ao objeto do presente trabalho, analisa-se o standard de prova para se obter a suficiência da prova da autoria ou da participação para a decisão de pronúncia, delimitando-se, enfim, a probabilidade exigida pela prova da autoria dessa decisão. Essa análise passa necessariamente pela função que a pronúncia exerce no procedimento do Júri, a saber, a de análise da consistência da acusação pretendida e de sua evolução no curso do processo para a confirmação ou não da admissibilidade da acusação e consequente envio do feito a julgamento popular.

Dessa maneira, considerando que já houve o recebimento da denúncia admitindo a acusação com base no standard da preponderância da prova (mera probabilidade) antes mesmo da

existência de provas, exclui-se esse modelo de constatação e seu consequente grau de probabilidade para a prova da autoria da decisão de pronúncia.

Isso pelo fato de que, com a denúncia, se está diante de uma proposta de acusação a ser desenvolvida em juízo para ser confirmada com a sentença condenatória nos procedimentos comuns (ordinário, sumário e sumaríssimo) ou com a pronúncia nos procedimentos do Júri, realizando-se a admissibilidade da acusação, em regra, não com base em provas, mas em elementos de informação ainda precários do ponto de vista do contraditório.

Na pronúncia, por sua vez, cumpre-se a própria confirmação da admissibilidade da acusação com base em material probatório coletado no curso do processo em instrução processual contraditória. Assim, já não se analisa mais uma proposta de acusação, mas o próprio resultado da acusação corporificado em juízo em amplo debate contraditório.

Essas duas diferenças entre o juízo da denúncia e o juízo da pronúncia – momento em que são analisadas e a quantidade/qualidade do material probatório valorado – tornam essas duas decisões profundamente distintas, ontológica e teleologicamente, devendo-se, portanto, estender essa distinção à análise probatória que realizam. Isso confirma que, em nenhuma hipótese, o modelo de constatação para a decisão de pronúncia pode se assemelhar ao da denúncia, demonstrando a incoerência de grande parte do raciocínio jurisprudencial utilizado para a decisão de pronúncia, ao vislumbrá-la como mero juízo de admissibilidade da acusação e sem percuciência na análise do conjunto probatório.

Não exigindo a pronúncia um juízo pleno de certeza da prova da autoria ou da participação, como deve ocorrer na sentença final condenatória, afasta-se, por sua vez, o standard da prova além da dúvida razoável por escapar aos requisitos exigidos pela pronúncia e por não ser essa a sua função no procedimento em que está inserida.

Vislumbrando-se o espaço existente entre os standards da preponderância da prova e o da prova além da dúvida razoável, i.e, entre a mera probabilidade e a prova plena, respectivamente, vê-se que o critério de probabilidade proposto pelo standard da prova clara e convincente atende a juízo pretendido com decisão de pronúncia.

Isso porque, como afirmado, ao operar entre a mera probabilidade e a certeza, o standard da prova clara e convincente reclama a alta probabilidade para a sua verificação, estando na linha intermediária entre a preponderância da prova e a prova além da dúvida razoável. Nesse sentido, TARUFFO confirma a clear and convincing evidence “para particulares hipóteses em que o fato deva ser acertado com um grau elevado de confirmação”.

A probabilidade da prova da autoria ou da participação para a pronúncia não pode ser outra senão a probabilidade elevada ou a alta probabilidade, diferente da mera probabilidade, devendo se aproximar mais do juízo de certeza. Nesse sentido GUSTAVO BADARÓ, ao argumentar sobre o grau de probabilidade de decisões que não exigem a certeza, afirma que “para a pronúncia é necessário que, além da prova da existência do crime, haja indícios suficientes de autoria. Neste caso, ‘indício suficiente de autoria’ não significa certeza, mas sim elevada probabilidade”.

Somente com a exigência de uma alta probabilidade da autoria é que a pronúncia pode cumprir com a sua relevante função no procedimento, pois, quanto mais esse juízo sobre a autoria se afastar da mera probabilidade e de seus corolários, como o in dubio pro societate, tão consagrados na jurisprudência atual, mais estará cumprindo essa função.

Não resta, assim, outra solução à prova da autoria para a pronúncia, pois essa decisão apenas pode ser verificada se o quadro probatório inicial se robusteceu com a instrução processual e isso só ocorre se a acusação produz as provas necessárias para confirmar o que descrevera na denúncia. Em outras palavras, deve o juiz verificar

se a proposta condenatória contida na denúncia foi cumprida pela acusação, de modo a se poder levar o acusado a julgamento popular.

Deve haver, portanto, uma melhora qualitativa considerável na prova produzida pela acusação no curso da instrução preliminar, caso contrário, permanecendo o conjunto probatório semelhante ao próximo àquele inicial, a impronúncia será de rigor. Para essa verificação, deve-se ver o que a denúncia imputou e como projetou a comprovação fática de sua hipótese para se fazer um cotejo com a prova que efetivamente foi produzida no curso da instrução. Ressalva-se, porém, que, no procedimento ordinário, o pleito acusatório na denúncia é de condenação após a instrução, enquanto que, no procedimento do Júri, o pleito acusatório na denúncia é de pronúncia após a instrução em face da possibilidade de condenação do acusado pelo juiz de direito.

Vê-se que todo o ônus, todo o encargo de confirmar essa acusação recai sobre o próprio acusador, que dispõe de toda instrução preliminar para lograr esse sucesso, e não sobre o imputado, que se limita a carrear as provas suficientes a demonstrar uma das hipóteses de absolvição sumária. A pronúncia, nessa ótica, é a decisão que confirma a admissibilidade da acusação, caso provada a existência do fato e a alta probabilidade da autoria ou da participação do acusado.

Estabelecendo-se esse modelo de constatação para a prova da autoria da pronúncia de modo a lhe garantir a exigência da alta probabilidade, assegurando-se racionalidade ao procedimento do Júri para suprir a falta de motivação da decisão final no julgamento popular.

Ao se abrir mão desse elevado grau de probabilidade nesse momento decisório, esvazia-se a função da pronúncia tornando frágil todo o procedimento do Júri para permitir uma condenação baseada apenas na mera probabilidade da autoria ou da participação do acusado. Dessa maneira, embora a pronúncia não possua previsão constitucional no contexto da Instituição do Júri, entende-se

que é ela quem garante a racionalidade ao seu procedimento. Assim, ao mesmo tempo em que o Código de Processo Penal, ao regular a Instituição do Júri, retira a racionalidade probatória ao dispensar a motivação das decisões dos jurados para manter a principal característica do Júri clássico, compete-lhe compensar essa ausência de motivação com um mecanismo que lhe devolva parcela significativa dessa racionalidade perdida.

*Essa compensação vem, portanto, por meio de uma decisão que assegure a verificação da prova plena da existência do fato imputado e da alta probabilidade da autoria ou da participação desse fato, que se concretiza hoje com a pronúncia*¹¹³.

O juízo da pronúncia não se resolve, então, com a verificação de que a hipótese acusatória, àquela altura do procedimento, se mostra mais provável que o da hipótese da inocência. Também não se trata, como já disse, de escolha que o juiz possa fazer entre uma e outra, especialmente quando considera que a da acusação não esteja inteiramente descartada ou que possa ela ganhar reforço no plenário do júri, com a produção de outras provas.

Tudo isso mostra a necessidade de rever a interpretação do que se pode considerar como decisão “*manifestamente contrária à prova dos autos*”, que autoriza seja a decisão do júri cassada e renovado o julgamento (CPP, art. 593, III, d).

Quero com isso afirmar que a referida expressão não pode continuar a ser entendida como aquela que não tem apoio nenhum na prova dos autos, a que “*seja absurda, escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do conjunto probatório constante dos autos*” (...); “*Aquela que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório(...)*”; “*aquela que foi proferida ao arrepio de tudo que consta dos autos, enfim, é aquela que não tem qualquer prova ou elemento informativo que a suporte ou justifique*”, etc.¹¹⁴.

113 A decisão da pronúncia no processo penal brasileiro, Ed. Lúmen Júris, 2018, p. 182-185.

114 Renato Brasileiro Lima, Código de processo penal comentado, Ed. JusPODIVM, 2016, p. 1420.

Essa posição não combina com o *standard* probatório da pronúncia e desafina do princípio da presunção de inocência, que não admite que a condenação seja embalada em qualquer tipo e nível de prova. Muito frágil seria essa presunção se a inocência pudesse ser desconstruída por provas mambembes, que, ainda que existentes nos autos, não prestam para arrostar o *in dubio pro reo*, que é a manifestação mais proeminente do princípio em referência, de cariz constitucional.

É limitado o entendimento de que o princípio em apreço significa apenas que o réu não precisa provar sua inocência, mas a acusação a sua culpa. Como regra de juízo, é ele que informa o juiz como proceder em caso de dúvidas, quando as provas não propendem na direção única da culpa. Se elas permitem outros juízos razoáveis, não inteiramente descartáveis racionalmente, há um estado de dúvida, que não pode e não deve ser resolvido pela preponderância das provas (*mais provável que não*).

Como etapa depuradora da admissibilidade da acusação, a lei veda que se mande ao Tribunal do Júri situações em que, não obstante a atividade probatória desenvolvida no *jus accusationis*, sobressaiam dúvidas quanto à autoria ou participação do réu no ilícito penal.

O estado de dúvida¹¹⁵ aciona o gatilho da parêmia *in dubio pro reo*, que tem inteira aplicação na pronúncia, não para rejeitar definitivamente a hipótese acusatória, mas para impedir que alguém, com probabilidade significativa de ser inocente, seja levado a julgamento pelo júri popular, havendo risco de a sorte do acusado ser decidida com a mesma segurança de um jogo de dados.

Esta é a interpretação que se afina e se conforma com o princípio da presunção de inocência, informador de todo o processo penal. Como regra de julgamento, o *in dubio pro reo* é inteiramente pertinente na fase da pronúncia, aplicável para impronunciar o réu¹¹⁶.

115 Claro que as **dúvidas** que autorizam a impronúncia não podem ser aquelas abstratas, que se situam no campo da conjectura, da possibilidade de o réu ser inocente, mas daqueles em que o conjunto das provas da acusação não conseguem descartar a hipótese de inocência, considerada dentro de um juízo de probabilidades. Se as dúvidas não podem ser superadas, segundo um raciocínio lógico, a absolvição é de rigor.

116 Como corolário do princípio da presunção de inocência, o *in dubio pro reo* é plurifinalista, o que o torna aplicável em todas as decisões em que houver determinado *standard* probatório a ser cumprido.

Na mesma toada, afronta abertamente a presunção de inocência toda condenação – incluindo a proferida no Tribunal do Júri – baseada em *standard* de **probabilidade prevaiente** (*mais provável que não*), quando os motivos afirmativos suplantem minimamente ou aproximadamente os negativos (lembrando que 51% já atenderiam esse *standard*). Ora, tal situação é **estado de dúvida**, pois inexistem razões sérias e bastantes para afastar, com segurança, a hipótese de inocência.

Aqui reside o equívoco de parte da doutrina e da jurisprudência em achar que o *in dubio pro reo*, como corolário do princípio da presunção de inocência, tem seu âmbito de aplicação apenas se for para absolver o réu. Este é o grande equívoco, que leva a um outro maior, totalmente inverso e descabido, que é o propalado *in dubio pro societate*, que tem sido fonte de incontáveis injustiças.

A impronúncia não impõe que o juiz esteja absolutamente seguro de que o réu não foi o autor ou partícipe do crime, o que, de resto, conduziria à absolvição (CPP, art. 415, II). Basta que ressaíam **dúvidas** ao juiz. E a dúvida que autoriza a impronúncia tem ramificação calibrosa no princípio da presunção de inocência.

Esta é a posição adotada no mais profundo estudo sobre o princípio da presunção de inocência feita no Brasil:

“No instante de o julgador decidir ou não pela pronúncia do acusado, como se está diante de um novo momento de exame da legitimidade da imputação para que a persecução penal alcance outra fase processual (o julgamento perante o Tribunal do Júri), o raciocínio se daria da mesma forma como antes observado para a denúncia. A decisão de pronúncia só poderá existir se o juiz estiver “convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”. O termo “convencido”, escolhido pelo legislador de 2008, não deixa margem para interpretações de que o juiz não poderá pronunciar em caso de “dúvida” fática sobre a demonstração de materialidade e de autoria. Dúvida não é

convencimento. Convencimento é certeza, quanto à materialidade e à autoria ou participação, para legitimar o envio do caso ao juiz natural do Tribunal do Júri, superando-se, assim, mais um degrau cognitivo e anterior ao mérito.

Em caso de dúvida quanto à materialidade ou à suficiência dos indícios de autoria, deverá o juiz decidir favoravelmente ao acusado, ou seja, aplicando in dubio pro reo, deverá impronunciá-lo. Não há que se falar em in dubio pro societate, porquanto impróprio, inconstitucional e imprevisto em nossa legislação”¹¹⁷

O *in dubio pro reo*, como manifestação do princípio da presunção de inocência, vigora em todas as fases do processo penal, inclusive na pronúncia, quando houver dúvidas sobre a existência do crime ou de quem seja seu autor.

As decisões que o juiz profere no processo devem ser iluminadas pelo princípio da presunção de inocência, como “norma de juízo”, e pelo *favor rei*, como postulado axiológico na interpretação da lei, segundo os valores constitucionais que informam o processo penal.

Jordi Ferrer Beltrán, em artigo antológico sobre à presunção de inocência, anotou:

“Tem-se sustentado, reiteradamente, quase como um lugar-comum, que a presunção de inocência tem um papel determinante como princípio informador de todo processo penal. Assim, o Tribunal Constitucional declarou que a presunção de inocência “serve de base a todo procedimento criminal e condiciona a sua estrutura, constituindo um dos princípios cardeais do direito penal contemporâneo, em sua faceta substantiva e formal. Nesse sentido, a presunção de inocência atuaria como limite ao poder legislativo e

117 Maurício Zanoide de Moraes, Presunção de inocência, p. 421-422.

como critério condicionador das interpretações das normas vigentes” (STC 109/1986, F. J. 10).

