

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

OS STANDARDS PROBATÓRIOS COMO SUPERAÇÃO AO LIVRE
CONVENCIMENTO MOTIVADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Igor da Costa Damous

Rio de Janeiro

2015

Igor da Costa Damous

STANDARDS PROBATÓRIOS COMO SUPERAÇÃO AO LIVRE CONVENCIMENTO
MOTIVADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia depositada junto à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

RIO DE JANEIRO

2015

Igor da Costa Damous

STANDARDS PROBATÓRIOS COMO SUPERAÇÃO AO LIVRE CONVENCIMENTO
MOTIVADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/ ____/ ____

Banca Examinadora:

Thiago Bottino do Amaral

Denis Sampaio Jr.

2º Examinador

3º Examinador

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho ao meu pai Celson, minha mãe Tania, minha irmã Naara, meu avô Wanis, minhas avós Teresinha e Socorro, minha namorada Pamela e meu cachorro Anakin. Vocês construíram a pessoa que eu sou.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus amigos de LACCRIM e as professoras Elizabeth Sussekind, Verônica Wander Bastos e Simone Schreiber, por acreditarem no meu projeto e compartilharem comigo todas as nossas vitórias.

Agradeço também ao meu orientador Thiago Bottino e meu coorientador Denis Sampaio.

RESUMO

DAMOUS, Igor da Costa. *Os standards probatórios como superação ao livre convencimento motivado no processo penal brasileiro*. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso 2. (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O presente trabalho é uma análise do vigente modelo de apreciação probatória do livre convencimento motivado. Em um primeiro momento, será exposta a relação do juiz com as partes e a prova durante a história da humanidade. Logo após, será feita uma análise crítica das consequências do uso do livre convencimento motivado no sistema processual penal. Após, será apresentado o modelo vigente no *common law*, os standards probatórios. Por fim, se analisará a possibilidade de recepção do modelo dos standards probatórios no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Direito Processual Penal; Prova; juiz; sistema acusatório; garantismo; verdade; dúvida; certeza; standards probatórios; dúvida além da razoável

ABSTRACT

DAMOUS, Igor da Costa. *Standards of proof as a overcoming of the motivated free persuasion in the Brazilian Criminal Procedure*. 2015. Term paper 2 (Graduation in Law) - Federal University of the State of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

This study is an analysis of the current model of probative appreciation of free motivated conviction. At first, it will be exposed the judge's relationship with the parties and the evidence for the history of mankind . Soon after, a critical analysis of the of the consequences of the use of free motivated conviction in the criminal justice system will be made. Following will be presented the current model in the common law, the standards of proof. Finally, we will examine the possibility of receiving the model of standards of proof in the Brazilian legal system.

Keywords: Criminal Procedure; proof; judge; adversary system; garantism; true; doubt; certainty; standards of proof; beyond a reasonable doubt

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A LUTA PELAS GARANTIAS: DO SISTEMA INQUISITÓRIO AO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	12
2.1 CRÔNICAS DO PROCESSO PENAL: O JUIZ, A PROVA E O AUTORITARISMO.....	25
2.2 A ASCENÇÃO E A QUEDA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO.....	20
3 A INTIMA CONVICÇÃO COM PELE DE CORDEIRO: O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....	24
3.1 A VERDADE, A CERTEZA E A DÚVIDA.....	28
3.2 A PARCIALIDADE SUBJETIVA: SUJEITO QUE “ASSUJEITA” O OBJETO.....	33
3.3 CERTEZA PRECOCE: A PARCIALIDADE OBJETIVA.....	40
3.4 DOIS PROCESSOS, UM CRITÉRIO DE DECISÃO.....	48
4 OS STANDARDS PROBATÓRIOS.....	53
4.1 QUAL CERTEZA E QUAL DÚVIDA?.....	55
4.2 BLACKSTONE RATIO.....	57
4.3 DISCRICIONARIEDADE GUIADA.....	65
4.4 IMPARCIALIDADE OBJETIVA.....	67
5 STANDARDS PROBATÓRIOS DE ACORDO COM O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	73
6 CONCLUSÃO.....	79
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83

1 INTRODUÇÃO

Um dos aspectos mais relevantes dos sistemas processuais penais é o papel a ser desenvolvido por cada um dos agentes participantes do cenário que chamamos de processo penal. No caso do juiz, essa forma de interagir com o processo e de lidar com as provas apresentadas foram pontos cruciais na mudança do panorama sistemático processual mundial, onde se abandonou o sistema inquisitorial, e adotou-se o sistema acusatório.

No antigo sistema inquisitorial, o juiz era parte no processo, tendo como função não só a de julgar, como a própria atividade investigativa e acusatória. Essa concentração de poderes nas mãos do judiciário tinha como consequência o enfraquecimento de diversas garantias fundamentais, dentre elas a presunção de inocência, o ônus acusatório e o contraditório da defesa. Tal sistema tinha como característica o uso das provas legais na persecução da verdade, de modo que as provas apresentadas por si só definiam o crime de acordo com o grau de valor atribuído em lei. Conforme Ferrajoli, “as provas legais são na verdade provas formais, no sentido de que excluem a investigação e a livre valoração do juiz, substituindo-as por um juízo infalível e superior”.

Já no atual sistema acusatório, há uma distribuição equânime entre os atores do sistema. O órgão julgador e o acusatório são figuras distintas, não guardando entre si nenhum vínculo funcional. Nesse sistema penal, considera-se o processo como *disputatio*, ou seja, uma competição dilemática entre as partes do processo, onde o juiz tem o papel de analisar as provas apresentadas sob a forma de *argumentum*.

Para Luigi Ferrajoli, o marco dessa mudança no paradigma jurisdicional se dá no Decreto 16-19 de setembro de 1791 da *Assemblée Nationale Constituante*, com a consagração do princípio do livre convencimento do juiz: “*vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre* (Jurais decidir conforme ao ônus e aos meios de defesa e segundo vossa consciência e vossa íntima convicção, com a imparcialidade e a firmeza que convém a um homem livre)”. Desde então, tal forma de julgar foi adotada por diversos países integrantes do chamado Direito Continental.

Em consonância com estes países, o ordenamento pátrio positivou o princípio do livre convencimento motivado no artigo 131 do Código de Processo Civil e especialmente em seu art. 155 do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz apreciará as provas livremente, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, guiando-se pela prudência objetiva e bom senso, de modo que fundamente os motivos que o fizeram chegar a tal decisão.

Ocorre que, à revelia da finalidade pela qual reconheceu-se o livre convencimento, este “terminou por transformar-se em um tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes”, onde, conforme Ferrajoli:

O repúdio às provas legais, como condições suficientes da condenação e da pena, se converteu de fato na negação da prova como condição necessária da “livre” convicção sobre a verdade dos pressupostos de uma e de outra, e o princípio da livre convicção, em vez de atuar como pressuposto indispensável de garantia do ônus – ou, pelo menos, da necessidade – da prova, entrou em contradição com ela, tornando vã toda sua função normativa.

Ou seja, o que antes era considerado fórmula apta a solucionar os problemas advindos da adoção de provas autossuficientes e absolutas, acabou por traduzir-se na utilização de máximas de experiência e inferências de senso comum

No Brasil, o princípio do livre convencimento motivado também encontra vozes contrárias, como Lênio Streck. Segundo ele, “de que adianta termos atingido a democracia se, na hora da decisão de um processo criminal, em que estão envolvidos os mais altos direitos humanos fundamentais, o decisor pode apreciar livremente a prova, buscando a verdade que ele considera a ‘real’?”

De acordo com a maior parte da doutrina e da jurisprudência pátrias, a fórmula brasileira da livre convicção seria capaz de romper com a arbitrariedade mencionada por Ferrajoli, já que a motivação do ato decisório evidenciaria qualquer desvio da imparcialidade do magistrado. Lembrando que a imparcialidade do juiz assegura que o julgamento da causa não será baseado em fatores externos à verdade processual, ou seja, não se apoiará em subjetivismos acerca do tema processual, fatos determinados em condições ou qualidades pessoais do agente, e acerca do juízo, resultado de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas. Devendo, portanto, o juiz imparcial, julgar

somente conforme a matéria fática e jurídica apresentada no processo, sob pena de agir com perversidade inquisitória e degradar a verdade processual.

Todavia, se o livre convencimento por si só é amplo e vago demais para garantir a imparcialidade do juiz, a ponto de legitimar arbítrios, o que seria a motivação se não uma forma de reforçar tal legitimidade? Afinal, se o juiz é livre para valorar as provas conforme sua consciência, a motivação indubitavelmente assume o papel de mera justificativa irretocável, não podendo ser alvo de correções.

Neste diapasão, se as regras jurídicas sobre a verdade consideradas “garantistas” são aquelas dirigidas a limitar o arbítrio dos juízes e sua tendência de acolherem verdades subjetivas e incontroladas, resta claro que o livre convencimento, independentemente da motivação, não é uma regra jurídica que assegura as garantias fundamentais dos cidadãos, estando assim, em dissonância com o sistema acusatório.

É importante ressaltar que, para a manutenção do sistema acusatório, de cunho garantista, o juiz deve ter um certo grau de discricionariedade em sua apreciação probatória, não tanto a ponto de permitir arbitrariedades, nem tão pouco a ponto de ser mero “boca-de-lei”, juiz característico do positivismo exegético. Para que possa se obter máxima aproximação da verdade objetiva sem que se ataque as garantias fundamentais, tal discricionariedade deve ser guiada por regras da ciência, lógica e argumentação racional, através de critérios previamente estipulados.

Em seu livro *Direito e Razão*, Luigi Ferrajoli por diversas vezes destaca que, apesar do esforço de garantir a imparcialidade do juiz e o processo como *disputatio*, o livre convencimento não obteve êxito já logo após o fim da Revolução Francesa, enquanto tais princípios se mantiveram intactos no direito processual inglês e no *common law* em geral.

Ou seja, é inevitável para um estudo aprofundado sobre a manutenção das garantias fundamentais diante das decisões judiciais no processo penal que se faça uso do direito comparado, especialmente do processo penal do *common law* e seus graus de convencimento judicial, os standards probatórios.

Ao final, buscar-se-á fazer uma breve comparação entre os standards probatórios utilizados nos países do *common law* e o Código de Processo Penal Brasileiro, objetivando similitudes e congruências.

2 A LUTA PELAS GARANTIAS: DO SISTEMA INQUISITÓRIO AO SISTEMA ACUSATÓRIO

Durante todo o caminhar da história, o homem vive em duelo constante com o fenômeno da criminalidade. Em consonância com as constantes evoluções filosóficas que os povos atravessaram, os mais diferentes sistemas penais processuais penais foram adotados de acordo com a cultura e as necessidades da época de cada um desses.

De acordo com Paulo Rangel, sistemas processuais podem ser definidos pelo “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”¹.

O sistema processual penal adotado por uma sociedade é um marcador importante na percepção de qual é a ideologia vigente ou imposta pelo poder em exercício². Por se tratar a esfera penal da delimitação do que há de mais intransigível na Constituição, há um maior afloramento dos valores vigentes em cada pequena mudança normativa. Desta forma, as mudanças sistemáticas no campo material se mostram menos relevantes do que as do campo processual, onde o poder se manifesta de forma mais evidente e prática.

A tarefa de conceituar cada um desses sistemas processuais penais é, porém, mais complicada do que parece. É usual que os sistemas acusatório e inquisitório sejam conceituados através de juízos de valor em virtude da notável conexão que possuem com os modelos garantista e autoritário. Tal conceituação doutrinária tende a afirmar que o sistema acusatório essencialmente possui características do modelo garantista, e que o sistema inquisitório é necessariamente revestido de autoritarismo. Por óbvio, tais afirmações são equivocadas, tendo em vista a presença de elementos definitivamente garantistas que nasceram no seio da tradição histórica do sistema inquisitório³. Feitas essas considerações, pode-se então delimitar os dois sistemas processuais penais de acordo com suas características teóricas e de tradição histórica.

¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49

² MAIER, Julio B. *apud*. LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal* 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p.108

³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 452-453

Sob o prisma teórico, o sistema inquisitório pode ser definido como um sistema baseado na iniciativa probatória do juiz, disparidade de poderes entre acusação e defesa, caráter escrito e secreto da instrução, no qual são abolidos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa⁴.

Historicamente o sistema inquisitório apresentou características que não são logicamente essenciais à sua formatação teórica como o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade dos graus de jurisdição e a obrigatoriedade da motivação judicial⁵.

Como dito anteriormente, os sistemas processuais nascem dos anseios comunitários do tempo que se manifestam. Isso quer dizer que não podem ser definidos como essencialmente autoritários ou garantistas. Portanto, têm em seu âmago modelos de garantias que sopesam, de maneira eficaz ou não, possíveis abusos dos poderes atuantes.

No caso deste sistema processual, a forma de lidar com os desmandos públicos consistiu num sistema de garantias procedimentais e a burocratização das estruturas judiciais. Visando compensar os privilégios instrutórios do juiz, fez-se uso da vinculação às provas tarifadas e dos múltiplos graus de júízo⁶.

Já em relação ao sistema acusatório, Luigi Ferrajoli define que:

“É todo aquele sistema processual que tem o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida pela defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção.”⁷

Acerca da conceituação histórica do sistema acusatório, podemos citar diversas características que não guardam lógica em relação a seu modelo teórico, como a discricionariedade da ação penal, e elegibilidade do juiz da causa, a sujeição dos

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 452-453

órgãos de acusação ao Poder Executivo e a exclusão da motivação dos julgamentos (intima convicção)⁸.

Como se pode depreender de tais conceituações, teóricas ou históricas, as duas formas sistemáticas processuais penais possuíram expressões democráticas ou despóticas de acordo com os ciclos naturais dos regimes políticos a quais se subsumiram⁹. A preocupação com a predominância garantista do sistema vigente, seja ele acusatório ou inquisitório, só se deu com a evolução filosófico-racional das sociedades contemporâneas. Dessa forma, buscou-se a captação das características históricas de cada um dos sistemas que fossem aptas a garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Daí a construção do sistema moderno, com características inquisitórias e acusatórias.

Mesmo que possua diferentes características de ambos os sistemas processuais penais, por mais lógico que pareça, é impossível classificarmos o atual sistema como um “sistema misto”. É assim porque um sistema deve ser compreendido através de um princípio unificador, não sendo admitida a interpretação do sistema conforme princípios unificadores diferentes¹⁰. Além disto, todos os sistemas existentes não são mais puros e conseqüentemente deveriam ser chamados de “mistos” caso coubesse tal reducionismo. Sendo assim, para determinar se um sistema é acusatório ou inquisitório, este deve ser analisado sob a perspectiva do princípio informador que molda seu núcleo.¹¹

Desta forma, através do estabelecimento do princípio dispositivo em detrimento do princípio inquisitivo, optou-se pela adoção do sistema acusatório em praticamente todos os ordenamentos jurídicos democráticos contemporâneos.

⁸ *Idem*.

⁹ FILANGERI *apud*. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 452-453.

¹⁰ MIRANDA, Jacinto *apud*. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão no Processo Penal como bricolage de significantes*. Curitiba, 2004. p. 144

¹¹ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal* 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, E-book.

2.1 CRÔNICAS DO PROCESSO PENAL: O JUIZ, A PROVA E O AUTORITARISMO

Como se pode observar através da conceituação teórica apresentada, um dos aspectos mais importantes nesse câmbio entre sistemas processuais penais é a posição do juiz em relação às partes, objetiva e subjetivamente, e como este lida com as provas apresentadas durante o caminhar processual.

Sendo assim, para entendermos de que forma e por quais motivos sobrevieram as mudanças nessa sistemática, precisamos delimitar historicamente as constantes mudanças nos papéis dos atores processuais durante a passagem do tempo, desde os tempos onde buscou-se efetividade até quando o norte foram os direitos fundamentais.

As primeiras formas reconhecidas do que se pode chamar de processo penal eram regras sem um sistema pré-definido, baseadas em costumes, regras morais e crenças religiosas. Nestes tempos, cada grupo era responsável por vingar os crimes cometidos contra si, como forma de garantir a tranquilidade para a sociedade. Não existiam separações entre os tipos de dano, não havendo nenhuma distinção do que seriam os ilícitos civis e os penais.¹²

Essa forma de resolução de conflitos baseada na vingança e na força bruta perdurou durante anos, até que as primeiras formas procedimentais de implementação de direito surgissem. Estas transformações foram importantes para fundar as bases da organização jurídica das posteriores civilizações da Antiguidade Clássica.¹³

É na Antiguidade Clássica que os primeiros sistemas processuais penais propriamente ditos se manifestam, sob a forma do sistema acusatório.

Na Grécia Clássica os crimes privados e os crimes públicos eram considerados distintos. Os crimes privados, que resultavam em danos menores, dependiam exclusivamente de representação da vítima. Já os crimes públicos, que atingiam a

¹² LAGO, Cristiano Álvares Valladares. Sistemas processuais penais. Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna. Número 3, Fev. 2006. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/site/menu/publicacoes/revista_direito/artigos/edicao3/art_30005.pdf>.

¹³ *Idem*.

coletividade, não tinham sua representação vinculada ao ofendido, sendo sua apuração atribuída diretamente à população¹⁴.

Os Tesmotetas eram os responsáveis por denunciar os delitos graves à Assembleia do Povo, ou ao Senado, que indicavam o acusador. As partes eram rigidamente separadas e a gestão das provas bem delineada, sendo o julgador colocado em posição passiva perante as partes, garantindo a disputa justa entre elas¹⁵.

A concepção do processo penal como *disputatio*, ou competição dilemática entre partes distintas e opostas, é uma das principais características do processo genuinamente acusatório. De acordo com esta ideiação, a verdade só poderia ser obtida através de uma “luta” argumentativa entre duas partes, regulada de uma forma acurada¹⁶. Nesta lógica, o processo, intensamente ligado à retórica, se desenvolveu como *sciencia civilis* e *conjecturalis*, balizado pelas regras do *liberaliter disputalis* e por uma estruturada teoria de erros¹⁷.

Essa tradição, da *ars disserendi, inveniendi e judicandi*, se iniciou na Grécia Clássica, com Aristóteles, Hermágoras de Tenos e Cícero e mais tarde foi transmitida aos juristas da Roma Imperial¹⁸.

Assim como na Grécia, a Roma Republicana tinha seu processo essencialmente acusatório, sendo posta a acusação nas mãos de qualquer cidadão romano (excluídos as mulheres, crianças, Magistrados e aqueles que não possuíam garantias de serem honrados)¹⁹. Como um processo puramente acusatório, o juiz romano era equidistante

¹⁴ LAGO, Cristiano Álvares Valladares. Sistemas processuais penais. Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna. Número 3, Fev. 2006. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/site/menu/publicacoes/revista_direito/artigos/edicao3/art_30005.pdf>.

¹⁵ *Idem*

¹⁶ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª edição. p. 497

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 111

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 111

¹⁹ LAGO, Cristiano Álvares Valladares. Sistemas processuais penais. Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna. Número 3, Fev. 2006. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/site/menu/publicacoes/revista_direito/artigos/edicao3/art_30005.pdf>.

das partes e possuía função arbitral, servindo de espectador reservado de toda a competição dilemática.²⁰

Com o tempo, a acusação popular foi perdendo seu prestígio, principalmente devido a seu caráter voluntário que permitiu que a indiferença, o descaso e o receio dos cidadãos de se vincularem aos processos, ou *quastiones*, fossem o suficiente para gerar um cenário de impunidade.²¹

Porém, foi na Roma Imperial que o processo acusatório encontrou sua forma mais decadente e autoritária. Padecendo de todo o sentimento cívico e a liberdade característicos da Roma Republicana, a acusação popular tomou rumos extremamente autoritários, rumos estes que praticamente tornaram a acusação popular uma “calúnia oculta” ou “denúncia fatal”²².

