

DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

“PARA ALÉM DE TODA DÚVIDA RAZOÁVEL”:
À PROCURA DE UM *STANDARD* PROBATÓRIO

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Abrão Amisy Neto

Orientador: Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário

Coorientadora: Professora Mestre Ana Paula Pinto Lourenço

Número do candidato: 20151873

Dezembro de 2020

Lisboa

AGRADECIMENTOS

Ao Ministério Público do Estado de Goiás, que acolheu a solicitação de comparecimento às aulas presenciais e, desta forma, expressou a sua compreensão a respeito da importância do aperfeiçoamento dos Promotores e Procuradores de Justiça integrantes da Instituição.

À Universidade Autónoma de Lisboa, em especial, pela oportunidade de ingressar no seu corpo discente e pela acolhida fraterna, sempre manifestada por todos que dela fazem parte.

Aos professores do Mestrado em Ciências Jurídicas, que compartilharam o elevado conhecimento de que são possuidores, tanto no decorrer das aulas quanto na aprofundada correção dos trabalhos.

Aos colegas do curso, cuja heterogeneidade, no que se refere ao labor que desempenham, converteu-se em homogeneidade de sentimentos, ainda hoje demonstrados na amizade que permanece.

Ao Senhor Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, orientador deste trabalho, pela contribuição ao meu aprimoramento académico.

À Senhora Professora Mestre Ana Paula Lourenço, por ter aceitado o convite para a coorientação, por mim feito, em virtude da demonstração, nas aulas de Direito Penal, do denso conhecimento de que é portadora. Mais ainda, agradeço a demonstração contínua do intento de auxiliar para que o trabalho fosse realizado da melhor maneira possível, em especial com a sugestão de obras jurídicas que foram de facto relevantes para o desenvolvimento do tema.

Aos meus amores, Laudelina Angélica Campanholo Amisy e Sofia Campanholo Youssef Amisy, por estarem presentes em minha vida e pela compreensão sobre a importância dos estudos académicos, manifestada pelo apoio incessante.

RESUMO

Ao abordar as questões epistemológicas que se vinculam ao modelo cognoscitivo para a tomada de decisões no processo penal, este trabalho analisa, de maneira crítica, as diferentes noções que são apresentadas para o *standard* probatório (“medida da prova”) “além da dúvida razoável”. Intenta-se responder, assim, se a adoção do mencionado *standard*, na forma como se apresenta, é compatível com uma decisão racional, motivável e controlável, pressupostos indispensáveis de um processo garantista. Para tanto, apresenta as principais teorias da verdade e as consequências da adoção de cada uma delas para o processo, de forma a analisar as diversas concepções a respeito da relação entre verdade, prova e processo. A partir da adoção da teoria da verdade como correspondência num modelo racional e cognoscitivo, formula-se considerações sobre os sistemas de valoração da prova e sobre a necessidade de indicação de critérios complementares para que a liberdade de apreciação não resulte em arbítrio pelo julgador dos factos. Expõe, em continuidade, os mecanismos de distribuição de erros judiciais, entre os quais se encontra o *standard* probatório. Especificamente, demonstra a heterogeneidade da compreensão sobre aquele específico *standard*, desde a incorporação no direito anglo-saxónico até o acolhimento legislativo ou jurisprudencial na *civil law*, sobretudo com exame de decisões dos Tribunais portugueses. Conclui-se, ao final, que as noções do *standard* “além da dúvida razoável” até agora seguidas, se não inúteis, não são compatíveis com os critérios racionais que devem ser observados no processo e, em particular, na decisão judicial.

Palavras-chave: Processo Penal. Verdade. Prova. *Standard* probatório. Medida da prova. Livre apreciação. Dúvida razoável.

ABSTRACT

When addressing epistemological issues that are linked to the cognitive model for decision-making in criminal proceedings, this work critically analyzes the different notions that are presented to the standard of proof (“level of proof”) “beyond a reasonable doubt”. It is therefore intended to answer whether the adoption of the aforementioned, in the way it is presented, is compatible with a rational, motivated and controllable decision, indispensable assumptions of guarantees due process of law. To this end, it presents the main theories of truth and the consequences of the adoption of each of them for the process, to analyze the various conceptions about the relationship between truth, proof and process. From the adoption of the theory of truth as correspondence as to the ideal for a rational and cognitive model, it formulates considerations about the systems for the standard of proof and on the need to indicate complementary criteria so that freedom of judgement does not result in arbitrariness by the judge. It sets out, in continuity, the mechanisms for the distribution of judicial errors, among which is the standard of proof. Specifically, it demonstrates the heterogeneity of understanding the standard “beyond a reasonable doubt”, from its incorporation into Anglo-Saxon law to its legislative or jurisprudential reception in civil law, especially with an examination of decisions of the Portuguese Courts. It concludes, in the end, that the notions of the standard “beyond a reasonable doubt” so far followed, if not useless, are not compatible with rational criteria that must be observed in the process and, in particular, in the court decision.

Keywords: Criminal Proceedings. Truth. Evidence. *Standard* of proof. Level of proof. Free assessment. Reasonable doubt.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. VERDADE, PROVA E PROCESSO PENAL	12
2.1 Noções sobre as teorias da verdade	16
2.2 Verdade e processo penal	24
2.3 A função da prova no processo penal	36
3. ADMISSIBILIDADE E VALORAÇÃO DAS PROVAS.....	43
3.1 Probabilidade: a matemática e a lógica nos Tribunais	43
3.2 Uma concepção epistemológica a respeito da admissibilidade das provas	47
3.3 A valoração da prova no processo penal	51
3.4 Sistemas de valoração da prova	53
3.4.1 Os ordálios	55
3.4.2 A “prova legal”	57
3.4.3 A “livre apreciação das provas”	61
4. STANDARD PROBATÓRIO	66
4.1 Presunção de inocência, <i>standard</i> probatório e distribuição de erros	66
4.2 Processo civil e <i>standard</i> probatório	74
5. “PARA ALÉM DE TODA DÚVIDA RAZOÁVEL” E A RACIONALIDADE DA DECISÃO.....	79
5.1 “Para além de toda dúvida razoável”: a origem anglo-saxónica e a inserção no sistema continental.....	79
5.2 “Para além de toda dúvida razoável”: entre o garantismo e o arbítrio	90
6. CONCLUSÃO	108
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E FONTES DOCUMENTAIS	113

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
AO	Ação Originária
AP	Ação Penal
Art.	Artigo
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPP	Código de Processo Penal português
CPP _{BRA}	Código de Processo Penal brasileiro
CPP _{CHI}	Código de Processo Penal chileno
CPP _{COL}	Código de Processo Penal colombiano
CPP _{ITA}	Código de Processo Penal italiano
CRP	Constituição da República
FRE	<i>Federal Rules of Evidence</i>
ICTR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
ICTY	Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
STF _{BRA}	Supremo Tribunal Federal brasileiro
Proc.	Processo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
ss.	seguintes
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TC _{ESP}	Tribunal Constitucional espanhol
TPI	Tribunal Penal Internacional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRC _{BRA}	Turma Recursal Cível
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

1. INTRODUÇÃO

*Da mihi factum dabo tibi ius*¹. O aforismo, comumente mencionado na doutrina, em geral, tem o seu conteúdo vinculado ao facto de a missão do julgador ser preponderantemente a aplicação do Direito.

Apesar da inafastabilidade da referida função, o aforismo parece expressar, e isso é censurável, uma visão pouco meritória do “mundo dos factos” quando comparado ao “mundo do direito”, pois a decisão a respeito da questão fáctica, que seria, a princípio, desconhecida pelo julgador, equivocadamente não demandaria maior atividade intelectual, a bastar que as partes forneçam os dados necessários à elaboração do raciocínio judicial.

Assim, ofertados os factos pelos interessados, como expressão homogénea e reflexa da realidade, o juiz poderia, então, desempenhar a função que realmente é de sua competência ou para a qual foi devidamente preparado desde que iniciou os seus estudos nas Ciências Jurídicas: a aplicação da norma, adequadamente interpretada, a partir do texto legal.

No âmbito académico, esta mesma concepção pode ser constatada nos cursos jurídicos de grande parte dos países que adota a *civil law*: a pouca relevância do estudo dos factos, com extremo predomínio do direito, tanto que o próprio estudo da prova é baseado, em geral, na compreensão das regras probatórias (visão restrita de “Direito Probatório”), a ser absolutamente desprezado, por exemplo, o ensino da epistemologia (Arenhart, 2020: 23).

Neste contexto, a prova testemunhal é boa referência para a análise: estuda-se quem poderá ser testemunha, quantas serão as testemunhas, como serão tomados os depoimentos e outras especificidades que são expressamente oriundas da legislação processual penal.

Entretanto, pouco se fala sobre a fiabilidade da prova testemunhal, os problemas cognitivos a ela relacionados, a existência ou não de parâmetros objetivos que articulem a expressão gestual da testemunha e a sinceridade no testemunho, o preparo para a “audição cruzada” (art. 348.º CPP), a possibilidade de estabelecer critérios racionais para a valoração da prova, além de diversas outras questões que se relacionam com a epistemologia do testemunho².

¹«Dê-me os factos que eu te darei o direito».

² Tal percepção é compartilhada por Calheiros (2015: 175) ao aduzir que o «lugar dos factos no direito» é costumeiramente relegado a um segundo plano e tem um débil tratamento «nos tradicionais modelos de preparação dos juristas». A origem do desprezo decorreria de dois principais fatores: primeiro, da concepção narrativista e o seu desprezo pelo estabelecimento da verdade; segundo, do estudo preponderante do processo mental do julgador na tomada de decisões (concepção psicologista), prescindindo-se em ambos os casos da análise do carácter racional do estabelecimento dos factos, preocupações estas que serão melhor explicitadas no decorrer desta investigação.

O paradoxo é facilmente observado: a preponderância do estudo das “questões de direito” sobre as “questões de facto” não expressa o que ocorre na prática, certo de que a maior parte das controvérsias se refere ao mundo dos factos, o que é mais acentuado no processo penal³.

Do mesmo modo, não é surpreendente verificar que os erros judiciais mais graves no processo penal não são frequentemente derivados da equivocada interpretação do dispositivo legal. Ao contrário, em geral o erro judicial equivale a erro na apreciação dos factos, do qual resultou uma sentença penal injusta.

Posto isso, este trabalho, com o modesto intuito de desviar do caminho comum antes retratado, busca trazer os factos, a valoração dos factos e o julgamento sobre os factos para o centro do estudo.

Para tanto, parte do pressuposto de que, num sistema ideal de processo penal, ainda que inalcançável, todos os que cometerem crimes serão punidos de forma proporcional à prática ilícita e em conformidade com o devido processo legal. No mesmo sistema ideal, porém, somente se punirão os responsáveis pela prática delituosa, o que significaria eliminar o erro judicial: culpados não serão absolvidos e inocentes não serão condenados⁴.

Ocorre que, por um lado, a hipótese de erro zero é inatingível.

Por outro, a admissão da inalcançabilidade, ao contrário do que possa aparentar, é um passo fundamental para que, também, se admita a falibilidade do processo em sua função epistemológica e, por consequência, a falibilidade da própria decisão judicial, a implicar diversas consequências.

Entre estas, é necessário estabelecer, a partir de valorações políticas, a distribuição de erros judiciais, isso é, a determinação de qual parte arcará com a maior parte

³ A assertiva não implica uma distinção estanque e independente entre “questão de direito” e “questão de facto”, fruto de uma compreensão mais tradicional. Como bem afirma Schauer (2013: 210), não é sequer simples a distinção entre as noções, sendo que, para alguns, a diferença seria ilusória. Aliás, não se pode esquecer, como ressalta Lagier (2019: 40), que a qualificação jurídica de um facto específico decorre de sua subsunção a uma norma jurídica. Portanto, qualificação e interpretação, diz o autor, não seriam independentes. Em sentido similar, a clássica obra de Neves (1967: 586) que, por assim dizer, representa uma reação ao positivismo, ao caráter metafísico e, consequentemente, à própria cisão cartesiana entre questão de facto e questão de direito. Ao sustentar a sua tese, compreende o jurista português inexistir questões de facto e questões de direito que sejam “puras”, certo de que a “questão jurídica” acaba por englobá-las e integrá-las. Assim, «o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto».

⁴ Sempre que houver referência a erros judiciais ou ao estabelecimento dos factos, serão nominados “culpados” aqueles que praticaram o crime (materialmente culpados) e não os que assim foram reconhecidos em sentença judicial (formalmente culpados, ou seja, condenados). O mesmo ocorre ao se utilizar dos termos “inocentes” (aqueles que não praticaram os crimes) e “absolvidos” (formalmente inocentes, ou seja, absolvidos por decisão judicial).

dos erros e em qual proporção, o que é materializado em mecanismos de distribuição de erros, como são os casos do ónus da prova, do *in dubio pro reo* e da definição do nível de prova exigido para que a hipótese acusatória se considere provada, todos interligados ao princípio da presunção de inocência.

O trabalho, ora apresentado, direciona-se ao último mencionado (nível de suficiência probatória), ou seja, o grau de confirmação⁵ necessário para que uma hipótese fáctica se considere provada, o que se faz por meio da definição do *standard* probatório (medida da prova)⁶.

Em síntese, condenar alguém é reconhecer que foram apresentadas provas que abonam a hipótese acusatória e esta constatação demanda a definição do grau de confirmação necessário para que a conclusão seja desfavorável ao arguido.

Entre as definições do nível de suficiência probatória, este trabalho busca, de maneira delimitada, estudar o *standard* “além da dúvida razoável”⁷, de inspiração anglo-saxónica, introduzido no sistema legal de alguns países abrangidos pela *civil law* (Itália, Chile e Colômbia, por exemplo) ou mencionado em decisões judiciais como patamar a partir do qual a condenação estará justificada (Portugal, Brasil, Espanha, entre outros), a demonstrar tanto a relevância quanto a atualidade do tema, que ainda se mostra incipiente na academia, apesar da importância teórica e prática.

Neste contexto, o problema principal consiste em responder à indagação sobre a possibilidade de o referido *standard* permitir ou não, de maneira objetiva, motivável e intersubjetivamente controlável, a constatação da suficiência probatória.

Para isso, o estudo se inicia com a apresentação das principais teorias da verdade, da relação que se estabelece entre verdade e processo penal e das diversas concepções a respeito

⁵ Neste trabalho, o “grau de confirmação” também será denominado “grau de apoio” ou “grau de corroboração” e se refere basicamente ao nível de confirmação que as provas ofertam em prol de uma determinada hipótese fáctica. No final, este grau será proporcional ao “grau de probabilidade” de esta hipótese ser verdadeira. Agora bem, se o referido grau possibilitará ou não que a hipótese se considere provada, a resposta dependerá do tipo de decisão e do nível mínimo de suficiência de prova exigido no ordenamento jurídico para a conclusão num outro sentido.

⁶ De facto, opta-se preponderantemente pela utilização de um termo em inglês (*standard*) por ser maioritariamente utilizado em estudos do tema, independente da língua de origem do respetivo autor. Em Portugal, é também mencionado o termo «medida da prova», como se constata no precioso estudo apresentado por Mendes (2019: 19-40). Na jurisprudência, porém, é também comum a referência a *standard*, o que pode ser verificado em <www.dgsi.pt.>.

⁷ A formulação advém de *beyond a reasonable doubt*. A tradução livre da formulação não é homogénea (ainda mais por não ser homogénea em sua origem) e, em geral, é apresentada como equivalente à “prova para além da dúvida razoável”, “prova para além de qualquer dúvida razoável”, “prova para além de uma dúvida razoável” e “prova para além de toda a dúvida razoável” (é a mais completa, razão pela qual optou-se por inseri-la no título). No decorrer do trabalho, entretanto, será na maioria das vezes utilizada a formulação sintética “além da dúvida razoável”, sem que implique alguma perda da sua essência. Em alguns casos, porém, será mencionada tão somente “dúvida razoável” para igualmente se referir ao *standard*.

da função da prova no processo, tudo com o intuito de averiguar, no âmbito de um modelo processual racional e cognoscitivo (garantista, portanto), que teoria da verdade e que conceção a respeito das funções da prova e do processo melhor se compatibiliza com a exata verificação dos factos.

A seguir, são exibidos os momentos da atividade probatória, com especial atenção à admissibilidade e aos sistemas de valoração, agora com escopo de conferir se a livre apreciação, sistema comumente adotado na *civil law*, inclusive Portugal, possibilita, por si, a análise racional dos elementos probatórios.

Apresentadas as formulações críticas sobre os sistemas de valoração, os capítulos posteriores centram-se no exame dos mecanismos de distribuição de erros no processo penal, entre os quais se situa o tema principal do trabalho, a saber, o nível de suficiência probatória e, mais especificamente, o *standard* “além da dúvida razoável”, a ser apreciado de maneira crítica.

Além do estudo da legislação, a pesquisa é, neste sentido, essencialmente bibliográfica e jurisprudencial, com a apresentação de posições antagónicas com o fim de melhor permitir que do jogo dialético resulte a análise percuciente das questões controversas.

A respeito da primeira, a referência encontra-se basicamente vinculada a autores cujas obras, de maneira mais ou menos preponderante, apresentem uma preocupação com as questões epistemológicas da prova (é o caso de Jordi Ferrer Beltrán, Michele Taruffo, Jordi Nieva Fenoll, Marina Gascón Abellán, Susan Haack, Larry Laudan, além dos portugueses Jorge Figueiredo Dias, Paulo de Sousa Mendes, Germano Marques da Silva e Maria Clara Calheiros e dos brasileiros Geraldo Prado e Victor de Paula Ramos, entre outros).

Sobre a pesquisa jurisprudencial, são em geral mencionadas decisões oriundas dos tribunais americanos, brasileiros e, com maior atenção, portugueses.

Advirta-se, contudo, que o tema não é restrito a um ordenamento determinado, razão pela qual não se trata de responder como o *standard* da “dúvida razoável” é compreendido na jurisprudência portuguesa e sim se a forma em que é compreendido, similar ao constatado em outros países do sistema continental⁸, é apto a impedir que decisões sejam marcadas pela irracionalidade e pela ofensa ao princípio da presunção de inocência.

⁸ Compreende-se por “sistema continental”, em síntese, o modelo que abrange os ordenamentos filiados à *civil law* (sistema romano-germânico). Em oposição, considera-se “sistema anglo-saxónico” o que adota a *common law*. Não há, assim, ao menos na atualidade, distinção pelo critério geográfico. Interessa ressaltar, todavia, conforme se verificará no decorrer do estudo, que os modelos da *civil law* e da *common law* não devem hoje ser observados de maneira cartesiana, pois institutos antes restritos a um modelo se encontram incorporados ao outro (é o caso, por exemplo, da relevância dos “precedentes” e “justiça negocial”).

Ao final, são apresentadas as principais conclusões e algumas sugestões para que a decisão judicial expresse, de facto, um modelo compatível com o processo penal garantista.

2. VERDADE, PROVA E PROCESSO PENAL

Se uma justiça penal integralmente “com verdade” constituiu uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade.

Luigi Ferrajoli (2002: 38).

O art. 131.º do Código Penal português (CP) tipifica, sob o *nomen juris* «homicídio», a seguinte conduta com a respetiva sanção: «Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos».

O exemplo antes referido, que poderia ser substituído por qualquer norma incriminadora, seja em Portugal ou em outro país abrangido pelo sistema continental, descreve uma específica conduta e uma certa consequência.

Não por outra razão, diz-se que a norma em questão é formulada de acordo com o modelo «se p , então q » (conectivo lógico condicional: $p \rightarrow q$), a implicar que p é condição para q .

Por esta forma condicional em que se elabora a norma jurídica e, mais especificamente, a norma penal incriminadora, a sanção a incidir sobre determinada pessoa pressupõe que a condição tenha sido objeto de verificação e acolhimento (Dei Vecchi e Cumiz, 2019: 18).

Em outras palavras, é indispensável que se determine, de maneira prévia, a existência de p , o que também se vincula ao modelo de raciocínio empregado para aplicação da norma condicional e que se denomina silogismo judicial⁹.

⁹Conforme Beccaria (2002: 46), «em cada delito o juiz deve formular um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei penal; a menor, a ação em conformidade ou não com a lei; a consequência, a liberdade ou a pena». A referência ao silogismo impescinde de algumas observações, pois são contundentes as críticas ao referido modelo. Como se sabe, há no silogismo a presença de premissas normativa (premissa maior) e fáctica (premissa menor) que justificam uma conclusão. Em síntese: 1) Quem mata alguém deve ser castigado; 2) João matou Pedro; 3) João deve ser castigado. Em consonância com o apontado pela doutrina, o silogismo judicial é fruto do racionalismo do século XIX e do mecanicismo resultante, entre outros fatores, da desconfiança em relação aos julgadores, o que culminou na adoção do juiz “boca da Lei”. Além disso, o silogismo, ao menos em sua conceção original, também se vincula à absoluta distinção entre a questão de facto e a questão de direito, a primeira associada à premissa menor e a segunda à premissa maior, a indicar a pretensão de completude do raciocínio judicial. Porém, e bem adverte Nieva Fenoll (2010: 100), apesar de tal pretensão, o silogismo não explica a obtenção dos elementos da premissa menor e tampouco a formulação da premissa maior. Aliás, ao contrário do que transparece, há inúmeros obstáculos na respetiva determinação: quanto à premissa maior, a dificuldade decorre da imprecisão (“vaguidade”) do dispositivo, das eventuais lacunas e dos conflitos de normas, além de outros fatores, como o eventual questionamento da constitucionalidade. A respeito dos factos, há problemas que tanto se referem à determinação da relevância jurídica quanto à própria prova da ocorrência (Latorre, 2013: 84 e ss.). Neste sentido, é possível corroborar a posição de Ferrer Beltrán (2017: 32) de que o silogismo, embora útil no que se refere ao esquema de raciocínio lógico, é insuficiente. De facto, constata-se que a necessidade de a conclusão derivar logicamente de premissas (normativa e jurídica) não mereceria maior censura. Porém, o modelo silogístico não prevê, em virtude de inicialmente se basear num “sistema fechado”, as dificuldades acima relatadas. Logo, como

Este modelo, como é cediço, caracteriza-se pela presença de uma norma jurídica como premissa maior, um facto na premissa menor, que será objeto de subsunção e a aplicação da consequência prevista como conclusão¹⁰.

No silogismo, a premissa maior resulta da interpretação, enquanto a premissa menor dependerá do estabelecimento da veracidade do enunciado¹¹ que se refere a um facto em concreto que ocorreu (ou teria ocorrido) no “mundo real”.

O silogismo, porém, não se move de maneira linear e homogêneo a ponto de independer do tipo de raciocínio empregado. Neste caso, há fundamental distinção se indutivo ou dedutivo o raciocínio, dicotomia que será essencial na análise da noção de probabilidade pertinente à decisão judicial.

No **raciocínio dedutivo**, se verdadeiras as premissas, necessariamente será verdadeira a conclusão: 1) “todo ser humano é mortal”; 2) José é humano; 3) logo, José é mortal. Observa-se que parte da generalização para o caso particular.

No **raciocínio indutivo**, típico das inferências probatórias, se as premissas são

aponta o autor Ferrer Beltrán (2017: 33), «é sabido que um argumento pode ser logicamente válido apesar de ter alguma ou todas as suas premissas falsas». Por isso, é também necessária a correção das premissas, tanto do ponto de vista lógico quanto material. Portanto, deve-se trabalhar com duas espécies ou níveis de justificação. A primeira, justificação interna, se refere ao próprio esquema lógico. A segunda, justificação externa, confere solidez ao argumento contido no silogismo. Não é outra a compreensão de Guastini (2016: 375 e ss.) a respeito dos dois diferentes níveis do raciocínio judicial. Diz o mencionado autor que o primeiro nível (justificação interna) refere-se ao raciocínio dedutivo (inferência lógica) no qual uma regra é aplicada. O segundo nível (justificação externa) vincula-se à justificação das premissas insertas na justificação interna. Attienza (2014: 296), por sua vez, faz referência aos “casos fáceis” e “casos difíceis”, sendo que a imprescindibilidade da justificação externa residiria basicamente na segunda hipótese, quando seria necessário «oferecer razões a favor da premissa normativa ou da premissa fáctica, e razões que não podem ter um carácter meramente formal, lógico».

¹⁰ Explica Arenhart (2020: 25) que «o chamado “juízo de subsunção” nada mais representa do que essa ideia: tomar o facto ocorrido no mundo físico e, a ele, aplicar a regra abstrata e hipotética presente no ordenamento jurídico». A este respeito, as considerações feitas por Alchourrón e Bulygin (1991: 305-306) merecem ser ressaltadas, em especial quando esclarecem que a subsunção é um problema que se vincula à relação entre palavras e coisas e não se restringe ao âmbito jurídico. No exemplo por eles proposto, inteiramente aplicável ao tipo penal que se utiliza como referência, a oração “João é homicida” é verdadeira se, e somente se, João praticou um homicídio. Com bem explicam, a verdade da oração dependerá de dois elementos: o primeiro formado por determinadas “convenções linguísticas” (critério semântico) e o segundo por determinados factos (no caso, a prática do homicídio por João). Ressalta-se que a verdade da oração independe do que é dito pelo julgador dos factos, ou seja, a decisão que predica a verdade de uma determinada oração não faz com que ela seja por esta razão verdadeira, pois esta qualidade dependerá da efetiva correspondência entre a oração e a realidade, o que pode coincidir ou não com a decisão (tema que ainda será retomado quando da análise da relação entre prova e verdade).

¹¹ Consideram-se “enunciados” as «expressões [...] bem formadas e com sentido completo», na definição apresentada por Marín (2012: 14). Neste estudo, o interesse preponderante recai sobre enunciados assertivos (descritivos, declarativos ou indicativos), pois estes se caracterizam por serem verdadeiros ou falsos. Logo, um enunciado do tipo “Portugal não faz parte da América do Sul” é um enunciado assertivo enquanto “proibido usar celular” não é verdadeiro ou falso (no caso, é um enunciado prescritivo). Da mesma maneira, opta-se pelo termo “enunciado” para se referir aos enunciados fácticos descritivos. Embora não se desconheça, no âmbito da lógica, as diferenças entre enunciados, proposições e sentenças, conforme pode ser verificado em Haack (2002: 114), mantém-se a primeira opção, salvo quando os termos forem utilizados de maneira distinta e específica por algum autor.

verdadeiras, a conclusão é apenas provável¹². Assim, se no conhecido exemplo a premissa é “todos os cisnes que vi durante toda a vida eram brancos”, uma conclusão do tipo “todos os cisnes são brancos”¹³ não é necessariamente verdadeira, pois representa apenas uma probabilidade que pode ou não vir a ser afastada a partir de novos conhecimentos¹⁴.

De qualquer forma, no modelo silogístico, antes apresentado, e objeto de acolhimento neste estudo, com as ressalvas já feitas, a premissa fáctica é a condição que possibilita a aplicação da sanção (consequência jurídica) prevista no tipo penal.

Consequentemente, o acertamento da questão fáctica é imprescindível à decisão, sob pena de uma norma, ainda que corretamente interpretada, incidir sobre um facto que não deveria a ela ter-se subsumido.

Reafirma-se pela importância: o juízo a respeito da veracidade do enunciado, assim, é condição para que a decisão seja válida e, por assim dizer, justificada¹⁵.

Neste ponto, duas observações merecem ser destacadas, uma sobre a veracidade do enunciado fáctico, e não exatamente do facto, e a outra sobre o estabelecimento dos factos e a justiça da decisão.

A respeito da primeira, é relevante esclarecer que, ao contrário do habitualmente registado na doutrina, o juízo de veracidade recai sobre o enunciado fáctico (isso é, sobre a afirmação a respeito do facto) e não exatamente sobre o facto, pois este ingressa no processo por intermédio daquele e não em sua realidade empírica (Taruffo, 2018: 19).

Assim, afirmar a pretensão de “provar um facto” ou “provar a verdade de um facto” é incorreto e deve ser entendido, e bem afirma Guzmán (2018: 41), como «provar a verdade da afirmação da existência de um facto»¹⁶.

¹² Também afirma Palma (2014: 7) que «a lógica da investigação em geral e da investigação criminal não são lógicas silogísticas dedutivas [...]».

¹³ Até 1770, acreditava-se que todos os cisnes eram brancos.

¹⁴ Embora a distinção aqui apresentada se refira a raciocínios **dedutivos** e **indutivos**, é também necessário que se mencione o **raciocínio abdutivo**. Nele, comum em romances policiais, no próprio trabalho investigativo e no processo judicial, novas hipóteses são descobertas a partir de uma outra (pensamento criativo), de forma que há a «inferência do consequente para o antecedente» (Calheiros, 2015: 86), sempre a considerar que a melhor explicação do ponto de vista causal é a verdadeira, embora também se opere no âmbito da probabilidade e não do absoluto. No mesmo sentido, Palma (2014: 8) esclarece que o raciocínio abdutivo é o ordinariamente aplicado na investigação, cuja conclusão é uma probabilidade. Ressalta-se que a existência do raciocínio abdutivo não é acolhida por todos na filosofia, embora considerado o mais usual por aqueles que o consideram nos tipos de raciocínio.

¹⁵ Os termos “válida” e “justificada” são utilizados no sentido estrito ao que foi enfatizado: norma corretamente interpretada e factos corretamente estabelecidos, o que permitirá a justificação interna e externa da decisão judicial.

¹⁶ Também Prado (2019: 22) aponta que o juízo de verdadeiro ou falso recai sobre o enunciado. Ubertis (2017: 20-21) expõe que um facto «é ou não é» e somente um enunciado fáctico pode ser qualificado como verdadeiro ou falso. Neste âmbito, também expõe Taruffo (2008: 29), o enunciado apresentado pela acusação é uma hipótese (no caso, hipótese acusatória) e, por ser uma hipótese, pode ser verdadeira ou falsa, razão pela qual quando o enunciado é formalmente formulado o estado é de incerteza, que somente será superado quando for proferida a decisão final

A respeito da segunda observação, é polémica a assertiva de que a decisão facticamente correta é condição de uma decisão justa, como sustenta Taruffo (2008: 21)¹⁷.

Também para Ubertis (2017: 12), em sentido similar, qualquer que seja o critério para que uma decisão seja valorada como justa, tal qualidade não recairá sobre aquela que não foi proferida sobre uma base fáctica corretamente estabelecida, razão pela qual considera que a averiguação da verdade, embora não seja um fim único do processo, é pressuposto para que a norma adequadamente interpretada incida efetivamente sobre o facto por ela regulado, o que implica reconhecer o nexó entre verdade e justiça.

Em caminho contrário, ressalta-se a crítica de Cavallone (2012: 29) ao rejeitar a identificação da justiça de uma decisão judicial (“boa justiça”) com a decisão verdadeira quanto aos factos.

Para o autor, o carácter simbólico e ritual do processo como meio de resolução de controvérsias refere-se à relação entre o juiz e o povo, em cujo nome as decisões são proferidas. Caso a identificação apontada por Taruffo exista, diz Cavallone (2012: 125) que dela resultará o afastamento da ideia de se fazer justiça no âmbito do contexto humano e social que, é sabido, não é perfeito.

Sem incidir em posições relativistas ou em concepções que propugnam a preponderância do aspeto procedimental sobre o facticamente correto, o que colidiria com os pressupostos que sustentam este estudo, corrobora-se a este respeito a posição de Guzmán (2018: 125-127) sobre a necessidade de distinção entre “decisão justa” e “decisão legal”, pois ambos os conceitos podem coexistir ou não numa decisão, o que decorre da separação entre direito (“legal”) e moral (“justiça”).

Logo, é possível a existência de uma decisão que averiguou corretamente os factos e é tida como injusta e outra que não averiguou corretamente e é considerada justa (o que abrange até mesmo valores extralegais ou a própria compreensão a respeito de a própria norma ser ou não justa).

¹⁷ No mesmo sentido, Cambi (2001: 78) quando assevera que o acerto correto dos factos é condição (necessária, mas não suficiente) para que uma decisão seja considerada justa. Para o autor, a adequada incidência da norma pertinente, a determinação correta dos factos e a observância estrita do procedimento são critérios inafastáveis de uma justa decisão. Em outra obra, (Taruffo (2012a: 65) explicita a sua posição a partir de críticas feitas por Cavallone: «a veracidade da determinação dos factos é uma condição *necessária* (porém - obviamente - não suficiente) para a justiça da decisão. Também disse que um procedimento justo é uma *outra* condição *necessária* (porém - obviamente - não suficiente) para que se possa falar de uma decisão justa, e indiquei, ademais, uma terceira condição *necessária* constituída pela correta interpretação e aplicação da norma que regula o facto».

Algo, porém, não é merecedor de transigência, a indicar a estrita relação entre o garantismo e a averiguação dos factos: uma decisão condenatória que incorretamente os averiguou é sempre uma decisão ilegal e injusta¹⁸.

Posto isso, seja como decisão justa, decisão válida, decisão justificada, decisão legal ou qualquer outra qualidade que se queira outorgar a essa condição, parece indubitoso que todas as concepções, com maior ou menor grau, apontam para a relevância da averiguação dos factos¹⁹.

Consequentemente, é compreensível postular que uma das missões no processo é reconstruir os factos de maneira mais próxima possível da realidade, a possibilitar o correto juízo de veracidade que incidirá sobre o enunciado fáctico.

Se assim se considera, a princípio não haveria dúvida, no âmbito da teoria do conhecimento, de que a função da prova é averiguar se *p* efetivamente ocorreu no mundo real, o que equivaleria a assumir de pronto a função cognoscitiva da prova ou, de maneira mais incisiva, a averiguação da verdade dos factos.

Para tal conclusão, entretanto, faz-se necessária a análise do que se compreende por verdade e a sua relação, se existente, com o processo penal²⁰.

2.1 Noções sobre as teorias da verdade

Não é objeto o estudo exaustivo das diversas teorias da verdade e as suas respectivas subdivisões, ainda mais quando se sabe que a “verdade”, como admitido pelos filósofos, é um dos grandes temas (para muitos, *o tema*) da filosofia e objeto de debate (intenso, diga-se) há séculos²¹.

Entretanto, é indispensável uma tomada de posição teórica que possa sustentar o trabalho que ora se desenvolve, não com intuito de afastar outras possíveis leituras sobre a

¹⁸ Haack (2016: 312), ao refletir sobre a frase «a injustiça e sua serva a falsidade», pronunciada por Bentham, também afirma que a metáfora parece verdadeira na medida em que há uma nítida injustiça se alguém é sancionado por um delito que não cometeu ou responsabilizado por uma ofensa que não causou.

¹⁹ Ainda que se trate de uma decisão absolutória, impõe-se que a averiguação dos factos seja a mais correta possível para que possa ser adequadamente justificada e fundamentada.

²⁰ A menção ao processo penal não implica a existência de distinção com outros tipos de processo e sim ao facto de ser o objeto principal deste estudo.

²¹ Sequer se apresenta correto falar em teoria da verdade como correspondência, coerência, pragmática, entre outras, pois em cada uma dessas há subdivisões. Portanto, a referência neste trabalho relaciona-se com o que é básico nas respetivas concepções. De qualquer forma, se agrupadas de maneira mais ampla, estão insertas nos grupos das teorias pragmáticas, teorias semânticas, teorias não-semânticas, teorias fenomenológicas, teorias hermenêuticas e teorias intersubjetivas, entre as principais, com as respetivas ramificações (Tavares e Casara, 2020: 117-118).

relação da verdade com o processo penal, mas sim, de indicar, entre as teorias da verdade, qual a que melhor compatibiliza com os pressupostos aqui assumidos, especialmente no que se refere à correta verificação dos factos como condição indispensável para que a decisão seja adequadamente justificada.

Neste contexto, as concepções sobre a verdade poderiam ser, de maneira extremamente sintética e flexível, assim expostas: (a) verdade como revelação divina; (b) verdade como objeto de busca incessante e ilimitável do homem, com possibilidade de conhecimento integral da realidade; (c) verdade como categoria dispensável ou irrelevante no discurso filosófico; (d) verdade como valor relevante, embora com a admissão dos limites do conhecimento (Amisy Neto, 2017: 5).

Especificamente, entre as teorias da verdade mais debatidas se encontram a teoria da verdade como correspondência, teoria da verdade como coerência, teoria pragmática da verdade, teoria da verdade como consenso, as quais, a depender da concepção adotada, se inter-relacionam²².

A teoria correspondentista (verdade como correspondência) é a mais clássica das teorias da verdade e sua base remonta à concepção aristotélica²³, na qual a correspondência entre o enunciado e a realidade define se aquele é ou não verdadeiro: a correspondência é o significado de verdade e não somente um critério (teste) para a aferição²⁴.

Em sua versão mais antiga e também mais extrema, caracteriza-se por um absoluto realismo ontológico ao compreender a existência de uma realidade independente do sujeito e que pode ser objeto de integral e seguro conhecimento, de maneira tal que o

²² Uma síntese das principais teorias da verdade é exposta por Haack (2002: 126-184). Explica a autora, em sentido não destoante do presente neste trabalho, que as teorias da coerência (Bradley, Neurath, Rescher, Dauer, etc.) entendem que a verdade consiste em relações de coerência num conjunto de crenças, enquanto as teorias da correspondência (Russel, Wittgenstein, Austin, etc.) compreendem que «a verdade de uma proposição consiste não em suas relações com outras proposições, mas em sua relação com o mundo, sua correspondência com os factos». Pelas teorias pragmatistas (Peirce, Dewey, James, etc.), a qual se articula com as duas antes mencionadas, «a verdade de uma crença deriva de sua correspondência com a realidade, mas enfatiza também que ela é manifestada pela sobrevivência da crença ao teste da experiência, sua coerência com outras crenças».

²³ Na conhecida formulação de Aristóteles (1969: 107), «dizer do que é que não é, e do que não é que é, é o falso; dizer do que é que é, e do que não é que não o é, é o verdadeiro», a ressaltar a independência da realidade em relação à percepção ou ao conhecimento.

²⁴ Apesar da menção a Aristóteles, a verdade como correspondência já era mencionada por Platão (1973: 121), a partir da referência a Sócrates, no diálogo *Crátilo*: «[...] a proposição que se refere às coisas como elas são, é verdadeira, vindo a ser falsa quando indica o que elas não são». Mais modernamente, Popper (1987: 127) também postula uma teoria correspondentista ao afirmar que «uma asserção, proposição, declaração ou crença é verdadeira se, e apenas se, corresponder aos factos», a ponto de existir uma conformidade entre a noção ideológica e o mundo real (realidade). Porém, conforme Haack (2002: 163), quanto à possibilidade de conhecimento da realidade, Popper era «absolutista falibilista», conforme ele próprio se considerava, pois reconhecia não haver um método garantido para o conhecimento seguro (falibilista), embora também compreendesse existir algo como a verdade objetiva (absolutista), que deveria servir de ideal regulador para a investigação científica.

conhecimento obtido, assim, tão somente espelha de maneira objetiva a realidade apresentada a todos de maneira homogênea.

A verdade, em síntese, consistira na adequação entre o objeto e a representação que se faz dele (*veritas est adaequatio rei et intellectus*)²⁵.

A teoria da verdade como coerência, por sua vez, postula que a verdade «consiste nas relações de coerência entre um conjunto de crenças» (Guzmán, 2018: 65), o que a marca como essencialmente subjetivista²⁶.

Uma outra teoria é a pragmática (Charles Peirce, William James, Ferdinand Shiller e John Dewey, entre outros), cuja caracterização reside no facto de que a verdade estaria relacionada com as (boas) consequências (utilidade) da adoção de uma determinada crença²⁷.

A também merecer destaque, a teoria discursiva da verdade, em especial a partir das obras de Habermas²⁸, e que se relaciona de maneira incisiva com os processos de argumentação e com a relação entre verdade e consenso²⁹.

Expostos os pressupostos básicos das teorias, as críticas a cada uma delas também são diversas.

A respeito da teoria da verdade como correspondência, ao menos em sua formulação clássica, a principal refere-se ao facto de que busca uma relação ontológica inviável,

²⁵ Uma teoria correspondentista marcada pelo realismo possui em quaisquer de suas formulações uma base comum, a saber: (a) a realidade é um dado incontestável; (b) pode ser objeto de conhecimento (perfeito ou imperfeito a depender da concepção); c) a verificação da veracidade ou não de um enunciado dependerá da sua correspondência com a realidade (Gascón Abellán, 2004:47 e ss.).

²⁶ A teoria da verdade como coerência relaciona-se com o movimento idealista que data da segunda metade do século XIX e se sustenta na incompatibilidade entre o contraditório e o real. Há uma relação entre o grau de coerência e o grau de verdade do pensamento, sem desconsiderar que a coerência seria sempre «aproximativa e imperfeita» (Abbagnano, 2000: 998).

²⁷ Esclarece Abbagnano (2000: 998) que a primeira formulação de verdade como utilidade é de Nietzsche ao afirmar que «verdadeiro em geral significa apenas o que é apropriado para a conservação da humanidade». Pelas teorias pragmáticas, assim, há a necessidade de uma crença “fazer diferença”, isso é, ser útil, boa ou conveniente: «o significado de um conceito deve ser dado pela referência às consequências “práticas” ou “experimentais de sua aplicação”». Por sua vez, explica Guzmán (2018: 67), «quando ao perseguir um objetivo se mantém uma crença que é relevante para sua consecução, então a crença é verdadeira se favorece a sua realização e falsa se não a favorece. O pragmatismo residiria justamente na definição de verdade, de acordo com os benefícios advindos da crença, ou seja, de sua conveniência».

²⁸ Para Arenhart (2020: 43), a verdade não é descoberta e sim construída a partir das argumentações desenvolvidas dialeticamente pelos envolvidos na comunicação. Logo, o paradigma está na linguagem e não no ser ou no objeto e, assim, se está na linguagem, a relação ocorre entre o sujeito e os demais de maneira intersubjetiva: dialoga-se para conhecer. De acordo com Guzmán (2018: 76), ao explicar a concepção habermasiana, «a verdade de uma proposição significa a promessa de alcançar um consenso racional sobre o afirmado» O consenso, entretanto, deve ser um consenso fundado no qual os participantes se encontrem numa situação ideal de fala que exclua «as distorções sistemáticas da comunicação», ou seja, todos os participantes devem ter a mesma oportunidade de «empregar atos de fala comunicativos» e «igual oportunidade de fazer interpretações, afirmações, recomendações, justificações e de raciocinar e refutar as pretensões de validade» (Guzmán, 2018: 77).

²⁹ Na concepção básica da verdade como consenso, ela é estabelecida a partir da aceitação de determinadas crenças por um grupo em certo período histórico-cultural. No âmbito processual, possui pertinência com a “justiça negocial”.

pois o conhecimento, ao contrário da postulação que a sustenta, é fruto de um determinado contexto e de inafastáveis limitações.

Assim, não seria possível alcançar a “verdade absoluta”, razão pela qual a teoria é por alguns denominada de realismo ingénuo, objetivismo ingénuo ou realismo acrítico³⁰.

A respeito do consensualismo, as principais críticas decorrem do facto de que seria uma conceção inútil em virtude de inexistir consensos universais aptos a criar a verdade³¹.

Além disso, haveria a legitimação, por meio do consenso, de enunciados falsos, embora obtidos com todas as condições especialmente mencionadas na teoria habermasiana³².

³⁰ Como bem sintetizado por Lagier (2019), no realismo ingénuo (por ele denominado objetivismo ingénuo), o mundo existe independentemente do observador (objetividade ontológica) e é possível ter o conhecimento fiel desse mundo por meio dos sentidos (objetivismo epistemológico).