Parece, pois, que a interpretação jurisprudencial constitucional do art. 24.2 da Constituição Espanhola extrai destas duas normas de obrigação direcionadas aos poderes públicos estatais: por um lado, uma norma cujo destinatário é o legislador ordinário e que se impõe regular de determinado modo o processo penal. Por outro, uma norma direcionada aos juízes e tribunais lhes obrigando a seleccionar interpretações dos dispositivos processuais que sejam compatíveis com a presunção de inocência”¹¹⁸.

Essa magistral lição permite emendar que, pelo princípio do *favor rei*, a interpretação que se deve dar à expressão “**indícios suficientes de autoria**” (CPP, art. 413) deve ser condizente com a presunção de inocência, que regula todas as fases do processo em que o juiz é chamado a proferir uma decisão. Enquanto o *in dubio pro reo* resolve dúvidas de ordem fáticas no processo, o *favor rei* auxilia o juiz na interpretação que se deva dar aos textos legais, para conformá-los com os valores supremos da Constituição Federal.

O *favor rei*, que tem sua base informadora nos “*ideais de igualdade, dignidade da pessoa humana e proteção da liberdade e do patrimônio do cidadão, por meio de um devido processo legal, (...) incide tanto no campo legislativo, para conformação de leis que visam garanti-los (os ideais), quanto no campo judicial, na medida que indica ao julgador qual é a opção axiológica definida constitucionalmente e que ele também deverá interpretar o dispositivo legal (extrair a norma ou sentido do texto da lei) ao caso concreto*”¹¹⁹.

Estes e outros princípios visam equilibrar as posições entre o Estado e o réu, por meio de mecanismos de compensação, dos quais são exemplos o *favor rei*, o *in dubio pro reo*, o direito de não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), o direito ao silêncio, os embargos infringentes, ação de revisão criminal, etc.

118 Revista Brasileira de Direito Processual, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, janeiro-abril, 2018.

119 Maurício Zanoide de Moraes, *ob. cit.*, p. 365.

De tudo o que se expôs, exsurge evidente a inaplicabilidade do surreal princípio *in dubio pro societate*, ao qual se constrói templos para deificação.

Atrás de cada condenação injusta, quase sempre há um Juiz-Pilatos que lava as mãos ao pronunciar quando deveria absolver ou impronunciar¹²⁰.

Na verdade, *in dubio pro societate* é um nada jurídico, ou como diz a repetida e abalizada frase de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, “*um absurdo lógico jurídico*”¹²¹. No processo penal, a dúvida que tem respaldo legal e constitucional é a que protege o réu, pois é a única que se coaduna com os valores da sociedade, que não tem mais interesse em condenar do que em absolver. Um exército de autores abomina o uso indevido desse princípio para levar a julgamento as situações de dúvidas quanto à autoria ou participação do réu no crime¹²².

O badalado *in dubio pro societate*, além de ser desprovido de mínimo amparo legal, confronta o texto constitucional, que erigiu, como corolário do princípio maior da dignidade humana, a presunção de não culpabilidade.

Tem razão Rafael Fecury Nogueira quando assevera: “*trata-se de um critério de decisão que, em um claro eufemismo, significa in dubio contra reo, que foi criado pela escola positiva de Enrico Ferri para oposição ao in dubio pro reo para certos casos, pessoas ou situações específicas*”¹²³.

120 Faço coro com Laís Gonçalves Vasconcelos quando afirma que “*as críticas aos absurdos das decisões proferidas pelos jurados deveriam levar em conta que o veredito só foi possível porque, em alguns momentos, um juiz togado julgou admissível juridicamente a proclamação da culpa do acusado por um crime doloso contra vida*”. Nesse ponto, Gustave Le Bon afirma: “*mas como pode esquecer que os erros de que do júri é acusado são sempre cometidos primeiro por juizes, visto que o acusado submetido a júri foi considerado culpado por vários magistrados: o juiz da instrução, o procurador da República e o Tribunal de acusação*”. (Apud, Paulo Thiago Fernandes Dias, A decisão de pronúncia baseada no *in dubio pro societate*, Ed Emais, 2018, p. 196)

121 Obras em processo penal, Editora Singular, 2018, P. 431

122 Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (*ob. cit.*, p. 431); Alexis de Couto de Brito e outros (Processo penal brasileiro, Ed. GEN/Atlas, 2014, p. 299); Aury Lopes Júnior (Direito processual penal, Ed. Saraiva, 2019, p. 359); Felipe Consonni Fraga (O (falso) princípio *in dubio pro societate*, Ed. Scortecci, 2015); Rafael Fecury Nogueira (*ob. cit.*, p. 215 e sgts); Paulo Thiago Fernandes Dias (A decisão de impronúncia baseada no *in dubio pro societate*, Ed. EMais, 2018, p. 183); Maurício Zanoide de Moraes (*ob. cit.*, p. 412); Sérgio Rebouças (Curso de direito processual penal, Ed. JusPODIVM, 2017, p. 1131-1132); Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (Princípios do processo penal, Ed. Rev. dos Tribunais, 2009, p. 99); Gustavo Henrique Badaró et al (Comentários ao código de processo penal, Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 413-414).

123 *Ob. cit.*, p. 216-217.

De fato, não há como negar que decidir com base no *in dubio pro societate* é decidir contra o imputado, é decidir contra a presunção de inocência, que impõe o único critério de decisão constitucionalmente válido e legitimamente aceitável em caso de dúvida do julgador no momento decisório, a saber, o *in dubio pro reo*. Enfim, cuida-se de critério que viola a ordem constitucional brasileira¹²⁴.

De mais a mais, a admissão do *in dubio pro societate* viola, a peito aberto, o princípio da presunção de inocência, pois acaba por transferir ao réu o ônus de provar, acima de dúvidas razoáveis, que não há elementos probatórios que justifiquem sua submissão a julgamento popular, o que é inconcebível em nosso sistema jurídico.

Nesse diapasão, seria do réu a carga probatória de demonstrar que não subsistem dúvidas de sua inocência, pois somente essa situação o livraria de ser julgado pelo Tribunal do Júri. Como dá nota Paulo Thiago Fernandes Dias, a adoção do *in dubio pro societate* segue esse raciocínio, porém invertendo a obrigação de superar a dúvida (que sai das mãos da acusação e passa para a defesa), já que o acusado se veria, durante o *judicium accusationis*, obrigado, probatoriamente falando, a não permitir que o juiz chegue à decisão de pronúncia em estado de dúvida. Em resumo: trata-se de uma inversão probatória extremamente perigosa, já que a regra do *in dubio pro reo* cede vez ao inconstitucional e acusatório *in dubio pro societate*¹²⁵.

Outro motivo que tem levado os tribunais, em caso de dúvida, a pronunciar o réu, é o (esfarrapado) argumento de que não se pode usurpar a competência do Tribunal do Júri. Esquecem que, sendo escalonado o procedimento dos crimes contra a vida, o juízo natural do Tribunal do Júri somente se instaura com a pronúncia. Antes de remeter o processo para julgamento popular, a competência é toda do juiz togado, que está autorizado até a absolver o acusado. E não há inconstitucionalidade na competência que se lhe dá para tratar as situações que serão julgadas pelo júri popular. Quanto a isso, não se põem dúvidas.

124 Rafael Fecury Nogueira, *ob. cit.*, p. 219.

125 A Decisão de pronúncia baseada no *in dubio pro societate*, Ed. EMais, 2018, p. 183.

Não há malferimento à soberania do Tribunal do Júri quando o juiz absolve ou impronuncia o réu. Nessa fase, como pondera Guilherme de Souza Nucci, o controle do Judiciário deve ser cumprido com firmeza. Se existem provas para condenar, o juiz envia o caso ao júri. Não havendo provas mínimas para sustentar uma condenação, por que mandar o réu a julgamento pelo tribunal popular? Somente para, em caráter formal, cumprir os pretensos “*mandamentos constitucionais*” (soberania dos vereditos e competência para apreciar os crimes dolosos contra vida)? ¹²⁶.

A soberania do júri diz respeito à impossibilidade de o próprio juiz togado condenar, e o Tribunal de Justiça substituir a decisão do Tribunal do Júri. Ao primeiro se veda unicamente condenar o réu. Ao segundo, substituir a decisão por outra¹²⁷.

Por fim, a pronúncia, muitas vezes, é justificada no equivocado argumento de que não pode juiz exercer cognição exauriente nessa fase, imiscuindo-se em questões que, em seu entender, devem ser resolvidas pelo júri popular.

Muito se debate a respeito do tipo de cognição que pode o juiz realizar na fase da pronúncia, se limitada ou profunda no âmbito horizontal e vertical.

A nosso ver, ela é ditada pela natureza da decisão a ser proferida.

Não sendo o caso de absolvição, de desclassificação ou de impronúncia, deve o juiz indicar, na decisão da pronúncia, a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria ou participação (CPP, art. 413, §1º), fundamentando-a nas provas produzidas no chamado sumário da culpa, as quais se permite somar apenas as irrepetíveis, as cautelares e as antecipadas.

Verificando estar frente a uma situação de pronúncia, sua **motivação** deve ser contida e comedida, evitando influir no ânimo dos jurados,

126 Guilherme de Souza Nucci, *apud* Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Obra em processo penal, Ed, Singular, São Paulo, 2018, p. 441.

127 Se a soberania do júri, no entender ao *communis opinio doctorum*, significa a impossibilidade de outro órgão judiciário substituir ao júri na decisão de uma causa por ele proferida – soberania dos vereditos traduz, *mutatis mutandis*, a impossibilidade de uma decisão calcada em veredicto dos jurados ser substituída por outra sentença sem esta base (José Frederico Marques, O júri no direito brasileiro, Ed. Saraiva, 1955, p. 73).

a quem serão entregues cópias da decisão (CPP, art. 472, parágrafo único). Não significa dizer, entretanto, que não possa, nessa fase, avaliar com profundidade as provas existentes.

Pode e deve! Uma coisa é a cognição vertical profunda sobre a prova; outra, sobre os argumentos das partes. O que se veda ao juiz é esboroar a(s) tese(s) defensiva(s), esvaziando ou neutralizando os argumentos que serão levados ao Tribunal do Júri. Mas a prova colhida em instrução, necessariamente há de ser analisada em seu todo, até para verificar se é mesmo o caso de submeter o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Noutras palavras, o limite que se impõe ao juiz não é quanto à valoração das provas, que devem ser analisadas em extensão e profundidade, mas quanto à motivação que possa externar, que é medida pelo tipo de decisão a tomar.

Todos reconhecem que o juiz, convencendo-se de que se trata de absolvição sumária, fará a mais ampla e possível cognição quanto às provas e aos argumentos das partes, cumprindo o dever constitucional da motivação.

Contudo, a cognição não tem a mesma extensão na situação de a decisão for pela pronúncia, quando será ela confinada “à *indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*”. (CPP, art. 413, §1º)

Se o réu, em sua defesa, não contesta a autoria e a materialidade do delito, mas invoca em seu favor a legítima defesa, por exemplo, o juiz, verificando não ser a hipótese de absolvição sumária, pode explorar exhaustivamente as primeiras, e moderada e cautelosamente a causa de exclusão da ilicitude. A análise das provas quanto à autoria e à materialidade se dá em cognição profunda; da hipótese defensiva, em cognição limitada, que externe apenas um juízo de probabilidade fática e jurídica da procedência da hipótese acusatória.

Na sentença de pronúncia deve o juiz demonstrar, com apoio na prova dos autos, o motivo por que entende presentes indícios suficientes de autoria ou participação no crime contra a vida, não podendo a

valoração desse requisito ser arbitrária ou justificada em afirmações que não possam ser explicadas racionalmente.

É a motivação que permite o controle do subjetivismo empregado pelo juiz na interpretação da prova e do direito. Depois, como lembra Marina Gascón Abellán, se a motivação não é diretamente uma garantia de verdade, o é indiretamente, na medida em que permite um controle sobre esse espaço de discricionariedade que é o âmbito da livre valoração¹²⁸.

Impõe-se, pois, ao juiz explicitar as razões pelas quais reconhece a existência de prova da materialidade e indícios suficientes da autoria ou participação para submeter o réu a julgamento pelo júri popular, demonstrando, com apoio nas provas existentes, a racionalidade do seu entendimento, que há de ser objetivo e logicamente justificável.

Nessa missão, ao juiz cumpre verificar se o órgão acusador apresentou provas para submissão do denunciado ao tribunal popular, lembrando que, em um sistema em que o réu tem a égide da presunção de inocência, toda a carga probatória pesa sobre quem acusa, que carrega o ônus de satisfazer o *standard* de prova que a condenação, pelas implicações que dela decorrem, exige e reclama.

Se o que a Constituição Federal presume é a inocência, a desconstituição dessa presunção é sempre de quem quer desacreditá-la.

Nesse diapasão, ao Ministério Público recai o dever de apresentar elementos que satisfaçam o *standard* de prova que autoriza seja o réu levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, que, como vimos alhures, não transige com um juízo de simples “possibilidade” ou de “mera probabilidade”, exigindo-se mesmo **probabilidade elevada**, que, embora não atinja o grau de certeza, permite derrotar a presunção de inocência, de acordo com o *standard* fixado para os julgamentos populares.

Nestas explanações, impõe-se afastar o equivocado argumento de que, na fase da pronúncia, se permite trabalhar com um *standard* probatório reduzido, fiando-se na possibilidade que tem a acusação de produzir

128 Prueba e verdades en el derecho, p. 97.

provas no plenário do júri, como reconhece alguns julgados, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

Se o raciocínio for o de que há sempre a chance de se provar a hipótese acusatória no Tribunal do Júri, o juiz não poderia desclassificar o delito, nem impronunciar ou absolver o réu na fase da pronúncia porque estariam sempre entreabertas as portas para o Ministério Público suprir a insuficiência probatória ou até alterar o quadro de provas que, nessa etapa do procedimento, se apresenta favorável ao réu.

Essa não é, definitivamente, a *mens legis* do dispositivo que estabelece um segundo controle de viabilidade da persecução penal.

O processo penal descortina duas grandes fases: a da instrução e a do julgamento. Nos crimes contra a vida, não se abre uma terceira fase, pois a instalação do Tribunal do Júri representa exatamente a fase de julgamento, de modo que a produção de provas, que perante ele se permite realizar, é apenas contingencial, facultativa. Sua finalidade é apenas de reforço às já existentes – que hão de ser bastantes e necessárias, por si só, à condenação – ou de apoio à retórica que predomina nesse tipo de julgamento.