Com o declínio do *judicium publicum*, nada mais restava ao Estado que não tomar as rédeas para que houvesse uma efetiva garantia da ordem pública. Sendo assim, o poder da soberania, antes vinda do povo, foi deslocado para as mãos do Imperador, assim como a capacidade acusatória.²³

Com o passar dos tempos, porém, foram os magistrados que vieram a se beneficiar do aumento de seus poderes. O juiz que antes tinha mera função arbitral passou a reunir para si todas as demais funções processuais, sendo não só o julgador da causa como aquele responsável pela investigação, colheita de provas e acusação. Nascia então a primeira forma de processo inquisitivo.²⁴

Este processo de concentração de poderes nas mãos do julgador teve como interrupção as invasões bárbaras, que resultaram em uma infiltração dos valores do

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 453

²¹ LAGO, Cristiano Álvares Valladares. Sistemas processuais penais. Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna. Número 3, Fev. 2006. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/site/menu/publicacoes/revista_direito/artigos/edicao3/art_30005.pdf>.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 453

²³ LAGO, Cristiano Álvares Valladares. Sistemas processuais penais. Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna. Número 3, Fev. 2006. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/site/menu/publicacoes/revista_direito/artigos/edicao3/art_30005.pdf>.

²⁴ *Idem*.

sistema acusatório germânico nos valores inquisitivos do processo penal de Roma, apresentando então uma absorção recíproca dos dois ordenamentos²⁵.

Neste sistema processual, o julgamento da causa não era entregue a um indivíduo e sim a Deus. O ônus da prova era do réu, que, jurando inocência, fazia uso dos ordálios como meio de prova, buscando absolvição pela prova divina.²⁶

Os ordálios eram um meio irracional de produção de prova. Cientes da incapacidade de se determinar com certeza os fatos já passados, os povos germânicos decidiram por entregar a função julgadora à Deus que, por meio dos ordálios, interferia no resultado do julgamento. A legitimidade desse meio de prova se dava pela própria fonte de produção, qual seja, Deus.²⁷

A discussão sobre a impossibilidade da definição dos fatos pretéritos pelas vias judiciais viria a se tornar o ponto de divergência sobre a verdade processual entre o direito continental, futuramente *civil law*, e o direito anglo-saxão, posteriormente *common law*.

No continente, após anos de vigência, a participação dos sacerdotes nos ordálios foi proibida por meio do IV Concílio de Latrão em 1215. Com a carência de embasamentos sólidos da validade das “provas de deus”, o Papa Inocêncio III decidiu por abolir o rito dos ordálios²⁸, retomando o que viria a ser a fase mais marcante do sistema processual inquisitivo: a Inquisição.

Durante os anos de Inquisição uma nova forma de pensar o processo penal, as provas e a função do julgador se tornou vigente. Contrariando o antigo sistema dos ordálios, ou “provas irracionais”, o Direito Canônico passou a adotar como forma probatória as provas legais ou tarifárias, no caso, “provas racionais”²⁹. Além disso, a figura do julgador passou a ser representada por um homem e não mais por uma divindade.

²⁵ LAGO, Cristiano Álvares Valladares. Sistemas processuais penais. Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna. Número 3, Fev. 2006. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/site/menu/publicacoes/revista_direito/artigos/edicao3/art_30005.pdf>.

²⁶ *Idem*.

²⁷ GASCÓN ABELLAN, Marina *apud* SILVA, Carlos Augusto. A resolução da dúvida sobre os fatos na história do Direito Probatório *in* O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Esclavier, 2012. p. 151

²⁸ HEATH, James *apud* SILVA, Carlos Augusto. *Idem*

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 110

Tal forma de prova veio a surgir como forma de dar legitimidade às decisões judiciais, que ainda eram vistas com desconfiança pelos jurisdicionados³⁰. Além disso, era uma forma encontrada pelos titulares do poder à época de limitar o poder jurisdicional³¹.

Provas legais, segundo Ferrajoli, poderiam ser definidas como:

“(…) aqueles dados probatórios que permitem deduzir inimpugnavelmente a conclusão fática, graças a sua conjunção com premissas legalmente presumidas como verdadeiras que, de modo geral, conectam o tipo de fato experimentado como prova e o tipo de fato considerado provado”³²

Em outras palavras, a cada tipo de prova era conferido um valor probatório a ser dado a esta, inexistindo qualquer discricionariedade do juiz na apreciação da prova. A culpa do acusado poderia ser provada com a presença de duas testemunhas oculares ou com a confissão do mesmo. O depoimento de somente uma testemunha tinha valor de meia prova e era suficiente para que se desse prosseguimento ao julgamento³³.

Interessante notar que neste sistema processual acreditava-se que a existência das provas formais não provava a culpa do acusado de forma possível ou provável, mas sim de forma absoluta. A presença da confissão era, então, apta a elucidar a verdade material, de forma incontestável.

Naqueles tempos não se admitia a punição de um indivíduo baseada em probabilidades, sendo necessária a certeza da culpa para sua condenação³⁴. Essa necessidade de uma prova específica que viesse a embasar uma condenação “justa” foi

³⁰ De acordo com John H. Langbein, os homens da época dirigiam a seguinte pergunta aos juizes: “*Você, que é meramente outro mortal como eu, quem é você para ocupar a posição de julgar-me?*”.

³¹ SILVA, Carlos Augusto. . A resolução da dúvida sobre os fatos na história do Direito Probatório *in* O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Esclavier, 2012. p. 152

³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 109

³³ SILVA, Carlos Augusto. A resolução da dúvida sobre os fatos na história do Direito Probatório *in* O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Esclavier, 2012. p. 153

³⁴ SILVA, Carlos Augusto. A resolução da dúvida sobre os fatos na história do Direito Probatório *in* O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Esclavier, 2012. p. 153

fator determinante para que o uso da tortura se alastrasse por toda a Europa³⁵. A simples existência de uma meia-prova já era suficiente para que, através da tortura, se buscasse uma confissão³⁶.

De início os juízes, chamados de Inquisidores, eram responsáveis somente pela apreciação formal das provas apresentadas e supervisão das torturas, ministradas por funcionários civis ou seculares, observando e tomando notas do que fora dito pelo acusado³⁷. Após, em 1252, os Inquisidores foram formalmente autorizados a coletar as provas da acusação através da tortura³⁸. A única função que não dispunha o Inquisidor era a de executar as penas de morte, sob pena de parecer “não cristão”³⁹.

2.2 A ASCENSÃO E A QUEDA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO

Como pode-se notar, durante a vigência do sistema inquisitivo, no seio da Inquisição, não havia separação entre o acusador e o julgador. As provas tarifadas, que inicialmente foram concebidas com a função de limitar o poder dos julgadores, passaram a servir de combustível para o uso da tortura pelos Inquisidores, incumbidos com a tarefa de encontrar a verdade real sobre os fatos denunciados a eles e livrar os países cristãos dos hereges.

A crítica aos antigos valores inquisitórios e de suas provas tarifadas se iniciou a partir do fim da Inquisição no século XVII e perdurou por mais seis séculos sem gerar frutos. Só em 1789 que o processo inquisitório viria a ser superado, na França influenciada pelos ideais iluministas, com o Decreto da Assembléia Constituinte de 8-9 de Outubro. Tal decreto veio a reformar de forma radical os princípios que regiam o antigo sistema inquisitório previstos na *Ordonnance Criminelle* de 1670⁴⁰.

Para Luigi Ferrajoli, o marco dessa mudança no paradigma jurisdicional se deu no Decreto 16-19 de setembro de 1791 da *Assemblée Nationale Constituante*, com a

³⁵ SILVA, Carlos Augusto. *Op cit.* p. 152

³⁶ *Idem.*

³⁷ BAIGENT, Michael, 1948. *A inquisição*; tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago ED., 2011. p. 51

³⁸ BAIGENT, Michael, 1948. *Op cit.* p. 52

³⁹ BAIGENT, Michael, 1948. *Op cit.* p. 53

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 110

consagração do princípio do livre convicção do juiz: “*vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre* (Jurais decidir conforme ao ônus e aos meios de defesa e segundo vossa consciência e vossa íntima convicção, com a imparcialidade e a firmeza que convém a um homem livre)”⁴¹.

Não se tratando de um critério positivo de decisão sobre a verdade, o princípio da livre convicção veio então como uma alternativa ao antigo sistema de provas tarifadas⁴². Resgatando antigos valores do processo inglês, a emergência de tal princípio significou que o convencimento do julgador sobre os fatos não mais seria condicionado à presença desta ou daquela prova. Além disso, representou a ruptura lógica entre as provas dispostas no processo e capacidade destas em provar materialmente os fatos históricos.

Ocorre que, da forma como fora recebido e praticado pela cultura jurídica pós-iluminista, o princípio da livre convicção abandonou sua posição de critério negativo às condições legais da prova e da verdade e passou a ser entendido como critério discricionário de valoração das provas processuais. Ou seja, o que antes servia para repudiar a utilização das provas legais, terminou por se tornar a negação da prova como condição necessária para a decisão judicial, transformando-se “em um tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes”⁴³, onde, conforme Ferrajoli:

O repúdio às provas legais, como condições suficientes da condenação e da pena, se converteu de fato na negação da prova como condição necessária da “livre” convicção sobre a verdade dos pressupostos de uma e de outra, e o princípio da livre convicção, em vez de atuar como pressuposto indispensável de garantia do ônus – ou, pelo menos, da necessidade – da prova, entrou em contradição com ela, tornando vã toda sua função normativa.

Neste deturpado modelo processual, o julgador era o responsável pela inteligência da verdade sobre os fatos, decidindo segundo sua consciência. Nada o

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Op.Cit.* p. 111

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Op.Cit.* p. 112

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Op.Cit.* p. 111

vinculava às provas produzidas, podendo então decidir de acordo com impressões e intuições, mesmo que contrárias às provas⁴⁴.

Enquanto no sistema inquisitório de provas legais o julgador não possuía discricionariedade decisória, sendo totalmente vinculado às provas produzidas, mesmo que produzidas pelo próprio; no novo sistema acusatório da íntima convicção o julgador já não mais se encontrava preso às amarras das provas produzidas pelas partes, possuindo uma vasta amplitude decisória, balizando-se somente por suas próprias concepções.

Toda a liberdade decisória que possuíam os juízes à época se encontrava protegida principalmente pela ausência de necessidade na motivação de suas convicções. Esse formato de modelo decisório não só serviu como protetor da irracionalidade das decisões judiciais, bem como assegurou a inexistência de qualquer modo de controle da atividade jurisdicional. Não havia forma alguma de se assegurar a imparcialidade do julgador, bem como todas as demais garantias processuais, já que todo o método de convencimento daquele encontrava-se selado em sua consciência⁴⁵.

O que antes fora considerado fórmula apta a solucionar os problemas advindos da adoção de provas autossuficientes e absolutas, acabou por traduzir-se na utilização de máximas de experiência⁴⁶ e inferências de senso comum⁴⁷

Não tardou muito para que o princípio que antes era considerado como marco do abandono às provas legais, e conseqüentemente aos tempos de Inquisição, fosse igualmente rechaçado. Como pode-se deduzir através da análise de toda a busca histórica pelas garantias do homem através dos sistemas processuais penais, a resposta encontrada para satisfazer o autoritarismo judicial advindo da íntima convicção foi a

⁴⁴ MANOEL, Márcia dos Anjos. O princípio do livre convencimento motivado como consectário do devido processo legal no Estado democrático de direito. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 29 out. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50389&seo=1>. Acesso em 12 mar. 2015.

⁴⁵ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés *apud*. NETO, Paulo Mário Canabarro Trois. Motivação Judicial sob a Perspectiva Ética. Disponível em: http://www.academia.edu/3491523/Dever_de_Motivação_Judicial. Acesso em 4 de abril de 2015.

⁴⁶ TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mróz, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

⁴⁷ TARUFFO, Michele. *Rethinking the standards of proof*. 51 *American Journal of Comparative Law* 659 2003, p. 668

mais simples e óbvia possível. Porém, como se verá no capítulo seguinte, não a mais acertada.

3 A INTIMA CONVICÇÃO COM PELE DE CORDEIRO: O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

O fracasso atingido pelo modelo decisório da íntima convicção não foi suficiente para abalar a confiança na livre apreciação das provas do julgador. A irracionalidade das provas tarifadas e a memória aos horrores vividos sob a Inquisição foram argumentos bastantes para que o crédito à capacidade interpretativa dos juízes restasse inatingível.

Não obstante, a imagem de um Judiciário infalível e alheio à gana autoritária não sobreviveu frente aos tempos de discricionariedade acentuada nas decisões judiciais. Emergiu então a necessidade de um maior controle da racionalidade da decisão judicial. Sendo assim, não muito diferente de todas as desastrosas adaptações feitas no Direito Continental, optou-se pelo fim do instituto mais óbvio do autoritarismo judicial moderno: a intimidade da convicção.

No Brasil a motivação das decisões judiciais se tornou garantia constitucional com a vinda da Constituição Federal de 1989, que em seu inciso IX do artigo 93 estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, bem como todas decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade⁴⁸.

A fundamentação das decisões judiciais constituiu um considerável avanço em relação ao antigo sistema da íntima convicção. A instituição da obrigatoriedade de motivação é fator necessário para o controle de racionalidade da decisão judicial, além de expor o *saber* que legitima o *poder* judicial⁴⁹. Segundo Ferrajoli⁵⁰:

“(...) compreende-se, após tudo quanto foi dito até aqui, o valor fundamental desse princípio. Ele exprime ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciárias resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a validade das sentenças resulta condicionada à

⁴⁸ Art. 193, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

⁴⁹ LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p.1498

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 497-498

verdade, ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é ‘poder desumano’ puramente potestativo da Justiça de cádi, mas é fundado no ‘saber’, ainda que só opinativo e provável; mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Precisamente, a motivação permite a fundação e o controle das decisões, seja de direito, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada no nexo entre o convencimento e provas (...)

(...) Ao mesmo tempo, enquanto assegura o controle da legalidade e do nexo entre convencimento e provas, a motivação carrega também o valor ‘endoprocessual’ de garantia da defesa e o valor ‘extraprocessual’ de garantia da publicidade. E pode ser, portanto, considerado o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária”

Desde já se percebe que a motivação por si só não é apta a delimitar os parâmetros decisórios que devem ser percorridos pelo julgador para que uma decisão judicial seja considerada ‘racional’ ou ‘irracional’, tratando-se somente de um princípio de natureza objetiva – possui como função garantir a efetividade de outros princípios através da revelação da *ratio decidendi*.

Apesar dos notáveis avanços em relação à falta de motivação do anterior modelo decisório da íntima convicção, o repúdio ao uso das provas tarifadas no convencimento judicial permaneceu forte o suficiente para que, mesmo após o fracasso atingido nos séculos XVIII e XIX, o legislador brasileiro positivasse, tanto no Código de Processo Civil⁵¹ quanto no Código de Processo Penal⁵², a liberdade de convicção do julgador.

Da união dos supracitados dispositivos legais com a garantia constitucional de fundamentação das decisões nasce, então, o desajeitado “princípio” do livre convencimento motivado, normalmente associado pela doutrina brasileira a valores

⁵¹ Art. 131, Código de Processo Civil do Brasil. “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

⁵² Art. 155, Código de Processo Penal do Brasil. “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

democráticos e a legítimas conexões do processo com o ordenamento jurídico-constitucional⁵³.

Filosoficamente incompatível⁵⁴ e carente de definições precisas, o referido princípio não tardou a mostrar as mesmas falhas de suas raízes francesas. Nascido em um país onde “sentença é um ato de vontade”⁵⁵, “juiz declara o que sente”⁵⁶ e condena ou absolve por que quer faze-lo⁵⁷, o livre convencimento motivado encontrou solo fértil para mostrar seus atributos autoritários, incentivando o solipsismo judicial.

Nesse cenário de discricionariedade acentuada, a subjetividade judicial encontra ainda mais força no processo penal que, como dito anteriormente, tem sob sua esfera de proteção valores considerados essenciais à coletividade e aos indivíduos, aflorando ainda mais precipitados ideais de justiça.

Se para muitos o princípio do livre convencimento motivado por definição é contraditório e insuficiente, o resultado prático deste na jurisprudência brasileira ainda consegue assombrar pelo grau de arbitrariedade e desapego à lei pelos juízes. Em recentes julgados nossos tribunais superiores vêm demonstrando que a livre convicção do juiz, conforme interpretação feita pelos próprios, não encontra obstáculos no ordenamento jurídico, dando-lhe o poder de interpretar as provas com amplitude, sem balizas doutrinárias ou legais.

Para se ter ideia da capacidade potestativa que a livre convicção judicial interpretada pelos tribunais possui, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, no julgamento do HC 101519/SP declarou que:

“O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o

⁵³ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – Decido conforme minha consciência? – 4. Ed ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Ebook. p. 651

⁵⁵ SANTOS, Moacyr do Amaral *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Op cit.*p.623

⁵⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Op cit.*p.624

⁵⁷ QUEIROZ, Paulo *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Op cit.*p.678

fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias

(...) O julgador pode, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta

(...) A criminalidade dedicada ao tráfico de drogas organiza-se em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, praticamente impossibilita a efetividade da repressão a essa espécie delitiva”⁵⁸.

Na mesma esteira temos as decisões de HC 94826/SP e HC 11896/RJ, nas quais decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação de provas carreadas aos autos, podendo valora-las como sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados”⁵⁹ e “o deferimento de compromisso à testemunha contraditada e que não poderia prestá-lo, a teor da letra do art. 208, última parte, do Código de Processo Penal, não vicia a ação penal, mas exterioriza-se como mera irregularidade, pois, não encerrada a instrução e dentro do princípio do livre convencimento motivado, o juiz, não adstrito a critérios de valoração apriorístico, atribuirá ao depoimento peso que sua consciência indicar, mediante fundamentação...”.⁶⁰

Como pode-se notar, assim como a íntima convicção, o livre convencimento motivado se tornou uma pedra filosofal⁶¹ da magistratura, capaz de legitimar decisões

⁵⁸ STF - HC: 101519 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/03/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012

⁵⁹ STJ - HC: 94826 SP 2007/0272858-2, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 17/04/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 05.05.2008 p. 1

⁶⁰ STJ - HC: 11896 RJ 2000/0003204-2, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 27/06/2000, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 21.08.2000 p. 173 RT vol. 784 p. 561

⁶¹ Segundo a lenda, a Pedra Filosofal era um instrumento capaz de transformar qualquer material, mesmo os mais toscos e simples, em ouro. Assim como esta, o livre convencimento motivado vem obtendo no

contrárias ao ordenamento jurídico pela presença de fundamentações vazias, amplas e genéricas. A motivação dos atos judiciais, tida como um avanço objetivista em relação à subjetiva íntima convicção⁶², passa a ser não mais uma forma de apuração do raciocínio decisório como fora pensado inicialmente, tornando-se mera exposição de raciocínio justificatório⁶³. Neste compasso, conforme Jacinto Coutinho:

“a questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram, a começar, no campo processual – e em particular no processual penal – pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da “segurança jurídica“, da “verdade” e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados, que, por excelência, ao invés de perenes e intocáveis, devem ser complementados e ampliados em razão das necessidades reais da vida; só não podem servir de justificação descentrada (e ser aceitos como tal), isto é, legitimadora de uma mera aparência.”⁶⁴

Nos tópicos seguintes explicaremos de que forma a definição lógica ou falta desta sobre alguns aspectos importantes da teoria da decisão judicial contribuem para o aparecimento de traços autoritários no processo penal regido pelo livre convencimento motivado.