³¹ Em lapidar texto que analisa a relação entre consenso e verdade no Direito, Costa (2005: 93-104) faz duas proposições no sentido de que o consenso «é uma categoria do seu processo legiferante» e pertence ao «império da vontade» enquanto a verdade é «uma noção operatória da sua aplicação e parte de um ímpeto gnosiológico». Afirma que a aplicação da norma resulta de uma verdade que não é ontológica e sim de uma verdade decorrente daquilo que é permitido nas regras processuais, isso é, uma verdade processualmente válida. Apesar de concluir que verdade e consenso não são categorias que se excluem, no âmbito do Direito, em especial quando se trata de aplicação de sanções, a elaboração de consensos pode ser impedida pela necessidade de determinações específicas. No exemplo do autor, se duas testemunhas que se dizem oculares são conflitantes quanto ao gênero (homem ou mulher) do responsável pelo homicídio, não é possível a adoção de um consenso no sentido de que o responsável é um “ser humano”, ampliação esta que pode ser aplicada em outros contextos, especialmente não jurídicos. Assim, continua o jurista português Costa (2005: 101), «a verdade, juridicamente relevante, não obstante estar condicionada pelo cumprimento rigorosos das determinações processuais [...] se sustenta na cognoscibilidade, se ancora na nossa capacidade de entender se aquele pedaço de realidade se adequa à sua própria representação». Em outra passagem, assevera que o direito, ainda que construído com o mais amplo dos consensos, seria um não-direito se não considerasse a verdade dos dados científicos e da experiência comum Costa (2005: 102). Para ele, a articulação entre consenso e verdade não ocorre tão somente no sentido positivo de permitir determinadas atividades que, a partir especialmente de dados estatísticos, envolvem riscos (andar de avião, operar com energia nuclear, etc.), mas, e com maior relevância, no sentido negativo, isso é, para rejeitar a “verdade” se, para o seu conhecimento, for necessário ultrapassar os limites impostos pela dignidade da pessoa humana, como é o caso de proibição de utilização de substâncias químicas para obter declarações de pessoas sobre factos ilícitos.

³² Por um lado, vários são os autores que postulam de maneira incisiva a adoção da teoria consensual no âmbito jurídico e, em especial, no processo. Muñoz Conde (2007), a partir das lições de Vives Antón, compreende que a teoria consensual da verdade (teoria democrática da verdade, conforme denomina) é a que melhor pode explicar a compatibilidade entre a autorização para investigar e a limitação para fazê-la, uma vez que outras teorias (em especial a da verdade como correspondência) teria dificuldade em justificar as limitações (provas proibidas, por exemplo), pois estas seriam contra-epistemológicas e dificultariam a averiguação da correspondência. Portanto, para o autor, a teoria consensual seria a única possível num processo garantista e respeitoso com o princípio da presunção de inocência, além de ser aquela que torna a motivação das decisões judiciais peça fundamental, nomeadamente por compreendê-la «como argumentação intersubjetiva, comunicável linguisticamente e racionalmente verificável das razões pelas quais se chegou a uma determinada valoração» (Muñoz Conde, 2007: 118). Por outro lado, em resposta ao que sustenta Vives Antón e em tom crítico sobre a “situação ideal de fala” habermasiana, Andrés Ibáñez (1992: 52) diz que «o processo penal se caracteriza, inclusive formalmente, pela assimetria das posições de seus protagonistas (juiz e partes e, em alguma medida, acusação pública e defesa); porque o processo penal é constitutivamente coativo para o imputado; porque não pode pressupor que (todos) os interessados em obter uma decisão persigam a realização das finalidades do ordenamento, e não seus próprios particulares interesses; porque, enfim, confluem sobre ele uma série de condições restritivas». Para Ferrer Beltrán (2005: 73), «a coerência, o consenso etc., podem ser considerados plausivelmente critérios, falíveis em qualquer caso, de verdade, porém de nenhuma forma pode se sustentar que a verdade seja reduzida a eles», como proposto por Muñoz Conde. A crítica é também formulada por Costa (2013: 360-361) ao afirmar que, embora compatível com alguns institutos jurídicos, o consenso não é recomendável como noção a ser utilizada na determinação dos factos no processo, pois «pode representar distorcidas soluções de compromisso entre os participantes do discurso».

Em síntese, afirma Taruffo (2012c: 96), cada grupo poderia ter algo como verdade, de forma que qualquer construção do mundo seria «verdadeira para aqueles que nela creem».

A respeito da teoria da verdade como coerência, concepção estritamente vinculada às teorias narrativas, a crítica que se faz reside no facto de que confunde o significado de verdade com um dos critérios, não absoluto, que pode ser utilizado para estabelecer a veracidade do enunciado.

Ressalta-se, neste ponto, que narrativas coerentes podem ser falsas e aquelas incoerentes podem eventualmente ser verdadeiras, a partir do confronto entre o seu conteúdo e o que efetivamente ocorreu³³.

Embora sejam razoáveis as críticas ao realismo ingénuo, pois não se compreende correto estabelecer a possibilidade de conhecimento seguro e absoluto da realidade, facto é que algumas concepções mais críticas ao extremo realismo ontológico acabaram por incidir em outro extremo, a partir da adoção de teorias subjetivistas que, por sua vez, se afastaram por completo de qualquer referência à realidade para definir o significado de “verdade”³⁴.

Em síntese, tais teorias, radicalmente céticas ou meramente relativistas, postulam, em diferentes concepções: (a) que a realidade não é acessível; (b) que é inviável a obtenção de um conhecimento objetivo por estar indelevelmente «contaminado» e, finalmente; (c) ainda que acessível, é irrelevante³⁵.

Portanto, de maneira mais extrema ou não, tais teorias aniquilam ou debilitam o significado de verdade até então estabelecido pela teoria clássica.

A origem da mencionada postura cética, diz Taruffo (2012c: 95), se encontra no movimento pós-modernista, que teria buscado destruir o conceito de “verdade” (ao lado de

³³ Neste sentido Gascón Abellán (2004: 56) aduz que há dois problemas relevantes na teoria da coerência: o primeiro refere-se à possibilidade de um conjunto de enunciados estar composto por múltiplos subconjuntos coerentes, a demonstrar a equivocidade, além da necessidade de estabelecer algum critério para escolher entre os subconjuntos; o segundo é a preponderância de uma coerência formal, o que permite que algo excêntrico possa vir a ser considerado verdadeiro. A solução seria conceber a coerência dos enunciados e a sua compatibilidade com outros enunciados frutos da percepção. Neste caso, a concordância com os enunciados decorrentes da observação imediata seria, no limite, a conformidade com a própria realidade, o que equivaleria à verdade como correspondência. Além disso, explicam Tavares e Casara (2020: 128), que «um enunciado pode estar de acordo com outro e não ser verdadeiro, simplesmente porque ambos sejam falsos segundo uma visão de conjunto da realidade que queiram exprimir».

³⁴ Foram tais “negadores da verdade” chamados de *New Cynics* (Haack, 2004) ou *verifóbicos* (Goldman, 1999).

³⁵ Assim, explica Lagier (2019: 33), para tais concepções não há que se falar em «factos puros» e sim em «factos teóricos», pois a percepção estaria vinculada às valorações que incidem na interpretação do sujeito. Esclarece Reale (1993: 163) que o cético duvida da verdade por não acreditar nela e não para certificar-se de sua existência, razão pela qual para os céticos todas as respostas possíveis são equivalentes.

outros) por considerá-lo superado³⁶. Neste mesmo contexto, buscou-se estabelecer que linguagem e realidade não eram independentes e, assim, não existiria um mundo fora da linguagem (viragem linguística, giro linguístico ou *linguistic turn*)³⁷.

Apesar do acolhimento das novas postulações em diversas áreas, inclusive no âmbito jurídico, não tardou a ressurgir o conceito de verdade na sua versão mais tradicional (verdade como correspondência), agora com diferenças importantes quando comparado com aquele realismo ontológico mais radical e que considerava possível alcançar, com absoluta segurança, a correspondência entre o enunciado e a realidade (verdade absoluta).

Na reformulada conceção correspondentista, ainda é possível falar sobre a “existência do mundo”, pressuposto de qualquer teoria da verdade como correspondência. Além disso, reafirma a teoria que a definição de verdade se relaciona com a existência ou não do facto referido no enunciado, de forma que não são os sujeitos ou a comunidade que constroem a verdade a partir do consenso sobre o enunciado; ao contrário, é a realidade que determinará a veracidade ou falsidade do que foi obtido a partir do consenso, da coerência ou da utilidade (Taruffo, 2012c: 100).

Porém, ao contrário do realismo acrítico, compreende que, embora o enunciado seja, em si, verdadeiro ou falso, e isso independe do sujeito, é relativo o conhecimento da verdade³⁸.

³⁶ Se a verdade é afastada ou mitigada, exsurge a possibilidade de ser o espaço ocupado tanto por concepções filosóficas sérias como por “movimentos” extremamente prejudiciais, como é o caso da pós-verdade, situação na qual as pessoas têm maior probabilidade de aceitar um argumento baseado em suas emoções e crenças em lugar de um baseado em factos objetivos. Diz Porciúncula (2018) que a pós-verdade decorre da conjugação de uma (a) corrente filosófica (pós-modernismo), (b) de uma época histórica (democracia sem verdade) e de (c) uma inovação tecnológica (redes sociais), com consequente exclusão da verdade e dos factos objetivos em prol da interpretação e do texto. Neste sentido, afirma que, «embora os representantes do movimento pós-moderno estivessem imbuídos de nobilíssimos anseios emancipatórios (e nisso há um grande mérito!), o certo é que a nulificação de noções como verdade, razão e objetividade levou à supressão da autoridade do real e sua consequente substituição por uma quase-realidade com fortes elementos fabulares, uma espécie de *relativismo*». Em resposta, Torrano (2018) rebate a posição de que a pós-verdade seria fruto do pós-modernismo. Mais ainda, ressalta que a aspiração de autores como Rorty é a ideia de uma «verdade desinflationada». Não há, ao final, uma negativa da existência do mundo, mas o entendimento de que nada é independente das descrições e interesses, a ressaltar a centralidade da linguagem.

³⁷ Diz Gamboa (2009: 3) que «a virada linguística apresenta uma longa tradição e diversas interpretações (Saussure, Barthes, Derrida, Deleuze, White e Foucault), entretanto fundada numa mesma matriz: a reação à filosofia analítica, à lógica formal, ao mentalismo e ao primado das coisas sobre as palavras. O “giro linguístico”, assim, desloca a centralidade do objeto ou das coisas representadas na mente (ponto de partida da lógica formal) para a linguagem e as palavras. Nesse caso, as palavras (a linguagem e o discurso) tornam-se a referência (o centro ou ponto de partida) das coisas». Pela virada linguística, na concepção de Rorty (2007: 28), a linguagem é a «sede da verdade» e «só as descrições do mundo podem ser verdadeiras ou falsas. O mundo em si – sem o auxílio das atividades descritivas dos seres humanos – não pode sê-lo».

³⁸ Explica-se: o enunciado não é mais ou menos verdadeiro ou mais ou menos falso; porém, o grau de confirmação de sua veracidade é variável (Taruffo, 2012c: 112-115). Necessário ressaltar, porém, que o “relativo” não se refere à verdade e sim ao próprio conhecimento. Como é o conhecimento da verdade que é relativo e não a verdade em si, é incorreto falar-se em “verdades absolutas” e “verdades relativas”. Para mais, a partir de Taruffo (2018: 23), adverte-se que não se deve confundir a admissão de que o conhecimento é relativo com as concepções relativistas,

Consequentemente, criticar o coerentismo, o consensualismo ou o pragmatismo não implica automática assunção de um realismo ingénuo e de respetiva possibilidade de se alcançar a verdade absoluta, isso é, a exata «correspondência ontológica entre linguagem e realidade», como ressalta Ferrajoli em tom crítico (2018, prólogo: 12)³⁹.

Postula-se, portanto, um realismo mínimo que, ao contrário do que acredita as teorias subjetivas, ainda assim é apto a conceber o conhecimento dos factos como a relação entre o sujeito cognoscente e o mundo real e a permitir qualificar o resultado como verdadeiro ou falso a depender da correspondência com a realidade (Gascón Abellán, 2004: 66)

Como consequência, é possível que a realidade seja objeto de conhecimento, ainda que imperfeito (realismo crítico), a reafirmar, portanto, a natureza cognoscível da verdade⁴⁰.

Além do mais, acolhe-se a ideia de que a coerência e a justificação pragmática, longe de significarem a verdade, podem ser insertas como critérios (testes) para a aceitabilidade da hipótese⁴¹.

Logo, o enunciado “João matou Pedro” é verdadeiro se, e somente se, João matou Pedro (correspondência), sem que o significado de verdade seja baseado na coerência, utilidade ou consenso, ainda que o primeiro (coerência) possa ser considerado um critério (não absoluto) de aceitação da verdade do enunciado⁴².

pois estas, em síntese, não corroboram o entendimento de uma verdade independente do sujeito e sim postulam que, no limite, cada um pode ser construtor de sua própria verdade.

³⁹ De facto, os extremos aqui representados pelo dogmatismo realista e pelo ceticismo relativista são os responsáveis por concepções irracionaisistas, conforme bem ressalta Ferrajoli (2002: 51).

⁴⁰ Também Lagier (2019: 37-38) sustenta uma concepção objetivista crítica que reconhece as limitações do acesso à realidade, porém sem desprezar a possibilidade de obtenção, ainda que incompleta, dos dados dessa mesma realidade. Por isso, diz o autor, a análise a respeito desses dados deve ser rigorosa para que se possa distinguir, na medida do possível, o que é ou não independente e o que é ou não fruto de uma «construção» pelo observador.

⁴¹ Merece ser mencionada a distinção de Gascón Abellán (2012: 70) entre “definição de verdade” e “critérios de verdade”. A definição refere-se ao significado de se afirmar que um enunciado é verdadeiro, enquanto os critérios pertinem às condições que autorizam afirmar que o enunciado é verdadeiro. No mesmo sentido, Tavares e Casara (2020: 118-119) esclarecem que se entende «por critérios de verdades os diversos referenciais das características que devem ser agregadas ao discurso para que possa dizer se um objeto é verdadeiro ou falso. Por teorias de verdade deve-se compreender as formas de esclarecimento acerca do valor “verdade” e das circunstâncias que devem ser preenchidas, para que o conceito e o critério de verdade possam ser compreendidos e, em consequência, aplicados em concreto». No exemplo de Haack (2002: 130), é apresentada a distinção entre a definição de “febril” (temperatura mais alta do que a indicada) e o procedimento utilizado para estabelecer se uma determinada pessoa está ou não nesse estado. Ferrajoli (2002: 54) expõe que dois seriam os critérios da verdade: (a) **coerência**, no sentido de que, por um lado, se deve considerar falso um enunciado que conflita com outro considerado verdadeiro ou se se origina de outro considerado falso, bem como, por outro lado, deve se considerar verdadeiro se conflita com outro considerado falso ou se origina de outro considerado verdadeiro; (b) **aceitabilidade justificada**, na qual se aceita como verdadeiro o enunciado que se apresenta com maior apoio (alcance) empírico entre aqueles considerados verdadeiros. No mesmo sentido, McCormick, citado por Gascón Abellán (2004: 59), diz que a coerência narrativa é um teste da verdade: «a probabilidade de explicar a proposição controlada dentro do mesmo esquema de explicação que dá conta das proposições consideradas verdadeiras».

⁴² Merece ser mencionada a posição de autores como Tavares e Casara (2020: 162) que, ao corroborar o pensamento de Schnädelbach, unem teorias da correspondência e coerência, de maneira tal que a primeira «vincula

Portanto, assinala-se que as bases teóricas deste trabalho se assentam sobre a teoria da verdade como correspondência em sua versão débil, isso é, no âmbito da vertente denominada realismo crítico, de maneira a se afastar da concepção de que a realidade é algo dado e que o conhecimento seja apto a espelhá-la com absoluta fidelidade e com total segurança de tê-la alcançado⁴³.

Mais ainda, a adoção da teoria da verdade como correspondência encontra-se sedimentado, como já percebido, na teoria semântica de Tarski.

Não por outra razão foi mencionado, a título de exemplo, que “o enunciado ‘João matou Pedro’ somente será verdadeiro se, e somente se, João matou Pedro”, uma vez que, de acordo com o esquema formulado por Tarski, “o enunciado ‘a neve é branca’ é verdadeiro se, e somente se, a neve é branca”⁴⁴.

A este respeito, algumas observações são necessárias para evitar imprecisões ou incompreensões quanto ao acolhimento da teoria semântica.

Menciona-se, de imediato, que há relevante polémica sobre a inserção da teoria semântica de Tarski no âmbito das teorias correspondentistas, o que por ele sequer é assumido, apesar das várias referências à definição aristotélica⁴⁵.

Para Popper, de acordo com Haack (2012: 159), Tarski teria reabilitado a teoria da correspondência ao precisar o exato sentido de “corresponde”. Assim, no esquema-T («o enunciado ‘a neve é branca’ é verdadeiro se e somente se a neve é branca»), o lado esquerdo se refere a linguagem e o lado direito aos factos, o que resultaria na correspondência.

Haack (2012: 161), por sua vez, embora discorde da posição de que a teoria semântica seja necessariamente uma teoria correspondentista, admite que a definição de “satisfação” empregada por Tarski⁴⁶ («um enunciado será verdadeiro se for satisfeito por todos

o enunciado ao fato empírico, a fim de não permitir devaneios ou ficções», enquanto a segunda «faz com que o enunciado ganhe legitimidade e possa ser justificado».

⁴³ Taruffo (2012c: 106) diz que a verdade pode ser concomitantemente relativa e objetiva: “relativa” em virtude de o conhecimento da realidade não alcançar a absoluta integralidade e “objetiva” no sentido de que é possível obter um conhecimento que não dependa das preferências pessoais do sujeito cognoscente. Embora correta em sua essência, considera-se, ao contrário da postulação de Taruffo, que relativo é o conhecimento e não a verdade.

⁴⁴ Na teoria semântica, há a inserção de uma metalinguagem com função distinta da linguagem-objeto (delimitada entre aspas).

⁴⁵ Conforme Haack (2002: 159 e ss.), de facto o esquema por ele formulado não se relaciona com nenhuma teoria específica da verdade. Contudo, também ressaltou que o esquema deveria ser observado em «qualquer teoria materialmente correta da verdade» (condição material de adequação). Além disso, apresenta uma definição de verdade e não menciona os critérios para que se estabeleça a verdade dos enunciados, razão pela qual haveria de facto a compatibilidade da teoria semântica com as diversas teorias da verdade, sejam correspondentistas ou não (realismo ingênuo ou crítico, idealismo, empirismo, etc.).

⁴⁶ *Apud* Abbagnano, 2000: 995.

os objetos; caso contrário, será falso») «guarda alguma analogia com as teorias da correspondência»⁴⁷.

De qualquer maneira, e não parece haver, quanto a isso, maior objeção, é possível assegurar que, ao menos, a teoria semântica não é incompatível com a teoria correspondentista, a possibilitar a potencial relação entre uma e outra.

Posto isso, uma última observação merece ser salientada: por óbvio, o objeto deste estudo impõe a centralidade da relação entre verdade e processo penal.

Porém, antes de ingressar no referido tema, é preciso relembrar que a relevância da verdade não se restringe ao âmbito processual e tampouco à epistemologia. Neste sentido, a partir de Taruffo (2012b: 37-53), é recomendável relembrar a pertinência da verdade com outros valores.

De início, sob o aspeto moral, diz corretamente o jurista italiano, nenhum conjunto de regras morais é compatível com a licitude da falsidade.

Quanto ao valor político, é incontroverso que a relação entre o Estado e o cidadão, em especial no âmbito de uma democracia, não pode se sustentar em valores distintos da verdade; ao contrário, em estados totalitários é comum o uso da mentira para aquisição ou perpetuação do poder⁴⁸.

Logo, é a verdade um valor relevante que deve ser observado em diversos setores e, para tanto, nomeadamente no âmbito jurídico, como visto, a reconhecida impossibilidade de o raciocínio indutivo permitir uma conclusão necessariamente verdadeira não deve implicar a indiferença pelo mencionado conhecimento imperfeito, pois epistemologicamente válido, e muito menos a adoção de concepções que negam a possibilidade de racionalmente ser possível estabelecer o grau de confirmação de um enunciado, o que impõe a análise da relação entre verdade e processo penal.

2.2 Verdade e processo penal

⁴⁷ Não é outro pensamento de Gascón Abellán (2004: 69) quando afirma não ser desarrazoada a ideia de que a teoria semântica seja uma nova versão da teoria correspondentista, pois «Tarski oferece uma definição de verdade (das orações) em termos de “satisfação”, e entende a “satisfação” como uma relação entre orações abertas e sequência de objetos (do mundo real), de maneira que a definição pode se considerar, sem esforço, uma reabilitação da teoria da correspondência»

⁴⁸ O que hoje é agravado pelas notícias falsas (*fake news*), com potencialidade de alterar disputas eleitorais, inclusive. Como exemplo, a última disputa presidencial no Brasil, na qual inúmeras notícias falsas eram propagadas diuturnamente. Com o fim de mitigar os danos ou riscos de danos, o próprio Tribunal Superior Eleitoral brasileiro divulgou esclarecimentos à população sobre notícias inverídicas. Relembra-se o que diz Arendt (1989: 526): «[...] o súdito ideal de um governo autoritário não é o nazista convicto e nem o comunista convicto, mas aquele para quem já não existe a diferença entre o fato e a ficção (isso é, a realidade da experiência) e a diferença entre o verdadeiro e o falso (isso é, os critérios de pensamento)».

As diferentes noções sobre a definição da verdade por certo repercutem-se no processo penal a partir de três questionamentos básicos: 1º) a verdade é passível de ser alcançada no processo penal? 2º) se alcançável, é a verdade um valor relevante? 3ª) afirmativa a resposta, qual é a medida da relevância?

Por óbvio, a adoção de uma ou outra noção antes apresentada acabará por vincular a uma resposta aos referidos questionamentos.

De início, para as concepções céticas e relativistas, a impossibilidade de se falar em verdade no âmbito judicial se sustenta basicamente em três justificativas que se referem, respetivamente, à impossibilidade teórica, à impossibilidade ideológica e à impossibilidade prática (Taruffo, 2011: 27 e ss.).

Quanto à impossibilidade teórica, afirma-se que o estabelecimento objetivo da verdade não é possível, pois o conhecimento é uma construção (criação) mental do indivíduo em sua relação com o mundo. Se os enunciados também são criações humanas, não se pode falar em verdade⁴⁹.

A respeito da impossibilidade ideológica (inoportunidade), sustenta-se que a averiguação dos factos e o estabelecimento da verdade podem significar, até mesmo, um obstáculo ao objetivo que deve preponderar no processo, a saber, a resolução do conflito

Por último, a impossibilidade prática residiria no facto de que incidem sobre o processo diversas regras jurídicas ou extrajurídicas que limitam o conhecimento e que se revelam contra-epistémicas, a não permitir a satisfatória averiguação dos factos (Guzmán, 2018: 45).

Algumas observações críticas sobre as justificativas são necessárias.

A primeira se refere ao facto de que a referência do ceticismo continua a ser o realismo ontológico extremo (realismo ingénuo)⁵⁰, que não é exatamente a teoria mais aceite entre os correspondentistas. A segunda relaciona-se à contínua postura de considerar a verdade, ainda que alcançável, um valor a não ser tutelado no processo: se assim se entende, há o efetivo desprezo da necessidade de a norma incidir sobre um facto que efetivamente ocorreu ou sobre o cidadão que efetivamente o praticou.

Não por outra razão, tais concepções representam uma posição epistemológica extrema (subjetivista ou construtivista) que se articula tanto com as teorias da verdade que

⁴⁹ A linguagem é a base dessa concepção.

⁵⁰ Dessa postura decorre a crítica de a concepção cética permitir que cada um construa a sua própria verdade.

mitigam ou afastam a possibilidade de a realidade ser objetivamente conhecida⁵¹ quanto por aquelas que não percebem a verdade como correspondência, algo importante no âmbito processual⁵².

Tais concepções, não se pode olvidar, expressam uma reação ao realismo ontológico ingénuo (objetivista forte ou objetivista acrítica), que acredita na possibilidade do conhecimento seguro e integral da realidade, inclusive por meio do processo, sendo a obtenção dessa verdade absoluta a finalidade exclusiva do processo.

Em síntese, diz Gascón Abellán (2012: 17 e ss.), estes são os dois polos radicais da epistemologia: de um lado, a busca incessante da verdade absoluta (realismo acrítico); de outro, o abandono da verdade (ceticismo ou relativismo) e a respetiva inserção da “resolução de conflitos” como objetivo exclusivo ou preponderante do processo.

Como exemplo da última concepção, o próprio sistema adversarial norte-americano, o qual se sustenta em quatro bases bem distintas das comumente encontradas no sistema continental: a) amplo espaço para a “justiça negocial” (aproximadamente 95% dos casos penais); b) julgamento por jurados; c) passividade do juiz na gestão de provas; d) extenso rol de regras de exclusão probatória⁵³.

Atenta-se que, conforme expõe Taruffo (2012c: 133), o sistema adversarial, mais do que uma concepção restrita ao mundo jurídico, é de facto uma concepção ideológica⁵⁴ que se

⁵¹ Neste caso, a impossibilidade decorria do facto de o conhecimento estar contaminado por «esquemas de pensamento e juízos de valor» (Gascón Abellán, 2012: 17).

⁵² Abrangidas pelas concepções subjetivistas estão aquelas pertinentes ao *procedural justice*, segundo as quais a legitimidade da decisão decorre preponderantemente do atendimento às regras procedimentais que são objeto de aceitação e não exatamente do seu conteúdo.

⁵³ Não por outra razão Mesquita (2011: 199) ressalta que «dois elementos conspiram para impedir uma acção normal de constituir um procedimento racional para descoberta da verdade: o julgamento por júri e a teoria adversarial da litigância». Atenta-se, porém, para o facto de que não há hoje modelos únicos na *common law* e na *civil law*, sendo inadequado imaginar uma separação estanque entre os sistemas. No âmbito processual penal, não são todos os países da *common law* que outorgam ao Tribunal do Júri a mesma importância que se percebe nos Estados Unidos, assim como há países do sistema continental e da América Latina que, não obstante vinculados à *civil law*, preveem o júri popular em determinadas hipóteses (são os casos de Portugal e Brasil). O sistema de precedentes, da mesma forma, é bastante variável e foi incorporado por diversos ordenamentos, enquanto a existência de regras gerais e abstratas não é incomum no direito anglo-americano. Por isso, mais do que a referência à *common law*, a análise se refere ao sistema adversarial, pois não exclusiva daquele modelo (por exemplo, o Chile adota o sistema adversarial no âmbito da *civil law*).

⁵⁴ A analogia de Haack (2016: 326) quanto ao propósito epistémico do sistema adversarial é com a «mão invisível do mercado» de Adam Smith. Assim como haveria benefícios para todos, ainda que não intencionais, com a adoção do liberalismo económico e a não interferência do Estado no mercado, o mesmo ocorreria quando as partes agem para alcançar o que buscam no processo. No caso, a “verdade”, apesar de não ser o objetivo a ser alcançado, emergirá como um benefício não intencional. Diz Schauer (2013: 213), por sua vez, que a crença no sistema adversarial é similar ao pensamento de que o melhor método para encontrar a verdade é o enfrentamento de ideias. Conforme o autor, o pensamento que embasa o sistema adversarial é o seguinte: «Deixemos que as partes tragam sua prova, deixemos que a prova esteja sujeita à forma particular de escrutínio que se chamamos de “exame cruzado” e logo deixemos que a verdade, ou ao menos a aproximação mais próxima que podemos alcançar, emerge. Ou acreditamos nisso». Acrescenta-se, no mesmo caminho, que há na doutrina norte-americana uma compreensão (não unânime) de que o sistema adversarial é o que melhor permite a averiguação dos factos, especialmente a partir

sustenta na competição entre os advogados, com a instauração de um individualismo competitivo, de forma que, diz o autor, «não vence quem tem razão» e sim «tem razão quem vence», o que é ainda mais agravado pela preponderância da igualdade formal sobre a igualdade material, sem que seja concedida maior relevância à veracidade ou não da questão fáctica.

Há, assim, uma analogia entre o processo e uma disputa desportiva (*sporting theory of justice*), na qual o fim do processo é determinar o vencedor e o derrotado, com respetiva solução da disputa com independência de o resultado ser ou não justo (Taruffo, 2018: 12)⁵⁵.

E tal como ocorre numa disputa desportiva, a função do julgador (árbitro) é tão somente observar se as regras são cumpridas, sem interferir no mérito do resultado, o que explica a repulsa ao princípio da investigação (princípio da instrução ou princípio inquisitivo), por meio do qual o juiz teria iniciativa probatória para melhor julgar o caso⁵⁶.

de alguns institutos que, embora posteriormente adotados por ordenamentos do sistema continental, são centrais naquele, como é o caso da *cross-examination*. Assim, a competição entre as partes teria uma função essencialmente epistemológica por estimular a apresentação de todas as provas que levariam ao acolhimento da versão por elas apresentada. Autora fundamental na análise do sistema adversarial, Haack (2016: 324) não se mostra entusiasta das críticas a ele contundentes, nomeadamente por considerar que nenhum sistema opera com escolhas absolutamente excludentes entre resolver conflitos e averiguar a verdade. Com uma postura cética, diz que não é possível constatar, comparativamente, que entre a *common law* e a *civil law* exista um sistema mais apropriado para o correto estabelecimento da questão fáctica, assim como nenhum deles é a princípio inapropriado, pois tanto num sistema quanto em outro o que se pede ao julgador dos factos (juiz ou jurados) é que proferia a decisão em conformidade com as provas apresentadas, com a expectativa de que, em geral, isso possibilitará que os factos sejam estabelecidos de maneira materialmente correta (2016: 335). Porém, a autora também menciona algumas falhas no sistema adversarial norte-americano, como são os casos de determinadas exclusões probatórias, do desequilíbrio material entre os litigantes, o que acaba por impedir o benefício não intencional, além de uma cultura adversarial mais extrema das partes e, em especial, dos advogados, que entopece a averiguação dos factos, além da própria resolução de casos em sua maioria por acordos penais. Ao final, reconhece que há razões justificáveis, de qualquer forma, para «duvidar de que o sistema norte-americano atual logra o admirável objetivo de “chegar à verdade e assegurar decisões justas”, tão frequente como poderíamos pensar».

⁵⁵ Diz o autor que a verdade num sistema adversarial é, por assim dizer, pouco relevante, a colidir com até mesmo a compreensão do que deve ser considerado um “justo processo”. Neste sentido, Taruffo (2012c: 141) explica que “justo processo” pode ser compreendido como um processo no qual foram observadas as garantias processuais previstas em lei e, especialmente, aquelas garantias consideradas fundamentais, o que não é muito distinto da formulação contida no *procedural justice*. Mais do que isso, porém, deve a noção de “justo processo” abranger o processo do qual resulte “decisões justas”. Logo, “justo processo” é aquele no qual houve a observância das garantias e também por meio do qual a norma decorrente de uma adequada interpretação incidiu sobre um facto corretamente averiguado, a retomar o valor “verdade” no âmbito processual.

⁵⁶ Quanto aos desdobramentos epistemológicos do princípio da investigação, diz Taruffo (2012c: 144 e ss.) que o “processo de partes” (princípio dispositivo) não é o melhor método de averiguação correta dos factos, ainda mais pelas partes não buscarem necessariamente tal objetivo. No que se refere ao risco de quebra da “neutralidade” pelo poder instrutório, diz o autor que a imparcialidade é, efetivamente, uma das condições da verdade no processo, porém ressalta que o juiz é «verdadeiramente imparcial quando busca de modo objetivo a verdade dos factos, fazendo dela o verdadeiro e exclusivo fundamento racional da decisão». Neste contexto, a passividade do julgador, consubstanciada na ausência de poderes instrutórios, é contra-epistémica, uma vez que as partes não têm o dever de trazer ao processo todas as provas relevantes, ainda mais quando algumas delas podem ser contrárias ao próprio interesse. Não há, portanto, para o jurista italiano, relação entre a presença de poderes instrutórios e a quebra da imparcialidade, pois a averiguação dos factos é um interesse institucional e não exatamente um interesse vinculado a uma das partes. Em síntese, ressalta Taruffo (2012c: 146), se o magistrado intenta, de maneira objetiva e imparcial, o correto estabelecimento da questão fáctica, o êxito de uma das partes decorrerá no resultado da prova produzida e não da postura não passiva do julgador. Em sentido contrário, Mendes (2019: 19 e ss.) questiona a

Acrescenta-se ao debate o facto de que a existência do júri popular como órgão competente para a maioria dos casos, tanto no cível quanto no penal, reafirma uma relação entre o sistema adversarial norte-americano e as teorias da verdade não correspondentistas, pois parece ser patente que as conceções narrativas, cuja relação se situa no âmbito de teorias como a da coerência, acabam por ser bem acolhidas em modelos de julgamento por jurados.

Explica-se: para a conceção narrativista, o processo é percebido como um conjunto de narrativas ou relatos oriundo de diferentes fontes (partes, testemunhas, juiz, etc.) que buscam determinar os factos relevantes para o julgamento do caso (Taruffo, 2018: 13).

Um primeiro problema estaria na análise de como o juiz, autor da narrativa final, irá escolher entre os distintos relatos apresentados no processo. Apesar de ser intuitivo, afirma Taruffo (2018: 15), que o juiz elegerá o melhor relato (um “bom relato”) e não se pode precisar com exatidão ou objetividade os critérios para que o relato seja assim considerado⁵⁷.

Mais grave ainda, parece evidente que um “bom relato” não é necessariamente um relato verdadeiro, assim como um relato sofrível (“mau relato”) não significa que seja um

possibilidade de o juiz ter iniciativa probatória, pois a «autoridade epistémica» do tribunal relaciona-se com o desinteresse, isso é, com a posição imparcial, que estaria sob risco se pudesse, ainda que de maneira suplementar, determinar a produção de provas. Neste ponto, afirma que a construção da verdade pelas partes no sistema adversarial por meio de um «autêntico procedimento retórico de produção dos factos», pode se apresentar como uma adequada metodologia para a averiguação. Além disso, em tal sistema a verdade é contingente, o que melhor se compatibiliza com a ideia de probabilidade a respeito da verdade. Dias (2004: 192), por sua vez, compreende que o princípio inquisitivo pode, a depender da opção do legislador, se harmonizar com o sistema acusatório, de características distintas, conforme ocorre no processo penal português («estrutura acusatória temperada com o princípio da investigação»). De facto, de acordo com os princípios gerais da produção de prova contidos no art. 340.º, n.º 1, do CPP, «o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa». Para Lobo (2017: 713), «a norma estabelece um princípio de investigação e de busca da verdade material». Aliás, é comum, além de compreensível, a relação feita pela doutrina entre princípio da investigação e “verdade material” (a própria legislação processual penal portuguesa expressa tal relação no próprio art. 340.º). Na doutrina alemã, o vínculo é também constatado, como se pode notar em Roxin e Schünemann (2019: 68). Os autores, neste ponto, também mencionam a habitual distinção entre o processo civil (princípio dispositivo) e o processo penal (princípio inquisitivo) e explicam que tal divergência de tratamento não é percebida no sistema anglo-saxónico, em especial nos Estados Unidos, pois em ambos se adota o princípio dispositivo. Dizem que tal opção não é epistemologicamente a melhor, uma vez que o julgador seria um «ouvinte mudo de uma comunicação alheia», limitado a julgar qual parte foi melhor, o que é diferente de ser capaz de «compreender a verdade que existe detrás da evidência» (Roxin e Schünemann, 2019: 171). No sistema adversarial, continuam, há o potencial risco de ofensa ao princípio da culpabilidade, pois o estabelecimento da verdade («material», de acordo com os autores), é uma finalidade necessária para legitimar o procedimento penal. Reconhecem, porém, no âmbito da teoria da dissonância cognitiva, que o princípio da investigação, por implicar conhecimento prévio do material já produzido, incrementa o risco dos denominados “efeito inércia” ou “efeito perseverança”, de acordo com os quais as informações que confirmam a hipótese que foi previamente considerada correta são superestimadas, enquanto as que com ela conflitam são subestimadas. Além disso, há o também o risco da busca seletiva de informações, a denotar que somente as informações que possam confirmar a hipótese previamente aceite seriam objeto de busca pelo julgador (Schünemann, 2013: 207-208). A solução, de acordo com os autores, estaria na ponderação (medida de equilíbrio) entre os riscos e os benefícios de determinados procedimentos.

⁵⁷ Ressalta-se, ainda de acordo com Taruffo (2018: 15-16), que um dos critérios é o de que, se houver mais de um relato considerado adequado, a escolha deve recair sobre aquele que permitir a “inferência da melhor explicação” ou que seja mais plausível ou mais coerente ou mais persuasiva, o que não assegura, como antes mencionado, que a decisão recaia efetivamente sobre a versão (“hipótese”) que esteja em conformidade com as provas.

relato falso. Em sua crítica contundente, diz não ser admissível confundir um processo judicial com uma disputa literária.

De facto, embora não se despreze a relevância das narrativas no processo, a origem da controvérsia judicial tem como fonte um enunciado que se refere a um evento que existiu (ou não) no mundo real, razão pela qual a verificação do que efetivamente ocorreu é imprescindível como finalidade do processo e como suporte da decisão: «excluir qualquer referência à realidade, imitando a Derrida, que disse que existe somente o texto e nada fora dele, parece ser uma operação conceitual não aceitável», aponta Taruffo (2018: 16)⁵⁸.

Reafirma-se, entretanto, que o afastamento de concepções subjetivistas ou construtivistas não impõe o acolhimento do realismo ontológico ingênuo ou acrítico, pois se compreende que o processo, embora possa ter uma função epistémica, não é apto a alcançar o conhecimento integral.

Assumir tal limitação, por sua vez, também implica a necessidade de ressaltar que tal situação não é restrita ao âmbito jurídico (Taruffo, 2008: 25), pois em outras áreas do saber o conhecimento absoluto é também inatingível (ou ao menos a segurança absoluta de tê-lo alcançado⁵⁹).

Isso significa, como mencionado na primeira parte do trabalho, que o conhecimento da verdade é relativo, embora não constituidor de uma “verdade relativa”, pois não há, de facto, distinção de verdades ou verdades distintas a depender de se situar no âmbito científico, jurídico, histórico ou outro qualquer, bem como de se tratar de processo penal, civil, laboral, administrativo, etc.⁶⁰.

⁵⁸ Na doutrina portuguesa, merece atenção a censura de Calheiros (2008: 72) às concepções narrativistas mais extremas, nomeadamente ao asseverar que elas olvidam a relevância da correspondência entre a narrativa e a realidade, pois prepondera como elemento estruturante a coerência discursiva. Neste sentido, como adverte a autora, passaria a ser tolerável operar com uma ideia de justiça que é indiferente à verdade ou que possa eventualmente se sustentar em mentiras.

⁵⁹ Guzmán (2018: 44) menciona o exemplo de Popper do escalador que se encontra no cume de uma montanha envolta em nuvens. Neste caso, o escalador pode ter tido dificuldade de chegar ao topo e não ter sequer segurança de que o ponto alcançado é ou não o mais alto, justamente pela falta de completa visão. Porém, esta debilidade em seu conhecimento não impede que se reconheça de que há, de facto, um ponto mais alto que os demais, embora exista uma dúvida para si mesmo se houve o atingimento do objetivo ou não. A ideia de falibilidade portanto, «é a que impede que se possa alcançar uma verdade objetiva em termos absolutos e, ao mesmo tempo, é a que permite sustentar a existência de uma verdade absoluta e objetiva (por mais que não possamos possuí-la), pois se assim não fosse, então jamais poderíamos errar».

⁶⁰ Se o enunciado fáctico descreve que “João esteve presente na aula de Direito Penal no curso de Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa no dia 15/09/2016, no horário inicial de 20h50min”, é possível que, ao final de uma determinada apuração, as provas aportadas indiquem a probabilidade de isso ter ocorrido (probabilidade decorrente do grau de confirmação decorrente das provas). O facto de não se alcançar o conhecimento absoluto a respeito da verdade do enunciado não significa que exista uma verdade relativa ou parcial. Há uma verdade e esta corresponde ao facto de “João ter comparecido” ou “João não ter comparecido” àquela determinada aula, na determinada Universidade e no determinado horário, e isto independe do grau de conhecimento. Portanto, em afirmação adequada ao que se sustenta neste trabalho, não há verdades relativas; o que é variável é o grau de

De tal pressuposto resulta a incorreção na menção ao termo “verdade real”⁶¹.

Por um aspeto, falar em verdade real já implica, por si, um paradoxo, pois aquilo que se refere ao passado e que será objeto de averiguação já não pode mais ser qualificado como “real”⁶².

Por outro, a referência à verdade real ou qualquer outro termo equivalente (verdade material, verdade substancial, verdade verdadeira, etc.) carrega implicitamente a possibilidade de alcançar a correspondente verdade absoluta, a indicar o acolhimento do realismo ontológico ingénuo já superado⁶³.

Ainda mais, adjetivar a verdade como real ou material é assumir a possibilidade da sua face contrária, a “verdade formal”, pois sempre estará a indicar que a verdade é passível de divisões⁶⁴, o que também se apresenta incorreto⁶⁵.

corroboração: a relatividade é epistemológica e não ontológica» (Ferrer Beltrán, 2020: 778). No mesmo sentido, expõe Badaró (2019: 91) «que alguma coisa seja verdadeira ou falsa não depende do que eu penso ou qualquer outra pessoa pensa a respeito. O que importa é o que ocorreu, e o que ocorreu independe do estado epistemológico do sujeito cognoscente».

⁶¹ Não se desconhece a referência à verdade material tanto na legislação quanto na jurisprudência portuguesas (também na jurisprudência na brasileira).

⁶² Não por outro motivo se fala no “mito da verdade real”: «aquele que fala em verdade real confunde o “real” com o imaginário, pois o crime é sempre um facto passado, logo, é história, memória, fantasia, imaginação» (Lopes Júnior, 2016: 70). No mesmo sentido: Prado, 2019: 22.

⁶³ Também Mittermaier (1996: 66) afirma que «em todos os factos que dependem do domínio da verdade histórica jamais se deixaria atingir a verdade absoluta».

⁶⁴ Afirma Carnelutti (2018: 58) que a «verdade é como água: ou é pura, ou não é verdade». O seu intuito é expor que qualquer limite existente no ordenamento jurídico já implica uma mera fixação formal dos factos, pois, se existentes limites, o que se busca não é efetivamente a “verdade” (como diz o jurista italiano, a «verdade verdadeira»). Para Carnelutti (1965: 4), embora o fim possa ser a investigação da verdade real, o resultando é a obtenção da verdade formal, o que faz indevida a divisão da “verdade”: «a verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é a verdade». Conclui, portanto, que a investigação da “verdade” deve ser substituída pela investigação da “certeza”, o que também é alvo de críticas. Para o autor, a “certeza” não pertence ao reino do pensamento e sim ao reino da ação, pois de facto se relaciona com uma “escolha” (*cernere*) oriunda de uma dúvida que poderia levar a caminhos diferentes.

⁶⁵ A verdade material, neste contexto, teria pertinência com a realidade ontológica e a verdade formal com o resultado limitadamente obtido no processo e que pode ou não coincidir com a realidade, o que em geral repercute da distinção epistemológica entre processo penal e processo civil. Ocorre que, entre outras críticas que podem ser formuladas, não é de facto correta a distinção entre processo civil e processo penal a partir da divisão da “verdade”. Nota-se que a identificação da verdade formal com o processo civil tem relação com o facto de que os interesses seriam caracterizados pela disponibilidade, advindo daí o que se denomina “processo de partes”, no qual a resolução do conflito é o fim preponderante, com a inserção da verdade, se não fora do processo, ao menos num ponto periférico, a ser relevante tão somente a verdade judicialmente fixada, isso é, a verdade formal. Ora, a disponibilidade do interesse do processo civil e a indisponibilidade do interesse no processo penal já não são vislumbrados de maneira estanque (a possibilidade de acordos penais e a respetiva adoção de uma “verdade consensual” bem demonstram essa mitigação). Ainda mais, o interesse tutelado num e outro também não permite tal constatação, tanto que há decisões no processo civil que impõem medidas extremamente drásticas e algumas no processo penal que importam sanções não privativas de liberdade. Neste sentido, aponta Arenhart (2020: 31), «não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como a família, a capacidade jurídica do indivíduo os direitos metaindividuais – pelo que totalmente despropositada a distinção de cognição entre as áreas». Além disso, conforme o mesmo autor, afirmar a possibilidade de uma verdade formal que não seja uma «verdade verdadeira» é admitir ser legítima uma decisão sustentada numa falsidade (ou «não-verdade»). Como bem sintetiza Cambi (2001: 72), «tanto no processo penal quanto no civil, o melhor conhecimento possível dos factos constitui pressuposto para uma boa decisão». No mesmo sentido afirma

Portanto, adota-se neste trabalho uma postura crítica à denominada verdade real, seja pela impropriedade filosófica do termo, pela sua inadequação aos pressupostos que embasam o realismo crítico, pelos equívocos epistemológicos que o termo encerra e, por último, pela própria carga simbólica que carrega, pois grande parte das práticas que sustentou a sua busca vinculava-se a um processo penal autoritário-inquisitorial⁶⁶.