O que o juiz deve ter em conta, na fase da pronúncia, é se as provas existentes **até aquele momento** – não autorizando elas a absolvição ou a desclassificação do crime – são suficientes para que o júri possa cominar uma sanção penal; do contrário, deve impronunciar.

Ao Ministério Público, conforme já salientado em outro lugar, se oferece toda a fase do *jus accusationis* para provar suas alegações. Se não desempenha a contento o ônus da prova que lhe cabe, a impronúncia não deve ceder lugar à sua incúria.

A possibilidade que se abre às partes de produzirem provas perante o corpo do júri deve ser considerada como sendo de reforço, de complementação, e não como espaço que o Ministério Público tem para provar sua hipótese acusatória. Ademais, quando se trata de testemunhas já inquiridas no sumário da culpa, no mais das vezes o novo chamado delas tem apenas a finalidade de impressionar os jurados, e não de acrescentar ou prover o acervo probatório.

De mais a mais, não pode o juiz, em exercício de quiromancia, considerar que o Ministério Público irá exercer a faculdade de requerer a produção de provas no plenário do júri, providência não muito usual na realidade brasileira.

Considerar a possibilidade de o Ministério Público fazer provas apenas em plenário, é pôr em risco a liberdade do réu, que pode ser condenado com base em provas insuficientes e até mesmo contra a prova dos autos. É bem verdade que novo julgamento poderá ser ordenado pelo Tribunal, na situação em que o veredicto “for manifestamente contrário à prova dos autos”, que é conceito poroso e ainda mal compreendido nos tribunais, os quais consideram como tal apenas as decisões teratológicas, mas não aquelas que tenham suporte probatório mínimo, insuficiente, entretanto, para atender o *standard* probatório.

Depois, há sempre a possibilidade de o réu, submetido a novo julgamento, vir a ser novamente condenado e, com isso, ser levado à prisão se tiver que aguardar o desfecho de uma ação revisional, nem sempre posta à disposição daqueles menos favorecidos economicamente, dado que depende dos trabalhos da atarefada Defensoria Pública.

Por fim, arremato perguntando qual deve ser o *standard* de prova que o Tribunal do Júri deve observar para que a presunção de inocência seja vencida. Quando um julgamento deve ser considerado “*manifestamente contrário à prova dos autos*”?

A lei considera, como já se mostrou em abundância, a possibilidade de o processo penal trabalhar com vários níveis de *standards* de prova. Depois, devemos ter sempre presente que a definição de um *standard* probatório é uma escolha político-valorativa do legislador.

A singularidade dos julgamentos populares permite, sem ofender o princípio da presunção de inocência, a fixação de um *standard* inferior ao do **altíssima probabilidade**, reservado aos julgamentos por juiz togado, em que a motivação franqueia rastrear os caminhos que a decisão palmilhou para chegar à condenação.

Com o fim de equilibrar a possibilidade de os jurados poderem absolver fora dos parâmetros legais – como se dá quando julgam por clemência, piedade ou compaixão –, o legislador estabeleceu, em respeito e consideração à igualdade com a acusação, um afrouxamento no *standard* de prova para a condenação nesse tipo de julgamento, contentando-se com um juízo de **alta probabilidade**.

Significa, portanto, dizer que, no julgamento pelo Tribunal do Júri, a lei tolera um número maior de ocorrências dos chamados **falsos positivos**, que são compensados com possibilidade ampla que se concede aos jurados de absolver pelas mais variadas razões¹²⁹.

Assim, a presunção de inocência não é incompatível com o *santdard* da **alta probabilidade**, equivalente ao da *prova clara e convincente* dos norte-americanos, pois se, de um lado, dá ao réu o favor de ser absolvido com fundamento em explicações que podem até ser consideradas absurdas, de outro premia o órgão acusador com o rebaixamento do nível de exigência probatória para a condenação.

Todavia, não se pode mais transigir com condenações assentadas em provas que não atendam esse *standard* mínimo. A presunção de inocência não será garantia nenhuma se se puder considerar, para a condenação, um *standard* de **simples preponderância** (*mais provável que não*).

A soberania do júri, assegurada em nível constitucional, não é maior nem se sobrepõe à presunção de inocência, que integra o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em assim sendo, é chegada a hora de se pôr fim à (in)cômoda tolerância com condenações que afrontem o princípio da inocência, como ocorre quando o julgamento é realizado sob o *standard* da **simples preponderância** (*mais provável que não*).

O *standard* da **probabilidade prevalecente** (*mais provável que não*) tem sido usado, inclusive, nas situações em que a preponderância das

129 Advogo o entendimento de que não cabe recurso de apelação contra veredicto de absolvição proclamada com base no quesito genérico do art. 483, §2º, do CPP. Nesse sentido a decisão do STF no RHC n. 117.076/PR, relatado pelo Min. Celso de Mello.

proposições afirmativas sobre as negativas se situa a em nível inferior ao mínimo exigido para que um enunciado fático se categorize como provável (>50%)¹³⁰.

A bem da verdade, nem este *standard* tem sido bem compreendido. É preciso colocá-lo no seu devido carril.

O *standard da probabilidade prevalecente* (*mais provável que não*) não significa que sempre e sempre o juiz deve optar pela hipótese que sobressaia sobre a hipótese rival, tendo a prevalência como único critério a ser atendido. Se a hipótese prevalecente não alcançar foros de verdade em nível que suplante 50%, deve ser considerada não provada e a causa decidida com base no ônus da prova, ainda que, repito, tenha maior confirmação que a hipótese contrária¹³¹.

Em nome da soberania do Tribunal do Júri – o qual não guarda a significação que os tribunais vêm lhe emprestando – se tem admitido condenações com esteio em baixíssimos níveis de comprovação probatória, que esfolam, a mais não poder, a presunção de inocência, que não convive com *standards* probatórios que se evidenciem inferiores ao da **alta probabilidade**.

Já tarda a hora de os tribunais alterarem alguns conceitos sobre o Tribunal do Júri, especialmente no tocante a valores jurídicos acima referidos, que hodiernamente são desconsiderados, quando não desprezados.

Um passo gigante deu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.067.392/CE, quando conferiu compreensão do *standard* de prova que deve observar o juiz para decidir se deve ou não o réu ser levado às barras do Tribunal do Júri, bem assim da prevalência, nessa fase, do *in dubio pro reo*, sobre o famigerado *in dubio pro*

130 Abaixo desse patamar, entramos na zona do improvável ou até do inverossímil.

131 Assim se vê em Michelle Taruffo, que a clara como opera o critério da probabilidade prevalecente com o seguinte exemplo: se o enunciado **A** tem um grau de confirmação de 40%, e o enunciado **B** conta com um grau de confirmação de 30%, a regra da probabilidade prevalecente indicaria como racional a eleição do enunciado **A** porque é mais provável que o enunciado **B**. Não obstante, isto não é assim porque a regra do “*mais provável que não*”, nos diz que é mais provável (60%) que o enunciado **A** seja falso e não verdadeiro; enquanto que o enunciado **B** é falso com a sua probabilidade de 70%. Nenhuma das duas hipóteses conta com uma probabilidade prevalecente. Surge desta maneira um critério que provem da correta interpretação da regra da probabilidade prevalecente, que pode definir-se como o *standard* de grau mínimo necessário de confirmação probatória apta para que um enunciado possa ser considerado verdadeiro. Este *standard* indica que é racional assumir como fundamento da decisão sobre um fato aquela hipótese que obtém das provas um grau de confirmação positiva prevalecente, não apenas sobre a hipótese simétrica contrária, mas também sobre todas as outras hipóteses que tenham recebido um grau de confirmação positiva superior a 50% (Conocimiento científico y estándares de prueba judicial, disponível em <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v38n114/v38n114a13.pdf>)

societate. Foi o primeiro grande clarão a romper a escuridão que predomina sobre o tema.

Pela fina pena e refinada inteligência do Ministro Gilmar Mendes, o Pretório Excelso assentou que, *“para a pronúncia não se exige uma certeza além da dúvida razoável, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um standard probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias”*.

Parece-me que esta importantíssima e paradigmática decisão abriu caminhos para compreender que há um *standard* de provas a ser respeitado na fase de pronúncia, cuja inobservância torna ilegítima a submissão do réu a julgamento popular. Não por outra razão, a Corte Suprema, no aludido julgamento, concedeu a ordem de *habeas corpus* de ofício para restabelecer a sentença de impronúncia de dois dos três réus acusados no processo.

AS INFORMAÇÕES DO INQUÉRITO POLICIAL E O CONTRADITÓRIO

Definido o *standard* de provas a se cumprir na pronúncia, outra questão interessante é saber se as informações do inquérito podem ser consideradas nessa fase, na verificação do nível de prova para que o réu seja levado a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Não se trata de tema novo, mas malcompreendido, que está a merecer uma mudança de paradigma nos tribunais, que, lamentavelmente, têm subdimensionado o princípio acusatório e se valido das informações do inquérito policial para justificar a pronúncia do réu, não raras vezes nem como “prova” de reforço a outras colhidas em regular instrução, mas “exclusivamente” nelas.

É preciso despirmo-nos da velha roupa da fantasiosa busca da verdade real ou material, que, muitas vezes, é a mola propulsora da

tentação de o juiz se valer das informações do inquérito policial como prova “*corroborativa*” daquelas recolhidas sob as garantias processuais.

O dia a dia de julgamentos nos mostra que essa incursão no inquérito policial tem razão na insegurança, na dúvida que assalta o espírito do juiz quando avalia as provas do processo. Se estas bastam, se se revelam suficientes para firmar um posicionamento, por que socorrer-se do inquérito?

Olvidam a vibrante realidade incontrastável de que a verdade é sempre limitada, devendo ser resolvida no processo em termos de probabilidade, não a matemática, mas a lógica, porque não se pode medi-la em números, não obstante as incontáveis tentativas de quantificá-la.

A verdade real não é e não pode ser a finalidade do processo penal, até porque nunca será possível reconstruí-la historicamente. Talvez por isso se diga que ela nunca aporta em sua inteireza e pureza no processo, ficando, quase sempre, nas escadarias dos tribunais.

E convenhamos: qualquer sistema que se empenhe em estabelecer um *standard* de prova exigente, como é o do processo penal, não pode se preocupar com a verdade real, visto que o objetivo maior é evitar condenações errôneas (falso positivo), o que abre flancos para absolvições indevidas (falso negativo). Embora a verdade seja ideal a ser perseguido, não passa ela de doce quimera, pois o processo penal não tem o objetivo primário de buscar a verdade, pois conforme diminui a possibilidade de se errar ao declarar provado um fato, aumenta a possibilidade de errar ao dá-lo por não provado¹³².

O conflito deve ser resolvido – e não se permite o *non liquet* – segundo o provado no processo. E não adianta inventar nada, nem mesmo se valer de expediente de natureza inquisitiva, já *démodé* no mundo civilizado.

Sentença justa é a que é ditada com pleno respeito às garantias constitucionais e legais do processo penal. Justiça não se faz a

132 É o que se lê em Marina Gascón Abellán quando, com apoio em Michele Taruffo, afirma que “*um processo governado por um SP (standard de prova) muito exigente não tem como objetivo primeiro a busca da verdade, ou, mais precisamente, a eliminação de erros, pois, conforme diminui a possibilidade de errar ao declarar provado um fato, aumenta a possibilidade de errar ao dá-lo por não provado*” (Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, Cuadernos de filosofía del derecho, Doxa, 2005, p. 28).

qualquer preço, com violação de princípios e regras que visam assegurar o equilíbrio nos pratos da balança da Justiça, que não pode ser como a do comerciante desonesto, que rouba no preço e na mercadoria.

Em nome da utópica e inalcançável “verdade real”, não se podem tomar como verdadeiros os fatos e as provas apresentadas ou formadas ao arrepio da Constituição Federal e das leis. Uma prova ilícita, por exemplo, embora possa retratar e confirmar a realidade de um fato histórico, não pode ser considerada na formação do convencimento do juiz.

Daí a importância de distinguir entre uma proposição **ser verdadeira** e **ser tida por verdadeira**.

A verdade que se produz é a formal, aquela que revela uma versão aproximada do acontecimento histórico, **legalmente introduzida no processo**. As informações recolhidas no inquérito, conquanto possam traduzir a realidade do fato criminoso, não se lhe podem atribuir valor de verdade.

Desse modo, mesmo verdadeiras as informações levantadas pela autoridade policial, se não reproduzidas em juízo, sob todas as garantias processuais, devem ser desprezadas e desconsideradas na fundamentação da sentença, ainda que em apoio e reforço às provas legalmente admitidas e produzidas no processo¹³³.

O juiz deve ter a consciência de que a única verdade que se pode alcançar é aquela que deflue **do** processo, da que **está** no processo e validamente introduzida **no** processo. É válido, e ainda muito atual, o brocardo segundo qual o que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*).

Não há outra alternativa ao juiz senão resolver a contenda à luz das provas que as partes introduziram no processo com observância e

133 Mesmo que a realidade nua e crua do acontecimento criminoso seja aquela elucidada no inquérito policial; mesmo que o juiz esteja plenamente convencido da existência do crime, bem como da autoria e da ausência de causas que excluam a responsabilidade penal do réu, a absolvição será a única alternativa viável na situação de as provas produzidas no processo não terem força, capacidade ou aptidão para, **por elas apenas**, firmar uma condenação.

respeito aos princípios e regras que as legitimam, as únicas que se lhe autorizam considerar na formação de seu convencimento.

O juiz fica vinculado ao material probatório recolhido em regular instrução criminal, e apenas a ele, salvo as provas irrepetíveis, as cautelares e as antecipadas. A sua convicção há de nascer, desenvolver e se formar unicamente com base nas provas praticadas em juízo oral, sob o contraditório das partes.

