

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A PROVA PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
UM TESTE SOBRE OS STANDARDS PROBATÓRIOS E A CONTENÇÃO DO
DECISIONISMO JUDICIAL**

MARIA CLARA BATISTA HERKENHOFF

Rio de Janeiro
2016/2

MARIA CLARA BATISTA HERKENHOFF

**A PROVA PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
UM TESTE SOBRE OS STANDARDS PROBATÓRIOS E A CONTENÇÃO DO
DECISIONISMO JUDICIAL**

Monografia de final de curso elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado**.

Rio de Janeiro
2016/2

CIP - Catalogação na Publicação

B531p Batista Herkenhoff, Maria Clara
A PROVA PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: UM TESTE SOBRE OS STANDARDS PROBATÓRIOS E
A CONTENÇÃO DO DECISIONISMO JUDICIAL / Maria
Clara Batista Herkenhoff. -- Rio de Janeiro, 2016.
87 f.

Orientador: Mascarenhas Prado Geraldo Luiz.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Processo penal. 2. Prova penal. 3. Sistema
de controles epistêmicos. 4. Standards
probatórios. 5. lavagem de dinheiro. I. Geraldo
Luiz, Mascarenhas Prado, orient. II. Título.

CDD 341.5

MARIA CLARA BATISTA HERKENHOFF

**A PROVA PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
UM TESTE SOBRE OS STANDARDS PROBATÓRIOS E A CONTENÇÃO DO
DECISIONISMO JUDICIAL**

Monografia de final de curso elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado**.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2016/2

A Joana, Pedro Paulo, Marquito e Tio Frans, que me ensinam todos os dias que com ideias e amor é possível.

AGRADECIMENTOS

A minha primeira e maior professora: minha mãe. Por todo o amor, carinho, amizade, viagens ao Rio, todas as dicas e revisões de texto.

A meu pai, por todo apoio e orgulho (exagerado até, às vezes), por toda a saudade, por todos os queijos e vinhos que sempre me esperaram na dispensa, você merece um Gadus Mohua de presente.

A Marquito, revisor mirim de textos, irmão amigo, obrigada!

A Tio Frans, por toda a inspiração profissional e intelectual que com certeza está inscrita de alguma maneira neste trabalho.

As minhas companheiras de insatisfação com as grandes e pequenas injustiças, pela vontade de mudar o mundo, pela amizade, pelas saídas, pelas conversas: Julia, Mari, Jéssica, Isa e Ana Clara.

Aos meus professores, em especial, ao professor Geraldo Prado que me ensinou que o Direito não se aprende em manuais ou em livros simplificados, mas a partir de leitura crítica e vivência. Obrigada por me mostrar que não há propriedade sobre o saber, que o conhecimento é de todos, produzido por todos.

À Faculdade Nacional de Direito, lugar a que devo minha formação, não só intelectual, mas, acima de tudo, humana. Lugar onde aprendi que a luta por direitos se faz nos bancos da faculdade, na rua, em casa.

Ai, palavras, ai, palavras,
que estranha potência, a vossa!
[...]
A liberdade das almas,
ai! com letras se elabora...
E dos venenos humanos
sois a mais fina retorta:
frágil, frágil como o vidro
e mais que o aço poderosa!
Reis, impérios, povos, tempos,
pelo vosso impulso rodam...
Detrás de grossas paredes,
de leve, quem vos desfolha?
Pareceis de tênue seda,
sem peso de ação nem de hora...
– e estais no bico das penas,
– e estais na tinta que as molha,
– e estais nas mãos dos juízes,
– e sois o ferro que arrocha,
– e sois barco para o exílio,
– e sois Moçambique e Angola!
[...]
Ai, palavras, ai, palavras,
mirai-vos: que sois, agora?
– Acusações, sentinelas,
bacamarte, algema, escolta;
– o olho ardente da perfídia,
a velar, na noite morta;
– a umidade dos presídios,
– a solidão pavorosa;
– duro ferro de perguntas,
com sangue em cada resposta;
– e a sentença que caminha,
– e a esperança que não volta,
– e o coração que vacila,
– e o castigo que galopa...
Ai, palavras, ai, palavras,
que estranha potência, a vossa!

(Cecília Meireles)

RESUMO

O presente trabalho objetiva refletir sobre a qualidade do conhecimento produzido no âmbito do processo penal, em especial sobre os *standards* probatórios que compõem um sistema de controles epistêmicos, como um de seus mecanismos. Ao impor critérios à etapa de valoração da prova, se prestam a constranger o decisionismo judicial, em tese reduzindo a chance de erros judiciais, em salvaguarda ao Estado Democrático de Direito. Para tanto, buscou-se estudar esquemas de valoração racional da prova, que possibilitem reconhecer na sentença o grau de confirmação atribuído pelo julgador a cada prova apresentada no processo com relação à hipótese. Conclui-se pela importância da eleição de critérios fortes que orientem o julgador no momento da valoração: *standards* probatórios que determinem quando é possível dizer que determinado fato foi provado ou não. Inclui ainda reflexão breve sobre critérios para a condenação de crimes com poucos elementos empíricos, o crime de lavagem de dinheiro, destacando seus componentes mais importantes numa tentativa de aplicar as teorias estudadas sobre *standards* de prova, tendo em vista que se defende que a delimitação de um *standard* probatório se condiciona à análise do crime a ser provado. A pesquisa fundamentou-se nos estudos de Taruffo (2005), (2014); Schiavo (2013), Badaró (2003) Prado (2014), Khaled Jr. (2013).

Palavras-chave: prova penal; sistema de controles epistêmicos; *standards* probatórios; lavagem de dinheiro.

ABSTRACT

The present work aims to reflect on the quality of the knowledge produced within the scope of the criminal process, especially on the standards of proof that compose a system of epistemic controls, as one of its mechanisms. By imposing criteria the stage of evaluation of the evidence, they lend themselves to constraining judicial decisionism, in a thesis reducing the chance of judicial errors, in order to safeguard the Democratic State of Law. In order to do so, it was sought to study schemes of rational evaluation of the evidence, which make it possible to recognize in the sentence the degree of confirmation attributed by the judge to each test presented in the process with respect to the hypothesis. It concludes by the importance of the selection of strong criteria that guide the judge at the time of valuation: standards of proof that determine when it is possible to say that a certain fact has been proven or not. It also includes a brief reflection on criteria for the conviction of crimes with few empirical elements, the crime of money laundering, highlighting its most important components in an attempt to apply the theories studied on proof standards, since it is argued that the delimitation of A standard of proof is conditioned to the analysis of the crime to be proven. The research was based on the studies of Taruffo (2005), (2014); Schiavo (2013), Badaró (2003) Prado (2014), Khaled Jr. (2013)

Keywords: Criminal Evidence; system of epistemic controls; standards of proof; money laundering

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
1.2 Referencial teórico.....	12
2 A PROVA PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
2.1 Prova e verdade	16
2.2 As diferentes dimensões probatórias	23
2.2.1 A prova e a construção de narrativas	23
2.2.2 Prova e argumentação	28
2.2.3 Prova e dimensão epistêmica	29
3 O PROCESSO DECISÓRIO: VALORAÇÃO DA PROVA E CRITÉRIOS OBJETIVOS	32
3.1 Sistemas de valoração da prova: da prova legal à livre valoração	35
3.2 Os <i>standards</i> probatórios.....	39
3.2.1. O direito probatório anglo-americano e a valoração das provas	41
3.2.2 A formulação de <i>standards</i> objetivos	45
3.2.2.1 Modelos racionais de valoração da prova: probabilidade estatística e a lógica indutiva	47
4 STANDARDS PROBATÓRIOS E O CRIME DE LAVAGEM DE DINEIRO: TESTANDO A TEORIA	52
4.1 Breve histórico da criminalização: o discurso de combate à lavagem de dinheiro	53
4.2 As fases e as principais características da lavagem de dinheiro.....	58
4.3 O bem jurídico: prova e segurança jurídica.....	62
4.4 A prova por indícios e os <i>standards</i> probatórios.....	66
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

1 INTRODUÇÃO

O Processo Penal é um complexo de atos destinados ao arbitramento de responsabilidade criminal. Tal arbitramento, no contexto do Estado Democrático de Direito (EDD), se dá a partir de um conjunto de regras necessárias para limitar o poder punitivo estatal com intuito de resguardar as garantias do acusado. Trata-se de verdadeiro método de (re)cognição (PRADO, 2015, p. 16), uma vez que o objeto do processo diz respeito à situação já ocorrida, devendo-se, portanto, compreender a impossibilidade de reconstituição perfeita dos fatos. Aceitar tal impossibilidade, o que não significa prescindir da verdade, significa entender que a correspondência entre a verdade possível dos fatos e a decisão judicial é condição necessária para que esta decisão seja considerada justa (TARUFFO, 2009, p. 33).

As bases do processo penal brasileiro, fixadas pelo Código de Processo Penal de 1941, promulgado durante a ditadura da Era Vargas, ainda em vigor, são de matrizes claramente autoritárias. No campo da prova, a matriz inquisitorial revela-se fortemente pela concepção de “verdade real”. Com a promulgação da Constituição da República de 1988, há uma mudança de paradigma, trazendo princípios ao processo penal, em sua maioria, previstos no rol de direitos fundamentais, impondo uma nova moldura ao processo penal brasileiro, a saber: o Princípio da Presunção de Inocência, previsto no inciso LVII do art. 5º da CRFB; a vedação da existência de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII); o princípio do Juiz Natural (art. 5º, LIII); a vedação à utilização de provas ilícitas (art. 5º, LVI); o princípio do acusatório (art. 129, I), dentre outros.

A imposição de um novo processo penal, agora no contexto do Estado Democrático de Direito, no qual a questão de ordem primeira é a dignidade do acusado frente ao poder punitivo estatal, demanda um confronto às raízes autoritárias que ainda se encontram nos órgãos julgadores. O esforço da doutrina, nesse sentido, é promover reflexões que contribuam para que sejam suplantados os traços de autoritarismo presentes nas sentenças, as quais acabam muitas vezes por relativizar a presunção de inocência em nome do discurso contra a impunidade e de combate à criminalidade.

A presunção de inocência, agora princípio central do processo penal, impõe que a aplicação de uma pena deve estar fundada em um “dispositivo probatório” (PRADO, 2014, p.

21). As provas, deste modo, se colocam como elementos necessários à aproximação do processo penal do conhecimento dos fatos, o que aponta para o caráter essencialmente epistêmico da prova no processo penal. A busca pelo conhecimento no âmbito da persecução penal, entretanto, deve ser controlada de modo a impedir a violação da dignidade da pessoa do acusado; daí a necessidade de um sistema de controle mais apurado sobre a atividade probatória. Trata-se de buscar um efetivo sistema de controles epistêmicos que seja capaz de impor limitações à busca desenfreada pela “verdade” e, ao mesmo tempo, conter as arbitrariedades nas decisões judiciais.

Entende-se, portanto, que o processo deve ser orientado por critérios racionais e legais. A racionalidade no processo decorre do respeito à certa coerência argumentativa, um viés próprio ao Direito para o qual se deve identificar um discurso coerente, harmônico e lógico nas sentenças (MCCORMICK, 2008). Com relação à legalidade, a base do processo penal emana da ordem jurídica e, em especial, da Constituição, que fundamenta todo o ordenamento jurídico. Em razão de se estar tratando de direitos e garantias do indivíduo, o apreço à forma e à lei é entendido como mecanismo seguro de respeito aos direitos do acusado.

A decisão jurídica deve estar amparada por critérios racionais-legais, de modo que pela fundamentação seja possível conhecer, bem como impugnar os critérios utilizados pelo órgão julgador para a consideração das provas que tiverem sido apresentadas pelas partes — critérios esses relacionados à própria função do Estado de Direito que é conferir segurança aos indivíduos por meio de uma atuação previsível dos órgãos estatais (MCCORMICK, 2008).

Sendo assim faz-se necessária a existência de um sistema que oriente e também limite a busca do conhecimento no âmbito do processo — um sistema de controles epistêmicos — buscando-se, desde modo, não só atribuir coerência à atividade jurisdicional no processo penal, mas também qualificar o conhecimento produzido no processo, num esforço pela produção da “melhor prova possível” capaz de suplantar a presunção de inocência (PRADO, 2014, p. 38). Nesse contexto, os *standards* probatórios (SP) se apresentam como um mecanismo próprio do sistema de controles epistêmicos, permitindo a reconstrução da verdade possível a partir de requisitos de verificação dos fatos da causa, determinando

padrões à etapa de valoração da prova, com o intuito de conter arbitrariedades no ato de julgar.

O presente trabalho tem como ponto de partida a seguinte questão: considerando que o sistema jurídico se orienta pela responsabilização criminal das pessoas, no Estado Democrático de Direito, seriam os *standards* probatórios mecanismos eficazes para constranger o decisionismo judicial e reduzir erros judiciais? Para dialogar com essa questão, foi feita pesquisa bibliográfico-documental, a partir de revisão de literatura acerca da prova penal, sistema de controles epistêmicos e SP¹ em artigos jurídicos e periódicos especializados, tanto aqueles produzidos na doutrina nacional quanto internacional. O tema foi abordado a partir do método hipotético-dedutivo e hipótese aqui compreende a viabilidade da aplicação dos SP como meio de aprimorar a qualidade do conhecimento produzido nos processos. Para isso, foram utilizados como modelo os crimes de lavagem de dinheiro.

A pesquisa realizada segue assim organizada: em um primeiro momento, efetivou-se reflexão sobre a localização da prova no Estado Democrático de Direito e suas funções, seguida de uma exposição sobre o papel da verdade como indicador epistêmico, passando para uma breve distinção entre as dimensões probatórias (narrativa, argumentativa e epistêmica).

Como o interesse do trabalho está localizado no controle da qualidade do conhecimento do processo, especificamente na etapa de valoração da prova, as hipóteses são confrontadas com as provas constantes nos autos de modo a concluir de que maneira cada uma delas influi em maior ou em menor grau na hipótese de acusação. Assim, foram apresentados os métodos de valoração conhecidos pela doutrina: prova-legal e livre valoração.

A partir do reconhecimento da relação entre valoração racional, controle da qualidade produzida no conhecimento e presunção de inocência, tem-se uma definição de como se deve dar uma valoração da prova em um EDD. Nesse momento, compreende-se a necessidade da existência de critérios de prova para que o juiz possa declarar-se convencido, procurando romper com uma concepção subjetiva de convencimento como um estado do julgador para condicionar o convencimento à demonstração da existência de provas.

¹ A fim de facilitar a leitura, será utilizada a sigla SP para “*standards* probatórios”.

Em seguida estudaram-se os *standards* de prova como mecanismo de constrangimento da crença do julgador no momento da valoração da prova, impondo uma avaliação racional por meio de critérios. A partir daí, passa-se a um breve estudo da tradição da *common law* com destaque ao *standard* de prova "além da dúvida razoável" e, em seguida, para propostas de objetivação dos *standards* de prova.

Compreendendo que a determinação de um *standard* de prova deve se dar em relação a cada tipo penal, propõe-se uma reflexão acerca sobre critérios de prova para crimes que possuem poucos elementos empíricos. Assim, procedeu-se um estudo acerca do crime de lavagem de dinheiro, tecendo alguns comentários acerca dos elementos do tipo, bem jurídico e a sua relação com o campo probatório.

1.2 Referencial teórico

Parte-se da concepção garantista acerca do Processo Penal, delineada por Luigi Ferrajoli em seu livro **Direito e Razão** (2010), consubstanciada na máxima de que “não há pena sem processo”. Sendo assim, o processo é condição indispensável para o exercício do poder punitivo estatal. Entretanto, não se fala de qualquer processo, mas sim de um processo orientado pela presunção de inocência.

O estudo acerca dos SP embasa-se, ainda, em uma concepção epistêmica acerca da prova penal, por meio da qual a prova configura elemento indispensável ao conhecimento dos fatos que são objeto do processo. Nesse ponto, destacam-se os estudos do processualista italiano Michele Taruffo: *La prueba de los hechos* (2005) e *A prova* (2014). A temática em questão vem tomando espaço em outros países da América Latina, como na obra *Valoración racional de la prueba en materia penal: un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad* (2013), do processualista argentino Nicolás Schiavo, cujo prólogo é redigido pelo processualista Alberto Binder.

De modo mais amplo, se faz necessário o estudo sobre a temática da prova penal, destacando-se o livro *O ônus da prova no processo penal* (2003), do processualista penal brasileiro Gustavo Badaró, e *Sistema de controles epistêmicos* (2014), de Geraldo Prado.

2 A PROVA PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Provar algo, antes de tudo, significa dar a conhecer esse algo. O modo pelo qual se produz esse conhecimento, os métodos para esse conhecer, no âmbito do processo penal, o define. Como salienta Taruffo (2014, p. 20), “definir a função da prova vincula-se diretamente às diversas concepções de processo e aos seus objetivos”.

Cumprido, portanto, reiterar que o paradigma de leitura do processo penal que irá conduzir as linhas do presente trabalho é garantista, o que significa que a concepção de processo penal é aquela na qual o processo constitui efetivamente instrumento de garantia do acusado frente ao poder punitivo.

Essa concepção advém da própria concepção de Estado Democrático de Direito, que consagra como centro valorativo a dignidade da pessoa humana, uma vez que, como destaca Goldschmidt, citado por Lopes Jr. (2015, p. 67), os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa senão o segmento da sua política estatal em geral. O que significa que uma constituição democrática deve corresponder a um processo penal democrático, (LOPES JR., 201, p. 30) no sentido do que deveria ser e não do que necessariamente é.

O *gap* entre as expectativas constitucionais e a realidade, que corresponde a um abismo quando se fala de processo penal, não deve alterar o que deveria ser e o modo como devemos compreendê-lo. Uma vez que assim foi devidamente *constituído* pela Constituição, a única leitura possível, em um terreno democrático, é de um processo penal que seja efetivamente garantia do cidadão frente ao poder de punir. Isto, pois:

[...] somente a partir da consciência que a Constituição deve efetivamente constituir, é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá por meio da sua instrumentalidade constitucional (LOPES JR., 2015, p. 30).

Como bem sintetiza Ferrajoli (2002, p. 35-36), as garantias, tanto penais quanto processuais se apresentam como verdadeiras “técnicas de definição e de comprovação dos pressupostos da pena, orientadas a reduzir do maior modo possível o poder judicial arbitrário”. O processo penal é, portanto, instrumento de concretização e legitimação da aplicação da pena em consonância com a máxima “*nulla poena sine iudicio*”. O conteúdo

dessa instrumentalidade, porém, vai além da aplicação da pena, tendo o processo penal a função de constituir instrumento da realização do projeto democrático (LOPES JR., 2015, p. 64). Igualmente, Rui Cunha Martins (2012, p. 81) destaca a “democraticidade” como princípio unificador de todo o sistema processual penal, pois “administra a conectividade” de todos os outros elementos do sistema. O tema da prova no processo penal, deste modo, é de suma importância, pois

A existência de uma liga entre verdade, prova e processo penal configura condição de possibilidade de um processo penal conforme os mandamentos do estado de direito e nestes termos a presunção de inocência constitui princípio reitor do processo penal (PRADO, 2015, p. 14).