Há de ser ressaltado, contudo, que postular o afastamento da verdade real, em especial no sentido histórico no qual foi compreendida, não implica renunciar ao valor “verdade” no processo penal e sim conceber que a verdade que agora se postula é a decorrente de uma conceção epistemologicamente humilde e reconhecedora dos limites do processo em sua função cognoscitiva⁶⁷.

Tais entraves, diga-se, resultam de diversos fatores, entre os quais podem ser citados: (a) limitação quanto a não ser ordinariamente possível que o facto seja verificado diretamente; b) limitação temporal decorrente da necessidade de o processo ser encerrado em prazo razoável; c) limitação quanto aos interesses divergentes entre as partes e entre elas e aquele correspondente à completa averiguação dos factos; d) limitação decorrente do caso julgado; e) limitação advinda de regras probatórios que impõem um determinado resultado probatório (resquícios do sistema de prova legal, presunções, etc.); f) limitação decorrente de regras contra-epistemológicas vinculadas à proteção de direitos e garantias fundamentais (como exemplo, inadmissibilidade de provas ilícitas)⁶⁸.

Costa (1992: 287) ao ressaltar «não [...] existir, assim, tecnicamente, uma diferença entre verdade formal e verdade material. O que difere é a forma de alcance da verdade ou, nas palavras de Foucault, as regras do jogo». Constatase a mesma posição unitarista em autores como Sentís Melendo (1978: 41), o qual também não vislumbra distinção ontológica entre a prova no processo penal, civil, administrativo ou até mesmo fora da área jurídica. Observa-se, assim, em conformidade com Guzmán (2018: 60), que a distinção doutrinária entre verdade material e verdade formal depende mais (a) da metodologia utilizada em cada processo, (b) da finalidade historicamente indicada para cada um e (c) do *standard* de prova para a decisão que acolhe ou não a hipótese apresentada pela parte. É a mesma percepção de Sousa (2013: 137): «Não existem diferenças qualitativas e absolutas entre a “verdade material” e a “verdade formal”, mas apenas variações de grau sobre uma escala substancialmente homogênea, em função de maior ou menor disponibilidade de meios de conhecimento». Apesar da crítica, atenta-se que o termo “verdade material” é constantemente mencionado em decisões judiciais e na própria legislação, conforme art. 283.º, n.º 7, e art. 333.º, n.º 1, ambos do CPP.

⁶⁶ Quanto a este ponto específico, corretamente expõe Guzmán (2018: 57) que há um erro em compreender que somente um modelo inquisitorial é apto a possibilitar o conhecimento adequado dos factos, pois o sistema acusatório é até mais compatível com a adoção da verdade como um valor relevante, o que é mais nítido ao se constatar que o modelo inquisitorial, apesar da pretensão extrema, adotou instrumentos evidentemente contra-epistémicos (entre outros, a tortura e o próprio sistema tarifado de provas).

⁶⁷ Importante jurista latino-americano, Binder (2002: 176) também afirma não ser possível a reconstrução exata da verdade material, especialmente em decorrência das limitações advindas do respeito aos princípios observados num Estado de Direito e que incidem sobremaneira no processo penal.

⁶⁸ São, em síntese, regras que incidem sobre a atividade probatória (fases em que se admitem ou não a juntada de documentos, por exemplo), sobre os meios de prova (regras de admissão e exclusão de provas) e sobre o resultado probatório (resquícios do sistema tarifado). Tais regras, aponta-se, de alguma forma limitam a plena cognição, o que fez Sentís Melendo (1979: 336), a partir das lições de Bentham, afirmar que «direito e probatório [...] são termos antagónicos. A prova é liberdade». Schauer (2013: 216) assevera que, regra geral, embora os ordenamentos

A respeito da última limitação, destaca-se a linguagem romanceada de Muñoz Conde (2000: 44) de que o processo penal se divide entre dois amores: de um lado, o Direito Penal e a respetiva cominação da pena a partir da averiguação da verdade; de outro, o Direito Constitucional, com a imposição de limites àquela averiguação, o que implica assumir que a busca da verdade no processo penal não se faz a qualquer custo, especialmente se para tanto for necessário o sacrifício de direitos fundamentais⁶⁹.

Reitera-se, por conseguinte, que a verdade aqui requerida é aquela legitimada pela estrita observância do devido processo legal, o que significa o afastamento de uma “obsessão epistemológica” que possa potencialmente colocar em risco os princípios, garantias e direitos basilares⁷⁰.

Mais ainda, também significa considerar a verdade um valor relevante, embora não necessariamente preponderante, pois, como salientado, vários são os valores que devem ser observados no processo, inclusive aqueles que eventualmente entorpecem a averiguação dos factos e que prevalecem quando materializados em direitos e garantias considerados fundamentais ou que sejam de obrigatória obediência⁷¹.

se encontrem distantes de um sistema probatório livre, conforme proposto por Bentham, também não estão inseridos num sistema tão fechado e regulado que motivou a ira do jurista inglês. No mesmo sentido, explica Palma (2014: 13-14) que «uma lógica investigatória pura não tem limites». Porém, continua a autora, existem «barreiras metodológicas» derivadas de exclusões probatórias. Por isto, conclui que, «[...] a investigação de crimes tem uma natural propensão para obter um efeito de descoberta e de verdade geral, mas, como atividade justificada e dirigida pelo Direito, a investigação criminal obedece a critérios e limites precisos, que não a diminuem ou limitam verdadeiramente na sua apetência para a descoberta, mas antes a reformulam e modificam, selecionando as especificidades do seu objeto – o crime consumado ou o processo que conduz ao crime a partir da existência do ilícito penal».

⁶⁹ Especialmente pela maior ou menor eficácia dos direitos fundamentais é que Roxin e Schünemann (2019: 60-68) vislumbam o processo penal como «sismógrafo da Constituição do Estado». Assim, os autores apontam como sendo a finalidade do processo penal uma decisão «materialmente correta» com estrita observância do ordenamento e apta a restabelecer a «paz jurídica». Porém, advertem que tais finalidades não necessariamente estão associadas numa mesma decisão, como vem a ocorrer nos casos em que estejam materialmente corretas, embora sem adequação ao procedimento, ou quando, não obstante o atendimento ao procedimento, não estão materialmente corretas. No limite, podem não estar presentes ambas as qualidades, embora restabelecida a paz jurídica. Nestes casos, dizem os autores, as regras que protegem a dignidade da pessoa humana e que são oriundas do «princípio da formalidade do procedimento» preponderam sobre a primeira finalidade mencionada, qual seja, a de correção material da sentença. De qualquer forma, desses potenciais conflitos exsurge a verificação da natureza complexa e contraditória das finalidades do processo penal. Como bem afirmam, «sua realização simultânea e sua ponderação em caso de conflito constituem o estímulo e a dificuldade deste ramo do Direito. Por isso, o processo penal tampouco pode, como uma flecha, alcançar a finalidade de uma forma imediata» (Roxin e Schünemann, 2019: 60).

⁷⁰ Destaca Guzmán (2018: 44) a necessidade de se distinguir entre a verdade enquanto valor e o emprego de métodos para alcançar o conhecimento provável dos factos.

⁷¹ A respeito da relevância da verdade, acrescenta-se uma observação que é necessária quando se compara o CPP com outras legislações processuais. Enquanto no Brasil a palavra “verdade”, no contexto de descoberta, esclarecimento (averiguação ou investigação) ou como referência a facto pretérito é mencionada por **sete** vezes, na Espanha isso ocorre por **nove** vezes. No CPP, porém, há **quarenta e duas** menções, sendo **trinta e quatro** vezes utilizado o termo “descoberta da verdade”, o que parece indicar a adoção da teoria da verdade como correspondência. Aliás, diz Gascón Abellán (2004: 67), ao se pedir para a testemunha dizer somente a verdade, o

Nestes casos, é correto afirmar que a maior ou menor incidência de limitações proporcionará o maior ou menor déficit na apuração da verdade, o que expressa uma opção política e não exatamente epistemológica (Taruffo, 2012c: 107).

A verdade como correspondência, de qualquer maneira, ainda que reconhecidas as limitações para alcançá-la, figurará como “ideal regulador” que serve de referência para a atividade legislativa, das partes e do próprio julgador, de forma tal que o processo, respeitado o devido processo legal, deve ter o seu caminho direcionado a esta utopia, sendo mais bem sucedido quanto mais dela se aproxima⁷².

Outra questão que merece ser bem ressaltada refere-se à compatibilidade, por muitos refutada, entre a teoria da verdade como correspondência (realismo crítico) e o garantismo, o que é objeto de análise por Ferrajoli, aqui merecedora de maior atenção pela sua relevância.

Neste sentido, expõe o jurista italiano que a epistemologia garantista deve afastar-se das concepções extremas, a saber, a de que o processo judicial pode (seguramente) alcançar a verdade absoluta (realismo ingênuo) e a de que a eventual inalcançabilidade afasta a relevância do conhecimento empírico no âmbito judicial (ceticismo), extremos denominados por Popper de «verificacionistas iludidos» e «verificacionistas desiludidos» (Guzmán, 2018: 13).

Para tanto, aponta dois elementos da epistemologia garantista, o primeiro relacionado à «definição legislativa» e o segundo à «comprovação jurisdicional do desvio punível» (Ferrajoli, 2002: 30).

propósito é que suas afirmações se refiram ao que, a partir do conhecimento que possui, de facto ocorreu e não que sejam coerentes ou pragmaticamente úteis, o que exclui a eventual adoção de teoria distinta.

⁷² Outros autores compartilham do mesmo entendimento: Salaverría (2005: 147) diz que a verdade absoluta deve figurar como «ideal regulador». Nieva Fenoll (2012: 282), por sua vez, ao reconhecer a inalcançabilidade de uma «verdade metafisicamente pura», diz que ela, entretanto, pode servir de «orientação» para que a decisão possa ser proferida de maneira mais justa. Logo, nesta concepção, a verdade, posto independente do sujeito cognoscente, aparece como ideal a nortear a atividade probatória, ainda que o resultado quanto à correspondência com a realidade seja apenas uma probabilidade (falível, portanto), maior ou menor a depender do grau de confirmação fornecido pelas provas. Embora com uma distinta concepção teórica, Prado (2015: 18) postula que a «[...] a verdade cumpre a função de indicador epistémico e serve ao propósito de distinguir – teoricamente e em relação às suas consequências práticas – um tipo de processo baseado na pesquisa e demonstração dos factos penalmente relevantes, sob a inspiração de limites éticos, daquele fundado na determinação da responsabilidade penal a partir do consenso ou em bases caprichosas, insondáveis por meio de critérios adequados». Dias (*apud* Santos, 2019: 20) em mais uma de suas lições que merecem destaque, bem expõe a relação existente entre a verdade e o processo penal. Diz o jurista que «naturalmente que essa verdade não é a narrativa construída pela acusação e a defesa, dita “verdade formal”. Mas também não é integralmente a factualidade (a “facticidade”) histórica do real acontecido, mesmo que na sua relevância para as exigências normativas do caso: é sim esta facticidade *combinada* com as – e por consequência *condicionada e limitada* por as – exigências impreteríveis de garantia dos direitos das pessoas face ao Estado».

Quanto à definição legislativa, diz Ferrajoli (2002: 30), são dois os aspetos a ressaltar: um que consiste na exclusiva previsão em lei do ilícito (*nulla poena et nullum crimen sine lege*) e outro consistente na necessária previsão de «figuras empíricas e objetivas de comportamento», a vedar a previsão de «figuras subjetivas», especialmente aquelas relacionadas ao autor (“direito penal do autor”)⁷³

O segundo elemento (comprovação jurisdicional do desvio punível), continua, relaciona-se ao «cognitivismo processual», pois é o conhecimento por meio do processo que determina corretamente se houve a prática da conduta prevista em lei como ilícita.

Portanto, conforme ressalta Ferrajoli (2002: 32), o processo é uma combinação entre o saber (conhecimento, *veritas*) e o poder (decidir, *auctoritas*): «*Veritas, non auctoritas facit iudicium*»⁷⁴.

No âmbito do conhecimento, ressalta que a adoção de uma correta teoria da vontade faz parte da estrutura do direito penal garantista, sob pena de estar «apoiada na areia»⁷⁵.

Neste contexto, a verdade processual, para Ferrajoli (2002: 40), é decomposta em duas verdades, a fáctica e a jurídica, a primeira decorrente da prova («Tício culposamente desferiu disparos contra Caio, que faleceu em decorrência dos ferimentos») e a segunda da interpretação («o facto antes enunciado é previsto em lei como crime»).

No caso, tais proposições, posto que assertivas, podem ser verdadeiras ou falsas. Para análise da atribuição da propriedade (verdadeira ou falsa) a essas proposições, considera Ferrajoli (2002: 41) adequada a adoção da teoria semântica de Tarski, a qual considera vinculada a uma reformulada teoria da verdade não inserta no realismo ontológico ingênuo⁷⁶.

No exemplo dado, a proposição fáctica é verdadeira se, e somente se, «Tício desferiu disparos contra Caio, que faleceu em decorrência dos ferimentos»; a proposição jurídica é verdadeira se, e somente se, «o facto antes enunciado é previsto em lei como crime».

⁷³ Relevante neste contexto o elemento também denominado pelo mesmo autor de «convencionalismo penal» e que se interliga ao «princípio da legalidade estrita».

⁷⁴ A interessante formulação é a inversão da máxima hobbesiana: «*auctoritas, non veritas facit legem*».

⁷⁵ O jurista italiano, assim como outros, como antes mencionado, distingue a definição de verdade dos critérios de verdade. Para ele, a teoria semântica da verdade como correspondência refere-se ao significado da palavra “verdade”, enquanto coerência e aceitabilidade justificada são critérios de verdade, não incompatíveis com a teoria semântica. Logo, continua, o que caracteriza a verdade no plano semântico é a correspondência de maneira aproximada: «o único significado da palavra ‘verdadeiro’ [...] é a correspondência mais ou menos argumentada e aproximativa das proposições para com a realidade objetiva, a qual no processo vem constituída pelos factos julgados e pelas normas aplicadas» (Ferrajoli, 2002: 41).

⁷⁶ Mais especificamente, diz que a teoria semântica redefine, com a exclusão do «propósito metafísico da existência de uma correspondência ontológica entre as teses das quais se predica a verdade e a realidade às quais elas se referem», a teoria da verdade como correspondência, sendo necessário ressaltar que nela não há a indicação de critérios para aceitação da verdade.

Com tal combinação, conclui Ferrajoli (2002: 41), o acolhimento das proposições dependerá de serem verdadeiras fáctica e juridicamente.

Além disso, a adoção de uma teoria correspondentista crítica importa que o conhecimento da verdade é sempre aproximativo: há uma probabilidade («plausivelmente», ele diz) de a proposição ser verdadeira em conformidade com as informações obtidas e o estado de conhecimento que se possui ao tempo da predicação⁷⁷.

Mais ainda, ao afastar as teorias irracionalistas ou negacionistas da verdade, busca Ferrajoli (2002: 36) também excluir o «decisionismo judicial», um dos elementos da epistemologia anti-garantista, que seria resultado do «caráter subjetivo do tema processual» (estudo no processo não dos factos objetivos e sim do autor) e da preponderância de valorações subjetivas para embasar a questão fáctica⁷⁸.

Outra questão de relevo para a análise da compatibilidade entre o garantismo e a reformulada teoria da verdade como correspondência é o facto de as garantias processuais (contraditório, imparcialidade, ónus da prova, *in dubio pro reo*, etc.), como exposto por Guzmán (2018: 15), constituírem efetivas «garantias da verdade da hipótese acusatória», pois reforçam o rigor epistemológico que autoriza proferir uma sentença condenatória.

No mesmo sentido, Silva (2006: 43) aduz que, sob o aspeto epistemológico, o contraditório é mais um método do que um princípio, pois o «contributo dialético» das partes no processo permite a melhor averiguação dos factos⁷⁹.

Além disso, acentua Ferrer Beltrán (2007: 86), o contraditório permite o controlo sobre a prova, de maneira que a sua fiabilidade seja mais bem apurada, o que pode repercutir positivamente no momento da valoração e da análise do “grau de confirmação” em favor de determinada hipótese⁸⁰.

⁷⁷ É neste sentido que Ferrajoli (2002: 40) se utiliza da expressão «verdade processual». Embora compreensível o que pretende afirmar a partir de tal termo, de facto mantém-se o equívoco de adjetivação da verdade, como se existisse uma «verdade processual» e uma outra «verdade extraprocessual».

⁷⁸ Não por outra razão, cabe à epistemologia garantista a tarefa de «elucidar as condições que permitam restringir, do melhor modo possível, essas margens [de discricionariedade potestativa] e, portanto, basear o juízo (em decisões) sobre a verdade processual em de (em decisões) sobre valores de outras modalidades» (Ferrajoli, 2002: 52).

⁷⁹ Não discrepa Guzmán (2018: 143) sobre o tema, pois também considera que contraditório e imparcialidade são “«garantias da verdade», ou seja, modelos epistemológicos que favorecem a correta determinação dos factos. Quanto ao primeiro (contraditório), a possibilidade de resposta à acusação e a faculdade de apresentar outras versões permitem a **refutação** da hipótese acusatória. Logo, a **verificação** (aqui no sentido de confirmação da hipótese acusatória) e a **refutação** (especialmente a partir do surgimento de hipóteses alternativas) correspondem ao modelo epistemológico que permite a melhor determinação dos factos, conforme o modelo popperiano (falsacionismo ou racionalismo crítico ou princípio da falseabilidade). Portanto, continua Guzmán (2018: 173), o contraditório «não se trata em consequência de um mero princípio processual e sim de um sistema lógico de conhecimento», em especial ao possibilitar o conhecimento da verdade por meio do confronto.

⁸⁰ Neste sentido, o “nível de controlo” no contexto do contraditório indica que houve a superação de eventuais questionamentos que poderiam mitigar a qualidade da prova e, por consequência, impedir a corroboração de uma

Expostas tais premissas, é possível, a partir da teoria correspondentista crítica, acolher uma conceção que se afasta dos extremos e que reconhece os limites epistémicos do conhecimento da verdade, sem que isso afaste a sua validade⁸¹.

Porém, reconhecer tal limitação demanda a inserção da prova neste estudo, pois intrinsecamente relacionada com o que foi até agora exposto

2.3 A função da prova no processo penal

Como antes afirmado, o juízo sobre a veracidade a ser feito pelo julgador não recai sobre o facto em sua realidade empírica, razão pela qual há de se ter um instrumento que permita a sua (parcial) reconstrução⁸², a configurar o “paradoxo temporal” que marca o processo⁸³.

Portanto, se há um estado de incerteza que caracteriza o início da persecução penal, é imprescindível que se utilize um método de cognição apto a ultrapassar tal obstáculo e a permitir a decisão mais correta possível quanto aos factos, sendo este método marcado pela imprescindibilidade do instrumento denominado “prova”⁸⁴.

Apesar da sintética exposição já indicar que a prova deve ser caracterizada preponderantemente como componente de um método de cognição de maior amplitude, a compreensão a respeito de sua função, assim como já exposto sobre a função do processo, não

hipótese. Observa Ferrer Beltrán (2007: 87-90) que o princípio do contraditório possibilita quatro tipos de controlos probatórios: a) sobre as regras de admissão das provas, tanto no âmbito epistemológico quanto jurídico; b) sobre a própria produção da prova (audição cruzada, por exemplo); c) sobre as informações produzidas pela outra parte, inclusive com a possibilidade de propor provas que possam refutá-las; d) sobre a fiabilidade da prova produzida pela outra parte, o que inclui a possibilidade de produzir “provas sobre a prova”.

⁸¹ Mais ainda, que compreenda que a verdade se caracteriza por ser o «produto de um processo de conhecimento [limitado] que – reflexivamente – adota como ponto de partido o princípio da presunção de inocência» (Andrés Ibáñez, 1992: 56). Em síntese, como esclarece Santos (2019: 12), a «importância da descoberta da verdade não pode, portanto, ser usada como discurso legitimador monopolista para a desprotecção em medida insuportável dos direitos fundamentais do arguido, sob pena de assim se contribuir não para o aperfeiçoamento da nossa justiça penal (a justiça penal própria de um Estado de Direito) mas porventura para o seu deslizamento num sentido contrário àquele que deve ser o da própria justiça, o da democracia e o da liberdade».

⁸² A prova, em suma, permite que o conhecimento alcançado seja tido como meramente “provável”, isso é, falível e não absoluto.

⁸³ O paradoxo consistiria no facto de o juiz julgar «no presente (hoje), um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida em um passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã)» (Lopes Júnior, 2013: 535).

⁸⁴ O termo prova é nomeadamente polissémico: além de ser comum a referência à atividade probatória, a prova pode ser compreendida, a depender de sua natureza e de sua função no processo, como fonte de informações (meio de prova ou, em inglês, *evidence*) ou como resultado (prova *stricto sensu* ou *proof*, em inglês). No mesmo sentido a classificação tripartida apresentada por Silva (2011: 143-144): atividade probatória, resultado e meio. No âmbito do direito probatório português, ainda de acordo com o mesmo autor, as normas fundamentais presentes no CPP se encontram nos artigos 127.º (livre valoração), 335.º (provas proibidas) e 374.º, n.º 2 (fundamentação da sentença).

é unívoca.

Neste contexto de divergência, duas são as principais concepções e que se referem, na terminologia de Ramos (2018: 2), à própria «forma de pensar o processo»: a) prova como persuasão (função retórico-argumentativa) e que se vincula a modelos subjetivos⁸⁵; b) prova como fonte de informações (função cognoscitiva) e que se relaciona a modelos objetivos.

Na primeira concepção, a relação se estabelece entre a prova e “crença” (convicção) do julgador; na segunda, ainda em conformidade com Ramos (2018: 2), a relação se faz com os critérios de aceitação da hipótese a partir do método de confirmação e refutação⁸⁶.

Assim, a concepção adotada a respeito da função da prova guarda (ou deve guardar) uma similaridade com a noção filosófica de “verdade” e com o próprio objetivo do processo⁸⁷.

Para aqueles que compreendem a prova em sua função preponderantemente persuasiva, a sua prática ao final se direciona à obtenção do convencimento psicológico do juiz, razão pela qual é uma postura relacionada à “nova retórica”, com consequente desprezo pela aprofundada averiguação dos factos (Guzmán, 2018: 106).

Portanto, se a prova (dimensão lógica), até mesmo em virtude do raciocínio indutivo a ser empregado, não é hábil para integralmente sustentar a premissa fáctica do silogismo judicial, a função da prova (dimensão retórica) será a de embasar a argumentação que tem o propósito de persuadir o julgador (Guzmán, 2018: 107).

Em síntese, diz Arenhart (2020: 57), a finalidade da prova é essencialmente servir de instrumento argumentativo (ou como denomina, «peça de argumentação»), enquanto a observância do procedimento constituiria a fonte de legitimidade da decisão⁸⁸.

⁸⁵ De facto, não se trata de uma única concepção subjetiva. Se bipartida, uma primeira posição aponta que a prova não é efetivamente um meio idóneo de averiguação da verdade dos factos. Esta posição, em geral, é utilizada por aqueles que compreendem existir uma “arrogância epistémica”. A prova, neste contexto, possuiria uma «função ritual», de forma a legitimar o processo perante a sociedade. Haveria, ao final, uma aparente racionalidade num sistema marcadamente irracional (Taruffo, 2011: 81). Uma outra postura subjetivista relaciona-se com as concepções semióticas e com aquelas que apresentam o processo como “discurso narrativo”. A partir da concepção referida, a prova teria preponderantemente a função de sustentar o discurso formulado e, por consequência, a história narrada. A narrativa, assim, buscaria persuadir o julgador que, ao final, optaria por um dos relatos apresentados.

⁸⁶ Uma concepção não cognoscitiva da prova pode ser representada por concepções mais extremas do realismo jurídico, especialmente marcada por um ceticismo e que aponta para aspetos não racionais na tomada de decisões, as quais resultariam de escolhas mais explicadas sob o aspeto psicológico.

⁸⁷ Não por outro motivo, diz Gascón Abellán (2004: 67), a reconstrução dos factos por intermédio das provas indica que a teoria da verdade como correspondência é intuitivamente a mais adequada ao processo judicial.

⁸⁸ Considera Ferrer Beltrán (2018: 87), de maneira crítica, que a concepção persuasiva da prova possui os seguintes traços característicos: a) prevalência da íntima convicção como critério de valoração da prova; b) versão forte do princípio da imediação e da valoração pelo juiz de primeira instância; c) menos rigor na exigência de motivação; d) mitigação do controlo de revisão da decisão, sempre a considerar que a primeira instância se encontra em melhor posição epistemológica. Gascón Abellán (2012: 21) expõe que, numa concepção persuasiva, não haveria sequer relevância na análise da prova enquanto instrumento de averiguação dos factos, pois sequer é possível questionar

A segunda conceção, adotada neste trabalho, compreende que a função da prova é essencialmente cognoscitiva, embora sem desprezar a importância da narrativa nos processos⁸⁹.

Para sustentar esta forma de pensar o processo, de início é possível indicar a existência de uma certa confusão entre o uso estratégico das provas pelas partes e o seu objetivo institucional, que independe daquelas pretensões particulares.

Ora, é indiscutível que a prova tem uma função especialmente persuasiva enquanto utilizada pelas partes. Porém, não é correto acolher o pensamento de que os interesses das partes, em geral antagónicos, são compatíveis com o interesse do Estado-Juiz, que vislumbra a prova a partir de um objetivo institucional⁹⁰.

Logo, não é adequado acolher a ideia de que o interesse estratégico das partes na utilização das provas e que compreensivelmente se situa na captura psíquica do julgador possa preponderar quando comparado ao interesse institucional⁹¹.

A sentença, de facto, é um ato racional. Se racional, deve expressar não uma determinada convicção (no sentido de estado psicológico oriundo da persuasão) e sim o grau de confirmação da hipótese a partir da valoração das informações inseridas no processo, sob pena de se tolerar que se naturalize o convencimento que incida sobre algo que é falso (no sentido de não corresponder à realidade), porém convincente, como apontado por Taruffo (2018: 26).

Ainda mais, se por intermédio das provas os factos podem ser averiguados, o acolhimento da hipótese acusatória restará devidamente justificado, a legitimar a decisão e a caracterizar a prova, assim, como elemento de justificação da decisão judicial.

se «o juiz está correto ou equivocado; simplesmente está persuadido», sem que se possa efetivamente apurar a fonte da persuasão.

⁸⁹ O afastamento do carácter aleatório da decisão e que tem como consequência a adoção da conceção cognoscitiva exige a observância de determinadas regras epistemológicas expostas por Gascón Abellán (2004: 115): a) a afirmação da verdade de um enunciado depende de sua prova (direta, dedutiva ou indireta, sem distinção); b) os elementos que permitam aportar informar relevantes sobre os factos devem ser incorporados ao processo; c) não é tolerável considerar provado o enunciado que não conte com suficiente grau de apoio; d) não há provas que, por si, sejam suficientes, a resultar no reconhecimento de que toda informação relevante deveria ser admitida; e) o princípio da contradição é inafastável, nomeadamente para possibilitar que a outra parte possa refutar determinada hipótese; f) a declaração de verdade ou falsidade de um enunciado, pois contextual e falível, deve ser objeto de revisão se surgirem novos elementos.

⁹⁰ Como aponta Ferrer Beltrán (2007: 31), é a mesma distinção entre o objetivo da ciência e o objetivo do científico, que podem ou não coincidir.

⁹¹ De acordo com Fischer e Pereira (2020: 71), tais conceções são típicas do pós-modernismo e da desconstrução da verdade no âmbito epistemológico, de forma a «desmerecer o controle racional sobre a decisão da causa», pois restringiria a função da prova a algo que o impossibilita, a saber, o convencimento do julgador, que pertence ao seu estado psicológico.

Uma outra questão relevante, e em geral pouco explorada na doutrina, se refere à natureza voluntária da tomada de decisão.

Como afirma Ramos (2018: 23), a partir das lições de Ferrer Beltrán, a “crença” de alguém não pode ser objeto de uma justificação racional, pois caracterizada pela involuntariedade, ainda que precedida de uma coleta prévia de informações⁹².

Se não bastasse, a decisão, a partir de uma crença, não é objetivamente controlável, pois não se pode alterar uma decisão com o fundamento de que o “juiz se convenceu de X” mas o certo seria ter se convencido de Y.

O convencimento, e isso parece ser indubitável, é uma expressão pessoal e, neste específico aspeto, marcado pela infalibilidade: no máximo, pode-se discordar de uma crença e pretender que a sua própria seja a preponderante, o que sempre se traduzirá em mera escolha de natureza subjetiva.

Nestes casos, portanto, se considerada a função persuasiva da prova, a modificação da decisão ocorrerá tão somente pelo facto de o órgão revisor ter se convencido de Y e não de X, o que, repisa-se, não altera o carácter subjetivo e a suposta infalibilidade das duas decisões, o que se revela paradoxal.

A prova, neste contexto, perde a sua relevância, pois o convencimento pode existir ainda que os elementos sejam incompletos, inidóneos ou de baixa fiabilidade, a indicar que o julgador pode estar convencido de algo, mesmo que as provas não suportem tal convencimento.

Afastada a função persuasiva da prova e considerada correta a conceção cognoscitiva, isso resulta no acolhimento da ideia de que, como reiteradamente afirmado, a prova constitui um instrumento de averiguação dos factos e, como consequência, de estabelecimento da verdade⁹³.

De início, parte-se do pressuposto indiscutível que uma das funções do Direito é a de dirigir a conduta dos cidadãos, pois, por exemplo, o tipo penal tem a função de dissuadir o destinatário da norma a praticar a conduta proibida, por meio da imposição de sanções (Ferrer Beltrán, 2007: 29).

⁹² Alguém poderá fazer algo para acelerar sua pulsação, mas a pulsação, em si, seguirá involuntária, diz Ferrer Beltrán (2005: 85).

⁹³ A conceção racionalista da prova, por outro lado, possui as seguintes características: a) a valoração da prova se sustenta no método científico de “confirmação e refutação”; b) versão mitigada do princípio da imediação; c) rigor na motivação da decisão; d) sistema recursal que permite o amplo controlo, inclusive sobre o estabelecimento dos factos. Neste contexto, a mediação tem a virtude de possibilitar que o juiz possa recepcionar diretamente a informação transmitida e de permitir a efetiva aplicação do princípio do contraditório, cuja observância também é assegurada pela «participação do próprio julgador no debate probatório [...]» (Ferrer Beltrán, 2018: 88).

Neste contexto o correto estabelecimento dos factos (do qual resultará a premissa menor) é indispensável, pois não haverá dissuasão se a sanção for imposta de maneira aleatória, ou seja, contra alguém não responsável pela conduta.

Mas ainda, a averiguação dos factos de maneira a sancionar somente aquele que praticou a conduta descrita em tipo incriminador se faz por meio de informações que são incorporadas ao processo e que, nesta conceção, servem para confirmar ou não a hipótese acusatória apresentada pela acusação.

Logo, a prova é o meio de comprovar a correspondência entre o enunciado e o que de facto ocorreu no mundo real: a prova é, em síntese, o meio de averiguar a verdade.

Atenta-se, contudo, para a seguinte ressalva: afirmar que prova é instrumento de conhecimento dos factos não é o mesmo que afirmar que prova e verdade possuem uma relação de absoluta identidade, isso é, que a decisão sustentada nas provas inequivocamente expressa a verdade ou, mais ainda, constitui a verdade.

Pelo modelo epistemológico cognoscitivo, os enunciados descrevem factos que deles são independentes: logo, se o enunciado é verdadeiro, é porque o facto por ele referido existiu no mundo real.

Sendo assim, um enunciado pode retratar (parcialmente) a verdade dos factos, mas não é criador da verdade. Além disso, uma sentença pode acolher um enunciado que seja verdadeiro, porém pode também acolher um enunciado que seja falso, embora tivessem sido aportadas informações que levaram o juiz a considerá-lo facticamente correto⁹⁴.

Adotada a noção da verdade como correspondência em sua conceção epistemologicamente vinculada ao realismo crítico, reitera-se que o conhecimento obtido no processo resultará numa probabilidade e não numa certeza absoluta⁹⁵, e, por isso, a sentença é caracterizada por sua falibilidade no que se refere ao acerto dos factos.

Sendo assim, não se pode falar em relação conceitual entre prova e verdade: o enunciado é verdadeiro se efetivamente corresponde à realidade e não se foi considerado provado, pois ser considerado provado demanda tão somente a existência de provas suficientes que o sustentem⁹⁶.

⁹⁴ Se a função da prova no modelo subjetivo é convencer o julgador a aceitar os argumentos das partes, algo ser considerado provado tão somente significa que o juiz se convenceu desse algo, a preponderar o estado mental (psicológico) do julgador e não exatamente as provas aportadas, a se caracterizar como irracional.

⁹⁵ Ainda que se considere uma noção de certeza originada das provas (certeza probatória).

⁹⁶ Justamente para solucionar o dilema sobre a possibilidade de enunciados eventualmente não verdadeiros serem considerados provados, alguns doutrinadores, com já referido, acabaram por equivocadamente vislumbrar uma distinção entre dois tipos de verdade, “material” (real, objetiva, substancial, etc.) e “formal” (forense, processual, aproximativa, possível, etc.), uma que estaria fora do processo e outra que resultaria da decisão judicial de acordo com as informações lá constantes.

Na discussão do tema, aliás, é indispensável a apresentação do pensamento de Ferrer Beltrán (2005: 20 e ss.), pois referência para conclusões similares situadas em parte da doutrina.

Para o referido autor, o enunciado «está provado que p » não é um enunciado constitutivo ou normativo e sim descritivo, pois sobre ele se pode dizer que é verdadeiro ou falso, a demonstrar que é uma decisão marcada pela falibilidade.

Em continuidade, ressalta que o enunciado «está provado que p » não equivale ao «é verdade que p », pois isso culminaria na noção igualitária de prova e verdade, olvidando-se dos limites epistémicos na averiguação dos factos.

Da mesma forma, afasta-se também a formulação que considera o enunciado «está provado que p » é equivalente ao «o juiz estabeleceu que p », pois isso demandaria considerar o enunciado como sendo constitutivo, típico de conceções céticas ou daquelas que sustentam a existência de uma fixação formal dos factos pelo juiz⁹⁷.

Num modelo cognoscitivo, reitera-se, considerar ou não um enunciado provado depende unicamente do conjunto de informações legitimamente aportado, conjunto que será objeto de valoração racional e que, por consequência, não se sujeita às crenças e convicções subjetivas do julgador⁹⁸.

Portanto, a respeito da relação entre prova e verdade, não se faz presente um vínculo conceitual ou constitutivo e sim **teleológico**, no qual a prova é possuidora de uma função cognoscitiva.

Assim, diz Ferrer Beltrán (2005: 35), o enunciado «está provado que p » equivale ao «há elementos de juízo suficientes a favor de p », de maneira a reafirmar a distinção entre a noção de prova e a noção de verdade.

Reafirma-se pela importância: a condição para que o enunciado seja considerado provado é a existência de informações suficientes que o confirmem e não que ele seja

⁹⁷ Embora a decisão judicial esteja dotada de autoridade, isso não pode significar a admissão de assertiva de que “verdade é o que juiz diz que é”. Como visto, embora a incorporação de informações tenha o objetivo de averiguar a verdade, a decisão judicial não é fonte da “verdade absoluta”, pois expressa o que é o provável (mais provável, por assim dizer).

⁹⁸ Ferrer Beltrán (2005: 35), em relevante lição, afirma: «Se pode dizer, então, que “está provado que p ” é um enunciado incompleto, pois deve necessariamente colocar-se em relação com um conjunto de elementos de juízo perfeitamente identificado». Se tais regras acabam por regular, entre outros aspetos, a admissão e exclusão de provas, é acertada a assertiva que a tomada de decisão é “contextual”, pois sempre dependente da quantidade e qualidade das informações. Não por outra razão, a inserção ou exclusão de informações relevantes pode alterar o conteúdo da decisão.

(realmente) verdadeiro⁹⁹, a repelir a possibilidade de que considerar provado o enunciado fique a depender do estado psicológico ou das crenças de cada julgador¹⁰⁰.

Ainda mais, da relação teleológica entre prova e verdade e do respetivo afastamento da relação conceitual resulta possível estabelecer que, conforme Ferrer Beltrán (2005: 73), o julgador, ao decidir, não reconhecerá que a proposição provada seja considerada verdadeira e sim «tida como verdadeira», sendo certo que a verdade da proposição não dependerá da fonte ou da autoridade da qual emane a decisão e sim da sua correspondência com a realidade¹⁰¹.

Em síntese, a função da prova não é persuasiva e sim cognoscitiva, bem como a relação entre prova e verdade é instrumental (teleológica), pois por intermédio da primeira se intenta obter a conhecimento mais próximo possível do que ocorreu no mundo real (verdade como correspondência), não sendo tal correspondência algo ocasional e sim o próprio fim¹⁰².

Posto isso, é possível constatar que a declaração de o enunciado estar provado somente tem relação com o conjunto de informações aportado ao processo e não com as crenças do julgador, o que impõe a discussão a respeito da admissibilidade e valoração dessas informações.

⁹⁹ Como diz Ramos (2018: 26-27), neste modelo o processo tem de lidar com «formas objetivas de aceitação das hipóteses fácticas, que não dependam do juiz A ou do juiz B. A suficiência da prova, em outras palavras, será dada objetivamente pelo Direito, independentemente da crença de um ou outro juiz». Há uma aceitação (ato voluntário) pelo juiz da premissa fáctica. Para o autor, as vantagens do modelo objetivo são três: 1ª) a manutenção do Direito como ordenador de condutas, o que não ocorreria se os responsáveis fossem apontados de maneira aleatória, independentemente de haver provas de ter praticado a ação; 2ª) a estrita observância do princípio da legalidade, pois somente o responsável pela conduta sofreria a sanção prevista em lei; 3ª) por último, reconhecida o carácter probabilístico e, por consequência, falível da decisão, há o compromisso de aprimoramento do processo no que se refere à sua função epistemológica, exatamente para minorar a possibilidade de erros, sem que isso signifique desprezar outros valores, especialmente os relacionados aos direitos fundamentais.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, aponta Guzmán (2018: 112) que a «aceitabilidade de uma determinada hipótese como verdadeira não dependerá do facto de que o juiz do caso concreto tenha sido persuadido disso, antes bem, dependerá, por um lado, da coerência entre o material probatório e a hipótese que se sustenta confirmada e, por outro, de sua maior capacidade explicativa a respeito das outras hipóteses alternativas...», ainda mais quando nada impede que uma argumentação convincente esteja embasada numa prova falsa.

¹⁰¹ Também Gascón Abellán e García Figueroa (2017: 353) postulam a inexistência de uma relação conceitual entre prova e verdade. Logo, o enunciado é verdadeiro se efetivamente corresponde à realidade, enquanto se considera provado se houver provas suficientes que o sustentem, o que implica admitir que «a declaração de factos provados [...] pode ser falsa». Como alertam os autores, se se considera a prova em sua função persuasiva, tais dilemas sequer são enfrentados, pois a verdade acaba por ser aquilo que o juiz considerou provado. Assim, por ser o processo (e as provas) o meio para averiguação dos factos (premissa menor), é possível asseverar a função epistémica por ele desempenhada.

¹⁰² Na função cognoscitiva, a prova é embasada «no saber e não no poder, porém um saber que é sempre imperfeito ou relativo» (Gascón Abellán, 2012: 25), com respetiva manutenção do dualismo entre prova e verdade, de tal forma que: (a) é verdadeiro o enunciado que corresponde ao mundo real (verdade como correspondência); (b) o enunciado provado é aquele cuja verificação permite afirmar que sua veracidade foi objeto de comprovação; (c) a prova de um facto implica que o enunciado a ele pertinente foi objeto de «contratação empírica»; (d) é possível que um enunciado provado seja falso (ou seja, que não corresponda ao mundo real).

3. ADMISSIBILIDADE E VALORAÇÃO DAS PROVAS

O juiz é livre, mas também é escravo dessa sua liberdade.

Germano Marques da Silva (2006: 53)

Como foi exposto, a adoção do realismo crítico resulta no afastamento da noção de verdade absoluta como algo a ser seguramente alcançado no processo penal por intermédio das provas a ele incorporadas.

De um raciocínio indutivo, reafirma-se, não há uma conclusão necessariamente verdadeira e sim meramente provável, a impor o acolhimento da afirmação de Ferrer Beltrán (2018: 98) de que o raciocínio probatório é um «raciocínio probabilístico»¹⁰³.

Ainda mais, para a aceitação da hipótese é preciso que a confirmação ofertada pelas provas obtenha o grau mínimo indicado pelo ordenamento para considerá-la provada, isso é, para que seja “tida como verdadeira”.

Em regra, o grau de probabilidade de uma hipótese ser verdadeira relaciona-se com o maior ou menor apoio que as provas fornecem em seu favor, o que indica ser fundamental estudar os critérios para a admissão das informações e o respetivo sistema de valoração¹⁰⁴.

Porém, como questão prévia, é preciso estabelecer o que se deve exatamente compreender por “grau de probabilidade”, tema que perpassará todo o trabalho doravante, uma vez que para a sua definição não existe um único modelo, embora a escolha entre um deles repercutirá decisivamente na decisão judicial e na sua justificação, a impor a apresentação de indispensáveis observações.

3.1 Probabilidade: a matemática e a lógica nos Tribunais

Inicialmente, é adequado expor a valiosa lição de Andrés Ibáñez (2007: 201) de que a probabilidade se caracteriza por uma «margem de incerteza» e, portanto, de um espaço

¹⁰³ Anderson, Shum e Twining (2015: 303 e ss.) apresentam cinco razões que explicariam a natureza probabilística das conclusões: a) incompletude dos elementos incorporados ao processo; b) ausência de “conclusividade” da prova (regra geral, uma específica prova não permite, por si, determinar qual é a hipótese verdadeira, pois compatível com mais de uma proposição); c) ambiguidade, pois a prova pode ter diferentes interpretações sobre o que de facto transmite; d) discrepância das provas, pois uma pode favorecer uma proposição e outra pode favorecer proposição distinta; e) imperfeição quanto aos graus de credibilidade de cada fonte de prova.

¹⁰⁴ Admissibilidade e valoração são “momentos probatórios”. De maneira ampla, são os seguintes os momentos probatórios: (a) investigação; (b) instrução; (c) valoração; (d) decisão e (e) justificação (Badaró, 2019: 141). Diz Ferrer Beltrán (2007: 41), de forma a englobar fases antes separadas, que seriam em número de três: a) a conformação do conjunto de elementos do juízo; b) a valoração desse conjunto; c) por último, a decisão.

de escolha que representa uma espécie de liberdade na indicação das opções disponíveis.

Neste sentido, se a decisão, como ocorre no processo penal, incide sobre bens de extrema relevância, a incerteza que caracteriza a probabilidade representa, de facto, um tipo de poder, a impor que seu exercício deva ser o mais objetivo e controlável possível, daí o porquê, reafirma-se, da escolha entre os modelos de medida da probabilidade merecer análise cautelosa, especialmente vinculada ao garantismo.

O primeiro modelo é o que se denomina probabilidade quantitativa e se refere, de maneira ampla, à «medida da incerteza de um fenómeno do qual não se pode predicar a falsidade (ou inexistência), nem a verdade absoluta (ou existência) » (Taruffo, 2011: 193).

A probabilidade quantitativa pode ser dividida numa vertente objetiva e outra subjetiva.

A primeira se relaciona com a denominada probabilidade estatística e incide sobre a frequência de determinado evento dentro de uma série de eventos.

Usualmente, esse modelo de probabilidade é aplicado a partir de dados científicos que embasam provas periciais, como é o caso daquelas relacionadas ao material genético, provas hematológicas ou outros tipos de perícia (papiloscópica, por exemplo)¹⁰⁵.

Apesar da relevância e do uso, cada vez mais comum, em virtude do avanço tecnológico, facto é que para um grande número de casos penais não será pertinente a realização de provas de natureza estatística.