Cumpra ao juiz resistir às tentações de se servir do inquérito policial, que tem por objetivo a formação da *opinio delicti* do Ministério Público. É por meio do inquérito que se ajuntam evidências da ocorrência do fato criminoso e de seu possível autor, pelos mais variados meios, alguns, inclusive, com a participação do juiz, quando a diligência realizada for protegida por reserva de jurisdição. Além de servir à instauração da ação penal, é com base nas informações do inquérito que o juiz recebe ou rejeita a denúncia, como também decreta medidas com natureza de prova – como a interceptação telefônica, a busca e apreensão, realização de perícias, etc. –, que, quando submetidas ao contraditório diferido, permitem sejam valorizadas e tomadas em conta na motivação da sentença.

O inquérito esgota sua finalidade com oferecimento da denúncia, ou com o próprio arquivamento.

Quando o Ministério Público lança sua hipótese acusatória, propõe-se a prová-la em instrução criminal¹³⁴. Contudo, de antemão é sabido que não poderá contar com as informações do inquérito policial como prova para condenação, salvo se reproduzidas em juízo, sob todas as garantias do devido processo legal. Do contrário, o acusador queimaria a largada do processo se pudesse considerá-la provada no inquérito policial.

Oferecida a denúncia, nasce o processo e morre o inquérito, que deve ser sepultado nos escaninhos da secretaria da vara do juiz de garantias¹³⁵ e posto à disposição do Ministério Público e da defesa para

134 A denúncia, alicerçada em simples elementos informativos – sem valor probatório, à exceção das situações ressaltadas na lei –, revela apenas enunciado(s) de fato(s) que precisa(m) ser provado(s) e acreditado(s) pelo juiz, que há de partir, sempre e sempre, de um estado de incerteza.

135 O juiz de garantias, criado pela Lei n. 13.96/2019, está suspenso por decisão do STF.

consultas, apenas, e jamais como material de prova, a ponto de serem apensados ao processo tão só os documentos relativos às provas irrepetíveis, as medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas (CPP, art. 3º, §§3º e 4º).

Por assim ser, acatada a denúncia, as partes são posicionadas em absoluto pé de igualdade, não trazendo o Ministério Público nenhuma vantagem afora as provas que não mais possam ou precisam ser repetidas em juízo, pela natureza delas, pela impossibilidade material de reproduzi-las ou por já terem sido realizadas antecipadamente. E convenhamos: já não é pouca coisa.

Os testemunhos e o interrogatório, colhidos no inquérito policial, hão de ser renovados em juízo sob o contraditório e com a participação do juiz, o único sujeito do processo revestido de imparcialidade, cujo atributo empresta carta de autenticidade, credibilidade e confiança na formação de provas.

Somente as provas produzidas nessas condições podem ser consideradas na formação do provimento jurisdicional. Informações do inquérito, recolhidas longe da fiscalização das partes e do próprio juiz, devem ser desprezadas e desconsideradas, pois, afinal de contas, o processo é instituição de garantias e não apenas instrumento de resolução de dramas da vida em sociedade, especialmente no processo penal, em que o que está em jogo é a liberdade do indivíduo, considerado direito fundamental de primeira geração.

Por provas se hão de entender apenas as produzidas no processo, salvo as exceções legais. (CPP, art. 155)

Interessa anotar que o próprio legislador teve o cuidado de distinguir **provas** de **elementos informativos** do inquérito (CPP, art. 155), numa

demonstração inequívoca de que por provas, no sentido legal-valorativo, devem ser entendidas unicamente aquelas produzidas no **processo**.

O inquérito policial não pode sequer ser qualificado de “processo inquisitivo”.

Tem razão Juan Monteiro Aroca quando diz que não há dois sistemas pelos quais o processo pode ser configurado, o inquisitivo e o acusatório, mas dois sistemas de atuação do direito penal pelos tribunais, dos quais um é extraprocessual e outro processual.

Para ele, “processo inquisitivo” é uma *contradictio in terminis*, enquanto que “o processo acusatório é um pleonismo, isto é, uma redundância viciosa de palavras; o qualificativo acusatório não acrescenta nada à palavra processo, pelo menos se entendida corretamente”¹³⁶.

Ora, considerando que ninguém pode ser condenado sem o “*devido processo legal*” – que nada mais representa que o **justo processo**, realizado por um juiz imparcial, mediante contraditório, ampla defesa, imediação, com as partes em igualdade de condições e armas –, não se compreende que seja possível reputar como provas os elementos informativos do inquérito para a pronúncia ou aplicação de pena.

Não há processo verdadeiro¹³⁷ quando o juiz busca auxílio nos elementos informativos do inquérito para cumprir ou completar o *standard* probatório exigível para a decisão.

De nada adianta estar perante um juiz imparcial se ele próprio desrespeitar as garantias que o processo oferece ao acusado, entre as quais a de não poder ser condenado senão à vista das provas que se passaram sobre **seus olhares** no processo, produzidas **em sua presença** e submetidas a confronto e **exame direto e imediato dele**.

Apenas por ficção legal se consideram provas as informações **irrepetíveis** no processo. Embora possam as **cautelares** ser produzidas no inquérito, são elas realizadas mediante ordem e supervisão

136 Proceso penal y libertad, ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal, Ed. Thomson Civitas, 2008, p. 73 e 75.

137 “*Umas Das garantias constitucionais que oferece um sistema jurídico dos países onde se pode falar de sociedade livre, é a de que a pena só pode ser aplicada pelos tribunais e precisamente por meio de um processo verdadeiro*”. (Juan Monteiro Aroca, *ob. cit.*, p. 75)

judicial, que as decreta para servir ao processo ou à ordem pública. As **antecipadas**, à sua vez, visando garantir a existência delas, se dão perante o juiz, mediante contraditório direto e imediato, diferentemente das cautelares e das irrepetíveis, em que o contraditório é diferido¹³⁸.

Por **provas**, na acepção técnica do termo, deve-se entender somente aquelas ocorridas em juízo, com estrita obediência aos cânones do devido processo legal.

O réu, contestando a acusação, pode, se lhe aprouver (não precisa, porque todo o ônus da prova é da acusação), apresentar provas negativas e contraprovas. A finalidade delas, contudo, é contrariar as **afirmações** feitas na denúncia, e não os elementos informativos que a embasaram.

A diferença, embora sutil, é de grande importância.

Ele se defende dos fatos postos na denúncia. O ataque se faz a esta, e não às fontes de informações nas quais ela se baseou. Noutras palavras, o réu não contesta os elementos informativos do inquérito, mas as afirmações elaboradas com base neles. As provas que eventualmente venha a propor, visam contestar as asserções sobre o fato criminoso e/ou sobre a autoria imputada, nunca para desfazer ou arrefecer o substrato fático no qual se nutriu a denúncia.

Nenhuma relevância tem, por exemplo, se a denúncia foi baseada em uma e não em outra testemunha auscultada no inquérito policial. A insurgência do réu em sua defesa não é contra o que esta disse, mas contra o que disse a denúncia. Não fosse assim, para não ser surpreendido na sentença, teria que cuidar em contradizer e contestar o que cada testemunha informou no inquérito.

Isso permite afirmar que há quebrantamento do **fair trial** do processo quando o juiz, na sentença, surpreende o réu com o empréstimo de uma fonte de informação do inquérito, às vezes ignorada na própria denúncia.

138 As provas cautelares, como a busca e apreensão, interceptação telefônica, etc., são também provas irrepetíveis, pois não podem ser renovadas em juízo. Mas a irrepetibilidade, aqui referida, relaciona-se às situações em que a demora na realização delas inviabilizará sua produção por sua natureza perecível, como são os exames de corpo de delito, que são elaborados sem prévia autorização judicial e normalmente sem a presença das partes.

Muito importante é a distinção entre **atos de investigação** e **atos de provas**.

Nos primeiros, a finalidade é determinar o fato criminoso e seu provável autor, para instauração da *persecutio criminis*. Não raras vezes, são realizados sob estrito sigilo¹³⁹ e contra a vontade do investigado, a quem não se possibilita sequer participar do recolhimento de evidência contra si.

Assim, as informações do inquérito não são **atos de provas**, salvo as irrepetíveis, as cautelares¹⁴⁰ e as antecipadas. A finalidade delas é possibilitar a construção da hipótese incriminatória, a cargo do Ministério Público, que não pode ser aleatória, arbitrária ou abusiva, mas respaldada em elementos bastantes que permitam acreditar na possibilidade ou probabilidade da existência de um crime e do seu provável autor. Não se admite acusação sem base objetiva mínima de um suporte fático¹⁴¹.

Enquanto os **atos de investigação** se dirigem a averiguar algo que se desconhece, os **atos de prova** é uma atividade das partes que têm por finalidade verificar a verdade das suas afirmações. O primeiro se passa em procedimento administrativo; o segundo, em instrução processual. Um visa resultado possível ou meramente provável; outro, resultado certo, em nível de altíssima probabilidade.

Atos de prova – dentro do sentido técnico da palavra “prova” – são apenas aqueles produzidos em instrução criminal, debaixo dos princípios da oralidade, imediação, contraditório e publicidade.

E o que é mais importante: os **atos de investigação**, à exceção das situações legais, não podem ser tomados por empréstimo para fundamentar uma condenação. O juiz só pode se servir dos **atos de prova**, produzidos pelas partes em sua presença e sob seus olhares.

139 Pense nas buscas e apreensões, sequestro, interceptações telefônicas, etc.

140 As irrepetíveis e as cautelares se tornam provas após o contraditório diferido.

141 Já dissemos que o juízo de averiguação, no recebimento da denúncia, é, quanto à autoria do crime, o de **possibilidade** ou **probabilidade mínima** de o denunciado ser o autor ou partícipe dele, circunstância que vai muito além da mera suspeita. Os indícios devem ser fundados em provas existentes no inquérito policial ou em outras peças nas quais anima a denúncia, e não apenas presumidos. Devem eles guardar seriedade tal que tornem, primo *ictu oculi*, verossímil ou provável a acusação. De qualquer sorte, o exame que o juiz faz no recebimento da denúncia é o de viabilidade da ação penal, e não de veracidade da imputação, até porque deve ele partir sempre de um **estado de incerteza** quanto à hipótese acusatória, a ser cimentada na instrução criminal, com preservação apenas das provas irrepetíveis, das cautelares e das antecipadas. A **incerteza**, a que me refiro, é a fática, principalmente.

A instrução criminal é o único ambiente constitucionalmente reservado à produção de **atos de provas**. É nele que se deve construir a convicção do juiz acerca do fato criminoso e de seu provável autor, bem assim das situações que isentam o réu de responsabilização penal.

O que quero dizer é que, tirante as provas produzidas no inquérito – realizadas pela impossibilidade de renovação delas na fase do processo, pela urgência ou para atender a própria eficácia da investigação –, todas as demais, de natureza repetíveis, devem ser reproduzidas na instrução criminal.

Conforme salientei noutro lugar, há toda uma formalidade a ser seguida na produção de provas. A necessidade de justiça não se harmoniza com a ideologia de que a verdade pode ser obtida a qualquer custo, com desprezo a valores que a ordem constitucional reconhece dignos de proteção, ou fora dos marcos institucionalizados por normas infraconstitucionais.

A atividade probatória haverá de ser presidida pelos princípios da contradição e igualdade, assim como por todo um conjunto de garantias constitucionais e ordinárias tendentes a garantir a liberdade ou a espontaneidade das declarações das partes, testemunhas e peritos¹⁴².

Com relação à produção de provas, há ainda quem diferencie provas **pré-constituídas** das **constituendas**¹⁴³. As primeiras se elaboram fora do processo, sendo apenas introduzidas nele. As segundas se realizam no processo, na instrução criminal, perante o juiz e as partes, que participam da formação delas. Aquelas não são produzidas sob o contraditório, que se efetiva de modo diferido. Nestas, o contraditório é requisito necessário à constituição e validade delas¹⁴⁴.

Um bom exemplo de provas pré-constituídas são as cautelares e as não repetíveis, realizadas na fase do inquérito. Pela própria

142 Augustin Jesus Pérez-Cruz Martins e outros, *Derecho procesal penal*, Ed. Thompson Reuters, Civitas, 3. ed., 2014, p. 542.

143 Gustavo Henrique Badaró, *Epistemologia judiciária e prova penal*, Ed. RT, 2019, p. 197.

144 A obtenção das fontes de informação diz respeito, em particular, às assim chamadas ‘provas pré-constituídas’, que recebem esse nome por se formarem antes e fora do processo, como acontece com os documentos de qualquer gênero [...] É bem mais complexo o problema que concerne às chamadas provas *constituende*, que recebem esse nome porque se formam no processo, através de procedimentos que são geralmente objeto de uma disciplina detalhada. (Michele Taruffo, *Uma simples verdade*, Ed. Marcial Pons, 2016, p. 180-181)

natureza de irrepetibilidade delas, o contraditório é postergado para momento posterior à sua realização.

Em se tratando, porém, de provas **constituendas**, produzidas em juízo, o contraditório é exigência necessária à validade delas. Uma prova produzida fora dessas condições, existe no plano material, mas não no formal, por conta de que é destituída de validade probatória e não pode, por isso, ser considerada na sentença¹⁴⁵.

O contraditório é princípio consagrado em todos os países livres, considerados civilizados e regidos por um Estado de Direito. Corolário dele é a possibilidade de o réu participar da construção das provas contra si, permitindo-lhe o exame contestador das testemunhas arroladas pela acusação¹⁴⁶.

Todo réu tem o direito de ser informado da acusação que pesa contra si, para que, conhecendo-a em sua inteireza, possa apresentar reação a ela, por meio de argumentos e provas.

O contraditório, a par de ser um dever do Estado no processo penal, é um **direito irrenunciável** do réu, que compreende, dentre suas várias facetas, a de participar da produção da prova que decidirá seu destino, de culpa ou de inocência¹⁴⁷.

145 De fato, as informações recolhidas no inquérito policial, embora materialmente possam ser consideradas meio de provas, do ponto de vista formal não o são, uma vez que não são produzidas em juízo, sob as garantias do devido processo legal.

146 Assim dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos (aprovada pelo Decreto n. 678/1992), “Art. 8. *Garantias Judiciais* [...] 2. *Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos*” e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (aprovado pelo Decreto n. 592/1992), “Art. 14.1 *Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil [...]; 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação*”.

147 O **devido processo legal**, com todos os princípios que o integram, se impõe obrigatoriamente ao Estado-Juiz para condenar, e representa **direito indisponível** do réu. O contraditório se insere, nesse contexto, como direito impostergável e inalienável de todos os acusados no processo legal.