Desse modo, concepções claras e conectadas entre verdade, prova e processo são fundamentais para adequar a atividade probatória no processo penal ao EDD e referendar a presunção de inocência. Como caminho indispensável à aplicação de uma pena, o processo penal não é mero protocolo ou simples ritual, correspondendo verdadeiramente a um esforço de superação de um estado de incerteza. Pois, só o processo que se caracteriza por incerteza e que reclama a produção da certeza como meta, em harmonia com o preceito da dignidade humana, é que se encontra de acordo com o ideal preconizado pelo devido processo legal (PRADO, 2014, p. 17). Isto porque a acusação inicial caracteriza um estado de incerteza, sendo função das provas fornecer informações confiáveis acerca dos fatos, de modo a superar tal incerteza. Os fatos apresentados ao juiz pelas partes, em forma de enunciado² possuem um verdadeiro “status epistêmico da incerteza” (TARUFFO, 2014, p. 129), de modo que o que o juiz experimenta são as provas e não os fatos em si para que a partir das provas possa decidir se tais enunciados restaram provados como verdadeiros ou falsos.

Nesse contexto, no qual a dignidade da pessoa humana é o valor central de todo o sistema jurídico, a incerteza mencionada está amparada na presunção de inocência, de modo que só

² Importa destacar de antemão que ao ler “fatos”, refere-se na verdade a enunciado sobre os fatos, uma vez que o acesso ao passado pelo processo é viabilizado pelas provas trazidas pelas partes por meio de enunciados sobre os fatos, como leciona IBÁÑEZ: “El material de trabajo propio del enjuiciamiento fáctico está constituido por proposiciones, que son el contenido de enunciados, mediante los que se afirma o niega acerca de los acontecimientos sobre los que versa la causa. Enunciados de carácter assertivo cuya verdad o falsedad se trata de establecer a través de un conjunto articulado de trámites procesales, que sirve de vehículo a un discurso probatorio, integrado por una diversidad de aportaciones. Discurso probatorio en el que la habitual referencia a << hechos >> es sólo una manera elíptica de aludir a enunciados o juicios que tienen a aquéllos como referentes extralingüísticos.” In: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Vicisitudes e itinerarios de la convicción probatoria en el proceso penal*. In: _____. **Prueba y convicción judicial en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 48.

um conjunto probatório forte pode substituir incerteza por certeza e legitimar uma condenação. São, portanto, indispensáveis a um processo penal democrático mecanismos de controle da qualidade do conhecimento produzido, de modo a se extrair uma sentença mais próxima o quanto possível do que de fato ocorreu, evitando assim erros judiciais.

A atividade de provar, como sintetizou Lagier (2014, p. 1) “consiste em mostrar que, à luz das informações que possuímos, está justificado aceitar que esse fato ocorreu”, atribuindo deste modo, a determinado enunciado a qualidade de verdade. Tal demonstração acerca da ocorrência de um fato é composta por uma série de elementos. Em primeiro lugar, o enunciado fático que queremos provar, o que no processo penal corresponde à hipótese acusatória. É importante ressaltar que em razão da presunção de inocência, cabe à acusação a prova da alegação fática contida na peça acusatória, estando assim toda a carga da prova nas mãos da acusação e, em relação à defesa, corre-se o risco da perda de uma chance probatória (LOPES JR., 2015, p. 105) e não se podendo falar com propriedade de uma carga probatória.

O segundo elemento é a informação (sobre outros fatos mais ou menos diretamente vinculados com o primeiro) de que dispusemos (que podemos chamar de indícios de prova) e, por último, uma relação entre o que queremos provar e os indícios (LAGIER, 2014, p. 1). A este resultado mental de correlação entre o que queremos provar e os indícios de que dispusemos denomina-se inferência probatória. Esta área sobre a qual a inferência probatória se realiza é um recorte da realidade que representa os fatos penalmente relevantes. Podemos, então, dizer que o “processo lida com um recorte da realidade e não com a realidade em si”, o que significa que não é sobre o evento que se dá o juízo, mas sobre uma estrutura de

redução de complexidade que o interpreta [o evento] desde a possível condição de fato típico, conectando-o a uma linguagem particular, que através de uma definição sequencial de tipicidade, antijuricidade e culpabilidade, potencialmente o define como crime, com consequências drásticas para o acusado (KHALED JR., 2013, p. 290).

Logo, trata-se de fragmento de realidade do tempo passado, de modo que o processo identifica-se a um mecanismo de reconstrução histórica e, como aponta Badaró (2015, p. 377), este é o ponto mais difícil do processo: “proceder à reconstrução histórica dos fatos, de acordo com as regras legais que disciplinam a investigação, a admissão, a produção e a valoração das provas”.

Para situar a prova penal como verdadeiro elemento de “re-cognição” (PRADO, 2015, p. 16) na conjuntura de um estado de direito, em um ideal de processo democrático, são necessárias reflexões sobre alguns pontos centrais, quais sejam o lugar da verdade no processo penal, as diferentes perspectivas sobre o papel da prova e, por fim, uma discussão acerca da valoração das provas e sobre os *standards* probatórios. Pretende-se, deste modo, delinear um caminho que afaste a decisão judicial do decisionismo, “que se caracteriza pela possibilidade de decisão arbitrária, dependendo unicamente da possibilidade de decidir” (CHRISTENSEN, 2012, p. 130), e a aproxime de critérios racionais-legais.

2.1 Prova e verdade

Se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade (FERRAJOLI, 2002, p. 38).

A prova no processo penal funciona como elemento que possibilita uma reconstrução hipotética dos fatos, uma vez que o objeto do processo diz respeito a acontecimentos pretéritos, não havendo como acessá-los “em um passe de mágica para conduzir os sujeitos processuais a uma viagem no tempo, ao passado [...]” (PRADO, 2014, p. 35). Inexistindo uma máquina de volta ao passado, a reconstrução história será sempre imperfeita, isto porque, explica Salah Khaled Jr.,

o passado é composto (se é que pode se dizer que o passado é) de eventos únicos, o que significa que o conhecimento sobre ele só pode ser ideográfico. O modelo ideográfico relaciona-se a circunstâncias variáveis e a eventos irrepetíveis e contingentes (2013, p. 269).

Essa característica do passado impede que seja alcançada no processo penal, ou em qualquer tipo de reconstrução histórica, acerto exato e inequívoco dos fatos sobre os quais se dedica a conhecer, causando certo ceticismo com relação à possibilidade de se alcançar a verdade. Existem posicionamentos que negam tanto a possibilidade ou mesmo a relevância da verdade para a decisão judicial³ e na filosofia não faltam correntes que defendem que o conhecimento verdadeiro de qualquer fato seria inalcançável (BADARÓ, 2003, p. 20).

³ Sobre posições que negam a verdade no processo penal: “Do ponto de vista jurídico, a impossibilidade de se alcançar a verdade significa que todo processo deveria ser decidido com base no ônus da prova. [...]” Outro

Essa postura cética em relação à verdade não cabe no processo, uma vez que renunciar à verdade seria abrir mão de uma decisão justa (TARUFFO, 2013, p. 13), transformando o processo em mero método de resolução de conflitos de partes, sem qualquer comprometimento com a averiguação dos fatos (BADARÓ, 2003, p. 25), o que para o processo penal é impensável, uma vez que a acusação criminal diz respeito à correspondência de um comportamento a uma hipótese legal de crime de modo que desconsiderar a verdade seria tão danoso quanto colocá-la como fim maior do processo penal. Assim a busca da verdade é um valor que legitima a atividade jurisdicional, pois a aplicação correta de uma norma de direito pressupõe que o fato indicado nela tenha ocorrido, sendo condição necessária para que se apliquem os efeitos jurídicos previstos nessa mesma norma⁴ (TARUFFO, 2013, p. 13). Caminhando no mesmo sentido, assevera PRADO (2014, p. 19) que

O tipo de «processo» adequado constitucionalmente é aquele que se caracteriza por viabilizar o conhecimento da infração penal e sua autoria em um esquema lógico e jurídico que esteja apto a apoiar a decisão em um determinado contexto de «verdade».

Assim, a questão é estabelecer o lugar da verdade e as suas funções no processo penal. Este lugar não deve ter como princípio unificador o fim último da persecução penal, correndo, deste modo, o perigo de vincularmos essa persecução a uma verdadeira epistemologia do inimigo (KHALED JR, 2013, p. 590) à semelhança do que havia na Inquisição. Como destaca Rui Cunha Martins (2012, p. 76), a experiência histórica da Inquisição, que foi marcada pelo lugar central da busca da verdade, “impõe um trauma mais do que compreensível em torno do peso excessivo da verdade no tecido processual penal”.

fundamento que o autor cita é com relação aos fins do processo, sendo ele destinado somente a resolver uma controvérsia de partes a verdade seria, assim, irrelevante (postura reflexo do processo civil e da valorização exacerbada da liberdade e autonomia das partes). Na concepção de processo como jogo, “triumfa não a parte que tem razão, mas por ter mostrado que a verdade está ao seu favor, mas o litigante mais inteligente e hábil”. No caso do processo penal consensual, destaca, que pela transação penal é possível a aplicação de multa ou pena restritiva de direitos, sem que haja verificação judicial dos fatos. Menciona ainda concepções retóricas do processo, na qual o processo seria um jogo retórico persuasivo, cujo aspecto mais relevante seria a tática de convencimento (BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **O Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 21- 23).

⁴ “[...] esta afirmación parece fundada, simplemente si se tiene en cuenta que ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una averiguación falsa o errónea de los hechos relevantes: la aplicación correcta de la norma de derecho presupone que haya ocurrido el hecho indicado en la prótasis (o en el frástico) de la norma (la abstrakte Tabestand de la doctrina alemana), y que la misma norma identifique como condición necesaria para que se den, en el caso específico, los efectos jurídicos que la misma disciplina” (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade – O Juiz e a construção dos fatos**. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 13).

Na Inquisição, “o juiz apenas confirmava uma verdade a que ele mesmo havia dado origem”, não havendo uma verdade dos fatos e sim intenções dos investigadores (KHALED JR., 2013, p. 129), como bem retrata Dias Gomes, na peça **O Santo Inquérito**, inspirada no julgamento de Branca Dias, uma jovem condenada à fogueira, durante uma visita do Santo Ofício no Brasil, no ano de 1750. Abaixo, a fala do pai de Branca, Simão, cristão novo, obrigado a abjurar para se ver livre da condenação:

É uma loucura pensar que num momento desses se pode salvar alguma coisa além da vida. Desde o primeiro momento compreendi que devia aceitar tudo, confessar tudo, declarar-me arrependido de tudo. Vamos nós discutir com eles, lutar contra eles? Tolice. Têm a força, a lei, Deus e a milícia — tudo ao lado deles. Que podemos nós fazer? De que adianta alegar inocência? Protestar contra uma injustiça? Eles provam o que quiserem contra nós e nós não conseguiremos provar nada em nossa defesa. Bravatas? Também não adianta (GOMES 1999, p. 96).

Trata-se do que Ferrajoli caracterizou como juízo “sem verdade” (2002, p. 37), uma vez que não é movido por inserções verificáveis ou baseado em procedimentos cognitivos, mas por juízos de valor, de modo que a verdade não é nada além de instrumento político utilizado no processo penal para eliminação da diferença e conformação social (CARVALHO, 2012, p. 37). Caracterizando-se, sobretudo, por um sistema seletivo e de utilização sistemática de violência e tortura para o alcance da “verdade”.

O “trauma” relacionado à centralização da verdade representa justamente o risco de repetir, ainda que de modo mascarado e sutil, a utilização política da verdade. O cuidado a ser tomado é o de não substituir o argumento da busca da “verdade real” inquisitória por uma sede de conhecimento ilimitado dos fatos. Por isso, já se destaca a importância da existência de um sistema de mecanismo de controles epistêmicos, no sentido de frear a busca da verdade no processo penal bem como uma divisão clara dos papéis entre os sujeitos processuais, afirmando a produção de provas como exclusividade das partes. Pois como bem destaca Khaled Jr.:

Nenhuma ambição de verdade pode suplantar as garantias do réu, pois essa é a característica do processo penal e dos limites que devem ser impostos ao poder punitivo por ele. Em um Estado Democrático de Direito a imparcialidade do juiz deve ser determinada por mecanismos que coíbam o decisionismo e proibam o seu deslocamento da posição que lhe cabe: zelar pelo devido processo legal. (2013, p. 156)

A ligação entre processo, verdade e prova é imprescindível para que a partir do processo penal se alcance uma decisão mais justa, devendo-se definir que essa ligação é a “democraticidade” (MARTINS, 2012, p. 80). Esse princípio unificador do processo penal deve reger tanto as etapas de produção/gestão e valoração, quanto a delimitação de atuação dos sujeitos processuais, dando papel central ao contraditório, de modo que a apresentação dos fatos no processo é de titularidade das partes, e a esses enunciados sobre os fatos é que o juiz atribuirá o selo de verdadeiro ou falso. Um processo penal acusatório e, mais que isso, democrático, é “verdadeiro espetáculo dialético” (KHALED JR., 2013, p. 157) e, nesse contexto, a imparcialidade do juiz é garantia de que ele não desequilibre essa contraposição entre acusação e defesa. Compreende-se inadmissível a iniciativa probatória do juiz, violando o princípio do sistema acusatório (de modo), isso porque ao determinar a produção de provas em caso de “dúvida” o juiz passa a ocupar posição tendenciosa e não como sujeito passivo, garante dos direitos fundamentais. Em caso de subsistir dúvida por parte do julgador ao fim do processo, aquela deve ser convertida, em razão da presunção de inocência, em absolvição e não em determinação de ofício de produção de prova pelas partes. Devendo ser limite claro a cognição processual penal.

O alcance do conhecimento dos fatos se deve às provas apresentadas pelas partes em juízo e só. Portanto, a verdade corresponde ao alcance das provas. Um conjunto probatório insuficiente ou fraco não deve ser justificativa para uma atitude inquisitorial por parte do juiz. E esta é a segurança das provas, que a elas se limitará o conhecimento dos fatos no processo, e esse conhecimento se ampara em uma série de regras as quais determina sua produção: por quem, em que circunstâncias, de que modo deve se dar a avaliação do órgão julgador, ponto que será tratado mais adiante.

A verdade produzida em juízo, então, se encontra ligada de modo inseparável à prova, que é o próprio resultado da atividade probatória. Nos mesmos termos discutidos, uma verdade limitada, mas da qual não se pode abrir mão. As limitações são de razões tanto epistemológicas quanto éticas. Com relação às primeiras, o conhecimento sobre fatos pretéritos é, como já se salientou, limitado e, além desse limite intrínseco ao próprio “ser passado”, há os limites éticos, da própria principiologia constitucional. O processo penal tem essa função primordial de contenção do poder punitivo e abrigo do acusado contra as

violações a sua dignidade e isso impõe que a busca da verdade (cognição processual) seja freada para que não passe sobre as garantias do acusado.

Aceita-se a verdade dentro do sistema processual penal como indicador epistêmico, porquanto ela é o instrumento que dará ao julgador a certeza sobre a alegação de determinado fato (BADARÓ, 2003, p. 31), jamais absoluta, é claro, de modo a conseguir superar a incerteza (PRADO, 2014, p. 35). Badaró (2003) aponta que a prova produzida no processo apresenta peculiaridades em relação a outros campos de investigação, entretanto, “o fato de existirem regras jurídicas sobre a prova não é suficiente para diversificar, do ponto de vista epistemológico, a verdade que se pode alcançar por meio da instrução processual” (BADARÓ, 2003, p. 31-32), de modo que há uma falsa dicotomia entre verdade “material” e “processual”, existindo, na verdade, apenas limites diferentes para a obtenção da verdade e não dois tipos de “verdades”, do ponto de vista da teoria do conhecimento. Isso decorre do fato de que toda verdade está situada em um contexto. Como salienta Taruffo (2014, p. 24), as normas jurídicas constituem esse contexto de obtenção da verdade “judicial”, estabelecendo vários limites em relação ao tempo, aos meios e aos procedimentos que podem ser utilizados para essa busca da verdade. Deve-se ressaltar que

Em todo caso, tais regras não impedem a busca da verdade: regulam as formas em que se podem provar os fatos e abarcam somente áreas limitadas do domínio da prova e do seu julgamento (TARUFFO, 2014, p. 24).

Para Badaró (2003), o conceito de verdade é um conceito relacional, de modo que um conhecimento é verdadeiro quando há concordância entre o objeto e a sua imagem captada pelo sujeito. Nessa perspectiva, pode-se compreendê-la como adequação do pensamento à coisa, pressupondo certeza sobre essa adequação. A certeza é uma “manifestação subjetiva da verdade, sendo um estado de ânimo seguro da verdade de uma proposição” (BADARÓ, 2003, p. 25-26). Como já se afirmou, esta certeza não é absoluta diante de toda a circunstância cognitiva do passado e de suas limitações. Assim, ainda de acordo com o autor, a prova nunca dará certeza ao juiz, mas sim uma aproximação, maior ou menor acerca dos fatos. E essa é uma certeza possível que se pode atingir, mesmo “com as limitações epistemológicas a que todo juízo baseado em uma reconstrução histórica está sujeito e às quais devem se somar as restrições processuais à busca da verdade” (BADARÓ, 2003, p. 31).

Desse modo, atribuem-se graus de certeza para que o juiz possa absolver ou condenar e para que haja uma racionalização dessa certeza, e comumente identifica-se a certeza judicial como um juízo probabilístico⁵. Assim, a atividade probatória quando bem sucedida permitirá a conclusão sobre um “altíssimo grau de probabilidade” de ocorrência sobre aqueles fatos, o que equivale à verdade dos fatos (BADARÓ, 2003, p. 62).

O conceito de verdade apresentado até o momento diz respeito ao que Taruffo atribuiu o nome de verdade como correspondência⁶ (2014, p. 28). Esse conceito tem como premissa que as decisões judiciais devem se adequar à verdade a fim de serem justas e corretas, defendendo que os fatos devem ser estabelecidos precisamente com base em provas relevantes e admissíveis para o caso. O que significa que uma decisão é “verdadeira”⁷ quando corresponde aos eventos que realmente ocorreram, sendo a função da prova oferecer ao julgador conhecimento empírico e racional acerca dos fatos dos casos em questão (TARUFFO, 2014, p. 28).

Acredita-se que essa perspectiva sobre verdade, quando bem delineados os limites de admissibilidade, gestão e valoração da prova, pode compor a liga necessária entre verdade e prova para um processo penal democrático. A decisão construída por meio da pesagem dos elementos de provas, de maneira a demonstrar a ocorrência dos fatos pelas provas, parece conter o princípio de democraticidade por permitir às partes contestar aquela decisão, à luz do contraditório; e também parece evitar que a sentença se dê sob os signos do autoritarismo,

⁵ Sobre juízo de probabilidade ver ponto 2.3 deste trabalho sobre valoração da prova e *standards* probatórios.

⁶ Destacamos que o posicionamento apresentado neste trabalho até o presente momento diz respeito à concepção de verdade a qual defendem Taruffo (TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 28), Gustavo Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus das prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19- 62) e Geraldo Prado (PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ilícitos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014,.). Destacando que esta discussão acerca da verdade como coerência ou como correspondência tem ligação com o tema a ser tratado no próximo tópico acerca das perspectivas sobre a prova penal (narrativa e epistêmica).