3.1 A VERDADE, A CERTEZA E A DÚVIDA

Se há uma questão que ainda intriga e divide a doutrina brasileira moderna, podemos dizer que esta é a da verdade dos fatos no processo penal. Segundo Taruffo,

imaginário dos juízes a capacidade de transformar qualquer decisão, mesmo que contrária ao ordenamento e desprovida de racionalidade, em uma decisão indigna de censura.

⁶² ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Convicction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008. p. 20

⁶³ SAMPAIO, Denis. *Um exemplo concreto de limitação ao livre convencimento do julgador no processo penal – façamos uma importação correta*. Publicado no Empório do Direito em 20/04/2015

⁶⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *O papel do novo Juiz no Processo Penal*. Publicado no Empório do Direito em 16/04/2015

podemos dividir essa problemática em duas indagações fundamentais: o processo penal tem como objetivo a busca da verdade? Caso tenha, qual verdade?⁶⁵

O próprio jurista italiano nos diz que sim, o processo penal inevitavelmente busca a verdade. Isso se dá já que o mesmo tem como função primordial a solução de controvérsias que, sob a ótica dos princípios da legalidade e da justiça, deve se dar através de uma decisão judicial justa. O grau justiça de uma decisão judicial pode ser aferido exatamente pela verificabilidade da verdade dos fatos na qual ela se apoia. Ou seja, “trata-se o processo de um procedimento epistémico no qual se recorrem e utilizam os conhecimentos com o objetivo de reconstruir a verdade”.⁶⁶

Ferrajoli, concordando com Taruffo, diz “que uma justiça penal completamente sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade⁶⁷”. Ademais, continua:

“se a ética é ‘sem verdade’, por serem os juízos éticos valorativos e não cognitivos, uma justiça penal não arbitrária deve ser em certa medida ‘com verdade’, quer dizer, baseada sobre juízos penais predominantemente cognitivos (de fato) e recognitivos (de direito), sujeitos como tais a verificação empírica⁶⁸”.

Na mesma linha Badaró traz em seus ensinamentos que não se pode abdicar da busca da verdade no processo penal, mesmo que a verdade atingida não seja absoluta ou incontestável⁶⁹.

Em relação à segunda indagação fundamental acerca da verdade no processo penal, a intensidade do debate doutrinário sobre esta aumenta exponencialmente. Podemos dividir a doutrina, de maneira bem simplificada, naqueles que creem na verdade real, material ou substancial como norte do processo penal e aqueles que aderem à concepção da verdade formal, processual ou relativa.

⁶⁵ TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial. Proceso, Prueba y Estandár*. Ed: ARA Editores, 2009. p. 38

⁶⁶ TARUFFO, Michele. *ibid.* p. 39

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 39

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 32

⁶⁹ BADARÓ, Gustavo. *Ônus da Prova no Processo Penal*. Ed: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2013. p. 24

Apesar de constituir um importante aspecto na definição do grau de garantismo presente em um sistema processual penal, o debate acerca de qual verdade norteia o processo penal em um país no qual vigora a livre convicção judicial deve ser considerado infrutífero e exclusivamente teórico.

Primeiramente porque a dicotomia entre “verdade real” e “verdade relativa” carece de bases científicas podendo ser classificada como inexistente. Como bem aponta Badaró, um dos postulados da epistemologia moderna é que não existem variações ou formas de verdade existentes, já que a verdade é *una*⁷⁰. Mesmo que assim não fosse, a verdade considerada por muitos como real, absoluta, formal, é inatingível⁷¹, somente sendo cognoscíveis “verdades relativas”, tanto dentro quanto fora do processo⁷².

Assim, as expressões verdade material ou verdade formal poderiam servir, no máximo, para distinguir graus de aproximação diferentes em relação à uma verdade absoluta e inalcançável⁷³.

Segundo Taruffo, a diferença entre esses graus de aproximação, ou “verdades”, atingidos por um processo judicial só se dá de acordo com as limitações impostas aos meios de conhecimento dos fatos⁷⁴.

Ocorre que a discussão levada pela maioria dos autores acerca da “verdade” buscada pelo processo judicial se dá exatamente sobre os limites de obtenção de provas e não sobre a forma como o julgador interpreta estas ou sobre a própria decisão judicial.

Essa incapacidade de falar sobre juízo e decisão judicial, verificabilidade e verificação judicial, sem vincular a questão do convencimento judicial às limitações probatórias, esvazia o diálogo e dá por inútil qualquer tentativa de construção de um direito penal garantista⁷⁵. De nada adianta discutir qual a verdade a ser buscada no

⁷⁰ GIULIANI *apud* BADARÓ, Gustavo. Ônus da Prova no Processo Penal. Ed: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2013. p.34

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23

⁷² TARUFFO, Michele. *La prueba, Articulos y Conferencias*. Editorial Metropolitana. 2009. p. 61

⁷³ FERRAJOLI, Marcia *apud* BADARÓ, Gustavo. *Ibid.* p.34

⁷⁴ TARUFFO, Michele. *Op Cit.* p. 61

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 39

processo se o julgador, ao final do processo, emitirá seu livre convencimento, irrefutável e inverificável, e, com este, revelará a verdade absoluta⁷⁶.

Como bem destaca Streck:

“A idéia do ‘sistema inquisitivo’ (aqui pensado como modelo autoritário⁷⁷) representa uma profissão de fé na tese de que o sujeito é o ‘senhor dos sentidos’, de modo que esse sujeito – e não a sociedade – é que deve se ‘convencer’, ter a ‘certeza’ de seu julgamento etc. Aqui cabe lembrar, já de pronto, do vetusto ‘princípio’ do livre convencimento, colocado lado a lado ao ‘princípio’ da verdade real. Uma coisa leva à outra. “

Nesta desenfreada *quest of truth*⁷⁸, teóricos do direito deixam por muitas vezes de estudar a decisão e o “convencimento” judicial em seus diferentes fatores, menosprezando conceitos essenciais tais quais os de *certeza* e *dúvida* no processo penal, interpretando-os como se fossem intrínsecos à verdade processual, e não como entidades representativas da convicção judicial.

Necessário se faz delimitar que certeza e verdade não se confundem⁷⁹. Como bem leciona Badaró:

“Verdade e certeza podem andar separadas. Não sendo o processo um instrumento infalível, nem sempre a certeza do juiz corresponde à verdade dos fatos; a certeza pode ser construída sobre o erro. De outro lado, a verdade pode não ser crível pelo juiz”

Ou seja, a não ser nos casos das limitações probatórias, pouco importa qual a verdade – ou se há verdade no processo penal – se neste a “verdade” se dá através da

⁷⁶ STRECK, Lenio. O que é isto – A verdade real? – Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasiliis. Revista dos Tribunais, vol 921/2012, Julho 2012. p. 362

⁷⁷ STRECK, Lenio. *Ibid.* p. 361

⁷⁸ DASTON, Lorraine e GALISON, The image of Objectivity. No. 40, Special Issue: Seeing Science (Autumn, 1992), p. 81-82

⁷⁹ BADARÓ, Gustavo. Ônus da Prova no Processo Penal. Ed: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2013. p.26

certeza judicial⁸⁰. Afinal, em nosso ordenamento jurídico a prova nada mais é do que a impressão subjetiva dos fatos levados ao processo no imaginário do magistrado⁸¹.

Tal assertiva se torna ainda mais evidente quando se conclui que verdade e certeza não necessariamente apontam para o mesmo norte:

Ela é (a verdade), portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e Verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que parece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros⁸².

Em uma modalidade processual na qual se destaca o princípio do *in dubio pro reo*, a conceituação e conseqüente delimitação da certeza e - obviamente - da dúvida são de extrema importância na formulação de uma teoria eficaz de controle das decisões judiciais.

Ocorre que tanto essa conceituação quanto a delimitação da certeza judicial inexistem sob a tutela do livre convencimento motivado, de forma que estas tarefas são deixadas a cargo do julgador o *modus operandi* de seu convencimento.

Esta liberdade judicial acaba por resultar em formas completamente diferentes e as vezes antagônicas de se determinar a quantidade e/ou qualidade dos dados probatórios levados ao processo - necessárias para afastar a dúvida e atingir a certeza na mente do julgador. Este vácuo conceitual naturalmente resta preenchido pela própria prática jurisdicional, que abrange desde os magistrados que acreditam ser a certeza a inexistência de qualquer dúvida, bem como os que restam convencidos pela mera preponderância probatória para uma das partes.

⁸⁰ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Volume I. Ed. CONAN, 1995. p. 21

⁸¹ ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Convicction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008. p. 2

⁸² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *Op Cit.* p. 21

3.2 A PARCIALIDADE SUBJETIVA: SUJEITO QUE “ASSUJEITA” O OBJETO

Pode-se dizer que uma das maiores conquistas dessa transição entre o processo penal inquisitório para o processo penal acusatório foi a separação entre as figuras do julgador e da acusação⁸³. Dessa mudança estrutural emergiu o essencial distanciamento do juiz em relação às partes, também chamada de *imparcialidade judicial*.

O princípio da imparcialidade pode ser entendido como um valor intrínseco ao devido processo legal⁸⁴ e pressuposto de validade para a instauração de relação processual⁸⁵. Além disso, conforme Aury Lopes Jr., “é uma construção do Direito, que impõe a ele um afastamento estrutural, um alheamento em relação à atividade das partes⁸⁶”. Eugênio Raúl Zaffaroni, partilhando da mesma ideia, vai mais à frente quando diz que:

A jurisdição não existe se não for imparcial. Isto deve ser devidamente esclarecido: não se trata de que a jurisdição possa ou não ser imparcial e se não o for não cumpra eficazmente sua função, mas que sem imparcialidade não há jurisdição. A imparcialidade é a essência da jurisdicionalidade e não seu acidente.

(...)

Aquele que não se situa como terceiro “*supra*” ou “*inter*” partes, não é juiz⁸⁷.

Assim o faz Gustavo Badaró quando delimita que “Juiz parcial é uma contradição em termos⁸⁸”.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 454-455

⁸⁴ BADARÓ, Gustavo. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/artigos.html>.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Teoria Geral do Processo.

⁸⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 429.

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder judiciário: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 86 e p. 91. Citado por ARMBORST, Aline Frare. A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório.

⁸⁸ BADARÓ, Gustavo. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/artigos.html>.

Apesar de o referido princípio não ter sido expressamente positivado na Constituição brasileira, passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio através do Pacto de São José da Costa Rica⁸⁹, que garante o direito a “um juiz ou tribunal imparcial”, e do Pacto Internacional de Direito Cívico e Político⁹⁰, que assegura o direito a um “tribunal imparcial”, ambos em 1992.

Após o julgamento do caso *Piersack vs. Bélgica* pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, convencionou-se na doutrina dividir o conceito de imparcialidade em dois aspectos distintos – o aspecto subjetivo e o aspecto objetivo da imparcialidade⁹¹. Neste tópico trataremos exclusivamente sobre os efeitos do livre convencimento motivado à dimensão subjetiva da imparcialidade, reservando para o tópico seguinte o estudo de seus efeitos na imparcialidade objetiva.

De acordo com *Piersack vs. Bélgica*, a imparcialidade subjetiva se assemelha ao ideal clássico de imparcialidade, no qual esta pode ser definida como “absence of prejudice or bias” e “endeavouring to ascertain the personal conviction of a given judge in a given case⁹²”.

Luigi Ferrajoli, mais além, caracteriza a imparcialidade através da função institucional do juiz garantista no Estado Democrático de Direito:

Essa colocação – externa para os sujeitos em causa e para o sistema político, e estranha aos interesses particulares de um lado e gerais de outro – se exprime no requisito da imparcialidade, e tem sua justificação ético-política nos dois valores – a perseguição da verdade e a tutela dos direitos fundamentais – mais acima associados à jurisdição. O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver (...) Ao mesmo tempo ele não deve ser um sujeito ‘representativo’, não devendo nenhum interesse ou desejo condicionar seu julgamento⁹³ (...).

O jurista italiano ainda delimita como fatores que asseguram a imparcialidade dos magistrados a *equidistância*, afastamento do juiz dos interesses das partes em causa;

⁸⁹ Art 8, item 1, Convenção Americana de Direitos Humanos, decreto 678/92

⁹⁰ Art 14, 1, decreto 592/92

⁹¹ TEDH, Caso *Piersack vs Bélgica*. Disponível em:

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557#{"itemid":\["001-57557"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557#{).

⁹² TEDH, Caso *Piersack vs. Bélgica*. Disponível em:

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557#{"itemid":\["001-57557"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557#{).

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 464

a *independência*, nesse caso referindo-se à exterioridade ao sistema político e a qualquer outro sistema de poderes; e a *naturalidade*, entendida como a determinação de sua designação e de suas competências⁹⁴. Além desses, indica que a imparcialidade se trata de um hábito intelectual e moral, como é a base de qualquer outra forma de pesquisa e conhecimento⁹⁵.

Em relação a esse fator subjetivo da imparcialidade, pode-se destacar um ponto nevrálgico que frequentemente desagua em equívocos nefastos ao sistema judicial. Trata-se da diferenciação entre imparcialidade e neutralidade e suas manifestações.

A ideia de um juiz neutro remonta ao século XVII, após ascensão burguesa advinda da Revolução Francesa. Pensava-se, à época, que o magistrado se tratava de um “eunuco político e social”, cego e insensível a qualquer desequilíbrio da relação jurídica processual civil ou penal⁹⁶. Desta forma, deveria o juiz aplicar o Direito de forma científica, alheio a qualquer forma de alinhamento político ou ideológico, de acordo com os ditames legislativos. Conforme Montesquieu, o julgador deveria ser a “*bouche de la loi*”.

Essa forma de pensar o papel do sujeito julgador no cenário judicial já não é mais aceita por quase a totalidade dos pensadores contemporâneos. A indissociabilidade entre busca e valoração⁹⁷, a consciência do indivíduo como produto social e material⁹⁸ e o rompimento com a racionalidade pura e imparcial através do conceito de inconsciente proposto pela Psicologia⁹⁹ são suficientes para comprovar a plena impossibilidade de um discurso neutro, principalmente se tratando de uma decisão judicial.

Mais do que isso, o discurso auto-conclamado neutro pode ser tido como “retrato fiel da ideologia reinante¹⁰⁰” no momento a qual se pronuncia. Neste sentido, Zaffaroni

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.* p. 465

⁹⁶ DE SOUZA *apud* MATZENBACHER, Guilherme Petry. Da imparcialidade à Luz da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Porto Alegre, 2011. P. 31

⁹⁷ CARNELUTTI *apud* MATZENBACHER, Guilherme Petry. *Op cit.* P. 30

⁹⁸ DIVAN *apud* MATZENBACHER, Guilherme Petry. *Op cit.* P. 30

⁹⁹ DUARTE *apud* MATZENBACHER, Guilherme Petry. *Op cit.* P. 31

¹⁰⁰ *Idem*

diz que é extremamente cômodo impor valores objetivos aos outros através de um discurso que se intitula objetivo ou neutro, não havendo nada mais arbitrário que isso¹⁰¹.

Por estes numerosos motivos é imperioso ressaltar que não há, como ser humano que o é, magistrado neutro. Isso não exclui, porém, a clara indissociabilidade entre a efetiva jurisdição e a imparcialidade do julgador, requisito necessário de um processo acusatório. Então, como conciliar um juiz imparcial de “colocação externa para os sujeitos em causa e para o sistema político, e estranha aos interesses particulares de um lado e gerais de outro” e sem “qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver”¹⁰² com o juiz não-neutro que “procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as aspirações das bases sociais” e com “clara assunção de uma postura ideológica”¹⁰³? Seriam inconciliáveis a não-neutralidade e a imparcialidade do julgador?

Obviamente, há plena possibilidade de convivência entre a imparcialidade e a não-neutralidade. Dizer que, por mais que se esforce, um sujeito nunca será neutro perante o cenário a qual se insere não quer dizer que este deva se esquivar de tentar. Nesse ponto, como brilhantemente trazido pelo pai da teoria do garantismo penal Luigi Ferrajoli, basta recordar que a imparcialidade se trata um hábito intelectual e moral, base de todas as formas de pesquisa e conhecimento¹⁰⁴. A neutralidade, então, seria o resultado inalcançável; a imparcialidade, o esforço e apego aos métodos.

Porém, como já se observou em outras oportunidades, a resposta doutrinaria para questões altamente repudiáveis no campo penal na maioria das vezes é tão questionável quanto as proposições iniciais.

Nestes termos, a resposta trazida pela doutrina brasileira frente à incapacidade de neutralidade dos órgãos julgadores foi a de que estes devem julgar através de “*ethos*,

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 93

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 464

¹⁰³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P.54-55

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 465

*experiência e intuição*¹⁰⁵”, de forma que o conhecimento *per si* possa se fundar em estados de experiência interiores e pessoais, não alcançando a relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além destes mesmos¹⁰⁶. Em outros termos, apela-se ao poder discricionário dos juízes¹⁰⁷ através de seu livre convencimento. Exatamente como previra Ferrajoli:

O fato de a investigação não estar condicionada a alcançar a verdade objetiva, de estar condicionada pela subjetividade e até pela neutralidade do juiz, enfim, de haver lugar ali para momentos de decisão – todos elementos comuns, ainda que em distinta medida, à investigação científica – pode na realidade conduzir a soluções decisionistas, sobretudo a quem não consiga conceber a busca da verdade no processo, senão segundo o velho espelho iluminista da aplicação mecânica da lei ao fato infalivelmente comprovado¹⁰⁸.

A luz destes argumentos, pode-se perceber que a descrição da incapacidade de neutralidade judicial foi acertada e dificilmente poderá encontrar obstáculos doutrinários. A prescrição de ignorar esta incapacidade dando ao juiz plenos poderes discricionários de decisão a ponto de afrontar sua imparcialidade, no entanto, é altamente questionável e “incomparavelmente mais grave” que a patologia a qual fora projetada para curar¹⁰⁹.

A escolha feita pelo direito brasileiro e praticamente todos os ordenamentos jurídicos pertencentes ao Direito Continental foi claramente a de repudiar toda e qualquer minimização de erros obtida através da racionalização do juízo e buscar desafogo na legitimidade judicial¹¹⁰, apelando para a responsabilidade pessoal e dever cívico dos juízes para conter possíveis excessos e erros advindos de sua subjetividade¹¹¹.

¹⁰⁵ SCHULZ e TARUFFO *apud* ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008. p. 14

¹⁰⁶ BLACKBURN *apud* STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – Decido conforme minha consciência? – 4. Ed ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Ebook. p. 288

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Op Cit.* p. 288

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Op Cit.* p. 52

¹⁰⁹ *Idem*

¹¹⁰ CLERMONT, Kevin M. *Standards of Proof Revisited*. Cornell Law Faculty publications, Paper 13, 2009, P. 5

¹¹¹ ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008. p. 18

Ao final, a subjetividade entregue ao julgador por meio da livre convicção, do repúdio aos controles jurisdicionais externos e à pretensão de neutralidade acaba por incorrer em *decisionismo processual* - que pode ser definido como o caráter não cognitivo, mas potestativo do juízo e da irrogação da pena¹¹².

Neste compasso, temos “uma perversão inquisitiva do processo, dirigindo-o não à comprovação de fatos objetivos (ou para além dela), mas no sentido da análise da interioridade da pessoa julgada” ou das consequências políticas ou sociais advindos de seu julgamento, na qual age o julgador como “confessor, psicanalista ou terapeuta social¹¹³”.

O julgador, então, não mais seria aquele a ser convencido pelas provas apresentadas pelas partes, mas sim o próprio detentor do conhecimento, protegido pelo manto da legitimidade¹¹⁴, definidor daquilo que é a verdade e do que não é. Contrariando Kant e a Constituição pátria, para o juiz do livre convencimento motivado o processo não mais seria a resolução de uma controvérsia social cujo réu seria o fim em si mesmo, mas uma forma de *representar a sociedade frente aos “abusos estatais”*.