A atuação do imputado na atividade de formação e discussão das provas é mecanismo de garantia à presunção de inocência, que apenas o contraditório assegura.

Em assim sendo, a consideração na decisão de pronúncia, ou na sentença final, de elementos informativos do inquérito afronta o princípio da presunção de inocência como norma probatória, “*voltada à determinação de quem deve provar; por meio de que tipo de prova; e, por fim, o que se deve provar*”¹⁴⁸.

Afora as irrepetíveis, as cautelares e as antecipadas, por provas se não de entender aquelas produzidas em juízo oral, com respeito a todas as garantias processuais, notadamente a do contraditório, da imediação, publicidade, da igualdade de condições e de armas. Somente as tomadas sob essas circunstâncias, podem superar a presunção de inocência¹⁴⁹.

Não se pense que as informações recolhidas do inquérito possam ser elevadas ao nível de prova por meio de contraditório diferido, quando se abre, no processo, a oportunidade para o réu apresentar sua defesa, as suas provas e contraprovas, que confirmem suas afirmações e contradigam as do Ministério Público.

O réu tem não apenas o direito de apresentar provas próprias que entenda relevantes à confirmação dos seus enunciados argumentativos, como também de contestar e contraditar, direta e imediatamente, as da acusação, o que não é possível na situação em que a testemunha inquirida no inquérito policial não é trazida a juízo para submissão a testes que somente o contraditório real e efetivo permitem. O contraditório diferido, nessas circunstâncias, seria meramente formal e aparente, como verniz para dar aspecto de legitimidade a uma decisão tomada fora dos parâmetros rigorosos do *due process of law*, que representa princípio de eterna justiça.

148 Maurício Zanoide, *ob. cit.*, p. 462.

149 Toda condenação há de ser ditada em provas autênticas, como tais consideradas aquelas produzidas sob todas as garantias processuais, especialmente as que asseguram a participação do réu na formação delas.

A hipótese acusatória é apenas um enunciado fático que precisa ser provado em regular instrução criminal¹⁵⁰. Ao réu cabe o direito de apresentar provas positivas para demonstração dos fatos que afirma, e negativas, para contrariar e refutar as do adversário.

Nesse contexto, torna-se extremamente penoso e difícil, quando não impossível, fazer prova negativa do fato afirmado na denúncia quando antes de produzi-la não possa o réu – em instrução criminal realizada sob todas as garantias do processo – explorar os pontos frágeis, as lacunas e as contradições das testemunhas de acusação auscultadas no inquérito, nas quais o Ministério Público construiu a teoria do caso¹⁵¹.

O réu somente poderá guiar a prova negativa do fato se antes puder ter contato direto com as testemunhas que a acusação pretenda usar contra ele, submetendo-as a testes, que precisam ser suplantados para que seus depoimentos possam ser considerados e valorados, a começar pela verificação dos interesses que porventura tenham na causa, sondando-lhes suas confiabilidades.

O contraditório, em se tratando de prova oral, há de ser efetivo, real, adequado e suficiente, o que somente se obtém se o réu puder, *vis à vis*, confrontar as testemunhas inculpatórias.

Sabemos todos – e a psicologia forense comprova – que o valor do testemunho depende de muitos fatores, como as condições pessoais do observador, das condições de tempo, lugar, distância, ambiente, etc, em que se passou o fato observado, e até de eventual interesse na causa, pelas mais variadas razões. Daí o direito de o réu contestar a credibilidade da testemunha e a confiabilidade do seu relato.

Em se tratando de produção de provas, o réu tem o direito de ir além da simples contradição das que a acusação apresente ao juiz, estendendo-se ao confronto, ao direito de estar *tête-à-tête* com a testemunha na audiência oral, observando-lhe suas reações olhos nos olhos, seus tremeliques,

150 À exceção, claro, das situações que, validamente, a lei considera provadas por serem irrepetíveis em juízo, formadas cautelarmente ou produzidas antecipadamente, por conta das circunstâncias ou da possibilidade de perecimento se a produção tivesse que aguardar o momento azado.

151 É de Wigmore a máxima de que o interrogatório cruzado é "*o melhor instrumento jurídico jamais inventado para a descoberta da verdade*" (*apud*, Michele Taruffo, *A prova*, Ed. Marcial Pons, 1. ed., 2014, p. 121)

a sudoração e o tartamudear que acomete a quem falta com a verdade¹⁵², não raras vezes até a de viveiro.

Alguns autores, principalmente os do sistema adversarial, preferem o termo “confronto” ao contraditório, pela particularidade de o réu poder estar rosto a rosto a toda prova que a acusação ofereça para demonstrar sua hipótese inculpatória¹⁵³.

Em um sistema marcado pela oralidade e imediatidade, apenas o confronto do réu com as testemunhas, em audiência mediada pelo juiz, atende à exigência do devido processo legal, não sendo mesmo suficiente que a ele ofereça o direito de contrapor, com argumentos ou contraprovas, o que a testemunha depôs no inquérito policial. O contraditório, em situação tal, somente se realiza se houver o confronto, o embate face a face entre o réu e as testemunhas da acusação¹⁵⁴.

Devem ser recebidas com cautelas a prática comum – constatada especialmente na acusação –, de ler o depoimento tomado no inquérito e solicitar da testemunha a confirmação ou não dele, o que deve ser coibido **terminantemente**. A necessidade de submetê-la ao confronto não permite o reducionismo do contraditório nesse nível¹⁵⁵.

Muito importa a dialética que se estabelece no processo, sendo mesmo ela inerente e essencial ao contraditório.

O sistema de persuasão racional implica, segundo a própria etimologia da palavra, no ato de convencer, de persuadir (alguém ou a si

152 No sistema *common law*, as testemunhas são inquiridas pela técnica da *cross-examination*, cuja finalidade maior, segundo Michel Taruffo, não é a obtenção da verdade, mas o de desacreditá-la. Visa “a *impeach a testemunha*, ou seja, demonstrar que ela não é uma pessoa digna de fé, que mentiu, que deu respostas incoerentes e contraditórias, que não tinha condições de saber com certeza o que disse, que não disse tudo que sabia, e assim por diante” (Uma simples verdade, p. 185). Não se pode dizer que o nosso sistema seja totalmente arredo ao *cross-examination*, pois as partes, no exame das testemunhas da parte adversa, procuram a desacreditação do que afirmam, retirando-lhe a confiabilidade e a credibilidade.

153 Jacobo Lopes Barja Quiroga pontua que a confrontação é o termo mais adequado “porque a confrontação é a ação de confrontar, isto é, colocar uma pessoa frente à outra. A confrontação exige uma presença simultânea de duas pessoas no mesmo tempo e lugar; a confrontação supõe estar frente a frente, “cara a cara”. Em consequência, o acusado tem o direito a estar frente a frente com as testemunhas, corréus, peritos, etc.”. E complementa: “É possível contradizer sem ficar frente a frente. Da perspectiva da contradição, o acusado tem direito a contradizer as testemunhas, corréus, peritos, etc., sem necessidade de que estejam simultaneamente juntos a ele” (Tratado de derecho procesal penal, Ed. Thompson Reuters, 6. ed., T. I, 2014, p. 241)

154 Em termos semelhantes, Jacobo Lopes Barja Quiroga, *ob. cit.*, p. 242)

155 “O ato de confirmar o anteriormente dito, sem efetivamente declarar, impede de alcançar os fins inerentes ao ato”. (Aury Lopes Júnior, Direito processual penal, p. 164)

mesmo) a aceitar uma ideia ou admitir um fato por meio de razões e argumentos bem formulados¹⁵⁶, o que subjaz a ideia de um campo de diálogo sobre argumentos e provas que os contendores apresentam ao juiz, ao mediador do conflito a ser resolvido.

A sentença deve ser resultado de um processo formado em procedimento dialético, com a ampla participação das partes e do próprio juiz à luz do diálogo que estabelece com elas, em interação permanente e efetiva com os argumentos e contra-argumentos, com as provas e contraprovas, com vista à construção do provimento final¹⁵⁷.

Em feliz observação, Thiago Miranda Minagé diz que “o contraditório compreende a própria definição de processo e significa o espaço argumentativo em que às partes, em igualdade de condições, perante um procedimento público e oral, será garantida a participação na construção da decisão, onde o juiz, no exercício do poder jurisdicional, deverá, necessariamente, construir a respectiva decisão com base em uma fundamentação que utilize os argumentos das respectivas partes [autor e réu], participantes do debate, através de ampla argumentação como garantia necessária para efetiva construção de argumentos”¹⁵⁸.

Atualmente, o contraditório ganhou outra dimensão, além daquelas relacionadas com o direito de informação e de reação. Trata-se do direito de influenciar na elaboração do provimento jurisdicional por meio da consideração pelo juiz, na sentença, de toda atividade argumentativa e probatória que tenham as partes desenvolvido no processo.

Nesse sentido a justa ponderação de Antônio Magalhães Gomes Filho, para quem “de nada servirá autorizar as partes aquele amplo e complexo feixe de prerrogativas, poderes e faculdades que convergem para a obtenção de um resultado favorável no final do processo se as atividades concretamente realizadas pudessem ser desprezadas pelo juiz no momento da

156 Dicionário Houaiss da língua portuguesa.

157 Se bem observarmos, o *due process of law* é a democracia no processo, cuja marca mais acentuada é o contraditório, que permite às partes, por meio da dialética, participar ativamente – e em absoluta igualdade de posição e direitos – na elaboração da decisão final, por meio de argumentos, provas e contraprovas, apresentadas para o convencimento do juiz.

158 Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 3, n. 3, p. 959.

*decisão. A estrutura dialética do processo não se esgota com a mera participação dos interessados em contraditório, mas implica sobretudo a relevância dessa participação para o autor do provimento; seus resultados podem até ser desatendidos, mas jamais ignorados*¹⁵⁹.

Aliás, essa filosofia ganhou fôlego com o advento da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que, alterando o Código de Processo Penal, passou a exigir do juiz, na decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva, que enfrente, motivada e fundamentadamente, “*todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*”. (art. 315, §2º, IV)

A referida norma, confirmatória do art. 282, §3º, do Código de Processo Penal – que determina se ouça a parte contrária contra quem a medida cautelar é requerida, salvo os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida –, busca evitar não apenas as tão criticadas “decisões surpresas” como também incitar a **colaboração** das partes na construção do provimento jurisdicional.

O Código de Processo Penal não é infenso ao **princípio da colaboração**, reconhecido no art. 6º do Código de Processo Civil, salvo naquilo que puder, de qualquer maneira, afetar o direito à não autoincriminação – *nemo tenetur se detegere*.

O contraditório, na moderna compreensão do vocábulo, implica a efetiva colaboração das partes na formação do convencimento do juiz, a quem se impõe análise percuciente e minuciosa das provas, que hão de ser aquelas – **e somente aquelas** – produzidas mediante fogo cruzado das partes, que se engalfinham no trabalho de incutir no juiz suas boas razões.

A decisão deve ser produto final de uma construção coletiva, em que a presença e a efetiva participação das partes são condições de sua validade. Ao fim e ao cabo, em termos de fidelidade ao acontecimento histórico, pode até fazer justiça a sentença condenatória proferida em ofensa ao

159 A motivação das decisões penais, Editora Revista dos Tribunais, 2. ed., 2018, p. 100.

contraditório, mas jamais se poderá considerá-la válida à vista dos valores constitucionais de respeito às garantias e direitos individuais do acusado.

Nesse aspecto, entra a diferença entre ser inocente e não ser culpado. Uma pessoa pode não ser considerada culpada e ainda assim não ser inocente¹⁶⁰. Significa dizer que mesmo na situação de o juiz estar convencido que o réu não é inocente, se ele não conta com provas válidas ou suficientes para condenar, a absolvição é impositiva.

Não se põem dúvidas de que a verdade é um ideal a ser perseguido. É missão da Justiça a busca pela verdade; nunca a absoluta, inalcançável, mas a relativa, aquela que se mostra possível em termos de probabilidade. Mas a verdade, que é sempre a processual, não pode ser posta acima de valores mais caros do homem, como é a sua liberdade, máxime se se considerar a realidade inquebrantável de que *“a sentença não encerra nunca a justiça absoluta, mas um ponto de vista sobre a Justiça”*¹⁶¹.

O preâmbulo da Constituição Federal deixa claro que, entre os valores supremos nela reconhecidos, estão a liberdade e a Justiça; e esta – trombeteam todos os apóstolos do garantismo penal – não pode ser perseguida a qualquer preço. Ambas constituem valores que sobrepõe à verdade, tanto que a Carta Maior inadmite no processo a utilização de provas ilícitas, ainda que – não me estafo em dizer – estas expressem a verdade histórica dos fatos.

Como os atos jurídicos – que devem ser analisados sob os planos de existência, validade e eficácia –, as provas devem ser consideradas com atenção e respeito a todas as garantias que formam o **devido processo legal**¹⁶². Os informes colhidos no inquérito têm sua valoração limitada aos fins a que se prestam, pois a falta do contraditório na arrecadação deles não lhes confere valor probatório para a sentença, pela possibilidade de proporcionar conteúdo não verdadeiro.

O atual estágio de civilização não tolera que a esfera de liberdade do cidadão seja afetada sem que se oportunize previamente a ele a

160 Larry Laudan, Verdad, error y proceso penal, *ob. cit.*, p. 150.

161 Mariano R. La Rosa, Derecho penal, el debido proceso legal, Ed. Thomson Reuters, La Ley, 2017, p. 323.

162 As garantias processuais que as normas legais outorgam ao acusado são barreiras que se impõem ao Estado-Leviatã, que não pode obter a verdade a todo custo.

possibilidade de interferir na elaboração da decisão, por meio de apresentação de provas e argumentos que refutem a hipótese acusatória.

Essa participação será subtraída todas as vezes que o juiz tomar em consideração as informações orais do inquérito que não alcançaram o *status* de prova, por não se ter dado a oportunidade ao réu – no espaço democrático da instrução criminal – para o exame crítico das testemunhas, auscultadas com a finalidade única de alimentarem a denúncia.