⁷ Segundo Taruffo, a verdade no processo seria relativa: “Ya que en el proceso, como en cualquier otro tipo de experiencia humana, incluso la ciencia, no se descubren verdades absolutas, se debe considerar que la verdad procesal es relativa. Se debe entender este término, empero, correctamente: no se trata de verdad relativa en el sentido del relativismo filosófico radical, por el cual cada sujeto tiene su propia verdad (que, entonces, sería relativa al sujeto), sino en el sentido de que la verdad se fundamenta en informaciones que permiten establecer si un enunciado es cierto porque se fundamenta en datos que lo confirman. En el contexto del proceso, eso significa que la verdad de los enunciados que conciernen a los hechos del caso es relativa a la cantidad y calidad de las pruebas en las que el juez basa su decisión” (TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. Cidade do México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de La Federación, 2013. Cuadernos de divulgación de la Justicia Electoral. Disponível em: <http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/cuaderno_20_je.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016).

afastada de qualquer explicação empírico-racional apenas “legitimada” pelo poder de decidir do qual o juiz é investido. A legitimação da decisão no processo penal, no contexto democrático, não pode ser outra senão aquela baseada em critérios racionais e legais, de modo que à margem disso só sobre o decisionismo.

Essa noção de verdade como correspondência é contestada por Salah Kaled Jr. (2013, p. 129) na medida em que afirma que “todo discurso fundado na busca da verdade – mesmo relativa e aproximada – mostra-se retoricamente apto a fundamentar e legitimar a atuação inquisitória do magistrado”. O autor, em seu livro **A busca da verdade no processo penal** (2013) constrói uma concepção de verdade como “passeidade”, identificando os rastros como conformadores dos limites e das condições de possibilidade sobre os eventos que pertencem a um “tempo escoado, exprimindo ao mesmo tempo presença e ausência”. No rastro que estaria contido o “enigma da passeidade”:

o passado já se foi e nada pode fazer com que ele retorne ou deixe de ter sido; mas, por outro lado, de certa forma o passado ainda é, caso esteja conservado na forma de rastros que a ele ainda remetem e que permitam construir relações de significância a substitutiva, de lugar-tenência (KHALED JR., 2013, p. 598).

O autor substitui a ideia de verdade correspondente de Taruffo pela ideia de que a verdade é uma produção, uma narrativa fabricada, sendo menos o que se manifesta de forma correspondente aos olhos e mais aquilo que efetivamente se produz narrativamente, o que faz com que essa narrativa esteja sujeita ao poder argumentativo do narrador, sendo por isso necessário estabelecer os mesmo freios já salientados no sentido de inadmitir qualquer poder de produção de provas por partes do juiz.

Observa-se que as proposições de Khaled Jr. são, evidentemente, uma contribuição à concepção de verdade de Taruffo, uma vez que as bases de ambas as concepções são de cunho epistemológico, sendo o conhecimento dos fatos, seja sob o signo de correspondência ou passeidade, indispensável para uma decisão judicial, ainda mais aquela que arbitrará a responsabilidade criminal de alguém e poderá aplicar a restrição de direitos mais gravosa do sistema jurídico que é a pena privativa de liberdade. É consenso, em ambas as concepções, que a busca dos “fatos” não diz respeito a fatos objetivamente considerados, mas sim a enunciados sobre os fatos (KHALED JR., 2013, p. 280). O que Khaled sugere é uma maior problematização das questões que gravitam em torno do conhecimento sobre a “verdade”,

agrupando ao conceito de verdade uma produção analógica de conhecimento, por meio da criação de enunciados notadamente narrativos e, assim, argumenta-se que a conclusão lógica, a qual Taruffo renuncia, é de que considerar os fatos como enunciados corresponde na verdade a uma articulação composta por uma “intencionalidade narrativa” (KHALED, 2013, p. 280).

Tal menção acerca da narratividade da prova traz a necessidade de uma discussão sobre as funções da prova no discurso decisório, seja de modo consciente ou mesmo inconsciente, ponto este que será tratado no próximo tópico com relação às perspectivas narrativa, argumentativa e epistêmica acerca do papel da prova no processo penal. Pretende-se considerar se essas concepções são incompatíveis, ou se podem vir a ser, na verdade, complementares.

2.2 As diferentes dimensões probatórias

A compreensão sobre que espaço ocupa a prova na decisão judicial diz respeito, sobremaneira, à função que se atribui a ela. Mesmo que de modo não consciente, na argumentação judicial, especificamente na sentença, são atribuídos diferentes sentidos à prova. Esses sentidos são fundamentais para se entender o conceito de verdade, bem como o próprio conceito de prova, cabendo verificar se esses conceitos condizem ou não com (um) o estado democrático de direito. Assim, serão apresentadas três diferentes dimensões a partir das quais a prova pode ser vista, porém de forma sintética, mesmo ciente da necessidade de uma discussão mais profunda sobre o tema, tendo em vista não ser esse o enfoque central do trabalho. Denominaremos tais sentidos de dimensões probatórias: narrativa, argumentativa e epistêmica.

2.2.1 A prova e a construção de narrativas

Narrative structures, narrative plausibility, and narrative coherence are an important part of a fuller understanding of how we make meaning, not only in life but in the law (RIDEOUT, 2013, p. 88).

Esta dimensão de prova advém, sinteticamente, da constatação de que se a narratividade é um princípio organizativo básico de todo o discurso humano, não seria

diferente no discurso jurídico (CALHEIROS, 2015, p. 3). Uma série de novos estudos sobre a prova, com destaque ao campo da psicologia contemporânea⁸ acerca dos julgamentos dos jurados nos Estados Unidos no final do século XX (CALHEIROS, 2015, p. 1) demonstrou que o processo decisório, no âmbito do júri estadunidense, se aproximava mais de um modelo de *story-telling*, o que se denomina de valoração holística ou narrativista da prova, em contraponto ao modelo atomístico ou racionalista⁹.

Nesse modelo narrativista, parte-se da narrativa para o raciocínio probatório, constituindo as provas os elementos que asseguram a coerência daquela narrativa, ou seja, a prova é buscada pelo julgador na medida em que oferecer apoio necessário para se confirmar a narrativa. Parte-se do entendimento de que as alegações em juízo constituem relatos acerca do objeto do julgamento, de modo que haveria várias narrativas (de acusação, defesa) e as provas confirmariam a plausibilidade dessas teses. Assim, o resultado final, a decisão judicial, no caso da justiça penal, de condenar ou absolver seria favorável à narrativa mais coerente.

Para compreender essa dimensão deve-se ter em mente que uma narrativa é construída por alguém, e para atribuir sentido a essa narrativa, ela é localizada no tempo de maneira a constituir um enredo. Nesse sentido, McCormick¹⁰ (2008, p. 282), um dos autores que se destaca nessa teoria, aduz que

Essa ideia de enredo não diferencia a ficção (romances e quetais) de histórias reais. A história, ou a historiografia, precisa tornar inteligíveis os eventos que conta. Precisa, por isso, ter princípios de seleção, de ênfase de acordo com a importância relativa de diferentes eventos, e de ordenação (MCCORMICK, 2008, p. 282).

⁸ A autora destaca que “a ideia de história, de narração ou relato tem ganhado especial relevo no mundo jurídico no decorrer do séc. XX, como consequência do “*linguistic turn*” e do movimento direito e literatura, do qual emergiram diversos ramos ou linhas de pensamento, entre as quais a “*legal narratology*” (interessada na presença de elementos narrativos/histórias no direito). [...] O “giro narrativo” abrange as mais variadas áreas do saber, tais como Filosofia Política, Literatura, Historiografia, Filosofia da História, Antropologia, Medicina e Economia (CALHEIROS, Maria Clara Cunha. **Modelos holísticos e atomísticos de valoração da prova: o papel das histórias em Tribunal**. Paper de conferência, 2015, p. 3, cedido gentilmente pela autora).

⁹ Denominada no presente trabalho de dimensão epistêmica da prova, que será visto no ponto 2.2.3.

¹⁰ Neil MacCormick é um dentre os vários autores de filosofia do direito, especificamente da Teoria da Argumentação, que estudou o que Taruffo chama de “teoria da verdade como coerência”, o que se denomina neste trabalho como dimensão/perspectiva narrativa da prova. (TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26; MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes., capítulo 11).

A inteligibilidade dos eventos decorre da ordenação cronológica dos eventos, uma ordem temporal. Sendo assim, o tempo é elemento central para a coerência do relato, “de modo que a coerência normativa depende de outras coisas, de percebermos, o caráter temporal de toda atividade humana” (MCCORMICK, 2008, p. 279). Percebe-se que a própria racionalização dos eventos do mundo pelos indivíduos advém da organização dos fatos em forma de um relato cronológico. Do mesmo modo, a disposição cronológica dos eventos que constituem os objetos de uma ação criminal é pré-requisito para a sua compreensão.

Como afirma Maria Clara Calheiros (2015, p. 4), as narrativas constituem relatos com início, meio e fim, de modo a atenderem a uma unidade de sentido, já que “todas as histórias (mesmo as falsas) obedecem às exigências de coerência e inteligibilidade”. Assim, uma narrativa judicial eficaz é aquela que consegue constituir uma história explicativa de todo o processo, no qual cada um dos elementos dispersos de prova possa fazer sentido (CALHEIROS, 2011, p. 107). E a esse sentido dá-se o nome de coerência narrativa, a qual, afirma Neil MacCormick (2008, p. 292), seria “nossa única base para sustentar conclusões, opiniões ou veredictos sobre fatos do passado”. Pode-se, então, definir que a verdade de um enunciado, na dimensão narrativa da prova, decorre da integração coerente num conjunto de enunciados. Dessa maneira,

a coerência narrativa fornece um teste sobre a verdade ou a provável verdade de proposições sobre as coisas e eventos não percebidos. Trata-se do teste sobre a possibilidade de explicar uma proposição dentro do mesmo esquema explicativo que explica as proposições consideradas verdadeiras com base na percepção (MCCORMICK, 2008, p. 294).

Atribuir o condão de verdade a uma afirmativa, neste contexto, diz respeito àquela estar embasada por um relato organizado cronologicamente no tempo, no qual as suas proposições concatenadas com as provas constituem um relato plausível. “A plausibilidade do relato depende do modo como as narrativas individuais se cruzam e coincidem com as narrativas culturais” (CALHEIROS, 2015, p. 5). Essa plausibilidade das narrativas se dá em decorrência de dois níveis de coerência das histórias: externa e interna. A coerência externa se refere à conexão temática e estrutural entre a história com outras histórias de base cultural que usamos para interpretar a nossa realidade social; essas

outras histórias acabam por convocar pressupostos e expectativas sociais e culturais, constituindo-se como um “guia instituidor de sentido que permite a interpretação de cada fato” (RIDEOUT, 2013, p. 71). Já a coerência interna diz respeito ao fato de que as partes da narrativa em questão devem se encaixar de modo a fazerem sentido no todo em que se inserem, podendo ser explicada metaforicamente pela imagem do “quebra-cabeça” (CALHEIROS, 2015, p. 15). O que significa que é necessário que não haja incoerências lógicas inexplicáveis entre quaisquer elementos factuais que compõe estas narrativas, em prejuízo de não lhes ser dado crédito (MCCORMICK, 2008, p. 295).

Com relação à persuasão do julgador, Rideout (2013, p. 70) afirma que esta não depende somente de estruturas lógicas, mas igualmente de estruturas narrativas, que ele nomeia de “racionalidade narrativa”, que dizem respeito à fidelidade do relato, à sua verossimilhança, ou à probabilidade de veracidade do relato.

McCormick estabelece a coerência narrativa como um critério, de certo modo objetivo, para a avaliação das proposições postas em disputa, ligando-a a um grau maior ou menor de probabilidade. Em um caso, por exemplo, em que houver duas narrativas incoerentes, a história mais coerente seria aquela que envolvesse menor grau de improbabilidade, maior verossimilhança, por assim dizer. O autor argumenta que o teste de coerência narrativa

justifica crenças, e assim justifica decisões sobre questões de fatos passados porque (a) é uma condição necessária da inelegibilidade do mundo fenomênico; e porque (b) a racionalidade exige que tornemos inteligível o mundo fenomênico (MCCORMICK, 2008, p. 294-295).

Assim, a importância da coerência se daria em termos de justiça, enquanto seria uma exigência de racionalidade padrão para um tratamento igual de membros de uma comunidade sujeita ao Direito (MCCORMICK, 2008, p. 301), servindo como garantia de segurança jurídica.

A presente perspectiva suscita, porém, alguns questionamentos, como, por exemplo: como exatamente a narrativa nos ajuda a “dar sentido” a um evento? Até que ponto o uso da narrativa na prática judicial está “legitimado”? E em quais aspectos os papéis das narrativas no processo, na historiografia e na investigação policial são diferentes? Tais questionamentos

são de autoria de Twinning (2005), que ainda chama atenção para o risco de manipulação das narrativas:

Stories help us to make sense of events, to structure an argument, and to provide coherence. But, in legal practice they are also wonderful vehicles for 'cheating'. For instance, they make it easy to sneak in irrelevant or unsupported facts, to appeal to hidden prejudices or stereotypes, and to fill in gaps in the evidence. 'Good' stories tend to push out true stories-and so on (TWINNING, 2005, p. 17).

Destaca-se a dificuldade de estabelecer, especificamente, em relação ao contexto judicial, até que ponto a coerência de uma narrativa é critério seguro o suficiente para garantir a correta aplicação da lei, ou se acaba por ter, na verdade, um caráter fantasioso, uma vez que a verossimilhança de certos relatos atribui-lhes um grau de confiabilidade que acaba por dispensar a prova, por serem considerados “evidentes” (MARTINS, 2013, p. 2). A preocupação se assenta justamente neste ponto, pois não se nega a importância da coerência dos relatos para melhor conhecimento dos fatos, uma vez que aquilo de que o juiz tem conhecimento são, de fato, enunciados sobre os fatos, ou seja, narrativas. Entretanto, deve-se ter cuidado para as provas não se transformarem em mero instrumento de confirmação de uma decisão arbitrária.

Nesse sentido, a dimensão narrativa parece carecer de mecanismos eficazes de redução do decisionismo judicial, pois a coerência narrativa é atrelada não só à coerência interna, mas também a expectativas sociais, de modo a deverem sentido a fatores que podem influenciar a interpretação daqueles fatos extrapolando uma avaliação racional-legal dos meios de prova disponíveis naquele processo. Além de que a abertura conceitual de coerência, ao revés do que postulou McCormick (2008, p. 301), dificulta o controle das decisões jurisdicionais, uma vez que a própria coerência pode ser construída narrativamente pelo órgão decisor. E a construção dessa coerência narrativa como ato cognitivo, como inclusive alegou RIDEOUT, contém, indiscutivelmente, um componente ideológico (RIDEOUT, 2013, p. 87).

As críticas de Taruffo com relação ao que ele chama de “teoria da verdade como coerência” são que essa concepção utiliza os elementos de prova apenas como elementos persuasivos, cuja função seria apenas “criar, na mente do juiz ou do jurado uma crença acerca da credibilidade dos relatos” (TARUFFO, 2014, p. 27). E dessa maneira, como a semiótica jurídica, conduzem “à irrelevância da realidade empírica a que os discursos ou narrações no

processo se referem” de modo a reduzir a verdade a uma mera questão de plausibilidade da narração, isto é, à sua coerência, destaca Maria Clara Calheiros, ainda, que

A valoração que o autor [TARUFFO] faz destas correntes de pensamento é tão depreciativa que conclui pela sua proximidade às posições niilistas ou desconstrutivistas, que implicam uma rejeição da verdade (CALHEIROS, 2015, p. 8).

2.2.2 Prova e argumentação

A dimensão argumentativa da prova está relacionada à concepção retórica do processo que “seria um jogo retórico-persuasivo, cujo aspecto mais relevante é a tática de convencimento” (BADARÓ, 2003, p. 23). Em tal concepção, um enunciado é verdadeiro se ele for justificadamente aceitável, apto a persuadir o julgador (CALHEIROS, 2008, p. 73). Nessa dimensão os argumentos são construídos através das provas e serão confrontados no momento da valoração probatória. O professor da Universidade de Lisboa, Paulo Souza Mendes (2016, p. 1063), aponta que a origem de um modelo argumentativo remonta a John Henry Wigmore (1863-1943), cuja metodologia resultava na organização de um gráfico com a representação das conexões entre meios de prova e argumentos, o chamado “gráfico de Wigmore”, do qual se extrairiam as inferências probatórias.

Badaró (2003) afiança que a verdade não é exatamente um valor que interessa à persuasão, uma vez que “a retórica pode persuadir ainda no erro” (p. 23). Nessa perspectiva, a finalidade dos que atuam no processo (defesa e acusação) é persuadir a autoridade julgadora por meio de argumentos, demonstrando a ocorrência dos fatos por meio de uma narrativa coerente ou mesmo por um conjunto probatório forte para persuadir o juiz a dar-lhe razão. A prova, assim, é um elemento útil de sustentação do argumento, não como mecanismo de descoberta da verdade.

O viés argumentativo da teoria da ação comunicativa de Habermas (1997, p. 547) consiste em atribuir a força a um enunciado pela sua inserção em um ato de fala, em uma circunstância específica, no qual alguém pode afirmar esse enunciado. Assim, a verdade é uma pretensão de validade que vinculamos aos enunciados ao afirmá-los em um lugar de fala específico, e essa concepção ocorre do reconhecimento de que os fatos só advém da linguagem, no âmbito da comunicação, que é o discurso.

A moderna filosofia, sob a batuta de Habermas, compreende que a verdade sobre um fato é um conceito dialético construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognocentes. A verdade não se descobre, mas se constrói, através da argumentação. Partindo desta premissa, o processo deixa de ser instrumento para a reconstrução dos fatos para ser palco da argumentação (BADARÓ, 2003, p. 23).

Assim, a prova dos fatos não é uma propriedade das informações e sim dos enunciados (HABERMAS, 1997, p. 553) e a verdade de uma proposição específica significa uma promessa de se alcançar um consenso racional sobre aquilo que foi dito.

2.2.3 Prova e dimensão epistêmica

Nesta perspectiva, a prova se coloca como elemento epistêmico, o que significa que a prova se constitui por meio de um processo de conhecimento sobre os fatos em questão no processo. Assim, a prova passa a ser objeto de estudo da epistemologia jurídica. Como definem Matida e Herdy (2016), esse viés da epistemologia jurídica difere-se da antiga concepção de epistemologia jurídica, uma vez que

A epistemologia Jurídica reflete preocupações com o conhecimento dos fatos, e não do direito. Não se trata de problematizar a produção do conhecimento jurídico. A questão que interessa é a justificação das proposições sobre os fatos que integram o raciocínio do julgador no momento em que se lhe exige uma decisão sobre quem merece tutela jurisdicional no caso individual (MATIDA e HERDY, 2016, p. 1).

Esta nova definição de epistemologia do direito relaciona-se a uma abordagem teórica crítica do problema probatório, isso porque a determinação dos fatos no contexto judicial “passa a ser vista como uma questão maior referente à racionalidade das decisões judiciais” (MATIDA e HERDY, 2016, p. 2) e não mais apenas como questões atinentes à interpretação judicial.

Na Europa continental, essa preocupação epistêmica foi inserida por Taruffo¹¹ e denominada de “teoria da verdade correspondente”, por meio da qual a verdade resulta da correspondência dos dados empíricos”, sendo verdadeira a descrição quando fornece uma imagem fiel do mundo empírico. Nesse sentido, a prova é identificada como instrumento epistêmico, uma vez que é ela que possibilita conhecer essa “realidade”¹² empírica, sendo sua função principal oferecer ao julgador conhecimento empírico fundado. Aduz Taruffo (2014, p. 29) que os processos definem-se por um “estado epistêmico de incerteza” sendo a função das provas ajudar o julgador a resolver o estado de incerteza, configurado por duas hipóteses possíveis (absolvição ou condenação), de modo a prover o juiz com as informações necessárias para decidir racionalmente se os enunciados que compõem cada hipótese são verdadeiros ou não.

