

Breve análise comparativa dos modelos de valoração e constatação da prova penal – *standards* probatórios – no Brasil, nos EUA e na Itália: crítica à regra *beyond any reasonable doubt* ou *oltre ragionevole dubbio* (além da dúvida razoável)

Andrea Galhardo Palma¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução: a valoração judicial: conceito e a concepção contemporânea do modelo racional. 2. Critérios de decisão: *standards* probatórios e a questão do grau de verificação das hipóteses para serem consideradas provadas, adequadas ou refutadas. 3. Direito Comparado: Direito Norte-Americano. BARD (*beyond any reasonable doubt*): além da dúvida razoável como *standard* probatório e evidência legal (*law evidence*). 4. Direito Comparado: Itália e a regra decisória “*oltre ragionevole dubbio*” (além da dúvida razoável). 5. Bases Normativas da Convicção Judicial no Processo Penal Brasileiro: o critério do livre convencimento. 6. Crítica ao critério subjetivo da regra decisória: “para além da dúvida razoável” ou BARD (*beyond any reasonable doubt*). 7. A importância da argumentação e a questão do raciocínio judicial (analítico, dialético, dedutivo, indutivo). 7.1. Crítica ao silogismo judicial. 8. Conclusão. Referências Bibliográficas.

¹ Juíza de direito da 3ª Vara Cível Central da Capital. Graduada pela Faculdade de Direito da USP. Mestranda pelo LLM Program in *International Arbitration and Mediation da Penn State University* (Universidade da Pensilvânia-EUA) 2016-2017. Possui Especialização em estudos processuais penais pela Universidade de Turim - UNICRI/Itália e pela Universidade de Athens-Geórgia EUA. É membro do Comitê gestor do Trinunal de Justiça de São Paulo e Diretora do Capítulo Brasileiro da International Association of Women Judges – CBIWJ para o biênio 2016/2018.

1. Introdução: a valoração judicial: conceito e a concepção contemporânea do modelo racional

A valoração da prova “é a atividade de percepção por parte do juiz dos resultados da atividade probatória que se realiza em um processo,”² e consiste na verificação dos “enunciados fáticos introduzidos no processo através dos meios de prova, assim como no reconhecimento aos mesmos de um determinado valor ou peso na formação da convicção do julgador sobre os fatos que se julgam”³.

Para Taruffo, a valoração da prova “tem por objetivo estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a verdade ou falsidade dos enunciados sobre os fatos em litígio.”⁴

Valorar significa atribuir valor ou peso à prova produzida no processo. Qual o critério ou modelo adequado é grande questão da moderna teoria geral da prova.

Para nós, o modelo racional fundado em critérios lógicos e probabilísticos de verificação dos enunciados fáticos deduzidos pelas partes, é o mais adequado para atingir a verdade processualmente válida. Mais adequado por se tratar de critérios objetivos controláveis *a posteriori* pelas partes e pelos Tribunais quanto à correção da decisão judicial em relação ao material probatório produzido. Isto porque “a concepção racionalista fundamenta a justificação da decisão sobre os fatos provados num método de corroboração de hipóteses, não na crença subjetiva de sujeito algum,”⁵ para ser considerado um fato como provado.

Significa dizer que a atividade valorativa do juiz é cognoscitiva e inferencial, partindo de um acontecimento humano que rompe de algum modo a normalidade, de forma que interesse ao ordenamento penal, dando lugar a uma hipótese acusatória, que “como qualquer hipótese é um enunciado submetido à contrastação,”⁶ que para ser considerada válida deverá ser confirmada pela atividade probatória, refutando a hipótese da defesa e a contraprova por esta apresentada, para se chegar à hipótese considerada provavelmente “verdadeira”, segundo critérios probabilísticos.

² NIEVA FENOL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 34.

³ GASCON, M. *Los hechos en derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 140-141.

⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Parcial Pons, 2008. p. 132.

⁵ BELTRAN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 65.

⁶ IBAÑEZ, Perfecto Andrés; ANDRADE, Lédio Rosa de Andrade (Org. e Trad.). *Valoração da sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 96-97.

Tal modelo rejeita os critérios puramente subjetivos na valoração, fundados puramente na “íntima convicção” ou crenças subjetivas prévias, bem como as teorias subjetivistas que adotam o caráter persuasivo e retórico da atividade probatória.

Ressalte-se que, a concepção subjetivista não está pautada em critérios racionais, havendo um “decisionismo” hermético, nem considera a verdade essencial à finalidade do processo e justiça da decisão, sendo incompatível, a nosso ver, com o Estado Democrático de Direito.

Segundo a moderna teoria, não basta que a valoração judicial seja livre, necessário que seja racional e guiada por critérios que possam ser controláveis pela via da motivação, por meio de um discurso justificativo igualmente lógico e racional.

Nesse sentido, a limitação do convencimento judicial, no momento da valoração das provas, é tão somente quanto à utilização correta das regras da lógica e critérios probabilísticos que confirmem o conjunto dos fatos produzidos no processo.

Contudo, a dificuldade da moderna teoria sobre a concepção racional da valoração da prova é definir quais são esses critérios racionais, emprestando da epistemologia geral os conceitos de probabilidade (matemáticos e estatísticos ou lógicos indutivos) para tentar se chegar a essa verdade aproximada.

Daí a importância, também, dos *standards* de prova ou grau de confirmação dos enunciados fáticos a estabelecer um nível de exigência de comprovação de um fato para ser considerado verdadeiro, no momento da decisão.

Partindo-se da premissa de que a atividade valorativa judicial é cognoscitiva, inferencial no sentido de verificar a provável ocorrência de uma hipótese fática, no caso hipótese acusatória, qual seria o modelo probabilístico mais adequado à demonstração do raciocínio judicial?

Ferrer Beltrán apresenta duas principais concepções sobre probabilidade ou esquemas metodológicos de demonstração do raciocínio probatório utilizado pelo juiz, no momento da valoração:⁷ probabili-

⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 97. O autor, citando Schum (SCHUM, D. A. Probability and the processes of discovery, proof, and choice. *Boston University Law Review*, v. 66, n. 3-4, 1986) afirma que existem cinco grandes escolas de raciocínio probatório: 1) escola de Pascal/Bayes da probabilidade e incerteza - também chamada matemática; 2) a escola de Bacon/Mill/Cohen da probabilidade indutiva; 3) a escola de Shafer/Dempster das crenças não aditivas; 4) a escola de Zadeh da probabilidade e da inferência fuzzy;

dade de eventos ou sucessões e probabilidade de proposições, esta última subdividida em: probabilidade subjetiva e probabilidade lógica ou indutiva.

A probabilidade aplicada a eventos ou sucessões, segundo o autor, mede a frequência com que um evento se produz em uma sucessão de acontecimentos, tendencialmente infinita, dando origem a cálculos matemáticos, para verificar o número de possibilidades de que um evento ocorra comparado com o número de possibilidades de que não ocorra. Cita como exemplo, o jogo de cara ou coroa, sempre que lançarmos a moeda ao ar, a probabilidade de que seja cara ou coroa será sempre de 50% para cada uma, de forma tendencialmente infinita, independentemente do número de vezes que se repita a operação.⁸

Tal probabilidade não seria adequada, segundo Beltrán, para dar conta do raciocínio probatório judicial, porque não diz nada acerca dos fatos individuais que interessam ao processo, mas somente informa o número de vezes em que se dá um evento numa sucessão dada e, para o processo “[...] não importa determinar a frequência com que os homens solteiros maiores de 60 anos, com título universitário e jubilados, matam as suas irmãs, senão se Juan matou a sua irmã (o que, mesmo solteiro ou jubilado, independe daquela frequência).”⁹

Já, a probabilidade aplicada às proposições mede o nosso grau de conhecimento empírico de determinado fato ocorrido – e não meramente de hipóteses tendenciais matematicamente levadas ao infinito –, utilizando uma noção epistemológica de probabilidade, que “gradua as possibilidades de que uma determinada proposição seja verdadeira”.¹⁰

Há duas concepções quanto à probabilidade aplicada a proposições: a subjetiva e a lógica ou indutiva.

Na probabilidade subjetiva, ou chamada bayesiana ou pascalina, parte-se de um cálculo matemático para se verificar o grau de crença racional de uma hipótese em relação a certo elemento do juízo.

5) a escola escandinava do valor probatório. A tese de Schum, segundo Beltrán, é que nenhum desses métodos é capaz de dar conta, de modo geral, do raciocínio probatório, sendo cada uma delas adequada para algum dos tipos de inferência que compõe o raciocínio. Já, Beltrán, considera que a probabilidade indutiva, segundo a fórmula de L. J. Cohen, é a mais adequada para tal fim (tradução livre).

⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 94.

⁹ Idem. Op. cit., p. 98. Tradução livre. O autor cita como partidários desse entendimento: Kayes, Cohen-Nagel; Black, L. J. Cohen, Taruffo; Stein.

¹⁰ Idem. Op. cit., p. 94.

Por meio de uma fórmula denominada teorema de Bayes, estabelecem-se juízos de probabilidade fundados em juízos prévios que combinados com probabilidades, baseadas em frequências estatísticas, chega-se a um resultado provável de ocorrência da hipótese.¹¹

Gascon Abellan afirma que a fórmula bayesiana “permite medir o impacto que sobre a probabilidade subjetiva prévia do fato que se pretende provar, provoca a introdução de ulteriores elementos de prova”¹², partindo da seguinte ideia: “a probabilidade de um evento H, dado um evento E, pode determinar-se em função da frequência estatística com a qual o dado H se verifica E e da probabilidade atribuída precedentemente ao evento H.”¹³

A crítica, a nosso ver mais relevante, que se faz a esse modelo probabilístico é que se parte de uma valoração subjetiva prévia de fatos e de instrumentos estatísticos/matemáticos incompatível com a presunção de inocência no processo penal, na medida em que o teorema de Bayes parte sempre de uma probabilidade prévia/inicial de ocorrência do fato penal.

Para ilustrar o problema, Beltrán cita como exemplo o caso *State v. Skipper*, em que a Corte Suprema do Estado de Connecticut, em 1994, nos Estados Unidos, ao analisar a sentença num caso de estupro em que a vítima teria engravidado, como consequência da relação sexual não consentida, considerou incompatível com a presunção de inocência a probabilidade inicial de 0,5% utilizada pelo perito - ao aplicar o teorema de Bayes, no exame de DNA, presumindo a paternidade do réu, portanto, sua culpabilidade, antes do resultado do exame. Embora o resultado tenha apurado um percentual de 0,9997% da paternidade do réu, o Tribunal anulou o julgamento.¹⁴

Outros problemas da aplicação da probabilidade subjetiva são apontados por Beltrán, citando Cohen,¹⁵ como os da conjunção,

¹¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 109, nota 82. Segundo o autor, “o reverendo Thomas Bayes (1702-1761) sustentou em um ensaio publicado postumamente em 1763 (“An Essay Toward Solving a Problem in the Doctrine of Chance”), que os juízos de probabilidade, baseados em conjecturas, podiam ser combinados com probabilidades baseadas em frequência mediante uma fórmula que recebeu posteriormente a denominação “teorema de Bayes”. (tradução livre)

¹² GASCON, M. *Los hechos en derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 147-148.

¹³ Idem. *Op. cit.*, p. 147-148.

¹⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 119.

¹⁵ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 115-116.

complementaridade, mas que não serão abordados no presente trabalho, que versa sobre os limites do livre convencimento.

Já, a probabilidade lógica, ou indutiva ou baconiana, defendida por Beltrán, com base na construção teórica de L. J. Cohen,¹⁶ consiste na utilização não matemática do conceito de probabilidade, baseada numa relação lógica de confirmação das proposições com as provas produzidas no processo, valorando cada elemento do juízo ou prova de forma individual e, posteriormente, de forma conjunta para a confirmação de uma hipótese.

A utilização do método indutivo leva em consideração o grau de confirmação que as provas produzidas no processo conduzem a verificação da ocorrência da hipótese que se pretende provar, num juízo de probabilidade lógica ou inferencial, sem utilização de cálculo matemático.

Segundo Gascón Abellán, o esquema valorativo do grau de confirmação exige dois requisitos básicos: o da confirmação e o da refutação.

No primeiro “uma hipótese *h* vem confirmada por uma prova *p* se existe umnexo causal ou lógico entre ambas que faça com que a existência desta última constitua uma razão para aceitar a primeira.”¹⁷ No segundo, uma hipótese será aceita se não for refutada pelas demais provas disponíveis no processo.

Para a autora, esse grau de confirmação aumenta ou diminui conforme a qualidade e quantidade das provas, as inferências que compõem a cadeia de confirmação.¹⁸

O mérito dessa construção é a confrontação de hipóteses com base nas provas produzidas em juízo por meio de um raciocínio indutivo, lógico, de forma objetiva.

Consideramos esse método probabilístico o mais adequado à averiguação da verdade, a partir de elementos disponíveis no processo, pelo método de confrontação, confirmação e refutação de hipóteses, por meio da indução, e não fruto da intuição subjetiva.

¹⁶ L. Jonathan Cohen, na obra “Introduzione alla filosofia dell’induzione e della probabilità” (Epistemologia Giudiziaria – Collana Direta da Giulio Ubertis, 1998) teorizou sobre o problema da valoração do peso de cada prova no raciocínio indutivo, sustentando a teoria da probabilidade denominada baconiana, ligada ao método das variáveis relevantes, por ele considerado peculiarmente idônea para tratar do raciocínio jurídico indutivo, rejeitando a aplicação da probabilidade matemática bayesiana ou pascalina ao raciocínio judicial.

¹⁷ GASCON ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 159, 2005.

¹⁸ GASCON, M. *Los hechos em derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 160.

Mas, não basta a existência de um método probabilístico para se ter certeza da verdade de uma hipótese, necessário estabelecer o grau de probabilidade suficiente para se dar como provada uma hipótese.