Modernamente, o contraditório deixou de se circunscrever às suas funções tradicionais de “informação” e “reação”. Sua noção se espalha na democraticidade do processo, que é espaço e meio pelo qual as partes atuam na construção da verdade, em atividade colaborativa com o juiz.

O juiz não pode mais ser visto também como uma figura absolutamente inerte, mero espectador do que argumentam e provam as partes.

Não estou a afirmar que se permita ao juiz, em matéria probatória no campo penal, se antecipar ou suprir a atividade das partes, desequilibrando as regras do jogo quando se inclina em favor de uma delas, a pretexto de confirmar uma hipótese alegada. Quando, em situações excepcionais, for o caso de agir supletivamente para dirimir dúvidas sobre fato relevante (CPP, art. 156, II), a atividade oficiosa de prova somente é cabível quando **não for possível o juiz saber quem possa ela favorecer**. Em outras palavras, significa dizer que não pode, por exemplo, sortir a deficiência probatória do Ministério Público, determinando, *ex officio*, a realização de uma prova que, antecipadamente, sabe que irá beneficiar a parte acusatória¹⁶³.

Em um sistema penal em que o réu tem a proteção constitucional da presunção de inocência, do qual é corolário lógico a regra segundo a qual a dúvida sempre há de favorecê-lo (*in dubio pro reo*), não se permite ao juiz, ao mendaz argumento da prevalecente busca da “verdade real”, aprovisionar, *ex officio*, o processo com provas que auxiliem e acabem por provar a hipótese acusatória.

163 Aos olhos do Santo Ofício nunca existiram inocentes.

Este é um gravíssimo erro que deve ser abandonado na práxis judiciária.

Mas o que importa dizer é que, conquanto não deva o juiz sair à cata de provas que possa favorecer uma das partes, sua função no processo, como já salientado, não pode ser mais a de um soberano espectador que, do alto de sua presunçosa onipotência, assiste à produção das provas com desdém e indiferença, característica do solipsismo judicial. O provimento jurisdicional deve ser construído com a atividade probatória das partes e com a participação do juiz na construção do acervo probatório que poderá ser tomado em conta na sentença.

Pode o juiz – e o Código de Processo Penal assim autoriza (v.g, artigos 188¹⁶⁴ e 212, parágrafo único) – participar ativa ou supletivamente na produção das provas, *“não em substituição às partes, mas juntamente com elas, como um sujeito interessado no resultado do processo”*¹⁶⁵.

A formação do material probatório, a ser considerado no ponto culminante do processo, há de ser produzido perante o juiz e com a participação dele, em colaboração com as partes, com vista à construção de um provimento jurisdicional democrático.

O material probatório que pode ser empregado na sentença é apenas aquele construído na instrução criminal, na presença e **com a participação do juiz**, o que implica dizer que a prestação jurisdicional deve ser reflexo daquilo que foi debatido **e provado no processo**.

Essas afirmações nos situam e nos remetem ao princípio da **imediatidade**, que complementa o do contraditório.

O contraditório também se realiza por meio de debates na audiência de instrução e julgamento, onde se faz efetiva a oralidade e a imediação entre o juiz e a prova, as partes e esta, e delas com o juiz, permitindo aos atores do processo uma percepção que lhes permita dar à prova o devido

164 O interrogatório, embora seja instrumento de autodefesa, é também meio de prova.

165 Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, A garantia do contraditório, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 15, p. 13.

valor em termos de credibilidade e confiabilidade, tão importantes na construção do provimento jurisdicional.

Tamanha é a importância da imediação que o STC espanhol, acompanhando jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, entendeu que, tendo o réu sido absolvido, não pode a instância *ad quem* reformar a sentença para condená-lo sem antes **renovar a instrução criminal**^{166 167}.

Dessa opinião comunga Jacob López Barja de Quiroga, ao considerar que o juiz que vai julgar deve ver e ouvir por si mesmo, de modo que o tribunal de apelação, que não viu nem ouviu a prova, somente pode decidir questões de direito, nunca de fato, exceto em benefício do acusado, quando constatar ausência de prova da acusação¹⁶⁸.

A imediação vem a constituir, assim, atividade **personalíssima e intransferível** do juiz, pois apenas as testemunhas inquiridas em sua presença podem ser consideradas elementos de prova na decisão¹⁶⁹.

A despeito de opiniões em contrário, ainda que a declaração da testemunha no inquérito policial tenha se passado na presença do indiciado, assistido por seu advogado e sob o contraditório, tecnicamente a informação – mesmo diante de tais circunstâncias – não adquire o *status* de prova.

É insuficiente se tenha possibilitado ao indiciado questionar a testemunha. O que é determinante é **perante quem** se produziu o relato, pois somente o juiz é investido de autoridade para atuar com independência e

166 Jordi Nieva Fenoll, *Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad* (disponível em <http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/nieva-2012b.pdf>).

167 Jordi Ferrer Beltrán enfatiza que a imediação é uma exigência dirigida ao julgador dos fatos, para que esteja presente na prática da prova, recolhendo dela a necessária percepção como mecanismo para evitar erros pela eliminação de intermediários na transmissão de informações, percepção essa que não pode ser questionada pelo Tribunal, salvo quando a prova oral for recolhida com uso da tecnologia de gravação em imagem e som. De qualquer forma, diz referido autor, o Tribunal nunca poderá dispor dos aspectos da imediação vinculados à participação do julgador na contradição, sendo, por isso mesmo, limitada à imediação (*El control de la valoración de la prueba en segunda instancia*, *Revus*: online, 2017, disponível em <https://journals.openedition.org/revus/4016>)

168 *Ob. cit.*, T. I, p. 245.

169 Jordi Ferrer Beltrán aduz que se o que importa é produzir a convicção no juiz, não se pode prescindir da imediação, que é o melhor método para alcançá-la, uma vez que a prova se passa perante ele (*La valoración racional de la prueba*, p. 63).

imparcialidade, que são garantias de validade, eficácia, confiança e credibilidade da prova.

Não chego ao ponto de entender pela invalidade absoluta do relato da testemunha no inquérito policial, quando produzido sob contraditório. Em situações excepcionais, quando houver uma causa legítima que impeça o comparecimento da testemunha em juízo, por falecimento, enfermidade, incapacidade permanente, pelo desaparecimento dela sem deixar endereço provável, etc, creio que se possa levar o depoimento à condição de prova irrepetível^{170 171}.

De mais a mais, o réu tem o direito à reconstrução completa e verdadeira da situação de fato que está à base da denúncia.

Somente se pode chegar à **verdade** – como processo de conhecimento de determinado fato histórico – através do contraditório. Por ele se permite ao acusado contestar o que se lhe imputa a denúncia, que há de ser provada em instrução oral mediada pelo juiz, na qual as partes, atuando em igualdade de condições e forças¹⁷², haverão de controlar a produção de provas, próprias e as do adversário, voltadas à confirmação e refutação das hipóteses que formam o objeto do processo.

É insuficiente que o réu tenha informações sobre o que será objeto de prova e que a ele se permita indicar os meios com os quais pretende demonstrar sua hipótese defensiva, ou debilitar a da acusação. Imprescindível é a sua participação ativa na produção da prova, questionando a

170 Gustavo Henrique Badaró defende que a irrepetibilidade que autoriza a valoração judicial do elemento de prova colhido sem contraditório é aquela que decorre de fatores imprevisíveis, quando da sua obtenção. (Polícia e investigação no Brasil, Editora Faceta Jurídica, 2016, p. 275)

171 “Em sentido contrário, decidiu a Corte Suprema de Justiça da Argentina, no caso Benitez, de 12.12.2006 (Fallo, 329.5556), quando assentou que o fato de haver resultado infrutífera as diligências para conseguir o comparecimento da testemunha na audiência não basta para sanar a lesão ao direito de defesa produzida durante o debate. Segundo o Tribunal, o fato de o Estado ter realizado todos os esforços possíveis para encontrar a testemunha e satisfazer a pretensão da defesa de interrogá-la, carece de relevância, pois o que se encontra em discussão é outra coisa: se a base probatória obtida sem controle da defesa é legítima como tal. Daí, a invocação da impossibilidade de fazer comparecer a testemunha não basta para remediar a lesão ao devido processo, pela falta de possibilidade de a parte controlar referida prova”. (apud Nicolás Gusmán, La verdade en el proceso penal, Ed. Didot, 2018, p. 146)

172 A igualdade no processo penal não significa, necessariamente, a correspondência absoluta de armas, posto que acusação e defesa não trabalham com os mesmos mecanismos de atuação, mas com meios jurídicos eficazes para tornar efetivos os seus direitos, como anota Rui Patrício (O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no atual processo penal português, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 65-66).

credibilidade e a confiança das testemunhas contrárias, e explorando as suas, nos pontos que podem lhe favorecer.

Importa muito não apenas permitir o contraditório sobre as provas irrepetíveis e cautelares, mas também, e principalmente, na **formação** das que devam ser produzidas perante o juiz. Daí se falar em contraditório **sobre** a prova e contraditório **para** a prova^{173 174}.

O contraditório não é apenas um direito do imputado e um dever do Estado garanti-lo, mas também o método mais eficaz para o conhecimento da verdade e, sobretudo, da verdade da hipótese acusatória, que é a única que importa para os fins de imposição de uma sanção penal. Insiste-se, demasiadamente, no contraditório como direito de defesa, como garantia individual, mas não se descarta –em igual medida – sua dimensão como meio para o descobrimento da verdade com vista à correta determinação dos fatos¹⁷⁵.

As informações recolhidas no inquérito são, quase sempre, unidirecionais, todas encaminhadas para confirmação da hipótese selecionada por suspeitas¹⁷⁶, de modo que não é, nem pode ser considerada imparcial a atividade desenvolvida pela autoridade policial¹⁷⁷.

Ademais, as “informações” do inquérito policial – que alguns, inadvertidamente, chamam de “prova” (exceção, claro, das irrepetíveis, das cautelares e das antecipadas) – não são submetidas ao método popperiano

173 Nicolás Gusmán (La verdad en el proceso penal, Ed. Didot, 2018, p. 152).

174 “O contraditório **para prova** (ou contraditório real) demanda que as partes atuem na própria formação do elemento de prova, sendo indispensável que sua produção se dê na presença do órgão julgador e das partes(...). O contraditório **sobre a prova**, também conhecido como contraditório diferido ou postergado, traduz-se no reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova” (Renato Brasileiro de Lima, Código de processo penal comentado, Ed. JusPODIVM, 2016, p. 472 – destaques nossos).

175 Nicolás Gusmán *ob. cit.*, p. 151/152.

176 É o fenômeno que a psicologia nomina de visão tunelada, que “*caracteriza-se pela tendência dos investigadores, ao rotular alguém com o status de suspeito (indiciado, a focar nas evidências que apontem para a autoria desse suspeito e ignorar toda evidência que aponte no sentido de sua inocência, de um novo suspeito ou mesmo da participação de outra pessoa*”. (Paola Bianchi Wojciechowski e Alexandre Moraes da Rosa, Viéses da justiça, Ed. EModara, 2018, p. 49)

177 Há manifesta desigualdade de armas na fase do inquérito, ubicando o Estado investigador em posição privilegiada, de superioridade e supremacia, o que leva, não raras vezes, a tratar o suspeito como objeto de investigação, o que é um inominável equívoco. Não interessando ao Estado mais a condenação do que a absolvição, o ideal é que a autoridade investigante atue na busca da verdade (na fase inquisitorial o que se persegue é a verdade real ou material), ainda que ela favoreça o suspeito ou indiciado. Nesse diapasão, não deve o órgão investigador abandonar ou escamotear as hipóteses de inocência, devendo atuar, tanto quanto possível e recomendável, em favor do suspeito, com atendimento das diligências que possam lhe favorecer, evitando, dessa maneira, os custos sociais e econômicos do processo, que não são apenas do investigado, mas também da sociedade. Depois, a autoridade policial não tem subordinação com o Ministério Público, com eventuais interesses acusatórios. Sua missão é sempre com a verdade.

de investigação, de submissão à prova e contraprova de suas afirmações fáticas, ao exame crítico da hipótese no extenso percurso da busca da verdade, o que somente a instrução criminal permite realizar.

É pela verificação dos contrários que se chega à verdade.

Já assentei, a mais não poder, que a verdade não é obtida apenas pelo método da confirmação, em que o juiz escolhe previamente uma versão dos fatos e busca no processo provas que possam dar apoio a ela. Embora importante que a hipótese se confirme na prova dos autos, deve ela ser submetida a confronto com as provas contrárias, às críticas cabíveis contra ela, como se passa no conhecimento científico¹⁷⁸. Apenas se resistir a elas e se preponderar sobre a hipótese contrária, no *standard* exigido, pode ser considerada provada.

Desse modo, não é bastante que a teoria acusatória tenha confirmação nas provas. Imprescindível se faz a submissão dela a testes com a hipótese da defesa, também confirmada nos autos. Apenas quando esta for superada em nível que atenda ao grau de confirmação previsto para decisão – que, evidentemente, exclui as dúvidas razoáveis –, tem cabimento a condenação.

Assim, o contraditório já não mais representa apenas um direito das partes de reagir e se contrapor aos argumentos e provas do adversário, apresentando-se mesmo como método de reconstrução objetiva da própria verdade¹⁷⁹.

De fato, o contraditório – o qual embute a ideia de confronto, de dialética, de debate, de testes, de críticas e contracríticas – acaba por permitir o conhecimento da verdade, apresentando-se, sob esse aspecto, condição para o descobrimento dela¹⁸⁰.

A hipótese acusatória, pinçada das investigações levadas a efeito no inquérito policial, carece ser comprovada **no processo** e somente pode adquirir foros de verdade se submetida a exame e contra-exame de

178 Em brevíssima frase: **é preciso escovar os fatos à contrapelo**s.

179 Nicolás Gusmán, *ob. cit.*, p. 173

180 Para Aury Lopes Júnior, o contraditório é um método de confronto da prova e comprovação da verdade (Direito processual penal, 16. ed. Editora Saraiva, p. 361).

argumentos e provas voltadas à sua confirmação e refutação da hipótese de inocência, tudo sob os olhares e controle do juiz, que precisa ser convencido de que ela é a única opção racionalmente viável.