Matida e Herdy (2016) ressaltam que no “processo judicial, não há espaço para o protagonismo do conhecimento em estado puro” e que o juiz deve determinar os fatos em conformidade com certas “preferências institucionais”. Não se trata de um exercício cognitivo livre, tendo em vista que a decisão só pode ser tomada na medida em que segue toda uma ritualística (MATIDA; HERDY, 2016, p. 2). Assim, o objetivo central de um processo não é descobrir a verdade, mas sim demonstrar se a proposição fática que inaugurou aquele processo (no caso da ação penal, a peça acusatória) foi provada, de modo que as autoras destacam

¹¹ Sobre esse novo viés da epistemologia jurídica: “A literatura que se construiu nas duas últimas décadas aproximadamente é vasta e dispersa em livros e artigos científicos. Mencionamos, apenas pontualmente, como representantes da tradição saxônica, os trabalhos de Damaska (1991), Twining (1990), Allen (1994), Schauer (2003) e Pardo (2005). Tais autores, em maior ou menor medida, foram inspirados pelos clássicos de Bentham (1827), Thayer (1898) e Wigmore (1907). Do lado continental, essa preocupação epistemológica foi introduzida por Taruffo (1992) e, nos anos que se seguiram, ampliada por ele e outros teóricos, como Mendonça (1998), Aguiló Regla (1999), Gascón Abellán (2004), Ferrer Beltrán (2005; 2007) e González Lagier (2013; 2014) (MATIDA, Janaina; HERDY, Raquel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In.: CUNHA, José Ricardo (Org.). **Epistemológicas críticas do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016, p. 3).

¹² O Grifo no termo “realidade” se dá ao fato de uma necessária diferenciação entre realidade e verdade. A realidade, pois, é o momento presente, o qual só pode ser vivido e apreendido por aqueles que os vivem. Sendo a verdade os enunciados correspondentes, de modo aproximativo, ao que teria sido a realidade. Portanto, verdade e realidade não se confundem, não havendo tal coisa semelhante a uma “verdade real”, isso é mais um instrumento de cunho autoritário-inquisitorial no sentido de não impor limites à busca da verdade com fundamento, geralmente, atrelados à ordem pública, relevância social, justificativas que em um estado democrático perderam espaço para a presunção de inocência (PRADO, Geraldo. **Aula em Disciplina Processo Penal II (transcrição)**. Faculdade Nacional de Direito, UFRJ, 08 dez. 2015).

ainda a importância de um critério de suficiência para se considerar provada a que se denomina *standard* de prova.¹³

Na dimensão epistemológica, a metáfora do quebra-cabeça reaparece, mas não mais como coerência entre os elementos da narrativa (enredo, cronologia, provas). Aqui, as peças do quebra-cabeça são os elementos de prova e o juiz vai organizar esses elementos para ver se em seu conjunto as provas são capazes de demonstrar a ocorrência do fato.

Importa destacar que esta é a perspectiva a partir da qual o presente trabalho compreende a prova como elemento de aproximação da realidade empírica, a qual considera a direta ligação entre prova e decisão indispensável. Nesse sentido, se aposta que esta concepção é aquela que guarda maior relação com o estado de direito, uma vez que condiciona a aceitação da hipótese de acusação a elementos probatórios, e mais, elementos probatórios suficientes para suplantar a presunção de inocência. De modo que só um conjunto de elementos probatórios forte, que supere a mera verossimilhança e não se sustente apenas sobre artifícios retóricos, pode justificar uma condenação.

A prova não deve ser fraca, prova fraca é aquela que se satisfaz com a verossimilhança, com o que se diz ser uma crença racional. A verossimilhança é o regime normal da prova, não é em si um critério satisfatório por mais convincente que seja (MARTINS, 2013, p. 5).

Neste trabalho, considera-se que a prova constitui um elemento complexo, possuindo componentes das três dimensões resenhadas. Desse modo, o que se propõe aqui não é um enfoque exclusivo da dimensão epistêmica, mas sim chamar a atenção para essa dimensão, por ser ela a que possui maior quantidade de mecanismos capazes de inibir o “caráter alucinatório” do que é evidente e acaba por autorizar a dispensa de provas. Estas jamais devem ser deixadas em segundo plano e nem sua ausência deve ser suprida com coerência narrativa ou boa retórica. A ausência de provas deve ser substituída pela absolvição, de modo que o processo configure a verdadeira garantia do acusado contra os desígnios punitivos, que podem vir a ser caprichosos, conformados em narrativas “coerentes”, para atender a tal “expectativa social” de combate à criminalidade (também conhecida como coerência externa), elaboradas em silogismos impecáveis, capazes de convencer qualquer auditório.

¹³ Tema a ser tratado no próximo ponto (2.3) sobre valoração da prova e *standards* probatórios.

3 O PROCESSO DECISÓRIO: VALORAÇÃO DA PROVA E CRITÉRIOS OBJETIVOS

A característica do processo de viabilizar um esquema de reconstituição histórica dos fatos faz com que constantemente se compare o papel do juiz ao papel do historiador, uma vez que ambos têm como tarefa uma “reconstrução histórica do passado com dados do presente” (BADARÓ, 2015, p. 370). Entretanto, diferentemente do historiador, que possui liberdade tanto na escolha do objeto, quanto nos (dos) meios de pesquisa, a reconstrução histórica por parte do juiz diz respeito a um recorte muito específico da realidade, que são os fatos contidos na denúncia. A atividade probatória, os meios de pesquisa do juiz, é limitada por uma série de regras, sendo que o juiz apenas recebe o produto da pesquisa das partes e tem que, a partir daí, tirar suas conclusões. Além disso, enquanto o historiador pode escolher abandonar a pesquisa, o juiz é obrigado a decidir, mesmo que haja dúvida (BADARÓ, 2015, p. 370), caso que, numa ação criminal, deve levar à absolvição.

A decisão judicial em sua totalidade corresponde ao momento após a etapa de instrução probatória, em que o julgador “adota as provas produzidas como ponto de partida para um raciocínio que deve conduzi-lo a uma conclusão que resolva a incerteza sobre os fatos” (TARUFFO, 2014, p. 127). Esse momento pode ser fragmentado, como ensina Ferrer Beltrán (2007, p. 41), em três momentos sucessivos: “a) *la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión*; b) *la valoración de esos elementos*; y c) *propriamente, la adopción de la decisión*”. O primeiro momento corresponde à reunião das provas disponíveis no processo e ao necessário juízo de admissibilidade destas, por meio da verificação de sua legalidade e constitucionalidade, do que decorrerá a expulsão de quaisquer provas ilícitas do processo, de modo a determinar o conjunto de informações sobre o qual se dará a valoração, bem como um juízo de relevância das provas, de modo a selecionar aquelas que dizem respeito aos fatos em jogo. O segundo momento diz respeito à valoração do conjunto probatório filtrado na primeira etapa. Valorar, sinteticamente, consiste em avaliar se é possível ou não dar-se por provado um fato controvertido (ABELLÁN, 2009, p. 18). Isso decorre da determinação do grau de corroboração que o aporte probatório oferece a cada uma das hipóteses, considerando que um conjunto probatório, por maior e mais relevante que seja, nunca poderá oferecer uma certeza racional sobre a verdade de uma hipótese, apenas maior ou menor grau de certeza (BELTRÁN, 2007, p. 91). Sendo assim, o que se afere através da

valoração da prova é o grau probabilístico de certeza com relação à hipótese. Por essa razão, a grande tarefa de uma valoração racional é medir a probabilidade de ser confirmada uma ou outra afirmação sobre os fatos (ABELLÁN, 2009, p. 18).

Taruffo (2014, p. 130) afirma que a valoração da prova diz respeito à determinação dos valores probatórios, como dito, de forma a estabelecer a conexão entre as provas apresentadas e a “veracidade ou falsidade dos enunciados relativos aos fatos que são objeto do processo”. Prossegue o autor sobre a verdade ou falsidade dos fatos:

Assim, um enunciado é verdadeiro quando devidamente demonstrado com base nos elementos de prova perante o tribunal. Do mesmo modo, um enunciado de fato é falso quando se prova inexistente tal fato. Quando um fato não é provado em razão de não haver meios de prova que o sustentem ou quando, apesar da sua existência, esses forem insuficientes para embasar uma conclusão [...] tal enunciado também será falso (TARUFFO, 2014, p. 130).

Por fim, a terceira e última etapa é a decisão propriamente dita, na qual os resultados da valoração são apresentados. Depois de concluir pela confirmação de uma hipótese, o órgão julgador proclama a sentença, sendo indispensável a motivação de todo o procedimento decisório com relação à admissibilidade, relevância e, fundamentalmente, com o detalhamento do caminho racional percorrido das provas à confirmação da hipótese. Como observou IBÁÑEZ (2006, p. 52), cada caso possui uma complexidade diferente, decorre disso que os esforços para valoração e justificação serão conseqüentemente diversos. Entretanto, em todos os casos, do mais “simples” ao mais complexo, deve-se fazer o necessário para que o leitor da sentença possa ter claro quais são as hipóteses em jogo, quais as fontes de provas utilizadas e como foi realizado o exame sobre cada uma delas, quais elementos compuseram o conjunto probatório e como cada um dos elementos contribuiu para o resultado expresso na sentença (IBÁÑEZ, 2006, p. 52/53).

Para Lopes Jr. (2010, p. 201), a motivação é o “ponto nevrálgico da sentença”, onde o juiz tem que analisar todas as teses sob pena de nulidade, demonstrando os motivos que o levaram a decidir dessa ou daquela forma, pois em relação à tarefa jurisdicional de análise dos fatos concorre uma “extraordinária margem de manobra”. O julgador precisa estar muito consciente dos passos que percorre e por que, no curso da tomada de decisão. Nesse sentido, motivar é “auto-impor-se limites” (IBÁÑEZ, 2006, p. 52). Externamente, a motivação é um mecanismo de controle das razões da decisão para evitar arbitrariedades do juiz, constituindo

verdadeira garantia fundamental cuja eficácia legitima o poder decisório, visto que, em um estado constitucional, o poder não está autolegitimado, não basta por si próprio (LOPES JR., 2010, p. 201).

Carvalho (2012, p. 121), citando Paul Ricoeur, atribuiu ao ato de julgar uma série de ações como opinar, avaliar, considerar uma proposição verdadeira e justa, tomar posição. Para o autor, porém, julgar possuiria, basicamente, duas finalidades: em curto prazo, seria colocar fim à incerteza e, em longo prazo, seria alcançar a paz social. O autor destaca que o ato de julgar não pode ser visto como uma máquina, pois há um “itinerário psicológico” que não pode ser lido nas sentenças e que não pode ser afastado de nenhuma das etapas da “fenomenologia do ato de julgar”, denominação de Ricoeur, que coincide com aquelas mencionadas por Ferrer Beltrán, uma vez que esse itinerário se projeta desde o inconsciente e se instala na decisão. É justamente na colheita de provas e na análise dessas provas que se instala com maior força o itinerário psicológico. Explica o autor que

A afirmação do princípio da livre valoração da prova não afasta a legitimidade da análise jurídica, implica em conexões que extrapolam os critérios de regulação jurídica. [...] implica uma valoração holística da prova, e conseqüentemente, integram-se outros aspectos extrajurídicos necessários a determinação dos fatos (CARVALHO, 2012, p. 125).

Ainda de acordo com Carvalho (2012), a reconstituição histórica dos fatos leva à “formação de imagens”, que remetem a outras imagens já conhecidas pelo julgador. Isso é chamado comumente de “máximas de experiência” e acaba por deformar a construção da matéria fática até a sua avaliação. Essas imagens do inconsciente muitas vezes se revelam por detrás “do decisionismo, da arbitrariedade, da discricionariedade judicial, dos argumentos de autoridade” (CARVALHO, 2012, p. 126).

O caráter complexo da tomada de decisão demanda esquemas racionais de valoração da prova capazes de impedir que decisões sejam tomadas à margem de uma avaliação lógico-racional do conjunto fático disponível e em razão apenas de imagens do inconsciente do julgador. Nesse sentido, Bustamante (2013) afirma que:

uma das grandes tarefas ainda pendentes – conectada diretamente à de desenvolver esquemas racionais de valoração – é a de construir *standards* de provas que possam servir de guia para o julgador no momento de formar a sua convicção, servindo como bases para a argumentação fática (BUSTAMANTE, 2013, p. 3).

A opção por uma valoração racional da prova, acessível ao contraditório, com garantia de que os meios de prova são de fato avaliados e pesados no momento da decisão é uma condição para a existência do estado democrático de direito, por sua capacidade de frear o decisionismo, que se manifesta no descaso para com as provas e em uma busca inquisitorial da verdade, como se a sentença fosse apenas o espelho das crenças do juiz. Para se compreender melhor a valoração das provas, segue breve apanhado conceitual nos sistemas de valoração elencados pela doutrina para, a partir daí, refletir sobre modelos racionais de valoração da prova, com ênfase nos *standards* probatórios.

3.1 Sistemas de valoração da prova: da prova legal à livre valoração

A prova constitui instrumento de poder uma vez que é a partir dela que se decide sobre os fatos relevantes ao processo penal. Essa decisão determina a responsabilidade criminal de alguém, de modo que a manipulação das provas ou sua avaliação de modo equivocado leva a consequências seríssimas, implicando geralmente em privação de direitos. E é por isso que administrar a prova, decidir sobre ela, confere poder, razão pela qual é grande a preocupação com o uso judicial que é dado a esse instrumento. Essa preocupação não é exclusividade da contemporaneidade, mas perpassa distintas épocas, cada uma com seus mecanismos no sentido de tentar submeter à administração dos procedimentos judiciais de aquisição e valoração das provas ao paradigma de racionalidade imperante em cada uma dessas épocas (IBÁÑEZ, 2009, p. 28).

O sistema da prova legal, ou prova tarifada, se caracteriza substancialmente pela predeterminação, em caráter abstrato, de valores para cada prova. O valor para cada meio de prova era determinado por regras, algumas por iniciativa do legislativo ou, em sua maioria, por juristas teóricos. Esse sistema já estava consolidado no século XII e foi refinando-se nos séculos XVI e XVII, em especial através da ciência jurídica europeia. Nesse sistema, perseguia-se um duplo objetivo: a racionalidade da averiguação do fato e ao mesmo tempo a exclusão do arbítrio do juiz, uma vez que ele era afastado de qualquer avaliação sobre as provas em juízo, devendo apenas somar os valores das provas positivas e negativas relativas a cada fato em uma espécie de cálculo algébrico, definidos por “regras detalhadas que estabeleciam o peso de cada elemento de prova” (TARUFFO, 2014, p. 131). A álgebra da

prova legal era estruturada em torno da confissão do réu e do uso da tortura como instrumento processual (IBÁÑEZ, 2009, p. 31). Como destaca Bustamante (2013, p. 6) “neste sistema de provas, a confissão do acusado era considerada uma prova plena, perfeita e acabada, ao passo que o reconhecimento de sua inocência era considerado um resultado negativo do procedimento judiciário”.

Deve-se destacar que a concepção de prova legal era fruto de premissas culturais, com destaque ao pensamento filosófico escolástico e, posteriormente, ao racionalismo humanístico e seu objetivo de estabelecer regras lógicas e matemáticas para a estrutura da prova. Assim, a escolha do valor de cada prova é essencialmente político, tratando-se apenas de uma estrutura decisória formal, que acaba por ser irracional, uma vez que não há espaço para qualquer inferência do julgador sobre os elementos de prova disponíveis. Esse afastamento do juiz sobre qualquer contato valorativo com as provas advém, como explica Taruffo (2014), de

[...] uma falta de confiança generalizada nos juízes, que eles eram – especialmente nos tribunais de primeira instância –, ignorantes, corruptíveis e corruptos, resultando, por isso, perigoso deixar as decisões a sua discricção (TARUFFO, 2014, p. 132).

O sistema da prova legal dominou o direito probatório europeu até o final do século XVIII, tendo decaído em razão do estabelecimento da cultura filosófica do Iluminismo, que substituiu os antigos conceitos racionalistas por novos métodos de raciocínio, e também de mudanças estruturais que ocorreram na estrutura do judiciário após a Revolução Francesa e as reformas Napoleônicas, passando o juiz a ser um funcionário do Estado treinado profissionalmente. Assim, não seria mais necessário restringir o papel da discricionariedade do juiz. Estes fatores culminaram na substituição do sistema da prova legal¹⁴ por um método de livre apreciação das provas (TARUFFO, 2014, p. 132).

Na livre apreciação, o julgador não está mais adstrito a regras abstratas, devendo determinar o valor das provas no caso concreto, mediante uma apreciação livre e discricionária. A ideia básica, como Taruffo (2014, p. 133) leciona, é que esse tipo de

¹⁴ “São resquícios desse sistema no ordenamento brasileiro a necessidade da prova por instrumento público (CPC, art. 366) e a vedação da exclusivamente testemunhal em determinados contratos (CPC, art. 401). No processo penal, a prova do estado das pessoas somente poderá ser feita na forma determinada pela lei civil (em regra, instrumento público, como certidão de casamento, certidão de óbito etc. - CPP, art. 155, parágrafo único)” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 415).

juízo conduza o julgador a descobrir a verdade empírica dos fatos com base unicamente no apoio cognitivo e racional oferecido pelos elementos de provas disponíveis. São diversas as manifestações desse sistema de valoração, podendo-se destacar a íntima convicção de tradição francesa e a persuasão racional ou livre convencimento motivado (TARUFFO, 2014, p. 133). No sistema da íntima convicção¹⁵ adotado pelo Código Napoleônico (1808), o magistrado julga de acordo com o seu convencimento pessoal, sem precisar justificá-lo, podendo levar em conta para a formação do seu convencimento provas que não constavam no bojo do processo, advindas de seu conhecimento privado (BADARÓ, 2015, p. 415), recaindo a ênfase sobre a persuasão individual e subjetiva do julgador.

IBÁÑEZ (2009, p. 38) assevera que essa transição entre o sistema da prova legal e a livre valoração, que deveria ser a ruptura de um processo inquisitorial para o acusatório, se transmutou em algo equivalente a uma máxima que postula um poder ilimitado do juiz na averiguação dos fatos, segundo o qual nenhum preço é demasiadamente alto quando o objetivo é a averiguação da verdade “material”¹⁶ e a repressão da criminalidade. Do modo como foi concebida essa mudança de paradigmas na valoração da prova, praticamente de extremos, “correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente deprimentes da história das instituições penais”. Isso pois a fórmula da livre convicção, expressa por um trivial princípio negativo, no qual a convicção não deve ser integrada pela tarifação legal das provas, e sim pelas condições epistemológicas daquelas, foi “acriticamente entendida como um critério discricionário de valoração” (FERRAJOLI, 2010, p. 112),

¹⁵ No Brasil, “a única previsão de julgamento pela íntima convicção é no Tribunal do júri, na decisão dos jurados (CPP, art. 472).” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 415)

¹⁶ A dicotomia entre verdade material e formal (ou processual) foi refutada no tópico 2.1, com relação ao conhecimento da “verdade” estar condicionado a contextos diversos. Com relação à terminologia comumente utilizada pela doutrina, explica FERRAJOLI: “A verdade a que aspira o modelo substancialista do direito penal é a chamada *verdade substancial ou material*, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal. Em sentido inverso, a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma *verdade formal ou processual*, alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. E, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética “verdade substancial” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38).

observando-se uma tendência a reduzir a atividade cognoscitiva do juiz a um fenômeno de pura consciência e subjetividade (KNIJNIK, 2007, p. 15). Como bem sintetiza Ferrajoli

Assim, ocorreu que o repúdio às provas legais, como condições suficientes da condenação e da pena, se converteu de fato na negação da prova como condição necessária da "livre" convicção sobre a verdade dos pressupostos de uma e de outra, e o princípio da livre convicção, em vez de atuar como pressuposto indispensável da garantia do ônus - ou, pelo menos, da necessidade - da prova, entrou em contradição com ela, tornando vã toda sua função normativa (FERRAJOLI, 2010, p. 182).