Em outras palavras, qual o standard probatório ou modelo de constatação utilizado pelo juiz na valoração (racional e lógica) das provas para se obter um juízo de certeza da condenação ou absolvição?

Para resolver essa questão, a moderna doutrina processual penal, entre vários enfoques, aponta como predominante a teoria dos modelos de constatação ou standards probatórios.

2. Critérios de decisão: standards probatórios e a questão do grau de verificação das hipóteses para serem consideradas provadas, adequadas ou refutadas

No relacionamento entre prova e verdade, a doutrina estabelece momentos ou contextos distintos.¹⁹

Há o momento da descoberta (produção de provas), o momento da valoração e o da decisão, não sendo comum na doutrina nacional fazer-se distinção entre o momento da valoração e o da decisão.²⁰

De fato, o contexto da valoração tem por objeto os meios de prova, que deverão ser valorados segundo regras lógicas e racionais, levando ao convencimento sobre a veracidade ou não de uma determinada afirmação sobre os fatos.

Logo, no momento da valoração da prova, não basta que o raciocínio judicial seja lógico-indutivo ou dedutivo para ser considerada convincente, adequada e provada a hipótese acusatória.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. São Paulo: Campus Jurídico, 2012. O autor afirma que não é comum a doutrina nacional fazer distinção entre o momento da valoração e o momento da decisão, ensinando que “a atividade valorativa tem por objeto os meios de prova, que deverão ser confrontados e valorados segundo regras lógicas e racionais. A valoração leva à decisão sobre a veracidade ou não de uma determinada afirmação sobre os fatos. Todavia, os momentos de valoração e decisão não se confundem, e, mais relevante do que isso, são regidos por estatutos distintos. O contexto da valoração é eminentemente racional. Em um sistema de persuasão racional, as regras jurídicas não devem ter influência sobre como valorar os meios de prova. Questão diversa diz respeito aos critérios de decisão. Cabe ao legislador, a partir de um determinado valor que deseje tutelar, estabelecer critérios que poderão variar, por exemplo, segundo o bem jurídico em jogo, ou a natureza do processo.”

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. São Paulo: Campus Jurídico, 2012. p. 298.

Necessário que se aponte qual o critério de decisão a ser utilizado, cabendo ao legislador estabelecê-los, conforme os bens jurídicos em jogo, o valor que se pretende tutelar e a natureza do processo.

Valorada a prova, segundo critérios racionais e lógicos, necessário que esta seja confirmada, segundo certos modelos de constatação ou *standards* probatórios (também chamados critérios de convencimento), que determinam o grau de probabilidade, preponderância ou evidência utilizados pelo juiz, para uma hipótese fática ser considerada verdadeira ou muito próximo da certeza.

Os *standards* probatórios, na moderna processualística penal, são conceituados como “modelos de constatação” ou critérios pelos quais o raciocínio judicial, em especial o juízo de fato, é formalizado.²¹

Os *standards* têm a função, também, de permitir o controle da motivação judicial das decisões.²²

Tais modelos de constatação ou critérios decisoriais também permitem exercer certo limite ao convencimento judicial, no campo da valoração da prova, na medida em que regulam o que deva ser considerado provado: acima da dúvida razoável ou não; evidente, preponderante ou provável.²³

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

No processo penal, em geral, o *standard* probatório é elevado, devido à presunção de inocência, reconhecida na maioria dos ordenamentos atuais.

Para ser considerado culpado o réu, a hipótese acusatória deve ser confirmada por uma pluralidade de provas ou dados probatórios que superem a dúvida razoável (*BARD – beyond any reasonable doubt – EUA* ou *al de la della ragionevole dubbio – na Itália*).

²¹ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 18.

²² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 182, nov. 2007.

²³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, nov. 2007. O autor considera que os “standards ou modelos de constatação probatórios são padrões mínimos para aferir a suficiência da motivação de fato das decisões judiciais” (p. 182), funcionando tais modelos como verdadeiro mecanismo de controle da motivação das decisões judiciais. Já, Claudio Papagno considera como verdadeira regra ou limite decisório, cujo posicionamento especificamos no capítulo III.

Já, no processo civil, por exemplo, há quem defenda que, em demanda indenizatória por ato ilícito, o critério seria o da preponderância de provas, para que se considere demonstrado um fato (preponderance evidence: probabilidade de ocorrência de um fato); ou, no caso de improbidade administrativa, o *standard* da prova clara ou convincente (clear and convincent), um pouco mais rigoroso que o primeiro, considerando o interesse público em jogo.

A doutrina processual moderna expõe, como questão prévia à validade das decisões judiciais e respectivo controle pelas partes, via contraditório, que se definam quais os modelos de constatação serão utilizados na formação do juízo de fato. E mais, que o juiz, na sua decisão enuncie o modelo de constatação utilizado para formar seu convencimento, submetendo-o ao contraditório.

Tais modelos de constatação constituem, então, verdadeiros limites ao livre convencimento judicial, ao exigir que a decisão judicial esteja objetivamente justificada, visando eliminar – ou ao menos controlar – eventuais subjetivismos na valoração racional.

A adoção de um ou outro critério (por ex. preponderância de provas ou além da dúvida razoável) terá decisiva influência no resultado concreto da decisão, seja civil ou penal, este último objeto de nossa investigação.

A doutrina sustenta razões de ordem política para que o juiz, como representante legal da administração da justiça, revele qual o modelo de constatação utilizado para justificar o juízo de fato para condenar ou absolver, pois “não se pode admitir que o modelo de constatação utilizado na formação do juízo de fato radique numa pauta individual e não revelada.”²⁴

Logo, somente com a identificação, na decisão judicial, desse modelo, “se impedirá que o indivíduo fique livre do acidente ou da causalidade da subjetividade do juiz”.²⁵

Em outras palavras, será viabilizado o controle de legitimidade da decisão e qual o raciocínio utilizado pelo juiz para considerar o acerto dos fatos da causa penal.

²⁴ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 33.

²⁵ WALTER, Gehard. *Libre apreciación de la prueba*. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis Librería, 1985. p. 153. KNIJNIK, Danilo. Op. cit., p. 33.

No Brasil, não se exige que o juiz enuncie o modelo probatório ou de constatação nas suas decisões, exigindo-se apenas que a decisão seja motivada com base nas provas dos autos, conforme se infere do art. 381, do CPP e do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

Contudo, a jurisprudência brasileira já se pronunciou, ainda que esparsamente, sobre necessidade de identificação do modelo de constatação judicial.

Como exemplo, cita-se a decisão do STJ que anulou condenação criminal baseada em indícios, porque o Tribunal utilizou-se de um modelo de constatação fundado na “alta probabilidade”, quando deveria se valer da “certeza”:²⁶ “[...] A condenação requer certeza, *sub specie universalis*, alcançada com prova válida, não bastando a alta probabilidade ou a certeza subjetiva do julgador.”²⁷

Segundo Gustavo Badaró, o tema dos “*standards* probatórios” ou “modelos de constatação” tem sido praticamente ignorado pela doutrina processual brasileira, que muitas vezes se limita a apreciar a questão sob o enfoque do *in dubio pro reo*, mas não dos diversos graus que se pode exigir do julgador para que considere um fato “provado” ou mesmo para que se tenha como satisfeito um requisito legal de mera probabilidade e não de “certeza”.

Numa escala crescente, pode-se trabalhar com “modelos de constatação” ou “critérios de convencimento”, ou ainda “*standards* probatórios” de (I) simples “preponderância de provas” (*preponderance evidence*), que significa simplesmente a probabilidade de um fato ter ocorrido; (II) “prova clara e convincente” (*clear and convincing evidence*), que pode ser identificado como uma probabilidade elevada; (III) e “prova além da dúvida razoável” (*beyond any reasonable doubt*), como uma probabilidade elevadíssima, que muito se aproxima da certeza.

Não se trata de quantificar, matematicamente, os graus de probabilidade distintos que caracterizam os diversos *standards* ou modelos de constatação, tendo fracassado as tentativas de atribuir valores nu-

²⁶ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 34. O autor também aponta que mesmo nos EUA, em estudo realizado por Diamon, revelou-se que mesmo entre os juizes americanos, habituados à utilização de tais modelos de constatação – a) preponderância; b) prova clara, convincente; c) prova clara, convincente e inequívoca; d) prova acima da dúvida razoável –, existe enorme indeterminação de sentido, não havendo justificação clara do modelo utilizado. A pesquisa envolveu esses quatro modelos de constatação e consta do acórdão dos EUA v. Fático, 458, F. Supp. 388, 410 (E.D.N.Y.1978). Ver também, DIAMOND, Henry. Reasonable doubt: to define or not define, *Columbia Law Review*, v. 90, p. 1728, 1990.

²⁷ REsp. n. 363.548/SC, Rel. Min. Felix Fisher, 5ª Turma do STJ.

méricos, em decimais ou percentuais, ao grau de confirmação que as provas atribuem aos enunciados fáticos.

Mas, ainda que a lei não defina um percentual de convencimento (p. ex.: há probabilidade elevada ou prova clara e convincente de autoria quando se atinge um percentual de 75% de chance de que o acusado seja o autor do delito), isso não invalida a utilidade teórica e prática dos standards probatórios.

Como observa Knijnik, “o fato de não se dispor de uma escala matemática ou métrica não retira o valor da construção, nem joga a teoria dos ‘modelos de constatação’ para o campo da literatura.”²⁸

Badaró também sustenta a existência de graus diferentes de constatação ou convencimento judicial ao longo da persecução penal, não se limitando os *standards* à fase probatória:

[...] Embora a distinção entre os standards costume levar em conta a relevância dos bens tutelados, com a conseqüente diferenciação entre processos de naturezas distintas (p. ex., processos penais, de um lado, e não penais, de outro), nada impede que a técnica dos “modelos de constatação” seja utilizada no processo penal com vista a decisões distintas a serem proferidas ao longo da persecução penal, em especial para distinguir as decisões cautelares com base em juízo de probabilidade, das sentenças de mérito, baseada em provas “além de qualquer dúvida razoável”.

Apenas a título exemplificativo, elencam-se alguns standards ou “modelos de constatação”, diversos da “prova além da dúvida razoável”, diariamente utilizados no processo penal brasileiro: para a prisão temporária bastam “fundadas razões... de autoria” (Lei nº 7.960/89, art. 1o, inc. III), enquanto para a prisão preventiva é necessário “indício suficiente de autoria” (CPP, art. 312); já para a pronúncia não basta – no singular – indício suficiente, sendo exigidos “indícios suficientes

²⁸ BADARÓ, Gustavo R. Ivahy. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, constituição e crítica* – estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 343-364.

de autoria” (CPP, art. 413, caput); por outro lado, para o sequestro, “indícios veementes de proveniência ilícita dos bens” (CPP, art. 126). No incidente de insanidade mental, basta a “dúvida sobre a integridade mental do acusado” (CPP, art. 149, caput). Assim, varia o grau de probabilidade exigida, seja uma simples preponderância de uma hipótese sobre a outra, seja uma probabilidade reforçada ou qualificada.

Além das medidas cautelares, é necessário observar que, 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*”²⁹. Posição em relação a qual concordamos.

Embora o nosso sistema legal não aponte precisamente a existência desses *standards* de prova, não há como negar a existência de diversos graus que se podem exigir do julgador para que considere um fato “provado” ou mesmo para que se tenha como satisfeito um requisito legal de mera probabilidade ou de “certeza”.

Nesse sentido, também, Knijnik, reconhecendo existência desses modelos de constatação fora da categoria do direito probatório, na legislação processual brasileira, com ampla aplicação, por exemplo, na expedição de provimentos liminares, tanto no processo civil e administrativo como no processo penal.

Como exemplos desses modelos de constatação em provimentos sumários, a legislação processual:³⁰

a) no Processo Civil:

a.1) nas tutelas antecipatórias – “prova inequívoca” (art. 273, CPC); a.2) nas cautelares: “fumus bonis iuris” (art. 800, CPC); a.2) Mandados de Segurança: relevância do fundamento (art. 7º, II, Lei 1533/51);

²⁹ BADARÓ, Gustavo R. Ivahy. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, constituição e crítica* – estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 343-364.

³⁰ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 47.

b) no Processo Penal:

b.1) Medida liminar em habeas corpus - “evidência da ilegalidade da coação” (art. 600, § 2º, CPP);
b.2) Concessão de habeas corpus - ausência veemente de porveniência ilícita dos bens (art. 126, CPP);
b.3) Arresto penal - “certeza da infração e indícios veementes de autoria” (art. 134, CPP);
b.4) Sequestro penal - “indícios veementes da responsabilidade” (art. 3º, Decreto-lei n. 3.240/41);
b.5) busca e apreensão - “fundadas razões”(art. 240, CPP);
b.6) prisão preventiva - prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (art. 312, CPP);
b.7) Sequestro de recursos objeto de lavagem de dinheiro - “indícios suficientes” (art. 4º, Lei 9.613/98);
b.8) Revisão Criminal - “decisão contrária à evidência dos autos, elementos “comprovadamente falsos”, descobertas de novas provas da inocência” (art. 621, incisos I, II e III, do CPP).³¹

Abordaremos alguns desses modelos de constatação existentes no Direito comparado (EUA, Itália, Espanha e Brasil), que conduzem (ou deveriam conduzir) o raciocínio judicial na valoração das provas, fazendo crítica em relação especialmente à regra *beyond any reasonable doubt* (além da dúvida razoável).