A outra vertente tem natureza subjetiva e se refere a uma forma de racionalização do convencimento, embora com a utilização da matemática¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Apesar de um certo “fetiche” pela prova estatística, em geral não é apta a, por si, preencher o grau de suficiência probatória para que um enunciado seja tido como verdadeiro, sendo necessária, especialmente em virtude da ausência de hierarquia de provas, a análise em conjunto com os demais elementos, tal como ocorre com qualquer outro caso. Além disso, sempre há a questão de fiabilidade da prova: idoneidade do perito, correto procedimento na obtenção do material, método de análise e cadeia de custódia, fatores que no sistema continental não merecem a mesma atenção quando comparado ao sistema adversarial norte-americano. Especialmente a respeito da fiabilidade da prova, tal problema abrange sobremaneira a prova pericial. Não por outra razão, no sistema judicial norte-americano, até 1993, o critério de confiabilidade da prova pericial era estabelecido pelo caso *Frye* (1923), de acordo com o qual a prova poderia ser admitida se a técnica (ou teoria) utilizada pelo perito fosse de aceitação geral da comunidade científica (“teste de aceitação geral”). Entretanto, no caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (509 US 579, 1993), a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu critérios de admissibilidade da prova científica, o que veio a ser conhecido como “Fatores Daubert”: a) é indispensável que a técnica seja testável, de acordo com os padrões científicos vigentes; b) que já tenha sido publicada em revistas científicas, com submissão à revisão por pares; c) que sejam conhecidas as taxas de erro e que existam padrões que controlem a investigação sobre a qual se baseia a teoria; d) que seja aceita pela comunidade científica. Foi a maneira encontrada de impedir a inserção de *junk science* nos processos judiciais.

¹⁰⁶ Admite-se que a adoção de um modelo matemático é mais “cómodo” ao julgador, uma vez que facilitaria a tomada de decisão quanto a ter alcançado ou não o nível de suficiência probatória (o nível também seria numericamente determinado). Em determinado caso, se considerado que “dúvida razoável” signifique um nível de suficiência probatória equivalente a 95% (no total de 100%), se restar estabelecido que foi alcançado o grau de probabilidade de 87%, a decisão seria absolutória.

Sem embargo de outros modelos, centra-se este estudo naquele que hoje tem maior acolhimento, o denominado “Teorema de Bayes”¹⁰⁷.

O teorema, em síntese, apresenta um cálculo quantitativo da probabilidade de o enunciado ser verdadeiro¹⁰⁸. Por se se referir à probabilidade quantitativa, atribui um valor compreendido entre “0” e “1” ao grau de convencimento sobre determinado facto objeto do enunciado (Taruffo, 2011: 195).

Embora a existência de algum entusiasmo na doutrina e, em parte, do sistema judicial norte-americano, são várias as críticas ao teorema, ou, melhor, à aplicação do teorema no âmbito processual, especialmente pelo facto de a fórmula necessitar para o cálculo da probabilidade de um valor inicial que se refere ao *prior probability* ou *base rate information*¹⁰⁹, a saber, a probabilidade prévia de determinado evento antes que novas informações sejam ofertadas¹¹⁰.

No âmbito processual, entretanto, há alguns óbices para que a probabilidade prévia seja corretamente mensurada ou adequadamente aplicada.

O primeiro decorre da ausência de dados prévios que possam, com segurança e de maneira objetiva, isso é, sem prejulgamentos, informar a frequência de determinado evento equivalente ao que se intenta verificar¹¹¹.

Além de tudo, ainda que existam os dados, seria necessária a análise da sua estrita relevância para o facto especificamente controverso. Como aponta Taruffo (2011: 217),

¹⁰⁷ O pastor Thomas Bayes, falecido em 1761, foi o responsável pela demonstração do teorema que se refere ao cálculo de probabilidades, embora não tenha sido o estudo publicado em vida. Aliás, foi Richard Price, responsável pela publicação em 1763, quem ampliou a utilização do teorema para áreas não originariamente previstas (Haack, 2013: 83). O mérito do teorema é possibilitar a atualização da probabilidade de um evento a partir da incorporação de novas informações. Além da controvertida aplicação na quantificação do nível de prova num determinado caso, é o teorema empregado na econometria, bioestatística, análise de riscos, astrofísica e cosmologia, entre outras. Em síntese, o “Teorema de Bayes” (ou “Regras de Bayes”) tem relação com a denominada “probabilidade convencional”. Anderson, Shum e Twining (2015: 308 e ss.) explicam que essa espécie de probabilidade matemática trabalha com três axiomas básicos: a) se expressa em números positivos ou zero; b) a probabilidade do “evento certo” (100% de probabilidade de sua ocorrência) é “1”; c) se não houver possibilidade de dois eventos ocorrerem de maneira simultânea, a probabilidade de que um ou outro ocorra é igual à soma de suas probabilidades em separado.

¹⁰⁸ Diz Gascón Abellán (2012: 64) sobre o Teorema de Bayes: «Em concreto, a fórmula bayesiana permite medir o impacto que, sobre a probabilidade subjetiva prévia do facto que se pretende provar, provoca a introdução de ulteriores elementos de prova de natureza estatística». O *prior* representa o “estado de conhecimento” que se tem antes de analisar os dados, razão pela qual o teorema acaba por se sustentar num fator que é subjetivo. O princípio básico da inferência bayesiana é que não há como haver inferência sem a assunção de certas crenças prévias.

¹⁰⁹ Em síntese, a **probabilidade posterior** (resultado do cálculo da probabilidade depois de ter sido incorporada uma nova informação) demanda a anterior determinação da **probabilidade prévia** (a probabilidade de a hipótese ser verdadeira antes que outras informações serem incorporadas, o que em regra é altamente subjetivo) e da **probabilidade condicionada inversa**, a qual «permite expressar quão forte é esta nova prova para alterar a probabilidade prévia numa probabilidade posterior» (Anderson, Shum e Twining, 2015: 309).

¹¹⁰ Assim, o teorema possibilitaria compatibilizar dados estatísticos com dados não estatísticos.

¹¹¹ Além da própria ausência de dados, a fiabilidade dos existentes também pode ser merecedora de censura.

«não tem muito sentido, em realidade, elaborar cálculos sofisticados se os dados quantitativos sobre os quais se sustentam são incertos ou inventados».

O segundo se vincula à dificuldade de aplicação da fórmula quando se trata de casos complexos, nomeadamente nas hipóteses em que as provas se concatenam umas às outras, sem embargo da própria dificuldade do julgador em lidar com algo absolutamente alheio à sua área de saber.

O terceiro óbice, mas juridicamente o mais importante, decorre do princípio da presunção de inocência e a respetiva incompatibilidade de se estabelecer *a priori* a probabilidade prévia, de acordo com eventos precedentes e aparentemente similares¹¹².

Da maneira em que o teorema é formulado, a probabilidade prévia é absolutamente determinante para o resultado: uma probabilidade prévia baixa frequentemente acarretará um baixo grau de probabilidade final; uma probabilidade prévia alta, contudo, acarretará, em geral, um alto grau de probabilidade final (Gascón Abellán, 2012: 66 e ss.), a indicar uma frontal colisão com a presunção de inocência.

Apesar disto, aponta Taruffo (2011: 215), o mérito das teorias quantitativas reside no facto de assumirem a ideia da probabilidade como inesperável da decisão judicial, a significar a inalcançabilidade de uma verdade absoluta e um específico modo de reação ao irracionalismo¹¹³.

A formulação, porém, é censurável por considerar que a única racionalidade possível é uma racionalidade matemática, talvez por compreender que o resultado advindo de cálculos seja um resultado seguro.

Entretanto, tal pressuposto não se mostra razoável, pois o que pode assegurar um resultado correto é a presença de informações fiáveis racionalmente valoradas: cálculos formalmente corretos com informações equivocadas não são, ao final, substancialmente corretos¹¹⁴.

¹¹² A advertência também é feita por Ferrer Beltrán (2007: 119): «Assimilar uma probabilidade positiva, maior que zero, para a hipótese de culpabilidade antes de tomar em contas provas, parece manifestamente incompatível com a presunção de inocência».

¹¹³ Ressalta Gascón Abellán (2004: 24) a respeito do mérito da adoção de modelos probabilísticos: «a probabilidade proporciona fundamento objetivo para o conhecimento empírico que não pode aspirar a certeza absoluta: não saberemos com total segurança se o enunciado é verdadeiro, porém seu grau de confirmação fornece uma medida da probabilidade de sua verdade».

¹¹⁴ Em similar sentido, expõe Calheiros (2015: 90) que a adoção de esquemas matemáticos decorre do intento de «procurar encontrar meios que garantam a racionalidade da valoração da prova e, portanto, de modo acessório, mas não menos relevantes, também a certeza e previsibilidade na realização judiciária do direito». Porém, apesar da pretensão de medir a alteração da probabilidade com a introdução de novas provas no processo, diz Calheiros (2015: 91) que a quantificação inicial é um problema «sem solução». Haack (2013: 65-98), ao denominar «probabilismo jurídico», a conceção que se utiliza da probabilidade matemática para quantificar o grau de confirmação aportado ao processo pelas provas, considera que a solução da questão não estaria na matemática e

A centralidade, portanto, especialmente num sistema de livre apreciação das provas, encontra-se na informação.

Agora bem, excluída como regra a utilização da probabilidade matemática no contexto de teoremas como o de Bayes, resta apontar que se considera correto o uso de um outro modelo de probabilidade: probabilidade lógica ou probabilidade baconiana¹¹⁵.

No âmbito desse modelo, uma determinada hipótese será confirmada a partir das informações incorporadas ao processo, o que equivale afirmar a «ideia de probabilidade lógica como relação de confirmação entre uma hipótese e os elementos que fundamentam a sua aceitabilidade» (Taruffo, 2011: 237), o que será objeto de maior aprofundamento no decorrer do trabalho¹¹⁶.

3.2 Uma conceção epistemológica a respeito da admissibilidade das provas¹¹⁷

Em conformidade com os pressupostos assumidos neste trabalho e objeto de exposição anterior, adota-se, a partir da noção de verdade como correspondência (realismo crítico), uma conceção cognoscitiva do processo, a implicar a compreensão de que a função das provas é possibilitar o conhecimento mais próximo possível da realidade que foi, por sua específica relevância jurídica, descrita num enunciado fáctico que se apresenta como sendo uma hipótese formulada pela acusação (hipótese acusatória).

Constatada a relação teleológica entre prova e verdade, também se apreende que a decisão sobre os factos é sobremaneira uma decisão contextual, pois o juízo de veracidade que recai sobre o enunciado depende das provas incorporadas ao processo.

Em decorrência das assertivas acima expostas, é necessária a análise de um dos mais relevantes momentos probatórios, a admissibilidade das provas, pois a introdução ou a exclusão dos elementos impactará, tanto no objeto da valoração, como, por óbvio, na definição

sim na epistemologia, em especial na probabilidade lógica ou indutiva. Para tanto, afirma que a probabilidade matemática não consegue de maneira efetiva assinalar o grau de confirmação (*warrant*) que as provas fornecem em favor de uma hipótese.

¹¹⁵ Por certo, a utilização de provas estatísticas é compatível com a definição de *standards* que se vinculem à probabilidade lógica e não somente com os relacionados a formulações matemáticas.

¹¹⁶ A adoção da probabilidade lógica e não da probabilidade matemática não impede a necessária referência à interessante observação feita por Mendes (2019: 39) de que, ao contrário do que comumente parece, não há imprescindibilidade da elaboração de cálculos matemáticos para que o julgador quantifique (numericamente) o grau de probabilidade, a ressaltar inclusive a utilização informal (intuitiva) do Teorema de Bayes pelos julgadores.

¹¹⁷ As formulações básicas a respeito do específico tema aqui contidas foram objeto de Trabalho Final apresentado no curso de Mestrado em *Razonamiento Probatorio* promovido pelas Universidades de Girona/Espanha-Génova/Itália (Amisy Neto, 2019).

sobre a existência ou não do grau de confirmação apto ao reconhecimento de que o enunciado foi provado¹¹⁸.

Ressalta-se que, do ponto de vista exclusivamente epistémico, quanto maior o número de informações incorporadas e que sejam conexas¹¹⁹ ao facto, maior a possibilidade de correta averiguação da veracidade ou não do enunciado fáctico.

Consequentemente, desde já, é aceitável estabelecer o princípio epistemológico de que o maior número de informações aumenta a probabilidade de a decisão corresponder à realidade, a recomendar que, sob tal ótica, todas as provas relevantes devem ser incorporadas ao processo (*total evidence principle*) (Ferrer Beltrán, 2007: 68; Laudan, 2013: 122), o que equivale a um princípio geral de inclusão

Apesar disso, não há, de facto, no ordenamento jurídico ocidental, um sistema que acolha tal princípio de maneira integral, pois em maior ou menor medida há regras de exclusão de determinadas informações, em geral, a partir da adoção de valores extrajurídicos (prova proibida, por exemplo)¹²⁰.

Tal restrição, aliás, não surpreende, pois, como explicado na primeira parte desta dissertação, embora se considere que a averiguação dos factos (“verdade”) constitua um valor no processo penal, há outros que merecem igual ou maior importância, em especial aqueles que se referem às garantias fundamentais (valores políticos), o que indica um ambiente de tensão entre valores epistémicos (jurídicos) e valores políticos (extrajurídicos)¹²¹.

Mais ainda, é possível concluir que, de acordo com o que foi até o momento apresentado, enquanto a inclusão da prova relevante tem natureza epistémica, a regra que exclui

¹¹⁸ Ressalta-se a relação de tais fases com direitos de natureza processual, em especial os que pertinem à prova, de acordo com rol apresentado por Ferrer Beltrán (2007: 54-59): a) direito de utilizar de todas as provas relevantes para comprovar a veracidade dos factos relacionados ao seu interesse; b) direito de as provas serem produzidas e incorporadas ao processo; c) direito à valoração racional das provas; d) direito à decisão motivada.

¹¹⁹ Dizer que uma prova possui “conexão” com o facto equivale a afirmar que a prova é “relevante”. Neste estudo, em conformidade com as Regras Federais da Prova americanas (FRE – *Federal Rules of Evidence*), uma prova é relevante se possui «tendência de fazer a existência de qualquer facto que é importante no litígio mais ou menos provável do que seria sem a prova» (Regra 401).

¹²⁰ Uma conceção de absoluta liberdade como a preconizada por Bentham resultaria na conclusão de que é incorreta a inserção de outros critérios ou valores para a admissibilidade das provas que não seja a relevância. Por sua vez, a corroborar o que foi mencionado, diz Gascón Abellán (2012: 128) que os ordenamentos em geral restringem a incorporação de determinadas informações, ainda que relevantes, por diversos fundamentos. Assim, complementa a autora, «as duas conceções mencionadas [sistemas absolutamente livre ou absolutamente fechados] somente representam modelos extremos além de irrealizáveis, de modo que os concretos sistemas jurídicos se movem entre as orientações, atribuídas para cada qual em maior ou menor medida».

¹²¹ Para Gascón Abellán (2012: 169), haveria um conflito entre duas garantias: uma epistemológica (inclusão das provas) e outra ideológica (inadmissibilidade da prova). Como bem explica Matida (2009: 54), «relevância e admissibilidade, portanto, são os dois critérios que devem ser observados nessa fase da atividade probatória, no qual o conjunto dos elementos de juízo é estabelecido. São de distintas finalidades: a primeira em favor da cognição, a segunda buscando a observância de outros valores, visto que o processo não se coaduna com a busca da verdade à custa de qualquer outro bem».

uma prova relevante por valores políticos tem natureza contra-epistémica¹²², uma vez que em regra entorpece a investigação sobre os factos.

Posto isso, é comum que o estudo doutrinário aponte apenas para as limitações probatórias vinculadas aos valores políticos, pois em geral são aquelas previstas nos respetivos ordenamentos.

Porém, ao contrário do que parece, a referência a valores políticos não significa que estes sejam os únicos abrangidos pelas regras de exclusão.

Neste contexto, também se encontra a restrição probatória por **fundamentos epistémicos**, a implicar uma exceção ao princípio de que o maior número de informações aumenta a probabilidade de uma decisão correspondente à realidade.

A base da mencionada exclusão deve ser procurada na *common law* e na distinção entre regras de exclusão extrínsecas (*extrinsic policys*) e regras de exclusão intrínsecas (*intrinsic policys*).

Em síntese, enquanto as primeiras (*exclusionary rules of extrinsic policy*) têm como fundamento a proteção de valores políticos, as últimas (*exclusionary rules of intrinsic policys*) fundamentam a inadmissibilidade no benefício epistémico, isso é, em favor da averiguação dos factos¹²³.

Como a inadmissibilidade em geral ocorre naqueles sistemas em que o juiz responsável pela admissão da prova é distinto daquele responsável pelo julgamento dos factos (juiz profissional ou jurado), aponta-se, em sentido crítico, que a exclusão, com tal fim, acaba por representar uma desconfiança quanto à correta valoração das informações.

A considerar que a exclusão, neste contexto, destina-se a proteger o julgador de um potencial erro, denomina-se tal forma de proteção “paternalismo epistémico”¹²⁴.

¹²² Deve ser salientado que algumas limitações probatórias de natureza política podem trazer, de maneira indireta, benefícios epistémicos. Conforme Ferrer Beltrán (2007: 72-74), uma regra que impossibilite apresentar documentos em grau recursal incentiva a apresentação de todos os elementos que dispõem, o que gera um benefício para a decisão de primeiro grau.

¹²³ Corretas a exposição de Damaska (2015: 30) a respeito das regras de exclusão extrínsecas: «As regras que rejeitam as informações obtidas para proteger outros valores que não a busca da verdade, obviamente, não se limita ao mundo da justiça anglo-americana [...]. A própria ideia de recusar-se a usar tais testes apareceu pela primeira vez na lei continental e foi rapidamente aceite – por estranho que pareça – no processo penal inquisitório do *ancien régime*». Gascón Abellán (2004: 131) bem explica a distinção entre limitações que dificultam a averiguação dos factos e as que supostamente contribuem com a averiguação ao repelir a admissão de provas pelo baixo valor epistémico.

¹²⁴ A referência ao termo parte da ideia geral, de acordo com Goldman (1999: 118), de que «as regras probatórias indicadas são projetadas para proteger jurados de sua própria “tolice”, assim como pais podem manter brinquedos ou outros artigos perigosos longe das crianças, ou podem não as expor a certos factos». O termo é também utilizado por Vázquez (2015: 140-148).

Ressalta-se que, embora a exclusão com tal fundamento seja comum no processo penal norte-americano¹²⁵, no sistema continental as regras de inadmissibilidade da prova em geral centram-se na exclusão de provas irrelevantes (a incluir as provas redundantes) e nas provas proibidas (valores políticos), pois a qualidade do elemento probatório (mais especificamente, a fiabilidade da prova) é levada para a fase de valoração da prova¹²⁶.

Porém, por óbvio existem exceções.

Em Portugal, por exemplo, há um princípio geral de inclusão de provas previsto no art. 125.º do CPP: «são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei».

Por outro lado, há as proibições contidas no art. 126.º do CPP, as quais nitidamente se relacionam com as denominadas *exclusionary rules of extrinsic policy* (“dignidade da pessoa humana”, “intromissão na vida privada”, etc.).

Porém, embora assim não vislumbrada pela doutrina, é possível apontar ao menos um meio de prova que pode vir a ser, na prática, excluído por fundamentos epistémicos, isso é, com o fim de evitar uma equivocada valoração e, por conseguinte, uma errónea decisão: a «prova por reconhecimento».

Conforme dispõe o art. 147.º do CPP, a prova referida demanda uma série de procedimentos para que sua fiabilidade seja minimamente estabelecida¹²⁷. Se não observados, estabelece o mesmo art. 147.º, n.º 1, que o reconhecimento «não tem valor como meio de prova, seja qual for a fase do processo em que ocorrer».

¹²⁵ São diversas regras de exclusão probatória por fundamentos epistemológicos. É o caso do testemunho por ouvir dizer (*hearsay rule*) e a restrição a provas que podem, de alguma maneira, influir negativamente na racionalidade da decisão ou que podem vir a ser superestimadas quando comparadas com a sua fiabilidade.

¹²⁶ Tal distinção entre os sistemas é em geral justificada no julgamento pelo júri popular, pois em tais casos poderia haver algum risco na valoração por se tratar de cidadãos leigos e, especialmente, por não ser a decisão motivada, a impedir o controlo revisional a respeito da correta valoração da prova. Entretanto, para Taruffo (2012c: 177), é inadequada a exclusão de provas para um aparente ganho epistémico, pois, ao final, o julgador dos factos estará impedido de ter conhecimento de provas relevantes, a caracterizar-se na verdade como medida contra-epistémica.

No mesmo sentido, Laudan (2013:54) é incisivo ao dizer que, sob o aspeto epistemológico, uma prova relevante sempre deve ser admitida, porquanto excluir provas não é «uma receita promissora de como averiguar a verdade».

¹²⁷ Quanto ao específico meio de prova, o procedimento é o seguinte: «1 - Quando houver necessidade de proceder ao reconhecimento de qualquer pessoa, solicita-se à pessoa que deva fazer a identificação que a descreva, com indicação de todos os pormenores de que se recorda. Em seguida, é-lhe perguntado se já a tinha visto antes e em que condições. Por último, é interrogada sobre outras circunstâncias que possam influir na credibilidade da identificação. 2 - Se a identificação não for cabal, afasta-se quem dever proceder a ela e chamam-se pelo menos duas pessoas que apresentem as maiores semelhanças possíveis, inclusive de vestuário, com a pessoa a identificar. Esta última é colocada ao lado delas, devendo, se possível, apresentar-se nas mesmas condições em que poderia ter sido vista pela pessoa que procede ao reconhecimento. Esta é então chamada e perguntada sobre se reconhece algum dos presentes e, em caso afirmativo, qual. 3 - Se houver razão para crer que a pessoa chamada a fazer a identificação pode ser intimidada ou perturbada pela efectivação do reconhecimento e este não tiver lugar em audiência, deve o mesmo efectuar-se, se possível, sem que aquela pessoa seja vista pelo identificando».

Observa-se que, apesar de não se referir expressamente à inadmissão da prova, a consequência prática não é distinta, pois não poderá servir como eventual elemento de confirmação da hipótese.

Impedir a valoração, no caso, equivale a impedir que sobre a prova incida equivocada valoração, o que indica ser a medida restritiva também imposta por fundamentos epistémicos, embora com aplicação de um sistema distinto do habitualmente percebido nas exclusões contidas no ordenamento norte-americano¹²⁸.

3.3 A valoração da prova no processo penal

Admitidas e praticadas, as provas serão agora objeto de valoração. Aliás, não há incorreção, bem ao contrário, em afirmar que a fase de valoração é posterior à prática probatória e anterior à fase decisória, sendo certo que aquela determina o conteúdo desta¹²⁹.

Porém, possível uma certa mitigação quando se constata, como adverte Ferrer Beltrán (2007: 91), que há, de facto, uma valoração no momento em que a prova é produzida (*in itinere*), em especial no que se refere à fiabilidade, pois deve ser averiguado, por exemplo, a necessidade de ordenar provas sobre a prova ou dirimir alguma dúvida que ainda persista sobre as hipóteses em conflito.

A valoração, porém, em sentido estrito, tem como objetivo, no âmbito de um modelo cognoscitivo, mensurar o grau de confirmação (grau de corroboração ou grau de apoio) de todo o conjunto probatório às hipóteses apresentadas¹³⁰.

A valoração, «atividade de percepção» nas palavras de Nieva Fenoll (2010: 34), constitui o «núcleo do raciocínio probatório», de acordo com Gascón Abellán (2012: 39), que a compreende como um «juízo de aceitabilidade» incidente sobre as provas regularmente

¹²⁸ A respeito da prova por reconhecimento e a finalidade também epistémica da solução presente no processo penal português, explica Santos (2019: 13) que «o afastamento de requisitos necessários à valoração da prova não só atinge as garantias do arguido como contamina a possibilidade de descoberta da verdade, tornando-a menos certa, menos segura, menos verdadeira, poder-se-á dizer. Incumpridos os requisitos da prova por reconhecimento, atingem-se os direitos fundamentais do cidadão. Mas prejudica-se também a descoberta da verdade porque nos desviamos do caminho mais seguro para dar à prova por reconhecimento a segurança devida. E, quando assim é, não só não se favorece a concordância prática como, pelo contrário, se prejudica o núcleo essencial de ambas as finalidades do processo». Acrescenta-se que a proibição de comprovar algum facto com determinado meio de prova, resquício do sistema tarifado, também possui relação com fundamentos epistémicos.

¹²⁹ Neste trabalho, valoração e apreciação serão tratados como termos equivalentes, não obstante parcela da doutrina vislumbrar alguma distinção.

¹³⁰ Se a função da prova no modelo cognoscitivo é servir de instrumento à correta averiguação dos factos, a finalidade da valoração da prova é então o estabelecimento do vínculo final entre as informações apresentadas e o enunciado, o que possibilitará determinar se deve o enunciado ser tido como verdadeiro (enunciado provado) ou falso (enunciado não provado). Neste sentido, afirma Taruffo (2008: 132) «a valoração pretende estabelecer se as provas disponíveis apoiam alguma conclusão sobre o *status* epistémico final desses enunciados e, ao fazê-lo, em que grau».

admitidas e incorporadas ao processo¹³¹.

Em síntese, é o ato de apreciação das provas pelo julgador dos factos.

Explica Silva (2006: 48-49), neste contexto, que a valoração da prova tem um primeiro nível que se refere à aferição da credibilidade dos meios de prova incorporados ao processo e um segundo nível pertinente ao próprio raciocínio inferencial e que se baseia na lógica, na ciência e nas regras de experiência (*sana crítica*, conforme termo encontrado em vários códigos latino-americanos de língua hispânica)¹³².

Por óbvio, cientificar-se a respeito do grau de corroboração da hipótese acusatória não significa, por si, que ela será considerada provada, pois isso dependerá do nível de suficiência da prova (*standard* probatório) previsto na respetiva legislação e que será objeto de estudo nos últimos capítulos¹³³.

A este respeito, Gascón Abellán (2012: 68-76) expõe de maneira bem didática os requisitos necessários para a aceitação de uma determinada hipótese, a partir de seu grau de confirmação: a) requisito da não refutação: a hipótese não pode ser contraditada pelas provas; b) requisito da confirmação: há de ser demonstrado um nexó lógico entre as provas e a hipótese; c) requisito da maior probabilidade: a hipótese há de ser mais provável que outras¹³⁴.

Especialmente a respeito da confirmação, diz a autora que a confirmação é uma inferência indutiva, isso é, o grau de confirmação da hipótese equivale à sua probabilidade que, por sua vez, se refere à «credibilidade da hipótese à luz do conjunto de conhecimentos disponíveis» (Gascón Abellán, 2012: 70).

Posto ser a probabilidade variável, alguns elementos podem fazer com que ela aumente ou diminua.

Tais elementos, também expostos pela autora, são os seguintes: a) o fundamento cognoscitivo e o respetivo grau de probabilidade representado pelas regras e máximas de experiência utilizadas: quanto mais segura a conexão entre a prova e a hipótese, maior a probabilidade. Como exemplo, é possível analisar a distinção entre uma máxima de experiência que se baseia em conhecimento científico e outra que se sustenta em “senso comum”; b) a

¹³¹ Relembra-se, pois oportuno, que o direito à prova abrange o direito à (racional) valoração dos meios de prova.

¹³² Silva (2006: 48) define as regras de experiência como «definições ou juízos hipotéticos de conteúdo genérico, independentes do caso concreto (*sub judice*), assentes na experiência comum, e por isso independentes dos casos individuais em cuja observação se alicerçam».

¹³³ A referência ao “grau de confirmação” já é o bastante para estabelecer que se trata de algo variável e que dependerá justamente do apoio que as provas outorgam à hipótese.

¹³⁴ Acrescenta-se que, enquanto juízo de aceitabilidade que procura estabelecer o grau de confirmação das hipóteses (tanto acusatória quanto defensiva) que decorre das provas aportadas, merece ser mencionada a “indução eliminativa”, por meio da qual quanto mais provas fiáveis favoráveis, maior o grau de corroboração da hipótese, a permitir o afastamento das hipóteses alternativas (Ferrer Beltrán, 2018: 98).

qualidade epistemológica da prova (é possível constatar a distinção entre uma prova relacionada ao perfil genético e outra ao testemunho de um familiar); c) o número de passos inferenciais entre a hipótese última e as provas; d) a quantidade e a variedade de provas¹³⁵ (Gascón Abellán, 2012: 70-75).

Por óbvio, o grau de confirmação da prova dependerá do sistema de valoração adotado no específico ordenamento jurídico, o que a seguir será analisado¹³⁶.

3.4 Sistemas de valoração da prova

Ao analisar a admissibilidade, restou evidente que a mencionada fase compartilha, num ambiente de tensão, valores efetivamente díspares, como são aqueles de natureza epistemológica e os de natureza contra-epistemológica, sendo que a preponderância de um ou outro definirá a admissão ou a exclusão da prova.

Na fase de valoração, contudo, há uma exclusiva preocupação epistemológica: «é o momento da racionalidade», diz Ferrer Beltrán (2007: 46). Porém, a almejada racionalidade não é uma característica sempre encontrada nos sistemas de valoração da prova.

Aliás, justamente pela característica irracional de alguns sistemas é que há alguma polémica a respeito da divisão entre eles.

Constata-se, neste contexto, que a doutrina em geral triparte os sistemas de valoração em ordálios (“juízos de Deus”)¹³⁷, prova legal (sistema tarifado ou certeza moral do legislador) e livre apreciação (sistema livre, certeza moral do juiz, livre valoração ou livre convencimento).

¹³⁵ Haack (2016: 320 e ss.) afirma que valorar provas é algo rotineiro para qualquer indivíduo, que o faz a partir da distinção entre quais informações que recebe são melhores ou piores para tomar alguma decisão ou praticar algum ato. De qualquer maneira, diz, cabe à epistemologia a «articulação teórica do que são as provas e o que as faz melhores ou piores e, ao final, o que faz uma afirmação ser mais ou menos respaldada». Utilizando-se da metáfora da “palavra-cruzada”, a autora explica que é preciso estabelecer: (a) os fatores que determinam se as provas avalizam determinada conclusão e em qual grau o fazem, além de; (b) verificar sob quais condições esses fatores trabalham de maneira a aumentar o grau de confiança quando as peças probatórias são combinadas. De acordo com a teoria funderentista formulada pela jurista britânica, a qualidade das provas resultaria de três fatores: a) o grau de apoio que oferecem a determinada afirmação (força da conexão entre as provas e a conclusão); b) a segurança que oferecem por si, independente da afirmação (segurança independente); c) quão inclusivas são, isso é, «quantas das provais relevantes incluem» (compreensão) (Haack, 2016: 321). Tais fatores permitiram apreender o grau de probabilidade epistêmica de avalizar determinada conclusão. Por óbvio, o bom resultado desta conceção holística dependerá de a combinação das peças probatórias aumentar o grau de apoio, aumentar a segurança independente e aumentar a compreensão. Ressalta-se que a denominação “funderentismo” decorre do intento de conciliar as conceções fundacionalista e coerentista.

¹³⁶ Para Ferrajoli (2002: 43), a «tarefa da investigação judicial, igualmente à de qualquer outro tipo de investigação ou explicação, é eliminar o dilema em favor da hipótese mais simples, dotada de maior capacidade explicativa e, sobretudo, compatível com o maior número de provas e conhecimentos adquiridos com anterioridade».

¹³⁷ Serão denominados “os ordálios” e não “as ordálias” em consideração às obras clássicas portuguesas que assim os designavam. No Brasil, ao contrário, a quase totalidade dos autores opta pelo gênero feminino.

Não obstante, alguns autores inserem, compreensivelmente, os ordálios no sistema de prova legal e dividem o sistema de liberdade probatória entre a íntima convicção e o livre convencimento motivado (persuasão racional), o primeiro vinculado ao júri popular (decisão imotivada) e a segundo ao juiz profissional (decisão motivada)¹³⁸.

Neste trabalho, opta-se pela divisão em ordálios, prova legal e livre apreciação, embora com a divisão do último sistema nos termos antes mencionados (íntima convicção e livre convencimento motivado).

A respeito da ordem de apresentação, acompanhará o acima exposto, embora isso não signifique corroborar a posição de os ordálios figurarem como o primeiro sistema de valoração de prova¹³⁹.

Com exclusiva referência à cronologia dos sistemas, corrobora-se a posição de Nieva Fenoll (2010: 39) de que a livre apreciação, em especial antes de uma efetiva codificação das regras probatórias, foi o primeiro sistema utilizado pelos julgadores.

Posto isso, mais uma consideração é necessária: embora apresentados de maneira cartesiana para a melhor compreensão de cada sistema, deve ser considerado que a separação e independência entre os sistemas é apenas aparente, pois não há verdadeiramente, ao menos no sistema continental, um ordenamento que adote um sistema “puro”.

Ao contrário, conforme Calheiros (2015: 52), ainda que se adote a livre apreciação da prova, como, por exemplo, os casos de Portugal e Brasil, em que há resquícios da prova tarifada¹⁴⁰.

¹³⁸ Neste sentido, a posição de Uberris (2017: 133-136), que compreende existir os sistemas da prova legal, do livre convencimento (livre convicção) e o da convicção íntima, este como uma subespécie do segundo, pois embora os dois tenham em comum a ausência de regras prefixadas do valor probatório de determinado meio de prova, no da convicção íntima é dispensada a motivação no veredito, enquanto o livre convencimento busca a implantação de critérios racionais que se sustentem nas informações legalmente incorporadas ao processo.

¹³⁹ Tal assertiva não decorre da constatação de que, em sentido estrito, os ordálios sequer poderiam ser considerados sistema de valoração, pois o resultado era fruto do acaso (aleatório, portanto) ou da força física e não de uma efetiva apreciação das provas, o que faz Nieva Fenoll (2010) dizer que eram os ordálios um sistema de resolução de conflitos e não de valoração. Aliás, somente a livre apreciação da prova pode ser considerada um «sistema de valoração», pois se os ordálios constituem um método de resolução de conflitos, corrobora-se a compreensão de Ruço (2017: 29) de que a prova legal também não materializa efetivamente regras de valoração da prova e sim regras de aplicação de direito probatório.

¹⁴⁰ Justamente por não existir um sistema puro, cada novo sistema que substitui o anterior conserva do substituído alguns traços característicos, o que também veio a ocorrer entre a prova legal e a livre apreciação (Gascón Abellán, 2004: 13). Resquícios do sistema de prova legal, como bem aponta Dinamarco (2001: 78), podem ser percebidos em normas que estabelecem: (a) presunções legais relativas; (b) limitações à admissibilidade de provas ou que restringem a sua eficácia; (c) a fixação de determinado meio de prova ou da sua estrita disciplina para estabelecimento de algum facto. Em Portugal, podem ser citados como resquícios da prova legal (livre apreciação vinculada): o caso julgado – art. 84.º, a prova pericial – art. 163.º; determinados documentos – art. 169.º, e a confissão integral e sem reservas – art. 344.º, todos do CPP. Para Silva (2006: 40), embora sem a pretensão de regresso ao sistema de prova tarifada, é justamente o «temor do subjetivismo do julgador» o responsável pela edição de regras de direito probatório. A liberdade, acrescenta-se, agora é o comum e a imposição de determinados limites é a exceção.

3.4.1 Os ordálios

Os ordálios ou «Juízos de Deus»¹⁴¹ é um sistema marcadamente irracional de resolução de conflitos e, como antes mencionado, sequer pode ser considerado um verdadeiro modelo de valoração probatória, pois a decisão era tomada a partir da prática de provas que não possuíam relação com o facto controverso.

Apesar da mencionada irracionalidade, deve ser salientado que a referida característica é vista de tal forma com o olhar atual, pois é certo que era, ao tempo de sua existência, considerado, se não racional, ao menos um modelo que permitia aos cidadãos a confiança de que a decisão era justa (no sentido de que os condenados eram merecedores da pena).

Ao ressaltar a lição de Roberto Bartlett sobre tal questão, Mesquita (2011: 33) afirma que os julgamentos eram aceitos pela sociedade e a sua irracionalidade somente foi apreendida com a contínua adoção de outros sistemas de valoração¹⁴².

É também o que compreende Alexandre Herculano, citado pelo mesmo autor (Mesquita, 2011: 33), ao apontar que os ordálios não podem ser valorados de acordo com a compreensão atual e sim em conformidade com os «costumes e ideias de então».

Taruffo (2012c: 20), além de corroborar a necessidade de contextualizar os ordálios, ressalta que eram «culturalmente racionais». Mais ainda, diz o jurista italiano, eram também «funcionalmente racionais», tanto como instrumento de coerção quanto como método de rápida resolução de conflitos.

Portanto, representavam um sistema compatível com uma sociedade ignorante a respeito das «relações de causa e efeito dos fenómenos naturais» e possuidora da crença da interferência da divindade em todos os assuntos, inclusive nas questões jurídicas (Almeida, 2014: 28), próprias do teocentrismo, daí o porquê de buscar em diversas situações a vontade divina (Calheiros, 2015: 33 e ss.)¹⁴³.

De forma geral, como é sabido, os ordálios consistiam em provas nas quais preponderavam os elementos água e fogo¹⁴⁴, com suposta interferência divina para determinar

¹⁴¹ Os ordálios são denominados “juízos de Deus” em virtude de a divindade, ao interferir no resultado das provas, determinar o vencedor e o vencido, o culpado e o inocente.

¹⁴² Diz Mesquita (2011: 33) que «os ordálios não foram abandonados por terem sido irracionais, mas se tornaram irracionais por terem sido abandonados».

¹⁴³ O surgimento dos ordálios teria decorrido, de acordo com Ruço (2017: 25), do declínio do Império Romano, do qual resultou a «ignorância generalizada».

¹⁴⁴ Em sentido amplo, os ordálios também abrangem os juramentos e os duelos. No rol das provas mais “tradicionais”, podem ser citadas: água fervente, ferro em brasa, não afundar na água fria, água contaminada e o duelo.

o resultado justo e compatível com a verdade dos factos¹⁴⁵.

Merece ser afirmado, entretanto, que os ordálios não eram a primeira opção para a resolução do caso. Assim como ocorreu até mesmo em relação ao sistema de prova legal, como será visto, eram utilizados quando havia uma incerteza inultrapassável, o que permite afirmar o seu caráter residual (Taruffo, 2012c: 22).

Em Portugal, ensina Marcello Caetano (*apud* Ruço, 2017: 26)¹⁴⁶, foram praticadas as provas do ferro em brasa e o duelo judicial, sendo que o duelo (combate judicial, lide, desafio pelo repto ou provocação ao duelo) se encontra «entre as poucas instituições comuns às diferentes classes sociais, desde o vilão até ao cavaleiro e ao rico-homem» (Cabral de Moncada *apud* Calheiros, 2015: 45).

Em geral, acrescenta Moraes (2015: 263), o combate era substituto da prova testemunhal em casos de maior gravidade, com a possibilidade de o envolvido na controvérsia contratar terceira pessoa para lutar

Certo é que o “direito foraleiro”¹⁴⁷, expressão comumente verificada na doutrina portuguesa, previa como meios de prova, além daquelas hoje ainda utilizadas (documentos, testemunhas, etc.), a compurgação (testemunhas que declaravam que o juramento de inocência do réu era verdadeiro), o juramento (de nítido aspeto religioso) e, como antes dito, os próprios ordálios (prova da água fervente, do ferro em brasa e os duelos, espécie de ordálio bilateral¹⁴⁸).

De qualquer maneira, embora praticados há séculos, pois mencionados no Código de Hamurabi (1772 a.C) e na Bíblia¹⁴⁹, o Papa Inocêncio III, no IV Concílio de Latrão, em 1215, determinou a proibição dos ordálios ou, mais exatamente, a proibição da consagração dos instrumentos empregados nas provas, a indiretamente implicar o fim do mencionado sistema, pois não se concebia a utilização de objetos sem a consagração (Taruffo, 2012c: 18).

Naquele momento histórico, portanto, houve a paulatina substituição dos ordálios por outro sistema, o da prova legal, o qual buscava inserir a racionalidade, então, não

¹⁴⁵ De acordo com Calheiros (2015: 33), os ordálios eram também possíveis pela não separação entre o que hoje se conhece como “questões de facto” e “questões de direito”.

¹⁴⁶ No mesmo sentido: Calheiros, 2015: 42-44.

¹⁴⁷ O foral era um «documento escrito, concedido, mais frequentemente, porém não exclusivamente, pelos monarcas [...], regulando, em especial, aspetos jurídicos relacionados com reconhecimento e outorgas de direitos e prerrogativas» (Moraes, 2015: 257).

¹⁴⁸ Há divergência quanto a considerar o duelo judiciário como espécie de ordálio. Com exemplo, Ferrasin (2011: 4) menciona Régine Le Jan, Dominique Barthélemy e Oliveir Guillot entre os historiadores que negam tal natureza.

¹⁴⁹ Livro de Números (05, 27-28): (27) « Se ela cometeu adultério contra o marido, a água se tornará amarga dentro dela, o corpo inchará, a coxa ficará mole e ela será uma maldição no meio do povo. (28) « Mas se a mulher não cometeu adultério, estará livre e logo ficará grávida » (Bíblia, 1995: 139).

existente e ao mesmo tempo impedir a arbitrariedade dos julgadores na tomada de decisão¹⁵⁰.

Assim, os “juízos de Deus” cedem o lugar aos “juízos dos homens” e, conforme se verá, aos juízos dos “homens legisladores” e não dos “homens julgadores”¹⁵¹.

3.4.2 A “prova legal”

Como antes afirmado, apesar de alguns autores inserirem os ordálios como pertencentes à fase rudimentar do sistema de prova legal¹⁵² (Badaró, 2016: 419), é possível estabelecer uma concepção que possibilita, apesar de alguns traços em comum, vislumbrar a distinção entre ambas¹⁵³.

Inicialmente, assim como os ordálios representaram uma determinada época, a prova legal era compatível com o momento político, com as concepções filosóficas e, por assim dizer, com a racionalidade daquele período¹⁵⁴.

Quanto ao momento histórico-político, marcado pela pouca liberdade política, é nítido que tal estrutura acabou por também sustentar o vínculo entre a prova legal e o sistema inquisitivo, caracterizado pela prevalência da força oficial sobre os direitos do cidadão.

Porém, até mesmo com o fim de evitar um pensamento binário sobre os sistemas de valoração, apesar da indubitável característica autoritária, não há de se negar que a prova legal teve a pretensão (ao menos inicial) de evitar a proliferação de decisões irracionais e arbitrárias¹⁵⁵.

Em síntese, o sistema tem a sua origem (século XIII) vinculada ao intento de obediência a parâmetros racionais, de evitar o arbítrio e de permitir que, ao final, a verdade dos

¹⁵⁰ Com posição diversa da comumente encontrada na doutrina, é de Nieva Fenoll (2010: 45-49) a compreensão de que não há relação entre ordálios e sistema de prova legal e muito menos que aqueles a tenham antecedido. Para o autor, dando como exemplo o Código de Hamurabi, «as normas sobre os ordálios estão perfeitamente separadas dos preceitos nos quais se introduziram normas de valoração legal, daí o porquê de o vínculo entre uns e outros poder se considerar definitivamente descartado».

¹⁵¹ Ferrasin (2011: 8-12) bem expõe a ausência de uniformidade quanto ao fator preponderante que culminou no fim dos ordálios. Para alguns, os ordálios eram instrumentos para alcançar o consenso em determinados grupos. Assim, com o fortalecimento da autoridade do governante, os ordálios não mais eram necessários para impor a ordem. Outros consideram que o declínio dos ordálios decorreu da alteração das próprias crenças. Neste sentido, o declínio acaba por ter relação com um desejo das próprias autoridades eclesiásticas.

¹⁵² Também denominada prova tarifada, prova vinculada, certeza moral do legislador, entre outras designações.

¹⁵³ Devis Echandia (1974: 84 e ss.) esclarece que os ordálios eram um sistema de prova legal em virtude de resultado não ser objeto de questionamento pelo julgador e independer de sua própria compreensão a respeito dos factos. Sem embargo, continua, há de se distinguir entre o primeiro sistema, que se sustenta no “fanatismo”, e o segundo, no qual havia uma pretensão de racionalidade na determinação do valor probatório de cada elemento.

¹⁵⁴ Em síntese, como afirma Taruffo (2011: 389), as regras de valoração da prova sustentavam-se na «lógica aristotélica-tomista [filosofia escolástica] e depois técnicas da (lógica) combinatória e de análise classificatória».

¹⁵⁵ Este paradoxo é percebido por Cafferata Nores (1986: 41) ao constatar que o sistema tarifado tanto se relaciona ao processo inquisitivo quanto à ausência ou mitigação de dois tipos de liberdade, a judicial e a política. Apesar disso, houve a paradoxal intenção de garantir ao arguido uma decisão que não se revelasse fruto do arbítrio do julgador.

factos fosse retratada¹⁵⁶.