Dessa forma, o julgador que, por exemplo, acreditar que a Polícia Militar é uma instituição comprometida com a violência e opressão às minorias, poderá condenar erroneamente um policial que tenha cometido um homicídio sob circunstâncias de estrito cumprimento do dever legal, independente das provas apresentadas apontarem o contrário. Para tanto, bastaria reduzir o valor das provas que tenham sentido contrário a seu pensar e atribuir alto valor a todas aquelas que confirmem sua tese¹¹⁵. Assim, atribuiria valor às provas judiciais de forma livre, motivaria seu raciocínio e hipoteticamente protegeria cidadãos de abusos estatais.

Essa confiança na capacidade do julgador em representar o povo ou proteger a sociedade é hábil a demonstrar o grau de autoritarismo ao qual a livre convicção entrega nosso sistema processual, na medida em que “o método inquisitório exprime uma

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 465

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.* P. 46

¹¹⁴ CLERMONT, Kevin M. *Standards of Proof Revisited*. Cornell Law Faculty publications, Paper 13, 2009, P. 6

¹¹⁵ ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Convicction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008. p. 18

confiança tendencialmente ilimitada na bondade do poder e na sua capacidade de obter a verdade” confiando “a tutela do inocente às presumidas virtudes do poder julgador¹¹⁶”.

Entretanto, a liberdade de convicção judicial não é somente uma porta aberta para pré-conceitos daqueles que já os possuem. Outro fator importante a se destacar sobre o tema é a influência que o livre convencimento motivado possui no psicológico daquele que evidentemente parte de um estado de imparcialidade para julgar uma causa judicial.

Como destacam Clermont e Sherwin, a falta de controle da racionalização judicial do nosso modelo é um cenário perfeito para a aparição de erros, aleatoriedade, preconceito e autoritarismo¹¹⁷. Necessariamente, aquele que julga um fato acaba por fazê-lo sob condições de incerteza¹¹⁸. Na maioria das vezes, os dados apresentados pelas partes são incompletos e embaralhados¹¹⁹. Para que possa avaliar as evidências apresentadas, o juiz inconscientemente constrói modelos mentais, combinados com seu conhecimento de mundo¹²⁰. Neste momento, sob a necessidade de certeza para que possa decidir, este inevitavelmente faz uso de sua intuição, dando sentido a inconsistências e preenchendo buracos nas narrativas¹²¹. Surge então, o cenário ideal para o afloramento de preconceitos¹²². A intuição age, então, de forma bidirecional, determinando não só as consequências pelos fatos como os fatos pelas consequências¹²³. Todo esse processo remonta ao seu sistema automático, não podendo ser conscientemente controlado¹²⁴.

Assim como o julgador que já inicia o processo penal subjetivamente parcial, aquele que assim se torna de forma inconsciente no decorrer do processo acaba por exercer uma valoração probatória cognitivamente dissonante. Como afirma Schünemann, do inconsciente do julgador emergem o *efeito perseverança* e o *princípio da busca seletiva*. No primeiro, também denominado *inércia* ou *efeito de autoafirmação*

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.* P. 604

¹¹⁷ CLERMONT e SHERWIN *apud* ENGEL, Christoph. *Op cit.* p. 10

¹¹⁸ BROOK *apud* ENGEL, Christoph. *Op cit.* p. 2

¹¹⁹ PENNINGTON e HASTIE *apud* ENGEL, Christoph. *Op cit.* p. 10

¹²⁰ PENNINGTON e HASTIE *apud* ENGEL, Christoph. ENGEL, Christoph. *Op cit.* p. 10

¹²¹ SIMON, HOLYOAK e PHAM *apud* ENGEL, Christoph. *Op cit.* p. 12

¹²² ENGEL, Christoph. *Op cit.* p. 12

¹²³ SIMON e HOLYOAK *apud* ENGEL, Christoph. *Op cit.* p. 12

¹²⁴ SIMON *apud* ENGEL, Christoph. *Op cit.* p. 14

da hipótese preestabelecida, as informações que possam ratificar a hipótese previamente considerada verdadeira são superestimadas e as que possam colidir com esta hipótese subavaliadas. O princípio da *busca seletiva de informações* diz respeito a atuação positiva do inconsciente do julgador, favorecendo ratificar a hipótese originária através da coleta de informações que o faça ou de informações dissonantes facilmente refutáveis¹²⁵.

A ausência de um marcador somático¹²⁶ que possa guiar a convicção judicial do julgador é o golpe de misericórdia em toda e qualquer esperança de controle da decisão judicial. Apesar de não ser esta a proposta do livre convencimento motivado de fato, este acaba por falhar em atribuir um estímulo que aproxime o magistrado das provas. Neste campo, nem o juiz possui efetivo controle dos aspectos *endo* ou *intraprocessuais* que o convencem. Essa falta de controle se manifesta na atuação da segunda instância, que abdica de exercer a correção das decisões dos juízos inferiores e dá preferência por refazer o mesmo processo mental, com os mesmos erros¹²⁷.

Como visto, a ampla liberdade no convencimento judicial possui a indesejável capacidade de afastar o julgador das provas apresentadas pelas partes. Incumbido da tarefa de julgar conforme os interesses sociais ou de atribuir sentido à um conjunto probatório confuso e repleto de hiatos, o julgador de livre convicção motivada frequentemente dispensa as provas processuais e se rende a julgar conforme ordens externas ao processo.

3.3 CERTEZA PRECOCE: A PARCIALIDADE OBJETIVA

Como dito anteriormente, o julgamento do caso *Piersack vs. Bélgica* foi o responsável pelo abandono da clássica visão monista da imparcialidade judicial. A partir deste julgado abandonou-se a ideia na qual a imparcialidade se tratava de um conceito

¹²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. São Paulo: Revista Liberdades, IBCCRIM. 2012.

¹²⁶ De acordo com o neurologista Antonio Damásio, marcos somáticos são mecanismos capazes de guiar nosso processo inconsciente de tomada de decisões.

¹²⁷ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm> p. 4

uno e acolheu-se a definição da imparcialidade como um conceito complexo, dotado de duas esferas distintas e conciliáveis.

A grande inovação nesta forma de compreender a imparcialidade se tratou do surgimento de sua esfera objetiva, bem diferente do conceito clássico anteriormente adotado. De acordo com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a esfera objetiva da imparcialidade compreende a capacidade que um juiz tem em oferecer garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável acerca da higidez de sua convicção¹²⁸. No mesmo, o referido tribunal ainda salienta que “todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas de se duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de julgar. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos de uma sociedade democrática”. Após, conclui que “é possível afirmar que o exercício prévio no processo de determinadas funções processuais pode provocar dúvidas de parcialidade¹²⁹”.

Acerca deste posicionamento, Badaró leciona que a imparcialidade objetiva do juízo se torna comprometida quando determina pré-juízos ou pré-conceitos especificamente sobre o objeto do processo. Ainda sobre esta, diz que justamente por não derivar da relação do juiz com as partes, mas da prévia relação com o objeto do processo, que a imparcialidade se denomina “objetiva”¹³⁰.

Por óbvio, este entendimento tem relação evidente com a participação ou contato do juiz que decidirá a causa com os atos investigativos pré-processuais. O prévio contato do juiz com a investigação criminal, o deferimento das diversas medidas cautelares existentes e o conseqüente juízo de *probabilidade de causa* que emitirá após são suficientes para que se produzam pré-juízos sobre a culpabilidade que o impedirão de emitir um juízo final com total isenção e imparcialidade¹³¹. Essa situação tende a se agravar por neste momento pré-processual vigorar uma estrutura inquisitória, na qual o juiz inevitavelmente agirá *contra reo*, aliado à acusação na busca incessante por provas que atestem a culpabilidade deste.

¹²⁸ TEDH, Caso Piersack vs Bélgica. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557#{\"itemid\":\[\"001-57557\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557#{\).

¹²⁹ *Idem*

¹³⁰ BADARÓ, Gustavo. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/artigos.html>.

¹³¹ TEDH, *Caso Hauschildt vs. Dinamarca*

Embasando o ponto de vista expresso pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Piersack vs. Bélgica*, após extenso estudo empírico, Bernd Schünemann concluiu que o magistrado possui a tendência de perseverar na descrição do crime relatada no inquérito policial. Além dos já citados *efeito perseverança* e *princípio da busca seletiva*, há também a inclinação comum aos magistrados de dar como norte seu convencimento a prévia avaliação da causa feita pelo órgão acusador¹³².

Contudo, a definição de que o contato puro e simples do magistrado com a investigação criminal tem capacidade lesiva à imparcialidade jurisdicional não se manteve por muito tempo. Em posterior julgado, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Hauschildt vs. Dinamarca* sentenciou que a intervenção do magistrado na fase investigativa não representa por si só se a dúvida sobre sua imparcialidade é fundada ou não, mas que, sobretudo, a natureza dos atos por ele praticados nesta fase tem relevância nesta preocupação¹³³.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos fez questão de elucidar a dúvida causada pelo julgamento *Piersack vs. Bélgica*, destacando que o mero fato do juiz proferir decisões durante a investigação não é suficientemente capaz de afetar a imparcialidade objetiva judicial, tendo em vista que apreciar sumariamente os dados disponíveis não é o mesmo que apreciar os mesmos dados, após, durante a sentença, por se tratarem de questões diferentes¹³⁴. Nesse sentido declarou “não se podem equiparar as suspeitas com uma declaração formal da culpabilidade¹³⁵”.

Então, mais à frente no mesmo julgado, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos determinou que existem razões para se auferir parcialidade objetiva de um julgador quando o mesmo vem a emitir ato decisório cujo *thema decidendum* seja igual ou similar ao que deverá emitir ao final do processo¹³⁶. Ou seja, de acordo com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o magistrado pode ser dado como

¹³² SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. São Paulo: Revista Liberdades, IBCCRIM. 2012.

¹³³ TEDH, Hauschildt v. Denmark.

¹³⁴ TEDH, Caso Piersack vs Bélgica. Disponível em:

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557#{"itemid":\["001-57557"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557#{).

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ BADARÓ, Gustavo. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/artigos.html>.

objetivamente parcial quando, em um processo penal, emite certeza precoce sobre o objeto processual.

No Brasil, por exemplo, para o recebimento da denúncia apresentada pelo órgão acusador, é necessária a presença de justa causa¹³⁷. A doutrina em geral, assim como a maioria da jurisprudência, entende que a justa causa deve ser entendida como a deflagração de indícios de autoria e prova da materialidade¹³⁸. Já ao fim do processo penal, em sede de sentença, o juízo necessário para a condenação seria o de certeza da materialidade e a mesma certeza quanto à autoria¹³⁹. Então, no contexto do decidido em *Hauschildt vs. Dinamarca*, o julgador que, no momento do recebimento da denúncia, emitir juízo de certeza sobre a autoria dos fatos, deve ser considerado objetivamente parcial e, portanto, impedido de atuar naquele processo.

Esta definição traz mais uma vez à tona a necessidade de uma análise concreta da motivação judicial para que se possa auferir a existência ou não de comprometimento da imparcialidade objetiva do julgador¹⁴⁰. A linguagem, conforme o giro linguístico atingido no século XX, seria a constituição do convencimento judicial, representando possíveis desvios de imparcialidade na mente do julgador.

Entretanto, como já fora dito anteriormente, não há nenhuma pretensão de controle do convencimento judicial sob a tutela do livre convencimento motivado. Tratando-se a motivação de mera exposição do raciocínio justificatório¹⁴¹ e o raciocínio decisório de campo livre de intromissões, a livre convicção incita o julgador a valorar as provas e formar seu convencimento como bem lhe entender. Dessa forma, os entendimentos acerca das imposições legais sobre o convencimento judicial são ou não aceitos de acordo com a prática judicial.

Sobre o mesmo ato de recebimento de denúncia, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado em 2011, decidiu que:

¹³⁷ Artigo 395, inciso III do Código de Processo Penal.

¹³⁸ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Esclavier, 2014. P. 106-107

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ BADARÓ, Gustavo. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/artigos.html>.

¹⁴¹ SAMPAIO, Denis. *Um exemplo concreto de limitação ao livre convencimento do julgador no processo penal – façamos uma importação correta*. Publicado no Empório do Direito em 20/04/2015

Rejeita-se (a denúncia) apenas quando não houver indícios da existência de crime ou, de início, seja possível reconhecer indubitavelmente, a inocência do acusado ou, ainda, quando não houver, pelo menos, indícios de sua participação¹⁴².

Nesta linha mesmo Tribunal Superior destacou em sede de recurso de decisão de pronúncia (que exige os mesmos indícios de autoria e certeza de materialidade da decisão de recebimento de denúncia¹⁴³) que “havendo mínima dúvida, deve a perplexidade ser encaminhada ao Tribunal Popular, em face do princípio do *in dubio pro societate*¹⁴⁴”.

Como se pode notar, a expressão *indícios de autoria e certeza da materialidade* é interpretada pela jurisprudência brasileira como uma desobrigação acusatória, um grau leve ou mínimo de indícios, de forma que não mais estaria obrigado o órgão acusador a provar fatos, mas somente a guiar o julgador à dúvida neste momento processual. Não é à toa que ao falar sobre o estado de convencimento a qual o juiz deve se encontrar para admitir a denúncia ou pronunciar o acusado, os tribunais frequentemente se usam de expressões como “não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza¹⁴⁵”, “basta que haja prova da materialidade e indícios da autoria¹⁴⁶”, “não sendo necessária a certeza¹⁴⁷”.

A adoção da “máxima” intitulada *in dubio pro societate* só reforça a má interpretação feita, sob o condão do livre convencimento motivado, pelos tribunais superiores acerca das limitações processuais ao convencimento judicial. Dizer que em algum momento processual, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória,

¹⁴² STF – INQ 1990/RO. Relatora: Ministra CARMEN LUCIA. Data de Julgamento: 11/11/2010 – PLENÁRIO. Publicado em 21/02/2011. DJe nº 34.

¹⁴³ Artigo 413 do Código de Processo Penal.

¹⁴⁴ STF – HC 113.293/SC. Relatora: Ministra DIAS TOFFOLI. Data de Julgamento: 03/02/2015 – PRIMEIRA TURMA.

¹⁴⁵ STF - RE: 540999 SP , Relator: Min. MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 22/04/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-06 PP-01139 LEXSTF v. 30, n. 360, 2008, p. 484-500

¹⁴⁶ *Idem*

¹⁴⁷ STF - ARE: 830257 RJ , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 10/10/2014, Data de Publicação: DJe-200 DIVULG 13/10/2014 PUBLIC 14/10/2014

prevalece a hipótese acusatória em caso de dúvida¹⁴⁸ é claramente abandonar o princípio constitucional da presunção de inocência.

Nesta toada, no momento em que os tribunais superiores afirmam que em certas decisões interlocutórias *não se exige* certeza, *bastam* indícios e que a presença destes indícios seriam a consubstanciação da dúvida, estão também afirmando que, apesar de não se exigir, há a possibilidade de se chegar à certeza nesta fase. Desta forma, autorizam o magistrado não só a permitir o andamento do processo baseado em um lastro probatório irrisório como autorizam que o mesmo, quando confrontado com uma quantidade relativamente grande e especificada de provas, tenha certeza sobre os fatos ainda em fase inicial do processo. Neste último ponto, tem-se o comprometimento da imparcialidade objetiva do julgador.

A título exemplificativo, em caso recente a juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto abandonou a audiência durante os debates orais, enquanto acusação e defesa ditavam suas alegações finais, para presidir outra audiência em outra vara. Após, retornou e elaborou a sentença¹⁴⁹. Quando advertida pela defesa, a magistrada assentou em sua decisão:

Após serem colhidos todos os depoimentos proferi a sentença, em meu computador, enquanto o promotor de Justiça e o defensor apresentavam suas alegações finais e para o bom andamento dos trabalhos, fui até a sala de audiências da 1ª Vara Criminal presidir outras audiências, retornando. Não havendo nenhum prejuízo para as partes, nada a ser acrescentado, mormente porque está fundamentada a decisão judicial como determina a Constituição Federal¹⁵⁰.

Posteriormente a defesa impetrou habeas corpus contra o ato decisório da magistrada, que fora decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo da seguinte forma:

A D. Autoridade apontada como coatora, quando das informações deixou assentado que, após a oitiva das testemunhas e já

¹⁴⁸ STF - AI: 856757 MG, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 17/09/2012, Data de Publicação: DJe-189 DIVULG 25/09/2012 PUBLIC 26/09/2012

¹⁴⁹ STRECK, Lênio e TRINDADE, André. Kill the lawyers: para que contraditório se já formeio o convencimento mesmo?. Diário de Classe. Consultor Jurídico. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2015-mai-09/diario-classe-contraditorio-formei-convencimento-mesmo>

¹⁵⁰ Processo 0025236-84.2014.8.26.0576

tendo formado seu convencimento, elaborou a sentença enquanto a acusação e a defesa ditavam sua alegais finais para a escrevente, saindo da sala antes do término dos debates orais, para presidir outra audiência, retornando logo após. E, depois de ler as teses da acusação e da defesa, que não induziram à modificação do convencimento anteriormente formado, manteve a sentença já elaborada (cf. fls. 109).

O fato de a D. Magistrada “a quo” ter se ausentado temporariamente da sala de audiências não impediu que ela apreciasse as teses arguidas pela defesa.

O que ocorreu é que a Magistrada já havia formado seu convencimento e, mesmo após leitura dos memoriais das partes, os argumentos ali constantes não tiveram o condão de alterar seu convencimento, razão pela qual manteve a sentença, que já havia elaborado.

De se ressaltar ainda, que a r. decisão monocrática encontra-se fundamentada a contento.

O combativo impetrante pode até discordar do quanto ali decidido. No entanto, não se verificando qualquer ilegalidade e estando a r. decisão fundamentada a contento, inexistente a nulidade arguida¹⁵¹

Na referida situação a imparcialidade objetiva da julgadora restou evidentemente comprometida, a tal ponto que mesmo antes da apresentação das alegações finais de ambas as partes a mesma já teria firmado seu convencimento. O Tribunal, no entanto, mesmo tendo reconhecido que a magistrada formara seu convencimento antes da prolação da denúncia não enxergou nenhuma nulidade.

Permitir que o juiz forme sua certeza acerca dos fatos que serão contraditos durante a instrução criminal tem como efeitos imediatos o esvaziamento do *due process of law*, do contraditório e da ampla defesa. Além disso, como já fora dito, se existe a possibilidade de se chegar à certeza quanto aos fatos o natural é que, na ausência de um marcador somático, o julgador preencha lacunas entre fatos provados, eliminando a dúvida e inevitavelmente se convencendo prematuramente sobre os fatos. Esse *coherence shift* ocorre mesmo quando os juízes são orientados a ouvir toda as evidências antes de formar seu convencimento, já que o mesmo se dá em seu sistema

¹⁵¹ TJ-SP, Relator: Borges Pereira, Data de Julgamento: 28/04/2015, 16ª Câmara de Direito Criminal

automático¹⁵². Ao eliminar a dúvida, resta também esvaziado o princípio do *in dubio pro reo*.