A premissa básica desses modelos de constatação é a de que toda decisão judicial sobre os fatos envolve certo grau de probabilidade,

³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. São Paulo: Campus Jurídicos, 2013. p. 300. O autor também elenca a título exemplificativo alguns *standards* ou “modelos de constatação”, diversos da “prova além da dúvida razoável”, frequentemente utilizados no processo penal brasileiro: “para a prisão temporária bastam “fundadas razões [...] de autoria” (Lei n. 7916/89, art. 1º, III), enquanto para a prisão preventiva é necessário “indício suficiente de autoria” (CPP, art. 312); já para a pronúncia não basta - no singular - indício suficiente, sendo exigidos “indícios suficientes de autoria (CPP, art. 413, *caput*); por outro lado, para o sequestro, “indícios veementes de proveniência ilícita dos bens) (CPP, art. 126). No incidente de insanidade mental, basta a “dúvida sobre a integridade mental do acusado” (CPP, art. 149, *caput*). Nas diversas situações mencionadas há variações do grau de probabilidade exigida, desde uma simples preponderância de uma hipótese sobre a outra, até uma probabilidade reforçada ou qualificada. Além das medidas cautelares, é necessário observar que, ao longo da própria persecução penal, há uma formulação progressiva de juízos sobre o tema - por exemplo, a autoria delitiva ou a materialidade delitiva -, que será objeto de investigação, da admissibilidade da denúncia até se chegar à sentença. Passa-se de um juízo de simples possibilidade para uma probabilidade, até se alcançar a certeza. Para usar a expressão de Carnelutti, em tais juízos há “*identità di sostanza... ma differenza di dose.*”

já que impossível reconstituir o passado, limitando-se a certeza a um juízo do provável, e porque, “num sistema em que os fatos são examinados por homens falíveis, em oposição aos julgamentos pelas ordálias, que reclamam a assistência divina, é sabido que, mesmo nas melhores circunstâncias, erros acontecem.”³²

A teoria dos modelos de constatação nos juízos de fato pretende suprir a tarefa de criar critérios para guiar o juiz ou identificar o modelo utilizado por este para proferir as decisões sobre os juízos de fato, tanto nas causas penais como nas cíveis; sendo próprio da razão humana fazer tais distinções: i) é provável que algo tenha ocorrido; ii) é altamente provável que algo tenha ocorrido; iii) é quase certo que algo tenha ocorrido; iv) é praticamente impossível que algo tenha ocorrido, sendo os quatro modelos acima citados uma pauta mínima necessária contra o arbítrio judicial na valoração da prova, facilitando a dialética via contraditório.³³

Nos juízos penais, considerando que quase todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos elegem como princípio constitucional a presunção de inocência (*in dubio pro reo*) como ponto de partida nas persecuções criminais, o modelo de constatação utilizado é sempre elevado, superando o juízo de preponderância, beirando quase a certeza com vistas à superação da dúvida razoável.

Em outras palavras, exige-se para o juízo de fato um verdadeiro limite: que o convencimento judicial supere a dúvida e se aproxime tanto quanto possível do grau elevado de probabilidade tendente à certeza.

Questão interessante é saber se caberia ao legislador infraconstitucional estabelecer para o processo penal standards de prova igual ou inferior ao BARD (*beyond any reasonable doubt*).

Tal norma positivada atingiria efetivamente o objetivo de criar uma pauta objetiva que escalonasse os graus de probabilidade para se considerar tal fato como provado ou verdadeiro? E em que medida possibilitaria o controle da valoração judicial?

³² BROOK, James. Inevitable errors: the preponderance of evidence standard in civil litigation. *Tulsa Law Journal*, v.18, p. 79, 1983. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 34.

³³ MacBAINÉ, C. M. A. Op.cit., p. 1295, 1293. Ver também KNIJNIK, Danilo, *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 43.

Consideramos que se o modelo de constatação igual ou inferior ao BARD fosse legislado no processo penal brasileiro, a exemplo do processo penal italiano, seria mais um instrumento a favor das partes na verificação do grau de probabilidade utilizado pelo juiz para considerar tal fato como verdadeiro ou provado.

Mas não seria por si só suficiente, por ser difícil, ou até mesmo impossível traçar um esquema abstrato que permitisse quantificar o convencimento judiciário, razão pela qual se pode pretender no máximo o fornecimento de pautas, ou critérios auxiliares à atividade judicial em questão.³⁴

Em outras palavras, uma vez que o juiz tenha proferido sua decisão de acordo com o grau de probabilidade legislado para o caso concreto (civil ou penal), aplicar-se-á determinado critério (além da dúvida razoável, mediante prova clara e convincente ou preponderância de provas) para se considerar o fato como provado, para os fins de resolver o conflito.³⁵

Contudo, o fato de legislar sobre os diferentes standards de prova ou modelos de constatação no juízo penal ou civil, não excluiria a natureza subjetiva dos critérios de probabilidade e mesmo do raciocínio judicial.

Os quatro modelos de constatação mais comuns no Direito Comparado resumem-se a: I – preponderância de provas; II – prova clara e convincente (intermediário); III – prova clara, convincente e inequívoca, e IV – prova acima da dúvida razoável.

O modelo da preponderância de provas (*preponderance of evidence, or preponderance of probability; balance of probabilities; or greater weight of evidence*) é aplicado no processo civil, especialmente no sistema norte-americano, em que são discutidas questões meramente processuais, e por exigir um grau menos elevado de “certeza”, bastando o juízo de fato consistente em dar por provado o que é “mais provável do que não”, sendo o “quantum de prova” exigido idêntico para autor e réu.

Dependendo do direito tutelado na esfera cível, transcende a esfera do meramente patrimonial exigindo-se, doutrinariamente, graus maiores de preponderância: prova clara e convincente, ou prova clara

³⁴ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46.

³⁵ McCAULIFF, C.M.A. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees? *Vanderbilt Law Review*, v. 35, p. 1295, 1982.

convincente e inequívoca. Tratando-se a doutrina de estabelecer um grau intermediário superior ao de preponderância de prova e inferior ao grau exigido para “além da dúvida razoável.”³⁶

Citam-se como exemplos, considerando a relevância dos bens tutelados, alguns processos cíveis especiais: a destituição de pátrio poder, a fraude negocial e improbidade administrativa, este último com reflexos penais, cuidando a doutrina de elevar o grau de probabilidade para tais juízos de fato utilizando-se as expressões: “altamente provável”, ou expressões como “prova clara e convincente”, “clara cogente e convincente, de forma gerar forte presunção”.

Essa construção dos graus de “preponderância de prova”³⁷ é bem evidenciada no sistema norte-americano (EUA) para os processos cíveis,³⁸ característico do sistema adversarial fundado na *law evidence*, adotado também pelo modelo inglês da *Common Law*.

O método clássico é o teorema de Bayes, que propõe a aplicação da probabilidade clássica, entendida como a relação entre o número de casos possíveis: a partir de uma análise estatística entre o número de casos favoráveis e o número de todos os casos possíveis, entre os fenômenos de massa, para se verificar com que frequência certo tipo de evento se verifica, num percentual matemático.

A possibilidade de se empregarem dados estatísticos como provas diretas de acontecimentos singulares é há muito tempo objeto de discussão, prevalecendo a tendência ao reconhecimento de que isto é racionalmente possível somente em casos muito particulares, e somente quando ocorrem condições específicas de validade de cálculo estatístico e possibilidade de referência deste ao caso concreto.³⁹

Outra vertente da probabilidade quantitativa é a denominada evidentiary value model ou quantificação matemática da evidência, de origem escandinava, proposta por Per Olof Ekelöf e desenvolvida por Sören Halldén e Martin Edman, a qual compartilha das mesmas premissas

³⁶ READON, George. Evidence: proof beyond any reasonable doubt in civil cases. *University of Florida Law Review*, v. XXVII, p. 261, 1974. Ver também KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 39.

³⁷ HONNER v. FLINN. A preponderance of clear and convincing evidence. *Maine Law Review*, v.28, p. 242, 1976.

³⁸ McCAULIFF, C.M.A. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees”. *Vanderbilt Law Review*, v. 35, p. 1303, 1982.

³⁹ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 251-252.

fundamentais da teoria bayesiana, mas levando em consideração os elementos de prova existentes, não somente frequências de bases (dados estatísticos, por exemplo, 80% dos ônibus são azuis).⁴⁰

Critica-se o método da probabilidade matemática, ante a impossibilidade de se impor um cálculo preciso dos aspectos metajurídicos do raciocínio do juiz no momento da valoração dos fatos,⁴¹ porque se funda na ilusão de que tudo o que pode ser quantificado numericamente é mais racional do que aquilo que não é “contado”.

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 45-47. Segundo o autor, “a Evidentiary Value Model (EVM) compartilha das premissas fundamentais da teoria bayesiana: 1) o objeto de nossas crenças são proposições que exprimem hipóteses e informações sobre a verdade das hipóteses; 2) a nossa fé na verdade das proposições é quantificável por meio de cálculos de probabilidade; 3) o cálculo de probabilidade é um sistema de lógica no qual podemos demonstrar, dedutivamente, que o crer com um certo grau de probabilidade na verdade de certas proposições implica que possamos crer em certo grau em certas outras proposições; 4) o teorema de Bayes é a regra para calcular a probabilidade de que uma certa proposição A seja verdadeira, dado que se conhece que é verdadeira uma proposição B, que contém informações relevantes para a verdade A. A diferença da EVM em relação à teoria clássica bayesiana consiste na observação de que, sendo a proposição A um *factum probandum* e B um *factum probans*, o que é relevante e interessa ao juiz não é tanto estabelecer a verdade da proposição A, mas, sim, estabelecer que existe uma apropriada relação probatória entre A e B (v. nota 108, *Ônus da prova no processo penal*, p. 45). O raciocínio probatório, segundo EVM, é composto de três elementos. O primeiro é o tema de prova que deve ser demonstrado. O segundo elemento são os fatos probatórios. E o terceiro e último elemento é um mecanismo probatório, que diz que um fato probatório é causado pelo tema de prova (v. nota 110, *Ônus da prova no processo penal*, p. 46). Enquanto para a teoria clássica bayesiana o que importa é estabelecer o grau de probabilidade da proposição A segundo a frequência de bases (por exemplo, 80% dos ônibus são azuis), a EVM tem por finalidade estabelecer o grau de probabilidade segundo o qual os elementos de prova disponíveis confirmam a proposição A. Seu ponto positivo é exatamente este, considerar o valor que cada elemento de prova tem em relação à hipótese, coloca no centro do problema o mecanismo probatório, fazendo depender deste suporte que é dado à hipótese sobre o fato (v. nota 111, *Ônus da prova no processo penal*, p. 46). Assim, elimina-se um dos principais problemas da teoria de Bayes, que desconsidera ou subvaloriza os elementos de prova, ao determinar a probabilidade da hipótese, utilizando frequência de base (v. nota 112, *Ônus da prova no processo penal*, p. 46). Ao levar em conta elementos de prova existentes, a teoria ganha em concreteude, afastando-se do abstrativismo do modelo bayesiano (v. nota 113, *Ônus da prova no processo penal*, p. 46).

⁴¹ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. São Paulo, *Revista Forense*, n. 355, p. 116, maio-jun. 2001. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, Entende o autor que “a racionalização dos aspectos metajurídicos do raciocínio do juiz abre, portanto, numerosas perspectivas de indubitável interesse, mas também dá motivo a uma série muito ampla de problemas de árdua solução, referentes não apenas à validade dos conhecimentos científicos utilizados no processo, como também a aspectos importantíssimos do modo como o juiz realiza seu mister e elabora suas avaliações. A resposta científica à necessidade da certeza e confiabilidade do raciocínio decisório é, pois, importante sempre que ela seja realmente possível, mas, sem dúvida, ela não pode ser considerada como uma solução fácil e completa de todas as dificuldades que se enfrentam para formular a decisão”.

No mesmo sentido, Badaró considera que:

[...] muitas vezes, não se dispõe de uma base de dados relativas à frequência geral dos fenômenos do tipo daquele que se precisa verificar. De outro lado, mesmo nos casos em que seja disponível a base rate information, ela pode ser irrelevante para o caso concreto. Se não há tal base de dados, a teoria já se mostra inaplicável. De outro lado, mesmo nos casos em que a base rates information esteja disponível, ela se mostra irrelevante se, por exemplo, não houver dúvida de que o acidente foi provocado por um ônibus azul.⁴²

O caso paradigmático foi *People v. Collins*: trata-se de um caso de roubo, no qual a vítima declarava ter sido autora uma moça loira com rabo de cavalo, que fugiu em um veículo amarelo dirigido por um homem negro. Um cálculo estatístico indicou uma em doze milhões a possibilidade de outras pessoas em tais condições, além dos acusados, tendo o júri condenado os acusados.⁴³

A Suprema Corte da Califórnia anulou a decisão, afastando a possibilidade do julgamento *by mathematics*, por falta de prova dos pressupostos da decisão, que mesmo se fossem corretos, não foram considerados independentes.

Não se despreza, necessariamente, o método matemático, que pode ser útil para estabelecer-se o grau de confirmação de um enunciado, mas não como prova absoluta, precisa de sua ocorrência cuja convicção sobre a confirmação deve surgir de uma análise racional das “inferências lógicas que levam a quantidade e qualidade das provas disponíveis, que se referem àquele enunciado, seu grau de confiabilidade e sua coerência;”⁴⁴ não sendo, portanto, o método matemático o único critério ou caminho.

⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 41.

⁴³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards probatórios no processo penal*. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 174, nov. 2007.

⁴⁴ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 252.

Nos processos criminais, o modelo de constatação do juízo de fato é bem mais elevado, superior ao juízo do provável ou da preponderância. Construindo-se na doutrina e jurisprudência americanas o conceito de prova “além da dúvida razoável”, identificado como BARD – *beyond any reasonable doubt*.

Por esse modelo de constatação, adotado nos EUA (*beyond any reasonable doubt* – BARD), especialmente para os casos de *trial by jury*, e também na Itália (art. 533, do CPP, italiano – “*al de la oltre ragionevole dubbio*”), o juiz para considerar o réu culpado deve avaliar as provas além da dúvida razoável, significando dizer que tal grau de convicção quanto às provas produzidas é superior aos *standards*: preponderância de prova, prova clara convincente ou convincente/inequívoca.