Assim, o sistema de valoração da prova caracterizado pela persuasão racional ou livre convencimento motivado se apresenta como alternativa à racionalização do processo decisório, pois ainda que o julgador não esteja submetido a regras de tarifações do valor da prova, a sua convicção não pode basear-se em crenças pessoais ou subjetivismo¹⁷; a decisão deve ser fruto de um raciocínio lógico que tem como aporte as provas produzidas em juízo e que deve estar transcrito e devidamente justificado na sentença, uma vez que todas as decisões jurisdicionais, a partir daqui, devem estar motivadas. Isso implica na própria legitimidade da decisão que, se ausente de motivos, será nula. Deve ser grafado que adotar uma perspectiva racionalista acerca da “livre valoração” não implica na negação da liberdade do juiz, o qual é o núcleo do sistema de valoração em tela, mas sim implica em que as valorações realizadas pelos juízes devam ser guiadas “pelos regras da ciência, lógica e da argumentação racional”, isso porque o livre convencimento pode ter liberado os juízes das regras da prova, mas não das regras da razão (TARUFFO, 2009, p. 42).

A liberdade da valoração, assim, segundo BELTRÁN (2007, p. 251) é somente livre no sentido de que não está sujeita a normas jurídicas que pré-determinem o resultado da

¹⁷ É grande, porém, a confusão entre o sistema da íntima convicção e do livre convencimento motivado. Para explicitar isso, Streck destaca em seu livro algumas decisões do judiciário brasileiro que, ao revés do que consta no artigo 93, IX da Constituição da República sobre a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões do poder judiciário, apelam para a “íntima convicção”. Grafam-se algumas: “[juiz] examinada as circunstâncias judiciais, estabelecer, conforme necessário suficiente ‘a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos’. A avaliação é subjetiva e o juiz lança o quanto entenda necessário sua consciência (TJPR: Apelação Criminal 135.719-5/ DJ 05/08/1999)”; “[...] acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: ‘Ao Juiz, como destinatário da prova, e só a ele cabe, diante de sua consciência, para proferir decisão, determinar a realização de nova perícia, ainda que, formalmente e à primeira vista, seja o laudo anterior conclusivo e aparentemente idôneo’ (TJMG: AC 1671932/MG, DJ 10/02/2000)”; “[...] decisão do Superior Tribunal Militar, pela qual “provar é produzir um estado de certeza na consciência do Juiz, para sua convicção sobre a existência – ou não – de um fato (STM: Apelo 49563/RS)”. (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** - decido conforme minha consciência? 4. ed. Coleção O que é isto? Vol. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24).

valoração. Complementa Marina Gascón Abellán que uma livre convicção não deve ser interpretada como uma “*convicción libérrima*”, mas sim guiada por regras racionais:

Si valorar consiste en evaluar si puede o no darse por probado un hecho controvertido, valorar libre y racionalmente consiste, más precisamente, em evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describi a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera (ABELLÁN, 2009, p. 18).

O caminho descrito na sentença diz respeito a uma justificação do cumprimento de um *standard* de prova a partir da hipótese que considera provada acompanhada de uma justificação para que a outra hipótese, não considerada provada tenha sido acolhida. Isso responde, à primeira vista, a questão sobre quando a prova constituída nos autos é suficiente para embasar uma decisão condenatória, que seria quando alcançado o *standard* de prova. Entretanto, resta preencher de conteúdo esse *standard*, pois, como bem observa Khaled Jr. (2013, p. 129), a epistemologia pode nos ajudar a adotar um *standard* de prova que reflita corretamente de suficiência probatória que se decidiu adotar, entretanto não nos diz em nada sobre o nível em si mesmo, essa é uma decisão política.

Assim, se faz uma necessária contextualização, ou melhor, uma retomada dos dizeres iniciais do capítulo anterior. O nível de suficiência probatória para a condenação diz respeito a uma escolha política. Portanto, ao instituir o estado democrático de direito como paradigma, essa escolha política já foi feita. Por enquanto, o que se pode dizer, em caráter abstrato, uma vez que se pretende adentrar ao tema, é que o *standard* de prova, assim, deve ser elevado o suficiente para afastar a presunção de inocência, sem que haja dúvidas acerca da ocorrência dos fatos, uma vez que qualquer dúvida deve ser tratada como inocência e não como rebaixamento do nível de suficiência probatória, de modo a justificar uma condenação.

Assim, com o objetivo de racionalizar as decisões judiciais, propõe-se que a valoração seja orientada por critérios mais objetivos, como alternativa para repelir o decisionismo dos tribunais e minimizar erros prováveis nas tomadas de decisões (TARUFFO, 2014, p. 135). Sugere-se a adoção de *standards* de prova, o que passará a ser estudado a seguir.

3.2 Os *standards* probatórios

É de suma importância impor critérios racionais à valoração da prova para que seja possível compreender como cada elemento de prova influi na confirmação das hipóteses fáticas. Taruffo (2014, p. 135) afirma que as tentativas de resolver o problema da determinação do valor probatório dos meios de prova dizem respeito, na maioria das vezes, à razoabilidade ou à racionalidade em sentido geral, sem que se proponham critérios mais objetivos, destacando que não é possível controlar as arbitrariedades dos juízes por meio de referências indeterminadas. A existência de critérios objetivos é ainda mais importante no âmbito do processo penal, tendo em vista que acusações criminais possuem um forte estigma e os julgadores não estão de todo imunes a imagens pré-determinadas em seu inconsciente do “criminoso”, “delinquente”, reforçadas pela mídia, havendo risco de que a condenação venha apenas como confirmação dessa imagem pré-constituída e não como conclusão que seja fruto da avaliação dos elementos de prova. O risco de uma condenação injusta impõe que os elementos de prova sejam levados a sério em um processo que seja capaz de refinar a qualidade dessas provas, tanto na etapa de admissibilidade quanto na valoração.

É importante, para tal, vencer a definição de valoração como simples “impressão dos dados de prova” (BINDER, 2013, p. III), definição esta que simplifica esse complexo mecanismo em uma mera dimensão subjetiva. Alberto Binder (2013) alerta para o fato de que se presta muita atenção à exposição racional da construção dos fatos (fundamentação), mas não à racionalidade da construção, campo difícil de objetivação, uma vez que a construção dos fatos é realizada frente à incontornável subjetividade do juiz.

A reconstituição fática é um procedimento que tem como instrumentos centrais as hipóteses e as provas. Entre as hipóteses fáticas sugeridas para dar conta de determinados fatos e o conjunto de informações ou meios de provas disponíveis que suportam as hipóteses, há uma ligação. Essa ligação funciona como uma “garantia” que permite que se percorra o caminho lógico das informações probatórias e das hipóteses fáticas. Assim, “a garantia distingue-se das informações probatórias e da hipótese, atuando como uma ponte que autoriza o julgador a dar o passo inferencial das primeiras à segunda” (MATIDA; HERDY, 2016, p. 7). São três as garantias-ligações que vão se acoplar aos elementos empíricos para produzirem a prova: elementos epistêmicos, normativos e conceituais¹⁸ (MATIDA; HERDY, 2016, p. 7).

¹⁸ Sobre as ligações entre a hipótese fática e os elementos de prova: “Quando a garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática está fundada numa regra da experiência, temos um tipo de inferência probatória *epistêmica*. Esse tipo de inferência encontra seu fundamento numa regra que afirma uma associação

O raciocínio sobre a “prova das provas”, ou seja, se restaram provadas as hipóteses a partir das informações disponíveis, chama-se inferência probatória que tem espaço a todo momento no processo no qual as hipóteses são confrontadas pelas provas. A grande questão das inferências é saber quando se pode dar por provado um fato. A resposta a essa questão normalmente é atribuída aos *standards* probatórios que, em síntese, se configuram como critérios que definem a qualidade e a quantidade de prova necessária para comprovar a ocorrência de certo fato. Alberto Binder (2013, p. I) os define como “regras orientadoras fortes”. De acordo com Abellán (2009): *Los estándares de prueba, que son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo esta justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe* (p. 18).

Para PRADO (2014, p. 39), os *standards* devem ter a capacidade de limitar a discricionariedade em um procedimento complexo antes da tomada de decisão, que compreende a avaliação da legalidade da prova, sua pertinência, relevância, utilidade e o peso. Tudo isso com o intuito de refinar a qualidade do conhecimento produzido no processo, uma vez que a partir de critérios-limite, como se referiu acima, os elementos empíricos informativos são condicionados a critérios racionais-legais transformando-os em prova apta a influir no conhecimento. Faz-se necessária, portanto, uma teoria que indique quando, ou sob quais condições, as provas disponíveis são suficientes para que seja possível aceitar, racionalmente, uma hipótese como verdadeira (KNIJNIK, 2007, p. 34).

3.2.1. O direito probatório anglo-americano e a valoração das provas

Importa dizer que não se pretende aprofundar o conteúdo atinente à valoração da prova na tradição da *common law*, mas contextualizar a discussão de modo a esclarecer algumas noções sobre o direito anglo-americano, para melhor desenvolvimento deste trabalho.

mais ou menos regular entre fatos: ‘Frequentemente quando P ocorre, H ocorre também’ ou ‘Na maior parte das vezes que P ocorre, H também ocorre’. Um segundo tipo de inferência probatória ocorre quando a garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática está fundada numa regra jurídica. São as inferências probatórias *normativas*. Sobre elas, é preciso atentar para o fato de que o seu fundamento tanto pode ser uma associação entre fatos mais ou menos regular, quanto uma preferência que tenha sido institucionalizada. Em ambos os casos, estamos diante de uma preferência do arquiteto institucional, e por isso está justificado classificar tais inferências como normativas. Finalmente, um terceiro tipo de inferência probatória ocorre quando a garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática está fundada numa regra de natureza conceitual. São as inferências probatórias *interpretativas*. O seu fundamento remete às definições e aos conceitos que empregamos para nos relacionar com o mundo”. (MATIDA, Janaina; HERDY, Raquel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In.: CUNHA, José Ricardo (Org.). *Epistemológicas críticas do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016, p. 7 e 8).

Damaska, no livro *El derecho probatorio a la deriva* (2013), faz um estudo sobre o direito probatório anglo-americano e suas peculiaridades na determinação dos fatos (*civil law*), destacando três características em especial: “*la complejidad de la regulación del common law; la preocupación por examinar minuciosamente el material que deberá escuchar y ver el juez del hecho; y la aspiración a estructurar la valoración de las pruebas*” (DAMASKA, 2013, p. 26). No primeiro ponto, sinteticamente, o autor realça a complexidade da regulação probatória: existência de um grande volume de normas probatórias no direito anglo-americano em razão da aplicação do sistema de precedentes, uma vez que as decisões judiciais sobre direito probatório valem em solo anglo-americano como se fossem lei, ponto de divergência no direito continental (*civil law*), no qual há diferentes posicionamentos quanto ao caráter vinculante das decisões judiciais no *civil law*. No segundo ponto, o autor destaca a questão da admissibilidade das provas que formarão a convicção do julgador, o que não é de exclusividade da *common law*, vide as vedações a provas ilícitas presentes em diversos sistemas jurídicos continentais. O que o autor grafia é a exclusão do que chama de “provas prejudiciais”, definindo-as como provas que poderiam predispor o julgador a um resultado injusto sobre os fatos, como, por exemplo, é o caso da existência de condenações anteriores nas informações do imputado. Assim, o autor observa que as “regras de exclusão” não são exclusivas da *common law*; o único ponto de destaque é a preocupação com a exclusão dessas provas baseada no fato de que poderiam ser utilizadas incorretamente (p. 32-33). Com relação ao terceiro ponto, a valoração da prova, Damaska afirma que o processo na *common law* normalmente é considerado “*el bastión de la libre valoración*” (p. 34). Isso advém da liberdade atribuída ao jurado para proferir o veredito sem motivação, sendo uma decisão praticamente impermeável a todo controle posterior sobre as provas. Entretanto, essa concepção, de certa maneira, pode ser contestada, uma vez que há uma forte e descarada ambição de influir no raciocínio que o juiz realiza sobre as provas pertencentes ao núcleo central (p. 40), desde a imposição de regras de exclusão de elementos de prova até a imposição de um nível de suficiência probatória para se chegar à convicção.

Ainda sobre as questões referentes à valoração, a tradição da *common law* desde o fim do século XVIII, com o intuito de orientar os jurados, em razão da presunção de inocência, pediam aos jurados que tivessem “certeza” acerca da culpabilidade do indivíduo. Com o passar do tempo, estabeleceu-se como padrão para uma condenação penal a constatação de

culpabilidade “além da dúvida razoável” (*beyond reasonable doubt*). Atualmente, como salienta Laudan (2011, p. 120), essa noção de culpabilidade mostra-se como único parâmetro explícito aceito para se alcançar um veredito justo em um juízo penal, não deixando, entretanto, de tecer uma crítica acerca da obscuridade e incoerência sobre o significado do que seria “uma dúvida razoável”. No processo civil, o *standard* é diverso, a “preponderância da prova ou da probabilidade prevalente” estabelece, sinteticamente, que no caso de existirem provas conflitantes, o julgador deve sobrepesar e fazer uma escolha acerca da afirmação que lhe parecer mais provável (TARUFFO, 2014, p. 135).

Knijnik (2007) afirma que “A exigência servirá de escudo, preservando o *status quo* (vida, liberdade ou interesse econômico até que o interesse em preservá-lo seja superado pela prova)” (p. 31). Para o processo penal, como destaca Paulo de Souza Mendes, cabe ponderar que o *standard* deve ser mais elevado, ou seja, um nível de prova maior é exigido, isso porque a vida e a liberdade estão em jogo, ao passo que em outros processos não criminais são interesses econômicos que estão em jogo.

Esse princípio [prova para além de qualquer dúvida razoável] representa um *standard* de prova mais exigente, impondo um grau de probabilidade superior a 90% para se dar como provado o *facto* sujeito à apreciação do julgador” (MENDES, 2016, p. 1059).

Não raramente, se atribuem percentuais de “certeza” para cada uma das espécies de *standards*; isto foi ilustrado em uma pesquisa feita com juízes de Nova Iorque (EUA) sobre quatro “modelos de constatação” distintos (KNIJNICK, 2007, p. 32): preponderância; prova clara e convincente; prova clara e convincente e inequívoca; e prova acima da dúvida razoável, em que cada juiz precisou em porcentagem cada um desses *standards*¹⁹. Os diferentes *standards* para a condenação são atribuídos em relação à gravidade das consequências das decisões a serem tomadas, sendo esse o motivo do “grau” mais elevado de certeza ser aquele referente às acusações penais.

Em sua obra, “*Él estandard de prova y las garantías en el proceso penal*”, especificamente no capítulo terceiro, o epistemólogo Larry Laudan (2011, p. 257) faz um

¹⁹ Com relação à “prova acima da dúvida razoável”, entre 10 juízes, um não soube precisar e outros nove atribuíram percentuais de 76 a 90% (KNIJNICK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 32, nota de rodapé nº 33).

apanhado dos diferentes sentidos que foram atribuídos ao *standard* “além da dúvida razoável” desde o surgimento da expressão, salientando que coexistem diferentes definições, e que o maior problema é que grande parte dessas definições não caracterizam a mesma ideia subjacente²⁰ e acabam por definir um estado mental que se espera de um membro do tribunal do Júri, constituindo um *standard* de caráter subjetivo. Essa dificuldade de se precisar o que seria uma “dúvida razoável”, para o autor, põe em xeque esse *standard*, pelo fato de que a imprecisão desse modelo embarça a função desse critério como mecanismo seguro de controle das decisões judiciais.

El fetiche de los últimos ciento cincuenta años de definir al MATDR [más allá de toda duda razonable] en términos de estado mental subjetivo de los jurados debería ceder el paso a definiciones y ejemplos del MATDR que se centren en la clase de prueba que se necesita para que una persona racional está razonablemente segura de la culpabilidad de otra (LAUDAN, 2011, p. 193-194).

Para Taruffo (2009), a adoção do critério de prova “para além da dúvida razoável” (p. 50) corresponde a uma exigência fundamentalmente moral e política, segundo a qual, uma sentença condenatória só deve ser admitida quando houver a certeza da culpabilidade do imputado, embora esta exigência não seja traduzível em determinadas noções analíticas de grau de prova. Schiavo (2013, p. 9) afirma que um *standard* de prova apropriado não depende da uma confiança subjetiva em determinada hipótese, de modo que um *standard* objetivo indica quando a confiança subjetiva está justificada. Laudan defende que um *standard* adequado seria aquele centrado nas provas, devendo ser avaliado se a partir das provas existentes é possível se afirmar a culpabilidade de alguém:

Usted no esta autorizado para estar totalmente convencido de A, a menos de qué y hasta qué usted tenga una prueba de A, añadiendo para completar la propuesta que sus firmes convicciones acerca de A. Y entonces procedemos a decidirle como seria una prueba de A (apud SCHIAVO, 2013, p. 9).

Damaska (2013) aduz que apesar dos regimes probatórios do direito anglo-americano e o da Europa continental serem diversos, o rompimento do direito continental com a tradição

²⁰ O autor destaca as diferentes orientações dos tribunais norte-americanos no decorrer do tempo observando que “*creer de manera firme en la culpabilidad de alguien o tener una convicción perdurable acerca no es o mismo que no tener dudas por las cuales se puedan dar razones. Y ninguna de esas definiciones es lo mismo que una creencia en la cual uno basaría actos importantes de su vida*”. O autor grafou durante o capítulo sete conceitos que foram atribuídos ao SP “para além da dúvida razoável” tendo todos sido refutadas e reformulados pelos tribunais (LAUDAN, Larry. *¿Es razonable la duda razonable?* In.: _____. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 157).

romano-canônica e o movimento de sua negação e as similitudes existentes entre a *common* e a *civil law* exercem uma influência unificadora. Assim, compreende o autor que “as tendências essenciais do direito probatório continental são compartilhadas e podem ser proveitosas se contrastadas com as da jurisdição do *common law*” (p. 25).

Deste modo, as preocupações relativas ao conhecimento que é produzido no processo, muitas vezes de forma arbitrária e embasada em crenças, faz com que a questão dos *standards* probatórios passe a ser tema de relevância na Europa continental e na América Latina, apesar de ainda ser praticamente ausente na doutrina Brasileira²¹. Como destaca Danilo Knijnick (2007, p. 32) não se tem o hábito na experiência judiciária brasileira²² de indicar os “modelos de constatação” (*standards* probatórios), embora necessariamente algum modelo esteja implicado no decidir.