As provas, de confirmação ou objeção das hipóteses controvertidas no processo, precisam ser testadas mediante críticas que possam certificá-las, refutá-las ou modificá-las, com vista à obtenção da verdade.

O contraditório implica também **condição de validade** das provas¹⁸¹.

Posta a questão em seu devido lugar, não pode mesmo o juiz fundar seu convencimento em relatos que não tenham sido produzidos mediante o contraditório, que é condição de **existência e validade da prova**¹⁸².

Além de a prova ser produzida por quem acusa, deve ela estar escoimada de qualquer vício que a inquene de ilicitude, ilegalidade ou invalidade, que imprestabilizam sua valoração no provimento jurisdicional.

A igualdade de armas, como elemento essencial do *due process of law*, impõe o controle de todas as provas que são introduzidas no processo, não sendo suficiente que sobre elas manifestem as partes após produzidas, antes, que participem ativamente na produção delas, como condição de validade.

181 “O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das provas, de modo que, caso não sejam produzidas em contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória, não lhe caberá a designação de prova. Essa estrutura dialética de produção da prova, que se caracteriza pela possibilidade de indagar e verificar os contrários, funciona como um eficiente mecanismo para a busca da verdade”. (Renato Brasileiro Lima, *ob. cit.*, p. 504)

182 O Tribunal Constitucional da Espanha, na Sentença 155/2002, citando outros precedentes da Corte, legou página exemplar sobre a necessidade de submeter a contraditório todos os meios de prova introduzidos no processo, *verbis*: “Este Tribunal reiterou que as faculdades de alegar, provar e intervir na prova alheia para controlar sua correta prática e contradizê-la é específica manifestação do direito de defesa do acusado [...] e muito concretamente o é o de interrogar e fazer interrogar as testemunhas que declarem contra ele”. “Desta maneira, afirmamos que nenhum pronunciamento fático ou jurídico pode ser feito no processo penal se não veio precedido da possibilidade de contradição sobre seu conteúdo [...], pois, como foi assinalado em ocasiões anteriores, ‘o direito de ser ouvido em juízo em defesa de seus próprios direitos e interesses é garantia cara ao Estado de Direito para qualificá-lo ou adicionar-lhe adjetivos’ [...]. A possibilidade do contraditório é, portanto, uma das “regras essenciais ao desenvolvimento do processo [...] que se projeta como exigência de validade sobre a atividade probatória” [...]. “Por isso [...] ao analisar os requisitos constitucionais de validade das provas capazes de desvirtuar a presunção de inocência, este Tribunal estabeleceu, reiteradamente, uma regra geral conforme a qual “unicamente podem considerar-se autênticas provas que vinculem ao órgão de justiça penal, no momento de ditar a sentença, as praticadas em juízo oral, pois o procedimento probatório há de ter lugar, necessariamente, no debate contraditório que, em forma oral, se desenvolve perante o mesmo juiz ou tribunal que há de ditar a sentença, de sorte que a convicção deste sobre os fatos processados se alcance em contato direto com os meios aportados a tal fim pelas partes”.

É erro comum pensar que as informações do inquérito, quando **reproduzidas ou corroboradas** em juízo, ganham a condição de **provas**. As informações não são objeto de provas na instrução criminal, nem a finalidade desta é a corroboração delas para serem alçadas àquela categoria.

O objeto de prova no processo penal não são os fatos, mas a verdade ou a falsidade de uma afirmação sobre um ou mais fatos que interessam à situação do processo, de modo que a atividade probatória recai, quanto à teoria do caso penal exposto na denúncia, sobre a veracidade ou não da narrativa nela constante¹⁸³.

Destarte, as informações do inquérito não são provas que se confirmam em Juízo. Pelo contrário: são as informações que se convertem em provas quando repetidas em juízo. Elas não adquirem valor de prova quando judicializadas. Não se pode conferir efeitos repristinatórios a elas, nem dar-lhes efeitos jurídicos, especialmente quando entram em confronto com as provas colhidas sob todas as garantias processuais.

As provas produzidas em juízo não sobrepõem ou anulam as informações do inquérito policial, simplesmente porque estas cumprem sua finalidade quando prestam subsídios para a decretação de medidas cautelares, para o oferecimento da denúncia, para o recebimento desta ou arquivamento daquele.

Isso implica afirmar que o juiz não pode dar maior valor jurídico às informações do inquérito do que às provas repetidas em juízo. Deve-se evitar o mau hábito de considerar as informações do inquérito – muitas vezes passadas pelas testemunhas nele auscultadas e pelo próprio indiciado no seu interrogatório – quando elas confrontam as provas repetidas em juízo.

A repetição que se faz na instrução criminal não tem por escopo ratificar ou corroborar as informações do inquérito policial, como se, passadas pelo batismo do contraditório, pudesse dar vida a elas¹⁸⁴.

183 Por todos, Renato Brasileiro Lima (Código de processo penal comentado, Editora JusPODIVM, 2016, p. 459).

184 Aury Lopes Júnior distingue repetição de reprodução. Repetição é a nova realização ou a declaração de algo que já se disse ou se fez. Não se considera repetição (mas renovação), a ratificação do depoimento anteriormente prestado. Segundo ele, a testemunha não só deve comparecer senão que deve declarar de forma efetiva sobre o fato, permitindo a plena cognição do juiz e das partes, ademais de permitir identificar eventuais contradições entre as

O sentido da repetição (fala-se em provas repetíveis pela natureza delas) não é de **re-produção**, mas de produção, de algo com valor jurídico **novo e original, autêntico e juridicamente válido** para consideração na sentença.

De fato, tem-se percebido que, na prática, se faz uma **combinação de depoimentos** que resulta, em última análise, na criação de uma espécie de *tertium genus*, o que, *data venia*, é um disparatado absurdo¹⁸⁵.

O inquérito policial apenas descobre e oferece às partes as fontes de prova das quais podem se valer para provar suas alegações em juízo. Nessa ordem de ideias, as informações nele recolhidas, ressalvadas as situações previstas em lei, “não são provas”, mas “fontes de provas” que se revelam às partes, para que possam delas se servir como meio de prova no processo.

As informações do inquérito não se incorporam ao processo. Quando repetidas em instrução criminal, valerão por elas próprias, não por aquilo que se disse no inquérito policial. Como ensina com calor Gustavo Henrique Badaró, “*se há outras provas produzidas em contraditório judicial, o que o juiz deve valorar são estas “provas”, e não os elementos informativos colhidos durante o inquérito*”¹⁸⁶, o que torna mesmo de nenhum valor os elementos informativos do inquérito.

De todo modo, “*não será possível o julgador, no caso em que haja provas produzidas em contraditório em um sentido, e elementos colhidos no inquérito no outro sentido, ficar com essa versão, e, com base nela, condenar o acusado. Nesse caso, substancialmente, o acusado teria sido condenado exclusivamente com base nos elementos de informação colhidos no inquérito, sem a observância do contraditório*”¹⁸⁷.

versões e a atual. Somente por meio da repetição podem ser observados os princípios constitucionais (*ob. cit.*, p. 163-164)

185 Não raras vezes, o juiz e o Ministério Público mesclam os depoimentos do inquérito policial com os tomados em juízo, considerando apenas os excertos que confirmam suas afirmações.

186 Polícia em investigação no Brasil, *ob. cit.*, p. 271.

187 *Idem*, *ob. cit.*, p. 272.

A regra de ouro deve ser: as provas do processo bastam ou não bastam para a condenação. Quando as produzidas em regular instrução criminal necessitam de socorro ou auxílio em informações do inquérito – notadamente aquelas produzidas sem nenhuma participação do réu –, deve o juiz guiar sua decisão segundo o princípio *in dubio pro reo*, que é fator de garantia e proteção do acusado na busca do equilíbrio e do controle do potentado aparato penal do Estado, que se situa, especialmente na fase de investigação, em posição privilegiada, com absoluto desequilíbrio de forças.

O *in dubio pro reo* é regra de compensação jurídica que ilumina nosso sistema de justiça. Se se autorizar ao juiz que se valha, na formação do seu convencimento, das informações do inquérito, estar-se-á permitindo a quebra do princípio da isonomia, da *par conditio*, que somente a instrução criminal assegura. Mais que isso: estar-se-á fazendo ouvidos de mercador à presunção da inocência, que ampara e protege o acusado nas situações de **dúvida** sobre a sua culpabilidade.

Em suma, se, para condenar, o juiz precisar se socorrer de elementos informativos do inquérito policial, complementando ou suplementando as provas produzidas sob contraditório, significa que as recolhidas na instrução criminal não se revelaram bastantes. Se assim se apresenta o cenário das provas no processo, não há outro caminho que não seja a absolvição com base na dúvida.

Sendo o inquérito policial procedimento marcado pela assimetria na posição do Estado diante do suspeito ou indiciado, justiça de direito universal não se alinha com a possibilidade de considerar os elementos do inquérito como prova única ou de reforço à condenação do acusado.

Repito *ad nauseam*: se as provas – assim consideradas as carreadas ao processo, sob todas as garantias processuais – não bastarem, de per si, para lastrear um decreto condenatório, a dúvida há de favorecer sempre e sempre o réu.

Como fiz anotar anteriormente, essa posição ficou aberta e escancaradamente marcada na Lei n. 13.964/19, no chamado “Pacote Anticrime”, que introduziu, no art. 3-C, §§3º e 4º, a regra de que os autos do

inquérito ficarão acautelados na secretaria do juízo, à disposição do Ministério Público e da Defesa, e não serão anexados aos autos do processo a cargo do juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, às medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Não se trata de mudança de paradigma. Sempre foi da essência do princípio acusatório que por “provas” se há de entender e considerar apenas as produzidas perante o juiz de instrução, mediante oralidade, imediatidade, publicidade e contraditório.

A imposição que, doravante, os autos devam ficar acautelados na secretaria da vara, é medida tendente a corrigir o cacoete e o mau vizo dos juízes em, amiúde, considerar os elementos informativos do inquérito, tomando-os emprestados como “provas” para a condenação.

A intenção é afastar o Juiz de toda influência que os elementos do inquérito possam causar na formação de seu convencimento.

A psicologia jurídica demonstra, a mais não poder, que o juiz que tem contato com os autos do inquérito cria vínculos com as informações neles obtidas, propiciando fenômenos como a *ancoragem* e outros compromissos psicológicos com as decisões provisórias tomadas com base nos elementos informativos¹⁸⁸.

Nesse particular, foi mesmo providencial a criação do juiz de garantias, tema que dispensa considerações.

Nesse diapasão, conquanto o Pacote Anticrime não tenha alterado o artigo 155 do Código de Processo Penal, a mim não me restam dúvidas de que o juiz não pode – e nunca pode – considerar na sentença os elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas “os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas” (art. 3-B, §3º do CPP), que serão apensados em apartado ao processo. Esta é a leitura a ser dada ao sobredito dispositivo legal.

188 A dissonância cognitiva, revelada por Leon Festinger, é o exemplo mais eloquente no processo penal.

O desapensamento dos autos do inquérito, agora ordenado em lei, não tem outra finalidade a não ser impedir que o juiz considere os elementos informativos em sua decisão final.

Tamanha foi a preocupação do legislador, que a lei ordena que o acautelamento do inquérito policial se faça na secretaria do juiz de garantias¹⁸⁹, e não na do juiz da instrução, a quem será enviado, para apensamento, em autos apartados, apenas os documentos relativos às provas irrepetíveis, as medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas. Outro detalhe: ficou assegurada **somente** às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juiz de garantias (art. 3-C, §4º).

Embora tênue, faz diferença entre os autos ficarem acautelados na secretaria do juiz de garantias, com o acautelamento deles na secretaria do juiz de instrução e julgamento. Com isso, quis dizer o legislador, em tom vibrante e tonitruante, que não pode mais o juiz usar os elementos do inquérito para auxiliá-lo na formação de sua convicção. A ordem de separação, deixando os autos acautelados em **outra** secretaria, teve o único propósito de evitar que o juiz da instrução e julgamento se veja tentado a ter contato com as informações do inquérito, criando vínculos psicológicos com elas.

O que se estabeleceu foi o **distanciamento** físico do juiz da instrução e julgamento com as informações do inquérito.

A intenção foi impedir a contaminação psicológica do juiz com as informações do inquérito, pois se sabe que o inconsciente atua nas sombras e com mais frequência que nossa vã consciência pode imaginar¹⁹⁰.

Na reconstrução mental da história dos fatos, todas as informações são utilizadas, inclusive aquelas que deveriam ser descartadas, sob o aspecto racional ou legal. Qualquer informação (indevida, ilegal ou inválida) pode vir a constituir a peça que falta na montagem do quebra-cabeça, que dá coerência e consistência narrativa à decisão. Por isso a importância do

189 O juiz de garantia está suspenso por liminar deferida pelo Ministro Fux, nas ADIs n.6298, 6295, 6300 e 6305.

190 Uma única informação do inquérito, quando conhecida do juiz, pode influenciá-lo na avaliação das provas tomadas em instrução criminal.

distanciamento que o legislador quis criar com acautelamento dos autos do inquérito em secretaria diversa da do juiz de instrução e julgamento¹⁹¹.

O afastamento do juiz com as informações do inquérito, que agora a lei impõe, tem a finalidade de evitar que possam elas vir a influenciá-lo na sentença. Isso porque, como posiciona Cristian Contreras Rojas, qualquer modificação na configuração do conjunto de elementos de prova repercute necessariamente na decisão acerca da versão dos fatos que se acredita demonstrada, uma vez que a valoração do grau de probabilidade de uma hipótese é questão relativa e contextual que se constrói sobre a base das evidências que se encontram à disposição do juiz no momento preciso em que realiza a valoração¹⁹².

As experiências na área da psicologia informam que o acréscimo ou a subtração de qualquer informação útil à formação do raciocínio, que procura ser sempre coerente e racionalmente explicável, altera o produto da decisão. Em tendo o juiz contato com uma informação indevida, torna-se impossível descartá-la e desconsiderá-la totalmente. A fabulosa mente humana sempre trabalhará para introduzi-la, por vias oblíquas, na decisão¹⁹³.