Com a adoção da prova legal, houve a imposição de regras probatórias pelos legisladores¹⁵⁷, de forma tal que a tarefa do juiz se restringia a constatar a existência de provas autorizadoras da condenação, ainda que não estivesse convencido do acerto da decisão, a qual se caracterizava, portanto, como um ato essencialmente burocrático: em certo sentido, o juiz operava como é mero *longa manus* do legislador.

Havia, por assim dizer, uma aritmética das provas com o respetivo estabelecimento de hierarquia e do prévio valor de cada meio de prova, vindo daí a classificação em provas plena, semiplena, quarto de prova, entre outras, com a obtenção do resultado a partir da regulação imposta pelo legislador.

Quanto ao aspeto epistemológico, duas questões são essenciais para a melhor caracterização do sistema.

A primeira se refere ao facto de que havia a pretensão de alcançar a verdade absoluta se satisfeitos os requisitos probatórios, em especial, quando presentes provas positivas¹⁵⁸.

Logo, verificada a presença dos elementos especificados e preenchida a premissa fáctica, a conclusão era considerada necessariamente verdadeira e não meramente provável, como se se tratasse de um raciocínio dedutivo.

A segunda, e que se vincula à primeira, relaciona-se ao facto de que as regras probatórias pretendiam obedecer a uma racionalidade derivada da experiência acumulada pelo legislador em casos pretéritos similares. Não se tratava, assim, de esquemas de prova aleatórios e sim sustentados naquilo que se acreditava racionalmente adequado para o estabelecimento da verdade.

¹⁵⁶ A existência de um sistema com um maior número de regras probatórias que incida sobre a valoração ou sobre outros aspetos materializa um embate entre concepções distintas. Explica Calheiros (2015: 96), neste contexto, a distinção entre as concepções «anomistas» e «procedimentalistas». Para as primeiras, devem ser mínimas ou inexistentes a interferência do Direito na matéria probatória, pois a regulação, como regra, gera algum empobrecimento na averiguação dos factos. O processo, assim, deve ser um ambiente epistemologicamente livre de regras. Pela segunda concepção, postula-se que deve existir uma maior intervenção do Direito, o que de maneira inversamente proporcional significa que a averiguação dos factos não mais configuraria um valor preponderante no processo judicial.

¹⁵⁷ Apesar de a costumeira referência a regras estabelecidas pelos legisladores, Taruffo (2011: 389) e Matida (2009: 70) ressaltam que foram os juristas teóricos os responsáveis pela elaboração doutrinária do sistema de prova legal.

¹⁵⁸ Ferrajoli (2002: 119-122) distingue no âmbito do sistema de provas legais o que epistemologicamente se pode denominar «provas positivas» e «provas negativas». As primeiras são aquelas suficientes para a condenação e as últimas são as necessárias. Mais especificamente, se presente uma prova positiva o julgador há de reconhecer a hipótese acusatória. No segundo caso, se ausente a prova negativa, o julgador não pode reconhecer a hipótese acusatória. Se presente, o julgador pode condenar o arguido (observa-se que não é imposta a condenação, apenas a permite).

O pressuposto era de que a eventual inexistência de regras poderia levar a decisões irracionais, especialmente nos casos em que ordinariamente a valoração da prova se mostrava problemática. A prova legal, portanto, era a solução para diminuir, tanto a insegurança do julgador, quanto a heterogeneidade de decisões para casos similares.

Interessa salientar que, em conformidade com Nieva Fenoll (2010: 52), o sistema de prova legal, que inicialmente se traduzia tão somente como um conjunto de orientações não excludente da liberdade do julgador, passou a ser aplicado de maneira automática, agora com a supressão de qualquer discricionariedade na valoração da prova ¹⁵⁹.

Daí não ser correto se falar, de maneira efetiva, em valoração das provas, porquanto a decisão resultava de um cálculo que determinava, a partir das regras existentes, o respetivo resultado.

Apesar da crítica, admite-se o mérito do sistema de prova legal pela compreensão de que o sistema anterior dos ordálios era inequivocamente irracional.

Além disso, a busca pela interferência divina nos ordálios também representava a equivalência entre o crime e o pecado e entre a sanção e penitência, a também implicar o reconhecimento de que o sistema de prova legal significou a ruptura desse pensamento a partir de uma nova concepção, agora secular.

Entretanto, vários eram os aspetos negativos do sistema de prova legal, a começar pelos equívocos epistemológicos já mencionados e que resultaram numa «concepção autoritária de processo» (sistema inquisitivo), nomeadamente pelo intento de alcançar, se observada a «aritmética da prova», a verdade absoluta (Andrés Ibáñez, 2007: 96).

Além disso, o sistema, apesar de não aparentar, era também irracional, o que o aproximava dos ordálios, conforme apontam vários autores (Calheiros, 2015: 41).

Neste sentido, Gascón Abellán (2004: 12) afirma que tanto os ordálios quanto a prova legal operavam como um modelo de prova formal, não obstante tivesse o último sistema uma aparência de racionalidade sustentada na segurança ofertada por um suposto raciocínio dedutivo que levaria a uma conclusão necessariamente verdadeira e, por assim dizer, infalível, especialmente quando sustentada na confissão (rainha das provas).

¹⁵⁹ Em Portugal, acrescenta-se, o sistema de prova legal, com suas divisões em provas plenas, semiplenas e indícios esteve presente nas Ordenações. Neste caminho, o Livro III das Ordenações Filipinas constitui um bom exemplo da prova tarifada. Conforme Ruço (2017: 29), as Ordenações Afonsinas também incorporaram regras de prova legal ao determinar o resultado da valoração, independentemente de ser o resultado contrário ao que o julgador considerava correto. Somente com os ideais do liberalismo acolhidos no Século XIX, bem materializadas na Constituição monárquica de 1822, repeliu-se o sistema de prova legal com a adoção da livre apreciação.

Porém, diz a autora, a considerar que ambas se apoiavam num «ritual probatório formal e simbólico», é possível, sob tal aspeto, incluí-la também no âmbito da «irracionalidade jurídica» (Gascón Abellán, 2004: 12). A diferença residira, assim, apenas no grau de irracionalidade.

Também para Ferrajoli (2002: 110), o sistema de prova legal não constituiria algo distinto do sistema anterior, no que se refere à irracionalidade, postura antes assumida por Beccaria (2002: 10) ao afirmar que a diferença entre as provas presentes nos ordálios e a tortura no âmbito do sistema tarifado é que esta dependeria do investigado e as outras de um facto alheio à sua vontade, distinção que, dizia o autor, era mais aparente do que real.

Em síntese, como é possível constatar, revelou-se ao final arbitrária a solução encontrada para coibir o arbítrio, tanto que, conforme menciona Pozza (2007: 228), já no século XVI se constata a existência de críticas ao sistema de prova legal, ao processo inquisitório e, em especial, à tortura.

De qualquer maneira, a partir do final do Século XVIII, especialmente com a Ilustração e a Revolução Francesa, (res)surge o sistema da livre apreciação da prova como efetiva reação à prova legal e ao autoritarismo.

Acrescenta-se a esses fatores históricos uma nova conceção a respeito da razão, a renovada confiança na lisura dos juízes não mais vinculados ao Antigo Regime e a possibilidade de julgamentos justos proferidos por cidadãos comuns reunidos em júri popular¹⁶⁰, os quais agiriam sem os vícios até então existentes¹⁶¹.

Em setembro de 1791, por intermédio do Decreto 16-29 setembro, foi assim implantada na França a livre apreciação no julgamento popular, nos seguintes termos: «Jurais decidir conforme ao ónus e aos meios de defesa, segundo vossa consciência e vossa íntima convicção, com a imparcialidade e a firmeza que convém há um homem livre» (*apud* Ferrajoli, 2002: 111).

Por todo o contexto acima relatado, constata-se que a livre apreciação, mais do que um sistema de valoração de prova, constituía um método contra uma conceção autoritária de processo representado pela Inquisição, o que faz com que a sua análise crítica deva ocorrer no contexto de um processo penal necessariamente vinculado à tutela da liberdade individual, o que se pretende fazer a partir deste momento.

¹⁶⁰ A instituição do júri também foi possível por uma separação ao tempo mais precisa entre questões de facto e questões de direito.

¹⁶¹ Os fundamentos para o abandono do sistema de prova legal encontram-se, entre outros, de acordo com Pozza (2007: 225-226), nas teorias de Montesquieu, na influência dos jusnaturalismo e nas teorias contratuais materializadas, ao tempo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

3.4.3 A “livre apreciação das provas”

O abandono do sistema de prova legal significou a possibilidade de o julgador dos factos valorar a prova de maneira livre, o que, aparentemente, significava um avanço inegável à liberdade judicial e à própria averiguação da verdade¹⁶².

O abandono do sistema tarifado, entretanto, embora no contexto de uma estrutura acusatória e não mais inquisitorial, veio por meio da adoção do júri popular, como já mencionado, órgão colegiado que foi implantado no mesmo contexto da liberdade de valoração probatória¹⁶³.

Com isso, a decisão por um órgão colegiado e sem a obrigatoriedade de motivá-la passa a ser a regra no novo sistema, modelo denominado pela doutrina como “íntima convicção”¹⁶⁴.

Não surpreendentemente, a união entre a liberdade de apreciação, o julgamento popular e a ausência de motivação dos vereditos culminaram num sistema potencialmente irracional e arbitrário, justamente o que se pretendia evitar¹⁶⁵.

Agora bem, as características do novo sistema, em especial os relacionados com os julgamentos por jurados, podem ser mais explicadas pelos contextos histórico e políticos do que por uma pretensão de racionalidade das decisões, que de facto não se verificou.

Acrescenta-se, pois fundamental na análise, a presença de um problema estrutural na conceção inicial, o que nitidamente agravou o quadro de irracionalidade, a sustentar a afirmação de Ferrajoli (2002: 113) de que tal período representou «[...] uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais».

Conforme exposto, o sistema anterior era definido pela imposição de regras probatórias que definiam o resultado da valoração da prova. Neste sentido, o sistema de prova

¹⁶² Há uma estrita relação entre averiguação da verdade e o sistema da livre apreciação, pois a existência de regras previamente determinadas pelo legislador e que estabelecia a decisão a ser tomada em geral não representava o que de facto efetivamente ocorreu.

¹⁶³ Nieva Fenoll (2010: 77), cuja posição é minoritária no tema, não corrobora a narrativa de que há uma intrínseca relação entre o Tribunal do Júri e o afastamento da prova legal, lição comum na doutrina, pois, de acordo com o jurista espanhol, em alguns ordenamentos (era o caso do sistema inglês) coexistiram prova tarifada e julgamento por jurados.

¹⁶⁴ Autores como Pozza (2007: 226) apresentam uma distinção entre a “íntima convicção” e o “julgamento segundo a consciência” (*iudicium secundum conscientiam*): embora fundados na “certeza moral” do julgador do facto, o convencimento, no primeiro, se refere exclusivamente à prova incorporada ao processo; no segundo, incide sobre todas as informações que forem conhecidas pelo julgador, até mesmo aquelas que obteve em caráter privado.

¹⁶⁵ Ao lado da ausência de motivação, a oralidade e a imediação também passaram a ser a regra em virtude da adoção do Tribunal do Júri como instituição jurídica fundamental pelos ideólogos da Revolução Francesa, que enxergavam nos juízes profissionais características bem negativas, seja pela ausência de profissionalismo, pela corrupção ou pela ligação com o Antigo Regime.

legal poderia ser definido como um sistema com critérios positivos de valoração.

Contudo, afastada a prova legal e assegurada a plena liberdade de valoração, é fácil concluir que o único critério existente era “negativo”, isso é, o julgador não mais precisava obedecer a qualquer regra prévia para decidir.

Não houve, portanto, a materialização de critérios positivos distintos daqueles existentes na prova legal. O resultado, certamente previsível, foi a ausência de limites para o veredito e, assim, o julgador dos factos estava autorizado a fazer tudo, inclusive o que materializava tão somente a sua preferência.

A alteração do sistema, portanto, representou de maneira preponderante apenas a modificação da fonte de irracionalidade: antes, o legislador; depois, o próprio julgador.

Em outras palavras, a livre apreciação, por óbvio no contexto da íntima convicção, erroneamente interpretada como liberdade para qualquer coisa, resultou num sistema com decisões imotivadas e incontroladas e, por assim dizer, intuitivas¹⁶⁶.

Mais ainda, também acabou por se traduzir em efetiva ausência de valoração, ao menos no seu aspeto racional, uma vez que o subjetivismo e o decisionismo adquiriram força notória, revelando-se a decisão a expressão de um «momento místico» e incontrolável de que fala Andrés Ibáñez (2007: 198)¹⁶⁷.

De facto, o sistema da livre apreciação não possui conteúdo a ele ontologicamente vinculado que oriente o julgador sobre a forma de se valorar uma prova ou sobre critérios que devam ser utilizados, razão pela qual não impediu que viesse a ser um sistema tão ou até mais arbitrário do que o da prova legal, pois sustentada a decisão em escolhas subjetivas¹⁶⁸.

¹⁶⁶ É também a posição de Ruço (2017: 33-34) a respeito do sistema da livre valoração da prova: ao afastar o sistema anterior, então considerado inadequado para o correto estabelecimento dos factos, houve a sua substituição por outro sistema que, considerado apenas quanto ao seu critério negativo, a saber, a não determinação de regras prévias pelo legislador, expressou similar arbitrariedade, pois a inexistência de regras prévias não indicava o método de valoração em sua integralidade, a se revelar, desta maneira, incontrolável. Não é distinta a crítica de Taruffo (2018: 30) quanto à íntima convicção, nomeadamente ao afirmar a sua extrema subjetividade e respetiva arbitrariedade, a ela se referindo como «uma espécie de autoanálise psicológica e moral, ou seja, de uma introspecção realizada pelo sujeito que deve decidir com o fim de alcançar a “certeza”, talvez “absoluta”, em torno da verdade dos factos», a se caracterizar como irracional. Para o jurista italiano, há uma relação entre a íntima convicção, a valoração holística e a compreensão sobre a função persuasiva da prova.

¹⁶⁷ A desnecessidade de motivação das razões que levaram o julgador a determinada decisão acarreta não somente um obstáculo à transparência (em sentido amplo) que deve nortear a jurisdição, bem como dificulta o controlo pelas partes, pelos órgãos revisores e, em especial, pela própria sociedade, além de possibilitar, ainda que sejam instruídos a não fazê-lo, que os julgadores se utilizem de informações que não foram aportadas ao processo, a se revelar, reafirma-se, um sistema nefasto tanto sob o aspeto da racionalidade quanto das liberdades e garantias individuais. Ressalta-se, por oportuno, que a íntima convicção não esteve ao tempo restrita ao julgamento pelo Júri, pois abrangia também o julgamento por jurados profissionais.

¹⁶⁸ Como afirma Lluich (2012: 193), o sistema da íntima convicção (certeza moral do juiz) não somente libertou o julgador das regras da prova tarifada como também o liberou de toda e qualquer prova, bem como das regras da lógica e da ciência.

Apesar disso, a constatação dos erros oriundos do novo sistema possibilitou a reformulação da livre apreciação probatória com o abandono paulatino da íntima convicção e do próprio julgamento popular, porém não de maneira absoluta, pois mantidos em determinados ordenamentos¹⁶⁹.

Consequentemente, novo aperfeiçoamento do sistema de valoração, embora com bastante divergência quanto à origem, surge com a imposição da motivação das decisões, com a possibilidade de controlo e com a exigência de referências racionais para a valoração, sistema que se denomina livre convencimento motivado, livre apreciação motivada ou persuasão racional¹⁷⁰.

Assim, pelo sistema da persuasão racional, a liberdade na apreciação constituía-se como liberdade limitada, agora já não pelas regras tarifadas pelo legislador e sim pelas regras da *sana crítica*, a saber, utilização da lógica, da ciência e das máximas de experiência (estas fundadas e não subjetivas)¹⁷¹.

Portanto, corrobora-se a feliz expressão de Devis Echandia (1974: 101) de que «a livre apreciação não é liberdade para a arbitrariedade», razão pela qual, repisa-se, a efetivação do sistema como uma garantia epistemológica impescinde da aplicação de modelos racionais e controláveis e que incidam sobre o conhecimento de hipóteses caracterizadas como meramente prováveis, sob pena de uma mera substituição de uma «certeza nefasta (prova legal) por uma incerteza (livre apreciação da prova)».

A liberdade da prova, assim, tem de ser percebida como uma liberdade por meio da qual «não se pense em proclamar o império do arbítrio, do capricho, da vontade desregrada e discricionário na avaliação e julgamento das provas» (Ruço, 2017: 35)¹⁷².

¹⁶⁹ Como ocorre no Brasil, por exemplo, em que o voto é sigiloso e não há a obrigatoriedade de motivação, sequer sucinta, do veredito, quando se tratar de júri popular. Em Portugal (cujo modelo é o escabinato) e Espanha há a necessidade de fundamentar a decisão.

¹⁷⁰ Em Portugal, de acordo com Guerra (2015: 32 e ss.), deve-se aos ideais liberais e à instauração da monarquia constitucional (Constituição de 1822), com posterior revisão do CPP (1931), a adoção da livre apreciação motivada. Ainda mais, também contribuiu a compreensão de que as questões de valoração de prova eram abrangidas pelo que se entendia como questões de direito, aptas ao controlo por meio de recurso. Consequência dessa alteração, a equivalente compreensão de que a liberdade de apreciação demandava o dever de valoração com base em critérios fundamentados, objetivos e controláveis.

¹⁷¹ A convicção judicial não é, como expõe Andrés Ibáñez (2007: 174), um «estado anímico de certeza» e tampouco um «movimento da alma». De facto, o conteúdo da convicção num sistema racional deriva de um «estado de conhecimento, que se deve alcançar num marco de um processo contraditório, por um curso racional e criticamente autocontrolado de obtenção e valoração de dados».

¹⁷² Para Costa (2013: 363), a opção pela livre apreciação é tão somente a «resignação diante da falta de uma alternativa melhor [...] do que a solução que se impõe pelos seus próprios méritos».

Em síntese, constata-se que a livre apreciação é, de facto, uma condição para o correto estabelecimento dos factos; porém, não é suficiente, uma vez que dela não se extraem os critérios positivos que devem ser observados na valoração racional¹⁷³.

Logo, faz-se necessário postular a presença de critérios (“positivos”) complementares ao conteúdo (“negativo”), de maneira que, em sua integralidade conceitual, a liberdade de apreciar a prova não signifique liberdade para livrar-se da prova, como adverte Andrés Ibáñez (2017: 198), e sim a «liberdade para a objectividade» de que fala Germano Marques da Silva (*apud* Ruço, 2016: 36)¹⁷⁴.

Tal preocupação, embora não se desconheça uma censurável mitigação das exigências acima mencionadas, é objeto de reiteradas decisões judiciais, como se constata:

A livre apreciação da prova não significa apreciação arbitrária da prova, mas antes a ausência de critérios rígidos que determinam uma aplicação tarifada da prova, traduzindo-se tal livre apreciação numa valoração racional e criticamente fundamentada das provas, de acordo com as regras da experiência comum e com a corroboração pelos dados objectivos existentes, quando se trate de questão em que tais dados existam. (Ac. TRP, proc. n.º 3239/17.0, de 07/01/2019)

O que importa para satisfazer a exigência legal do exame crítico das provas imposta, sob pena de nulidade, pelas disposições conjugadas dos arts. 379º n.º 1 al. a) do CPP é que a fundamentação da decisão de facto expresse, com clareza, quais as regras de experiência comum, os critérios de razoabilidade e de lógica, ou os conhecimentos técnicos e científicos utilizados para conferir credibilidade a determinados meios de prova e não a outros e, em que medida, os meios de prova produzidos oferecem informação esclarecedora e convincente que permite considerar provados os factos ou, pelo contrário, não oferecem segurança para alicerçar uma conclusão positiva acerca da verificação de determinados factos e, por isso, se justifica a sua inclusão, nos factos não provados. (Ac. TRL, proc. n.º 133/17.4, de 08/01/2020)

Deste modo, a arbitrariedade que pode resultar da livre apreciação somente é rechaçada se adotado um modelo cognoscitivo e, por assim dizer, com uma base racional, objetiva, motivada e controlável, na qual se adote métodos científicos de confirmação e refutação de hipóteses, afastando-se de concepções subjetivas e especulativas, como diz Lobo (2017: 227), ao comentar o art. 127.º do Código de Processo Penal, núcleo do sistema de valoração português,¹⁷⁵.

¹⁷³ É, de acordo com Matida (2009: 73), «uma garantia epistemológica “em negativo”».

¹⁷⁴ Humberto Theodoro Júnior (*apud* Knijnik, 2001: 02) apresenta algumas características que devem ser compreendidas numa noção não arbitrária de livre apreciação da prova: a) não deve implicar um convencimento aleatório; b) somente pode sustentar-se em elementos insertos no processo; c) as presunções e eventuais resquícios do sistema tarifado são de observância obrigatória; d) se não houver presunções ou regras de prova legal, a valoração deve ser realizada de maneira racional, com base na lógica, na ciência e nas máximas de experiência; e) a motivação é exigência inafastável e pode ser objeto de revisão.

¹⁷⁵ A livre apreciação da prova está prevista no CPP em seu art. 127.º: «Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente», a reafirmar a adoção da liberdade de valoração em conjunto com os critérios positivos caracterizados pela racionalidade, motivação e controlo. Não difere, em sua essência, do sistema expressamente adotado no Brasil, conforme art.

Como conclusão, verificada a inadequação epistemológica do sistema da prova legal, há de se reconhecer, na livre apreciação, uma garantia epistemológica, embora somente efetivada com a adoção de critérios positivos que sejam racionais e objetivos, bem como suscetíveis de motivação¹⁷⁶ e controlo, como forma de melhor cumprir, de maneira ponderada, as funções de correta averiguação dos factos e de proteção contra o arbítrio¹⁷⁷.

155.º do CPP_{BRA}: «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».

¹⁷⁶ A motivação da sentença, essencial no modelo cognoscitivo aqui sustentado, possui uma “função endoprocessual” (interna) e que se relaciona com a possibilidade de as partes interpirem recursos contra a decisão e ataquem as razões que a fundamentaram, bem como do órgão revisor de controlar aqueles fundamentos, e uma “função extraprocessual” que se relaciona à legitimidade da decisão perante os destinatários da função jurisdicional, o que inclui todos os cidadãos e não somente as partes. Há, desta forma, razões que se referem à transparência, ao controlo das decisões e à garantia do direito de defesa a ser exercido por intermédio de recursos. A motivação também é relevante no contexto dos precedentes, fundamentais na *common law* e cada vez mais adotados em países com tradição na *civil law*. Ressalta-se que não se deve considerar a motivação como a exposição do processo mental realizado pelo julgador e que culminou naquele específica decisão e sim como a materialização dos fundamentos racionais que a sustentam, ou como aponta Taruffo (2011: 435), «uma justificação racional elaborada *ex post* a respeito da decisão, cujo objetivo é, em todo caso, permitir o controlo sobre a racionalidade da própria decisão», definição compartilhada por Calheiros (2008: 73). Como corretamente diz Silva (2006: 52), «a fundamentação não é um critério de valoração da prova, é simplesmente um meio ao serviço da racionalidade e da transparência da decisão [...]».

¹⁷⁷ Como ressalta Ferrer Beltrán (2007: 46), a adoção da livre apreciação retira a possibilidade de proferir decisões que não sejam racionais sob a indevida justificativa de existência de regras jurídicas impeditivas da liberdade judicial no âmbito.

4. STANDARD PROBATÓRIO

Um sistema sem standards probatórios é um sistema sem regras de justificação das decisões sobre os factos.

Jordi Ferrer Beltrán (2020: 777)

Restou bem estabelecido como premissa deste trabalho a natureza probabilística do raciocínio probatório, a resultar na admissão da falibilidade do processo como instrumento epistémico.

O reconhecimento da falibilidade tem como consequência, por um lado, a preocupação em dotar o processo de mecanismos aptos a diminuir ao máximo possível a incidência de erros¹⁷⁸.

Por outro lado, ciente de que nenhum mecanismo procedimental tem força para impedir de maneira absoluta que eles ocorram, é necessário que se estabeleça a sua distribuição, o que equivale à determinação de qual parte processual suportará (se é que haverá tal distinção) o maior número de erros e em qual proporção há de suportar¹⁷⁹, tema que será tratado a partir de agora.

4.1 Presunção de inocência, *standard* probatório e distribuição de erros

A análise dos mecanismos de distribuição de erros deve começar por uma advertência: apesar de esta distribuição ser feita por meio de mecanismos processuais que se materializam em forma de princípios, regras ou guias de orientação, a definição da distribuição não é de ordem jurídica ou epistemológica e sim de natureza política (mais exatamente, ético-política), pois se refere ao nível de tolerância da sociedade quanto aos desdobramentos do erro judicial na tomada de decisão.

Para tanto, é necessário de imediato ressaltar que o erro judicial, que importa no âmbito epistemológico, não é somente aquele que frequentemente é objeto de maior atenção, qual seja, a de inocentes que são condenados.

¹⁷⁸ No caso, por mecanismos que se relacionam à investigação do facto, à correta instrução do processo, ao controlo das decisões judiciais, etc., de forma que se considere não bastar, sob o âmbito epistemológico, que um enunciado seja declarado provado e sim que o enunciado provado seja verdadeiro (correspondente à realidade).

¹⁷⁹ Em síntese, enquanto a diminuição de erros é uma questão epistemológica, a distribuição de erros é uma questão “política”.

O erro judicial, de maneira complementar, expressa-se tanto na decisão que aceita como verdadeiro o que é falso, como na que adota como falso (ou não verdadeiro) o que é verdadeiro, a abranger, portanto, os “falsos positivos” (condenação de inocentes) e os “falsos negativos” (absolvição de culpados)¹⁸⁰.

Definir a distribuição de erros, portanto, significa estabelecer a simetria ou assimetria (e em qual proporção) entre declarar provado o que é falso ou não declarar provado o que é verdadeiro.

Por conseguinte, todas as vezes que, a partir de uma valoração política, se percebe que um determinado erro é mais custoso para uma parte do que para outra, a distribuição já não será apresentada de maneira simétrica.

A partir daí, caberá definir para qual parte haverá maior custo e qual a medida: quanto mais desproporcional o custo entre as partes, maior será a assimetria na distribuição¹⁸¹.

Explica-se: no âmbito penal, é comum acolher a formulação (ou proporção) de Blackstone (1893: 501), isto é, preferível a absolvição de dez culpados à condenação de um inocente.

Da referida orientação é possível apreender algumas premissas que consistem no facto de que (a) erros judiciários existirão; (b) em decorrência de tais erros, há o risco potencial de condenação de inocentes; (c) é de maior gravidade a condenação de inocentes quando comparada com a absolvição de culpados.

Compreende-se, assim, a partir da formulação antes referida, que no processo penal os riscos de erro devem ser mais suportados por uma parte (Estado) do que pela outra (arguido), pois a parte beneficiada com a distribuição seria submetida a consequências de extrema gravidade caso tivesse de suportar o erro na decisão, em especial a restrição de liberdade ou, a depender do ordenamento jurídico, até mesmo a pena capital¹⁸².

¹⁸⁰ Adotada a teoria da verdade como correspondência, o critério para dizer que alguém é efetivamente culpado ou inocente não se refere ao que se declara provado e sim ao facto de ter ou não praticado o delito contra si imputado. Reafirma-se, então, que há duas possibilidades de erros na tomada de decisão: o primeiro, quando um culpado é inocentado; o segundo, quando um inocente é condenado, pois em ambos os casos a decisão não corresponde à realidade.

¹⁸¹ A definição a respeito da política de distribuição de erros, como se constata, passa a não ser do julgador e sim do legislador, tudo a partir de valores e funções diversos e que se referem à «estrutura processual, das finalidades a que se propõem os processos em concreto, dos valores éticos-políticos que se considerem prioritários [...] e da regulação processual das cargas probatórias que se atribuem às partes» (Marques, 2019:100).

¹⁸² Assim, a opção política determinada pelo legislador e materializada no ordenamento jurídico por meio de mecanismos de distribuição de erros refere-se, então, ao *quantum* de uma decisão errada contra uma parte ser mais grave quando comparada com a decisão errada contra a outra parte.

Da constatação de maior ou menor gravidade das consequências do erro decorre a diferente mensuração da distribuição de erros, sempre dependente de vários fatores, incluso o tipo do processo (civil, laboral, administrativo, etc.).

Como exemplo, num processo civil cuja controvérsia é essencialmente patrimonial, em regra não haveria justificativa para uma distribuição assimétrica, pois o erro judicial mereceria ser suportado de maneira equivalente entre as partes: do “preferível dez (ou vinte ou trinta ou cem) culpados absolvidos a um inocente condenado” restaria o “não há preferência, quanto ao erro judiciário, entre um culpado absolvido e um inocente condenado”¹⁸³.

Não basta, entretanto, determinar se a distribuição de erros será ou não simétrica, pois, em caso negativo, ainda será necessário estabelecer a medida da assimetria¹⁸⁴, o que se faz a partir dos mecanismos de distribuição e dos critérios que os definem.

Tais mecanismos, no âmbito processual penal, são basicamente o *in dubio pro reo*, o ónus da prova e o *standard* probatório, que se encontram vinculados ao princípio da presunção de inocência¹⁸⁵.

A respeito do referido princípio, fundamental no exame das questões probatórias, embora não se possa afirmar que sua adoção se inicia com o acolhimento das ideias iluministas, pois já presente no próprio Direito Romano, de facto pouco restou de sua aplicação com o estabelecimento do sistema inquisitivo, vindo a ser (re)incorporado em ordenamentos jurídicos e estatutos internacionais a partir da reafirmação da liberdade individual como um dos valores a embasar o processo penal.

A presunção de inocência, em síntese, pode ser vislumbrada como princípio informador de todo o processo penal, como regra de tratamento e regra de juízo (regra de julgamento ou regra probatória).

Quanto à regra de tratamento, decorre da presunção de inocência a vedação de imposição de quaisquer medidas que somente são compatíveis com a condenação em definitivo.

¹⁸³ O exemplo, por óbvio, é apenas para melhor compreender, certo de que não seriam sempre utilizados os termos “culpado” e “inocente” no processo civil. De qualquer forma, no processo civil, aponta Rivera Morales (2011: 306), considera-se teoricamente equivalente o “custo” do erro, ou seja, não há diferença entre as partes: «uma decisão a favor do autor não resulta pior que uma em favor do demandado», distinto do que é considerado no processo penal, justamente pelos valores que serão sacrificados em decorrência do erro.

¹⁸⁴ É certo que se a política de distribuição opta pela simetria, isso sempre equivalerá à metade para cada parte.

¹⁸⁵ A presunção de inocência está estabelecida no art. 32.º, n.º 2, da CRP: «Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

A respeito da terceira (regra de juízo), de maior interesse para este trabalho, deriva do princípio o facto de caber à acusação demonstrar a culpa do réu (ónus da prova), a resultar que a dúvida deve favorecer o arguido (*in dubio pro reo*)¹⁸⁶.

Além destas habituais menções, não se deve olvidar que a presunção de inocência tem, como princípio informador de todo o processo penal, um carácter funcional ao evitar que o juiz prejudique o arguido a partir de vinculações psicológicas.

Tais vinculações, de acordo com Nieva Fenoll (2012: 283), adviria do pensamento intuitivo de que quem é acusado é provavelmente o culpado do delito, o que se conhece como “heurístico da representatividade”, que se consubstancia num modo de raciocinar no presente, a partir da utilização de estereótipos¹⁸⁷.

Além desse risco, há outro representado pelo viés cognitivo que levaria a confirmar a hipótese objeto de prévio acolhimento e que é habitualmente representada no enunciado acusatório (“viés de confirmação”).

Assim, adotada a livre apreciação, como já exposto, a presunção de inocência é um obstáculo ao referido o atalho cognitivo que favoreceria o acusador. Logo, como diz Nieva Fenoll (2012: 285), somente o referido princípio, com sua força de orientação, poderia preponderar sobre uma outra força tão pujante como o pré-juízo da culpabilidade. A presunção de inocência, neste sentido, é um «mandato contra a arbitrariedade» (Molina, 2012: 232).

Portanto, com a presunção de inocência e as regras que dela decorrem, o legislador expressa a opção pela distribuição assimétrica de erros no processo penal, de forma que a escolha é sempre no sentido de beneficiar o arguido em detrimento da acusação¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Atenta-se que, para autores como Nieva Fenoll (2012: 277), é até mesmo desnecessária a referência ao ónus da prova, a considerar tal instituto estranho ao processo penal e, por conseguinte, inútil, pois se há incerteza a respeito da veracidade ou não do enunciado acusatório, a solução advém da aplicação do princípio da presunção de inocência e não da regra pertinente ao ónus probatório.

¹⁸⁷ O pensamento seria relacionado ao que comumente ocorreu em processos anteriores: o número de condenados depois de recebida a acusação é razoavelmente maior que do o número de absolvidos. Assim, diz Nieva Fenoll (2012: 284), «[...] a fim de evitar que pese no julgador um pré-juízo inicial da culpabilidade do acusado, seu ânimo deve estar disposto à absolvição, e deve mantê-lo até que já não seja possível ante as evidências apresentadas. Isso não se produz apenas ao final do processo, no momento de proferir a sentença, e sim desde o momento em que a prova é apresentada pela primeira vez no processo», o que impõe considerar a presunção de inocência como regra incidente sobre toda a atividade probatória.

¹⁸⁸ A relação entre a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* não é uniforme na doutrina. Maioritariamente, compreende-se que o segundo decorre da primeiro como regra de julgamento. Para Rivera Morales (2011: 313), presunção de inocência e *in dubio pro reo* são expressões distintas que intentam a resolução da mesma situação e que se referem à incerteza sobre a questão fáctica, razão pela qual o *in dubio pro reo* nada mais é do que uma «forma de realização da presunção de inocência». Há também orientação no sentido de que haveria uma distinção entre a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*. A presunção de inocência incidiria quando não fossem incorporadas ao processo provas da culpa ou quando as provas não obedecerem às garantias processuais. O *in dubio pro reo*, por sua vez, seria observado quando houvesse prova da culpa, porém não em grau suficiente para que o enunciado acusatório fosse declarado provado.

Entre os mecanismos de distribuição de erros, o estudo centra-se no nível de suficiência probatória para se declarar provado o enunciado acusatório, isso é, o *standard* probatório.

Inicialmente, relembra-se que a análise do *standard* probatório pressupõe que as provas já foram admitidas, incorporadas e valoradas, razão pela qual o tema se insere no último momento da atividade probatória, qual seja, a decisão¹⁸⁹.

Enfim, se o estabelecimento da questão fáctica não mais se refere ao alcance da verdade absoluta, caberá ao julgador avaliar se o grau de confirmação da hipótese acusatória permite declará-la provada. Nestes termos, pode ser o *standard* de prova¹⁹⁰ definido como o nível (medida ou grau) de prova necessário para se declarar provado um enunciado fáctico¹⁹¹.

Acrescenta-se que a definição de *standard* num modelo cognoscitivo demanda a referência a termos que podem ser objetivados e que, portanto, não se vinculem ao estado psicológico do julgador, razão pela qual é adequada a utilização de nível, grau ou medida que se refiram à prova ou aos elementos incorporados ao processo.

Logo, não se considera correta a referência isolada ao grau de convencimento, grau de convicção, grau de certeza, etc., pois isso não destoa de formulações que se apegam à natureza subjetiva da decisão, tais como “profunda e íntima convicção”, “convicção segura”, entre outros termos¹⁹².

¹⁸⁹ Corroborar-se a posição de Lluch (2012: 192) sobre o facto de o *standard* de prova incidir num momento posterior da valoração, o que implica que os sistemas de valoração praticados na *civil law* não bastam para definir o nível de suficiência probatória. Apesar disso, não se despreza uma relação recíproca entre o sistema de valoração e o *standard* probatório, pois a valoração deve ser realizada de forma a atender as exigências que estão incorporadas aos critérios de suficiência probatória, enquanto a definição dos critérios dependerá do sistema de valoração da prova adotado no ordenamento jurídico. Também Knijnik (2007: 19) assevera que para se obter objetividade na valoração, é necessário que antecipadamente se sabia qual o modelo de constatação será aplicado na decisão da causa.

¹⁹⁰ Também denominado “medida da prova”, “dose de prova”, “nível de prova”, “modelos de constatação”, entre outras. Em inglês também não há homogeneidade: *standard of proof*, *sufficiency of evidence*, *measure of persuasion*, *degree of belief*, *degree of evidence*, etc.

¹⁹¹ A definição acima exposta não é essencialmente distinta da apresentada na doutrina. Neste contexto, Laudan (2013: 104) define *standard* probatório como o «grau mínimo que deve ser satisfeito para asseverar que uma hipótese tenha sido provada». Nas palavras de Ferrer Beltrán (2020: 778), «grau de probabilidade a partir do qual se está disposto a dar por provada a hipótese». Para Accatino (2011: 486), o *standard* «determina quando resulta justificado aceitar (ou recusar) uma proposição fáctica num processo judicial, apesar das condições de incerteza nas quais este juízo tem lugar». Diz Rúa (2010: 76) que os *standards* «são os critérios que indicam quando foi conseguida a prova de um facto; são os critérios que indicam quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese». É também a definição de Gascón Abellán (2012: 77): «são os critérios que indicam quando foram alcançados a prova de um facto». Por sua vez, Lluch (2012: 175) define «dose de prova» como «a regra que estabelece o nível de suficiência probatória».

¹⁹² No sentido aqui questionado, Mendes (2019: 19), a partir de Stein (1997: 573-589), define medida da prova como equivalente ao «grau de convicção que o julgador tem de atingir para dar como provadas as alegações de facto sujeitas a sua apreciação». Marques (2019: 98) afirma que *standards* probatórios «são critérios de decisão, traduzidos no grau de convencimento que se exige do julgador para poder decidir que um facto está provado e, portanto, é verdadeiro em determinado contexto». Badaró (2016: 435), por sua vez, refere-se ao *standard* como «critérios de decisão» que indicam o «grau de convencimento que se exige do julgador para poder decidir que um

De tal modo, a objetividade que se exige de um *standard* probatório não pode ser alcançada se em sua própria definição prepondera a referência psicológica.

Não importa, assim, o grau de convicção do julgador na veracidade do enunciado e sim o grau de apoio das provas em favor de uma hipótese, o que ato posterior permitirá estabelecer se o grau obtido é ou não suficiente para considerá-la provada¹⁹³.

A respeito da função do *standard* probatório, já foi mencionado que o raciocínio judicial é essencialmente um raciocínio probabilístico. Disso resulta que o conhecimento, na quase totalidade dos casos, se situa nos graus intermediários, a significar que considerar um enunciado provado não implica, em termos probabilísticos, “tudo ou nada”.

De facto, embora a verdade de um enunciado não admita gradação, pois em sua correspondência com a realidade o enunciado é verdadeiro ou falso, o conhecimento obtido é variável e pode se aproximar ou se afastar a depender das informações aportadas ao processo (Marques, 2019: 72).

Neste âmbito, a gradação, por óbvio, se imaginar de “0” até “1”, seria em ordem ascendente do não conhecimento (“0”) ao conhecimento absoluto (“1”).

Quanto à primeira hipótese (ausência de conhecimento), a prática orienta a desprezar em geral tal possibilidade, pois há filtros para a instauração de investigações e de processos que demandam algum nível desde a fase inicial.

Por outro lado, a hipótese contrária, de conhecimento absoluto (a abranger a segurança de tê-lo alcançado) é inatingível pelas limitações antes mencionadas neste trabalho, além de ser incompatível com o raciocínio indutivo em geral utilizado.

É neste sentido que Gascón Abellán (2005: 129), em esclarecedora lição, assevera que valorar livre e de maneira racional a prova é, em síntese, avaliar o grau de probabilidade de a hipótese ser verdadeira de acordo com as informações incorporadas ao processo.

De maneira didática, poderia ser formulado o seguinte esquema: (a) de início, o juiz analisa quais provas devem ser admitidas; (b) depois, as provas admitidas serão praticadas e incorporadas ao processo; (c) passo seguinte, as provas serão objeto de valoração, tanto individual (atomista) quanto em conjunto (holística); (d) valoradas, será apreendido o grau de

facto está provado». Apesar da crítica a essas definições, uma visão mais otimista é apresentada por Haack (2013: 71) ao considerar, em relação à estrutura dos *standards* probatórios, que «o grau de convicção de uma pessoa racional estará em proporção, ao menos aproximadamente, às forças das provas».

¹⁹³ Na mesma perspectiva, sustenta Laudan (2013: 125): «um *standard* probatório apropriado não depende de nossa confiança subjetiva na verdade de uma hipótese; ao contrário, o *standard* probatório nos permite determinar se nossa confiança na verdade em questão está justificada».

confirmação que os elementos aportam (ou seja, o grau de probabilidade de a hipótese ser verdadeira); (e) por último, deve o julgador indicar se e o referido grau atingiu ou não o nível de suficiência que permite que a hipótese seja declarada provada (Molina, 2012: 232).

Do raciocínio probabilístico e da imprescindibilidade de se tomar uma decisão decorrem a necessidade, como afirma Dei Vecchi (2016: 287), de estabelecimento de critérios que definam a suficiência probatória¹⁹⁴.

A partir de tais premissas, é possível indicar, desde agora, as funções específicas do *standard* probatório: a) definir o nível de suficiência da prova para declarar provado o enunciado¹⁹⁵; b) expressar a decisão política de distribuição de erros¹⁹⁶; c) impor a necessidade de justificar na decisão as razões que levaram o julgador a considerar alcançado o nível de suficiência referido (Molina, 2012: 239).

Tais funções, salienta-se, são bipartidas por Gascón Abellán (2012: 77-78) ao considerar as funções denominadas «heurística» e «justificadora» do *standard* probatório.

A função heurística orientaria o julgador na valoração da prova, pois indica o que deve ser mais bem observado em relação aos critérios previstos para o *standard*.

A função justificadora, por sua vez, permitiria ao julgador saber o que deve conter a motivação da sentença no que se refere ao atendimento ou não do *standard* probatório, de acordo com os critérios que foram definidos¹⁹⁷.

Acrescenta-se que, no âmbito processual penal, o *standard* probatório irá determinar o nível a partir do qual é legítima a condenação e ilegítima a absolvição, assim como o nível abaixo do qual a condenação é ilegítima e a absolvição legítima (SALAVERRÍA, 2014: 160).

Portanto, reitera-se, o *standard* probatório, inserido no contexto de mecanismo de distribuição de erros, tem a finalidade de determinar o nível mínimo que possibilita a um enunciado acusatório ser justificadamente provado.

¹⁹⁴ Observa-se, aliás, que o *standard* probatório, por óbvio, se direciona a qualquer tipo de enunciado sobre o qual é possível declará-lo provado, seja no âmbito jurídico ou outro qualquer. Por exemplo, é possível estabelecer um determinado *standard* a partir do qual um medicamento pode ser comercializado por ter atingido o nível necessário de segurança e eficiência.

¹⁹⁵ Nas palavras de Laudan (2005a: 104), «quando a relação entre as provas e as premissas justifica a aceitação da conclusão como provada para os propósitos pretendidos».

¹⁹⁶ No caso *In re Winship* (397 US 358, 1970), e que ainda será objeto de várias referências neste trabalho, o magistrado Harlan ressaltou que a função do *standard* é «instruir o julgador dos factos sobre o grau de confiança que a sociedade acredita que ele deveria ter sobre a verdade das conclusões fácticas para um determinado tipo de decisão» (Haack, 2013: 70).

¹⁹⁷ Tais funções outorgam ao *standard* probatório uma função igualmente garantista, porquanto vinculado ao princípio da presunção de inocência e, em especial, ao *in dubio pro reo*. A medida da prova no âmbito processual penal, enfim, deve expressar a opção política presente nas normas constitucionais e ordinárias. O mesmo ocorre com a necessidade de justificação da decisão judicial, exigência que tem uma natureza garantista.

Mais ainda, a determinação desse nível estabelecerá a relação entre falsos positivos (condenação de inocentes) e falsos negativos (absolvição de culpados)¹⁹⁸.

Para melhor explicação a respeito da assertiva acima formulada, é preciso retomar a proporção entre falsos negativos e falsos positivos que se esteja disposto a assumir, pois dúvida não há que, no processo penal, o risco de erro é sempre suportado pela acusação¹⁹⁹.