3.2.2 A formulação de *standards* objetivos

Taruffo (2009) indica algumas premissas gerais sobre as quais se funda um *standard*²³: em primeiro lugar, deve se conceber a decisão do juiz sobre os fatos como uma eleição frente às várias hipóteses possíveis, isso porque cada enunciado fático pode ser verdadeiro ou falso e, ao ser enunciado de diversas maneiras, pode-se atribuir a cada fato infinitas descrições, tanto verdadeiras quanto falsas, sendo a prova o elemento que permite o conhecimento dos fatos, possibilitando determinar qual das hipóteses deve ser tida como verdadeira. A segunda premissa é que as decisões judiciais devem ser guiadas por critérios de racionalidade, condicionando cada “eleição” do juiz a esquemas racionais ao invés de seu próprio arbítrio. Em terceiro lugar, essa eleição só é racional se a hipótese escolhida sobre a ocorrência dos fatos for justificada por provas com maior “medida” do que as outras hipóteses, pois o conceito de verdade é sempre relativo e contextualizado em relação às provas adquiridas em

²¹ Trabalhos na doutrina nacional sobre SP: KNIJNICK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p 15-19/ p. 37-45; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Standards Probatórios no processo penal**. Revista AJUFERGS, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, nov. 2007; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 431-434.

²² Com relação à jurisprudência nacional sobre SP, há menção do autor a acórdão emblemático do STJ sobre anulação de condenação criminal baseada em prova indiciária, alegando que o tribunal atentou para um modelo de constatação baseado na “alta probabilidade” quando deveria ter se baseado em um grau de “certeza”. Resp. nº 363.548/SC. Relator Min. Félix Fischer. 5ª Turma. STJ. (KNIJNICK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 32). Há ainda outras ocorrências na jurisprudência brasileira que serão vistas no capítulo 4.

²³ Ao estabelecer as premissas, o autor faz menção ao SP da “probabilidade preponderante”, entretanto, compreende-se que aquelas se refiram, na verdade, a uma noção geral da adoção de critérios objetivos a valoração da prova.

juízo. Por fim, a última premissa colocada pelo autor consiste em que o conceito de “probabilidade”, baseado em graus de confirmação seja adotado como metodologia para atribuição de veracidade aos enunciados (TARUFFO, 2009, p. 43).

Assim, as premissas gerais para a adoção de um *standard* implicam na imposição de uma escolha racional por parte do juiz da hipótese que possui maior sustentação probatória, de modo que uma sentença só é admissível na medida em que contenha “razões reconhecíveis” (SCHIAVO, 2013, p. 14), sujeitando-se a um método racional de reconstrução de um fato do passado. Assim sendo, a certeza subjetiva não é suficiente se não é referenciada por um SP estabelecido anteriormente. Isso porque a certeza subjetiva diz respeito mais a uma crença pessoal do que a uma conclusão racional, impondo a necessidade de critérios objetivos que correlacionem o tipo penal correspondente à hipótese fática de acusação aos elementos de prova disponíveis (admissíveis), tendo como base uma avaliação do caso concreto, condicionando a convicção do julgador à avaliação das provas com base em critérios pré-estabelecidos.

A professora da Universidade de Alicante, na Espanha, Marina Gascón Abellán aponta dois alicerces na construção de *standards* probatórios: a definição sobre o grau de probabilidade ou certeza que se requer para aceitar uma hipótese como verdadeira e, em segundo lugar, a formulação de um SP objetivo. Para a construção de um *standard*, segundo a autora, estabelece-se determinada distribuição de erros, sendo dois erros possíveis em uma decisão probatória: “aceitar como verdadeiro (ou dar como provado) o que é falso, ou aceitar como falso (dar por não provado) o que é verdadeiro” (ABELLÁN, 2009, p. 20). Assim, o que se deve avaliar é o que merece, em cada caso, maior proteção, ou qual erro é mais tolerável. Aceitar que o segundo erro é mais tolerável implica que o nível do *standard* de prova exigirá “uma probabilidade mais qualificada”. Para Taruffo (2009, p. 48), no caso de uma condenação penal, considerar verdadeiro o que é falso, ou seja, aceitar provado algo que pode ser falso é mais gravoso do que o reverso, uma vez que o que está em jogo são as garantias do imputado.

É importante salientar que quanto mais exigente for o *standard* para se considerar um fato provado, mais racional será a decisão, uma vez que um SP muito exigente minimiza a possibilidade de erro e maximiza a possibilidade de acerto. A questão, porém, é que um

standard muito elevado não tem como intuito a busca da verdade e sim a eliminação de erros (TARUFFO, 2009, p. 48). Assim, *standards* mais elevados para o processo penal implicam, efetivamente, em tolerar o segundo erro (de aceitar como falso, o que pode vir a ser verdadeiro), condicionando-o à existência de uma “certeza” acerca da ocorrência dos fatos para condenar o imputado. Isto advém de uma escolha ético-política de um processo penal acusatório democrático, em que a função primordial é a proteção do acusado, de modo a se reduzir ao máximo as condenações injustas, mesmo que signifique que eventuais culpados sejam inocentados, sujeitando-se a condenação à existência de prova suficientemente forte a afastar a presunção de inocência.

3.2.2.1 Modelos racionais de valoração da prova: probabilidade estatística e a lógica indutiva

Para Abellán (2009), após eleito o erro a ser tolerado, o segundo ponto na construção de um SP objetivo é determinar critérios objetivos que indicam quando se pode aceitar um fato provado (p. 21). São apontados pela autora dois modelos racionais de valoração da prova: aqueles baseados na aplicação de instrumentos matemáticos ao processo de valoração e aqueles baseados em “modelos de confirmação”. Deve-se destacar que ambos os modelos correspondem a noções de probabilidade. No primeiro caso, a adoção da matemática implica em noções de estatística, o que significa entender que a probabilidade é dada por um cálculo entre o número de eventos possíveis e determinada ocorrência, no qual a probabilidade corresponde a um número que varia de 0 (zero) a 1 (um) e que mede a chance de ocorrência de um determinado resultado. De modo que quanto mais próxima de zero for a probabilidade, menores são as chances de ocorrer o resultado e quanto mais próxima de um for a probabilidade, maiores são as chances. A aplicação da probabilidade estatística nas inferências probatórias, a que Badaró (2003) atribui o nome de probabilidade quantitativa, tem sido bastante utilizada pela doutrina estadunidense, especificamente pela aplicação do chamado teorema de *Bayes*²⁴, uma aplicação da probabilidade clássica. Badaró (2003) explica que a “doutrina bayesiana” corresponde a um método de cálculo

²⁴ O teorema de *Bayes* é uma regra relativamente simples, descoberta em 1763 pelo referendo *Bayes*, e corresponde a uma fórmula segundo a qual a probabilidade P, do produto de dois eventos E e H é dada pela fórmula $P(H) \times P(E/H)$ ou simetricamente, de $P(E) \times P(H/E)$. (BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **O Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 41).

Com base no qual, diante da necessidade de valorar a atendibilidade da hipótese sobre o fato X, se estabelece a provável frequência de X em uma determinada classe de eventos, tendo em conta a distribuição de precedentes de X naquela classe (BADARÓ, 2003, p. 41).

A crítica feita por Badaró (2015, p. 42) é que dificilmente se possui o dado de uma frequência relativa a todos os eventos para se calcular a probabilidade de ocorrência da hipótese fática e, mesmo nos casos em que essa frequência está disponível, ela pode se mostrar irrelevante em situações em que não há dúvida acerca das questões ligadas a ela²⁵. O autor critica ainda o fato de que a probabilística acaba por desprezar o caso concreto, uma vez que baseia o cálculo em um dado sobre a ocorrência de eventos gerais, e também despreza as provas produzidas. Isso porque a probabilidade é determinada em termos abstratos, não se estabelecendo a hipótese concreta que se pretende verificar (BADARÓ, 2003, p. 42-43). Taruffo (2014, p. 31) adverte ainda para a dificuldade de se realizar tais cálculos, especialmente para os juízes, que na maioria das vezes não estão familiarizados com a teoria matemática da probabilidade. Para Abellán (2009), o cálculo probabilístico pode ser simples quando realizado com relação a um elemento de prova, ou mesmo no caso de uma hipótese simples. Entretanto, a complexidade do cálculo aumenta de maneira substancial quando usado para resolver situações mais complexas com diversos elementos de prova. Outra observação apontada pela autora é sobre a “validade epistemológica do modelo no campo judicial” (p. 23), na medida em que pode conduzir a resultados contra intuitivos, mostrando-se incompatível com a presunção de inocência. Na medida em que a probabilidade indicada por um elemento de prova com relação a uma frequência de evento, se baseia em um erro inicial, como, por exemplo, um depoimento testemunhal equivocado, o resultado probabilístico será viciado. Badaró adverte

Trata-se de teoria contraproducente e perigosa no campo probatório, implicando elevados riscos de erro. Este risco de erro é ainda mais importante no processo penal, em que vigora a regra do *in dubio pro reo*. O critério da probabilidade quantitativa implica em admitir a condenação mesmo quando haja a possibilidade da inocência, ainda que esta seja pequena em termos probabilísticos (BADARÓ, 2003, p. 43-44).

²⁵ O autor usa como exemplo o caso de um acidente causado por um ônibus em determinada cidade, na qual operam duas empresas de ônibus, sendo 20% dos ônibus da cidade de uma empresa de cor amarela e 80% de outra de ônibus azuis. No testemunho afirmou-se que o ônibus envolvido no acidente era azul. A probabilidade que tal testemunho seja verdadeiro é de 80%, pois esta é a frequência base, havendo uma probabilidade de 0,8 de que a testemunha tenha dito a verdade. Assim, seria irrelevante essa frequência, na avaliação do testemunho caso não se tivesse dúvida acerca da cor do ônibus. (BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **O Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 41-42).

Métodos racionais de valoração da prova, como aponta Abellán (2009, p. 23-24), não implicam necessariamente em cálculos matemáticos estatísticos, assim, a autora indica como alternativa, modelos baseados em esquemas de confirmação, que compreendem que a probabilidade lógico-indutiva de uma hipótese depende do apoio que prestam as provas com que estão conectadas por meio de regras causais. No lugar de uma indicação numérica do grau de probabilidade que se deve alcançar, indica-se quando se está justificado aceitar a hipótese como verdadeira, ou seja, quais são os critérios que permitem dizer que se conseguiu provar um fato.

Posto que a probabilidade lógica ou indutiva de uma H [hipótese] é equivalente a seu grau de confirmação pelas provas disponíveis, cabe decidir que uma H poderá aceitar-se como provada se não há sido refutada pelas provas e tenha sido confirmadas por estas em grau suficiente. Portanto, um SP será formulado mediante regras ou critérios de aceitação das hipóteses, que descansarão, em última instância, no grau de confirmação das mesmas (ABELLÁN, 2009, p. 24).

A autora (2009) prossegue apontando a dificuldade de se estabelecer SP objetivos, apoiados em graus de confirmação em razão, justamente, da dificuldade de quantificação desses graus. Isso ocorre principalmente porque as “situações probatórias” podem ser muito complexas e diversas umas das outras, não havendo um critério único, mas sim a formulação de um SP para cada situação. Assim, propõe-se a superação do que Abellán chama de “síndrome dos números” (2009, p. 25), que está relacionada à valorização exclusiva daqueles esforços destinados a atribuir uma quantificação matemática, devendo-se afrontar esse tipo de tarefa com o objetivo de se encontrar fórmulas ou “critérios intersubjetivos” (para reconstruir a justificação da decisão probatória baseando-se nos casos concretos e nas especificidades de cada situação).

Ainda de acordo de Abellán (2009), a formulação *standards* de prova se faz segundo níveis de exigência para condenar, partindo-se da base que qualquer SP para condenar exige que a hipótese não tenha sido refutada. Assim, cumprido esse requisito inicial poderiam ser formulados SP mais ou menos exigentes para a confirmação da hipótese de culpabilidade (Hc) e os distintos graus tolerados para a hipótese de inocência (Hi). Assim, teríamos uma confirmação sólida quando as provas em seu conjunto só encontram explicação em determinada hipótese, ou seja, quando são incompatíveis com a hipótese contrária ou quando seria muito difícil de explicá-la se a outra hipótese fosse verdadeira. Já uma confirmação débil se dá quando as provas podem explicar a hipótese e a tomamos como verdadeira, ao mesmo

tempo em que as provas não são incompatíveis com a hipótese contrária. Atribuindo valores (01; 0,5; 0), a autora propõe os graus de confirmação (solidamente confirmada; debilmente confirmada; ausência de confirmação) e constrói uma escala de SP segundo o nível de severidade que se exige:

SP1: Hc -	0,5 (exigido) y	Hi - 1 (tolerado)
SP2: Hc -	0,5 (exigido) y	Hi - 0,5 (tolerado)
SP3: Hc -	0,5 (exigido) y	Hi - 0 (tolerado)
SP4: Hc -	1 (exigido) y	Hi - 1 (tolerado)
SP5: Hc -	1 (exigido) y	Hi - 0,5 (tolerado)
SP6: Hc -	1 (exigido) y	Hi - 0 (tolerado)

(ABELLÁN, 2009, p. 27)

Exige-se pra qualquer decisão judicial que a hipótese seja confirmada, mesmo que de modo débil, uma vez que a ausência de confirmação não é medida de um SP para atribuição de qualquer tipo de provimento jurisdicional. A hipótese a ser confirmada é aquela que se relaciona à parte que possui a carga probatória, por isso o grau para a Hc seria “exigido”, ao passo que a gradação para a Hi é “tolerada”, isto pois não há exigência da prova da inocência, devendo o grau de Hc ser elevado o suficiente a superar a Hi, que é o estágio inicial, no caso do processo penal.

Nos três primeiro modelos de SP, as hipóteses de culpabilidade só estariam “debilmente confirmadas”, sendo que no SP1 a Hi supera a Hc; no segundo caso prevalece a hipótese de inocência, pois para que a hipótese de culpabilidade possa ser tomada como verdadeira ela não pode ser refutada. Para o processo penal, pelas razões já mencionadas, não faria sentido aceitar uma hipótese de culpabilidade confirmada debilmente, descartando-se, assim, os três primeiros modelos. Assim, restam os SP4, 5 e 6, diferenciando-se apenas pelo nível de tolerância da Hi.

São três situações que aceitam a condenação no caso das provas possibilitarem uma confirmação sólida da hipótese de culpabilidade: a primeira é tolerante com provas que inclusive confirmem a inocência do acusado, podendo-se condenar ainda que existam provas que só podem ser explicadas se a Hi for verdadeira (SP4); no segundo caso, exige-se que as provas referentes à inocência não sejam sólidas, podendo-se condenar ainda que existam provas compatíveis com a inocência do acusado. Entretanto essas mesmas provas não seriam incompatíveis com a Hc (SP5). Por fim, só se poderia proceder à condenação caso não exista

nenhuma prova que confirme, nem sólida ou debilmente, a hipótese de inocência. Assim, a existência de provas que apontem ou confirmem a hipótese de inocência, mesmo em grau mínimo, impediriam a condenação (SP6) (ABELLÁN, 2009, p. 27-28).

A proposta de formulação de Abellán (2009, p. 28) não é uma formulação exata sobre como deveriam ser os SP objetivos, mas sim uma demonstração de que é possível ensaiar SP objetivos com uma probabilidade indutiva, sem ter de recorrer a esquemas estatísticos. Sintetizando, a proposta da autora objetiva graus de exigência ou tolerância das duas hipóteses em jogo em um processo criminal, sendo três diferentes gradações, na qual se sujeita a maior ou menor critério de correção em razão da gravidade da consequência da decisão.

Simone Trento (2015) atenta para as peculiaridades de cada caso futuro que pode não vir a ser contemplado pelas fórmulas linguísticas prontas que geralmente são atribuídas aos SP. Aqui não se está a referir especificamente ao esquema indutivo de graus de confirmação, pois se acredita ser uma proposta genérica, em termos, sobre a qual seria possível encaixar as inferências probatórias. A autora refere-se a modelos de constatação pré-definidos como, por exemplo, a prova “para além da dúvida razoável” ou a “preponderância prevalente” aos quais se atribui, geralmente, um percentual de “certeza”.

Entretanto, mesmo um esquema objetivo de pesagem entre as hipóteses e as provas disponíveis, com graus de exigência/tolerância relacionados a um esquema indutivo de valoração, ainda se encontra dificuldade em definir o que seria uma confirmação sólida em termos de suficiência probatória. Acredita-se que a resposta aproxime-se de um estudo do caso concreto, devendo guardar fidelidade, no caso de prova para uma condenação criminal com os elementos atinentes ao crime em tela, os componentes, sua tipicidade, tanto elementos objetivos e subjetivos, de modo a se compreender quais meios de prova seriam os mais adequados para poder verificar a ocorrência do fato. Nesse sentido, propõe-se uma breve reflexão acerca do crime de lavagem de capitais, no direito brasileiro, não esgotando sua matéria, por óbvio, mas apresentando uma análise do tipo, de modo a estruturar, em caráter geral, como devem ser aplicados os *standards* probatórios à luz de um processo penal acusatório em um estado democrático de direito.

4 STANDARDS PROBATÓRIOS E O CRIME DE LAVAGEM DE DINEHIRO: TESTANDO A TEORIA

O caráter instrumental do processo penal em relação ao direito penal condiciona que os fatos averiguados durante o processo guardem relação com as características de determinado tipo penal. O que as provas devem efetivamente provar, de modo a autorizarem a aplicação de uma pena, é que o fato descrito na peça acusatória ocorreu nos termos em que o crime imputado é tipificado, observando a necessidade de todos os elementos essenciais do tipo, sob efeito de não se restar provada a conduta delituosa. Compreende-se, então, que a definição de *standards* de prova, neste contexto, deve contemplar as especificidades de cada tipo penal.

Depois de estudar os métodos de valoração racional propõe-se o estudo de um crime para testar a função dos *standards* probatórios de constranger o decisionismo judicial a partir da delimitação de critérios específicos para que se reste provado determinada conduta imputada como criminosa. Escolhe-se, assim, o crime de lavagem de dinheiro com o intuito de confrontar a necessidade de se definir *standards* rígidos para uma condenação penal, em um EDD, a um delito que, por suas características, deixa como resultado poucos elementos empíricos e por essa razão dificulta a produção de provas.

Pretende-se, assim, por meio da exposição de elementos principais do crime de LD refletir como devem ser definidos SP para crimes com características semelhantes ao delito de lavagem de dinheiro, tendo sempre como paradigma de compreensão do processo penal seu princípio central a democraticidade, que impõe que o processo penal seja mecanismo protetivo da dignidade da pessoa humana, bem como procedimento capaz de imprimir segurança jurídica aos indivíduos a eles sujeitos por meio de decisões criteriosas.

Passando à análise do crime de lavagem, pode-se defini-lo como a conduta criminosa de mascaramento do caráter ilícito de valores provenientes de atividade criminosa, com intuito de reintegrá-los ao mercado com aparência lícita. À primeira vista, não se consegue identificar uma lesão a um bem jurídico específico e nem elementos empíricos que componham o resultado dessa conduta. Assim, questiona-se como se daria a prova de um crime desse gênero que possui, em regra, poucos elementos empíricos. Após o estudo da necessidade de uma

valoração racional que considere o valor de cada prova, capaz de conter arbitrariedades e superar a crença dos julgadores, depara-se com um delito que, na maioria das vezes, não produz, especificamente, um resultado palpável; um crime que é composto por diversos elementos normativos e prevê uma pluralidade de condutas. Pretende-se, a partir daqui, apresentar em linhas gerais o crime de LD a fim de tornar possível uma reflexão sobre os tipos penais que possuem poucos elementos empíricos. Utilizando o crime de LD como amostragem, objetiva-se compreender como devem ser os *standards* probatórios para crimes dessa espécie.