Essa certeza precoce muito timidamente é evidenciada e declarada como contrária ao ordenamento jurídico através do artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro, que proíbe a fundamentação judicial fundada exclusivamente em elemento colhidos durante a investigação criminal¹⁵³. Este dispositivo evidencia a importância do contraditório não só como fundamento do devido processo legal mas também como prisma de valoração probatória, ao compasso que somente através deste os meios de prova atingem capacidade persuasiva.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do recente julgamento da Ação Penal 470/MG, reafirmou que não é de sua intenção proteger os princípios constitucionais do devido processo legal, presunção de inocência e contraditório através da limitação da certeza precoce nos processos penais. Neste julgamento, a Ministra Rosa Weber se posicionou no sentido de que “a prova há de ser considerada no julgamento, sem dúvida, quando realizada sob o contraditório, conforme estabelecido expressamente no art. 155 do CPP. Isso não quer dizer, porém, que o juiz não possa considerar para a formação de sua convicção, elementos informativos colhidos na fase do inquérito¹⁵⁴”.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, neste contexto, é de que, apesar da capacidade lesiva que a certeza precoce judicial tem em relação aos diversos princípios processuais constitucionalizados e da expressa proibição infraconstitucional, a liberdade na convicção do julgador deve prevalecer como forma de garantir a justiça na prestação jurisdicional.

Assim, a questão da parcialidade objetiva do julgador só é ditada no ordenamento jurídico brasileiro como um aspecto formal, que se dá através de presunção absoluta quando presentes certas situações de fato¹⁵⁵, elencadas no artigo 134

¹⁵² SIMON *apud* ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008. p. 14

¹⁵³ BRASIL, Código de Processo Penal. Art 155

¹⁵⁴ APN n. 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe-074 19/04/2013)

¹⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Entenda as diferenças entre impedimento e suspeição. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=103393>. Em 10 de agosto de 2015.

do Código de Processo Civil ¹⁵⁶. Desta forma, o julgador que vier a proferir sentença ou decisão em sede de primeiro grau de jurisdição não poderá atuar como decisor em segundo grau jurisdicional por estar objetivamente parcial em relação à causa ¹⁵⁷. Porém, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, se o magistrado, em primeiro grau de jurisdição, atinge grau de certeza em decisão interlocutória, este permanecerá objetivamente imparcial para proferir sentença ao final do processo por força do livre convencimento motivado.

3.4 DOIS PROCESSOS, UM CRITÉRIO DE DECISÃO

As questões apresentadas nos tópicos anteriores são de grande importância para o processo penal. A falta de definição sobre verdade, certeza e dúvida, a confiança na subjetividade judicial e a permissão da certeza precoce, são, evidentemente, assuntos que afetam a legitimidade de todo o processo penal, bem como o sistema de garantias fundamentais elegido por nossa Carta Magna.

Entretanto, as antíteses e contradições teóricas produzidas pela adoção do livre convencimento motivado no processo penal brasileiro, apesar de importantes, não conseguem e nem poderiam retirar a atenção do verdadeiro problema gerado por este: invariavelmente a falta de controle da decisão judicial maximiza os erros judiciais.

Tratando-se o julgador de um cientista, ou como bem define Ferrajoli, um historiador ¹⁵⁸, no momento de uma decisão ao final do processo quatro serão os resultados possíveis: a absolvição de um inocente (verdadeiro negativo), a condenação de um culpado (verdadeiro positivo), a absolvição de um culpado (falso negativo) e a condenação de um inocente (falso positivo) ¹⁵⁹. Nesse sentido, pode-se considerar como erro judicial, dentre os quatro resultados possíveis de uma sentença judicial, todo falso positivo ou falso negativo.

¹⁵⁶ Artigo 134 do Código de Processo Civil.

¹⁵⁷ Inciso III, artigo 134 do Código de Processo Civil.

¹⁵⁸ No mesmo sentido CALAMANDREI (Il giudice e lo storico), FERRUA (Contradditorio e verità) e TONINI (La prova penale).

¹⁵⁹ NICITA, Antonio e RIZZOLLI, Matteo. *In Dubio Pro Reo – Behavioural explanations of pro-defendant bias in procedures*. CESifo Economic Studies, 2014. p. 4

Há um consenso geral na doutrina de que falsas condenações tendem a ser piores que falsas absolvições¹⁶⁰. Este entendimento, porém, não representa a ausência de custos sociais advindos de falsos negativos. Assim como os falsos positivos, falsos negativos também possuem efeitos lesivos à sociedade. Em termos de prevenção criminal, falsas condenações e falsas absolvições possuem os mesmos efeitos de perda na dissuasão da sociedade em relação ao cometimento de crimes¹⁶¹.

Sob aspectos utilitaristas, a diferença entre os bens jurídicos e consequências políticas geradas pelos erros judiciais são suficientes para diferenciar aqueles nascidos do processo criminal dos vindos do processo civil. Nas palavras de Jeremy Bentham, “*the more atrocious the offence, the greater the force of evidence requisite to prove it*”¹⁶².

Sobre este aspecto, delimitando a necessidade de diferenciação na forma de convencimento do julgador entre o processo penal e o processo civil, Marinoni discorre que “a exigência de convencimento varia conforme a situação de direito material e, por isso, não se pode exigir um convencimento judicial unitário para todas as situações concretas”¹⁶³.

Badaró, no entanto, discorda dessa linha de pensamento, dizendo que há também no processo civil bens jurídicos relevantes a serem debatidos e que não necessariamente todos os debates penais versam sobre a liberdade do acusado, de forma que não é a valoração dos bens jurídicos envolvidos que servirá de régua para o convencimento judicial, mas sim as regras sobre o *onus probandi*¹⁶⁴.

Há que se destacar que não existe nenhuma objeção quanto ao convívio entre o câmbio das regras de convencimento judicial, a intensidade dos bens jurídicos protegidos e o ônus probatório. O que ocorre é que o direito material versa sobre o ônus probatório do processo, sendo este o responsável direto pela mudança no

¹⁶⁰ NICITA, Antonio e RIZZOLLI, Matteo. *In Dubio Pro Reo – Behavioural explanations of pro-defendant bias in procedures*. CESifo Economic Studies, 2014. p. 2

¹⁶¹ GAROUPA *apud* NICITA, Antonio e RIZZOLLI, Matteo. *Op Cit.* p. 3

¹⁶² BENTHAM, Jeremy. *The Rationale of the Judicial Evidence*.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do Ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*.

¹⁶⁴ BADARÓ, Gustavo. *Ônus da Prova no Processo Penal*. Ed: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2013. p.

convencimento judicial exigido¹⁶⁵. Tratando-se o direito penal de *ultima ratio* e o processo penal “de termômetro da democracia de uma sociedade¹⁶⁶”, é de se esperar que os bens jurídicos em jogo no processo penal sejam mais relevantes que os presentes no processo civil em um Estado Democrático de Direito.

De todo modo, é importante ressaltar que, seja pelos bens jurídicos tutelados ou pelo ônus probatório, a utilização de um mesmo critério de convencimento judicial no processo civil e no processo penal acaba por negar essas diferenças entre os dois modelos processuais, aumentando a já constatada confusão conceitual e deixando de definir mecanismos de proteção aos erros judiciais.

Há na doutrina quem diga que, mesmo em convivência com o livre convencimento motivado, o convencimento judicial do processo penal brasileiro possui contenções estruturais suficientes para refrear erros judiciais através da *verdade real*¹⁶⁷, do *in dubio pro reo*¹⁶⁸ e do *ônus probatório*¹⁶⁹.

Em relação à diferença entre as “verdades” do processo penal e do processo civil não há mais muito o que se falar além do já dito no primeiro tópico deste capítulo. Primeiramente certeza judicial e verdade processual não são intimamente ligadas, podendo ambas apontarem para direções diversas¹⁷⁰. Após, não há na filosofia atual lugar para diferenças entre “verdades”, sendo esta um conceito *uno*, indivisível¹⁷¹. Por último, o apego doutrinário nesta diferenciação possui intenções voltadas à contenção probatória, de modo que deveriam ser melhor explicadas através das garantias constitucionais do acusado no processo penal¹⁷².

Os outros dois aspectos, diferentemente do anterior, realmente representam uma formatação estrutural do processo penal canalizada à aversão aos riscos dos erros judiciais. Ambos institutos possuem como característica a proteção do acusado frente ao

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do Ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto.

¹⁶⁶ DUCLERC, Elmir. Disponível em: <http://www.bahianoticias.com.br/justica/entrevista/122-039-o-codigo-penal-e-o-grande-medidor-para-avaliar-o-nivel-de-democracia-039-diz-presidente-do-ibad.html>

¹⁶⁷ BADARÓ, Gustavo. Ônus da Prova no Processo Penal. Ed: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2013. p. 36

¹⁶⁸ FLETCHER, George P *apud* BALTAZAR JR, José Paulo. Standards probatórios no Processo Penal. Revista Jurídica (Porto Alegre), v. 363, p. 127-144, 2008.

¹⁶⁹ BADARÓ, Gustavo. *Op Cit.* p. 36

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ BADARÓ, Gustavo. *Op Cit.* p. 25

¹⁷² BADARÓ, Gustavo. *Op Cit.* p. 26

poder coercitivo do Estado, tendo como princípio norteador a paridade de armas no processo penal. Em plena consonância com o modelo acusatório a qual se define nosso processo penal, esta proteção deve possuir vieses relativos tanto às partes quanto ao julgador. Neste contexto, pode-se definir o ônus probatório como a incumbência de produção de provas de uma parte, tendo como correlativo o chamado *burden of persuasion*, que pode ser definido como a forma a qual a parte que possui o *burden of producing evidence* deve convencer o julgador através das provas produzidas¹⁷³.

Definida desta forma, a garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade seria, então, a opção constitucionalmente positivada de *burden of persuasion* em nosso ordenamento. A partir desta, em caso de dúvida, o julgador deve sempre decidir pela inocência do acusado.

Entretanto, como o já descrito no primeiro tópico deste capítulo, para que haja efetiva materialização deste princípio se torna necessária a conceituação da *certeza* e da *dúvida* no processo; conceituação essa inexistente em nossa doutrina, em sua maioria mais preocupada com a *verdade* do que com a vinculação subjetiva do magistrado aos fatos.

Além disso, a adoção do *in dubio pro reo* como critério de convencimento judicial denota a clara intenção do nosso ordenamento em tratar falsos positivos como mais danosos que os falsos negativos. Porém, considerando a existência de danos sociais oriundos também das falsas absolvições¹⁷⁴, cabe da mesma forma à conceituação de *dúvida* e *certeza* resposta a questões de ordem prática como “quantas falsas absolvições podem ser toleradas para que se reduza o número de falsas condenações?”¹⁷⁵.

Todas essas questões levantadas são suficientes para demonstrar que a liberdade de convicção do julgador não encerra, de modo algum, as discussões sobre uma necessária teoria da decisão judicial. Muito pelo contrário, como bem diz Michelle Taruffo, “o verdadeiro problema, por conseguinte, é determinar como o ‘espaço vazio’

¹⁷³ JAMES JR, Fleming. Burdens of Proof. 47 Virginia Law Review. Yale Law School Scholarship Repository, Ver 51. 1961

¹⁷⁴ NICITA, Antonio e RIZZOLLI, Matteo. *In Dubio Pro Reo – Behavioural explanations of pro-defendant bias in procedures*. CESifo Economic Studies, 2014. p. 3

¹⁷⁵ NICITA, Antonio e RIZZOLLI, Matteo. *Op cit.* p. 2

criado pelos princípios de livre apreciação é ‘preenchido’ pela prática dos tribunais e pelos critérios sugeridos pelos teóricos do direito¹⁷⁶”.

¹⁷⁶ TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. 51 *American Journal of Comparative Law* 659 2003, p. 666.

4 OS STANDARDS PROBATÓRIOS

As invasões bárbaras ocorridas entre os séculos IV e V se tornaram um dos pontos históricos mais importantes para a miscigenação cultural da Europa. No campo jurídico, essa miscigenação encontra maior reflexo na adoção do rito dos ordálios como primitiva teoria de provas do processo penal, sendo a forma de superação destes a maior diferença entre os caminhos tomados pelo direito anglo-saxão e o direito continental¹⁷⁷.

O julgamento por ordálios foi introduzido na Inglaterra por volta de 1066, com a invasão dos Normandos¹⁷⁸. Da mesma forma que no continente, esse modelo de julgamento perdurou até o Concílio de Latrão, em 1215, quando o Papa Inocêncio III decidiu por proibir a participação de clérigos nos julgamentos por ordálios, tornando a prática ilegal¹⁷⁹.

No continente nasceu então o Direito Canônico e seu procedimento inquisitivo. A dita “racionalidade” das provas, a busca pela verdade e o uso da ciência como expressão das limitações na compreensão foram características marcantes deste sistema¹⁸⁰.

Na Inglaterra, de fato, o processo de abandono dos ordálios foi muito mais lento e gradual. Durante o reinado do Rei João (1199-1216) o rito dos ordálios passou de forma de julgamento padrão a completamente inexistente¹⁸¹. Ao invés de uma ruptura completa pela imposição papal, esta forma de julgamento foi paulatinamente substituída pelos *trials by jury*¹⁸².

Diferentemente do direito canônico, a substituição gradual dos ordálios no *common law* teve como efeito a manutenção de alguns ideais norteadores do antigo rito. Se nos ordálios o objetivo fora fundamentalmente balancear a disputa entre as partes

¹⁷⁷ WHITMAN, James Q., "The Origins of "Reasonable Doubt"" (2005). Faculty Scholarship Series. Paper 1. P 32

¹⁷⁸ GARDNER, Thomas J. e ANDERSON, Terry M. Criminal Evidence: Principles and Cases. Wadsworth. Cengage Learning. 2013. p 5

¹⁷⁹ GARDNER, Thomas J. e ANDERSON, Terry M. *Op cit.* p 6

¹⁸⁰ WHITMAN, James Q. *Op cit.* P 22

¹⁸¹ GARDNER, Thomas J. e ANDERSON, Terry M. *Op cit.* p 3

¹⁸² GARDNER, Thomas J. e ANDERSON, Terry M. Criminal Evidence: Principles and Cases. Wadsworth. Cengage Learning. 2013. p 3

para que a decisão divina viesse, a tradição de se desacreditar na perfeição das decisões humanas se manteve, mesmo com a ascensão do *trial by jury*¹⁸³.

Além disso, apesar de ser considerada uma forma de superação dos ordálios, o *trial by jury* manteve o apelo divino com o instituto do *oath*, juramento de inocência feito pelo acusado perante Deus. Como forma de embasar seu juramento, o acusado devia apresentar ao júri, então, evidências de sua inocência, chamadas de *oath helpers*¹⁸⁴.

Com o ônus probatório nas mãos do acusado, diversos cidadãos ingleses foram presos pelos órgãos oficiais com base em meras suspeitas e denúncias anônimas, tendo como alvo principal aqueles que de alguma forma conspiravam contra a monarquia e o Rei João¹⁸⁵.

Neste contexto de abusos estatais, em 1215, os grandes barões revoltosos da época se reuniram com o Rei João Sem-Terra e, juntos, em comum acordo, assinaram o documento que viria a ser chamado de Magna Carta¹⁸⁶.

Conhecida pela maioria da doutrina como a carta política que deu nascimento ao *habeas corpus*, a Grande Carta foi responsável também pelo nascimento dos primeiros passos da tradição inglesa da *law of evidence*.

Inspirando-se na tradição continental do *in dubio pro reo*, que por lá era tratado como forma de conforto moral do julgador¹⁸⁷, a Magna Carta previu então, em sua cláusula número 38, o seguinte trecho: “*in future no official shall place a man on trial upon his own unsupported statement, without producing credible witnesses to the truth of it*¹⁸⁸”.

Esse trecho viria a ser mais tarde chamado pela prática judicial de *probable cause* ou *reasonable grounds to believe*¹⁸⁹ – momento no qual inaugura-se o conceito de

¹⁸³ HYAMS, Paul P. Trial by Ordeal: The key to proof in the Early Common Law. In Morris S. Arnold et al., eds, On the Laws and Customs of England. Essay in Honor of Samuel E. Thorne. Chapel Hill: University of North Carolina Press. P. 97

¹⁸⁴ GARDNER, Thomas J. e ANDERSON, Terry M. *Op Cit.* p 3

¹⁸⁵ GARDNER, Thomas J. e ANDERSON, Terry M. *Op Cit.* p 4

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ GARDNER, Thomas J. e ANDERSON, Terry M. *Op Cit.* p 5

¹⁸⁸ Magna Carta, Inglaterra, 1215

¹⁸⁹ GARDNER, Thomas J. e ANDERSON, Terry M. Criminal Evidence: Principles and Cases. Wadsworth. Cengage Learning. 2013. p 5

burden of persuasion e, conseqüentemente, dos *standards of proof* para uma decisão judicial no processo penal.

4.1 QUAL CERTEZA E QUAL DÚVIDA?

Conforme já fora apontado, não há segundo a epistemologia moderna graus ou formas diferentes de verdade, independente da área da ciência¹⁹⁰. Da mesma forma, caso assim não fosse, toda verdade palpável ao ser humano deveria ser intitulada relativa, sendo a verdade real inalcançável e relativizada frente aos sentidos humanos¹⁹¹.

Neste contexto, evidente que, tratando-se o julgador de um ser humano, social, moldado por seu histórico, a pessoalidade de seus atos é insuperável¹⁹², de forma que toda verdade percebida por este vem ao mundo prático sob a roupagem de um estado subjetivo¹⁹³, tal qual a certeza e dúvida que possui sobre os atos investigados.

Tanto é assim que, conforme Ferrajoli:

A ‘verdade’ de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado de conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a verdade de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto de conhecimentos confirmados que delas possuímos¹⁹⁴.

Concordando com o jurista italiano, Popper trouxe a noção de “aproximação” ou “acercamento” da verdade – ideia segundo a qual uma proposição deve ser tomada como mais plausível em relação a outra de acordo com o conjunto de elementos

¹⁹⁰ BADARÓ, Gustavo. *Ônus da Prova no Processo Penal*. Ed: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2013. p. 25

¹⁹¹ *Idem*

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 46

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 42

sensitivos que levem a crer nela¹⁹⁵, chamada também de *verdade aproximativa*¹⁹⁶, *verdade provável*¹⁹⁷ ou *verdade possível*¹⁹⁸.

Nesse sentido, se inatingível a verdade dos fatos, por óbvio toda convicção de certeza do julgador sobre os mesmos se infere como baseada em suposições e induções, pretensiosas ou despretensiosas, com o intuito de sobrepujar a dúvida natural e insuperável do cientista sobre o objeto.

Deste modo, assim como a problemática da verdade no processo, a noção de convicção judicial a ser buscada deve ser a que mais se aproxima da certeza, de forma que a certeza judicial seja tomada como um efeito indesejável e a máxima convicção atingível pelo julgador seja a *quase-certeza* ou *alta probabilidade* das assertivas.

Entretanto, ao contrário do conceito de verdade, a certeza é um estado de convicção facilmente atingível. Essa inevitabilidade da certeza, somada à sua indesejabilidade no processo, traz a necessidade de que a convicção judicial seja interpretada através da dúvida, reconhecendo-se a presença desta em todas as fases do processo decisório judicial. Assim, para que sejam guiadas pela racionalidade, as decisões judiciais devem ser tomadas pelo grau de dúvida existente em uma assertiva embasada por dados probatórios.

Dos variados tipos de dúvida existentes, há que se considerar importante para uma decisão judicial somente as dúvidas concretas, ou seja, aquelas positivas, pertinentes ao acervo probatório. Dúvidas subjetivas, abstrato-teóricas ou concreto-positivas são naturais, porém, devem ser consideradas irrelevantes ao processo decisório. Decisões judiciais fundadas nesses tipos de dúvida devem ser consideradas viciadas¹⁹⁹

Neste contexto, nasce, no *common law*, o conceito de *burden of persuasion*, integrante do ônus probatório, que, em uma definição simplificada, se trata da obrigação

¹⁹⁵ POPPER, Karl *apud* FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.*

¹⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.*

¹⁹⁷ BADARÓ, Gustavo. Ônus da Prova no Processo Penal. Ed: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2013. p.34

¹⁹⁸ TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial. Proceso, Prueba y Estandár.* Ed: ARA Editores, 2009. p. 41

¹⁹⁹ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>

que uma parte possui em convencer um juiz de que os fatos que afirma são provavelmente verdadeiros²⁰⁰. O *burden of persuasion* possui em seu núcleo duas escalas que o formam: quais os fatos que devem ser postos à prova para a solução de um litígio e o quão provados devem estar estes fatos para que se possa convencer o julgador²⁰¹.