A este respeito, a mencionada formulação de Blackstone, embora mais conhecida, não é a única, como se constata das seguintes orientações indicadas por Laudan (2013: 103): «melhor absolver dois culpados a condenar um inocente» (Voltaire); «melhor absolver cinco culpados a condenar um inocente» (Sir Mathew Hale); «melhor absolver vinte culpados a condenar um inocente» (John Fortescue); melhor absolver cem culpados a condenar um inocente» (Benjamin Franklin); ou «melhor absolver mil culpados a condenar um inocente» (Moses Maimónides).

De todas as formulações, o ponto comum, reafirma-se, refere-se à assimetria da distribuição de erros. Porém, a distinção entre a proporção de falsos positivos e falsos negativos demonstra a existência de valorações diferentes sobre o nível de assunção de riscos que as partes devem suportar²⁰⁰.

Como já exposto, a diminuição da medida da prova para considerar provado o enunciado resulta em maior quantidade de inocentes condenados e em menor número de culpados absolvidos. Inversamente, quanto maior o nível de suficiência probatória menor o número de inocentes condenados e maior o número de culpados absolvidos, a demonstrar que a escolha do *standard* probatória é ético-política e não epistemológica.

Utilizando-se de Blackstone (preferível dez culpados absolvidos a um inocente condenado), teoricamente o grau de corroboração em favor do enunciado restará fixado em 90% (noventa por cento)²⁰¹.

Se se compreende que é tolerável a absolvição de vinte culpados a um inocente condenado, o grau restará estabelecido em 95% (noventa e cinco por cento); se a tolerância

¹⁹⁸ Para Gascón Abellán (2012:81), o *standard* «se constrói decidindo qual dos dois erros possíveis se considera preferível ou mais assumível».

¹⁹⁹ Assim, de acordo com Schauer (2013: 225), «o sistema jurídico calibra a carga de prova de maneira tal que o direito possa satisfazer o interesse social de encarcerar os culpados e de manter muito baixo o número de inocentes castigados».

²⁰⁰ A diferença entre os autores decorre do facto, de que, com o fim de impedir a condenação de um inocente, culpados serão da mesma forma beneficiados, razão pela qual não há convergência a respeito da proporção entre um e outros.

²⁰¹ É imprescindível asseverar que números, percentuais e frações são mencionados apenas com a finalidade de melhor compreensão da matéria. Neste trabalho, a **probabilidade matemática** não é considerada o melhor modelo de estabelecimento do grau de corroboração fornecido pelas provas.

residir em cinco culpados absolvidos a um inocente condenado, o grau de corroboração equivale a 80% (oitenta por cento).

No limite, se houver a pretensão de não assunção do risco de um único inocente ser condenado, bastará estipular o grau de confirmação das provas no máximo possível, da verdade absoluta, equivalente a 100% (cem por cento).

Tal opção, entretanto, a considerar que o raciocínio probatório é probabilístico, resultaria no facto de que dificilmente uma decisão condenatória seria prolatada, o que não justificaria a manutenção do sistema.

4.2 Processo civil e *standard* probatório

Como foi constatado, a exigência de uma medida da prova alta no processo penal (“além da dúvida razoável” ou outra formulação equivalente) decorre da aplicação da presunção de inocência e das regras a ela inerentes que, ao final, materializam uma determinada valoração política e não epistemológica sobre o nível de riscos que se aceita assumir em virtude de erros judiciais.

Se isso ocorre no processo penal, no âmbito processual civil, como regra, em especial quando se tratar de bens disponíveis e de conteúdo essencialmente patrimonial, os fundamentos que autorizam a assimetria, isso é, a distinta distribuição de erros entre as partes, não parecem estar presentes.

Tal assertiva se encontra acolhida, sem qualquer dúvida, no direito norte-americano, cujas regras sobre *standard* probatório são objeto de estudo e de aplicação há séculos.

Naquele sistema, quanto aos critérios para a decisão final, são basicamente apresentados três *standards* probatórios: (a) ***preponderance of evidence*** (preponderância de provas, preponderância da probabilidade, probabilidade prevalente, balanço da probabilidade, maior peso da prova ou *weights of evidence*); (b) ***clear and convincing evidence*** (prova clara e convincente, prova clara, precisa e indubitosa ou *clear convincing evidence*); (c) ***beyond a reasonable doubt*** (“prova além da dúvida razoável”)²⁰².

²⁰² Acrescenta-se a existência de um *standard* para decisões no âmbito da esfera administrativa e que se denomina ***substantial evidence***, cuja grau de prova é menor que o da preponderância.

A probabilidade prevalente é utilizada no processo civil em casos essencialmente patrimoniais, quando, então, a decisão final, a partir do mencionado *standard*, será em prol da hipótese que contar com provas que a confirmem em grau maior ao das demais hipóteses.

Por exemplo, se ofertadas cinco hipóteses assim distribuídas: (A) 25%; (B) 18%; (C) 43%; (D) 58%; (E) 29%, a decisão final será em prol da hipótese “D”.

Entretanto, pode ocorrer que todas elas apresentem um baixo grau de confirmação (se, por exemplo, a hipótese “D” contasse com um grau de confirmação de 47%). Neste caso, se mostraria irracional a escolha de uma que seja superior às demais, porém não superior à sua própria hipótese negativa.

Por isso, há um critério complementar que exige que a hipótese a ser acolhida seja “mais provável que não” (nunca com grau de confirmação inferior à sua versão contrária, isto é, nunca inferior à metade da probabilidade de ser verdadeira).

É a mesma solução quando eventualmente existir somente uma hipótese a ser avaliada, a implicar que, em tal caso, o critério é indispensável, ou seja, a hipótese sob avaliação deve ter um grau de confirmação superior à hipótese negativa (“mais provável que não”).

A probabilidade prevalente significa, portanto, que determinada hipótese seja mais verdadeira que falsa e de maior probabilidade que as demais, se existentes²⁰³.

A adoção da preponderância de provas resulta do facto de que, ao contrário do que ocorre no processo penal, a distribuição de erros no processo não será sistematicamente suportada por uma das partes (Taruffo, 2009: 110) ou seja, eventuais erros não devem pesar mais sobre uma parte que sobre outra, o que implica uma distribuição de erros igualitária (Taruffo, 2008: 138).

No âmbito judicial, aliás, o *standard* da probabilidade prevalente (em especial o critério “mais provável que não”) é o mínimo grau de probabilidade num sistema racional, pois abaixo de tal nível significaria aceitar uma hipótese com grau inferior de probabilidade que a hipótese a ela contrária, ainda mais porque não é justificável a escolha recair sobre a hipótese comparativamente menos provável (Taruffo, 2009: 108).

Neste contexto, as principais premissas do *standard* sob estudo, em conformidade com Taruffo (2009: 103), são as seguintes: a) há, em regra, sobre os factos controversos, mais que uma versão; b) a escolha em favor de um deles é elemento central da decisão final; c) a escolha deve se sustentar em bases racionais; d) é racional escolher a versão

²⁰³ No mesmo sentido, diz Nieva Fenoll (2013: 79) que, no *standard* da preponderância de provas, o jurado, após valorada a prova, deve decidir em favor da hipótese que seja por ele considerada probabilisticamente mais verdadeira que falsa.

que se apresenta mais provável; e) a escolha em favor da versão mais provável significa a opção por aquela que possui maior grau de corroboração que as outras, de acordo com as informações incorporadas no processo²⁰⁴.

Se a probabilidade prevalente é o *standard* em geral aplicado no processo civil, uma outra medida da prova também é adotada para decisões não penais: é a prova “clara e convincente”, que pode ser definida como intermediário entre aquele e o “além da dúvida razoável”.

Embora, também aplicado no processo civil, a prova “clara e convincente” é em geral reservada para casos cuja controvérsia refere-se a bens jurídicos de maior relevância (guarda de filhos, por exemplo), causas de valor elevado e aquelas que se relacionam com as liberdades civis.

O grau de confirmação é mensurado em algo próximo a 75%, isso é, bem superior ao da probabilidade prevalente (não inferior à metade) e abaixo do “além da dúvida razoável”²⁰⁵.

Apesar do que foi exposto, no sistema continental não parece existir uma maior preocupação na análise da eventual diferença na distribuição de erros entre o processo civil e o processo penal, o que se mostra surpreendente.

De facto, não há no processo civil um princípio similar ao da presunção de inocência ou do *in dubio pro reo*. Quanto ao ónus da prova, sua utilização deve ser reservada justamente para os casos que houver uma dúvida a respeito de ter sido alcançada ou não a suficiência probatória, quando então sairá derrotada a parte que dele era possuidor.

Por outro lado, o que justifica a presunção de inocência e, em especial, o *in dubio pro reo* e a elevada medida da prova, é o facto de as consequências do erro judicial serem mais

²⁰⁴ Não significa, assim, adotar a noção de probabilidade como incerteza a respeito da veracidade ou falsidade da hipótese. Trata-se, ao contrário, de acolher a hipótese a partir da constatação de que a probabilidade decorre do grau de confirmação ancorado nas provas legitimamente obtidas.

²⁰⁵ O *standard* “além da dúvida razoável” é, como reiteradamente afirmado, utilizado no sistema americano para decisões definitivas no processo penal e tem o grau de confirmação mínimo estimado entre 90% a 95% ou até 99%. Há, porém, a necessidade de constatar que os *standards* são analisados neste estudo no contexto da decisão final. Com isso, nada impede que o *standard* da “probabilidade prevalente”, por exemplo, seja utilizado no processo penal para decisões cautelares ou outras não relacionadas à sentença. Portanto, é possível que se estabeleça tal medida da prova para, por exemplo, deduzir uma acusação (em Portugal, exige-se como medida da prova para tal providência a existência de «indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente», conforme artigo 283.º, nº 2, CPP). Todas as decisões com questão fáctica a ser apreciada, portanto, sejam ou não finais, prescindem de uma medida da prova. No direito norte-americano, há outras medidas da prova como, por exemplo, o *reasonable suspicion* (para determinar a parada de um carro) ou a *probable cause* (para expedir o mandado de prisão, por exemplo), esta prevista na 14ª Emenda.

gravosas para uma parte do que para a outra, o que impede uma simétrica distribuição, o que também não se verifica no processo civil, nomeadamente em litígios patrimoniais²⁰⁶.

Na jurisprudência, aliás, já é possível constatar a existência de decisões, menos no Brasil que em Portugal, que se referem à probabilidade prevalente como *standard* a ser observado no processo civil²⁰⁷.

É o caso de decisão oriunda da Terceira Turma Recursal Cível do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil):

[...] a recorrente sustenta que o juízo não poderia utilizar somente esta prova para resolver a lide, entretanto entende-se o completo oposto. Tratando-se da esfera cível, o modelo de constatação é o da *preponderância de provas*, o qual não exige comprovação tão robusta quanto no âmbito penal, por exemplo. Tem-se que a referida prova é o suficiente para imputar a causa do acidente ao réu, devendo ser mantida a condenação por danos materiais emergentes, porquanto devidamente comprovados mediante orçamento apresentado. (Ac. TRC_{BRA}, proc. n.º 71008728925, de 29/08/2019)

Em Portugal, pode ser mencionado o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça:

A afirmação pelo tribunal de que um facto se considera provado não depende da “íntima convicção” do julgador, mas prevalentemente da aplicação de critérios racionais que, em processo civil, diferentemente do que ocorre em processo penal, se rege pelo *standard* da “probabilidade prevalente” ou do “mais provável que não”. (Ac. STJ, proc. n. 1675/06.2, de 06/12/2011)

Outras decisões bem expressam a distinção entre o *standard* probatório no processo penal e aquele a ser aplicado no processo civil, como é o caso do acórdão oriundo do Tribunal da Relação de Évora:

Não valem em processo penal critérios ou parâmetros de decisão geralmente adotados em processo civil, como é o caso do critério da *probabilidade prevalente*, ou seja, do *mais provável que não* ou *preponderance of evidence* (preponderância das provas), desde logo porque não asseguram que a hipótese mais provável corresponde à verdade judicialmente alcançável, o que sucede designadamente quando todas as versões do facto têm um baixo nível de apoio probatório. (Ac. TRE, proc. n. 5901/09.8, de 06/12/2011)

Salienta-se que a aplicação da probabilidade prevalente no processo civil reafirma o pensamento que as consequências do erro judicial não são mais gravosas para uma

²⁰⁶ É neste sentido que Mendes (2019: 19-40) postula a necessidade de diferenciação entre o processo penal e o processo civil na definição da medida da prova. Outro estudo que merece ser mencionado é o de Sousa (2017: 12-13), que sustenta o *standard* da preponderância de provas no processo civil português. Em sentido similar no processo civil brasileiro, cita-se Costa (2013: 359).

²⁰⁷ Em Itália também é utilizada a “preponderância de provas” (*preponderanza dell’evidenza*) no processo civil.

parte que outra, ao menos quando se trata de questões patrimoniais marcadas pela disponibilidade, o que também permitiria estipular níveis mais altos a depender de os efeitos da decisão serem mais severos.

Portanto, em breve síntese, do que foi falado já é possível constatar que, quanto mais alto o nível de suficiência probatória previsto em lei, maior será a assimetria na distribuição de erros.

Consequentemente, se diminuído o nível de suficiência probatória para a condenação no processo penal (da “dúvida razoável” para a prova “clara e convincente”, por exemplo), menor será a chance de um culpado ser absolvido e maior a de um inocente ser condenado, embora ainda continue o Estado a assumir o risco do erro judiciário.

Em continuidade, se ainda houver uma diminuição (da prova “clara e convincente” para a “preponderância de provas”), atenua, ainda mais, a chance de um culpado ser absolvido, porém aumenta a de um inocente ser condenado.

Neste caso, entretanto, a nenhuma das partes será imposta a maior assunção dos riscos de erro judiciário, pois arcarão na mesma proporção, o que demanda o aprofundamento do estudo do *standard* no processo penal.

5. “PARA ALÉM DE TODA DÚVIDA RAZOÁVEL” E A RACIONALIDADE DA DECISÃO

Os científicos buscam a verdade. Os filósofos buscam a moral. Um processo penal busca somente [...] a prova mais além de toda a dúvida razoável.

Allan Dershowitz (2011)

Se a “preponderância de provas” e a “prova clara e convincente” constituem o padrão de suficiência probatória no processo civil norte-americano, a política de distribuição de erros judiciais no processo penal demandou a exigência de uma medida da prova mais exigente ou, de maneira mais específica, a mais exigente possível, em se tratando de “assuntos humanos”: a “prova além da dúvida razoável”²⁰⁸.

Na “dúvida razoável”, enfim, considera-se que o erro não deve ser suportado de maneira isonômica entre as partes, de forma que, em relação a uma delas (arguido), as consequências serão mais gravosas quando comparadas com a outra (Estado). Em síntese, o maior rigor no nível de suficiência probatória implica reconhecer que o arguido merece uma maior proteção contra o erro na tomada da decisão, a se revelar, como já dito, uma decisão política e não epistemológica.

Embora, inicialmente presente no sistema anglo-saxónico, o *standard* foi incorporado em algumas legislações do sistema continental, quando não adotadas pela jurisprudência, a exigir a análise de sua origem e posterior absorção.

5.1 “Para além de toda dúvida razoável”: a origem anglo-saxónica e a inserção no sistema continental

Historicamente, o marco “moderno” da dúvida razoável situa-se no ano de 1970, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *In re Winship* (397 US 358), decidiu que o *standard* era possuidor de um *status* constitucional, pois decorrente do devido processo legal

²⁰⁸ A respeito de se tratar de um grau de probabilidade superior a 90% (noventa por cento) (Mendes, 2019: 26). Reafirma-se que embora não exista referência expressa a percentuais na formulação de *standards* compreendidos no contexto da probabilidade lógica e não matemática, a indicação ao número é apenas didática. Há também menções de que o *standard* exigiria uma probabilidade acima de 95% (noventa e cinco por cento) ou até de 99% (noventa e nove por cento).

(5ª e 14ª Emendas), o que obrigava os Tribunais a segui-lo como medida da prova para o veredito final²⁰⁹.

É necessária, entretanto, a elaboração de uma retrospectiva para melhor situar o tema, com o fim de aprimorar a percepção sobre o estágio atual de discussão.

O conceito de “dúvida razoável”, de acordo com Laudan (2013: 65), autor fundamental a respeito da matéria, restou, mais precisamente formulado, a partir do final do século XVIII, pois até então exigia-se do jurado o compromisso de emitir um veredito verdadeiro, isso é, que resultasse em condenação tão somente se estivesse “absolutamente seguro da culpa”.

A “absoluta segurança” foi pouco a pouco modificada por outra expressão compatível com a inacessibilidade do conhecimento absoluto em áreas distintas da matemática ou da lógica: a “certeza moral” como contraponto à “certeza absoluta” ou “certeza metafísica”²¹⁰.

Neste sentido, “certeza moral” acabava por sintetizar o máximo possível que se poderia alcançar a partir do raciocínio indutivo, ou seja, como um conceito distinto da “certeza absoluta”, o que, por este aspeto, representava um avanço na formulação.

Logo, “certeza moral” não se tratava de uma certeza imune a todas as dúvidas, mas que se relaciona com «verdades firmes e bem estabelecidas, fundadas em múltiplas provas materiais e testemunhais» (Laudan, 2013: 64), ou seja, pretensamente sustentadas em bases racionais.

Por volta de 1850, a noção de “certeza moral”, embora ainda presente em julgamentos, teve o seu espaço compartilhado com outra formulação, a da “prova mais além de

²⁰⁹ Como já afirmado, há exigências de suficiência probatória para todas as decisões de relevo no processo penal. É usual no direito anglo-saxónico a existência de diferentes níveis de suficiência probatória (*degree of evidence*) a depender da relevância da decisão e da fase processual, tal qual ocorre em outros ordenamentos jurídicos. Especificamente, são previstos naquele sistema, em ordem crescente, a *suspicion*, a *reasonable suspicion*, a *preparation of evidence*, a *probable cause (reasonable cause)*, a *beyond reasonable doubt* e por último, ao menos teoricamente, a *beyond all doubt* (Marques, 2019: 100). No caso, o trabalho centra-se unicamente no *standard* para a decisão final. Em Portugal, podem ser citados como medidas da prova no processo penal, embora bem abstratos, termos como “suspeita fundada”, “fundados indícios”, “prova bastante”, “indícios suficientes”, “graves dúvidas”, entre outros.

²¹⁰ Não se desconhece que, por vezes, a referência à certeza indique a existência de uma “certeza racional”, isso é, certeza baseada nas informações disponíveis (“certeza probatória”) e valorada com base na lógica. Porém, é necessário que se estabeleça a nítida distinção entre as noções de certeza e verdade. Neste sentido, Taruffo (2012c: 108) compreende que a verdade tem uma natureza objetiva enquanto a segunda refere-se a um “estado subjetivo”, de forma que é possível ocorrer a «certeza sobre um facto falso» e a «dúvida sobre um facto verdadeiro». Além disso, o enunciado será tido como verdadeiro a partir do grau de probabilidade lógica de sua correspondência com a realidade, enquanto a certeza, posto subjetiva, mais se relaciona ao grau de persuasão a respeito do mesmo enunciado. Em síntese, a afirmação de que a decisão condenatória ocorreu por ter o julgador “certeza absoluta” seria equivocada pelo facto de excluir a verdade da decisão e posicionar a persuasão como noção central, de maneira a excluir o objetivo e incorporar o subjetivo (Taruffo, 2012c: 110).

toda dúvida razoável”, conforme decisão da Suprema Corte de Massachusetts (*Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. 295).

Na aludida decisão²¹¹, o magistrado Lemuel Shaw, ao reconhecer que se tratava de uma expressão mais fácil de entender do que definir, esclareceu que dúvida razoável não é mera dúvida possível, pois «tudo o que é relacionado aos assuntos humanos e, a depender da evidência moral, está aberto a alguma dúvida possível ou imaginária». É, portanto, «uma certeza que convence e dirige a compreensão, e satisfaz a razão e o julgamento daqueles que são obrigados a agir conscientemente» (Laudan, 2013: 65).

Apesar da nova formulação, diz Laudan (2013: 64) que, por vezes, eram também encontradas referências como “altamente provável”, “convicção imutável” ou “quando as consciências estiveram satisfeitas”.

Não obstante, correto afirmar que, durante um longo período, a “dúvida razoável” foi considerada uma noção equivalente à “certeza moral”, o máximo alcançável em questões empíricas.

Agora bem, tal relato não significa adotar a ideia de que a “dúvida razoável” era uma noção desconhecida, pois, de facto, sua origem ainda mais remota e da qual foi “emprestada”, relaciona-se, conforme Whitman (2008: 4 e ss.), com a teologia cristã e com a intenção de proteger a alma dos julgadores que decidissem pela condenação de pessoas submetidas ao processo, pois a imposição de sanção contra um inocente era qualificada como pecado²¹².

Portanto, o *standard*, longe de algum fim epistémico, surge para proteger o julgador quando condenasse alguém por ser a prova da culpa além da dúvida razoável, salvando-o do castigo divino se inocente o sancionado. Assim, o alvo da proteção, ao contrário do que hoje ocorre, era o julgador e não o sujeito do processo.

Aliás, não obstante a relevância histórica da decisão proferida em Massachusetts, há na doutrina, de maneira esparsa, a indicação de o *standard* ter sido utilizado pela primeira vez em Dublin (Irlanda), em 1798, pelo juiz Edward Chamberlin, o que é apontado por Ruço

²¹¹ Também merecem ser mencionados os casos *Miles vs United States* (103 US 304, 1880) e *Coffin vs United States* (156 US 432, 1895), o primeiro por reafirmar a necessidade de dúvida razoável e o último por ressaltar o facto de que o *standard* além da dúvida razoável permite que se materialize a presunção de inocência.

²¹² Apesar do esclarecimento, Whitman (2008: 3 e ss.) reconhece, em sua aprofundada obra, a dificuldade de apresentar uma criteriosa cronologia do surgimento da “dúvida razoável”, embora exista estudo que aponte o Papa Gregório, o Grande, como o primeiro a advertir que configurava «um assunto grave e indecoroso emitir um juízo que parece ser certo quando a questão é duvidosa». Acrescenta-se a existência de outros estudos a respeito do fundamento moral da “dúvida razoável” e que possuem divergência com o de Whitman.

(2019: 784), embora outros indiquem o ano de 1770, quando do julgamento conhecido como “Massacre de Boston”²¹³.

Ainda que a origem, de qualquer forma, esteja situada no ordenamento inglês, isso não impediu que posteriormente fosse objeto de repulsa, a ponto de não ser mais recomendada a sua utilização, ao contrário do que ocorre no processo penal norte-americano²¹⁴.

Certo é que, como antes afirmado, a Suprema Corte americana, no caso *In re Winship* (397 U.S 358, 1970), decidiu que, embora não expressa na Constituição, a necessidade de prova para além da dúvida razoável decorria do devido processo legal.

No julgamento, o magistrado Brennan esclareceu que «a exigência de que a culpa relacionada à acusação penal seja estabelecida mais além de toda dúvida razoável data ao menos de nossos primeiros anos como nação».

De facto, a presença do *standard* no Direito norte-americano encontra-se profundamente incrustada, a justificar a afirmativa de Haack (2013: 74) de que, naquele sistema, o que se espera do veredito não é uma resposta sobre a culpa do réu e sim se há prova para além da dúvida razoável²¹⁵.

Se no sistema anglo-saxónico da *common law* é comum, conforme Nieva Fenoll (2010: 85), o uso de “frases orientadoras” para indicar a medida de prova a ser alcançada para que se declare provado um enunciado, no sistema continental formulações do tipo “além da dúvida razoável” não eram, até recentemente, acolhidas²¹⁶.

²¹³ Facto ocorrido em 5 de março de 1770, quando soldados pertencentes ao 29º Regimento do Exército Britânico mataram e feriram civis em Boston, Massachusetts. Haack (2013: 69), por sua vez, ao mencionar estudos sobre o tema, sustenta que a formulação do *standard* aos casos penais origina-se do início de 1700.

²¹⁴ Na Inglaterra, a “dúvida razoável” foi substituída pelos *standards* da “firme convicção” ou “estar seguro”, apesar das críticas por se tratar de uma formulação altamente subjetiva e que não expressa a exigência de racionalidade na tomada da decisão. A recomendação é basicamente a seguinte: «[...] assim, se depois de considerar todas as provas estiver seguro de que o acusado é culpado, deve emitir o veredito de culpa. Se não está seguro, o seu veredito deve ser de inocente» (Accatino, 2011: 491-492). No livro *The proof of guilt*, Williams (1958: 159 e ss.), a respeito do *quantum* da prova, afirma que o abandono do *standard* original decorreu do facto de não ser ele satisfatoriamente definido. No direito alemão, o *standard* probatório (*Beweismaß*), de acordo com Nieva Fenoll (2013: 80), é o da completa convicção do juiz, o que significaria um «grau tão alto de verossimilitude que não deixaria dúvida a nenhum homem racional».

²¹⁵ É a princípio adequado considerar que para a decisão final basta a análise da suficiência probatória para a condenação. Porém, excepcionalmente, pode ser necessário que, na mesma decisão, seja avaliado o grau de probabilidade para distintas situações. Como exemplo, constata-se que, no estado do Texas, dois exames devem ser feitos, a depender do crime praticado: um ligado ao facto (além da dúvida razoável quanto à prática do crime) e outro à expectativa de comportamento do agente (além da dúvida razoável de o arguido representar um risco futuro para a sociedade) (Haack, 2013: 69).

²¹⁶ As frases orientadoras são justificadas pelo facto de os casos serem julgados por juízes leigos que devem ser instruídos a partir do uso de expressões que não apresentem maior complexidade e que podem ser apreendidas de maneira intuitiva.

Porém, hodiernamente é possível perceber que formulações e institutos inicialmente utilizados no Direito Consuetudinário (“Direito Comum”) foram objeto de “tradução” pela *civil law*, inclusive o *standard* objeto ora estudado²¹⁷.

A este respeito, ressalta-se a presença da referida medida da prova no próprio Estatuto de Roma, tratado internacional assinado em 17 de julho de 1998 e que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI)²¹⁸, conforme art. 66.º, n.º 3: «Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável».

Nota-se que o Estatuto faz expressa relação entre a presunção de inocência e a “dúvida razoável”, pois insere o *standard* no artigo que estabelece aquele princípio, de maneira tal que é possível afirmar ter o Estatuto adotado a concepção de que a específica formulação é apta a desestimar a presunção de inocência.

Apesar da referência ao *standard*, bem afirmam Dei Vecchi e Cumiz (2019: 137-151) que o TPI não apresenta de maneira uniforme o que se deve compreender como “dúvida razoável”, a impedir de facto que se afaste a incerteza a seu respeito²¹⁹.

Neste contexto, indicam julgamentos nos quais o *standard* se traduz na necessidade de se afastar as hipóteses racionais de inocência (e não todas as hipóteses, portanto)²²⁰ ou que seja a condenação a única conclusão racional possível²²¹.

De facto, o que se constata no TPI não é muito distinto do que ocorre em Tribunais locais. Em geral, não há uma preocupação em definir o que é “dúvida razoável”. Em outras ocasiões, a definição não discrepa da encontrada em julgamentos por órgãos nacionais.

²¹⁷ Usa-se o termo “tradução” em sentido próximo ao de “transplante”, com a opção pelo primeiro por compreender que em geral os institutos são incorporados com algumas diferenças justificáveis pela cultura jurídica local.

²¹⁸ Em Portugal, o Estatuto foi aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002, de 18/01/2002, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002, também de 18/01/2002. No Brasil, houve o depósito da Carta de Ratificação em 20 de junho de 2002 e a promulgação em 25/09/2002, por meio do Decreto n.º 4.388/2002.

²¹⁹ Mais especificamente, dizem os juristas argentinos que «as decisões sobre o nível de suficiência não são mais que apreciações discricionárias que não logram superar a incerteza recalcitrante que a fórmula carrega (Dei Vecchi e Cumiz, 2019: 137).

²²⁰ *Prosecutor v. Milomir Stakić*, IT-97-24, de 22/03/2006, julgado pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY).

²²¹ Mais especificamente, assim decidiu em grau de recurso o ICTY em outra oportunidade: «Um caso circunstancial consiste na prova de uma série de circunstâncias diferentes que, tomadas em combinação, apontam para a culpa da pessoa acusada porque normalmente existem em combinação apenas porque o acusado fez o que é alegado contra ele – aqui, que participou da segunda agressão a Gotovac. Tal conclusão deve ser estabelecida acima de qualquer dúvida. Não é suficiente que seja uma conclusão razoável disponível a partir de essa evidência. Deve ser a única conclusão razoável disponível. Se houver outra conclusão que também está razoavelmente aberta a partir dessa prova, e que é consistente com a inocência do acusado, ele deve ser absolvido» (*Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landžo*, IT-96-21-A, de 20/02/2001).

É o que se constata, por exemplo, em julgamento proferido pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) no recurso do caso *Prosecutor v. Georges Rutaganda* (ICTR-96-3-A, de 26/05/2003):

A Câmara de Recursos considera, portanto, que o depoimento do Professor Guichaoua, bem como a Comunicação de 10 de novembro de 2002 e o Relatório Seutcheu não têm valor probatório suficiente para lançar dúvidas sobre as provas das Testemunhas A, H, W e DD sobre as quais o Tribunal invocou as suas conclusões a respeito da presença do Recorrente em Kicukiro em 11 de abril de 1994. **O padrão de dúvida razoável no direito penal não pode consistir em dúvida imaginária ou frívola baseada em empatia ou preconceito. Deve ser baseado na lógica e no bom senso, e ter uma ligação racional com as evidências, falta de evidências ou inconsistências nas evidências.** No presente caso, a prova adicional considerada pela Câmara de Recursos carece de credibilidade devido às informações em que se baseia. (grifo nosso)

É necessário observar que o *standard* da dúvida razoável é também mencionado de maneira frequente em decisões proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), nomeadamente em julgamentos de crimes de tortura. Constatase que não há uma preocupação em definir o *standard* de maneira direta e sim apontar de que forma poderá ser alcançado:

A recorrente é a esposa de Kutlu Adali, um conhecido escritor que escreveu e publicou artigos criticando fortemente as políticas e práticas do Governo turco e que foi morto a tiros na frente de sua casa na “República Turca do Chipre do Norte” (TRNC). O Tribunal constatou que a recorrente fez graves acusações sobre o envolvimento de várias pessoas e instituições no assassinato do seu marido. **Não obstante, o padrão probatório de prova exigido para os fins da Convenção é o de “além de qualquer dúvida razoável”, e tal prova pode resultar da coexistência de inferências suficientemente fortes, claras e concordantes ou de presunções de facto não refutadas semelhantes.** Voltando às circunstâncias específicas do caso, o Tribunal observou que não havia nenhuma testemunha ocular do assassinato do marido da recorrente. As testemunhas referidas pelo requerente permaneceram anônimas e não apresentaram depoimento por diversos motivos. A única evidência disponível a este respeito foram duas balas extraídas do corpo do jornalista falecido. Um exame forense desses cartuchos de bala resultou em uma descoberta de que eles não combinavam com nenhum outro cartucho ou cartucho de bala encontrado dentro do território do “TRNC” ou registrado nos arquivos de assassinatos por agressores desconhecidos. As pessoas nomeadas pelo requerente como suspeitos negaram veementemente as alegações relativas ao seu envolvimento no assassinato do requerente. O Tribunal concluiu que as alegações relativas às circunstâncias em que o marido da recorrente morreu não iam além da especulação e da suposição. Considera, portanto, que o material dos autos não permite concluir, para além de qualquer dúvida razoável, que o marido da requerente foi assassinado por ou com a conivência de qualquer agente do Estado ou pessoa agindo em nome das autoridades do Estado nas circunstâncias alegadas pelo candidato. Conclusão: nenhuma violação do Artigo 2 (proibição de matar)²²². (grifo nosso)

²²² *Adali v. Turquia*, n.º 38187/97, de 31/03/2005. No mesmo sentido quanto ao suporte ao raciocínio inferencial, é possível citar os casos *Bouyid v. Belgium*, n.º 23380/09, de 28/09/2015; *Yunusova and Yunusov v. Azerbaijan*, n.º 59620/14, de 02/06/2016; *Jalloh v. Germany*, n.º 54810/00, de 11/07/2016, entre outros.

No mesmo caminho, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) não tem maior atenção aos critérios que poderiam indicar ter sido alcançado ou não o *standard* objeto de estudo, embora exista uma constante preocupação em relacioná-lo à presunção de inocência, conforme se verifica:

Nesse sentido, o Tribunal considera que a presunção de inocência exige que o acusador deve demonstrar que o crime é imputável ao acusado, ou seja, que ele ou ela participou com culpa de sua prática e que as autoridades judiciais devem decidir com a maior certeza, além de qualquer dúvida razoável, para declarar a responsabilidade criminal individual do acusado, incluindo certos aspetos factuais relacionados à culpa do acusado.²²³

O princípio da presunção de inocência, conforme se deduz do artigo 8.2 da Convenção, exige que uma pessoa não possa ser condenada até que haja prova cabal de sua responsabilidade penal. Se houver provas incompletas ou insuficientes contra ela, não é apropriado condená-la, mas absolvê-la.²²⁴

No caso *Zegarra Marín v. Peru*, de 15/02/2017, entretanto, houve uma maior atenção ao caminho para que o conjunto probatório possa ser considerado suficiente para condenar, a incluir a indispensabilidade da correta motivação como meio de controle da decisão:

O Tribunal destaca a relevância da motivação, a fim de garantir o princípio da presunção de inocência, principalmente na condenação, que deve expressar a suficiência das provas da acusação para a confirmação da hipótese acusatória; a observância das regras da *sana crítica* na avaliação das provas, inclusive aquelas que possam gerar dúvidas sobre a responsabilidade penal; e o julgamento final que deriva dessa avaliação. No seu caso, deve refletir os motivos pelos quais foi possível obter a condenação sobre a acusação e responsabilidade penal, bem como a apreciação das provas para refutar qualquer hipótese de inocência, e só então poder confirmar ou refutar a hipótese acusatória. O anterior permitiria refutar a presunção de inocência e determinar a responsabilidade criminal além de qualquer dúvida razoável. Em caso de dúvida, a presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo* funcionam como critério decisivo no momento da emissão da decisão.

Na Europa, embora existam referências do *standard* na legislação de países escandinavos (Mendes, 2019: 32), é a Itália, em especial pela similar cultura jurídica, o ordenamento mais mencionado quanto à incorporação do *standard* na legislação processual penal, o que ocorreu por intermédio da alteração do art. 533.º, n.º 1, do CPP_{ITA.}, a saber: *Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio [...]*²²⁵.

²²³ *Ruano Torres e outros v. El Salvador*, de 05/10/2015.

²²⁴ *Cantoral Benavides v. Peru*, de 18/08/2000.

²²⁵ Tradução livre: «O juiz profere uma sentença condenatória se o acusado for culpado do crime contra ele imputado, além de qualquer dúvida razoável [...]».

Apesar da introdução do *standard* na legislação italiana, diz Ubertis (2017: 143) que a “dúvida razoável” não se caracteriza como algo inovador, pois pode ser a formulação compreendida no *in dubio pro reo* e este, por sua vez, na presunção de inocência, com absoluta equivalência das expressões quanto ao resultado, razão pela qual a distinção se encontra apenas na origem, o que seria explicada pela diferença entre a cultura da *common law* e da *civil law*²²⁶.

Acrescenta o autor, além disto, que parte da doutrina italiana critica a citada inserção no processo penal daquele país por considerá-la uma «banal americanização». Para ele, entretanto, o maior problema reside na própria imprecisão da formulação, o que faz com que a caracterize de escassa utilidade para a decisão.

Na Espanha, a “dúvida razoável” é, em espaço compartilhado com a “mínima atividade probatória”, comumente mencionada na jurisprudência, como se percebe na seguinte decisão do Supremo Tribunal Constitucional²²⁷:

O *standard* probatório de solidez no campo criminal reflete o entendimento da presunção de inocência como a garantia de que ninguém pode ser condenado se sua culpa não tiver sido estabelecida “além de qualquer dúvida razoável” e, além disso, “em virtude de provas, puderem ser consideradas condenatórias e obtidas com todas as garantias” (STC 81/1998, de 2 de abril de 1998). (Ac. TC_{ESP}, proc. n.º 133/2014, de 22/07/2014)

Portugal, por sua vez, apesar de não ter em sua legislação processual referência ao *standard* “além da dúvida razoável”, também conta com reiteradas decisões que o mencionam²²⁸:

Inexistindo **dúvida razoável** na formulação do juízo factual que conduziu à condenação do arguido, fica afastado o princípio do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência, sendo que tal juízo factual não teve por fundamento uma imposição de inversão da prova, ou ónus da prova a cargo do arguido, mas resultou do exame e discussão livre das provas produzidas e examinadas em audiência, como impõe o Art. 355.º, n.º 1, do CPP, subordinadas ao princípio do contraditório, conforme prevê o Art. 32.º, n.º 1, da CRP. (Ac. STJ, proc. n.º 1027/12.5, de 12/03/2014) (grifo nosso).

[...] IV - O princípio do «*in dubio pro reo*» é exclusivamente probatório e aplica-se quando o tribunal tem **dúvidas razoáveis** sobre a verdade de determinados factos, ao

²²⁶ A respeito de ser algumas vezes mencionado que o estabelecimento de um *standard* probatório faria dispensável o *in dubio pro reo* como regra de juízo, ressalta Ferrer Beltrán (2017: 270) que, por mais objetivo que sejam os critérios de definição do nível de suficiência probatória, sempre haverá uma margem de imprecisão. Em tais situações, continua válida a aplicação do *in dubio pro reo* para que a dúvida sobre o alcance ou não da medida de prova resulte na absolvição do arguido.

²²⁷ A “mínima atividade probatória” significa a necessidade de provas suficientes para a condenação e que sejam obtidas em conformidade com o devido processo legal. Em algumas decisões, a expressão “mínima atividade probatória” é substituída por outras como “suficiente atividade probatória” ou “meios probatórios suficientes”. Ressalta-se que também são formulações que se caracterizam pela imprecisão quanto à finalidade de estabelecimento de critérios objetivos e controláveis.

²²⁸ Na doutrina, podem ser mencionados Dias (2004: 205) e Jesus (2011: 110) como autores que se referem ao *standard* “além da dúvida razoável” para a condenação.

passo que o princípio da presunção de inocência se impõe aos juízes ao longo de todo o processo e diz respeito ao próprio tratamento processual do arguido. V - O princípio *in dubio pro reo* estabelece que na decisão de factos incertos a dúvida favorece o arguido, ou seja, o julgador deve valorar sempre em favor do arguido um *non liquet*. VI - A violação do princípio *in dubio pro reo* exige que o tribunal tenha exprimido, com um mínimo de clareza, que se encontrou num estado de dúvida quanto aos factos que devia dar por provados ou não provados. (Ac. TRC, proc. n.º 28/16.9, de 12/09/2018) (grifo nosso)

[...] Para pronunciar há que fazer uma análise retrospectiva de toda a prova produzida durante o inquérito e a instrução, à luz do princípio *in dubio pro reo* com respeito pelo princípio da presunção de inocência. - Basta que a probabilidade de condenação seja predominante sobre a hipótese de absolvição, pois essa é a única solução que compatibiliza a diferença semântica e jurídica entre “indícios suficientes” e “fortes indícios”. -Também são diferentes em natureza e efeitos jurídicos o inquérito e a instrução. Na fase de inquérito só está em causa, a decisão de sujeitar ou não um determinado conjunto de factos e a pessoa ou pessoas seus autores a julgamento. Na fase de instrução visa-se a reconstituição histórica de factos legalmente tipificados como crime e a correspondente responsabilização penal do seu autor ou autores, com um grau de certeza, para **além de toda a dúvida razoável**. (Ac. TRL, proc. n.º 199/18.0, de 05/02/2020) (grifo nosso)

A última decisão, parcialmente transcrita, bem demonstra que existem, como sustentado neste trabalho, diferentes graus de suficiência probatória (*standards*) a depender da fase processual e das consequências da decisão, sempre em ordem ascendente de exigência.

Neste sentido, o próprio *standard* utilizado para a decisão final do processo civil (“probabilidade prevalente”) pode ser usado no processo penal para uma decisão intermediária, o que é mencionado na decisão ao estabelecer que, naquela fase (pronúncia), «basta que a probabilidade de condenação seja predominante sobre a hipótese de absolvição».

Na doutrina, também é ressaltado por Ruço (2017: 575), ao analisar a noção de “indícios suficientes” de que fala o artigo 283.º do CPP, que a “dúvida razoável”, enquanto medida da prova, é um «limite à condenação» e não um «limite à acusação»²²⁹.

Na América do Sul, o primeiro país a introduzir o *standard* “além da dúvida razoável” foi o Chile, no ano de 2000, no contexto de uma reforma processual que substituiu o antigo sistema inquisitivo por um acusatório-adversarial²³⁰. A previsão da medida da prova se encontra no art. 340.º do CPP_{CHL}, conforme se constata:

Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que

²²⁹ O autor português (Ruço, 2017: 784), aliás, considera que «a expressão anglófona, agora em voga, “dúvida razoável” (*reasonable doubt*) corresponde ao seu homólogo latino *in dubio pro reo*».

²³⁰ Nos últimos 22 anos, diversos países da América do Sul (Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Paraguai, Peru e Venezuela) reformaram a legislação processuais penal em sua integralidade, com a adoção do sistema acusatório, em sua maior parte com características basilares de uma estrutura adversarial. No Brasil, as reformas foram pontuais, com a manutenção do sistema acusatório conectado ao princípio da investigação.

*realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él, hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley*²³¹.

A respeito da incorporação na legislação chilena, Molina (2012: 240) apresenta interessante relato no sentido de que a Comissão Mista parlamentar, ao reconhecer a tradição do *standard* tão somente na *common law*, recomendou a inclusão naquele ordenamento jurídico sob a justificativa de que se tratava de um conceito «suficientemente decantado, que elimina as discussões relativas ao grau de convicção [...]», o que não se mostra minimamente correto quando confrontado com a intensa divergência sobre o conteúdo do *standard*, questão a ser analisada no decorrer deste estudo.

Há, outrossim, crítica na doutrina chilena quanto à referência ao termo “convicção” no artigo transcrito, o que foi objeto de censura também neste trabalho quando examinada a definição de *standard* probatório²³².

Também na Colômbia, o termo “dúvida razoável” foi inserido na legislação processual penal, conforme se percebe na redação dos artigos a seguir reproduzidos do Código de Processo Penal (CPP_{COL}):

*Artículo 7º. Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda*²³³.

*Artículo 372. Fines. Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe*²³⁴.

²³¹ Em tradução livre: «Condenação do tribunal. Ninguém poderá ser condenado por um crime, exceto quando o tribunal que o julga adquirir, mais além de toda dúvida razoável, a convicção de que realmente se tenha cometido o facto punível objeto da acusação e que nele tenha correspondido ao acusado uma participação culpável e punível por lei».

²³² Em posição contrária, ressalta Accatino (2011: 503) que, não obstante a referência ao termo “convicção”, a partir de uma “interpretação normativa” é possível compreender que a “dúvida razoável” deve resultar da valoração das provas e não de um estado psicológico do julgador: «o relevante, então, não seria a existência efetiva de uma dúvida, mas a existência nas provas das condições que justificam uma dúvida [...]». Observa-se que, tanto em Portugal (art. 127.º CPP) quanto no Brasil (art. 155.º CPP_{BRA}), o termo “convicção” é expressamente mencionado, a denotar uma cultura decisória ainda vinculada ao subjetivismo e ao estado psicológico de quem julga, embora mitigada por outras disposições legais.

²³³ Tradução livre: «Artigo 7º. Presunção de inocência e *in dubio pro reo*. Toda pessoa é presumida inocente e deve ser tratada como tal, enquanto não houver uma decisão judicial definitiva sobre sua responsabilidade criminal. Em consequência, corresponderá ao órgão de persecução penal o ônus da prova da responsabilidade criminal. A dúvida que surgir será resolvida em favor do arguido. Em nenhum caso, este ônus da prova poderá ser invertido. Para proferir uma sentença condenatória, deve existir um convencimento da responsabilidade criminal do arguido, mais além de toda dúvida».

²³⁴ Tradução livre: «Artigo 372. Finalidades. A prova tem como objetivo levar ao conhecimento do juiz, mais além da dúvida razoável, os factos e circunstâncias que são objeto do julgamento e da responsabilidade criminal do arguido, como autor ou partícipe».