Aliás, independentemente da restauração da vigência do artigo 3-C, §§3º e 4º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019 – agora suspenso por decisão do STF –, creio que o desentranhamento dos autos de inquérito é compatível com o sistema acusatório, o que permite ao juiz impedir, por meio do arquivamento deles na secretaria da vara, que sejam suas informações utilizadas no Tribunal do Júri, máxime diante do sistema da íntima convicção que nele vigora, que impossibilita saber se foram as provas ou os elementos informativos do inquérito, ou ambos, que formaram o veredicto.

191 É de suma importância que o juiz decida antecipadamente sobre quais provas devam ser introduzidas no processo, descartando as ilícitas para que não venham, se produzidas, influir em seu convencimento, ainda de tenha que desconsiderá-las a posteriori.

192 La valoración de la prueba de interrogatorio, Ed. Marcial Pons, 2015, p. 95. No mesmo sentido, Susan Haack (Estándares de prueba y prueba científica, p., 86); e Jordi Ferrer Beltrán (Estándares de prueba y prueba científica, p. 26).

193 Jordi Ferrer Beltrán exemplifica com a situação em que o juiz, no processo, teve que desconsiderar uma prova ilícita obtida com violação a direitos do réu, que levou à absolvição dele pelo crime de estelionato. Todavia, diz ele que, se na vida privada o mesmo juiz se vir na contingência de firmar um negócio com a pessoa do réu, é possível que incorpore e aceite a condição de estelionatário, que não pôde no processo reconhecer por vício na obtenção da prova. (Motivación y racionalidade de la prueba, Ed. Grijley, 2017, p. 233)

Por isso, como um refrão, eu repito sem cessar que o artigo 155 do Código de Processo Penal deve merecer nova leitura, especialmente após a edição do Pacote Anticrime, não conferindo a ele **interpretação retrospectiva**, que Rubens Casara, reproduzindo Lênio Streck, descreve como “a insistência dos operadores jurídicos de interpretar o texto novo de maneira que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”¹⁹⁴.

A Constituição Federal de 1988, que abraçou, sem rebuscos ou disfarces, o sistema acusatório, impõe que as normas do Código de Processo Penal tenham interpretação prospectiva, uma “**interpretação conforme**”, especialmente, aos princípios e diretrizes da nova ordem política, jurídica e social.

É preciso romper com os grilhões inquisitivos do velho Código de Processo Penal, imitador do código fascista de Mussolini, e deixar entrar o ar benfazejo do processo penal democrático, substituindo as regras monolíticas dos códigos pelos princípios da Constituição Federal. Pode-se dizer com Cesara que “quando surge uma nova carta política, todo ordenamento jurídico adquire um novo pressuposto de validade, as normas incompatíveis com a nova ordem não são recepcionadas (isto é, são revogadas) e o significado (valor) que se dá a determinadas normas jurídicas é alterado. São consequências da **supremacia das normas constitucionais**”¹⁹⁵.

Nas palavras de Astolpho Resende, o juiz, longe do ser inanimado a que se refere Montesquieu, “tem sido (ou há de ser, digo eu) a alma do progresso jurídico, o laboratório artífice do direito novo contra as forças envelhecidas do direito tradicional”.

A possibilidade que o artigo 155 do CPP abre para o juiz de considerar os elementos do inquérito policial na formação de sua convicção – desde que não apoie sua decisão “**exclusivamente**” neles – é resquício inquisitivo que se ramifica com a mítica busca da verdade real, que, ideologicamente, lhe confere poderes para gerir as provas do processo como lhe

194 Revista da EMERJ, vol. 6, n.22,2 1003, p. 196, disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_sumario.htm
195 Ob. cit., p. 205.

aprouver, inclusive utilizando as que não podem ser consideradas por ofensa a princípios elementares do processo penal, colocados como instrumentos de garantias do acusado.

O termo “exclusivamente”, na prática, tem permitido que os juízes se valham das informações do inquérito policial para condenar ou pronunciar, quando elas recebem alguma confirmação em juízo¹⁹⁶.

Contudo, como bem posiciona uma ala da doutrina, o termo “**exclusivamente**” não deve ser entendido como porta aberta para livre valoração do material produzido na investigação, se presentes outras provas colhidas na instrução criminal. Não fosse assim, o convencimento judicial poderia ser construído com base **essencialmente** – e não exclusivamente! – em elementos informativos, bastando apenas a referência à existência de outras provas produzidas em juízo¹⁹⁷.

Aos mais atentos, sempre se mostrou inconstitucional a norma do art. 155 do Código de Processo Penal, que permite ao juiz lançar mão dos “**elementos informativos colhidos na investigação**”, para firmar sua decisão. A essa expressão se poderia acrescentar: “**desde que para favorecer o réu**”.

Assim deve ser entendido porque, adotando a Constituição Federal o sistema acusatório¹⁹⁸, sempre foi incompatível com ele qualquer norma que permita ao juiz se servir de elementos do inquérito policial para lastrear a condenação.

O que se proíbe não é apenas que o juiz fundamente “*sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação*”, mas que os considere, dê relevo e importância a eles na construção de sua convicção.

196 Apoiam essa posição, *et al.*, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, Código de processo penal e execução penal comentados, Editora JusPODIVM, 2017, p. 379)

197 Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência, p. 333.

198 O sistema acusatório, de cariz constitucional, é o princípio informador do Código de Processo Penal, sob o qual todas as normas têm que ser interpretadas, cabendo considerar excluídas as que colidam com colunas que compõem o arcabouço jurídico penal, incluindo, entre elas, o contraditório, a imediatidade e a oralidade, pelas quais se impõe passear as provas.

Reafirmo sem cessar: se as provas colhidas na instrução criminal não forem bastante, por elas próprias, para formação de um juízo condenatório, e se as irrepetíveis, as cautelares e as antecipadas também não lhes emprestarem socorro, a única alternativa será a absolvição¹⁹⁹.

Mesmo que não houvesse a manifesta inconstitucionalidade de parte da norma do art. 155 do Código de Processo Penal, entendo que houve derrogação tácita dele com o implemento do art. 3- A no Código de Processo Penal, trazido na Lei n. 13.964/2019, segundo o qual “**o Processo Penal tem estrutura acusatória (...)**”.

Ora, em se confirmando, peremptoriamente, que o processo penal é regido pelo sistema acusatório, todas as disposições com ranços do sistema inquisitivo – paridos no período do Estado Novo – ficam derogados, entre elas a norma do art. 155 do Código de Processo Penal, que autoriza o juiz se valer dos elementos do inquérito para estruturar a condenação, com a única condição de que sua convicção não seja assentada “**exclusivamente**” neles²⁰⁰.

199 A verdade, que é sempre a processual, é aquela construída por meio da dialética das partes, na apresentação da tese e da antítese, nos argumentos e contra-argumentos, provas e contraprovas. O estado de **incerteza** deve ser o marco inicial da ação penal para o juiz. Ao Ministério Público compete provar o fato acusatório por meio de provas a serem produzidas **no processo**, não se fiando nas informações estampadas no inquérito, que contribuiram na formação da sua *opinio delicti*, salvo se se tratar de provas irrepetíveis, antecipadas ou cautelares. Se não logra êxito em demonstrá-las na instrução criminal, se não se desincumbe a contento do *onus probandi* que lhe recai, não cabe chamar em auxílio ou socorro as informações do inquérito, nem o juiz acolhê-las e tomá-las em consideração na construção da sentença condenatória.

200 Nesse sentido, por todos, a bela lição de André Nicolitt: “*O contraditório é da essência do processo (art. 5º, LV, da CF/1998). Não poderia ser diferente em relação às provas, que também devem se submeter à dialética da tese e antítese. As partes devem ter ciência das provas produzidas e oportunidade para manifestação e até para produção de contraprovas. Qualquer informação não submetida ao contraditório não pode ser considerada pelo juiz, e a decisão que negligenciar essa lógica é nula por violação de princípio constitucional [...]. Como registramos, o devido processo legal é um conjunto de princípios, como o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, a motivação, etc. Aqui isto fica muito evidente, pois temos que trabalhar também com o princípio da presunção de inocência, o que impõe à acusação o ônus da prova e ainda como regra de julgamento o in dubio pro reo. Destarte, se a prova produzida sob o crivo do contraditório, por si só, é incapaz de possibilitar a formação de um juízo condenatório, está evidenciada insuficiência de prova, impondo-se a absolvição do réu. Na medida em que a prova insuficiente do processo contraditório é complementada com as informações do inquérito (não contraditório), formando a convicção condenatória do julgador, estamos convictos de que os elementos inquisitivamente colhidos foram decisivos para a condenação, vulnerando o contraditório e a presunção de inocência. A conclusão não é outra: a decisão tem que ser fruto de prova colhida exclusivamente no curso do processo, isto é, com contraditório, ressalvadas apenas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. O dispositivo deveria dispor afirmativamente dizendo: o juiz só pode decidir com base exclusivamente na prova produzida perante o contraditório judicial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Mas, infelizmente, o legislador dispôs de forma negativa: o juiz não poderá decidir com base exclusivamente na prova do inquérito, ressalvadas [...], deixando margem à conclusão de que, contrario sensu, se poderia decidir mesclando provas (do processo) com informações (do inquérito), o que é inconstitucional” (Manual de processo penal, Ed. D’Plácido, 7. ed., 2018, p. 698-699).*

De mais a mais, a “livre apreciação da prova” que se permite ao juiz é limitada àquelas produzidas em contraditório, às provas cautelares, às não repetíveis e antecipadas. (CPP, art. 155)

A prova judicial não é uma atividade totalmente livre do juiz, que deve conduzir sua avaliação sobre o acervo probatório validamente introduzido no processo, dentro de uma estrutura institucionalizada de regras que condicionam a obtenção do conhecimento e que visam garantir uma resposta mais ou menos rápida, que, em algum momento, ponha fim ao conflito, como também garantir outros valores que, junto com a obtenção da verdade, se consideram dignos de proteção²⁰¹.

A **verdade** que o juiz há de perseguir é a oficial, aquela que se pode obter com base na avaliação das provas validamente introduzidas no processo, como também aquelas que se permite considerá-las e valorizá-las.

Já dissemos que a “livre valoração”, permitida ao julgador, não pode se dar fora das regras que caracterizam o devido processo legal. Ela significa apenas que ele é livre somente no sentido de que não está sujeito a normas jurídicas que predetermine o resultado da valoração, como se dava com as provas legais ou taxadas²⁰².

Em um Estado de Direito não se permite ao juiz atuar fora das regras que institucionalizam **quando, como, onde e perante quem** as provas devem ser produzidas.

Antes de mais nada, para que uma prova seja considerada é preciso que tenha ela **idoneidade**, que é exigência de ela reunir condições intrínsecas e extrínsecas para que se adaptem ao requisito de validade da atividade probatória, pois somente um ato probatório válido tem aptidão para ter eficácia²⁰³.

Nessa ordem de ideias, para que um enunciado possa ser considerado verdadeiro, deve resistir aos filtros que as normas jurídicas estabelecem como condição de existência, validade e eficácia.

201 Marina Gascón Abellán, Prueba y verdad en el derecho, p. 78

202 Jordi Ferrer Beltrán, La valoración de la prueba, *ob. cit.*, p. 45.

203 Jorge Rosas Yataco, La prueba en el nuevo proceso penal, Ed. Legales, 1. ed., Vol 1, p. 238.

Antes de o juiz valorar determinado elemento probatório, impõe-se-lhe submetê-lo a controle de **como** foi introduzido no processo e se, à luz das normas legais, **pode** merecer consideração em sua atividade cognoscitiva.

O controle deve ser feito em dois momentos: **ex ante**, pela seleção do material probatório feito em abstrato pelo legislador (pense-se nas restrições legais à admissibilidade de certas provas, por exemplo) ou pelo próprio juiz – com a participação das partes em contraditório –, nas situações concretas, tanto em relação à seleção como à avaliação das provas; e **ex post**, quando a validade do raciocínio judicial pode ser verificado por outros sujeitos, por meio do exame da motivação²⁰⁴.

No processo penal, a sentença é resultado da avaliação que o juiz faz da prova, não de qualquer prova, mas somente daquelas que as normas jurídicas conferem validade e aptidão para serem consideradas na formação de seu convencimento, o que, evidentemente, deixa de fora os elementos informativos do inquérito policial, pelas razões já expendidas.

E a razão óbvia de não se poder considerar as informações do inquérito policial, observa Jordi Nieva Fenoll, é que *“a polícia prescinde da presunção de inocência no seu trabalho cotidiano de investigação. Se é assim, sua atividade vulnera esse direito fundamental e, portanto, está viciado por uma evidente ilegalidade, embora compreensível, se desejada. É preciso não perder de vista esta conclusão, porque se der por boas, não as ações de investigação policial, mas suas próprias conclusões, não seriam os juízes que julgariam, mas a polícia, o que resultaria de todo inaceitável em um Estado de Direito, em que os sujeitos do poder judicial, investidos de jurisdição, são os que julgam, e não os órgãos do poder executivo, absolutamente sem independência e imparcialidade.*

Em consequência, é necessário que os juízes, que são independentes e imparciais, revisem essa atuação policial, que é única que é apta para julgar. Dessa maneira, a atividade policial de investigação não resulta completamente inútil, mas serve, simplesmente, como ponto de partida que tem

204 Antônio Magalhães Gomes Filho, *ob. cit.*, p. 122.

que passar por um rigoroso filtro de imparcialidade e da presunção de inocência, e que pode servir para organizar a atividade probatória do processo. Mas em nenhum caso pode servir para fundamentar uma sentença condenatória, porque é somente a dita atividade probatória que pode fazê-lo. Em consequência, é uma autêntica fraude dar por boas, com um simples revestimento formal, atividade policial de investigação, porque supõe uma distorção da jurisdição e suas garantias”²⁰⁵.

Isto posto, concluo ser tempo e hora de abandonarmos conceitos que, de longa data, frequentam nossos julgados, abrindo picadas rumo a um processo penal democrático que há de ter, sempre, a presunção de inocência como bússola.

Este princípio, informador do processo penal, exige dos juízes criminais rigorosa observância dos *standards* de provas no processo penal, inclusive na decisão de pronúncia, que não se compadece com qualquer nível de exigência probatória.

Basta de trevas!

Basta de Juiz-Pilatos!

#EleNão !

205 La duda en el proceso penal, Ed. Marcial Pons, 2013, p. 98.