Na Espanha e Brasil não se aplica, expressamente, tal *standard* probatório, subsistindo na primeira as “*reglas da sana crítica*”, dos arts. 316, 2 e 376, da Ley de Enjuiciamiento Civil, equivalente ao livre convencimento motivado no Brasil (art. 381, do CPP; 458, II, CPC), exigindo-se apenas a motivação de fato e de direito das decisões sem, contudo, exigir qual o modelo de confirmação fático utilizado pelo julgador para ser considerado provado tal fato, havendo ampla discricionariedade judicial.

Considera-se, “além da dúvida razoável” um modelo de constatação subjetivo, já que a conceituação do que venha ser “dúvida razoável” é assaz difícil e imprecisa, levando a jurisprudência americana, ao longo dos séculos, a tentar construir o conceito, na tentativa vã de desfazer a subjetividade ínsita.

Todos os modelos de constatação, sem exceção, são critérios abertos, elásticos ou pautas para guiar o juiz e as partes no exercício do convencimento sobre o juízo de “certeza” dos fatos, reconhecendo-se a dificuldade em precisá-los, ante o grau de subjetivismo; porque diferentemente das regras legais não são passíveis de subsunção típica dos comandos legais.

Em tópico próprio, desenvolvemos crítica específica sobre esse *standard de prova*, ainda utilizado nos países da *Common Law* e alguns países europeus, como já citados.

Por ora, basta a enunciação dos modelos existentes para evidenciar que o raciocínio judicial deve ser guiado não só por regras lógicas (indutivas, dedutivas, etc.), mas também por certos modelos de confirmação ou *standards* probatórios, reconhecidos legal ou

jurisprudencialmente, a legitimizar seu convencimento e possibilitar o controle pelas partes, via contraditório, e também pelo duplo grau de jurisdição.

3. Direito Comparado: Direito norte-americano. BARD (*beyond any reasonable doubt*): além da dúvida razoável como *standard* probatório e evidência legal (*law evidence*)

O sistema adversarial norte-americano, de natureza jurisprudencial, estabelece certo equilíbrio das partes na produção das provas, cabendo a elas buscar “evidências legais” a fim de demonstrar a validade de seus argumentos, em especial nos julgamentos feitos pelo *jury* (*trial by jury*).

No campo penal, a existência do *standard: beyond any reasonable doubt* (além da dúvida razoável), para estabelecer-se a culpabilidade do acusado, surgiu a partir de 1850, não sendo mais suficiente para os julgamentos do Júri a “certeza moral” dos jurados; era necessário um grau mais elevado de confirmação dos fatos, evidência que superasse a dúvida razoável.

Em outras palavras, os jurados eram advertidos de que só pronunciassem o veredito de condenação, equacionando o juízo de certeza à regra da superação da dúvida razoável.

Essa regra foi reconhecida como *standard* para a condenação penal em todas as cortes territoriais e dos Estados, bem como as cortes federais, que incorporaram de maneira uniforme a necessidade de advertência dos jurados, antes do pronunciamento dos veredictos, de que para condenar o acusado era necessário advertir os jurados de que para condenar exigia-se certeza moral ou certeza além de uma dúvida razoável.

Em famoso caso de 1850, o juiz Shaw, presidente da Corte Suprema Judiciária de Massachussets, resumiu bem essa equação: certeza x superação da dúvida razoável, num precedente (*Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. 320 (1850)), que passou a ser utilizado por mais de cinquenta anos, definindo o que seria a dúvida razoável:

[...] O que é a dúvida razoável? É um termo que se utiliza com frequência, que provavelmente se entende muito bem, mas não se pode definir

facilmente. Não é uma mera dúvida possível, porque tudo relativo às questões humanas e que depende da evidência moral está exposto a alguma dúvida possível imaginária. É aquele estado do processo em que a comparação e a consideração completas de toda a evidência, deixam as mentes dos jurados em condições de não poderem dizer que sentem uma convicção perdurável, com certeza moral, acerca da verdade da imputação. Todas as presunções da lei que não dependem de prova estão previstas a favor da inocência; e toda pessoa se presume inocente até que se demonstre sua culpabilidade. Se, todavia, há uma dúvida razoável sobre tal prova, o acusado tem o direito a beneficiar-se dela mediante a absolvição. Pois, não é suficiente estabelecer uma probabilidade – por mais que seja uma probabilidade forte que surge da teoria das possibilidades – acerca de que há mais chances de que o fato imputado seja verdadeiro que não seja –; mas a evidência deve estabelecer a verdade do fato com uma certeza razoável e moral, uma certeza que convença e dirija o entendimento, e que satisfaça a razão e o juízo daqueles que têm que atuar completamente sobre a base da evidência (...)⁴⁵

Tal precedente foi amplamente utilizado, tanto pelos tribunais locais dos Estados, como pelas cortes federais desde meados do séc. XIX até meados do séc. XX, encontrada nos precedentes do sistema da *Common Law*.

Em meados de 1970, o caso *in re Winship*, modificou a orientação da Suprema Corte, que passou a exigir dos juízes que instruísem os jurados sobre a necessidade de condenarem somente além da dúvida razoável, sob pena de revogação das decisões pelo *Jury*.

Num ato criativo, tal precedente jurisprudencial passou a considerar constitucional a existência desse *standard* de prova, não mencionado pela constituição americana, gozando a regra “*beyond any*

⁴⁵ LAUDAN, Larry. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. In: _____. *Es razonable la duda razonable?* Tradução de Jose R. Beguelin. Buenos Aires: Hamurabi, 2011, p. 125-126. Versão original em inglês publicada em *Legal Theory*, v. 9, p. 295 ss, 2003.

reasonable doubt” (BARD) de status constitucional por mais de 30 anos a partir de então.⁴⁶

Mas, a falibilidade também desse standard é inconteste, dado o grau de subjetivismo, fazendo com que muitos juízes, ao tentarem explicar o conceito de dúvida acima do razoável, confundissem os jurados que ao invés de condenar, absolviam, ou vice-versa.

Contudo, o critério “*beyond any reasonable doubt*” (BARD) permanece ainda vigente nos EUA e demais países da *Common Law* como standard probatório ou regra de julgamento.

4. Direito Comparado: Itália e a regra decisória “*oltre ragionevole dubbio*” (além da dúvida razoável)

No sistema processual italiano atual, pós-reforma do Código de rito de 1930, estão bem definidas as quatro fases do procedimento probatório: *ricerca*, *ammissione*, *assunzione* e *valutazione delle prove*, sujeitas ao princípio da legalidade desde a colheita do material, sua aceitação até a valoração na fase decisória.

O Código Processual Penal italiano atual é de 1988 e estabelece como regra a iniciativa probatória das partes, restringindo os poderes instrutórios do juiz a casos excepcionais e subsidiários em relação à atividade das partes.⁴⁷

⁴⁶ LAUDAN, Larry. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. In: _____. *Es razonable la duda razonable?* Tradução de Jose R. Beguelin. Buenos Aires: Hamurabi, 2011. p. 128. Versão original em inglês publicada em *Legal Theory*, v. 9, p. 295 ss, 2003.

⁴⁷ O art.190 estabelece que “le prove sono ammesse a richiesta di parte”. Trata-se de regra geral, mas excepcionada pelo próprio legislador no art. 507: “[...] *terminada l’acquisizione delle prove, Il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di officio l’assunzione di nuovi mezzi di prove*”. Ver também BADARÓ, Gustavo Henrique R. I., Ônus da prova no processo penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 140-141, apontando que para boa parte da doutrina italiana, o art. 507, do CPP italiano, teve por função impedir que houvesse uma total disponibilidade das partes sobre a prova, o que seria incompatível com a obrigatoriedade da ação penal. Nesse sentido, BADARÓ cita MANZIONE, Commento... p. 389; AMODIO, Il modelo accusatório statunitense..., p. XLVII; SCCELLA, I residuali poteri..., p. 1210; RANDAZZO, L’interpretazione..., p. 2238; BASSI, Principio dispositivo..., p. 1372 e PLOTINO, Assunzione delle prove..., p. 233. Em sentido contrário, para Ferrua (I poteri probatori..., p. 1082): “*la ripartizione dei poteri probatori tra parti e giudice è un tema epistemologico, riguarda la tecnica di accertamento, i mezzi di verifica dell’accusa formulata*”. E conclui: “*nulla vieta che dove l’azione penale è obbligatoria, si instauri un regime monopolistico delle parti nella produzione delle prove o comunque si escluda il potere giudiziale di supplenza; e viceversa che, dove l’azione disponibile, si riconoscono ampi poteri istruttori al giudice*”.

A regra do art. 190, segundo a doutrina italiana, foi apontada como típica expressão do processo acusatório, havendo uma mudança em relação ao Código Processual Penal de 1930, no qual predominava os poderes instrutórios do juiz.

A Constituição italiana, em vigor, estabelece expressamente o princípio da presunção de inocência ou “*principio di non considerazione di colpevolezza*”, conforme art. 27, *comma 2*, da Constituição Italiana.⁴⁸

Para transpor essa presunção, verdadeiro limite ao arbítrio judicial, a convicção do julgador e as provas produzidas no processo devem ir além da dúvida razoável (“*oltre ragionevole dubbio*”), já que a dúvida razoável enseja a absolvição do acusado.

Tal *standard* de prova foi importado dos Estados Unidos, do sistema adversarial, consubstanciado na law evidence em que a construção jurisprudencial do BARD (*beyond any reasonable doubt*) ou além da dúvida razoável exige que o juiz ou jurado valore as provas com grau de confirmação beirando a certeza.

Crítério assaz subjetivo, na medida em que a definição do que venha ser razoável ou não para uns, pode não ser para outros, deixando no caso à valoração das provas de possuir um critério de racionalidade objetiva, sujeitando-a a íntima convicção do juiz ou do jurado.

É evidente que no sistema italiano a aplicação regra da dúvida razoável exige do juiz togado, diferentemente do *trial by jury* norte-americano, a motivação das decisões e demonstração do exame das provas produzidas nos autos a justificar sua decisão.

Mas, ainda assim, a regra da dúvida razoável remanesce subjetiva e pouco confiável à confirmação de um fato como verdadeiro.

Na realidade, segundo Michele Taruffo – citando Ferrer Beltràn –, o grau de confirmação de um enunciado deriva de inferências lógicas que levam em conta a quantidade e a qualidade de provas disponíveis que se referem àquele enunciado, seu grau de confiabilidade e sua coerência.

Trata-se de uma análise racional que se funda em argumentos e contra-argumentos, valorações e confrontos, ao cabo da qual se

⁴⁸ Art. 27: *La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. (Codice Penale e Procedura Penale e Leggi Complementari. 32. ed. Casa Editrice La Tribuna, 2011).*

estabelece qual o grau de fundamento racional que aquele enunciado tem.⁴⁹

Segundo tais inferências lógicas sobre as provas produzidas, é dever do magistrado absolver na falta, insuficiência ou contraditoriedade das provas seja quanto à existência do fato crime, sua autoria ou imputabilidade do réu, senão superada a dúvida razoável sobre a culpabilidade do réu.

“*Oltre ragionevole dubbio*”, ou além da dúvida razoável, tornou-se expressa como regra legal decisória, até então só utilizada casuisticamente na jurisprudência, prevista no art. 533, do diploma processual penal italiano, com redação dada pela reforma de 2006, considerada como inovação.

Dispõe o art. 533, do Código de Processo Penal Italiano: “*Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestandogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza*”.

Tal dispositivo deve ser interpretado em consonância com os do art. 425, *comma* (excludentes de crime ou culpabilidade), art. 409 (decisão sobre arquivamento) combinados com art.125 (formas de provimentos judiciais – sentenças judiciais e órgãos colegiados), todos do Código de Processo Penal Italiano, os quais delimitam as hipóteses legais de existência ou não do crime ou da culpabilidade, sentença e motivação.

Tal regra constitui espécie de limite ao livre convencimento e ao arbítrio judicial, na medida em que juntamente com os princípios da presunção de inocência, favor rei, do *in dubio pro reo*, do ônus da prova a cargo da acusação e a obrigação da necessária motivação lógico racional das decisões judiciais, disposto no art. 192, 1º *comma*, ao dispor que: “*Il giudice valuta la prova dando conta nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati (art. 546, lett. e, 606; lette e)*,”⁵⁰ controlam a atividade judicial no momento valoração do material probatório que deve ser expressa motivada e logicamente nas decisões.⁵¹

⁴⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 252.

⁵⁰ ALIBRANDI, Luigi (Coord.). *Codice penale e di procedura penale e leggi complementari*. 31. ed. iacenza: Casa Editricela Tribuna, 2011, p. 364.

⁵¹ PAPANNO, Claudio. L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie. Milano: Giuffrè, 2009. p. 422-423. (Studi di diritto processuale penale-raccolti da Giovanni Conso, 109). [...] *Nel nucleo centrale dei principi cui nostro sistema processuale ha aderito, nel delineare il quadro delle regole legale decisorie, si collocano la presunzione di innocenza dell'imputato, l'onere della prova a carico dell'accusa, l'annunziamento del principio in dubio pro reo recepto*

5. Bases Normativas da Convicção Judicial no Processo Penal Brasileiro: o critério do livre convencimento

A Constituição de 1988 adotou sistema acusatório, em que estão bem definidas as posições de acusar, julgar e defender,⁵² e a legislação infraconstitucional momentos processuais distintos: fase da postulação, instrução e decisão, donde se insere o sistema probatório brasileiro e suas fases: admissão/exclusão, produção e valoração das provas.

O Código de Processo Penal prevê a existência de um momento valorativo judicial, expresso no art. 155, ao dispor que:

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.

A reforma processual penal empreendida pela Lei 11.690/2008 deu nova regulamentação na disciplina da prova, delimitando também o alcance da expressão “livre convencimento”.

Na redação anterior, disposta no art. 157, do CPP, *in verbis*: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”, a extensão da expressão “livre apreciação da prova”, muitas vezes abria margem para interpretação de que, no juízo de fato, quaisquer elementos de convicção poderiam ser considerados independentemente se produzidos durante a instrução, sob o crivo do contraditório ou não.