Ressalta-se que, embora o art. 7.º não restrinja a natureza da dúvida (“mais além de toda dúvida”), o que poderia, em tese, abranger as razoáveis e as não razoáveis, o art. 372.º faz a restrição ao mencionar a “dúvida razoável”.

Observa-se que o artigo explicita o acolhimento da conceção cognoscitiva e não persuasiva da prova, nomeadamente ao apontar que a sua função é levar ao conhecimento do julgador os factos e circunstâncias que são objeto de julgamento²³⁵.

Ainda na América, agora no México, o art. 359.º é também no sentido de que a condenação demanda a existência de uma «convicção de [...] culpa mais além de toda dúvida razoável», sem definir o que deve ser ou não considerado “razoável”. Acrescenta-se que também faz referência à convicção do julgador e não aos elementos probatórios incorporados ao processo.

No Brasil, o termo “dúvida razoável”, assim como ocorre em Portugal, também não consta da legislação processual penal, embora reiteradamente mencionado em decisões judiciais, inclusive no Supremo Tribunal Federal. Aliás, longe da recenticidade, há, desde 1986, referências ao *standard* como medida de decisão final no âmbito penal, como se verifica:

O reconhecimento da menoridade, para efeitos penais, supõe demonstração mediante prova documental específica e idônea (certidão de nascimento). A idade - qualificando-se como situação inerente ao estado civil das pessoas - expõe-se, para efeito de sua comprovação, em juízo penal, às restrições probatórias estabelecidas na lei civil (CPP, art. 155). - Se o Ministério Público oferece denúncia contra qualquer réu por crime de corrupção de menores, cumpre-lhe demonstrar, de modo consistente - e além de qualquer dúvida razoável -, a ocorrência do facto constitutivo do pedido, comprovando documentalmente, mediante certidão de nascimento, a condição etária (menor de dezoito (18) anos) da vítima do delito tipificado no Art. 1º da Lei nº 2.252/54. (Ac. STF_{BRA}, proc. n.º HC 73338, de 13/08/1996) (grifo nosso)

Merece ser especialmente citada outra decisão, justamente por mencionar a inspiração anglo-saxónica e a incorporação do *standard* no Estatuto de Roma:

INSUFICIÊNCIA DE PROVA ACIMA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. 1. A colaboração premiada é meio de obtenção de prova (artigo 3º da Lei 12.850/2013). Não se placita, antes ou depois da Lei 12.850/2013, condenação fundada exclusivamente nas declarações do agente colaborador. 2. A presunção de inocência, princípio cardinal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o *standard* anglo saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), o qual foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de

²³⁵ Em Colômbia, a depender da fase processual, utiliza-se em ordem crescente dos *standards* “inferência razoável”, “probabilidade da verdade” e “dúvida razoável”.

Roma do Tribunal Penal Internacional. 2.1. Na espécie, ausente prova para além de dúvida razoável da participação do acusado, Deputado Federal, nos crimes licitatórios praticados com verbas decorrentes de emendas orçamentárias de sua autoria, do recebimento de vantagem indevida em decorrência das emendas orçamentárias, ou de associação perene a grupo dedicado à prática de crimes contra a administração pública, particularmente no que diz quanto à aquisição superfaturada de ambulâncias com recursos federais. 3. Ação penal julgada improcedente. (Ac. STF_{BRA}, proc. n.º AP 676, de 17/10/2017) (grifo nosso)

5.2 “Para além de toda dúvida razoável”: entre o garantismo e o arbítrio

A introdução do *standard* “além da dúvida razoável” em ordenamentos jurídicos pertencentes à *civil law* ou o respetivo acolhimento na jurisprudência importa a necessidade de questionar se tal providência é de facto necessária e, mais importante, se a noção que se tem do *standard* permite que ele seja a expressão garantista do princípio da presunção de inocência, como maioritariamente apontado pela doutrina²³⁶.

Para a resposta, é fundamental examinar se do conteúdo do *standard* é possível extrair critérios objetivos, motiváveis e controláveis, inerentes ao modelo cognoscitivo e garantista.

A este respeito, admite-se, desde logo, que a perspetiva não é tão próspera quanto aparenta.

Inicialmente, relembra-se que na própria Inglaterra, berço do *standard*, houve o seu abandono por considerar que se trata de um conceito indefinido.

Porém, é especialmente no sistema anglo-americano que se pode constatar a imensa controvérsia a respeito da definição de “dúvida razoável”. Relembra-se, pois relevante na análise a ser feita, que o *standard* original para a condenação e que depois foi compartilhado com a “dúvida razoável”, como se equivalentes, foi o da “certeza moral”.

Porém, os tribunais americanos, o que inclui a Corte Suprema, começaram a rechaçar a referida similitude, seja por pouco explicar no que consiste ou por muito confundir,

²³⁶ Não é uniforme na doutrina, embora bem amplo, o pensamento de que a “dúvida razoável” decorre da presunção de inocência. Alguns autores consideram que há na uma equivalência entre ambas, embora materializada em expressões distintas. Uma outra posição, agora mais controversa, compreende um outro tipo de relação, na verdade inversa ao comumente compreendido. Para Taruffo (2009: 112-116), por exemplo, a presunção de inocência é compatível com *standards* menos rigorosos, razão pela qual não considera que a “dúvida razoável” seja a única medida da prova que possa servir de referência para a decisão no processo penal. O *standard* é que outorga à presunção de inocência a sua força valorativa (Taruffo, 2005b: 1307). O fundamento utilizado refere-se ao facto de que a “dúvida razoável” foi formulada num contexto de acolhimento de penas extremamente severas, inclusive a pena capital. A considerar que o nível de suficiência probatória dependeria, entre outros fatores, da gravidade das consequências do erro judicial e que muitos crimes têm hoje previsão de medidas não privativas de liberdade, seria possível a adoção de medidas da prova menos exigentes (por exemplo, prova clara e convincente).

em especial, por se tratar de julgadores leigos que poderiam apreender “certeza moral” como uma certeza sustentada em valorações de ordem moral e relativas ao comportamento pessoal do arguido e não como a certeza máxima que poderia ser obtida a partir do raciocínio indutivo.

Em síntese, houve a compreensão de que as bases filosóficas do conceito de “certeza moral” poderiam não ser corretamente absorvidas pelos jurados.

Afastada a equivalência entre “dúvida razoável” e “certeza moral” até então utilizada, houve a abertura de espaços para que instruções aos jurados fossem emitidas de diferentes maneiras.

Assim, “dúvida razoável”, de maneira absolutamente heterogênea, embora algumas vezes paradoxalmente tautológica, passou a ser definida como equivalente «à segurança em convicções que consideramos apropriadas para a tomada de decisões importantes na vida; «tipo de dúvida que faria que uma pessoa pudesse vacilar em atuar; «convicção estável na culpa do acusado», «dúvida para a qual se pode oferecer uma razão», «dúvida racional»; «convicção altamente provável», sem embargo da existência de outras com menor referência²³⁷.

Como consequência da heterogeneidade da noção quanto ao seu conteúdo, alguns Estados americanos optaram por recomendar que os jurados não fossem instruídos sobre o que deveria ser compreendido como dúvida razoável, até mesmo sob pena de anulação do julgamento: é a opção pelo conceito autoevidente do *standard*.

No âmbito federal norte-americano, há também a mesma divergência sobre a necessidade ou não de instruir os jurados a respeito da noção de “dúvida razoável”²³⁸.

De qualquer forma, como adverte Laudan (2013: 68), ao analisar o referido *standard* naquele sistema, no qual prepondera o julgamento pelo júri popular, não há mínima uniformidade entre juízes, partes, jurados e academia a respeito da sua exata definição.

²³⁷ Tais definições são extraídas de Laudan (2013: 64-83).

²³⁸ De facto, a Suprema Corte (EUA) ainda não formulou orientação sobre o que deve ser definido como “dúvida razoável”, especialmente com o fim de uniformizar a instrução a ser dada aos jurados. Sobre tal opção, em *Victor v. Nebraska* (511 US 1, 1994), no qual reconheceu não haver uma específica forma de explicar aos jurados o conteúdo do *standard*, a magistrada Ruth Bader Ginsburg posicionou-se no sentido de que as pesquisas empíricas indicam a heterogeneidade dos jurados quanto à compreensão do que seja dúvida razoável, e, portanto, ainda que imperfeitas, a recusa em não definir não é a opção mais adequada. Ao contrário, a Suprema Corte do Canadá, em *R v. Lifchus* (3 SCR 320, 1997) apresentou alguns parâmetros positivos e negativos para a definição de “dúvida razoável”. O que deve ser explicado: a) a relação entre o *standard* e a presunção de inocência; b) que o ônus da prova é sempre da acusação; c) que a dúvida razoável não deve ser baseada em simpatia ou preconceito e sim na razão e no bom senso; d) que não é exigida uma “certeza absoluta” e tampouco se confunde com uma dúvida imaginária; e) que não é o mesmo de considerar que o arguido é meramente o provável culpado, pois se assim for o arguido deve ser absolvido. Por outro lado, deve ser evitado: a) descrever “dúvida razoável” como expressão ordinária que não tem significado especial no contexto do direito penal; b) instruir os jurados a considerar a dúvida razoável como a mesma medida que aplicariam em decisões importantes de sua vida; c) igualar dúvida razoável e certeza moral; d) apresentar definição tautológicas (dúvida razoável como dúvida séria, grave, substancial, etc.).

No limite, não há distinção constatável, na prática, entre o que se compreende como “dúvida razoável” e “convicção firme da culpa” (Laudan, 2005a: 106), o que retoma toda a discussão para o estado psicológico do julgador na tomada de decisão²³⁹, afastando-se do principal que é o grau de confirmação das provas em favor da hipótese acusatória, suporte para um julgamento com bases racionais²⁴⁰.

Não por outra razão que, em sua conclusão, diz Laudan (2013: 61) que o *standard* “além da dúvida razoável” é uma noção opaca, subjetiva, imprecisa, incoerente, pantanosa e passível de tantas interpretações quanto o número de juízes responsáveis por sua aplicação, o que a caracteriza como carente de fiabilidade e injusta, daí o porquê de suspeitar que, «nos juizados e tribunais contemporâneos do Estados Unidos não existe um *standard* uniforme para determinar quando alguém é culpado de um delito» (Laudan, 2013: 87).

O que ocorre nos Estados Unidos não é distinto do constatado no Chile, pois, de acordo com Accatino (2011: 492 e ss.), a recepção ao *standard* foi igualmente heterogênea, tanto no que se refere às críticas sobre a própria inserção quanto à compreensão do conteúdo, não sendo raro encontrar quem considere correto interpretá-lo de maneira equivalente à “certeza moral”, noção mais conhecida pelos julgadores.

Na jurisprudência, ressalta, o *standard* é percebido como vinculado ao estado psicológico do julgador, tal qual se dissesse: «é suficiente a prova que o tribunal acredite que é suficiente» (Accatino, 2011: 497).

É a percepção de Molina (2012: 242) ao asseverar que a evidente imprecisão do *standard* é agravada na jurisprudência chilena, nomeadamente ao interpretar a formulação a partir de uma conceção subjetiva e na prática equivalente à certeza, situação potencializado pela utilização do termo “convicção” presente no art.º 340 do CPP_{CHL} e que, portanto, se relaciona «a um estado mental do julgador, consistente na crença da verdade do facto que se trata de provar».

Agora bem, as críticas acima expostas não impedem o reconhecimento de que se trata de uma formulação possuidora de certos méritos.

²³⁹ Também Ferrer Beltrán (2020: 782) diz que a “dúvida razoável”, se compreendida como conceito autoevidente, não difere do que se denomina “íntima convicção”.

²⁴⁰ É neste sentido que Laudan (2013: 88-89) afirma que, além de não se ofertar uma definição objetiva de dúvida razoável, as noções apresentadas se vinculam ao estado mental do julgador. Diz o autor que seria similar a recomendar aos cientistas que a prova de que estão corretos é a «profunda convicção de que estão corretos». No mesmo contexto, Accatino (2011: 493), apesar de reconhecer alguns méritos na formulação do *standard*, ressalta que «a imprecisão [...] não permite estabelecer com clareza qual o grau de dúvida tolerável».

O primeiro refere-se ao facto de que o *standard* é apto a expressar para a comunidade que, no processo penal, foi feita a opção ético-política de distribuir os erros de forma que os riscos sejam preponderantemente suportados pela acusação e não pelo arguido.

Em outras palavras, a “dúvida razoável” é, simbolicamente, uma formulação compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Um segundo mérito, não menos importante, refere-se ao facto de o *standard* representar a correta admissão de que, por se tratar o raciocínio judicial de um raciocínio probabilístico, próprio do modelo indutivo, não é possível alcançar uma verdade absoluta, isso é, ausente de toda e qualquer dúvida²⁴¹: há sempre a probabilidade, ainda que ínfima, de os factos não terem ocorrido da forma como indicada pelas provas.

O terceiro mérito consiste na referência à “**prova** para além da dúvida razoável”, pois é expressamente mencionado que o embasamento da decisão deve se vincular aos elementos incorporados ao processo²⁴².

Ocorre que, apesar do aparente propósito de objetivar a “dúvida razoável”, não há alguma perspectiva de sucesso, salvo se considerada apenas como guia de orientação²⁴³.

Em síntese, como efetivo *standard* possuidor da função de definir objetivamente os critérios a partir dos quais um enunciado fáctico pode vir a ser provado, a “dúvida razoável” é mal sucedida. Ao contrário, verifica-se que, em grande parte das vezes, a sua aplicação não está desvinculada do estado psicológico do julgador quanto à certeza de culpa do arguido.

Embora tal constatação pudesse advir de outras fontes, opta-se pela análise de decisões oriundas de tribunais brasileiros e portugueses, as quais demonstram, salvo exceções,

²⁴¹ A “dúvida” deve aqui ser compreendida não como um determinado estado psicológico ou «impossibilidade racional da certeza» e sim como «não suficientemente provado», diz Ferrer Beltrán (2010: 20-21).

²⁴² Isso é corroborado pelo entendimento oriundo da Corte Suprema da Flórida de que, «uma dúvida razoável a respeito da culpa do arguido pode surgir das provas, do conflito das provas ou da falta de provas» (Haack, 2013: 72).

²⁴³ Bons exemplos de a formulação representar guias de orientação e não critérios objetivos na tomada de decisão podem ser apresentados a partir da elaboração preferida pelo juiz Denning (*Miller v. Minister of Pensions*, 2 All ER 372, 1947), citado por Lluch (2012: 179): «a prova mais além de toda dúvida razoável não significa a prova sem sombra de dúvida. A lei não protegeria a comunidade se admitisse possibilidades caprichosas de desviar o curso da justiça. Se existe uma prova tão conclusiva contra uma pessoa para deixar somente uma remota possibilidade em seu favor, e dita possibilidade pudesse ser descartada com a frase “é claro que é possível porém não é provável”, o caso terá sido aprovado mais além de uma dúvida razoável, porém nada menos que isso não seria bastante». Outra referência é constatada no estudo feito por Reis (2018: 44), nomeadamente ao assegurar que «não é qualquer, simples e possível dúvida, ou a dúvida inconsistente, fantasiosa, imaginária, teórica, abstrata ou meramente retórica, que enseja a absolvição do réu, mas tão somente a dúvida justa, séria, honesta, real e substancial, baseada na razão e nas provas, enfim, apenas a dúvida razoável e que pode respaldar uma sentença absolutória».

a subjetividade não distinta da “íntima convicção”, além da dificuldade de compreensão da específica medida da prova²⁴⁴.

A respeito do último ponto, a dificuldade pode ser constatada no julgamento da Ação Penal n.º 470 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, um dos casos de maior repercussão no país e que foi o mais longo naquele tribunal.

Nos votos dos magistrados, o *standard* “além da dúvida razoável” foi mencionado por, aproximadamente, cinco dezenas de vezes.

Apesar disso, não houve menor fundamentação sobre o que poderia se entender por “dúvida razoável” e quais os critérios epistêmicos que permitiriam afirmar se a dúvida era ou não razoável.

Na maioria das vezes, ao contrário, parecia adotar o conceito como “autoevidente” ou como equivalente à “dúvida racional”, a se demonstrar tautológico.

Numa das referências, entretanto, a magistrada Cármen Lúcia afirmou que «a condenação em processo penal exige juízo de certeza, não bastando a ausência de dúvida razoável sobre a existência do fato imputado ao agente» (Ac. AP n.º 470, STF_{BRA}, de 17/12/2012).

Da confusa intervenção da magistrada, é possível perceber o uso de “juízo de certeza” como similar à verdade absoluta e não à “certeza moral”, como é minimamente aceitável por aqueles que admitem o uso da expressão.

Há, portanto, a adoção da ideia de que o *standard* no processo penal, especialmente ao asseverar que não basta a “dúvida razoável”, é o da prova sem sombra de qualquer dúvida, razoável ou irrazoável, como se o raciocínio judicial fosse dedutivo e não indutivo.

Em outras cinco decisões do STF_{BRA} mais recentes que se referiram à “dúvida razoável”, em nenhuma delas se observa o intento de definição do *standard* e de, tampouco, estabelecer critérios objetivos a respeito do que faria uma dúvida ser ou não razoável²⁴⁵, situação não distinta da verificada em outros órgãos julgadores²⁴⁶.

²⁴⁴ Neste caso, não exatamente a íntima convicção como sistema de valoração e sim como estado de crença a respeito da culpa ou inocência do arguido.

²⁴⁵ Ac. STF_{BRA}, proc. AO n.º 2093, de 03/09/2019; Ac. STF_{BRA}, proc. AP n.º 962, de 04/06/2019; Ac. STF_{BRA}, proc. RHC n.º 128.096, de 18/12/2018; Ac. STF_{BRA}, proc. AP n.º 968, de 22/05/2018; Ac. STF_{BRA}, proc. AP n.º 883, de 20/03/2018.

²⁴⁶ A preocupação com a forma em que a “dúvida razoável” está a ser aplicada no Brasil foi objeto de análise por Matida e Vieira (2019: 224). Dizem os autores citados que há o risco de a “dúvida razoável” funcionar como *anti-standard*, «passando a servir como um elemento de justificação das decisões, em nada diminuindo os espaços de subjetivismo, de discricionariedade ou mesmo de arbitrariedade que precisamente se quer evitar a partir da adoção de um modelo racionalista da prova [...]».

Em Portugal, registra-se, a análise a respeito da medida da prova e dos problemas vinculados à “dúvida razoável” é bem mais frequente que no Brasil.

Entretanto, ao final, também não há um pensamento minimamente comum sobre a definição do específico *standard*.

Aliás, a crítica formulada em relação à “dúvida razoável” pode ser ampliada para duas outras previsões legais contidas no CPP: a primeira se encontra no art. 135.º, n.º 2, do CPP, que se refere à «dúvidas fundadas» sobre a escusa para prestar depoimento; a segunda no art. 449.º, n.º 1, “c”, que faz menção à factos novos que «suscitem graves dúvidas à justiça da condenação», termo que por outras duas vezes é repetido no artigo.

Constata-se, enfim, que não há pela jurisprudência uma objetivação do que vem a ser “dúvidas fundadas” ou “graves dúvidas”.

Especialmente a respeito do segundo termo, em geral as definições são tautológicas («dúvida qualificada», «mais do que mera dúvida», «deve atingir a vertente da “gravidade” que baste»; «dúvidas sérias», «dúvidas suficientemente fortes e consistentes»; «dúvida intensa», etc.)²⁴⁷.

Uma decisão, entretanto, merece maior análise por se referir, indiretamente, ao *standard* necessário para a condenação. Conforme estabelecido pelo Supremo Tribunal de Justiça (Ac. STJ, proc. n.º 675/08-3, de 09-04-2008, mencionado no Ac. STJ, proc. n.º 365/11.9, de 04/11/2012), as graves dúvidas «devem ser de grau superior ao que é normalmente requerido para absolvição do arguido em julgamento».

Portanto, haveria de acordo com a jurisprudência portuguesa, no âmbito do processual penal português, um *standard* superior ao da “dúvida razoável”, com a diferença que não se relacionaria com o nível de suficiência para condenar e sim para rescindir uma condenação²⁴⁸.

Mais do que acolher a divisão entre “dúvida razoável” e “dúvida irrazoável”, de difícil definição objetiva, começa-se, então, a trabalhar com a própria gradação daquela entre leve, intermediária e grave, o que é uma receita propícia para o “decisionismo”.

Posto isso, há de se retomar a análise sobre a compreensão da justiça portuguesa a respeito do *standard* “além da dúvida razoável”, pois utilizado com evidente frequência.

²⁴⁷ Tais definições são mencionadas no Ac. STJ, proc. n.º 5384/06, de 19/10/2016.

²⁴⁸ O que é surpreendente quando se considera que o sistema judicial admite que o cidadão continue eventualmente a cumprir pena ainda que o próprio sistema compreenda que passou a existir uma “dúvida razoável” sobre a correção fáctica da sentença condenatória.

Em geral, como antes mencionado, o *standard* é em geral aplicado sem nenhuma nota adesiva a seu respeito, como se autoevidente²⁴⁹.

Em determinados julgamentos, a “dúvida razoável” é definida redundantemente como aquela «não hipotética e abstrata» (Ac. TRL, proc. n.º 441/16.1, de 15/01/2020) ou «compreensível para uma pessoa racional e sensata», e não «absurda» nem apenas meramente «concebível» ou «conjectural» (Ac. TRG, proc. n.º 443/12.7, de 17/02/2014).

Mais problemáticas, entretanto, são as decisões que expressamente fazem referência ao estado psicológico do julgador, como se constata a seguir:

Por outro lado, convém esclarecer que o princípio do «*in dubio pro reo*», também não faz aqui sentido, pois ele não é mais que uma regra de decisão, através da qual, após produção da prova e efectuada a sua valoração, quando o resultado do processo probatório seja uma dúvida, que tem de ser razoável e insuperável sobre a realidade dos factos, o juiz deve decidir a favor do arguido, dando como não provado o facto que lhe é desfavorável. Exige-se, portanto que no **espírito do julgador subsista uma dúvida positiva e invencível sobre a verificação, ou não, de determinado facto**. O Tribunal «*a quo*» teve essa dúvida legítima, no entanto, há que ter conta que na apreciação e valoração da prova, não considerou aqueles pontos essenciais que acima assinalámos, considerando por um lado, «*irrelevante*» as declarações dos queixosos e, por outro, lançando dúvidas sobre a certeza que tinham, num contexto em que ela era justamente de primordial importância. (Ac. TRL, proc. n.º 922/18.2, de 29/01/2020) (grifo nosso)

Outras, assim como mencionado em decisão Supremo Tribunal Federal brasileiro, acabam por confundir o que se deveria compreender por “juízo de certeza” no contexto da “certeza moral”, o que também a seguir se observa, apesar da pretensão de estabelecer um critério racional:

Num hipotético conflito entre a convicção em consciência do julgador, no sentido da culpabilidade do arguido e uma valoração da prova que não é capaz de fundamentar tal convicção será esta que terá de prevalecer. Para que seja possível a condenação não basta a probabilidade de que o arguido seja autor do crime nem a convicção moral de que o foi. É imprescindível que, por procedimentos legítimos, se alcance a certeza jurídica, que não é desde logo a certeza absoluta, mas que, sendo uma convicção com géneses em material probatório, é suficiente para, numa perspectiva processual penal e constitucional, legitimar uma sentença condenatória. Significa o exposto que não basta a certeza moral, mas é necessária a certeza fundada numa sólida produção de prova. (Ac. STJ, proc. n.º 241.08.2, de 23/02/2011)

Há, ainda, a busca por formulações já conhecidas e que são mencionadas como forma de equivalência à dúvida razoável e que expressariam a mesma realidade, como seria o

²⁴⁹ Por todos: Ac. STJ, proc. n.º 232/16.0, de 27/11/2019; Ac. TRP, proc. n.º 9416/13.1, de 22/01/2020; Ac. TRC, proc. n.º 20/17.6, de 08/05/2019; Ac. TRE, proc. n.º 60/16.2, de 04/02/2020.

caso da formulação «probabilidade que roça a certeza» (Ac. TRE, proc. n.º 22/98.0, de 06/06/2017), novamente com alusão ao estado psicológico (“certeza”).

Outras, por suas vezes, admitem que o *standard* não é susceptível de precisão, razão pela qual a noção jurisprudencial é «essencialmente casuística, o que resulta, em boa parte, de constituir um conceito avesso à delimitação rigorosa de contornos, relativamente ao qual se obtêm pouco mais que aproximações», embora possa ser apontado que a dúvida «há de ser, pois, razoável e objectiva, por um lado, e inultrapassável ou invencível, por outro» (Ac. TRE, proc. n.º 36/14.4, de 19/08/2016).

Em tais hipóteses, da imprecisão resultaria a possibilidade de o julgador, assim como é próprio dos conceitos indeterminados, «os densificar, de atingir uma determinação precisa do conceito na apreciação da concreta situação que se julga, **o que é dizer que não tem de se aplicar um *standard* uniforme para todos os casos**», a socorrer-se, no caso, de um critério negativo que aponta para a distinção entre a “dúvida razoável” e a inexistência de «qualquer sombra de dúvida» (Ac. TRP, proc. n.º 2/13.7, de 09/09/2015).

Por vezes, e corretamente, analisa-se a aptidão da hipótese alternativa da defesa como critério para acolhimento da imputação acusatória, especialmente com a assertiva de que não basta mensurar o grau de confirmação da hipótese acusatória, pois é indispensável, da mesma forma, considerar refutada a hipótese da defesa (Ac. TRE, proc. n.º 5901/09.8, de 06/12/2011).

Importante decisão foi proferida pelo Tribunal da Relação de Lisboa, cujo relator foi o magistrado Carlos Almeida (Ac. TRL, proc. n.º 2660/2008-3, de 2/04/2008), na qual expressamente menciona que o *standard* utilizado pelo tribunal recorrido (“além da dúvida razoável”), embora adotado em ocasiões distintas, é subscrito com ressalvas, pois, apesar de possuir o mérito de ser mais bem formulado que a íntima convicção, ainda não é apto a definir um nível de suficiência de prova que seja controlável.

De qualquer forma, constata-se a absoluta heterogeneidade de tratamento do *standard* “além da dúvida razoável”, o que é absolutamente censurável quando se percebe a ausência de ciência prévia dos critérios objetivos que serão utilizados para estabelecer os graus de confirmação e refutação das hipóteses ofertadas pela acusação e, eventualmente, pela defesa, isso quando não expressa que a razoabilidade da dúvida dependerá do “espírito do julgador”, formulação absolutamente irracional.

Se o *standard* é interpretado a partir de uma conceção subjetiva, é certo que, além de não cumprir a sua função epistemológica, tem como consequência inverter a ordem da relação entre confiança racional e elementos de prova.

Neste sentido, como bem aponta Laudan (2005a: 106), num sistema irracional, a «confiança precede, certifica e, inclusive, constitui a prova» e se traduz, assim como já ocorreu na história, numa revelação mística da verdade e, como consequência, num excesso de discricionariedade que resulta em arbitrariedade, a se apresentar ofensivo com o próprio princípio constitucional de presunção de inocência (Molina, 2012: 242).

E é justamente em relação à presunção de inocência a maior dramaticidade do *standard* probatório no contexto do garantismo.

Diz Ferrer Beltrán (2020: 777), de maneira incensurável, que há uma lacuna no garantismo ao não abordar o grau de suficiência probatória para decisão final no processo, pois a ausência de critérios equivale à «ausência de regras de justificação das decisões sobre os factos».

A consequência repercute na utilidade de princípios caros ao garantismo²⁵⁰.

Assim, se o ónus da prova define o “ganhador” em caso de dúvida sobre a suficiência da prova, para a correta aplicação da mencionada regra é preciso definir qual o grau de suficiência probatória.

O mesmo ocorre com a presunção de inocência, agora quanto à possibilidade de condenação apenas se existente prova suficiente que a ultrapasse. Porém, como saber se foi ultrapassado o grau de corroboração da hipótese acusatória se não há critérios objetivos para mensurá-lo?

Neste contexto, apesar de o estágio da discussão na jurisprudência portuguesa encontrar-se bem mais avançado que na brasileira, quais são as respostas aos seguintes questionamentos básicos:

- Em Portugal, o nível mínimo de suficiência probatória para provar um enunciado constitui um padrão objetivo, motivável e intersubjetivamente controlável?
- É possível afirmar de maneira indubitosa qual o *standard* adotado?
- A respeito da “dúvida razoável”, é homogênea a sua definição?
- O *standard* “dúvida razoável”, apesar da contínua referência, compartilha o espaço, inclusive na mesma decisão, com outras formulações marcadamente subjetivas?
- Há, na prática dos tribunais, efetiva diferença entre “dúvida razoável”, “juízo de certeza” e “íntima convicção”?

²⁵⁰ Também para Rúa (2010: 71), do garantismo penal resulta uma «estreita relação entre a presunção de inocência e o nível a partir do qual o juiz pode aceitar uma afirmação do facto ou uma hipótese como verdadeira dentro do processo penal».

- A alteração do “juízo de certeza” ou da “íntima convicção” para “dúvida razoável” inseriu a análise probatória num modelo racional-cognoscitivo ou se trata de mera alteração de termos tidos como ultrapassados para outro mais “moderno”, apesar de conhecido há séculos?

- A adoção da “dúvida razoável”, a partir das decisões dos tribunais, representou uma maior proteção contra decisões arbitrárias ou somente possibilitou que decisões arbitrárias se apresentassem racionais?

- Por fim, a “dúvida razoável” representa de facto um critério para estabelecer o nível mínimo probatório ou «uma escusa ou pretexto débil para condenar ou absolver» (Laudan, 2005a: 106)?

Como antes mencionado, lamentavelmente, as respostas não parecem indicar um bom caminho.

Porém, e este constitui o ponto central, a possível razão para o problema aqui contatado não se deve à falta de preparo teórico dos julgadores para objetivar o *standard* “além da dúvida razoável”.

Apesar de equívocos conceituais, antes demonstrados, e uma certa dificuldade em abandonar uma cultura irracionalista representada por formulações equivalentes à “íntima e profunda convicção” ou “juízo de certeza” (em alguns casos, como equivalente à “verdade absoluta” e não à “certeza moral”), o problema todo se encontra na própria formulação “além da dúvida razoável”, a qual de facto não possibilita, por si, que critérios objetivos, motiváveis e controláveis sejam apresentados.

A solução? Ou se admite que é, por um lado, um conceito autoevidente e, por outro, impossível de definição analítica, assim como outros conceitos também imprecisos e indeterminados, a ser definido (“construído”) caso a caso (**«o que é dizer que não tem de se aplicar um *standard* uniforme para todos os casos»²⁵¹**), ou se retorna ao estágio anterior com a adoção do “juízo de certeza” (moral).

É, em síntese, o que afirma Taruffo (2009: 115-116) ao reconhecer a dificuldade de definir analiticamente a “dúvida razoável”²⁵²

²⁵¹ Ac. TRP, proc. n.º 2/13.7, de 09/09/2015.

²⁵² Diz Taruffo (2009: 115-116), portanto, que as soluções para a indefinição seriam: (a) o abandono da formulação com respetiva substituição por expressões como “certeza” ou “quase certeza” ou “altíssima probabilidade” ou; (b) o reconhecimento de que se trata de um “conceito indeterminado” a ser avaliado de maneira individualizada ou com socorro à «lógica fuzzy» (*fuzzy logic*), modelo por meio do qual conceitos difusos (não completamente verdadeiros e tampouco não completamente falsos) podem ser objeto de controlo.

Porém, uma outra opção, mais extrema e, ao que se verifica, também mais correta, refere-se ao abandono da formulação em favor da estipulação de critérios possuidores das qualidades antes referidas²⁵³.

Em relação a esta solução (abandono da formulação), é preciso salientar que, num sistema de julgamento por jurados com decisões imotivadas, de facto não haveria sequer como saber se os julgadores emitiriam o veredito em conformidade com os critérios, assim como não é possível saber qual é a atual compreensão que possuem sobre “dúvida razoável”, apesar de alguns tribunais os instruírem de uma maneira específica.

No sistema continental, porém, em especial nos casos julgados por juízes profissionais e com decisões motivadas, a formulação de critérios relacionados ao nível de suficiência probatória exigível para a condenação teria um maior potencial de efetividade²⁵⁴.

Portanto, considera-se, de acordo com os pressupostos deste trabalho, que, apesar de o *standard* “além da dúvida razoável” constituir uma formulação mais adequada, quando comparada aos demais habitualmente utilizados na *civil law*, em sua função específica

²⁵³ No sentido de ser cético quanto à possibilidade de estabelecimento de *standards* objetivos: Dei Vecchi, 2019: 63 e ss.

²⁵⁴ A divergência do *standard* da “dúvida razoável” e a distinta situação entre julgamento por jurados e por julgadores técnicos foi objeto de intenso conflito. Expõe Laudan (2013: 73) que, embora algumas instruções aos jurados mencionem que o convencimento resulte das considerações feitas sobre as provas, certo é que «tomar em conta todas as provas e ponderá-las adequadamente são coisas diferentes», problema que não é resolvido com a instrução, pois não há orientação a respeito do tipo de provas necessárias para condenar, pois não são de facto mencionados os critérios objetivos e controláveis que permitiriam asseverar se eventual dúvida poderia ser considerada racional ou irracional, uma vez que tais critérios não podem se referir ao «firme convencimento» e sim, de maneira objetiva, sobre a relação entre as provas e as hipóteses acusatória e alternativa apresentadas pelas partes. Embora concorde com a objeção de Laudan (2005a: 95-113), Salaverria (2005: 141-150), numa postura mais otimista, considera variável o conceito de dúvida razoável a depender de a decisão ser tomada pelo juiz profissional ou pelo jurado. Neste sentido, aponta que, embora o *standard* dúvida razoável tenha sua origem no direito anglo-saxónico, a exigência de motivação da sentença quando proferida por juízes profissionais permite que a sua aplicação esteja mais garantida (quanto ao seu propósito) no sistema continental. Portanto, diz Salaverria (2014: 139), num contexto de julgamento por jurados, a dúvida razoável tem o seu momento de protagonismo quando são realizadas às instruções aos jurados. No caso de um veredito motivado, o protagonismo do *standard* ocorre no momento da própria decisão. No primeiro caso, a preocupação é que o *standard* seja adequadamente compreendido e no segundo que ele seja corretamente aplicado. Mais ainda, a “dúvida razoável”, no veredito por jurados, «é a dúvida que amadurece na cabeça do julgador que se presume racional». No segundo, ela corresponde à «dúvida que se sustenta em razões que serão expostas e que podem ser controladas». Também para Taruffo (2005a: 115-126), num sistema de decisão motivada, uma correta formulação do *standard* teria melhor aproveitamento. Em resposta, Laudan (2005b: 151-155) reafirma que um *standard* como o da “dúvida razoável”, justamente por não contar com critérios objetivos e ser apreendido de maneira diversa por cada um que o interprete, não permite que as suas características negativas já apontadas sejam distintas pelo facto de o aplicador da medida ser um juiz leigo ou um julgador profissional: o problema, assim, não se situa na fonte, mas na inexistência de critérios objetivos de aplicação. Neste trabalho, reafirma-se, adota-se a postura cética de Laudan de que a manutenção do *standard* “dúvida razoável” num julgamento por juízes técnicos não implica melhor aproveitamento da formulação, pois, como foi constatado nas decisões apresentadas neste trabalho, ao final cada julgador construirá a sua própria definição, o que não é compatível com a segurança jurídica necessária para o correto estabelecimento dos factos e respetiva imposição da pena. De qualquer forma, corrobora-se a ressalva de Salaverria (2005: 146) no sentido de que não basta a correta formulação do *standard*, é ainda imprescindível que seja corretamente compreendido, aplicado e controlado.

de medida da prova é uma formulação, e neste sentido diz Nieva Fenoll (2010: 87), inútil, ao menos que se queira caracterizar um *standard* probatório tão somente como guia de orientação ao julgador²⁵⁵, o que parece pouco no contexto de um modelo garantista e, por conseguinte, necessariamente racional.

Agora bem, se a solução se encontra no estabelecimento de critérios racionais, objetivos, motiváveis e intersubjetivamente controláveis, resta então buscar os requisitos a serem observados na respetiva formulação²⁵⁶.

Para Ferrer Beltrán (2020: 781-783), autor fundamental no tema, a formulação de um *standard* deve seguir os seguintes parâmetros:

a) Possibilitar uma justificação racional da decisão, com exclusão de critérios de natureza subjetiva ou psicológica, como, por exemplo, os que se referem ao «grau de convencimento» do juiz, pois incontroláveis (se o convencimento é algo pessoal, não se pode afirmar que foi ou não justificado);

b) Possibilitar satisfatoriamente a determinação do ponto a partir do qual se pode considerar uma hipótese provada por atingir o grau mínimo de suficiência probatória. Neste contexto, diz o autor, a referência à *sana crítica* ou à exigência de a decisão basear-se na lógica, na ciência e nas regras de experiência (livre convencimento racional e motivado) não satisfaz o requisito, porquanto mais se apresentam como guias de orientação para a valoração da prova e não para definição da suficiência probatória (não são noções equivalentes, embora se relacionem);

c) Sustentar-se em modelos qualitativos e não esquemas matemáticos (Teorema de Bayes, por exemplo);

d) Expressar de maneira adequada a vontade ético-política do legislador quanto à distribuição de erro²⁵⁷.

²⁵⁵ Concorde-se com Ferrer Beltrán (2020: 778) quando afirma que a probabilidade resultante do raciocínio indutivo, justamente por impedir a obtenção de “certezas racionais” sobre a correspondência entre o enunciado e a realidade, impõe que seja objetivamente definido o «grau de probabilidade a partir do qual se está disposto a dar por provada a hipótese».

²⁵⁶ Portanto, como diz Gascón Abellán (2005: 139), as funções do *standard* restarão incompletas se «a valoração e a justificação não são acompanhadas de critérios racionais exigidos para a confirmação». Não é outra a posição de Accatino (2011: 504) ao expor que não basta que ao *standard* ser interpretado de maneira objetiva, isto é, a partir do grau de confirmação das provas disponíveis e não a partir do estado psicológico do julgador. É necessário, ainda, que os critérios que o preenchem informem «as condições que deve satisfazer a prova para ser suficiente e justificar a condenação».

²⁵⁷ Quanto à definição do *standard*, foi mencionado no decorrer deste trabalho que há diversas medidas de prova no decorrer do processo. A decisão final, entretanto, logicamente é o *standard* de maior exigência. Acrescenta-se que muitos autores compreendem possível que a decisão condenatória seja proferida, a depender de alguns fatores, com um nível de suficiência probatória menor do que hoje é postulado. Neste sentido, Ferrer Beltrán (2020: 786-794) aponta cinco parâmetros para a definição de um *standard* probatório: a) consequência jurídica do erro na tomada de decisão (é o que justifica a diferença entre o processo civil e o processo penal). Atenta-se para o facto

Em síntese, os critérios devem ser estabelecidos a partir do grau de confirmação da hipótese acusatória e das hipóteses que a compõem, bem como das hipóteses alternativas da defesa, se houver.

Não basta, entretanto, estabelecer critérios genéricos do tipo “se a hipótese acusatória foi confirmada” e “se a hipótese alternativa foi refutada”.

O necessário, assim, é uma definição racional a partir das provas, e somente a partir das provas, a possibilitar a confirmação de uma hipótese e a refutação de outra.

Para tanto, por óbvio, a elaboração do *standard* possuirá duas fases: a primeira, qual o nível de suficiência probatória exigido para determinada decisão (valoração ético-política de distribuição de erros); a segunda, em conformidade com a primeira definição, quais critérios objetivos poderão bem expressá-lo.

A respeito do nível de exigência, poderão ser elaborados alguns questionamentos²⁵⁸:

- Ainda que a hipótese acusatória tenha um alto grau de apoio, qual será a consequência se houver provas que confirmem de maneira mínima a hipótese defensiva?
- E se houver provas que confirmem de maneira mediana a hipótese defensiva?
- O facto de a hipótese acusatória possuir um alto grau de confirmação será ou não o bastante?
- Ou prevalecerá apenas quando a hipótese defensiva tiver mínimo grau de apoio, mas não quando tiver um apoio mediano?
- Ou somente prevalecerá quando a hipótese da defesa não tiver qualquer grau de apoio?

de que, por esse parâmetro, seria justificável a diminuição do nível de suficiência quando da sentença condenatória resultasse medidas alternativas à pena privativa de liberdade; b) o “custo” da absolvição, ou seja, a gravidade do crime praticado e o ônus para a sociedade decorrente de suportar com muito maior preponderância o erro judiciário quando houver efetiva ofensa a bens jurídicos de inegável relevância; c) a constatação da dificuldade em atingir o nível de suficiência elevado em virtude da complexidade probatória, como seriam os casos, exemplifica, dos crimes de “colarinho branco” e crimes sexuais; d) definição do *standard* a partir da contextualização do sistema em que será inserido, em especial considerando a existência de outros mecanismos de distribuição de erros (presunções e ônus da prova, por exemplo); e) a considerar, como também já afirmado, que o nível de suficiência probatória não é único no decorrer do processo, é necessário que seja definido de maneira lógica, de forma que exista uma diferença entre os graus de suficiência exigidos para as fases inicial intermediária e final, sempre com observância de uma escala ascendente, a findar com o *standard* mais elevado para a decisão final.

²⁵⁸ Há de se considerar a possibilidade de provas compatíveis com a hipótese acusatória e não com a hipótese defensiva e de provas que são concomitantemente compatíveis com ambas as hipóteses. Por exemplo, o vestígio da digital na arma pode ser compatível com as hipóteses apresentadas. A acusação assevera que o vestígio decorre do facto de o arguido ter pegado a arma para desferir o tiro contra a vítima. A defesa, por sua vez, apresenta a hipótese de que, antes do disparo, arguido e vítima, que eram amigos, estavam a manusear a arma, quando a vítima a pegou e disparou contra si de maneira fatalmente acidental. Em tais casos, entra outro elemento fundamental que é a “predição”. Neste caso, os exames de resíduo de pólvora e de impressões digitais na arma, se positivos para o arguido e negativos para a vítima, reforçará a hipótese acusatória e debilitará a hipótese alternativa, por exemplo.

Todas estas indagações, que serão orientadoras dos critérios, deverão ser respondidas para que se saiba qual o nível de suficiência de prova a se objetivar, o que dependerá da política que se pretender implantar quanto à distribuição de erros na tomada da decisão²⁵⁹.

Próximo ao que foi exposto, Gascón Abellán (2005: 136) apresenta uma formulação de *standards* probatórios que se baseia em níveis de confirmação das hipóteses de culpa (Hc) e de inocência (Hi), a partir do pressuposto de que sempre a Hc não poderá ter sido refutada, pois irracional seria uma condenação em tal contexto.

Logo, as Hc's estariam «solidamente confirmadas» ou «debilmente confirmadas», enquanto as Hi's tripartiriam em «solidamente confirmadas», «debilmente confirmadas» ou «sem nenhuma confirmação»²⁶⁰.

A combinação entre tais níveis geraria 6 (seis) níveis diversos de suficiência probatória. Se se considerar que a condenação, ao menos de acordo com a concepção amplamente maioritária, sempre deve contar com uma Hc solidamente confirmada, restaria estabelecer o grau de confirmação da Hi apto a impedir a imposição da sanção. Por certo, o *standard* mais exigente será aquele que exigir uma confirmação sólida da Hc e a completa ausência de confirmação da Hi.