4.1 Breve histórico da criminalização: o discurso de combate à lavagem de dinheiro

Para compreender o crime de lavagem de dinheiro (LD) deve-se ter em mente o contexto internacional de sua criminalização que se deu pela primeira vez na Convenção de Viena (1988), ainda que neste documento não se tenha feito o uso do nome “lavagem de dinheiro” com o objetivo central de combate ao tráfico de drogas. Já nos anos 2000, a convenção de Palermo traz um conjunto de regras para o combate ao crime organizado, aponta métodos de investigação e faz menção expressa à lavagem de dinheiro, caracterizada pelo documento nestes termos:

Conversão ou transferência de bens quando quem o faz tem o conhecimento de que esses bens são produto de crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração penal a furtar-se da consequência jurídica de seus atos e outras atividades semelhantes (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 29).

A convenção de Palermo amplia o rol de crimes antecedentes para além do tráfico de drogas. É possível identificar nessas duas convenções a existência de três tipos básicos de lavagem: a conversão ou transferência dos objetos patrimoniais, produzidos ilegalmente com uma determinada finalidade (tipo penal de intenção²⁶), a que se atribui aparência de licitude; a ocultação ou encobrimento da verdadeira natureza ilícita do bem, da sua origem, da disposição desses bens ou dos direitos relacionados a ele (tipo penal de ocultação); e, por

²⁶ Com relação ao tipo penal de intenção: “Caracterizado por Vogel como tipo penal de intenção, porque o resultado da ocultação se adianta a uma tendência interior excedente e, portanto, existe um delito de resultado cortado e um delito de perigo abstrato [...]. Na verdade, em substancial, uma construção típica não pode renunciar à realização das mencionadas circunstâncias objetivas do fato – aqui a conversão ou transferência dos objetos patrimoniais obtidos ilegalmente –, senão sob o ponto de vista subjetivo, apenas exigir adicionalmente uma ação com a finalidade determinada” (AMBOS, Kai. **Lavagem de Dinheiro e Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Tradução de Pablo Rodrigo Alfen da Silva, 2007, p. 21).

último, a aquisição, posse ou uso de tais objetos patrimoniais (tipo penal de aquisição ou posse) (AMBOS, 2007, p. 17).

Em um terceiro momento, a Convenção de Mérida (2003), com finalidade específica de combate à corrupção dedica o art. 14 ao crime de LD, impondo aos países signatários a criação de rígidos controles administrativos sobre a atuação dos “setores sensíveis” (instituições financeiras e não financeiras frequentemente usadas para LD), bem como medidas de fomento à cooperação internacional (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 29). O que se observa, em primeira análise, é que há um esforço transnacional para reprimir o crime de lavagem de dinheiro por meio de políticas criminais repressivas e mecanismos de controle das atividades sensíveis a tais práticas. Com esse intuito, foram instituídos “grupos de especialistas de lavagem de dinheiro”, bem como grupos de autoridades públicas para realizar um monitoramento das atividades de LD, devendo-se destacar o GAFI (Grupo de Ação Financeira), criado em 1987 para realizar estudos e diagnósticos. O grupo elabora planos e estratégias e desenvolve sistemas para avaliação e controle das atividades atinentes à prática do crime em questão (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 30).

Em linhas gerais, o termo LD expressa, nos diferentes idiomas, “o uso de práticas econômico-financeiras dirigidas a dissimular ou esconder a fonte criminosa de determinados ativos financeiros ou bens patrimoniais, de forma a que tais ativos entrem em circulação aparentando ser de procedência lícita” (BITENCOURT; MONTEIRO, 2015, p. 589). O termo parece surgir na década de 1920 nos Estados Unidos, em notícias a respeito das práticas de grupos mafiosos para ocultamento de dinheiro obtido através da prática de crimes, a que foi dado o nome de “*money laundering*” (LIMA, 2014, p. 66).

Esse movimento de “combate” ao delito de LD, para Blanco Cordero, citado por Bitencourt e Monteiro (2015, p. 586-587) é uma resposta aos reflexos negativos de uma política de máxima liberalização da economia de mercado, somado a uma crise econômica mundial. Assim, as potências econômicas são levadas a repensar, logo no início do século XXI, essa orientação liberalizante, no sentido de reconduzir as políticas públicas rumo a uma intensa e exaustiva regulação do sistema financeiro nacional e internacional. Badaró e Bottini (2013) destacam que este crime passa a ter mais atenção na comunidade internacional na década de 1980, a partir do momento em que se percebe a força de articulação do crime

organizado, especificamente do tráfico de drogas. A organização sofisticada do tráfico de drogas em um esquema empresarial transformou as quadrilhas em “ordens estruturadas hierarquizadas e globalizadas, imunes aos atos repressivos tradicionais” (p. 22). Isso decorre do fato de que a prisão de membros individuais dessas organizações, devido ao seu caráter impessoal, não era suficiente para desmantelá-las.

Percebeu-se, portanto, que a desarticulação de tais grupos exigia algo a mais do que a prisão de seus membros [...]. Notou-se que o dinheiro é a alma da organização criminosa e seu combate passa pelo confisco dos valores que mantém operante tal estrutura (BADARÓ; BOTTINO, 2013, p. 22).

O crime de LD surge, nesse contexto, como instrumento de combate ao crime antecedente. A esse respeito, Kai Ambos (2007, p. 25) afirma que a finalidade principal dos tipos penais de lavagem de dinheiro consiste em possibilitar a intervenção estatal no respectivo objeto patrimonial fruto do crime anterior, visto que essa finalidade seria turbada pelas ações de ocultação. O autor caracterizaria a LD como crime de perigo abstrato ou concreto²⁷, ao entender que os atos de camuflagem dos ativos ilícitos oferecem risco à atividade de rastreamento desses pelas autoridades públicas.

O contexto de criminalização da LD no Brasil segue as tendências internacionais, uma vez que o país é signatário de convenções internacionais sobre o “combate à lavagem”. A primeira lei é a 9603/98 que tipificou a conduta de “mascaramento” de diversas modalidades, peculiaridade na seara processual, estabeleceu regras e obrigações administrativas para os setores sensíveis à prática do delito e também criou o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) que é o sistema de inteligência financeira nacional, responsável pelo monitoramento das transações financeiras realizadas no país (BADARÓ, BOTTINI, 2013, p. 23). Esta lei foi reformada pela lei 12.683/2012, caracterizando um verdadeiro marco legal, ampliando o rol de crimes antecedentes. Agora, ao invés de uma lista fechada, são antecedentes do crime de lavagem qualquer infração penal, ponto esse que foi fruto de diversas críticas:

²⁷ Sobre tipos de perigo: “Os tipos de perigo descrevem somente a produção de um perigo, para o objeto de proteção, distinguindo-se, por sua vez, em tipos de perigo concreto e abstrato. Os tipos de perigo concreto exigem a efetiva produção de perigo para o objeto de proteção, de modo que a ausência de lesão pareça meramente acidental [...]. Os tipos de perigo abstrato presumem o perigo para o objeto de proteção, ou seja, independem da produção real de perigo para o bem jurídico protegido” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 108).

Por um lado, a reforma avança ao determinar controles mais rígidos em áreas nas quais as práticas de lavagem de dinheiro são comuns, como no sistema financeiro, por outro há dispositivos que preocupam, merecendo atenção e reflexão. Em primeiro lugar, é exagerada a ampliação do conjunto das infrações antecedentes à lavagem [...]. Mais adequado seria estabelecer um parâmetro de gravidade do crime antecedente, como um patamar de pena mínima partir do qual a infração seria considerada passível de gerar a lavagem de dinheiro, como propõe a Convenção de Palermo (BOLETIM INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2012).

A nova redação do caput do art. 1º, substituindo um rol exaustivo de crimes antecedentes à prática de LD por qualquer infração penal (crime ou contravenção penal) parece estar em consonância com a tendência internacional de progressiva ampliação da abrangência da lavagem. Badaró e Bottini (2013, p. 80) compreendem que a ampliação do rol de antecedente, em termos de política-criminal, é exagerada e que a inexistência de um critério interpretativo de restrição aos crimes antecedentes acaba por massificar a criminalização justamente pelo fato do tipo penal abranger uma infinidade de crimes antecedentes:

até que ponto o nosso ordenamento jurídico suporta o incremento da perseguição ao crime de lavagem sem conflitar com os interesses e garantias individuais, nem com a concepção de Direito Penal, enquanto a *ultima ratio* do sistema, cuja missão reside na proteção de bens jurídicos (BITENCOURT; MONTEIRO, 2015, p. 589).

A sustentação da legitimidade da criminalização da LD é feita a partir do argumento de defesa de um bem coletivo atribuído por alguns autores à “soberania administrativa e fiduciária do Estado sobre a função de mercado ser útil em um Estado Democrático de Direito” (LIMA, 2014, p. 83). A questão é que, não raramente, os discursos de “combate à lavagem” têm por influência um paradigma de eficiência que, a partir da criminalização excessiva, acabam por ignorar direitos e garantias do acusado.

Os direitos e garantias são colocados como inimigos da eficiência, uma vez que retardam o processo e, assim, colocariam empecilhos à punição. A urgência da resposta às iniciativas de “combate” relaciona-se a própria velocidade e dinâmica de uma sociedade “espantosamente acelerada” (LOPES JR., 2015, p. 51), em destaque à rapidez das notícias, da veiculação midiática dessas escolhas político-criminais do Estado. Assim, o processo penal é condicionado a uma aceleração em resposta ao desejo de uma reação imediata.

Mas devemos destacar que o tempo do direito não é o mesmo da sociedade e nem deve ser, pois por uma questão de garantia (LOPES JR., 2015). De modo ainda mais afirmativo no processo penal, onde se lida com riscos graves à dignidade da pessoa humana, sendo sua liberdade posta em jogo, seus bens, sua privacidade. O processo é o tempo entre o passado, onde supostamente deu-se o delito e o futuro, que é o momento da possível aplicação da pena, assim o processo penal deve ser o momento de suspensão temporal suficiente à reflexão, de modo a conseguir avaliar o caso de forma cautelosa, uma vez qualquer precipitação pode vir a custar a penalização de um inocente.

A eficiência que deve buscar o estado de direito é a defesa intransigente dos direitos fundamentais e não a aceleração do processo, prejudicando o direito à defesa, atropelando a instrução probatória, desconsiderando etapas de constrangimento e posterior valoração dos elementos de prova, com o intuito de obter uma resposta a um anseio midiático de combate à criminalidade. Com relação ao direito material, o discurso à eficiência normalmente acaba por ampliar o alcance das normas penais com o intuito de expandir a punição, isso se dá por meio da relativização de conteúdos indispensáveis à limitação do poder punitivo, como a tipificação objetiva dos delitos, a delimitação do bem jurídico, elementos esses centrais para se determinar a responsabilidade criminal de alguém e conseqüentemente os critérios de prova aptos a comprovar a ocorrência daquele crime.

Um discurso de eficiência no combate do delito pode ser melhor lido como ampliação da punição. Os perigos dessa ampliação são justamente a inversão do papel tanto do direito penal quando do processo penal, de contenção do poder punitivo e, conseqüentemente, proteção dos acusados. A ampliação da punição estatal acaba sempre por levar junto com os culpados uma leva de inocentes, pois, não raramente, desconsidera-se a importância da qualidade do conhecimento que vem se produzindo nos processos de LD em detrimento de uma lista de condenados. Assim, é de suma importância atentar para essa qualidade que advém, em primeiro lugar, de uma delimitação objetiva do delito e de seus resultados, bem como uma demarcação do bem jurídico a ser protegido. Por isso, apesar de não ser a proposta deste trabalho se aprofundar nas especificidades do tipo de lavagem de capitais, é importante fazer algumas considerações sobre as condutas puníveis e o bem jurídico a ser protegido pela LD, preocupando-se em destacar no que esses pontos influem para a prova do crime.

4.2 As fases e as principais características da lavagem de dinheiro

A determinação de critérios para a avaliação das provas é uma tarefa imprescindível para conter o decisionismo. Assim, a defesa de uma prova capaz de permitir o conhecimento do fato-objeto do processo penal acompanha os esforços para se definirem padrões que permitam considerar provado determinado crime, procurando o maior nível de acerto possível. Assim, a qualidade desse conhecimento deve ser apurada e condicionada a *standards* de prova a serem formulados a partir dos elementos constitutivos de cada tipo penal. Assim como a delimitação legal dos elementos típicos de cada crime é uma garantia, corolário do princípio da legalidade ou reserva legal, a determinação de padrões para avaliação da prova em cada crime, tendo como base o tipo penal, constitui igualmente uma garantia, uma vez que delimita a cognição do juiz ao contexto da infração penal. Com este intuito, serão expostos alguns elementos da LD.

O crime de lavagem é composto por um complexo de atos destinados, em último fim, à ocultação da ilicitude de bens ou valores e à posterior reinserção desses no mercado, tendo, portanto, como antecedente necessário a prática de uma infração penal, de modo que, opinião doutrinária unânime em classificar o delito de lavagem de dinheiro, tal qual a receptação, como um crime acessório ou parasitário, ou seja, depende da ocorrência de outra figura típica para o seu aperfeiçoamento” (TEBET, 2012, p. 18).

Os atos da LD se iniciam com a ocultação, e se desdobram em outras etapas. Bitencourt e Monteiro (2015) destacam a existência de três fases principais: uma primeira fase de colocação, ocultação ou conversão, quando são introduzidos no sistema econômico os valores obtidos ilegalmente.

Nessa etapa o criminoso necessita transformar o dinheiro proveniente do crime/contravenção em valores manejáveis, de certa visibilidade, de modo a evitar suspeitas.” Normalmente, isso se dá pelo ingresso do dinheiro em contas bancárias, ou a troca por outra divisa, por nota de maior valor, ou por aquisição de objetos de grande valor, passíveis de serem comercializados facilmente (ouro, joias, pedras preciosas) (BITENCOURT; MONTEIRO, 2015. p. 592).

A segunda etapa, de dissimulação, estratificação ou transformação, tem como finalidade afastar os capitais obtidos da sua fonte ilícita. Isso é feito a partir de mecanismos que dificultam o rastreamento da origem do bem, como”, exemplo por exemplo, a realização de

sucessivas operações bancárias complexas, o investimento dos bens no mercado de valores, a concretização de transferências bancárias, inclusive ao exterior, remessas a paraísos fiscais, entre outros (LIMA, 2014, p. 68). Por fim, a última fase, de integração, se dá depois que os bens de origem ilícita adquirem a aparência de capital lícito e esse capital é inserido desse capital no circuito econômico, como se lícito fosse. Aposta-se essa fase como a mais difícil de ser investigada, “uma vez que o procedimento da LD está praticamente concluído e o dinheiro ilícito é utilizado, muitas vezes, juntamente com capitais lícitos para a realizações de transações legais como o investimento em empresas e negócios” (BITENCOURT; MONTEIRO, 2015. p. 592).

Com relação ao tipo objetivo do crime de LD, na legislação brasileira, estão previstas no art. 1º, da lei 9.613/1998, duas modalidades de condutas básicas, que formam o núcleo do tipo penal: ocultação e dissimulação da natureza, origem e localização, disposição de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime. Assim, as ações nucleares da modalidade do caput são: ocultar e dissimular, que caracterizam um crime de ação múltipla, como salientam Badaró e Bottini (2015, p. 63), de forma que a realização de qualquer uma das condutas descritas já configura o crime, destacando os autores ser inadmissível o concurso de delitos em casos em que o agente pratica as duas condutas no mesmo contexto e sobre os mesmos bens. Ocultar significa “esconder, tirar de circulação” (p.64), o que configuraria crime por si só desde que acompanhe a intenção de converter futuramente em ativos lícitos, o que constitui o elemento do tipo (VILARDI, 2012, p. 17). Já a dissimulação é o ato ou conjunto de atos posteriores à ocultação, correspondente à segunda fase da LD, é o movimento de afastamento do bem de sua origem ilícita para dificultar o rastreamento dos valores.

A utilização de dinheiro procedente de infração penal não caracteriza, *per si*, o crime de lavagem. Quando não há ocultação ou dissimulação, a utilização de proveito de crime corresponde a um mero exaurimento da conduta criminosa e não a LD, faz-se ainda necessário demonstrar a ocorrência do elemento subjetivo do tipo: o dolo, ou seja, a vontade ou intenção de lavar o dinheiro e reinseri-lo no mercado com aparência lícita. Assim, tem-se que ocultar ou esconder simplesmente produto de crime é apenas um desdobramento que não

causa lesividade a outro bem jurídico diverso daquele já atingido. Como afirma Blanco Cordero

puesto que el dolo ha de abarcar todos os elementos del tipo, y dado que el elemento típico del delito de blanqueo es que el bien tenga origen delictivo, se infiere que el autor a de conocer la comisión de um delito prévio (CORDERO, 2002, p. 356).

Com relação às condutas do §1º do artigo 1º²⁸, se caracterizam como desdobramento das condutas basilares do tipo (ocultar e dissimular). No caso, a realização dessas condutas é limitada tanto ao elemento objetivo, os bens advindos diretamente de infrações penais, tendo em vista que o legislador suprimiu a referência à procedência direta ou indireta (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 106), quanto ao elemento subjetivo, o conhecimento da ilicitude e a vontade livre e consciente de ocultar a proveniência dos bens. Assim, sob o ponto de vista do elemento subjetivo, vale para todos os tipos fundamentais (tipo penal de integração, ocultação e aquisição), inclusive ao tipo penal de aquisição de bens, valores ou direitos de origem ilícita,

O fato de que o autor deve possuir *conhecimento* (positivo) da origem ilegal do objeto patrimonial. No caso do tipo penal de aquisição, este conhecimento deve existir no momento da obtenção do objeto. (AMBOS, 2007. p. 20)

Kai Ambos (2007, p. 20) ainda tece uma crítica à Convenção do Conselho da Europa que tem favorecido a ampliação da punição, passando a considerar como suficiente o fato de que o autor “deva aceitar” a hipóteses de que no caso tratava-se de produto de ilícito, de modo a configurar, assim, um tipo de lavagem culposa, sendo codificada em alguns países.

O segundo parágrafo do mesmo artigo²⁹ compreende as ações da terceira etapa do crime de LD: a fase de integração. Compreende-se, como mencionado no parágrafo anterior,

²⁸ Art. 1º, § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros (Lei 9.603/98).

²⁹ § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. (Lei 9.603/98)

que se trata apenas de bens diretamente provenientes de infração penal (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 106). Destaca-se

Outro ponto digno de menção – e preocupação – é a supressão da expressão “que sabe” da terceira modalidade típica de lavagem de dinheiro (art. 1.º, § 2.º, I). Seguiu aqui o legislador a tendência de substituir o dolo direto pelo dolo eventual, esvaziando o elemento subjetivo e autorizando a punição mesmo em casos nos quais o agente não tem ciência plena de que os bens que recebe tem origem infracional (BOLETIM INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2012).