Com a nova regulamentação foi afastada a confusão, ainda muito frequente na prática judicial entre livre convencimento e liberdade de prova, considerando que o livre convencimento é exercido no momento

dall'art.530 commi 2 e 3 c.p.p. e, infine, la garanzia che tutte Le compendia, dell'obbligo di motivazione e della giustificazione razionale della decisione, a norma dell'art.111, comma 6, Cost e 192 comma 1 c.p.p.”; questi fondamentali principii, che per la giurisprudenza più illuminata, si trovano in diretta ed essenziale correlazione com la regola della razionalità della decisione, sono la diretta derizzazioni di quei valori potenti, messi irrimediabilmente in gioco dal processo penale, che seconda la dottrina, devono rappresentare l'asse portante del sistema decisionale di ogni sistema processuale civilmente organizzato.

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 141.

da valoração e incide apenas sobre as provas produzidas em contraditório e, só excepcionalmente, sobre os elementos de informação colhidos durante a investigação.⁵³

Não significa, portanto, possibilidade de utilização, pelo juiz, de outras fontes de conhecimento.

Parece que o sentido da expressão “livre convencimento” dado pela norma concerne à liberdade de seleção e de valoração dos elementos probatórios regularmente introduzidos no processo, sob o crivo do contraditório, que para nós será exercida de forma racionalizada, por meio de critérios de probabilidade lógica indutiva, conforme explicitado anteriormente.

Controle esse que, segundo Michele Taruffo, é denominado “controle de racionalidade” exercido, seja na fase da admissão, seleção e utilização do material probatório relevante para a decisão, num juízo prévio ao momento da valoração; seja, posteriormente, no momento da avaliação do material probatório e exame da motivação.⁵⁴

Trata-se, segundo o citado jurista, de liberdade orientada que não equivale à discricionariedade absoluta ou arbitrariedade subjetiva, significando que o juiz deve utilizá-la com objetivo de alcançar uma determinação tendencialmente verdadeira dos fatos da causa por meio de critérios racionais de valoração.⁵⁵

O juiz é livre nos limites da lei⁵⁶ e da racionalidade, sendo este o sentido do livre convencimento.

⁵³ GOMES FILHO, Magalhães A. et al. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e projetos de reformas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 248-249.

⁵⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba sobre los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002. p. 402-403. Tradução livre: “*El principio de la libre convicción del juez supone también la libertad de este de escoger, entre el material probatorio incorporado a la causa, los elementos que considere significativos y determinantes para la decisión sobre el hecho [...]. Si, [...] se parte de la premisa de que la libertad de elección de los elementos de prueba relevantes para la decisión puede y debe ser ejercida de forma racional y controlable, entonces cambia completamente: resulta sensato hablar de garantía del principio de contradicción entre las partes a los efectos de la elección del juez, pero, la relativa libertad del juez resulta un aspecto natural y no particularmente peligroso de la discricionariedad del juez orientada hacia una determinación verdadera y racionalmente fundada de los hechos. [...] Em efecto, si se concibe la valoración de las pruebas em términos racionales, tiene exigir que el juez enuncie los criterios que ha adoptado para valorar las pruebas y, sobre esta base, justifique el juicio de hecho.*”

⁵⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba sobre los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002. p. 401.

⁵⁶ IACOVIELLO, Alessandro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 763. “*Il giudice è libero nei limiti della legge*”. Tradução livre: “*Il principio del libero convincimento - l'esperienza lo insegna - assume sovente intonazioni soggettive,*

Sobre a normatividade dos limites ao livre convencimento judicial em nosso ordenamento, podemos identificar os limites probatórios constitucionais e infraconstitucionais e os decisórios, estes consubstanciados nos princípios e regras de julgamento que conduzem à atividade judicial no momento da decisão, cujos exemplos citamos no tópico precedente.

Necessário ressaltar que a reforma processual de 2008 enfatizou a regra de julgamento prevista no art. 156, do CPP, como colorário lógico do princípio-garantia da presunção de inocência consagrado no art. 5º, inc. LVII, da CF/88: “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”; e pela Convenção Americana dos Direitos Humanos.

A redação original dispunha:

Art. 156 – A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A Lei 11.690/2008, mantendo a regra da distribuição, alterou para:

Art. 156 – A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz, de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

psicologiche. In questa versione, è arbitrio, l'intime conviction a dominare a fase decisionale. Si scopre, in questo senso, un libero convincimento forgiato sui canoni del "potere" che perde sua valenza di principio ermeneutico cui conformare ogni snodo decisionale del processo, acuendo l'imprevedibilità della decisione(ver nota de rodapé, n. 13, Iacoviello). Come si vede, la versione soggettivistica del libero convincimento fomenta un irrazionalismo decisório che accentua la componente di incertezza fisiologicamente correlata al decidere.Per scongiurare questa condizione di arbitrio va implementata, con forza, la versione legale del libero convincimento, incui 'il giudice è libero nei limiti della legge'."

Essa importante regra conduz a atividade judicial ao longo da persecução criminal, ainda na fase investigativa, culminando com a fase decisória, sem prejuízo do exercício do poder instrutório do juiz para, em caráter excepcional, determinar produção antecipada de provas e afastar a dúvida razoável, sobre ponto relevante da causa penal.

Discute-se sobre a existência de um verdadeiro ônus probatório no processo penal, com a inovação da redação dada pelo legislador.

Parte da doutrina entende não ser possível transpor a regra pura e simples de conceitos fixados no processo civil em que ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos do direito afirmado, enquanto ao réu, a dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, CPC), sendo a regra de julgamento subjacente: toda alegação não comprovada deve ser tida como contrária à realidade dos fatos; assim, o fato não provado por quem tinha o ônus de fazê-lo é inexistente.⁵⁷

Isso, porque no processo penal a busca pela verdade real e a tutela da liberdade do indivíduo fazem com que o juiz também adote uma postura instrutória tendente a esclarecer os fatos submetidos a julgamento, em busca da verdade; e não sendo possível, persistindo a dúvida, independentemente da regra de distribuição de ônus, o réu será absolvido por falta de provas.

A absolvição aí será não em consequência da regra da distribuição do ônus, como opera no processo civil, mas em razão do princípio do *indubio pro reo*, decorrência lógica do princípio da presunção de inocência.⁵⁸

Em outra linha doutrinária, o ônus substancial da prova caberia ao Ministério Público, o qual deve provar a presença de todos os elementos de fato sobre os quais se funda a pretensão punitiva e também a inexistência de qualquer elemento que obste o surgimento dessa pretensão.⁵⁹

Para Magalhães, seja como for, através da negação completa do ônus da prova no criminal ou pela atribuição integral do encargo ao órgão da acusação, resulta que no processo penal a dúvida acerca da existência de qualquer fato deve sempre favorecer o acusado, até

⁵⁷ GOMES FILHO, Magalhães A. et al. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e projetos de reformas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 256-257.

⁵⁸ DIAS, Jorge Figueiredo. Ônus de alegar e de provar em processo penal? *Revista de Legislação e Jurisprudência*, p. 105-140, 1971.

⁵⁹ GOMES FILHO, Magalhães A. Op. cit., p. 257. e BETTIOL, Giuseppe. La regola "*in dubio pro reo*" nel diritto e nel processo penale – scritti giuridici. Padova: Cedam, 1966. v. 1, p. 315.

porque a presunção de inocência constitui garantia de não intervenção do *ius puniendi* em casos de duvidosa legitimidade.⁶⁰

Entendemos, como o autor, que independente da regra do ônus da prova a cargo da acusação ou de ambas as partes, presente a dúvida razoável, outra solução judicial não será que a absolvição por insuficiência de prova.

E o art. 156, II, do CPP bem consagrou a importância da superação da dúvida razoável, de fato relevante, tanto que com a Lei 11.690/2008 acrescentou-se como hipótese absolutória, no inc. VI, do art. 386, do CPP a fundada dúvida sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, levando a crer que o juízo condenatório deve ir além da dúvida razoável, que vem sendo aplicada pelos nossos Tribunais.

A adoção da superação da dúvida razoável para autorizar a condenação, a exemplo da presunção de inocência, constitui verdadeiro *standard* probatório a limitar o convencimento judicial e a orientar a determinação judicial dos fatos.

A regra “além da dúvida razoável” ou BARD (*beyond any reasonable doubt*), advinda do sistema probatório norte-americano, criação da doutrina e jurisprudência do final do séc. XVIII, constitui verdadeiro *standard* probatório, na medida em que requer um grau particularmente elevado de confirmação probatória da culpabilidade do imputado, que tende à certeza, na tentativa de reduzir ao mínimo a condenação de um inocente.⁶¹

Verdadeiro limite ao convencimento, na medida em que o grau elevado de confirmação exigido no processo penal requer que o juiz ao analisar os enunciados fáticos ou as hipóteses fáticas, as quais podem ser verdadeiras ou falsas, decida de tal forma a resolver a incerteza indo além da dúvida razoável, atribuindo a cada hipótese o grau de confirmação competente segundo as provas produzidas no processo.

Esse *standard* probatório, considerado também critério de racionalidade judicial, não é isento de severa crítica, dado o grau de subjetividade e ausência de clareza do que venha a ser “além da dúvida razoável”, principalmente se pensarmos que nos júris os jurados não motivam seus vereditos.

⁶⁰ GOMES FILHO, Magalhães A. et al. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e projetos de reformas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 257.

⁶¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 253.

6. Crítica ao critério subjetivo da regra decisória: “para além da dúvida razoável” ou BARD (*beyond any reasonable doubt*)

A ideia de que a condenação do imputado exige, no processo penal, elevado grau de confirmação e a tentativa de estabelecer critérios objetivos, por vezes probabilísticos (como, por ex., teorema de Bayes), do quanto de prova ou quais provas seriam suficientes para se alcançar a certeza ou a verdade de um fato, ainda que provável, levou a doutrina a questionar o conteúdo e o alcance da regra: para além da dúvida razoável, como parâmetro para atingir um veredito justo no juízo penal.

A noção de culpabilidade “além da dúvida razoável” é por si só subjetiva, obscura e incoerente, segundo Larry Laudan, que analisou sistematicamente como evoluiu na jurisprudência e doutrina norte-americanas, durante cento e cinquenta anos, tal *standard* probatório denominado BARD (*beyond any reasonable doubt*).

Historicamente, o BARD foi introduzido no começo do séc. XIX, nos casos de Júri, para instar os jurados a distinguir entre dúvidas triviais, infáveis ou infundadas, que não deveriam impedir a condenação, e dúvidas razoáveis capazes de impedi-la.⁶²

O sintoma do problema era a dificuldade de se explicar aos membros do júri o que significava decidir além da dúvida razoável ou o que significava “dúvida razoável”, fazendo com que juizes, ao instruírem os jurados sobre o signficado, utilizassem interpretações e noções distintas, ora aproximando da certeza moral, ora da probabilidade ou mera crença, deixando a cargo do estado mental dos jurados o seu alcance.⁶³

Outro problema identificado no sistema americano era como os juizes ou tribunais de apelação podiam verificar se o BARD fora aplicado efetivamente pelos jurados, ou se estes respeitaram as instruções dadas pelos juizes, já que estes não motivam seus vereditos.⁶⁴

⁶² LAUDAN, Larry. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. In: _____. *Es razonable la duda razonable?* Tradução de Jose R. Beguelin. Buenos Aires: Hamurabi, 2011. p. 194-195. Versão original em inglês publicada em *Legal Theory*, v. 9, p. 295 ss, 2003.

⁶³ LAUDAN, Larry. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. In: _____. *Es razonable la duda razonable?* Tradução de Jose R. Beguelin. Buenos Aires: Hamurabi, 2011. p. 194-195. Versão original em inglês publicada em *Legal Theory*, v. 9, p. 120-133, 2003.

⁶⁴ TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es estándar”, de Larry Laudan. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 120. 2005.

Larry Laudan fez um levantamento crítico das interpretações discrepantes da jurisprudência americana quanto ao significado da expressão além da dúvida razoável ou simplesmente dúvida razoável, chegando à conclusão de que não é um *standard* de prova bem justificado e adequado para ser usado em todos os casos penais, por carecer de racionalidade objetiva, reconhecendo o subjetivismo das decisões sobre os fatos, muito característico do sistema americano, apesar da regra da *law evidence* ou evidência legal das provas.

Em outras palavras, a noção de razoável ou não pertine ao estado mental do julgador, que se não expresso ou motivado pelas regras da evidência probatória, será de difícil alcance ou controle; e no caso do jurado tal convencimento não precisa ser motivado, não se podendo distinguir em determinado veredicto se a dúvida é irracional ou não, já que não exige seja a dúvida expressa; podendo a culpabilidade ser decidida pelo juízo de mera crença ou mera dúvida.

Conclui Laudan, que um *standard* subjetivo de prova, tal como o BARD norte-americano e inglês (também adotado por alguns países da Europa Continental, como Itália e França – com algumas nuances), consubstanciado na confiança subjetiva na crença dos jurados a respeito da culpabilidade do imputado, de acordo com a análise da “evidência” das provas produzidas pelas partes, não é confiável, por carecer de significado e clareza.