Laudan (2013: 127-128), por sua vez, também afirma ser infrutífero insistir com qualquer noção que se vincule ao grau de convencimento do julgador, a impor a necessidade de

²⁵⁹ Observações interessantes sobre o específico tema são feitas por Accatino (2011: 505-507). Para a referida autora, uma dúvida do tipo «é possível que as coisas tenham ocorrido de maneira distinta» é uma dúvida irrelevante ao se constatar que, num raciocínio probabilístico, de facto «as coisas podem ter ocorrido de maneira distinta». O que importa para que uma dúvida seja considerada relevante é que ela esteja «justificada em defeitos das provas disponíveis em relação com as proposições fácticas que se trata de provar». A possibilidade genérica, abstrata e teórica de as coisas terem ocorrido de outro modo não é, por si, um defeito da prova e sim uma constatação derivada do raciocínio indutivo. A autora, em conclusão do estudo, esclarece que compreende por defeitos da prova aqueles que «não logrem eliminar ou refutar alguma proposição fáctica alternativa plausível e compatível com a inocência do acusado». Logo, uma hipótese alternativa à acusatória que conte com algum apoio na prova dos autos impede que seja a dúvida considerada irrazoável ou irrelevante ou implausível ou qualquer outro conceito que se queira equivalente. Para tanto, continua, o método recomendado é o de eliminação das hipóteses alternativas até que a única explicação racional oriunda das provas se vincule à culpa do arguido. Accatino (2011: 507-508) postula ser necessária a adoção de duas formas distintas de raciocínio probatório: a **eliminação**, a qual consiste «na incorporação de uma nova prova que não resulta explicável pela hipótese alternativa», se houver provas divergentes não incompatíveis entre si, e a **refutação**, que consiste «na incorporação de uma prova que mostre que não ocorreu o evento que deveria ter lugar se a hipótese alternativa fosse verdadeira», quando houver provas divergentes e provas conflituosas. Por óbvio, hipóteses *ad hoc* não são levadas em consideração, pois são hipóteses formuladas «para dar conta das provas disponíveis e para não estar expostas a eliminação ou refutação (como corre, por exemplo, com a hipótese de um complô)».

²⁶⁰ Para melhor compreensão, é necessário enfatizar que, no esquema proposto por Gascón Abellán (2005: 136), solidamente confirmada significa que as provas somente conseguem explicar aquela específica hipótese tida como verdadeira, enquanto por debilmente confirmada se entende que as provas conseguem explicar uma determinada hipótese, mas não são incompatíveis com a hipótese contrária.

estabelecimento de *standard* que se refira ao grau de corroboração das provas em relação à hipótese, razão pela qual apresenta algumas propostas a respeito dos critérios²⁶¹:

«a) Se existem provas inculpatórias fiáveis cuja presença seria muito difícil explicar se o acusado fosse inocente, somado à ausência de provas exculpatórias que seriam muito difíceis de explicar se o acusado fosse culpável, então condene; do contrário, absolva»; b) «Se a teoria de caso apresentada pela acusação é plausível e não é possível conceber alguma história plausível em que o acusado resulte inocente, então condene; do contrário, absolva»; c) «Determine se os factos estabelecidos pela acusação descartam qualquer hipótese racional na qual se possa pensar que o acusado é inocente. Se a teoria da acusação descarta as hipóteses alternativas referidas, condene. Do contrário, absolva».

A proposta “b” que Laudan (2013: 127-128) apresenta é inspirada na formulação de Ronald Allen (1994: 604): «Se a teoria do caso apresentada pela acusação é plausível e não se pode conceber alguma história plausível na qual o acusado resulte inocente»

No Brasil, Badaró (2019: 259-260) expõe quais deveriam ser os critérios cumulativos de suficiência de prova exigidos para a condenação:

«a) há elementos de prova que confirmam, com elevadíssima probabilidade, todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação; e, b) não há elementos de prova que tornem viável ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a imputação».²⁶²

Por sua vez, Muñoz Garcia (2020: 207), a respeito do processo penal colombiano, apresenta uma interpretação do que deveria se considerar “prova para além da dúvida razoável”: a condenação do arguido somente poderia ocorrer se os elementos incorporados ao processo, além de confirmarem a hipótese acusatória, não permitirem «conceber alguma hipótese alternativa razoável, que seja compatível com a inocência do imputado».

²⁶¹ A respeito dos critérios apresentados por Laudan, diz Gascón Abellán (2005: 135) que não são equivalentes ou sequer complementares, pois cada um deles indicaria um específico nível de suficiência probatória. Por sua vez, Taruffo (2005a: 122) rejeita a inserção da noção de “plausibilidade” como critério para a medida da prova, pois se trata de noção que, além de subjetiva e muito similar ao de verossimilhança, demandaria uma valoração tão somente holística da prova, própria das teorias narrativas (mais especificamente, *storytelling*). A correta valoração demanda, ao contrário, uma análise específica dos meios de prova em relação a cada facto que compõe o contexto do enunciado acusatório. Somente depois de averiguado se tais factos podem ser considerados verdadeiros (provados) é que haverá a análise do conjunto. Esta análise, agora holística, contará com a recepção **apenas** daqueles factos provados, quando será possível constatar se forma parte de uma narração coerente. Se a ausência de um facto que se apresenta imprescindível para a coerência da narrativa não tiver sido admitido como provado na fase anterior (analítica), impõe-se a absolvição. Não é possível, pois, considerar a conceção holística sem mensurar especificamente cada meio de prova em sua relação com cada facto que compõe a imputação.

²⁶² A “altíssima probabilidade” foi mencionada em trabalho prévio por Taruffo (2009: 115) como alternativa ao *standard* da “dúvida razoável”. Acrescenta-se que o adjetivo “viável” também não é apto a impedir uma margem de discricionariedade na tomada de decisão. Porém, é importante para estabelecer uma distinção entre os graus de confirmação da hipótese acusatória (“altíssima probabilidade”) e da hipótese alternativa (“viável”).

Finalmente, Ferrer Beltrán (2007: 147) apresenta seis critérios que são por ele apontados como objetivos e controláveis, desde o de menor exigência ao de maior rigor, o que dependeria da natureza e das consequências da decisão. O de maior rigor, e o que mais pertine a este trabalho, seria formulado a partir dos seguintes e concomitantes parâmetros²⁶³:

«a) a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular devem haver resultado confirmadas; b) devem haver refutado todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluindo as meras hipóteses *ad hoc*».²⁶⁴

Observa-se que a formulação não apela ao grau de convicção do julgador a respeito da culpa ou inocência do arguido e sim ao grau de corroboração das provas, o que permitiria responder sobre a probabilidade relacionada tanto à hipótese acusatória quanto à hipótese alternativa²⁶⁵.

Porém, até pelas limitações da linguagem e da opção por uma probabilidade lógica e não matemática, é compreensível que o *standard*, apesar da necessidade de ser objetivo, controlável, motivável, ou seja, racional, não se caracterize como algo dotado de «rigidez matemática» ou de uma inflexibilidade que transformaria o resultado do raciocínio probatório em algo mecânico.

De qualquer forma, ainda que exista um espaço de discricionariedade vinculado aos adjetivos propostos, a decomposição dos critérios representa uma avanço em relação ao *standard* da “dúvida razoável”, tanto por especificar diferentes graus de corroboração entre as hipóteses acusatória e alternativa quanto por conferir um maior cuidado na produção da prova, na sua valoração e, especialmente, na motivação da sentença, pois será indispensável a análise

²⁶³ Tais critérios são referidos nos seguintes julgados: Ac. TRP, proc. n.º 347/10.8, de 21/02/2018; Ac. TRP, proc. n.º 2/13.7, de 09/09/2015; Ac. TRL, proc. n.º 256/10.0, de 3/02/2013; Ac. TRL, proc. n.º 2660/2008.3, de 23/04/2008; Ac. TRE, proc. n.º 155/17.5, de 04/02/2020.

²⁶⁴ A crítica aos critérios apresentados por Ferrer Beltrán reside no facto de que não seria necessário, por se tratar de uma decisão final, que «as provas [...] também autorizem a fazer predições de novos factos» (Badaró, 2019: 256), além do que deveria o segundo critério, ainda conforme o mesmo autor, restringir-se ao que foi alegado pela defesa. Porém, discorda-se da segunda crítica por ele apresentada, pois eventuais hipóteses alternativas devem ser objeto de análise pelo julgador dos factos, independente de específica alegação da defesa.

²⁶⁵ Ao analisar os critérios propostos por Ferrer Beltrán, Badaró (2019: 256-258) afirma que, por se tratar de uma decisão final, não é oportuno exigir que as provas expliquem as predições de novos dados, o que seria próprio da fase investigatória. Da mesma forma, considera que o segundo critério exposto por Ferrer Beltrán acaba por exigir que o julgador especule sobre todas as hipóteses alternativas que pudessem explicar os dados incorporados ao processo. Para o jurista brasileiro, “ou se trata de uma tese concretamente posta pela defesa, cabendo avaliar se restou confirmada em algum grau, ou não é preciso que o juiz fique fazendo lucubrações fantásticas ou formulando hipóteses cerebrinas” (Badaró: 2019: 257). Por ter a visão mais restrita quanto a tal aspeto, considera o mesmo autor que não há necessidade de referir-se à exclusão das hipóteses *ad hoc*, isto é, aquelas que sempre poderiam ser abstratamente levantadas pelo arguido (é o caso de a cada novo dado ser justificado que se trata de um *complot*) sem possibilidade de serem contrastáveis.

de cada um dos critérios cumulativos, afastando-se da superficialidade verificada atualmente, quando a mera referência ao facto de existir uma dúvida ou não razoável já basta para a compreensão de ter sido o *standard* justificado.

A partir de tal constatação e da própria formulação apresentada pelos autores, especialmente por Ferrer Beltrán, que se apresenta epistemologicamente mais bem elaborada, aponta-se a seguinte proposta de critérios cumulativos do *standard* probatório para condenação:

- a) Os factos constitutivos da hipótese acusatória devem ser compatíveis com os elementos probatórios incorporados ao processo e valorados de acordo com a ciência, a lógica e as regras de experiência, os quais, reciprocamente, devem solidamente confirmá-los;
- b) Tais elementos devem ser aptos a eliminar qualquer outra explicação factível e contrastável, de acordo com o atual estado de conhecimento²⁶⁶, que seja compatível com a inocência do arguido, ainda que não tenha sido por ele alegada.

Pela proposta, a alínea “a” se refere unicamente à hipótese acusatória, a qual tanto deve se harmonizar com as provas quanto restar solidamente confirmada por elas. A referência à *sana crítica* deriva do facto de que vários elementos são incorporados ao processo, embora a compatibilidade entre eles e a hipótese acusatória dependerá do resultado da valoração, a indicar que valoração e decisão a partir do *standard* probatório são fases distintas, embora interrelacionadas.

A alínea “b” indica que é caso de absolvição se as provas possibilitarem alguma outra explicação compatível com a inocência do arguido, ainda que não apresentada por ele.

A respeito dos critérios formulados por Ferrer Beltrán (2007: 147), há a exclusão da “predição”, por considerá-la dispensável para a decisão final, embora com a exigência de eliminação de qualquer outra explicação compatível com a inocência do arguido, ainda que não tenha sido por ele alegado, o que é mais amplo do que, por exemplo, o critério exposto por Badaró (2019: 256), pois se considera tal rigor uma melhor expressão da “presunção de inocência” e até mesmo do direito ao silêncio.

Não basta, portanto, que a hipótese acusatória seja integralmente compatível com as provas: é ainda necessário que estas provas não sejam conciliáveis com a inocência do arguido. Se a hipótese de inocência não for ao final eliminada pelas provas, é defeso o sentenciamento condenatório.

²⁶⁶ O “estado atual de conhecimento” tem também pertinência com a plausibilidade de que fala Ferrer Beltrán (2007: 148).

A proposta apresentada, observa-se, mantém a concepção de que o raciocínio probatório é probabilístico e o esquema para apreensão da probabilidade não é matemático e sim lógico, além de não fazer referência ao estado subjetivo do julgador e sim à prova.

Reafirma-se, ainda, que um determinado espaço de discricionariedade é impossível de eliminação, assim como sempre ocorrerá em “julgamentos humanos”. A tarefa do *standard* probatório formulado de maneira objetiva é reduzir tal espaço, de forma tal que não se transforme em margem de arbitrariedade.

Mais ainda, que possibilite ser a decisão controlável a partir de sua motivação e legitimada pela ciência prévia do nível de suficiência para a condenação. Neste ponto, reafirma-se que a sentença deverá expressamente enfrentar os dois critérios e suas subdivisões, pois cumulativos, o que, como antes afirmado, afasta a superficialidade e a incontrolabilidade da “dúvida razoável”.

Em síntese, que o *standard* esteja inserido num modelo racional, próprio de um sistema que não mais julga com base em intervenções divinas, em determinações prévias do valor probatório e, tampouco, em crenças subjetivas do julgador²⁶⁷.

²⁶⁷ Não se pretende afirmar que as crenças são passíveis de separação cartesiana do julgador. Porém, como argumenta Ferrer Beltrán (2007: 65) a pergunta a ser feita é a seguinte: «O que justifica a decisão: o facto de possuir a crença ou o facto de que o conteúdo desta, a hipótese, está corroborada?».

6. CONCLUSÃO

Como exposto no decorrer do trabalho, a análise do tema *standard* probatório deve ser realizada a partir de uma abordagem mais ampla e no âmbito dos objetivos do processo penal, do sistema de valoração da prova e dos mecanismos de distribuição de erros judiciais.

Fixado tal pressuposto, é possível observar que a tomada de posição, a respeito de determinadas questões, probatórias ou não, foi importante para desenvolver o estudo proposto.

De início, é necessário apontar a existência de uma questão que pode ser considerada a base da investigação, a saber, a adoção do modelo cognoscitivo e racional como aquele que se apresenta compatível com o processo penal garantista.

Neste contexto, certo é que o caminho trilhado seria outro se o modelo não fosse o cognoscitivo, se eventualmente o objetivo preponderante do processo fosse o da mera resolução de conflitos e se a função da prova fosse essencialmente persuasiva.

Ora, em tais casos, mereceria ser até mesmo questionada a relevância desta investigação, pois acolher outras concepções, nomeadamente as subjetivas, resultaria na admissão de que o *standard* probatório seria algo de facto similar à “íntima e profunda convicção” e o nível de prova exigido estaria alcançado, de maneira redundante, quando o julgador se convencesse de que o nível foi alcançado.

Ainda mais, a adoção do modelo cognoscitivo impõe a seriedade no trato dos factos no processo penal e implica a necessidade de uma reflexão a respeito da incidência de temas epistemológicos, exatamente para o estudo não ficar restrito às “regras probatórias” previstas no Código de Processo Penal, insuficientes para dar conta de toda a dimensão probatória.

A epistemologia jurídica, em todo este contexto, também deve significar a admissão de uma postura menos “arrogante” na visão do processo como meio apto ao alcance integral do conhecimento sobre os factos, bem como da aptidão de o raciocínio probatório possibilitar a obtenção de conclusões necessariamente verdadeiras e não somente prováveis.

Não há, assim, a adesão de um realismo ingénuo que considera ser seguramente alcançável o que normalmente (e erroneamente) denomina-se “verdade absoluta”.

Apesar disto, o facto de o conhecimento integral não ser seguramente atingido não recomenda a incorporação de posturas cétricas sobre a possibilidade e a validade do conhecimento parcial, a indicar a adoção do realismo crítico.

Logo, a compatibilidade entre o modelo cognoscitivo e o realismo crítico permite estabelecer uma postura no sentido de que existe uma verdade passível de conhecimento, ainda que parcial.

Tal verdade, ainda mais, posto ser, quanto à sua existência, objetiva, independe do conhecimento ou crença que se tenha a respeito dela, ainda que tal crença seja compartilhada por pessoas, grupos ou comunidade.

Nesse sentido, a realidade antecede ao conhecimento e, por assim dizer, o conhecimento não constitui a realidade, o que também permite afirmar, agora especialmente no âmbito jurídico, que a veracidade do enunciado dependerá unicamente de sua correspondência com a realidade, daí a razão de ter sido adotada a teoria da correspondência, relacionando-a com a teoria semântica de Tarski (o enunciado « “a neve é branca” é verdadeiro se, e somente se, a neve é branca»).

A partir de tais premissas, constata-se que a sanção penal imprescinde da ocorrência de seu pressuposto, qual seja, a prática da conduta (em sentido amplo) vedada, o que, em outras palavras, significa a obrigatoriedade de verificar se aquela conduta vinculada à hipótese acusatória existiu ou não no mundo real.

Se a verdade é aquilo que corresponde à realidade e se a verificação dessa correspondência é imprescindível para a correta imposição da sanção, é possível concluir que a verdade é, de facto, um valor relevante para o processo penal.

Uma das críticas comumente feitas a essa concepção é a de que a retomada da verdade como valor no processo implicaria o desprezo por outros valores, nomeadamente aqueles pertinentes ao direitos e garantias fundamentais.

A crítica é, por vários fatores, indevida.

Primeiro, a verdade não é um fim em si mesma e sim «um valor digno de tutela»²⁶⁸, o que significa reconhecer a existência de outros valores relevantes no processo, a indicar que a averiguação dos factos, ainda que um objetivo institucional do processo, tem de se conformar ao Estado de Direito.

Não é a verdade, assim, uma finalidade a ser alcançada a qualquer custo, uma vez que, embora se parta do pressuposto de que a adequada averiguação dos factos é condição necessária e não suficiente para uma correta decisão, a estrita observância dos direitos e garantias fundamentais é também, em tais casos, condição necessária para uma correta e, mais especificamente, justa decisão.

²⁶⁸ Cf. Fischer e Pereira, 2020: 73.

Ocorre, entretanto, e esta é outra premissa deste trabalho, que o abandono da pretensão de se alcançar o conhecimento absoluto da verdade tem como consequência a admissão de que a declaração de factos provados é marcada pela falibilidade, de forma tal que declarar provado um enunciado não significa que ele é necessariamente verdadeiro.

Assim, como visto, um ato que não existiu pode ser declarado provado e outro que existiu pode não ser considerado provado, uma vez que a prova ou não de um facto dependerá do conjunto de informações incorporado ao processo, da valoração que se faz dele e do nível de suficiência probatória necessário para a aceitação da hipótese.

Posto isto, é possível estabelecer que a função institucional da prova é servir de instrumento para o estabelecimento dos factos e que a relação entre prova e verdade é teleológica, a permitir a distinção entre as noções de “enunciado verdadeiro” e “enunciado provado”.

Se a decisão judicial sobre os factos é essencialmente contextual, pois se insere no âmbito do conjunto probatório que serve de base para a decisão judicial, é recomendável, sob a ótica epistemológica, que todas as provas relevantes sejam incorporadas, sem prejuízo da existência de regras probatórias que limitam a referida incorporação, especialmente, a partir da adoção de valores políticos, como é o caso da denominada “prova proibida”.

Tais limitações, em geral, não decorrem de valores epistemológicos e sim de uma opção política da sociedade, normalmente materializada na Constituição, que determina a preponderância da preservação de determinadas garantias individuais quando em confronto com o objetivo institucional de averiguação dos factos.

A partir de tal preponderância, aquelas provas não sujeitas à limitação são admitidas e produzidas, vindo a ser valoradas pelo julgador.

A valoração, assim, no âmbito de uma conceção cognoscitiva e racional, deve possuir a mesma característica de racionalidade, a qual se transforma num direito das partes.

Ocorre que, como demonstrado no percurso dos sistemas de valoração da prova, a livre apreciação não assegura a racionalidade da decisão, justamente pelo facto de não aportar, por si, critérios positivos que assegurem tal qualidade.

Neste contexto, a utilização da ciência, da lógica e das regras de experiências, critérios compatíveis com o disposto no art. 127.º do Código de Processo Penal, é um bom parâmetro de orientação para o julgador,

Porém, reafirma-se que, se da valoração racional será possível extrair o grau de corroboração das provas às hipóteses, especialmente a acusatória, de nada adiantará a correta valoração se não existir um critério que indique o grau a partir do qual pode ser a hipótese

declarada provada, ou seja, o nível de suficiência probatória (*standard* ou medida da prova) para se ter como verdadeiro o enunciado formulado pela parte.

Assim como a inserção ou não de limitações probatórias não é uma decisão jurídica e sim política, o *standard* probatório também reflete a valoração ético-política de distribuição de erros judiciais.

A referida valoração, por conseguinte, pode estar sustentada em várias bases, de maneira tal que é correto o estabelecimento de diferentes níveis de exigência probatória a depender da fase processual e das consequências da decisão, a também justificar a utilização de *standards* distintos entre os processos penal e civil.

Na decisão final no âmbito penal, objeto específico deste trabalho, a distribuição de erros ocorre entre os denominados falsos positivos e falsos negativos: quanto mais alto o nível de suficiência exigido, menor o número de inocentes condenados e maior o de culpados absolvidos, a ocorrer o inverso nos casos de mitigação do *standard*.

Aliás, é perceptível, como exposto neste estudo, que de nada adiantaria considerar que o arguido será absolvido se houver dúvida a respeito da suficiência de prova para a condenação se, ao final, não se consegue estabelecer, de forma objetiva, motivável e controlável, o grau de suficiência. Em síntese, a concreta definição do *standard* probatório é indispensável para decidir se foi ou não desestimada a presunção de inocência;

Ocorre que não é um desafio fácil a definição objetiva do *standard*, nomeadamente por ser o raciocínio probatório, típico do âmbito judicial, essencialmente probabilístico (probabilidade lógica), a resultar do grau de confirmação aportado pelas provas.

De qualquer maneira, a pretensão de estabelecer critérios para a definição do *standard* probatório no âmbito de um modelo cognoscitivo e racional impede, desde logo, que a referência se localize em estados subjetivos do julgador, como são os casos do “juízo de certeza”, da “íntima convicção”, do “absoluto e seguro convencimento”, entre outros.

Neste sentido, o *standard* “para além de toda dúvida razoável”, de inspiração anglo-saxónica, embora possua méritos em sua formulação, nomeadamente ao afastar a noção de verdade absoluta e expressar simbolicamente a política de distribuição de erros judiciais, não é apto a minimizar o risco do decisionismo, pois é extremamente vago e pouco controlável, além de não impor uma efetivação motivação na sentença a respeito das hipóteses acusatória e alternativa.

Na análise a respeito do acolhimento do específico *standard*, constatou-se que, de facto, a jurisprudência portuguesa se apresenta mais atualizada sobre as controvérsias pertinentes ao *standard* quando comparada com a brasileira.

Não obstante, ainda assim há absoluta heterogeneidade quanto à compreensão do seu exato significado, sendo tal heterogeneidade inerente à imprecisão do *standard*, que mais materializa um guia de orientação do que exatamente um critério, o que pode ser explicado pelos destinatários, a saber, julgadores leigos do sistema anglo-saxónico.

Neste trabalho, as perspectivas do *standard* foram pouco esperançosas, a motivar a proposta de abandono e a respetiva substituição por critérios de maior objetividade previamente conhecidos pelas partes e que reduzam ao máximo a margem de discricionariedade do julgador quanto à decisão de ter sido alcançado ou não o nível de suficiência probatória, conforme proposta apresentada neste trabalho e que se apresenta mais bem adaptada ao modelo garantista de processo penal.

A razão de tal conclusão repousa no facto de que, ao contrário do que ocorre em modelos subjetivos, dos quais resultaria infrutífera ou irrelevante a análise de elementos fundamentais da prova, o estudo, no modelo objetivo, dos métodos de averiguação dos factos e a análise dos procedimentos epistemológicos são de importância indubitável.

Como consequência, há a repulsa a toda e qualquer ideia de o resultado do processo, ainda que involuntariamente, advir de uma “revelação” oriunda de “momentos mágicos”, de uma inspiração divina, de superstição ou de qualquer outro “método” irracional, impossível de efetivo controlo.

Por tais premissas, não é possível compatibilizar a compreensão heterogênea e imprecisa do *standard* “para além de toda dúvida razoável” com os critérios mínimos que devem caracterizar uma decisão judicial objetiva, racional e intersubjetivamente controlável, o que materializa a conclusão basilar deste estudo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E FONTES DOCUMENTAIS

A – LIVROS E ARTIGOS

ABBAGNANO, Nicola – *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ACCATINO, Daniela – Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Chile, 2011, pp. 438-511.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio – *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*. In *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 303-327.

ALLEN, Ronald – *Factual ambiguity and a theory of evidence*. *Northwestern University Law Review*, 88, pp. 604-640.

ALMEIDA, Vitor Luís de – *A apreciação judicial da prova nos sistemas de valoração*. *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, v. 65, n. 28, pp. 27-41, 2014.

AMISY NETO, Abrão – *Gestão de provas e verdade no processo penal*. Relatório de investigação da disciplina Problemas Cernes da Ciência do Direito. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2017.

_____- *O julgador vulnerável: Uma crítica ao paternalismo epistêmico*. Trabalho Final (Mestrado em Razonamiento Probatorio). Universidades de Girona/Espanha-Génova/Itália, 2019.

ANDERSON, Terence; SHUM, David; TWINING, William – *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

ANDRES IBAÑEZ, Perfecto – Ni fiscal instructor ni Habermas ‘procesalista’ (a pesar de Vives Antón). In *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, n. 16-17, 1992, pp. 43-59

_____- Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. In *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007, pp. 177-218.

ARENDT, Hannah – *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARENHART, Sérgio Cruz – *Ainda sobre a verdade no processo*. In *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. In QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coord.). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, pp. 23-60.

ARISTÓTELES – *Metafísica*. Porto Alegre: Globo, 1969.

ATIENZA, Manuel – *O direito como argumentação*. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique – *Processo penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

- _____. - *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BECCARIA, Cesare – *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BÍBLIA – *A bíblia vive*. São Paulo: Mundo Cristão, 1995
- BINDER, Alberto. M – *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.
- BLACKSTONE, William – *Commentaries on the Laws of England in Four Books. Notes selected from the editions of Archibold, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood*. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893. Vol. 1 - Books I & II. [Em linha]. [Consult. 13.07.2020]. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/2140>.
- CAFFERATA NORES, José L – *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.
- CALHEIROS, Maria Clara – A base argumentativa na decisão judicial. *Julgar*, n. 6, 2008, pp. 69-76.
- _____. - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- CAMBI, Eduardo – *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco – Verità, dubbio e certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. 20, 1965, pp. 4-9
- _____. - *La prueba civil*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.
- CAVALLONE, Bruno – Em defensa de la verifobia. Consideraciones amigablemente polémicas sobre un reciente libro de Michele Taruffo. In *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*. Lima: Palestra, 2012.
- CORDERO, Franco – *Procedimiento Penal*. Bogotá: Temis, 2000.
- COSTA, Guilherme Recena – Livre convencimento e standards de prova. In *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. (organizadores ZUFELATO, Camilo; YARSHEL). São Paulo: Malheiros, 2013.
- COSTA, José de Faria – *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da – *Verdade material e processo penal*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 678, 1992, pp. 268-290.
- DAMAŠKA, Mirjan R – *El derecho probatorio a la deriva*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

DEI VECCHI, Diego – *La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva*. In *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 273-296.

_____; CUMIZ, Juan – *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

DERSHOWITZ, A. M – *Casey Anthony: The system Worked*. *Wall Street Journal*, 7 de julho, A15, 2011. [Em linha]. [Consult. 11.04.2020]. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702303544604576429783247016492>.

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel – *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 3.

DEVIS ECHANDIA, Hernando – *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1974, t. 1.

FERRASIN, Marcelo Moreira. *Ordálios, historiografia e os escritos episcopais de Agobardo e Hinemar*. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH, São Paulo, 2011. [Em linha]. [Consult. 16.07.2020]. Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308183915_ARQUIVO_Artigoordalios-ANPUH.pdf.

FERRAJOLI, Luigi – *Direito e razão: teoria do garantismo jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____- *Prólogo*. In GUZMÁN, Nicolás – *La verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Didot, 2018.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Curso de processo penal*. Coimbra: Editora Danúbio Lda., v. 2, 1956.

FERRER BELTRÁN, Jordi – *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____- *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____- *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*. Vol. 4 n. 1, 2010. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

_____- *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley, 2017.

_____- *El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: Inmediación e inferencias probatorias*. In *La prueba en el proceso*. Lima: Palestra, 2018

_____- *Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O «test case» da responsabilidade do Estado por prisão preventiva errônea*. In QUEIROZ, Ronaldo

- Pinheiro de (Coord.). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, pp. 776-808.
- FISCHER, Douglas; PEREIRA, Francisco Valdez – Prova, verdade e as obrigações processuais positivas. In QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coord.). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, pp. 61-95.
- GAMBOA, Silvio Sánchez – *Reações ao giro linguístico: o resgate da ontologia ou do real, independente da consciência e da linguagem*. Porto Alegre, RS: CBCE, 2009.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina – *Los hechos em el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- _____. - *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28, 2005, pp. 127-139.
- _____. - *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- _____. - GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J – *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra, 2017.
- GOLDMAN, Alvin – *Knowledge in a Social World*. Oxford: Clarendon Press, 1999.
- GUASTINI, Riccardo – *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- GUERRA, José Luís Guerrero – *A livre apreciação da prova em processo penal: em especial a prova pericial*. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa, 2015.
- GUZMÁN, Nicolás – *La verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Didot, 2018.
- HAACK, Susan – *Filosofia das lógicas*. São Paulo: Editora UNESP, 2002
- _____. - Fallibilism, Objectivity, and the New Cynicism. *Episteme*, Vol. 1, n. 1, 2004, pp. 35-48.
- _____. - El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In VÁZQUEZ, Carmen (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 65-98.
- _____. - La justicia, la verdad, y la prueba: no tan simples, después de todo. In BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (Coed.). *Debatiendo com Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 311-337.
- JESUS, Francisco Marcolino de – *Os meios de obtenção da prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011.
- KNIJNIK, Danilo – *Os standards de convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 353, 2001. pp 15-52.
- _____. - *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- LAGIER, Daniel Gonzáles – *Quaestio facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*. Lima: Palestra, 2019.
- LATORRE, Ángel – *Introdução ao Direito*. Lisboa: Escolar Editora, 2013.
- LAUDAN, Larry – *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 28 2005a, pp. 95-113.
- _____- *Una breve réplica*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 28, 2005b, pp. 151-155.
- _____- *Verdad, error y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LLUCH, Xavier Abel – *La dosis de prueba: entre el 'common law' y el 'civil law'*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 35. 2012, pp. 173-200.
- LOBO, Fernando Gama – *Código de Processo Penal anotado*. Coimbra: Almedina, 2017.
- LOPES JÚNIOR, Aury – *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____- O problema da verdade no processo penal. In CARDOSO, Flávio (Org.). *Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. pp. 63-84.
- MARÍN, Rafael Hernández – *Razonamientos en la sentencia judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- MARQUES, Pedro Campanholo – *Busca e apreensão: juízo de admissibilidade*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.
- MATIDA, Janaina Roland – *O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova*. Dissertação apresentada para obtenção do Grau de Mestre. Rio de Janeiro: PUC, 2009.
- _____; VIEIRA, Antônio – *Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova para além de toda a dúvida razoável no processo penal brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 156, pp. 221-248. São Paulo: Editora RT, junho 2019.
- MENDES, Paulo de Sousa – Medida da prova. In MENDES, Paulo de Sousa; PEREIRA, Rui Soares (Coord). *Prova penal teórica e prática*. Coimbra: Almedina, 2019.
- MESQUITA, Paulo da – *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- MITTERMAIER, C. J. – *Tratado da prova em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996.
- MOLINA, Sebastián Reyes – *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno*. Revista de Derecho, vol. XXV, n. 2, Diciembre 2012, pp. 229-247).

- MORAES, José Rubens de – *Sociedade e verdade: Evolução histórica da prova*. São Paulo: EDUSP, 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco – *La búsqueda de la verdad en el proceso*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- MUÑOZ GARCIA, Miguel Ángel – El estándar más allá de duda razonable en el proceso penal: alguns consideraciones críticas. In FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen. (Ed.). *Del derecho al razonamiento probatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2020.
- NEVES, António Castanheira – *Questão-de-facto e questão-de-direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967.
- NIEVA FENOLL, Jordi – *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- _____- *Fundamentos de Direito Processual Penal*. Madrid: Euros Editores S. R. L., 2012.
- _____- *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- PALMA, Maria Fernanda – Introdução ao Direito da investigação criminal e da prova. In PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Sila; MENDES, Paulo de Sousa; ALMEIDA, Carlota (Coord.). *Direito da investigação criminal e da prova*. Coimbra: Almedina, 2014.
- POPPER, Karl Raimund – *A sociedade aberta e seus inimigos*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987.
- PORCIÚNCULA, José Carlos – *As consequências da pós-verdade para o sistema de Justiça Criminal*. Conjur, 2018. [Em linha]. [Consult. 15.10.2019]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-15/jose-porciuncula-pos-verdade-sistema-justica-criminal>.
- POZZA, Pedro Luiz – Sistemas de apreciação da prova. In KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PLATÃO – *Crátilo e Teeteto*. Belém: EDUFPA, 1973.
- PRADO, Geraldo – A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, Edson Damas da. (Org.). *Prova penal. Estado Democrático de Direito*. Lisboa/Santa Catarina: Rei dos Livros/Empório do Direito. 2015. p. 13/35.
- _____- *A cadeia de custódia da prova no processo*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- RAMOS, Vítor de Paula – *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Thompson Reuters, 2018.

REALE., Miguel – *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993.

REIS, Andre Wagner Melgaço – O *standard* da prova para condenação no processo penal: prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), uma releitura do princípio *in dubio pro reo*. Revista Parquet em foco, Goiânia, n. 3, 2018, pp. 39-45.

RIVERA MORALES, Rodrigo – *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

RORTY, Richard – *Contingência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins Fontes: 2007.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd – *Derecho procesal penal*. Buenos Aires; Didot, 2019.

RÚA, Mónica Maria Bustamante – *La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano*. Opinión Jurídica, Vol. 9, n. 17, 2010, pp. 71-91.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente – *Prova e formação da convicção do juiz*. Coimbra: Almedina, 2017.

SALAVERRÍA, Juan Igartua – *Prolongaciones a respecto de Laudan*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 28, 2005, pp. 141-150.

_____- Tomando en serio la duda razonable (Enseñanzas de un caso judicial). In *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2014.

SANTOS, Claudia Cruz – *A Verdade do Magistrado e a Verdade do Escritor: Alguma se escreve no singular?* Direito probatório, substantivo e processual penal. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. [Em linha]. [Consult. 21.06.2020]. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_DrtProbatorio2019.pdf.

SCHAUER, Frederick. – *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd – *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SENTÍS MELENDO, Santiago – *La prueba*. Buenos Aires: EJE, 1979.

SILVA, Germano Marques da – *Produção é valoração da prova em processo penal*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Ministério da Justiça, Lisboa, n. 4, 2006, pp. 37-53.

_____- *Curso de processo penal*. v. 2. Lisboa: Verbo, 2011.

SOUSA, Luís Filipe Pires de – *Prova por presunção no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. - *O standard de prova no processo civil e no processo penal*. [Em linha]. 2017. [Consult. 21.08.2019]. Disponível em: <http://www.trl.mj.pt/PDF/O%20standard%20de%20prova%202017.pdf>.

STEIN, Alex – *Against ‘free proof’*, Israel Law Review, Vol. 31, 1997, pp. 573-589. [Em linha]. [Consult. 14.012.2019]. Disponível em: https://www.academia.edu/288726/Against_Free_Proof

TARUFFO, Michele – *Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivos y ambiguo no es un estándar’*, de Larry Laudan. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 28, 2005a, pp. 115-126.

_____. - Conocimiento científico e *standards* de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, n. 114, 2005b, pp. 1285-1312.

_____. - *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. - *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago: Metropolitana, 2009.

_____. - *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

_____. - *Contra la verifobia*. Observaciones dispersas en respuesta a Bruno Cavallone. In *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*. Lima: Palestra, 2012a.

_____. - *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012b.

_____. - *Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos*. Madrid: Marcial Pons, 2012c.

_____. - La verdad y prueba dentro del proceso. In *Teoría de la prueba*. Bolívia: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2018.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens – *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TORRANO, Bruno – *As consequências da verdade para a Justiça Criminal*. *Conjur*, 2018. [Em linha]. [Consult. 15.10.2020]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/torrano-consequencias-verdade-sistema-justica-criminal>.

UBERTIS, Giulio – *Elementos de epistemología del processo judicial*. Madrid: Trotta, 2017.

VÁZQUEZ, Carmen – *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

WHITMAN, James – *The origins of reasonable doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*. [Em linha]. [Consult. 15.05.2019]. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=fss_papers.

WILLIAMS, Glanville – *The proof of guilty: a study of the English criminal trial*. London: Stevens & Sons Limited, 1958.

B – LEGISLAÇÃO

- BRASIL

Código de Processo Penal. Decreto-lei n.º 3.689/1941, de 03 de outubro.

Decreto n.º 4.388/2002, de 25 de setembro. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

- PORTUGAL

Constituição da República Portuguesa. Aprovada pelo Decreto do Presidente da República de Aprovação da Constituição, de 10 de abril de 1976, no texto fixado pela 7.ª revisão operada pela Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de agosto

Código de Processo Penal. Decreto-lei n.º 78/1987, de 17 de fevereiro, na redação introduzida pela Lei n.º 39/2020, de 18 de agosto.

Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002, de 18 de janeiro. Aprova, para ratificação, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Decreto do Presidente da República n.º 2/2002, de 18 de janeiro. Ratifica o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

- CHILE

Código Procesal Penal. Ley 19696/2000, de 12 de outubro.

- COLÔMBIA

Código de Procedimiento Penal. Ley 906/2004, de 31 de agosto.

- ITÁLIA

Codice Di Procedura Penale. Decreto Del Presidente Della Repubblica n.º 477/1988, de 22 de setembro.

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Estatuto de Roma. Publicado em 17 de junho de 1998.

.

C – LISTA DE DECISÕES

BRASIL

- Turma Recursal Cível - Rio Grande do Sul

Ac. TRC_{BRA}, proc. n.º 71008728925, de 29-08-2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa.

- Supremo Tribunal Federal

Ac. STF_{BRA}, proc. HC n.º 73.338, de 13/08/1996. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2073338%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true

Ac. STF_{BRA}, proc. AP n.º 470, de 17/12/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur228572/false>.

Ac. STF_{BRA}, proc. AP n.º 676, de 17/10/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622880&ext=.pdf>.

Ac. STF_{BRA}, proc. AP n.º 883, de 20/03/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314326055&ext=.pdf>.

Ac. STF_{BRA}, proc. AP n.º 968, de 22/05/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340714517&ext=.pdf>.

Ac. STF_{BRA}, proc. RHC n.º 128.096, de 18/12/2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RHC%20128096%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true.

Ac. STF_{BRA}, proc. AP n.º 962, de 04/06/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur413618/false>.

Ac. STF_{BRA}, proc. AO n.º 2093, de 03/09/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AO%202093%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true.

CANADÁ

R v. Lifchus, 3 SCR 320, 1997. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1543/index.do>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Ruano Torres e outros v. El Salvador, de 05/10/2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf.

Zegarra Marín v. Peru, de 15/02/2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf.

Cantoral Benavides v. Peru, de 18/08/2000. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=328.

ESPANHA

TC_{ESP}, proc. n.º 133/2014, de 22/07/2014. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/24072>.

ESTADOS UNIDOS

- Suprema Corte de Massachusetts

Commonwealth v. Webster, 59 Mass. 295, 1850. Disponível em: <http://masscases.com/cases/sjc/59/59mass295.html>.

- Suprema Corte dos Estados Unidos

Miles v. United States, 103 US 304, 1880. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/103/304>.

Coffin v. United States, 156 US 432, 1895. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/156/432>.

In re Winship, 397 US 358, 1970. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/#tab-opinion-1948447>.

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579, 1993. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/case.pdf>.

Victor v. Nebraska, 511 US 1, 1994. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/511/1/case.pdf>.

INGLATERRA

Miller v. Minister of Pensions, 2 All ER 372, 1947. *King's Bench*. Disponível em: http://eprints.lse.ac.uk/61159/1/Picinali_Threshold%20lies%20in%20method.pdf.

PORTUGAL

- Supremo Tribunal de Justiça

Ac. STJ, proc. n.º 241/08.2, de 23/02/2011. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7bd6487210b697f5802578ca00497ce1?OpenDocument>.

Ac. STJ, proc. n.º 1675/06.2, de 06/12/2011. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/57dc123960ba7ba88025795f00381f83>.

Ac. STJ, proc. n.º 365/11.9, de 04/11/2012. Disponível em: <https://blook.pt/caselaw/PT/STJ/209045/>.

Ac. STJ, proc. n.º 1027/12.5, de 12/03/2014. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e4da8d3eaa3506b580257cb400571776?OpenDocument&Highlight=0,1027%2F12>.

Ac. STJ, proc. n.º 5384/06, de 19/10/2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8676f41b751ff223802580530036bd74?OpenDocument>.

Ac. STJ, proc. n.º 232/16.0, de 27/11/2019. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ed8ba95707bbe524802584c000534d08?OpenDocument&Highlight=0,232>

- Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. TRC, proc. n.º 28/16.9, de 12/09/2018. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/20f6de013f4c73968025831900328472?OpenDocument&Highlight=0,28%2F16>.

Ac. TRC, proc. n.º 20/17.6, de 08/05/2019. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1794b0536c67b342802583f9003733ec?OpenDocument>.

- Tribunal da Relação de Évora

Ac. TRE, proc. n.º 5901/09.8, de 06/12/2011. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/70435bc87ef9533480257de10056f687?OpenDocument&Highlight=0,5901>.

Ac. TRE, proc. n.º 36/14.4, de 19/08/2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/99d068adb3714c4880258049003904a5?OpenDocument&Highlight=0,36%2F14>.

Ac. TRE, proc. n.º 22/98.0, de 06/06/2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/53e80ab4a93f24d68025814d002fdb23?OpenDocument&Highlight=0,22%2F98>.

Ac. TRE, proc. n.º 155/17.5, de 04/02/2020. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/ff9a7b0709a4a11d80258520004a15a6?OpenDocument&Highlight=0,155%2F17>.

Ac. TRE, proc. n.º 60/16.2, de 04/02/2020. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/b8f824ccc493b43a80258512003a958f?OpenDocument&Highlight=0,60%2F16>.

- Tribunal da Relação de Guimarães

Ac. TRG, proc. n.º 443/12.7, de 17/02/2014. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/d9dd69605c140b2e80257c94004f6442?OpenDocument&Highlight=0,443%2F12>.

- Tribunal da Relação de Lisboa

Ac. TRL, proc. n.º 2660/2008.3, de 23/04/2008. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/847ef8e40a9e9db380257452005a50c1?OpenDocument&Highlight=0,2660>.

Ac. TRL, proc. n.º 256/10.0, de 03/02/2013. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/1a370cda49d60c8880257b25003624cd?OpenDocument&Highlight=0,256%2F10>.

Ac. TRL, proc. n.º 133/17.4, de 08/01/2020. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/40db6feb7954421c80258505003788e5?OpenDocument&Highlight=0,133>.

Ac. TRL, proc. n.º 441/16.1, de 15/01/2020. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4a96fb7ee43b19d7802584f5003e9589?OpenDocument&Highlight=0,441>.

Ac. TRL, proc. n.º 922/18.2, de 29/01/2020. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/66be5375d1a50688802585150031e556?OpenDocument&Highlight=0,922>.

Ac. TRL, proc. n.º 199/18.0, de 05/02/2020. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/cfc728ade9b042b1802585150041de10?OpenDocument&Highlight=0,199%2F18>.

- Tribunal da Relação do Porto

Ac. TRP, proc. n.º 2/13.7, de 09/09/2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6b61196be98eda9080257ecb00479e6f?OpenDocument&Highlight=0,2%2F13>.

Ac. TRP, proc. n.º 347/10.8, de 21/02/2018. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/09a6786fb4ee2b6d802582ac00561189?OpenDocument&Highlight=0,347%2F10>.

Ac. TRP, proc. n.º 3239/17.0, de 07/01/2019. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/319f8a218532332b802583b00043721c?OpenDocument&Highlight=0,3239>.

Ac. TRP, proc. n.º 9416/13.1, de 22/01/2020. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1bebda419fa32eac8025850c005b79c2?OpenDocument&Highlight=0,9416>.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Adali v. Turquia, n.º 38187/97, de 31/03/2005. Disponível em: https://www.hrdp.org/files/2013/09/10/CASE_OF_ADALI_v._TURKEY_.pdf.

Bouyid v. Belgium, n.º 23380/09, de 28/09/2015. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-157670%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-157670%22]}).

Yunusova and Yunusov v. Azerbaijan, n.º 59620/14, de 02/06/2016. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:\[%22001-163330%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-163330%22]}).

Jalloh v. Germany, n.º 54810/00, de 11/07/2016. Disponível em: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,51e6b5654.html>.

Saribekyan and Balyan v. Azerbaijan, n.º 35746/11, de 30/01/2020. Disponível em: <https://laweuro.com/?p=10547>.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA (ICTY)

Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24, de 22/03/2006. Disponível em: https://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/060322_Stakic_summary_en.pdf.

Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landžo, IT-96-21-A., de 20/02/2001. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (ICTR)

Prosecutor v. Georges Rutaganda, ICTR-96-3-A, de 26/05/2003. Disponível em: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-3/appeals-chamber-judgements/en/030526.pdf>.