Ou seja, de acordo com o modelo do *burden of persuasion*, para cada determinado tipo de decisão judicial, em um determinado tipo de processo, exige-se um grau mínimo de probabilidade ou grau máximo de dúvida tolerável baseado exclusivamente nas provas presentes nos autos processuais. Os graus de probabilidade e dúvida a que estão adstritos os julgadores no momento das decisões são chamados no *common law* de *standards of proof*, ou standards probatórios²⁰².

4.2 BLACKSTONE RATIO

Com a adoção da verdade provável e do *burden of persuasion*, a certeza sobre os fatos deixa de ser a meta da convicção judicial. Não conforme Malatesta, que trata a convicção baseada na probabilidade como uma despreocupação em se atingir a certeza por parte do julgador, de modo que a sentença baseada em probabilidade não teria o mesmo valor de uma sentença acostada sobre certeza²⁰³.

O modelo dos standards probatórios, antes de tudo, reconhece a falibilidade humana no que tange à convicção no processo decisório e aplica isso na própria estrutura processual²⁰⁴. Assim, sempre haverá dúvida no ato decisório, só cabendo à prática judicial definir de forma apriorística qual a máxima dúvida tolerável para que se possa chamar aquela decisão de legítima²⁰⁵.

²⁰⁰ FLEMMINGS JR., James. *Burdens of Proof*, 47 Va. L. Rev. 51 (1961)

²⁰¹ FLEMMINGS JR., James. *Burdens of Proof*, 47 Va. L. Rev. 51 (1961)

²⁰² POSNER, Richard A. *An Economic approach to the Law of Evidence*. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 66. P. 33

²⁰³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Volume I. Ed. CONAN, 1995. p. 21

²⁰⁴ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em:

<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>

²⁰⁵ *Idem*.

A necessidade que ressalta desta afirmativa seria, então, definir quais os critérios devem ser utilizados para se eleger qual o standard probatório deve ser aplicado em cada tipo específico de decisão judicial e quais graus de convicção devem ser considerados como dúvida incompatível com julgamento afirmativo.

Podem-se apontar como critérios norteadores da proclamação de um grau de convicção suficiente para um veredito judicial o custo dos erros advindos dessa decisão²⁰⁶ e a disparidade de capacidade probatória entre as partes processuais envolvidas²⁰⁷.

Sobre a disparidade de capacidade probatória entre as partes processuais, esta deve ser dividida em dois fatores – o poder de produção de evidências²⁰⁸ e a tendência de supervalorização das provas apresentadas por uma das partes²⁰⁹. Primeiramente, o poder na produção de evidências deve ser entendido como a disposição de recursos financeiros e meios de uma parte para produzir as evidências necessárias para respaldar sua posição em um tribunal. Já o segundo fator se trata de um fator psicológico associado ao julgador, como já apontado por Schünemann²¹⁰.

Essa questão não é só determinante na escolha do standard probatório a ser utilizado em uma decisão, mas também para determinar sobre quem recairá o ônus na produção de evidências.

O segundo e mais importante fator guarda relação com a falibilidade humana e, conseqüentemente, das decisões judiciais²¹¹. Diferentemente do direito continental que enxerga a decisão judicial sob o prisma da legitimidade²¹² e da enunciação da verdade através do legitimado para isso²¹³, o direito anglo-saxão, reconhecendo a incapacidade

²⁰⁶ VARS, Fredrick E., *Standards of Proof.*, 2012. Disponível em: SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1984820> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984820>. p. 3

²⁰⁷ VARS, Fredrick E., *Op. Cit.*, p. 6

²⁰⁸ POSNER, Richard A. *An Economic approach to the Law of Evidence.* Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 66. P. 33

²⁰⁹ POSNER *apud* VARS, Fredrick E. *Op cit.*

²¹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. São Paulo: Revista Liberdades, IBCCRIM. 2012.

²¹¹ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>

²¹² CLERMONT, Kevin M. *Standards of Proof Revisited.* Cornell Law Faculty publications, Paper 13, 2009.

²¹³ STRECK, Lenio. O que é isto – A verdade real? – Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasilis. Revista dos Tribunais, vol 921/2012, Julho 2012. P.2

de se chegar à verdade sobre os fatos, decidiu considerar a insuperável existência de erros judiciais como um fator chave na formulação de sua teoria da decisão judicial.

Segundo o *common law*, para que seja adotado um determinado standard probatório requisito de uma decisão judicial, deve-se analisar primeiramente qual o custo dos erros judiciais que poderiam vir a ocorrer²¹⁴. Até porque, como bem pontua Posner, o objetivo social do processo de interpretação de evidências é minimizar os custos dos erros judiciais²¹⁵

Para isso, deve-se comparar as duas formas de erro judiciais possíveis, o falso negativo e o falso positivo, contrapondo seus efeitos sociais, de forma a determinar qual seria o mais danoso à sociedade e em que escala²¹⁶. Assim, seria possível determinar qual a proporção tolerável de falsos negativos em relação aos falsos positivos e, desta forma, precisar qual o grau de exigência de probabilidade necessário em uma decisão judicial socialmente responsável. Quanto maior o standard probatório, maior a conversão de resultados positivos em negativos, tornando alguns verdadeiros positivos em falsos negativos e alguns falsos positivos em verdadeiros negativos²¹⁷.

Considerando tanto o custo dos erros quanto a disparidade na capacidade probatória das partes, ao longo de toda a história, os tribunais dos países do *common law* se depararam com diversos standards probatórios, tendo como principais representantes no processo judicial, além do já citado *probable cause* exigido para que se dê início a uma ação penal, o *preponderance of evidence*, o *clear and convincing evidence* e o *beyond a reasonable doubt*.

O standard intitulado *preponderance of evidence*, ou *balance of probabilities*, é o standard usado no processo civil e nos procedimentos relacionados à litígios entre particulares²¹⁸. Este standard é atingido quando, através das evidências apresentadas

²¹⁴ NICITA, Antonio e RIZZOLLI, Matteo. *In Dubio Pro Reo – Behavioural explanations of pro-defendant bias in procedures*. CESifo Economic Studies, 2014. p. 2

²¹⁵ POSNER, Richard A. *An Economic approach to the Law of Evidence*. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 66. P. 32

²¹⁶ *Idem*

²¹⁷ VARS, Fredrick E., Standards of Proof., 2012. Disponível em:

SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1984820> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984820>. p. 3

²¹⁸ *Concrete Pipe & Prods., Inc. v. Constr. Laborers Pension Trust*, 508 U.S. 602, 622 (1993)

perante o julgador, um fato se demonstra “*more probable than not*”²¹⁹, ou algo em torno de 51% provável²²⁰.

O *preponderance of evidence* tem como fundamentação a baixa disparidade na capacidade probatória das partes envolvidas, assim como a relativa igualdade no custo dos erros presente nas causas civis. Há na doutrina quem diga que este standard minimiza a quantidade de erros judiciais em geral, tanto as falsas condenações quanto as falsas absolvições²²¹.

O segundo standard probatório amplamente usado no direito anglo-saxão, o *clear and convincing evidence*, pode ser caracterizado como a presença de evidências que denotem uma alta probabilidade da ocorrência de um fato, ou algo em torno de 75% de probabilidade deste²²². Este standard é dado como requisito em litígios entre particulares onde estão em disputa direitos e interesses individuais de alta relevância, como casos que envolvam direitos parentais, decisões administrativas, internação compulsória, entre outros²²³.

Diferentemente das disputas civis regidas pelo *preponderance of evidence*, estes casos possuem um custo dos erros judiciais proeminente devido à presença de valores de alta relevância. Porém, tratando-se de casos ainda privados, onde a diferença na capacidade probatória entre as partes é igual, não há a necessidade de um aumento extremo nas exigências probatórias.

No processo penal, foco deste trabalho, as reflexões se demonstram mais intensas e necessárias. Há nesta modalidade processual uma grande disparidade da capacidade probatória das partes. A acusação pública guarda consigo uma enorme capacidade de produção probatória, dispondo de meios que por muitas vezes violam direitos fundamentais dos acusados, do uso de seu poder coercitivo inerente ao Estado e de recursos financeiros muito superiores²²⁴. Somado a isso, como bem destacado por

²¹⁹ *Miller v Minister of Pensions*, 2 All ER 372 (1947)

²²⁰ VARS, Fredrick E., *Op cit.* p. 6

²²¹ *Idem.*

²²² *In re Angelia P.* (1981) 28 Cal.3d 908, 919 (171 Cal.Rptr. 637, 623 P.2d 198)

²²³ California Civil Jury Instructions (CACI). Disponível em: <https://www.justia.com/trials-litigation/docs/caci/200/201.html>

²²⁴ POSNER, Richard A. *An Economic approach to the Law of Evidence*. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 66. P. 35

Schunemann, ainda contam com o preconceito dos julgadores em apoiar suas afirmações²²⁵.

Além disso, há no processo penal um custo dos erros judiciais maior do que em todos as outras modalidades processuais. Valores como liberdade, estigma social, segurança pública, efetiva proteção de bens jurídicos, dentre outros, se encontram no seio de toda a questão criminal, de forma que necessariamente todo e qualquer erro judicial advindo de um processo penal possui capacidade de produzir danos sociais superior a de outros tipos de processo²²⁶.

A dúvida é, no entanto, de que forma se relacionam os falsos positivos e os falsos negativos no processo penal? Quais são os danos sociais produzidos pelas falsas condenações e falsas absolvições e qual destes deve ser evitado de forma mais enfática?

Sir William Blackstone, juiz inglês do século XVIII, foi o primeiro a se aprofundar na questão do custo dos erros no processo penal. Em seu trabalho *Commentaries on the Laws of England*, de 1765, Blackstone descreveu a famosa frase “*all presumptive evidence of felony should be admitted cautiously; for the law holds it’s better that ten guilty persons escape than that one innocent party suffer*”²²⁷.

Ou seja, de acordo com a *Blackstone’s Ratio*, um falso positivo no processo penal é capaz de produzir o mesmo dano social que 10 falsos negativos, de forma que, em aspectos utilitaristas, o processo penal deva ser pensado para, em caso de erro, obter dez vezes mais absolvições de culpados do que condenações de inocentes²²⁸.

Em 1986, I.P.L. Png reproduziu estudo onde, contrariando a máxima de Blackstone, afirmou que falsas condenações e falsas absolvições causam o mesmo dano social em termos de dissuasão ao cometimento de novos crimes. De acordo com Png, um grande número de falsas absolvições estimulam as pessoas a cometerem novos crimes, enquanto um grande número de falsas condenações desestimulam as pessoas a

²²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. São Paulo: Revista Liberdades, IBCCRIM. 2012.

²²⁶ *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970)

²²⁷ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. First Edition. Oxford : Printed at the Clarendon Press, 1765-1769. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp

²²⁸ NICITA, Antonio e RIZZOLLI, Matteo. In *Dubio Pro Reo – Behavioural explanations of pro-defendant bias in procedures*. CESifo Economic Studies, 2014.

não cometerem crimes²²⁹. Essa conclusão, apesar de desconsiderar diversos outros fatores que tornam falsas condenações piores que falsas absolvições, é importante para delimitar que falsas absolvições também são danosas à sociedade, de modo que não devem ser desconsideradas na formulação dos standards probatórios.

Não é à toa, porém, que se adota a presunção de inocência nos processos penais tanto do *Civil Law* quanto do *Common Law*. A adoção do *in dubio pro reo* torna evidente que falsas condenações são menos toleráveis que falsas absolvições. Fatores éticos como a proteção da liberdade dos cidadãos, os estigmas sociais advindos de uma condenação criminal²³⁰ e a própria dignidade da pessoa humana dão às falsas condenações status superior em relação às falsas absolvições. Além destas, pode-se apontar como fatores utilitaristas que influenciam no repúdio aos falsos positivos a queda na aceitação da população ao sistema legal e jurídico do país²³¹, a necessidade de uma proteção do sistema contra possíveis desvios funcionais da acusação e dos juízes e contra a irredutível inclinação dos órgãos acusatórios em sobreavaliar os fatos²³²

Porém, só o *in dubio pro reo* não é suficiente para garantir a paridade de armas e proteger o processo penal de erros. Até porque, a presunção de inocência como forma de regra de julgamento (*regla de juicio*) deve ser entendida como a obrigatoriedade do juiz em não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada²³³. Há, portanto, uma definição da posição que o julgador deve tomar no momento da valoração de provas. Não há, porém, nenhuma definição do que seria a suficiência de prova proclamada. Essa função cabe à *Blackstone Ratio*.

Atenta à necessidade de se proteger a sociedade dos erros judiciais advindos de processos criminais, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento *In re Winship*, tornou constitucional o standard probatório do *beyond a reasonable doubt*²³⁴. De acordo com o relator do caso William Joseph Brennan Jr., o *beyond a reasonable doubt* dá

²²⁹ NICITA, Antonio e RIZZOLLI, Matteo. In Dubio Pro Reo – Behavioural explanations of pro-defendant bias in procedures. CESifo Economic Studies, 2014.

²³⁰ *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970)

²³¹ RUBINFELD e SAPPINGTON *apud* ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008. p. 7

²³² NICITA, Antonio e RIZZOLLI, Matteo. *Op Cit*.

²³³ LOPES JR., Aury. Réu não deve ser obrigado a provar causa de exclusão da ilicitude. Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/limite-penal-reu-nao-obrigado-provar-causa-exclusao-ilicitude>

²³⁴ *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970)

“concreta substância à presunção de inocência²³⁵”, afinal, “uma pessoa acusada de um crime estaria em séria desvantagem, desvantagem de fundamental justiça, se pudesse ser condenada e presa por anos com a mesma intensidade probatória que seria suficiente para um processo civil²³⁶”.

Assim, o standard probatório do *beyond a reasonable doubt* seria o *burden of persuasion* do processo penais. Levando em consideração os aspectos utilitaristas trazidos pela máxima de Blackstone, o sistema processual penal deveria então se precaver para que a probabilidade de ocorrência de falsas absolvições seja dez vezes maior que a ocorrência de falsas condenações, o que implicaria em uma exigência de probabilidade da ocorrência dos fatos discutidos superior a 90%²³⁷. Nas palavras de John M. Harlan:

The standard of proof influences the relative frequency of these two types of erroneous outcomes. If, for example, the standard of proof for a criminal trial were a preponderance of the evidence, rather than proof beyond a reasonable doubt, there would be a smaller risk of factual errors that result in freeing guilty persons, but a far greater risk of factual errors that result in convicting the innocent. Because the standard of proof affects the comparative frequency of these two types of erroneous outcomes, the choice of the standard to be applied in a particular kind of litigation should, in a rational world, reflect an assessment of the comparative social disutility of each²³⁸.

Outro modo de se interpretar a fórmula de Blackstone é como se esta tivesse como meta impor ao julgador que a decisão criminal tenha sempre como *burden of persuasion* a probabilidade máxima possível que se possa atingir. Segundo esta filiação, uma hipótese só pode ser considerada como verdadeira caso a hipótese nula possa ser refutada com uma grande probabilidade. Caso a hipótese nula tenha probabilidade considerável, a hipótese sustentada não pode ser considerada verdadeira. Nas ciências sociais, a convenção é que para que uma hipótese nula seja considerada verdadeira, deve haver probabilidade superior a 5% de sua ocorrência. Em um processo penal,

²³⁵ *Idem*

²³⁶ *Idem*

²³⁷ *United States v. Fatico*, 441 F.Supp. 1285

²³⁸ *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970)

pode-se considerar a hipótese testada como a acusação e a hipótese nula como a dúvida regida pela presunção de inocência. Desse modo, para que um fato possa ser considerado como provado além de qualquer dúvida razoável deve haver 95% de probabilidade de sua ocorrência, tratando-se os 5% restantes de dúvida insuperável²³⁹.

Assim, de acordo com a Suprema Corte dos Estados Unidos, para que haja condenação criminal, a acusação deve apresentar provas que afastem qualquer dúvida razoável sobre a hipótese acusatória dos fatos, de modo que a probabilidade de ocorrência desta atinja 90% a 95%.

Provavelmente para muitos, todas essas mudanças não passam de instruções vazias que dificilmente representam algum avanço no sentido a qual foram projetadas. Buscando contrariar essa desconfiança e confirmar a capacidade que os standards probatórios possuem em reduzir ou ampliar o número de condenações ou absolvições, Christoph Engel e Andreas Glöckner elaboraram um experimento no Instituto Max Planck chamado “Can We Trust Intuitive Jurors? An Experimental Analysis”, no qual 238 indivíduos foram separados em dois grupos distintos e foram apresentados a um mesmo conjunto de evidências. Um dos grupos foi instruído a condenar somente caso sua culpa esteja provada *beyond a reasonable doubt*, enquanto o outro deveria condenar em caso de culpa provada via *preponderance of evidence*²⁴⁰.

Segundo o experimento promovido por Engel, o número de condenações sob o standard *beyond a reasonable doubt* é bem menor do que o de condenações sob o standard *preponderance of evidence*. Além disso, apesar de alguns indivíduos terem condenado em *beyond a reasonable doubt* sob condições de baixa probabilidade, a maior parte dos decisores absolveu mesmo sob altas probabilidades – nesse experimento, equivalentes a *clear and convincing evidence*²⁴¹.

²³⁹ ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Convicction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008. p. 7

²⁴⁰ GLÖCKNER, Andreas e ENGEL, Christoph. Can We Trust Intuitive Jurors? An Experimental Analysis. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008

²⁴¹ ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Convicction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008. p. 16-18

Para Engel e Glöckner, o experimento demonstra que os resultados atingidos são muito similares aos objetivos buscados pelo ordenamento jurídico que adota a diferenciação entre standards probatórios²⁴²

4.3 DISCRICIONARIEDADE GUIADA

É inegável que toda a discussão sobre apreciação probatória judicial, verdade processual, certeza, dúvida, imparcialidade, remetem necessariamente à limitação ou não do poder do julgador em um determinado ordenamento jurídico. Diversas foram as propostas de limitação extrema a esse poder que fracassaram, como as provas tarifadas e o modelo mecanicista do juiz *bouche de la loi* de Montesquieu.

Da mesma forma, todas as soluções encontradas que consistiram em retirar as limitações no ato de julgar terminaram por findar no mesmo grau de autoritarismo que visavam combater. Primeiramente com a íntima convicção da França revolucionária, e, como demonstrado, com o atual livre convencimento motivado.

Ambas as formas de gerência do poder julgador assim se deram pela mesmo motivo, a crença de que este se manifesta de forma *una*, sendo limitado ou libertado, sem maiores ponderações. Ferrajoli, no entanto, explica que o poder judicial não pode ser entendido como um poder monodimensional, mas sim composto por quatro esferas diferentes de poder: os poderes de verificação jurídica, de comprovação fática, de conotação e o poder de valoração ético-política²⁴³.

Segundo o jusfilósofo italiano, enquanto os três primeiros poderes constituem o *poder de cognição judicial* e são irredutíveis e fisiológicos, agindo mesmo quando os juízes são instruídos a não o exercerem, o poder de valoração ético-política se trata de “um produto patológico de desvios e funções politicamente injustificadas dos três primeiros tipos de poder²⁴⁴”. Assim, a solução para a limitação desses espaços de *discricionariedade dispositiva* não poderia ser encontrada ignorando ou investindo no *poder de cognição judicial* mas sim através de um “conjunto de técnicas de definição e

²⁴² *Idem*

²⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 36

²⁴⁴ *Idem*

comprovação dos pressupostos da pena orientadas a reduzir do maior modo possível o poder judicial arbitrário e satisfazer o modelo”, representadas pelas garantias penais e processuais penais²⁴⁵.