Também, o autor critica a pretensa formulação objetiva dos *standards* de prova pautados unicamente na probabilidade matemática, citando como exemplo o teorema de Bayes, consistente num critério quantitativo da evidência das provas para se chegar a um juízo de condenação, cujo percentual seria de 90% a 95%.⁶⁵

⁶⁵ LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2011. p. 61. Sobre a existência desses dois tipos de estándares de prova: quantitativa (além da dúvida razoável) e qualitativa (probabilístico) ensina que: “[...] *el sistema anglosajón o el sistema continental hay, esencialmente, dos clases de discursos bastante bien definidos acerca del estándar de prueba (EDP). El primero se desarrolla principalmente en la sala, entre jueces y jurados, y las decisiones de los tribunales de apelación. Aquí la pauta general es configurar el EdP em términos cualitativos: desde este punto de vista, aquel a quien corresponda juzgar los hechos deberá condenar al acusado solo en el caso en que concorra una “certeza moral” o una “certeza que va más allá de la Duda razonable” de que el acusado cometió el delito. El juez espera tener una “convicción íntima” acerca de esa culpabilidad o (como en México) tener lo que El considera una “prueba plena” de la culpa de acusado. El outro discurso acerca del EdP tiende a ocurrir entre juristas académicos-anglosaxiones y continentales- cuya preferència decidida es hablar de los EdP como se fueran probabilidades (bayesianas) posteriores. En este segundo caso, la idea es que EdP establece un umbral de probabilidad (generalmente entre 90% y 95%) que debe lograrse para que se justifique que el juzgador de los hechos condene o acusado. Estos dos discursos, el práctico y el*

Michele Taruffo, analisando criticamente o modelo norte-americano do BARD, estabelece como questão central da formulação os jurados, cidadãos comuns, os quais decidem, sem fundamento na racionalidade ou objetividade.

Mas, segundo suas próprias inclinações subjetivas e não necessitam motivá-las, porque faz parte da construção norte-americana, que gozam de legitimação política social e não epistêmica, sendo a subjetividade intrínseca à função que exercem, quase como ato de fé e confiança da sociedade em suas decisões.⁶⁶

Significa dizer que a escolha do modelo foi feita há séculos, não pela objetividade ou racionalidade das decisões do júri, mas pela legitimidade ético-política, advinda do consenso social norte-americano.

A existência de um critério subjetivo de valoração, que dispensa a motivação – portanto sem qualquer controle – das decisões que condenam ou absolvem, não está longe de conduzir ao arbítrio e a incertezas.

Daí porque a pura e simples transposição teórico-normativa do BARD ao sistema processual penal brasileiro e europeu continental (italiano, francês e alemão) deve ser vista com cautela, devendo-se levar em conta a existência da magistratura togada, composta por juízes profissionais, técnicos de carreira, treinados para valorar jurídica e racionalmente as provas produzidas nos autos, motivando sua escolha e, portanto, justificando a eventual existência de dúvida razoável ou não a concluir pela condenação ou absolvição, racionalizando no caso concreto a regra “além da dúvida razoável”, verdadeiro standard elevado de prova, a exemplo da presunção de inocência.⁶⁷

acadêmico, nos están enteramente separados. El que llamaré “estandar de prueba académico” ha delineado tipicamente el trabajo estándar del juez sobre la base de alguna afirmación según la cual la prueba más Allá de toda duda razonable (en adelante: MATDR) debería ser entendida como el equivalente de un EdP de 90%. [...] nos és mio objetivo procurar reconciliar estas tensiones entre un estándar cualitativo y uno cuantitativo” (p. 61-62). Faz crítica depois sobre falibilidade de ambos, carecendo objetividade e clareza.

⁶⁶ TARUFFO, Michelle. Tres observaciones sobre “por qué un *standard* de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 120, 2005.

⁶⁷ TARUFFO, Michelle. Tres observaciones sobre “por qué un *standard* de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 122, 2005. Nesse sentido o autor expõe: [...] *Los términos de ló problema cambian si adoptamos un punto de vista teórico-normativo y se piensa en un critério equivalente al del BARD que pueda funcionar en un sistema procesal distinto del norte-americano. Si se piensa, por ejemplo, en un modelo procesal de civil law como el italiano, el francés o el alemán, hay al menos tres factores que deben tomarse en consideración: a) el juez es un jurista profesional, de carrera, al que podría*

Na busca de um critério “objetivo” de valoração da prova alternativo ao BARD, Laudan ainda faz referência crítica ao conceito de plausibilidade proposto por Ron Allen.

Segundo Allen (seguido por outros doutrinadores americanos), o conceito de valoração probatória seria holístico em oposição à valoração detalhada e individual de cada uma das provas, consistindo a decisão final na eleição, entre distintas narrações relativas ao conjunto dos fatos de uma controvérsia, daquela mais plausível, mais capaz de dar um sentido coerente aos fatos narrados.⁶⁸

Tal concepção derivou da ideia de que os jurados norte-americanos quando analisam a prova (*trier of fact*), observam-na em seu conjunto, segundo seus padrões culturais e dentro da cultura média, sem analisá-las individualmente.

Contudo, critica-se exatamente tal critério “holístico” por deixar de analisar a credibilidade de cada uma das provas, dos fatos efetivamente demonstrados, principalmente por serem os jurados juízes leigos, e tais decisões não estarem isentas de subjetividade na escolha do fato plausível, considerado “normal” naquela situação, segundo a própria reserva de tipos ideais de comportamento, trama de fatos ou de caracteres típicos, dentro da cultura média, num certo momento, sobre cuja base se interpreta e compreende a realidade.⁶⁹

darse una preparación teórica suficiente y hacerle entender qué se pretende cuando se exige una valoración de la prueba según el standard del BARD o según cualquier outro estándar de prueba que se considere adecuado; b) dado que no existe el jurado en esos ordenamientos, es el propio juez que debe aplicar el estándar de prueba en sus decisiones. La decisión se toma, pues, por un juez “profesionalizado”, habituado a desarrollar la actividad de valoración de la prueba y posiblemente entrenado para afrontar y resolver las dificultades lógicas y epistemológicas que esta actividad implica. El trier of fact, por tanto, no es un ciudadano cualquiera, ingenio e inculto, incapaz de comprender instrucciones complicadas y, por ello, “condenado” a decidir según sus propias impresiones subjetivas, sino un “técnico” experto, al que se puede exigir que aplique criterios de valoración sofisticados; c) Last but not least, el juez del civil law está obligado, incluso por normas constitucionales, a ofrecer una motivación detallada, racional y “objetiva” de sus propias decisiones. Esta obligación afecta de forma particular a las decisiones de las cuestiones de hecho y a la valoración de la prueba. En otros términos, el juez está obligado a “objetivar” su propia decisión sobre los hechos, indicando los criterios seguidos y argumentando las razones por las que ha considerado que un determinado hecho estaba probado o no probado. Es especialmente a través de la obligación de motivar las decisiones sobre los hechos que los ordenamientos de civil law pretenden evitar que las decisiones sean tomadas según el arbitrio subjetivo del juez, y conseguir, en cambio que se funden en argumentaciones justificativas.

⁶⁸ TARUFFO, Michelle. Tres observaciones sobre “por qué un standard de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 122, 2005.

⁶⁹ TARUFFO, Michelle. Tres observaciones sobre “por qué un standard de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 122-124, 2005.

A plausibilidade ou não de uma ou mais narrativas fáticas não pode ser adotada como razão autônoma, suficiente, independente e desligada das provas que as compõe, sendo a “verdade” o critério de correspondência entre ambas.

Conclui-se, portanto, não haver um critério de avaliação ou modelo de constatação preciso, que possa tornar isento de subjetividade a valoração judicial do conjunto probatório, eis que os *standards* existentes não satisfazem a “necessidade de objetividade”, sendo a motivação o mecanismo de controle pelo qual se fiscaliza o conteúdo das justificações das decisões e sua racionalidade lógica e jurídica, segundo o material probatório produzido.

Logo, como forma de controle das decisões dos juízes e do exercício o livre convencimento em nosso sistema brasileiro e, também no europeu continental, exige-se a motivação das sentenças e dos julgados da corte de apelação quanto à valoração das provas produzidas em juízo, seu grau de confirmação e evidência.

7. A importância da argumentação e a questão do raciocínio judicial (analítico, dialético, dedutivo, indutivo)

O problema da identificação de como se constrói a argumentação do raciocínio judicial envolve antigas questões concernentes à lógica aristotélica, que distingue raciocínio analítico e dialético, ambos silogísticos.⁷⁰

O analítico, também considerado forma simbólica, caracteriza-se pela relação direta, na transferência das premissas às conclusões, sem compromisso com a validade ou veracidade das inferências, isto é, a forma do raciocínio lhe garante a validade (lógica formal), quase como uma simbologia algébrica, sendo indiferente se a premissa é verdadeira ou falsa.

Já, o raciocínio dialético, denominado entinema, exige premissas que não podem prescindir da veracidade ou plausibilidade das asserções, trazendo em si razões de valor, que se distinguem da lógica formal acima explicitada.

⁷⁰ IACOVELLO, Alessandro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 160-161.

Ambos, analítico e dialético, utilizam a dedução como via conclusiva.

Mas, mesmo considerando tais atributos da lógica aristotélica como instrumentos de justificação do percurso de um raciocínio, a atividade valorativa judicial é mais complexa, porque faz inferência das causas possíveis ou prováveis do fenômeno, aliados ao material probatório colhido, devendo valorar o peso de cada uma na observância do modelo legal de “*aprezzamento*” (aquisição, produção).

Diferentemente de hipóteses, trata-se de fatos possíveis ou prováveis a serem verificados, valorados, como um método retrospectivo guiado por inferências dedutivas ou indutivas produzidas pelas partes, no exercício da dialética processual, num procedimento de investigação histórica (“*a ritroso*”), que deve conduzir ao mais alto grau de credibilidade racional, como modelo de justificação racional exteriorizado na motivação.⁷¹

O método retrospectivo do juiz será guiado por inferência dedutiva ou indutiva combinada, nas mais variadas formas, conforme percentual mais ou menos elevado de contribuição dialética (do contraditório), no procedimento de verificação retrospectiva, que deve conduzir ao mais alto grau possível de credibilidade racional, e por isso a certeza processual.⁷²

Não se descarta que essa atividade mental, lógica do convencimento é permeada por valores hermenêuticos, variadas formas de interpretação das normas e das provas colhidas nos autos, incidindo sobre a escolha das premissas e também na conclusão do raciocínio judicial.⁷³

Necessário considerar, neste ponto, que a atividade interpretativa é carregada de juízos de valor, que muitas vezes conferem à atividade judicial a função criadora do direito, pois a interpretação implica valoração, eleição e decisão de quem também traz consigo seus valores ideológicos e culturais.

⁷¹ IACOVIELLO, Alessandro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 161.

⁷² IACOVIELLO, Alessandro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 161. (Tradução livre): “*Il metodo restrospectivo del giudice sara guidato dall’inferenza deduttiva o induttiva combinata nelle più varie forme, che diversamente si atteggiavano e si configurano in ragione del Tasso più o meno elevato do apporto dialético (quindi, di contraddittorio) nel procedimento di verifica a ritroso, che deve condurre al più alto grado possibile di credibilità razionale, e quindi alla c.d certeza processuale*”.

⁷³ IACOVIELLO, Alessandro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 162.

Citam-se, como exemplos vivos, as construções jurisprudenciais, que estabelecem limites de conteúdo às normas ou fixam seus conceitos.

Recordemos as definições de violência presumida, para se definir a existência ou não do crime de estupro ou atentado violento ao pudor contra menores de 14 anos etc.

Daí porque, não se pode falar em convencimento puramente lógico-mecânico de dedução de certas conclusões a partir de determinadas premissas, limitando o raciocínio judicial ao “silogismo puro.”⁷⁴

No campo penal e processual penal, ainda que se considere o método de interpretação como restrito ao exame da legalidade, a justaposição do fato típico à norma, haverá influência desse conteúdo axiológico, eis que o direito “é uma constante criação humana dificilmente reduzível a uniformidade e critérios taxativos de ordenação.”⁷⁵

A manifestação mais adequada desse pensamento é representada pela teoria tridimensional do direito, que considera que no direito confluem três dimensões indissociavelmente relacionadas: norma (dimensão normativa), fato social (dimensão fática ou sociológica), e valor jurídico (dimensão valorativa ou axiológica).⁷⁶

Considerando então o grau de subjetivismo das interpretações dos fatos e normas, entendemos, portanto, como G. Orrù, que o raciocínio judicial e, em consequência, o convencimento, não é resultado só da dedução lógica a partir de uma norma legal, mas decorre da argumentação dialética em que prevalece a lógica do razoável, em que não se obterá uma certeza evidente, irrefutável (“*apodítica*”, em italiano), mas plausível, provável, aceitável.⁷⁷

⁷⁴ OBANDO, M. Ana Elena; FACCIO, Alda; FRIES, Lorena. *Género e derecho*. Santiago de Chile: Studios de Género, 1999. p. 165. (Colección Contraseña). “*Por muchos años se há negado la función creadora de los y las juezas, como si la interpretación se tratar de una tarea técnica y no política, o como si para cada caso solo existiese una sola interpretación dogmáticamente correcta. Hoy sabemos, que la interpretación implica valoración, elección y decisión y que quienes interpretan son simples seres humanos cargados de valores ideológicos y culturales. Hasta la misma filosofía del derecho contemporánea há reconocido que el empleo de los llamados “metodos de interpretación” presupone posturas valorativas*”.

⁷⁵ SORIANO, Ramon. *Compendio de teoria generale del derecho*. Barcelona: Ariel, 1986. p. 11-14.

⁷⁶ Miguel Reale foi quem elaborou as bases metodológicas da teoria tridimensional do direito, em suas duas obras de 1968: “Teoria Tridimensional do Direito” e “O Direito como Experiência”, da qual nos filiamos.

⁷⁷ ORRÙ, G. La logica del ragionevole nel processo di convincimento del giudice. *Jus*, fasc. 1, p. 111, 1988.

7.1. Crítica ao silogismo judicial

Atribui-se a adoção da técnica de argumentação do silogismo à influência histórica do pensamento filosófico iluminista greco e latino, encampado por Cesare Beccaria,⁷⁸ no intuito de dar cientificidade ao exercício da atividade judicial e evitar o intuicionismo e aspectos irracionais no momento da decisão.