Nesse sentido, Taruffo traz à baila a noção de que a discricionariedade no convencimento judicial deve ser guiada por critérios de ciência, lógica e argumentação racional, de modo que não mais estaria vinculado à regras de prova como no sistema da prova tarifada, mas preso aos critérios da racionalidade da motivação²⁴⁶.

Assim, os standards probatórios têm a função de evitar a *discricionariedade dispositiva judicial*, desempenhando o papel de critério lógico, racional e científico a qual o juiz deve se ater para determinar se um fato se encontra suficientemente provado ou não. Assim agindo, o standard probatório funcionaria como critério balizador da motivação judicial, evidenciando desvios e permitindo a máxima submissão ao contraditório²⁴⁷. Afinal, a motivação dos atos judiciais estaria adstrita à justificação da decisão perante o standard específico, e não frente a critérios subjetivos como certeza e dúvida.

Além de evidenciar desvios intencionais do poder julgador, os standards probatórios são instrumentos eficazes na manutenção da imparcialidade subjetiva do julgador durante o deslinde processual. Ao contrário do livre convencimento motivado, a instrução preliminar do standard probatório que incidirá na decisão judicial em questão é responsável pela presença de um marcador somático, reduzindo opções e demandando atenção do decisor²⁴⁸. Dessa forma, atuando no inconsciente do julgador, os standards probatórios reduzem o grau de confiança em eventos de baixa probabilidade ocasionada por emoções²⁴⁹. Ao final, estes cumprem o papel pelo qual

²⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 36

²⁴⁶ TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial. Proceso, Prueba y Estandár*. Ed: ARA Editores, 2009. p. 38

²⁴⁷ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>

²⁴⁸ ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Convicction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008. p. 18

²⁴⁹ LOEWESTEIN, WEBER *apud* ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Convicction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008. p. 18

foram idealizados: definir um marco somático que alerte o juiz sobre os riscos dos erros de uma decisão judicial, coibindo preconceitos e induções²⁵⁰.

O estudo realizado por Christoph Engel citado no tópico anterior também revela os grandes avanços atingidos na instituição de um marcador somático no inconsciente dos julgadores através dos standards probatórios. De acordo com o estudo, os julgadores instruídos a condenar sob o standard *beyond a reasonable doubt* só ficam totalmente confiantes de suas decisões caso acreditem que se trata de um caso claro – ou seja, se eles absolvem e a probabilidade de culpa é baixa ou se condenam e a probabilidade de culpa é alta. Isto é extremamente importante para evitar *coherence shifts*. Além disso, de acordo com o experimento, os decisores que julgam sob *beyond a reasonable doubt* se tornam mais exigentes com a atuação acusatória: absolvem pela ausência de meios de prova que poderiam ter sido usados, pela existência de pequenos fragmentos de evidências que não se encaixam na hipótese formulada pela acusação e terminam por exigir, assim, uma maior plausibilidade da história contada pelo órgão acusatório. Ao final, acabam por focar suas exigências na hipótese acusatória e nas provas trazidas pela acusação, tratando os argumentos defensivos como ensejadores de dúvida e não como inversão do ônus da prova²⁵¹.

4.4 CONVENCIMENTO PROVISÓRIO: A IMPARCIALIDADE OBJETIVA

Como já exposto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos foi responsável pela mudança no paradigma da questão da imparcialidade judicial. A partir do caso *Hanscholdt vs. Danmark*, inaugurou-se o entendimento de que a imparcialidade deve ser dividida em duas dimensões - a subjetiva e a objetiva – essa última, entendida como a capacidade de não se suspeitar da imparcialidade de um julgador através do seu contato prévio sobre os fatos questionados no processo²⁵².

A referida Corte, então, definiu que não se trata simplesmente do mero contato do julgador com os fatos a serem julgados em fase anterior, mas sim da “natureza dos

²⁵⁰ LOEWESTEIN, WEBER *apud* ENGEL, Christoph. *Op Cit*

²⁵¹ ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008. p. 18

²⁵² TEDH, *Caso Hauschildt vs. Dinamarca*

atos” praticados pelo juiz nesta fase derradeira²⁵³. Dessa forma, o juiz que vier a emitir certeza precoce sobre o objeto processual deve ser declarado como objetivamente parcial e, conseqüentemente, suspeito para julgar a lide.

No entanto, o mesmo Tribunal, em decisões posteriores, mais especificamente nos casos *Nortier vs. Países Baixos* e *Saraiva de Carvalho vs. Portugal*, estabeleceu que juízos preliminares que ocorrem no deslinde processual, como a presença de “indícios sérios do cometimento de um crime²⁵⁴” ou “suspeitas particularmente reforçadas da autoria²⁵⁵”, constituem julgamento de *thema decidendum* diverso daquele que o magistrado julgará ao final do processo.

É de se causar estranheza, porém, que decisões sobre as mesmas autoria e materialidade que serão julgadas ao final do processo, só por se situarem em fase anterior e exigirem convencimento diverso daquele pretendido na sentença, sejam consideradas como se versassem sobre *thema decidendum* distinto. Fica claro que as decisões anteriores que versam sobre autoria e materialidade não dizem sobre tema processual diverso, mas sim possuem gradações de exigência probatória diversas da gradação exigida ao final do feito²⁵⁶.

Isso porque, conforme Badaró:

“(...) ao longo da própria persecução penal, há uma formulação progressiva de juízos sobre o mesmo tema – por exemplo, a autoria delitiva ou a materialidade delitiva – que será objeto da investigação, da admissibilidade da denúncia até se chegar à sentença. Passa-se de um juízo de simples possibilidade, para uma probabilidade, até se chegar à certeza. Para usar uma expressão de Carnelutti, em tais juízos há ‘*identità di sostanza ... ma differenza di dose*’²⁵⁷”

Não há como se atribuir nenhum sentido ao decidido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos sob a perspectiva do livre convencimento motivado. Inexistindo

²⁵³ TEDH, Caso Piersack vs Bélgica. Disponível em:

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557#{\"itemid\":\[\"001-57557\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557#{\).

²⁵⁴ TEDH, *Caso Nortier vs. Países Baixos*, sentença de 24.08.1993.

²⁵⁵ TEDH, *Caso Saraiva de Carvalho vs. Portugal*, sentença de 22.04.1994.

²⁵⁶ BADARÓ, Gustavo. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Disponível em:

<http://badaroadvogados.com.br/artigos.html>.

²⁵⁷ *Idem*.

qualquer pretensão em se ponderar graus diferentes de convencimento do juiz sobre a probabilidade da ocorrência de um fato, não há como se aferir se a “natureza dos atos judiciais” praticados em uma fase anterior afetam a imparcialidade objetiva do magistrado. Afinal, de acordo com o referido “princípio”, só haverá certeza ao final do processo, sendo todos os atos anteriores a sentença regidos pela dúvida. Não por outro motivo criou-se a ideia do *in dubio pro societate* no caminhar da instrução criminal.

Já sob o prisma dos standards probatórios a decisão da referida Corte ganha contornos práticos. Assim, havendo graus diferentes de convencimento judicial, segundo Badaró, pode-se concluir que o julgador restará objetivamente parcial quando deste sobrevier decisão interlocutória com um grau de convencimento sobre a probabilidade alto o suficiente para afetar o convencimento que necessita para emitir sentença ao final do processo²⁵⁸.

O jurista ainda fornece dois critérios pelos quais se poderá aferir a imparcialidade objetiva do julgador sob o prisma dos standards probatórios, sendo eles i) o critério subjetivo e ii) o critério objetivo²⁵⁹.

O critério subjetivo de análise da imparcialidade objetiva do julgador no processo penal deve ser entendido com a análise concreta da motivação de uma decisão judicial a fim de se detectar dúvidas legítimas sobre a imparcialidade objetiva do julgador. Para tal, deve-se verificar se a forma pela qual o magistrado fundamentou sua decisão não demonstra que o mesmo comprometeu seu ato decisório final com certezas precoces²⁶⁰.

Avaliação crítica parecida sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro em relação à decisão de pronúncia, momento no qual o juiz deve exercer seu juízo de forma comedida, sem exercer juízos de certeza, para que não afete o ânimo dos jurados competentes para julgar o feito. O parágrafo 1º do artigo 413 do Código de Processo Penal é claro no desejo do legislador em proteger a imparcialidade do juízo posterior quando alerta que:

²⁵⁸ *Idem.*

²⁵⁹ BADARÓ, Gustavo. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/artigos.html>.

²⁶⁰ *Idem.*

A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena

Porém, não se vê a mesma precaução em relação à influência que as decisões de um julgador possui sobre si mesmo.

Como já explicitado neste trabalho, o giro linguístico-ontológico trouxe à tona a ideia vigente de que todos os sentidos do indivíduo não se dão por sua consciência, mas sim consubstanciados no seio da linguagem²⁶¹. Assim, a motivação dos atos judiciais não se deve ser atingida para fins de controle pelo que o juiz “queria dizer com o que disse”, mas deve ser entendida exatamente através da forma como este fundamentou sua decisão.

Dessa forma, deve-se verificar, no limite da linguagem disposta na decisão a ser analisada, se o magistrado não fundamentou suas razões em standard probatório diverso daquele exigido para aquela decisão. Se no momento do recebimento da denúncia, onde exige-se a presença de certeza da materialidade de indícios de autoria, o magistrado embasou sua decisão na presença de certeza da materialidade e da autoria, este deve ser declarado objetivamente parcial e, portanto, impedido de julgar a causa pela ocorrência de antecipação do julgamento²⁶².

Há que se atentar que para a configuração da parcialidade objetiva do julgador não é necessário que este emita especificamente um juízo de certeza sobre a causa durante o caminho processual. Como já descrito neste trabalho, o princípio do *in dubio pro reo* em conjunto com a máxima de Blackstone obrigam que, ausente a possibilidade de obter certeza em um processo, a máxima dúvida tolerável no processo penal seja sempre aquela máxima probabilidade possível²⁶³. Por se manterem vigentes por toda a marcha processual, e não só no momento da sentença, os dois princípios orientam todas as decisões a serem tomadas sobre o mesmo *thema decidendum* do processo penal, de

²⁶¹ STRECK, Lenio. Como assim "cada um analisa de acordo com seu convencimento"?. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assim-cada-analisa-acordo-convencimento>

²⁶² BADARÓ, Gustavo. *Op Cit.*

²⁶³ ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Convicction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008. p. 7

forma que estas, assim como a sentença, sempre terão como máxima dúvida tolerável a máxima probabilidade possível para o momento processual.

Por este motivo, não se trata de uma desobrigação acusatória a exigência de indícios de autoria para que se dê início à persecução penal. Exige-se indícios de autoria porque este é o standard probatório máximo que se pode alcançar naquele momento processual, sendo reservado ao contraditório o papel de dar sentido persuasivo às provas já apresentadas e as que ainda surgirão durante o processo. Nesta linha de raciocínio, tendo o juiz se manifestado favorável à acusação por um standard superior ao de indícios suficientes, mesmo que não se declare absolutamente convencido, fica provada sua parcialidade objetiva para julgar não só as próximas decisões como aquela mesma, faltando-lhe a imparcialidade necessária para analisar o caso sob os parâmetros cabíveis naquele momento processual.

O critério objetivo para a análise da imparcialidade objetiva do magistrado no processo penal se dá com a presença de alguns tipos específicos de decisão judicial que, se realizados em um determinado momento do caminhar processual, obrigatoriamente comprometem a capacidade do julgador de se manter objetivamente imparcial. Esse seria o caso da decretação de prisões preventivas durante o inquérito policial e da autorização de ação controlada. Segundo Badaró, nesses casos há exigência de “certeza de materialidade” incompatível com o inquérito policial ainda em andamento, o que seria suficiente para contaminar o juiz que participou desses atos e embasar qualquer dúvida sobre a imparcialidade deste no momento do recebimento da denúncia²⁶⁴.

No mesmo diapasão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Superior Tribunal de Justiça proferiu julgado em que declarou que “é inegável que quem participou de procedimento administrativo, colhendo provas e decidindo, está moral, legal e psicologicamente comprometido para uma decisão judicial. Nesse caso, não se poderia falar em julgamento imparcial²⁶⁵”. Para além da decisão em concreto, abstratamente pode-se retirar como *ratio decidendi* que todo aquele julgador estiver moral, legal e psicologicamente comprometido para uma decisão judicial deve ser

²⁶⁴ BADARÓ, Gustavo. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/artigos.html>.

²⁶⁵ STJ, HC nº 4.591-MG, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 12.06.1995, v.u., RT 724/593, em especial p. 595.

declarado parcial. Assim, não importa necessariamente de que forma o juiz comprometeu previamente seu convencimento, seja participando do processo administrativo sobre o mesmo tema, instância inferior ou no decorrer daquele mesmo processo, mas sim que, nestas condições, o mesmo não terá a serenidade necessária para julgar o caso.

Deve-se pensar o caminhar processual penal de forma racional e lógica, assumindo uma postura de gradação do convencimento judicial sobre a probabilidade dos fatos até a decisão final, onde o julgador decidirá se há provas *beyond a reasonable doubt* dos fatos. Desta forma, pode-se regular de forma prática e eficiente o contato do juiz com as provas esperado pelo ordenamento jurídico, coibindo prejulgamentos que esvaziam o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

5 STANDARDS PROBATÓRIOS DE ACORDO COM O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Não há na jurisprudência brasileira qualquer dúvida sobre a incidência do livre convencimento motivado no processo penal brasileiro. De acordo com o Supremo Tribunal Federal²⁶⁶, o referido “princípio” se encontra insculpido no artigo 155 do Código de Processo Penal e no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.

A doutrina, no entanto, vem cada vez mais criticando o vetusto modelo de interpretação probatória, com muitos autores alegando inclusive a inexistência do mesmo no ordenamento jurídico. Nesse sentido, Lenio Streck aponta que não há nenhum fragmento da Carta Republicana brasileira que indique a existência de uma livre convicção judicial. Além disso, segundo o eminente jurista, o artigo 155 do Código de Processo Penal só indica que o juiz “formará seu convencimento através da livre apreciação da prova”, de modo que não seria o convencimento judicial liberto de controles epistêmicos, mas sim a apreciação probatória restaria livre de critérios *ex ante* como os do sistema de provas tarifadas²⁶⁷.

Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa, em recente artigo, se filiam a este entendimento, declarando que apesar da liberdade na apreciação probatória há critérios de validade fundados na razão e na lógica que asseguram a imunização da decisão judicial contra decisionismos e arbitrariedades²⁶⁸.

A necessidade de *standards mínimos* para uma decisão judicial vem emergindo da doutrina brasileira de tal modo que das vozes dissonantes ao livre convencimento motivado sobrevieram diversas mudanças no Novo Código de Processo Civil no sentido de exigir melhores fundamentações dos julgadores, sob pena de nulidade de seu ato mal fundamentado.

Apesar do relevante avanço do Novo Código de Processo Civil frente ao autoritarismo imanente à livre convicção, como bem aponta Denis Sampaio, ainda resta

²⁶⁶ RHC: 91691 SP, Relator: MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 19/02/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-074

²⁶⁷ STRECK, Lenio. O direito brasileiro atravessado pelo julgamento do Mensalão: do "livre convencimento" aos dilemas da Continuidade do positivismo. Revista dos Tribunais. vol. 933/2013. p. 3

²⁶⁸ LOPES JR., Aury e MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>

uma evidente preponderância do raciocínio justificatório em relação ao raciocínio decisório, de modo que dificilmente se superará a velha prática de se fundamentar com base na decisão²⁶⁹ – *adaequatio intellectus et rei*.

Ou seja, apesar da fundamentação ser consubstanciação do raciocínio decisório e só desta poder partir qualquer intenção de controle intersubjetivo do ato judicial, o foco das atenções de uma completa teoria da decisão judicial não pode ser a forma como o juiz motiva seu ato, mas de que forma concatena seu raciocínio para formar sua decisão – *adaequatio rei et intellectus*.

Portanto, não é exigindo no plano legislativo uma adequada fundamentação do ato decisório que se mitigará os efeitos da *discricionariedade dispositiva* no campo processual penal. Para tal, a tarefa do legislador brasileiro seria, assim como fez o legislador italiano da reforma do Código de Processo Penal em 1989, dar à lei processual penal um aspecto pedagógico à atuação judicial, fixando a estrutura do raciocínio lógico, com normas que afastem o silogismo judicial e estabeleçam standards probatórios para cada tipo de decisão judicial²⁷⁰.

Nesse último ponto, apesar de ausentes os outros critérios, há uma possível recepção do Código de Processo Penal e de outras leis penais esparsas ao conceito de standards probatórios. O Código de Processo Penal já aponta diversos standards que são frequentemente usados na prática judicial sob o prisma do livre convencimento motivado e acabam por terem seus conceitos esvaziados pela má utilização destes. Diversos destes já foram ventilados neste trabalho, principalmente no que toca ao desvirtuamento de sua essência operada pela jurisprudência.

O primeiro standard probatório brasileiro a ser destacado se encontra presente no inciso III do artigo 395 do Código de Processo Penal e se trata da justa causa para o exercício da ação penal. O conceito, nascido no Brasil como uma necessidade de que os fatos descritos na exordial acusatória sejam evidentemente fatos típicos e enquadrado no inciso I do revogado artigo 43 do Código Processual Penal, teve sua incidência

²⁶⁹ SAMPAIO, Denis. *Um exemplo concreto de limitação ao livre convencimento do julgador no processo penal – façamos uma importação correta*. Publicado no Empório do Direito em 20/04/2015

²⁷⁰ *Idem*

ampliada nos moldes do *probable cause* anglo-saxão, refletindo o caráter infamante do processo penal demonstrado a aproximadamente sete séculos na Inglaterra²⁷¹.

Assim, de acordo com a maior parte da doutrina e jurisprudência, *justa causa* seria a presença de um lastro probatório mínimo que possa embasar a denúncia²⁷². Para que se cumpra este requisito, deve-se, ao final do inquérito policial, haver certeza da materialidade e indícios da autoria²⁷³.

Fazendo um paradoxo com o sistema de *standards of proof* americano, a “certeza” de materialidade seria uma prova além da dúvida razoável, ou *proof beyond a reasonable doubt*, de que o fato criminoso efetivamente ocorreu. A exigência probatória neste grau se dá pela existência de uma investigação anterior voltada à comprovação ou não do fato a ser discutido. Afinal, sem a prova de um crime a ser julgado, a acusação se trataria de mero “ato de fé”²⁷⁴.

Por força disso, para que se dê início à ação penal, a materialidade deve estar provada tanto quanto possa ser provada até o final do processo, momento onde resta necessário o mesmo standard probatório de prova além da dúvida razoável da materialidade. Ao contrário do que neste ponto afirma Badaró, o exame de corpo de delito exigido pelo artigo 158 do Código de Processo Penal não é imprescindível somente no momento da sentença mas sim antes do início da ação penal²⁷⁵. Se para o exercício da ação penal exige-se prova *beyond a reasonable doubt* da materialidade e o mesmo standard é exigido ao final do processo, por óbvio que as exigências sobre materialidade que recaem sobre a decisão final recaem sobre o recebimento de denúncia.