Segundo esta construção silogística do pensamento, evidenciada por Paolo Tonini⁷⁹, e criticada por parte da doutrina⁸⁰, para se convencer o juiz primeiramente verifica a ocorrência do fato histórico (materialidade-premissa menor) atribuído ao imputado, e se este é o responsável (autor); em segundo lugar interpreta a norma incriminadora para obter o fato típico (subsunção-premissa maior).

Depois valora se o fato histórico acertado é conforme o fato típico previsto pela lei, concluindo pela condenação ou absolvição.

O silogismo judicial assim considerado, já pelos iluministas, partia do pressuposto que o juiz era apenas “a boca da lei”, cuja missão era tão só – por meio desta atividade lógica – aplicar o direito ao caso concreto, sem contar os aspectos psicológicos, os valores sociais de determinada época e a construção sempre lacunosa das leis, com termos elásticos, dando margem a indeterminações a exigir interpretações distintas dependendo do olhar do julgador.⁸¹

⁷⁸ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Livorno, 1764, par. 4. “In ogni delitto si deve fare dal giudice un silogismo perfetto: la premessa maggiore deve’essere la legge generale; la premessa minore, l’azione conforme, o no, alla legge; la consequência, la liberta o la pena”. [...] Quando un código fesso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de cittadine, e giudicarle conformi alla legge scritta, [...] allora i cittadini non sono soggetti alle piccoli tirannie di molti”.

⁷⁹ TONINI, Paolo. *La prova penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2000. p. 27-28. Tradução livre: “Il giudice, in primo luogo, accerta se è avvenuto il fatto storico, che è stato addebitato all’imputato e se questi ne è responsabile; in secondo luogo interpreta la norma incriminatrice al fine di ricavarne qual è il fatto tipico; infine, valuta se il fatto storico, che ha accertato, è “conforme” al fatto tipico previsto dalla legge. In stretta sintesi, la decisione è stata definita um “silogismo”: il fatto storico, ricostruito attraverso le prove, è la premessa minore; la norma incriminatrice è la premessa maggiore; la conclusione consiste nel valutare se il fatto storico rientra nella norma incriminatrice. [...] Dal punto de vista formale, la decisione pronunciata dal giudice, in base alle prove che sono state acquisite nel corso del processo, ricostruisce il fatto storico commesso dall’imputato (motivi “in fatto”); quindi interpreta la legge e precisa il “fatto tipico” previsto dalla norma penale incriminatrice (motivi “in diritto”); in fine valuta se il fatto storico rientra nel fatto tipico”.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 58-59.

⁸¹ NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 454-455. (Studi di Diritto Processuale Penale, 37).

Em outras palavras, o conteúdo subjetivo de cada decisão judicial, de como se forma convencimento, decorre de aspectos que fogem à lógica racional e necessariamente passa pelo conteúdo indeterminado das leis, passível de interpretação não unívoca, e nesse sentido se faz crítica a essa construção “perfeita” do Iluminismo.

Acentuando o caráter de subjetividade do conhecimento judicial, Luigi Ferrajoli critica a imagem proposta por Cesare Beccaria, do juiz como “investigador imparcial do verdadeiro”, fundamentalmente ingênua, na medida em que:

Toda reconstrução judicial minimamente complexa dos fatos passados equivale, em todo o caso, à sua interpretação, que é obtida pelo juiz a partir de hipóteses de trabalho, que ainda quando precisadas ou modificadas no curso da investigação, o levam a valorizar algumas provas e a descuidar-se de outras, e o impedem, às vezes, não apenas de compreender, mas inclusive de ver dados disponíveis em contraste com elas. Em todo juízo, em suma, sempre está presente uma dose de preconceito.⁸²

À subjetividade do juiz soma-se à subjetividade de muitos meios de prova, como os testemunhos, os reconhecimentos, as acareações, perícias, documentos, interrogatórios (estes fontes de prova) utilizados pelo “juiz historiador”, que podem refletir pontos de vistas parciais, emocionais ou interessados de que os haja realizado.

Daí porque se distingue o conhecimento judicial, do saber científico, a verdade substancial da verdade processual, reconstruída, “fabricada” processualmente, tanto mais provável, quanto maior forem as garantias do juízo, do contraditório, da oralidade, da imediatidade e da publicidade das provas, características do modelo acusatório, em detrimento do modelo inquisitivo, em que as provas são admitidas e produzidas em segredo.

Paradoxalmente, embora tais garantias legitimem juridicamente a atividade judicial de reconstrução dos fatos, restringem do ponto de vista epistêmico a correta reconstrução histórica dos fatos, priorizando outros valores em detrimento da verdade.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* – teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 58-59.

Beltrán cita como exemplos a proteção do sigilo de determinadas comunicações (ex., advogado e cliente), a proteção dos direitos individuais, a celeridade processual.⁸³

Gascón Abellán utiliza a expressão garantias antiepistêmicas para demonstrar que impedem a reconstrução histórica fidedigna dos fatos.⁸⁴

Mas, não é porque o conhecimento judicial, a valoração/convenimento, tenha o seu grau de subjetivismo que o sistema processual esteja comprometido.

O sistema normativo penal da estrita legalidade e as garantias processuais penais constituem verdadeiro contrapeso ao exercício arbitrário da busca, desenfreada, decisionista da “verdade”, a limitar, segundo nossa visão, o exercício do livre convencimento judicial, constituindo limite ao arbítrio, às decisões sem respaldo em provas colhidas segundo o modelo legal ou em desacordo com o procedimento legalmente previsto.⁸⁵

Inser-se entre os diversos princípios garantistas (legalidade estrita, a materialidade, a lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência, devido processo legal, etc.), que Luigi Ferrajoli assinalou como esquema epistemológico de identificação do ilícito penal, orientado a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo do Estado e da tutela do cidadão contra arbitrariedade.⁸⁶

⁸³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 31-32.

⁸⁴ GASCON, M. *Los hechos en derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 51.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 47. Equaliza a questão do subjetivismo do conhecimento judicial e a busca da verdade: “Foi o mérito do pensamento penal do Iluminismo o reconhecimento dos nexos entre garantismo, o convencionalismo e o cognitivismo jurisdicional, de um lado, e entre despotismo, substancialismo extralegal e decisionismo valorativo, de outro. A tese aqui que sustentarei é no sentido de que esses nexos não são excluídos pela impossibilidade epistemológica, antes mesmo que prática, de um perfeito cognitivismo judicial. Por certo, o modelo iluminista da perfeita ‘correspondência’ entre previsões legais e fatos concretos e do juízo como aplicação mecânica da lei é uma ingenuidade filosófica viciada pelo realismo metafísico. [...] Na realidade, pode-se demonstrar que, ainda quando o controle empírico dos procedimentos probatórios e interpretativos, nos quais consiste a aplicação da lei, encontre limites insuperáveis, pelo menos o modelo se torna assegurado nestes limites precisamente pelo sistema normativo das garantias de estrita legalidade e de estrita jurisdicionalidade e de seu grau de efetividade. De acordo com isso, dizemos que as garantias legais e processuais, além de garantias de liberdade, são também garantias de verdade; e que ‘saber’ e ‘poder’ concorrem em medida diversa no juízo, segundo aquelas sejam mais ou menos realizáveis”.

⁸⁶ Idem. Op. cit., p. 38.

Embora tais garantias deem legitimidade e racionalidade ao sistema, dificultam a rigor a busca da verdade, não se podendo comparar a figura do juiz com a de um historiador. Este não está submetido a limitações temporais em seu estudo, tampouco sua atividade está regradada, nem se excluem de sua análise elementos de juízo relevantes epistemologicamente.⁸⁷

A teoria do silogismo judicial constitui uma das teorias do discurso justificativo da atividade judicial, mas não é a única válida, que a doutrina identifica como sendo a que expressa uma postura sistemático-dedutiva, de matriz juspositivista, cuja premissa maior é dada pela norma que se deve aplicar ao caso concreto; a premissa menor seria os fatos relevantes já comprovados, e a conclusão constituída pela decisão dos fatos concretos.

Surge a rigor, em contraposição a outra grande teoria, de natureza retórica, assistemática, que leva em consideração os valores que influenciam a atividade judicial, nascida da crise do positivismo jurídico clássico, no séc. XX, e do surgimento da teoria dos valores, pondo ênfase na relevância que assumem os fatores tópicos, retóricos e argumentativos.⁸⁸

Segundo Michele Taruffo, a teoria que identifica a estrutura do juízo como silogismo judicial teve o papel dominante por muito tempo na doutrina europeia, especialmente na Alemanha e na Itália, mas não sem crítica, por considerar um modelo lógico-estrutural limitado que carece de idoneidade frente à complexidade do raciocínio judicial. Para Taruffo, ainda, o silogismo é um método de justificação da decisão, que ocorre em momento ainda posterior ao da valoração e decisão propriamente dita.⁸⁹

A crítica mais contundente que se faz ao silogismo judicial é de que sua representação é falsa, porque a atividade judicial não se limita puramente à lógica-racional, e é incompleta, por não expressar a complexidade da atividade criativa do juiz, não levando em conta o elemento voluntarista que está compreendido na decisão, mas apenas

⁸⁷ BELTRAN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 34. Ver também nota de rodapé 17. O autor faz interessante observação quanto à adoção da analogia da atividade do juiz com o historiador feita por alguns doutrinadores como Calamandrei, Munõz Sabaté; bem como de filósofos da ciência como Cohen-Nagel; Rescher-Joint; cita também os doutrinadores críticos dessa ideia da atividade do juiz tal historiador, como Twining e Taruffo.

⁸⁸ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011. p. 151-153.

⁸⁹ Idem. Op. cit., p. 151.

o cognoscitivo, cujo valor seria descritivo limitado à relação entre norma e realidade concreta.⁹⁰

Contudo, o mérito de adotar o silogismo judicial como técnica de argumentação e motivação da sentença esteve em buscar método lógico de justificação das decisões, com respaldo na atividade probatória. Tendo, na atualidade, um valor de instrumento apto a tornar objetivamente verificável a correção de uma interferência a partir de premissas aceitas como certas.⁹¹

Necessário frisar que o silogismo na atividade decisória, conquanto seja possível, não é o único instrumento lógico necessariamente utilizável pelo juiz, havendo outros meios de argumentação jurídica. Sendo o melhor método àquele lógico ou indutivo que expomos quando tratamos da probabilidade lógica ou indutiva defendida por Beltrán, com base na teoria formulada por J. L. Cohen.

Em essência, aponta Michele Taruffo, a utilidade da dedução silogística na estrutura do juízo tende a se reduzir à fase em que se instaura o vínculo entre a norma já selecionada para solucionar a lide e os fatos comprovados, coincidindo-a com o momento da subsunção.

O autor faz, ainda, observações quanto à utilidade desse recurso argumentativo nos juízos de fato, entre elas: instrumento pouco flexível e muito formal; a natureza tautológica e a conseqüente falta de valor heurístico do silogismo, e o risco de deformações de juízo, que está implícito no uso indiscriminado e incauto de dita forma lógica, como a atribuição de status de certeza a uma conclusão que na realidade não existe; a excessiva automaticidade e o formalismo do iter lógico, etc., havendo outros recursos lógicos para justificação da decisão e sua motivação quanto à certeza ou verdade jurídico-processual alcançada.⁹²

Posicionamento com o qual concordamos, em especial porque a decisão que recorre à justificação lógico-formal não está isenta de apreciação psicológica e influência do contexto social e histórico em que se vive, tampouco dos valores trazidos pelos juízes em suas decisões.

⁹⁰ TARUFFO, Michele. La motivación de la sentencia civil. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011, p. 154. FAZZALARI, E. *Il giudizio civile di cassazione*. Milan: Giuffrè, 1960, p. 88 ss. FAZZALARI, E. *La giurisdizione volontaria – profilo sistematico*. Padova: Cedam, 1953, p. 136 ss.

⁹¹ GIANZI, Giuseppe. Natura e controllo del vizio di motivazione delle sentenza penali. *Rivista Processuale Penale*, p. 500-501, 1960. Cf. GOMES FILHO, Magalhães A. et al.; MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e projetos de reformas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 149.

⁹² TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011, p. 158-160.

Concluindo, a fim de controlar o subjetivismo da atividade decisória/judicial, os sistemas processuais modernos não descaram de disciplinar os diversos momentos da atividade judiciária, seja por meio das regras legais probatórias (na fase da admissão, exclusão e produção de provas), das regras lógicas e epistemológicas (na fase da valoração), seja pelas de regras decisórias (presunção de inocência, ônus da prova a cargo da acusação, obrigação de motivação, princípio do favor rei, etc.), no momento da decisão.

A ideia de fundo dessa “racionalidade lógica judicial” é de que o convencimento judicial, na valoração da prova, seja livre e efetuado sem pressões externas, sem a predeterminação legal do valor persuasivo das provas,⁹³ característico do antigo “sistema da prova legal”.

Mas, seja exercido dentro da legalidade probatória consubstanciada nas regras de admissão/exclusão e produção do material probatório, e de natureza decisória, submetidas ao controle das partes, por meio da motivação.

Por meio desta se evidenciará se o raciocínio judicial observou ditas regras legais num processo entendido como dialético, a impedir o arbítrio.⁹⁴

Logo, mesmo sendo a valoração uma atividade mental exclusiva do juiz, inacessível, ignorada dos outros sujeitos do processo, uma zona em que além do aspecto lógico-racional, convergem, inevitavelmente, também a intuição do intérprete, as suas ideologias e seus valores, seja de natureza jurídica e extrajurídica,⁹⁵ é limitada aos cânones legais

⁹³ PAPAGNO, Claudio. L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie. Milano:Giuffrè, 2009. p. 428. (Studi di diritto processuale penale-raccolti da Giovanni Conso, 109). Tradução livre: “L’ideia di fondo, in un processo inteso come dialético delle parti, è quella del personale convincimento del giudice nell’attività valutativa della prova, che deve essere effettuata secondo i canoni della razionalità, senza che il giudice subisca pressioni esterne; così, da una parte, si esclude qualsiasi predeterminazione “legale del valore persuasivo delle prove” (IACOVIELLO, Alessandro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997) e, “dall’altra, si vincola l’operato del giudice alla necessaria accettabilità razionale della decisione”.

⁹⁴ Neste sentido, concordando com tal ideia PAPAGNO, Claudio. L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie. Milano: Giuffrè, 2009, p. 431-432. (Studi di diritto processuale penale-raccolti da Giovanni Conso, 109).

⁹⁵ PAPAGNO, Claudio. L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie. Milano: Giuffrè, 2009. p. 432-433. (Studi di diritto processuale penale-raccolti da Giovanni Conso, 109). Tradução livre: “[...] Il momento valutativo é un’area esclusiva del giudice, inaccessibile e ignota agli altri soggetti del processo e llo stesso legislatore. Una zona in cui, oltre all’aspetto logico- razionale, convergono, inevitabilmente, ache l’intuizione dell’interprete, le sue ideologie e i suoi valori sai di natura giuridica che extragiuridica.”

(regras probatórias e decisórias) e controlável pelo dever de motivação, colorário direto do princípio da necessária justificação lógico-racional das decisões judiciais, que em nosso ordenamento é elevado à categoria de garantia constitucional.⁹⁶

Embora essa atividade mental do juiz, de natureza lógico-racional, seja livre na forma como se exterioriza o respectivo convencimento, é limitada ao conjunto probatório regularmente admitido no processo, às regras legais de natureza probatória e às de natureza decisórias (regras de julgamento), além dos princípios e garantias constitucionais que informam o sistema processual penal em nosso ordenamento jurídico e naqueles que adotam o sistema garantista (acusatório).

8. Conclusão

Nos juízos penais, considerando que quase todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos elegem como princípio constitucional a presunção de inocência (*in dubio pro reo*) como ponto de partida nas persecuções criminais, o modelo de constatação utilizado é sempre elevado, superando o juízo de preponderância, beirando quase a certeza com vistas à superação da dúvida razoável.

Embora o nosso sistema legal não aponte precisamente a existência desses *standards* de prova, não há como negar a existência de diversos graus que se podem exigir do julgador para que considere um fato “provado” ou mesmo para que se tenha como satisfeito um requisito legal de mera probabilidade ou de “certeza”.

No Brasil, não se exige que o juiz enuncie o modelo probatório ou de constatação nas suas decisões, exigindo-se apenas que a decisão seja motivada com base nas provas dos autos. Contudo, a jurisprudência brasileira já se pronunciou, ainda que esparsamente, sobre a necessidade de identificação do modelo de constatação judicial.

Conforme afirmamos, o art. 156, II, do CPP bem consagrou a importância da superação da dúvida razoável, de fato relevante, tanto que com a Lei 11.690/2008 acrescentou-se como hipótese absoluta, no inc. VI, do art. 386, do CPP a fundada dúvida sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, levando

⁹⁶ Dispõe o art. 93, inc. IX, CF/98: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

a crer que o juízo condenatório deve ir além da dúvida razoável, que vem sendo aplicada pelos nossos Tribunais.

A adoção da superação da dúvida razoável para autorizar a condenação no Brasil ou nos EUA, a exemplo da presunção de inocência, constitui verdadeiro *standard* probatório a limitar o convencimento judicial e a orientar a determinação judicial dos fatos.

A regra “além da dúvida razoável” ou BARD (*beyond any reasonable doubt*), advinda do sistema probatório norte-americano, criação da doutrina e jurisprudência do final do séc. XVIII, constitui verdadeiro *standard* probatório, na medida em que requer um grau particularmente elevado de confirmação probatória da culpabilidade do imputado, que tende à certeza, na tentativa de reduzir ao mínimo a condenação de um inocente.

Verdadeiro limite ao convencimento, na medida em que o grau elevado de confirmação exigido no processo penal requer que o juiz, ao analisar os enunciados fáticos ou as hipóteses fáticas, as quais podem ser verdadeiras ou falsas, decida de tal forma a resolver a incerteza indo além da dúvida razoável, atribuindo a cada hipótese o grau de confirmação competente segundo as provas produzidas no processo.

Contudo, a inquestionável subjetividade do modelo de constatação ou critério de decisão do BARD (ou da regra “além da dúvida razoável”), evidenciada na mencionada crítica de Laudan, não leva à existência de um modelo seguro, mas passível de falhas, e por isso necessário identificar o raciocínio lógico judicial e o critério de decisão adotado, em consonância com a prova dos autos, para evitar o arbítrio das decisões judiciais.

Referências bibliográficas

- ANDRIOLLI. *Apunti di diritto processuale civile*. Itália: Jovene, 1964.
- ALIBRANDI, Luigi (Coord.). *Codice penale e di procedura penale e leggi complementari*. Piacenza: Casa Editrice la Tribuna, 2011.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- AMODIO, Ennio. Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo. *Revista di Diritto Processuale Penale*, 1999.
- _____. Motivazione della sentenza penale. In: ENCICLOPEDIA di Diritto. Milano: Giuffrè, 1977.
- _____. Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, v. 16, p. 311, 1973.
- _____. L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria. *Rivista Diritto Processuale*, 1970.
- ARONNE, Ricardo. *O principio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. Direito a um julgamento por um juiz parcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, contribuição e crítica – estudos em Homenagem ao prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 343-364.
- _____. *Processo Penal*. São Paulo: Campus Jurídico, 2012.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, nov. 2007.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BROWN, Guillermo. *Limites a la valoración de la prueba en el proceso penal*. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007.

BROOK, James. Inevitable errors: the preponderance of evidence standard in civil litigation. *Tulsa Law Journal*, v.18, 1983.

BRUGGER, S. I. Walter. Dicionário de Filosofia, p. 484. Enciclopédia Saraiva do Direito, “Verdade”, v. 77, p. 67.

BULYGIN, Eugénio. Sull’interpretazione giuridica. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Ricardo (Org.). *Analisis e diritto*. Torino: Gianppicheli, 1992.

CALOGERO, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*. Padova: Cedam, 1974.

CAUDAS, Aulete. *Dicionário digital*. Lexikon, 2012.

CATENA, Victor Moreno et al. *El nuevo proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

CEDON, Paolo; (Trattati a cura di.) Mario Conte, Maurizio Gemeli, Fabio Licata. *Le prove penali*. Milano: Giuffrè, 2011.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale profilo istituzionale*. Torino: Utet Giuridica, 2012.

CHIAVARIO, Mario (Coord.). *Nuove tecnologie e processo penale – giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*. Torino: Giappichelli, 2006.

COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Ricardo. Razionalità e legalità nel giudizio penale. In: BASCIU, M. (Org.). *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*. Padova: Cedam, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo C.P.P. *Revista Italiana e Procedura Penale*, v. 33, n. 1, p. 113-47, 1990.

CORDERO, Franco. *Procedimento penal*. Bogotá: Temis, 2000. títulos I e II.

CRISTIANI, Antonio. *Le modifiche al nuovo processo penale e la giurisprudenza costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1993.

DAMASKA, Mirjan. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.

DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Procesos penales de Europa*. Zaragoza: Edijus, 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Ônus de alegar e de provar em processo penal?* *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 1971.

_____. *Diritto processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de derecho procesal: pruebas judiciales*. 10. ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1994. título II.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Handcover, 1997.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: Cedam, 1994.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Novos perfis da reação defensiva à imputação. Tese apresentada para concurso de professor titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 18, nota 13.

_____. *Provas no processo penal – estudo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Direito processual penal internacional*. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GAITO, Alfredo. *I giudizi semplificati*. Padova: Cedam, 1989.

_____. *La prova penale*. Torino: Utet Giuridica, 2009.

GARDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; NILS-ERIC, Sahlin. *La teoria del valore probatorio – aspetti filosofici, giuridici e psicologici*. Milano: Giuffrè, 1997.

GASCON, Marina Abellan. *Los hechos en derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. Sobre la posibilidad de formular estándares de prova objetivos. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 127-139, 2005.

GIANZI, Giuseppe. Il dibattito: la valutazione della prova e la decisione. In: CANZIO, Giovanni; FERRANTI, Donatella; PASCOLI, Alessandro (Org). *Contributi allo studio del nuovo código di procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1989.

_____. Natura e controllo del vizio di motivazione delle sentenze penali. *Rivista Processuale Penale*, 1960.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHEL, Luiz Flávio; MORAES, Maurício Zanóide de (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas do processo Penal – as novas leis de 2008 e projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina: Argentina, Brasil e Código Modelo para Ibero-América. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 120-34, abr./jun. 1990.

_____. *O processo em evolução*. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

_____. As reformas processuais penais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Scarance Antonio. *Recursos no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUEDES DINIZ, Clarissa. *Persuasão racional e limitações probatórias – enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

HEIDEGGER, Martin. *Vom wesen der wahrheit*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores, v.45).

HONNER v. Flinn. *A preponderance of clear and convincing evidence*. *Maine Law Review*, v. 28, 1976.

IACOBONI, Alessandro. *Prova legale e libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 2006.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; ANDRADE, Lédio Rosa de (Org.). *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

LANGBEIN, John H. Langbein. The Germain advantage in civil procedure. *The University of Chicago Law Review*, v. 52. p. 864, 1985.

LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal (presentación y aporte de Edgar R. Aguilera García)*. Buenos Aires: Hamurabi, 2011.

LESSONA, Carlos. *Teoría general de prueba en derecho civil o exposición comparada de los principios de la prueba y sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemanha etc.* Traducción de Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1957.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistema de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di diritto processuale penale*. Padova: Cedam, 1967.

McCAULIFF, C.M.A. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees. *Vanderblit Law Review*, v. 35, 1982.

MacCORMICK, Neil. La congruenza nella giustificazione giuridica. In: BESSONE, M.; GUASTINI, R. (Org.). *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*. Padova: Cedam, 1994.

MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAZZARESE, Tecla. Scoperta vs giustificazione – una distinzione dubbia em tema di decisioni giudiziali. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Org.). *Analisi e diritto*. Torino: Giappichelli, 1995.

MELENDI, Sentis Santiago. *La prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1978.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NIEVA FENOL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974. (Studi di Diritto Processuale Penale, 37).

NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

NUVOLONE, Pietro. Bewesverbote im Strafvertfaren der Länder des romanischen Reschkreises. Gutacheten in Verhandlungen des 46. DJT, t. I, part 3 A.

OBANDO, M. Ana Elena; FACCIO, Alda; FRIES, Lorena. *Género e derecho*. Santiago de Chile: Studios de Género, 1999.

ORRÙ, G. La logica del ragionevole nel processo di convincimento del giudice. *Jus*, fasc. 1, 1988.

PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milano: Giuffrè, 2009. (Studi di diritto processuale penale-raccolti da Giovanni Conso, 109).

PATTARO, Sandra Tugnoli; La giustificazione nella scienza: riflessioni per um confronto con l'etica e il diritto. In: GIANFORMAGGIO, Letizia; LECALDANO, Eugenio (Org.). *Etica e diritto: le vie della giustificazione razionale*. Roma: Laterza, 1986.

PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. *Revista di Diritto Processuale*, v. 40, n. 3, p. 480-519, 1985.

_____. Decisione giudiziaria e verità scientifica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 8, 2005.

_____. *Le prove – parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

READON, George. Evidence: proof beyond any reasonable doubt in civil cases. *University of Florida Law Review*, v. XXVII, 1974.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolagem de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

SAMMARCO, Angelo Alessandro. *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2001.

SATTA. *Diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1975.

SAUVEL, Tony. Historie du jugement motive. *Revue de Droit et de la Science Politique en France et a l'Etranger*, v. 61, p. 5-53, 1955.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Constitución y Leyes, 1990.

SIRACUSANO. Delfino. I provvedimenti penali e le motivazioni implicite, "per relationem" e sommarie. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penali*, v. 1, p. 349, 1958.

SORIANO, Ramon. *Compendio de teoria generale del derecho*. Barcelona: Ariel, 1986.

SOTTANI, Sergio. *Le impugnazioni penali* – trattato diretto da Alfredo Gaito. Torino: Utet, 1998.

TAORMINA, Carlo. *Il regime della prova nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 2007.

TARUFFO, Michele. Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 3, p. 483-465, 1967.

_____. Prove atipiche e convincimento del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 28, pt. 2, p. 389-434, 1973.

_____. Il diritto a la prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 39, n. 1, p. 74-120, 1984.

_____. La giustificazione delle decisioni fondate su Standards. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Ricardo (Org.). *L'analisi del ragionamento giuridico*. Torino: Giappicheli, 1989. v. 2.

_____. Libero convincimento del giudice: I) diritto processuale civile. In: ENCICLOPEDIA Giurídica Treccani. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990. v. XVII, p. 1-3.

_____. La prova dei fatti giuridici. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. Senso comum, experiênciã e ciênciã no raciocínio do juiz. *R. Forense*, São Paulo, n. 355, maio-jun. 2001.

_____. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trota, 2002.

_____. Tres observaciones sobre "por qué un *standard* de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", de Larry Laudan. *Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho*, v. 28, 2005.

TARUFFO, Michele. *La semplice verità – il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009.

_____. *La motivación de la sentencia civil*. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *Uma simples verdade – o juiz e construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (a cura di). *La prova nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2012. cap. IV, p. 207-272.

TONINI, Paolo. *La prova penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. 1987. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987.

UBERTIS, Giulio (Coord.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992.

VERGINE, Francesco. *Sistema delle prove e interventi del giudice*. Bari: Cacucci, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación dela prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Traducción de Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis Librería, 1985.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário – XII – Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de Recurso Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

WRÓBLEWSK, Jerzy. Justification of legal decisions. *Revue Internationale de Philosophie*, v. 33, n. 127-128, p. 277, 1979.

ZAZA, Carlo. *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*. Milano: Giuffrè, 2008.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.