Em relação à exigência de indícios suficientes para início da ação penal, apesar da ambiguidade do termo “suficientes”, pode-se afirmar que o mero juízo de possibilidade que satisfaz a admissibilidade processual cível não satisfaz a questão. O termo “indícios suficientes” deve ser entendido, então, como um juízo de probabilidade, com evidente preponderância de evidências – *preponderance of evidence* - que atestem

²⁷¹ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Eselvier, 2014. P. 104-105

²⁷² PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. P.116

²⁷³ BADARÓ, Gustavo. *Op cit.*

²⁷⁴ SILVA JARDIM, Afrânio *apud* BADARÓ, Gustavo. *Op cit.*

²⁷⁵ BADARÓ, Gustavo. *Op cit.* p. 108

a hipótese acusatória²⁷⁶. McCormick indica que a para que haja preponderância de evidências, se faz necessário um grande peso de prova, de forma que seja “a prova que conduz o júri a achar que a existência dos fatos é mais provável do que a não existência²⁷⁷”.

Como já dito, não se trata de uma desobrigação acusatória. Por força do princípio do *in dubio pro reo* e da máxima de Blackstone, a preponderância de evidências é o máximo standard probatório possível no momento processual do recebimento da denúncia. Para que se atinja tal, o inquérito policial deve esgotar todos os meios possíveis de produção de evidências acerca da autoria do acusado. Mesmo assim, a produção exaustiva de evidências no sentido de comprovar a autoria do acusado não poderá produzir juízos superiores ao *preponderance of evidence* na mente do julgador, sendo imperioso o contraditório e o caminhar processual para a consolidação do conjunto probatório no raciocínio decisório.

Outro momento do processo penal que pode ser entendido através dos standards probatórios é a pronúncia, instituto pertencente ao rito de júri e previsto no artigo 413 do Código de Processo Penal²⁷⁸. A pronúncia tem como requisitos, de acordo com o texto legal, a mesma “certeza de materialidade” e os mesmos “indícios de autoria” que são exigidos no momento da denúncia que inicia os feitos penais.

Em relação à “certeza de materialidade”, a exigência de prova além de qualquer dúvida razoável se mantém desde o início do processo e segue até seu fim, de forma que não haveria de ser diferente no momento da pronúncia. Em caso de dúvida além da razoável sobre a materialidade, a denúncia não deverá ser aceita de modo que não deverá ser resolvida em hipótese alguma no momento da pronúncia. Por óbvio, caso, por manifestação defensiva, houver o surgimento de *reasonable doubt* sobre a materialidade após a denúncia, imperiosa se fará a impronúncia do acusado.

Já sobre o conceito de “indícios suficientes de autoria e de participação” há algumas dúvidas sobre sua abrangência e a qual standard probatório se reporta. Não se sabe se o sentido do termo “suficientes” é mutável de acordo com a situação processual,

²⁷⁶ *Idem.*

²⁷⁷ MCCORMICK *apud* KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>

²⁷⁸ Artigo 413 do Código de Processo Penal.

cabendo à prática judicial dar standard à situação; ou se os mesmos “indícios suficientes” que são exigidos para a denúncia são exigidos em todas as outras decisões judiciais que contenham a expressão “indícios suficientes” como exigência.

De qualquer maneira, seja pela liberdade de interpretação dada pelo legislador, seja pela necessidade de uma racionalização do tramite processual penal, a decisão de pronuncia não pode ter como requisito o mesmo standard processual no que tange à autoria da decisão de denúncia. Diferentemente da decisão de recebimento da exordial acusatória, o julgador teve antes do momento de decidir pela pronuncia uma cognição exauriente das provas apresentadas no decorrer processual. Nas palavras de Badaró:

“Tenho para mim que ao final do juízo de acusação, o juiz teve uma fase prévia de instrução, que lhe permitirá realizar um julgamento com base em cognição exauriente. Não se trata de cognição sumária ou mesmo de limites temáticos de cognição. A cognição é plena e exauriente. Veja, por exemplo, qual será a diferença de cognição desse juiz para a de um juiz que, após seguir o mesmo caminho tenha que julgar um acusado de latrocínio ou qualquer outro crime. Não há limite de cognição. Por outro lado, não se pode confundir limites à atividade cognitiva do juiz, de um lado, e requisitos legais que tenham como modelo de constatação ou standard probatório, um convencimento "rebaixado", isto é, inferior à "certeza". No caso, há cognição plena e exauriente e quanto à materialidade, exige-se um juízo de certeza. Mas embora precedida de cognição plena e exauriente, no que toca à autoria delitiva, os indícios suficientes" no representam uma exigência de convencimento baseado na certeza, mas na probabilidade elevada. Aliás, tanto a cognição é plena e exauriente, que o juiz pode, ao final dessa fase, atingindo juízo de certeza negativo quanto ao crime e sua autoria, absolver sumariamente o acusado e tal sentença fará coisa julgada material²⁷⁹”.

Ou seja, o standard probatório da decisão de pronuncia em relação à autoria ou participação, apesar de ter termo equivalente ao da decisão de recebimento de denúncia, deve ser o de prova clara e convincente de autoria – clear and convincing evidence,

²⁷⁹ Comentário de Gustavo Badaró no Facebook. Disponível em: <https://www.facebook.com/gustavo.badaro.1/posts/384104588369277>

standard inferior à prova além da dúvida razoável, mas superior à preponderância de evidências exigida no momento do recebimento de denúncia.

A sentença condenatória penal, como já dito anteriormente, possui como standard probatório a prova além de qualquer dúvida razoável ou *beyond a reasonable doubt*. Denning J, no caso *Miller v Minister of Pensions*, definiu o standard do *beyond a reasonable doubt* com as seguintes palavras:

“If the evidence is so strong against a man as to leave only a remote possibility in his favour which can be dismissed with the sentence “Of course it is possible but not in the least probable”, the case is proved beyond reasonable doubt; nothing short will suffice.”²⁸⁰”

Para que se atinja o standard da prova além da dúvida razoável, ao final do processo, deve-se haver uma probabilidade da ocorrência dos fatos narrados da denúncia, de tal modo que as únicas dúvidas restantes sejam baseadas em especulações, suspeitas ou fantasias. Ou seja, deve estar excluída pelas provas presentes nos autos a “real possibilidade de que o acusado seja inocente²⁸¹”.

Além destes, vários outros standards estão presentes no Código de Processo Penal, principalmente para a decretação de certas medidas cautelares, como o *fumus comissi delicti* necessário para a prisão preventiva, os “indícios veementes” da origem ilícita dos bens a serem sequestrados, as “fundadas razões de autoria” para a prisão temporária²⁸², que não serão pormenorizados neste trabalho.

²⁸⁰ *Miller v Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372

²⁸¹ BALTAZAR JR, José Paulo. Standards probatórios no Processo Penal. Revista Jurídica (Porto Alegre), v. 363, p. 127-144, 2008.

²⁸² BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 2ª edição. Rio de Janeiro: Eselvier, 2014. P. 300

6 CONCLUSÃO

Como pode-se constatar, o atual nível de discricionariedade judicial é, sem medo de errar, insustentável. Apesar de segurança jurídica ser um termo vago e difícil de se dar uma definição, a jurisprudência brasileira, em todas as instâncias, consegue trazer à baila a definição negativa do termo.

Em nome do intitulado “princípio” do livre convencimento motivado, retirado de um único artigo do Código de Processo Penal, magistrados ignoram princípios e garantias constitucionais, orientações doutrinárias e até a própria *lege scripta*. Do uso do “Santo Graal” do Poder Judiciário surgem aberrações como o *in dubio pro societate*, princípio inexistente e absolutamente incompatível com a presunção de inocência.

Tudo isso legitimado pela doutrina que, acertadamente preocupada com a falta de limites na produção de provas embasada pelo mito da verdade real, esquece de apreciar a liberdade que o juiz tem em julgar com base em praticamente nenhuma prova. Muitas vezes, os mesmos doutrinadores que sustentam plenos poderes de interpretação judicial como forma de conter o poder do Legislativo, que segundo estes presumidamente produz leis draconianas, sustentam que o juiz que ainda carrega a máscara de inquisidor deve ter seus poderes restringidos.

O primeiro objetivo deste trabalho foi fazer uma análise das arbitrariedades cometidas pelos julgadores legitimadas pelo livre convencimento motivado. Arbitrariedades estas cometidas não necessariamente por vontade dos magistrados, mas também pela ausência de uma racional teoria da decisão judicial.

Após, foi proposto como superação do velho modelo a adoção do sistema utilizado nos países do *common law* e na Escandinávia. O modelo dos standards probatórios foi dado como superação ao livre convencimento motivado em diversos países que, assim como o Brasil, passaram por crises no sistema judicial devido à discricionariedade plena que os juízes possuíam, como Alemanha, Espanha e Itália.

Cabe salientar que, apesar de haver uma possibilidade de recepção do modelo dos standards probatórios por parte da legislação processual penal brasileira, este só pode ser realmente adotado com a conseguinte evolução da jurisprudência no sentido de

autolimitação do poder discricionário judicial, bem como das regras sobre verdade, certeza e dúvida que envolvem todo o sistema.

A jurisprudência vem caminhando muito timidamente nesse sentido. As poucas decisões que citam o standard da “prova além de toda dúvida razoável” normalmente o fazem de forma vazia, sem a devida interpretação do conceito, como se fosse o mesmo que “certeza” no processo penal.

Isso só reforça a ideia de que sem a colaboração da doutrina e, principalmente, dos magistrados brasileiros, dificilmente se evoluirá na temática dos controles racionais de decisão judicial. Apesar de não ser algo tão sofisticado quanto uma complexa teoria da decisão judicial, as proposições legislativas estabelecidas no Novo Código de Processo Civil já demonstraram quais as intenções dos juízes brasileiros em relação a qualquer passo rumo ao controle de seus raciocínios decisórios. Recentemente, diversas associações de juízes se manifestaram contrárias às novas exigências de fundamentação presentes no Novo Código de Processo Civil. De acordo com uma delas a manutenção destes artigos “terão impactos severos, de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juízes e na própria produção de decisões judiciais em todas as esferas do país, com repercussão deletéria na razoável duração dos feitos²⁸³”

Muito pior que isso, o tema aqui apresentado fora alvo de artigo escrito pelo juiz Sergio Fernando Moro, no qual o mesmo, surpreendentemente, se usa da ideia da incapacidade de se chegar à certeza dos standards probatórios somada, claro, ao livre convencimento motivado para dizer que:

“Afim, qualquer crime pode ser provado exclusivamente por meio de prova indireta. Vale, no Direito brasileiro, o princípio do livre convencimento fundamentado do juiz, conforme o art. 157 do CPP, o que afasta qualquer sistema prévio de tarifação do valor probatório das provas. O conjunto probatório quer formado por provas diretas ou indiretas, ou exclusivamente por uma delas, deve ser robusto o suficiente para alcançar o standard de prova próprio do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser

²⁸³ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>

provada, na feliz fórmula anglo-saxã, “acima de qualquer dúvida razoável (...)”

Isso não significa, por outro lado, um enfraquecimento das garantias do acusado no processo penal, pois a prova, ainda que indireta, deve ser suficientemente convincente para satisfazer o standard da prova, acima de qualquer dúvida razoável²⁸⁴”.

Ou seja, uma construção histórica voltada exclusivamente à proteção dos direitos dos cidadãos perante a coercibilidade estatal, na (livre) interpretação de um magistrado predisposto se tornou uma escusa para reduzir a exigência probatória do processo penal.

Entretanto, um julgado em especial chama a atenção e dá esperanças quanto ao uso dos standards probatórios no processo penal brasileiro. A magistrada da 5ª Vara Federal Criminal Michelle Camini, proferiu as seguintes palavras para absolver o réu:

“Com efeito, a versão para os fatos trazida pelo réu se mostra destituída de plausibilidade, tendo em vista que, segundo sua narrativa, as empresas acima referidas teriam depositado altos valores em sua conta corrente sem documentar o ajuste por meio de um contrato. Ainda, é de se destacar que, no contrato de cessão do espaço do shopping, figura apenas o acusado como cedente, através de sua empresa individual. Ademais, o réu alega em seu interrogatório que seria padrinho de casamento de um dos sócios das aludidas lojas de informática, razão pela qual o ajuste seria verbal; todavia, sequer arrolou tal pessoa como testemunha, limitando-se a requerer a oitiva de um funcionário. Por fim, conforme relatado pelo acusado, a aludida reforma teria ocorrido apenas em alguns meses do ano de 1999, ao passo que os depósitos de origem não identificada se referem a período maior.

Nada obstante, não há qualquer elemento de prova, sequer indiciário, a apontar para a origem desses recursos a fim de que se possa caracterizá-los como omissão de rendimentos. Os extratos bancários evidenciam que os créditos foram todos sacados, transferidos ou consumidos pelos cheques descontados, de modo que

²⁸⁴ MORO, Sergio Fernando. Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-17/sergio-moro-expoe-opinio--autonomia-crime-lavagem>

inexistiu, aparentemente, acréscimo patrimonial relevante. Diante desse quadro, entendo que o conjunto probatório coligido dos autos não comprova, extreme de dúvidas, a prática de fato típico pelo réu. Há dúvida razoável acerca da natureza dos valores que transitaram pelas contas bancárias do acusado, não sendo admissível um édito condenatório fundado em presunções e ilações não estabelecidas pelo próprio legislador penal. Como dito anteriormente, no processo penal pátrio, por estar sob a égide da presunção de inocência, exige-se um standard probatório mais elevado do que nos outros sistemas processuais. Para que ocorra a manifestação do poder coercitivo do Estado contra um indivíduo, as alegações estatais devem estar fundadas em provas cabais, não sendo admitida a presunção de culpabilidade.²⁸⁵”

A magistrada, mesmo diante de um acervo probatório relativamente grande e de depoimentos defensivos carentes de plausibilidade, decidiu absolver o acusado pela presença de dúvida razoável acerca do dolo do mesmo, obviamente por incapacidade probatória da acusação. Nos termos usados nos países do *common law*, absolveu *for want of evidence*. A sentença em epígrafe fora confirmada pelo Tribunal Regional Federal, já tendo transitado em julgado.

Sempre haverá resistência por parte dos magistrados em aceitar qualquer controle externo ao seu raciocínio decisório. Porém, é estritamente necessário em um país com aspirações garantistas que se retire os juízes da posição de justiceiros e os coloque na posição de simples juízes. Não é apelando para o dever cívico e a posição que ocupam que as decisões judiciais ganharão contornos justos, mas limitando a discricionariedade judicial até onde suas decisões não sejam mais fruto de aspirações pessoais, intuições e fantasias. Realmente, não há neutralidade judicial, mas isso não deteriora em nada a necessidade de ser julgado por um juiz imparcial.

²⁸⁵ Processo nº 0057141-85.2012.4.02.5101, 5ª Vara Federal Criminal, Justiça Federal da 2ª Região.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMBORST, Aline Frare. A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório.

BADARÓ, Gustavo. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/artigos.html>.

BADARÓ, Gustavo. Ônus da prova no Processo Penal . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BAIGENT, Michael, 1948. A inquisição; tradução: Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago ED., 2011.

BALTAZAR JR, José Paulo. Standards probatórios no Processo Penal. Revista Jurídica (Porto Alegre), v. 363, p. 127-144, 2008.

BLACKSTONE, William. Commentaries on the Laws of England. First Edition. Oxford : Printed at the Clarendon Press, 1765-1769. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp

BULOS, Uadi Lammêgo. O Livre Convencimento do Juiz e as Garantias Constitucionais do Processo Penal. Revista da EMERJ, v.3, n.12, 2000.

CLERMONT, Kevin M. Standards of Proof Revisited. Cornell Law Faculty publications, Paper 13, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord). Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. O papel do novo Juiz no Processo Penal. Publicado no Empório do Direito em 16/04/2015.

DASTON, Lorraine e GALISON, The image of Objectivity. No. 40, Special Issue: Seeing Science (Autumn, 1992),

DUCLERC, Elmir. Disponível em: <http://www.bahianoticias.com.br/justica/entrevista/122-039-o-codigo-penal-e-o-grande-medidor-para-avaliar-o-nivel-de-democracia-039-diz-presidente-do-ibad.html>

ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Convicction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008.

ENGEL, Christoph. Preponderance of the Evidence versus Intime Convicction – A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental Law. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARDNER, Thomas J. e ANDERSON, Terry M. Criminal Evidence: Principles and Cases. Wadsworth. Cengage Learning. 2013.

GLÖCKNER, Andreas e ENGEL, Christoph. Can We Trust Intuitive Jurors? An Experimental Analysis. Preprints of the Max Planck Institute of Research on Collective Goods. Bonn, 2008

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; Teoria Geral do Processo.

HYAMS, Paul P. Trial by Ordeal: The key to proof in the Early Common Law. In Morris S. Arnold et al., eds, On the Laws and Customs of England. Essay in Honor of Samuel E. Thorne. Chapel Hill: University of North Carolina Press.

JAMES JR, Fleming. Burdens of Proof. 47 Virginia Law Review. Yale Law School Scholarship Repository, Ver 51. 1961

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>

LAGO, Cristiano Álvares Valladares. Sistemas processuais penais. Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna. Número 3, Fev. 2006. Disponível em: http://www.viannajr.edu.br/site/menu/publicacoes/revista_direito/artigos/edicao3/art_30005.pdf.

LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2014

LOPES JR., Aury. Réu não deve ser obrigado a provar causa de exclusão da ilicitude. Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/limite-penal-reu-nao-obrigado-provar-causa-exclusao-ilicitude>

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Volume I. Ed. CONAN, 1995

MANOEL, Márcia dos Anjos. O princípio do livre convencimento motivado como consectário do devido processo legal no Estado democrático de direito. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 out. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. A questão do convencimento judicial.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do Ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto.

MATZENBACHER, Guilherme Petry. Da imparcialidade à Luz da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Porto Alegre, 2011.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão no Processo Penal como *bricolage* de significantes. Curitiba, 2004.

MORO, Sergio Fernando. Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-17/sergio-moro-expoe-opiniao-autonomia-crime-lavagem>

NETO, Paulo Mário Canabarro Trois. Motivação Judicial sob a Perspectiva Ética. Disponível em: http://www.academia.edu/3491523/Dever_de_Motivação_Judicial.

NICITA, Antonio e RIZZOLLI, Matteo. In Dubio Pro Reo – Behavioural explanations of pro-defendant bias in procedures . CESifo Economic Studies, 2014.

POSNER, Richard A. An Economic approach to the Law of Evidence. Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 66.

SAMPAIO, Denis. Um exemplo concreto de limitação ao livre convencimento do julgador no processo penal – façamos uma importação correta. Publicado no Empório do Direito em 20/04/2015

SAMPAIO, Denis. Um exemplo concreto de limitação ao livre convencimento do julgador no processo penal – façamos uma importação correta. Publicado no Empório do Direito em 20/04/201

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. São Paulo: Revista Liberdades, IBCCRIM. 2012.

SILVA, Carlos Augusto. A resolução da dúvida sobre os fatos na história do Direito Probatório in O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Eselvier, 2012.

STRECK, Lênio e TRINDADE, André. Kill the lawyers: para que contraditório se já formeio o convencimento mesmo?. Diário de Classe. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-09/diario-classe-contraditorio-formei-convencimento-mesmo>

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – Decido conforme minha consciência? – 4. Ed ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Ebook.

STRECK, Lenio. O que é isto – A verdade real? – Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasilis. Revista dos Tribunais, vol 921/2012, Julho 2012.

STRECK, Lênio. Apreciação de Provas. Como assim “cada um analisa de acordo com seu convencimento”? Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assim-cada-analisa-acordo-convencimento](http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-<u>assim-cada-analisa-acordo-convencimento</u>).

TARUFFO, Michele. Filosofia y Teoria del Derecho/Proceso, Prueba y Estándar. Lima: Ara Editores, 2009.

TARUFFO, Michele. La prueba, Articulos y Conferencias. Editorial Metropolitana. 2009.

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

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

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

VARS, Fredrick E., Standards of Proof., 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1984820> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984820>.

WHITMAN, James Q., "The Origins of "Reasonable Doubt"" (2005). Faculty Scholarship Series. Paper 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª edição.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1995.