É possível entender, a partir da breve exposição, que o tipo penal da LD, especificamente no ordenamento brasileiro, se constitui através de várias condutas diversas à consumação do delito, segundo a doutrina que se adotou, mesmo sem a efetivação da última etapa, a reinserção dos ativos, agora com aparência lícita, no mercado, seja em atividades financeiras, empresariais, ou mesmo na compra de bens, deste que estava presente o elemento subjetivo, da vontade de proceder a lavagem dos capitais. O que não se deve perder de vista é que, mesmo que os parágrafos contenham outras ações, a conduta deve sempre ter como base os elementos nucleares: ocultar e dissimular. Essas delimitações são de suma importância, pois como afirma Juarez Tavares:

A constituição do conteúdo do injusto decorre, assim, da análise diferenciada que se deve realizar sobre os elementos que compõe o tipo e a antijuricidade, de modo a tornar possível a perfeita delimitação da conduta proibida ou mandada. Isto se impõe por imperiosa a necessidade dogmática, que se destina a emprestar à tarefa da decisão jurídica os instrumentos adequados à solução do caso sobre o fato concreto (TAVARES, 2002, p. 179).

A delimitação do conteúdo do delito se constitui como limite ao poder de punir, uma vez que as leis penais delimitam, ou deveriam fazê-lo, de forma clara a conduta punível em um sentido informativo ao indivíduo e impõem limite “racionalizante” à decisão jurídica, uma vez que possibilitam determinar os limites e a função das provas necessárias a demonstrar a ocorrência do fato criminoso e a sua conformidade à hipótese acusatória.

Os métodos de mascaramento dos ativos ilícitos, que pode se dar das mais variadas formas, dificultam de maneira considerável a sua constatação empírica, em razão do meio pelo qual a lavagem se efetiva, seja por meio de transações bancárias, envio dos ativos a paraísos fiscais ou mesmo por trocas informais ou compra de bens. Ou seja, a conduta da

lavagem, por via de regra, opera no “mundo abstrato”, no sentido de não se materializar especificamente na lesão de um bem corpóreo, como, por exemplo, os delitos de homicídio, em que se constata o resultado morte a partir da existência de um cadáver; o da lesão corporal, em que o resultado se verifica a partir de uma injúria corporal; ou mesmo o de furto, que se consuma a partir de subtração de coisa alheia. Em adição à abstração da conduta, que dificulta a prova do crime, foi incluído um rol ilimitado de “condutas antecedentes”, que podem se caracterizar por qualquer infração (tanto crimes quanto contravenções penais), transformando a norma penal da lavagem em, praticamente, uma norma penal em branco.

Importa salientar a necessidade da prova do elemento subjetivo, sem o qual não se configura a prática de LD. Badaró e Bottini (2013) destacam que “a partir do finalismo a tipicidade passa a ser integrada por elementos nucleares: dolo ou culpa” (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 92), devendo estar presente em todo comportamento delitivo um direcionamento final da ação, de modo que a mera realização do ato nuclear em nada importa se não acompanhado de uma intenção específica. No crime trabalhado, o elemento subjetivo se limita ao dolo, ao contrário de outros ordenamentos como o da Espanha e do Chile em que há previsão de modalidade culposa (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 93). A necessidade da comprovação do dolo constitui garantia de imputação subjetiva, afastando qualquer tipo de imputação objetiva no direito penal, tendo em vista que ninguém, mesmo participando da esfera de organização/atuação, pode ser responsabilizado antes de comprovada sua relação psíquica com aqueles fatos. Não é a intenção adentrar especificamente na discussão sobre como se daria especificamente a prova do dolo, visto que se deve estudar caso a caso, mas sim pontuar que é indispensável que o dolo se configure e seja devidamente comprovado pelas provas constantes nos autos para que se configure a LD.

4.3 O bem jurídico: prova e segurança jurídica

A função primordial do Direito Penal para alguns autores³⁰ seria a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao funcionamento da sociedade. Para Nilo Batista (2011, p. 93) “os bens jurídicos põem-se como sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o

³⁰ BADARÓ e BOTTINI destacam em seu livro: “Roxin, Derecho Penal, p. 51, SCHUNEMANN, O direito penal, p. 18, HASSEMER, História das ideias penais, p. 52, NESTLER, El principio, p. 63, MIR PUIG, La perspectiva, p. 9, e Derecho Penal, p. 91, BECHARA, Da teoria do bem jurídico, SILVEIRA, Direito penal supraindividual, p. 35”. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 47

nega, “revelando” e demarcando a ofensa”. A partir da identificação do bem jurídico protegido por um crime, seria possível determinar como se dá a materialização da ofensa para, ao mesmo tempo, limitar e legitimar a intervenção estatal.

É possível visualizar que o bem jurídico resulta da criação política do crime, pela imposição de uma pena quando violado, acabando por informar os objetivos do legislador sobre aquele tipo penal criado e do próprio Estado, constituindo verdadeiro limite ao poder punitivo estatal.

De acordo com Tavares (2002), o bem jurídico é importante instrumento metodológico na interpretação das normas penais, constituindo elemento indispensável do tipo penal, o qual compõe um núcleo que corresponde a uma ação ou omissão e seu objeto, que tem como base a lesão a determinado bem jurídico. O autor declara que não há consenso quando se trata do bem jurídico a ser protegido pelo crime de lavagem, havendo inclusive posicionamentos que não reconhecem a existência de um bem jurídico autônomo para o crime. Isso, de antemão, pode se configurar como um problema à segurança jurídica, uma vez que a não delimitação do bem jurídico do crime abre margem para o encaixe um número diverso de condutas na descrição “típica”.

Destacam-se quatro posicionamentos sobre o bem jurídico que seria protegido pelo crime de LD: um primeiro posicionamento defende que o bem tutelado pela lavagem seria o mesmo protegido pelo crime antecedente, pois nas primeiras regulamentações em âmbito internacional, a LD estava ligada somente ao tráfico de drogas, sendo natural que os bens jurídicos fossem atrelados, ambos, à defesa da saúde pública. Com a expansão do rol de crime antecedentes e a conseqüente tendência de constituição do crime de lavagem como crime autônomo, surgiram outras orientações. Além do fato de que atribuir o mesmo bem jurídico à LD de um crime que já teve o bem jurídico lesionado configuraria uma situação de *bis in idem*, tendo em vista que a punição da LD estaria fundada na afetação do mesmo bem já lesionado pelo crime antecedente (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 50-51).

A segunda orientação aponta a administração da justiça como bem jurídico da LD, uma vez que a conduta de ocultação e mascaramento dos bens ilícitos afetariam a capacidade da Justiça de exercer suas funções de “investigação, processamento e recuperação do produto do

delito” (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 52-53). Esta posição compreende a lavagem como um processo dissimulatório que não afeta o bem originalmente violado pelo crime antecedente, mas acaba por colocar em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de justiça, uma vez que a complexidade das condutas para lavar os bens ilícitos dificultaria o seu rastreamento pelas autoridades públicas.

A terceira orientação vê a ordem econômica como o bem a ser protegido, defendendo que as condutas de ocultação, dissimulação e reinserção dos ativos ilícitos desestabilizariam a ordem econômica, isso porque os ativos reinseridos no mercado burlariam as regras de livre concorrência, afetando o sistema concorrencial e, conseqüentemente, a estabilidade do mercado (LIMA, 2014, p. 77). Para Badaró e Bottini (2013), a adoção desse posicionamento desloca toda a desvalorização nuclear do tipo para a reinserção dos bens na economia e não na turbacão causada pelo crime antecedente. Deve-se atentar para o fato de que o centro gravitacional reside na utilização do capital sujo no mercado, sendo ainda vinculado ao crime antecedente, pois sem a existência do crime antecedente seriam limpos os ativos, não causando qualquer problema. Bitencourt e Monteiro (2015) apontam, ainda, para o fato de que não há nenhuma comprovação empírica de que, de fato, a inserção de montantes de dinheiro advindos da lavagem seja responsável pelas desestabilizações econômicas.

Há quem defenda a pluriofensividade do delito de lavagem, dupla afetação tanto da administração da justiça quanto da ordem econômica. Badaró e Bottini (2013) argumentam que esse posicionamento retira a “força dogmática do bem jurídico especificamente tutelado” (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 61), tendo em mente que a função do bem jurídico é limitar a atuação do intérprete. Assim, aceitar uma ofensividade demasiadamente larga esvaziaria todo o sentido da construção dogmática dos bens jurídicos.

Por fim, defende-se, ainda, que a criminalização da conduta de lavagem acaba servindo de instrumento de combate ao crime antecedente, de modo que é possível defender ainda que a lavagem não protege nenhum bem jurídico especificamente, ao passo que seria instrumento de combate à criminalidade organizada, pois a “[...] a ideia da lei [brasileira], bem como das diretivas internacionais sobre o tema, é usar o direito penal para suprir a incapacidade do Estado investigar o crime antecedente da LD e rastrear o produto” (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 61).

A curta apresentação dos diversos posicionamentos sobre o bem jurídico que o delito teria como intuito tutelar foi uma maneira de explicitar que não há concordância acerca do alcance da lesividade do crime de LD; a aceitar que não é possível precisar qual seria o objeto lesado pelo delito em comento, equivale aceitar uma escolha que vai na contramão de um direito penal democrático, pois como afirma Juarez Tavares (2002)

O conceito de bem jurídico só pode servir a uma autêntica teoria democrática do injusto, à medida que corresponda a fins imitativos e não aos próprios punitivos. Daí a necessidade de sua formulação dentro de um sentido de linguagem que expresse, na sua própria origem e elaboração, os contornos exatos das zonas de intervenção do Estado, a partir da crítica dessa mesma intervenção, sob o pressuposto de sua legitimidade (TAVARES, 2002, p. 185).

Afirmar que todo crime protege um ou mais bens jurídicos significa atribuir-lhes uma base racional, correspondendo a interesses que permitem alcançar um fim específico. Como afirma Fernando Molina Fernández (2009), da Universidade de Madri, a importância da delimitação clara desses fins acaba suscitando perplexidade com relação aos crimes em que é difícil determinar o que se protege. Isso porque o direito penal, por se configurar como *ultima ratio*, só deve se ocupar de fatos singularmente relevantes, isto é, de “coisas” que qualquer um deveria imediatamente poder identificar um interesse protegido, especialmente quando se trata do Estado Democrático de Direito (FERNANDÉZ, 2009, p. 92).

Assim, o conceito de bem jurídico, num EDD só pode servir a uma “autêntica teoria democrática do injusto” TAVARES, 2002, p. 185), devendo sempre servir a fins limitativos e não punitivos. Por isso sua formulação deve ser dada em linguagem clara, de modo a expressar sua origem, elaboração e os contornos exatos em que o estado pode intervir. Para a matéria probatória, o conhecimento do bem jurídico é indispensável, isso porque “se há lesão do bem jurídico protegido, há consumação” (FERNANDÉZ, 2009, p. 98), com exceções aos crimes de perigo que há consumação sem lesão. Ou seja, a prova, se considerarmos o crime de lavagem um crime de resultado³¹, a prova da ocorrência do crime é aquela capaz de demonstrar que houve lesão àquele bem jurídico. Ocorre que com relação ao bem jurídico da

³¹ Com relação ao resultado do crime de lavagem previsto na lei brasileira (Lei 9603/98, art 1º, caput): “Há quem diga trata-se de crime de perigo abstrato, outros sugerem perigo abstrato ou crime de resultado [...]. O crime de lavagem na forma do caput do art. 1º parece ser crime de resultado, porque a descrição do comportamento encerra uma alteração naturalística no objeto do delito, no estado da coisa ou bem procedente da infração” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 66).

lavagem, todas as correntes referem-se a funções, seja o perfeito funcionamento do sistema econômico-financeiro, seja a defesa da Administração da Justiça, ou mesmo a proteção da saúde pública. Essas “funções” fazem parte da classificação dogmática de bens jurídicos “supra individuais” (LIMA, 2014, p. 74), que, de regra geral, não ferem “bens da vida” (vida, integridade física, patrimônio), esses em que é possível constatar empiricamente o resultado e a gravidade da lesão. Na maioria das vezes, não é possível medir ou mesmo comprovar que a prática da LD lesionou as funções diversas atribuídas pelas orientações expostas, devido ao caráter de abstração e despersonalização dessas funções.

Aceitar a comprovação de um crime sem a confirmação da lesão a um bem jurídico específico remete aos crimes que Ferrajoli denominou crimes de suspeita como

tipos penais que não consistem em condutas consideradas pela lei em si mesmas como lesivas de bens jurídicos, mas como condutas suficientes, em circunstâncias idôneas, juntamente com determinadas condições pessoais, a suscitar a suspeita de delitos cometidos, mas não provados (FERRAJOLI *apud* BADARÓ, 2013, p. 65).

O problema dos crimes de suspeita é que se presume criminosa a conduta pela mera constatação da sua ocorrência, sem especial fim (dolo) de agir ou mesmo sem qualquer resultado. Aceitar a criminalização de uma suspeita acaba por colocar em xeque a presunção de inocência do réu ao inverter o ônus da prova, uma vez que ele deve afastar a suspeita, ou seja, comprovar a licitude de sua conduta. No que toca o crime de LD, a dificuldade de definir a lesão ao bem jurídico acaba, em certa medida, por aceitar determinadas condutas como “suspeitas” e isso se dá, principalmente, pela defesa do uso de indícios para a condenação, o que será visto no próximo tópico. Temos como exemplo, o caso em que a acusação à LD refere-se indícios de incremento inusual do patrimonial. Não sendo possível identificar a origem dos bens, essa conduta é considerado pelo Tribunal Constitucional Espanhol como indício passível de comprovação para a configuração do crime de LD (MENDONÇA, 2013, p. 634), devendo o investigado ou acusado efetivamente comprovar a licitude de seus bens, caso contrário, se não se conseguir afastar a suspeita de ilicitude dos bens, o réu poderá vir a ser condenado, de modo a configurar verdadeira presunção de culpabilidade, o que se considera inadmissível no Estado Democrático de Direito.

4.4 A prova por indícios e os *standards* probatórios

O caráter instrumental do crime de lavagem atribui a ele o único sentido possível, uma vez que sem uma infração penal anterior os ativos não se configurariam como ativos ilícitos. Assim, constitui elemento indispensável, a prova do crime antecedente: a demonstração empírica da existência da infração antecedente e sua ligação causal com os bens que são objetos da lavagem. Para o recebimento da denúncia, a lei brasileira no art. 2, §1º exige “indícios suficientes” da existência da infração antecedente, configurando a justa causa necessária à acusação. Deve-se afirmar, porém, que para a condenação exige-se “prova inequívoca, certeza da sua materialidade” (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 89), devendo ser um dos *standards* indispensáveis, a comprovação da LD, pois é componente do tipo, a existência de ativos de caráter ilícitos advindos de prática de infração penal.

Com relação à realização de medidas assecuratórias, tanto na fase investigatória quando em âmbito processual, a existência de indícios suficientes também é um *standard* de prova para a autorização da realização da medida. Como foi abordado no capítulo anterior, a grande dificuldade é a determinação da suficiência probatória para determinada decisão. Não se trata de grau de convencimento, mas sim da existência de elementos empíricos que confirmem, em maior ou menor medida, a hipótese contida no pedido de eventual medida assecuratória. Note-se que o nível de exigência é o mesmo que configura a justa causa para a ação penal para o crime de LD, entendendo-se assim, pois as medidas assecuratórias configuram, em geral, restrições a direitos fundamentais (privacidade, propriedade e liberdade).

A gradação definida para cada medida deve ser mais elevada quanto mais gravosa ela for, assim os “indícios” requeridos para uma prisão cautelar devem apresentar maior grau de confirmação da hipótese do que para o caso de uma quebra de sigilo bancário. Importa dizer que a decretação de qualquer uma dessas medidas deve ser embasada não em mera suspeita, mas sim em elementos empíricos constatáveis. Não se deve esquecer do caráter excepcional de tais medidas, pois, em razão da presunção de inocência, qualquer invasão na esfera das garantias fundamentais deve ser fundada, demonstrando sua plausibilidade, necessidade e existência de um conjunto de elementos aptos a demonstrar, razoavelmente, a hipótese acusatória.

Observando dessa maneira, parece claro que o *standard* de prova para a condenação não deve ser o mesmo exigido para o recebimento da denúncia e para a autorização de medidas

assecuratórias, pois para condenação exige-se certeza e não apenas a existência de indícios que comprovem a acusação, uma vez que se trata fundamentalmente do princípio reitor de todo o processo penal, a presunção de inocência. Para aceitar a hipótese da culpabilidade do acusado mais que necessário, é imprescindível a existência de provas que comprovem empiricamente que aquela conduta ocorreu, satisfazendo a todos os elementos para a configuração do crime de LD.

Como abordado anteriormente, a LD é um crime que deixa poucos elementos empíricos após a sua prática, gerando insegurança quanto ao bem jurídico protegido. Assim, mesmo que se defendesse qualquer uma das correntes expostas no tópico anterior, seria difícil a constatação da lesão, uma vez que todas elas defendem a proteção de funções. Por essa razão, ocorre a defesa, não inexpressiva, da utilização de provas por indícios para a condenação, devido à dificuldade na produção da prova do delito de LD,

precisamente porque este delito tem finalidade de submeter o dinheiro a múltiplas transformações para ocultar sua origem e, por isso, a prova será mais difícil à medida que os bens são submetidos a etapas sucessivas que compõe o processo de lavagem (MENDONÇA, 2013, p. 630).

Para melhor compreender essa questão, se faz necessária a distinção tradicional entre prova direta (prova em sentido estrito) e prova indireta (indícios). Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho (2005, p. 310) as provas diretas são aquelas que permitem conhecer o fato por meio de uma operação inferencial, já com relação às “provas” indiretas seria necessário realizar duas operações inferenciais:

num primeiro momento, parte da informação trazida ao processo para concluir sobre a ocorrência de um fato, que ainda não é o fato a ser provado; conhecido este fato, por meio de uma segunda operação lógica, chega-se, então ao fato a ser provado (GOMES FILHO, 2005, p. 310).

Assim, a “prova indireta” diz respeito a um fato diverso do enunciado principal, a partir do qual se pode extrair uma conclusão acerca desse enunciado (TARUFFO, 2014, p. 58). Haveria, desta maneira, um distanciamento entre os indícios e o fato principal. Essa distância só é encurtada a partir de dois raciocínios inferenciais, sendo que apenas o primeiro é feito com base em um elemento empírico, sendo o segundo feito a partir da conclusão dessa primeira inferência. Em síntese, a segunda inferência seria realizada para se chegar à prova propriamente dita.

O pré-requisito para uma valoração racional é que ela se dará a partir de provas, ou seja, elementos empíricos filtrados pelo contraditório, depois por um exame de admissibilidade verificando sua legalidade, pertinência e relevância para só depois ser auferido seu peso relativo à hipótese acusatória. Por essa razão, entende-se que os indícios ou circunstâncias, se despidos dessas características, não são elementos aptos a participar sozinhas do raciocínio inferencial para uma condenação.

Isoladamente, os indícios indicam apenas circunstâncias periféricas dos fatos que podem, sem suporte probatório, levar a indução de praticamente toda e qualquer conclusão. A ponte que existe entre os indícios e uma conclusão da culpabilidade de alguém é justificada, em sua maioria, pela plausibilidade ou, melhor, pela coerência que é atribuída pelo próprio julgador, induzido por suas crenças. Nesse sentido, os indícios se revestem do caráter do que é evidente, de modo a confirmar uma hipótese despida de provas. Como aduz Rui Cunha Martins (2013, p. 2), “diz-se evidente o que dispensa a prova”, ao dispensar a prova, as circunstâncias acabam sendo justificadas por ‘mera plausibilidade’ ” (MARTINS, 2013, p. 2), referenciadas em si próprios, construídas sobre a crença. No Estado Democrático de Direito é garantia fundamental do processo penal que suas decisões não se baseiem em crenças, mas sim em elementos empíricos filtrados por regras de admissibilidade e pelo contraditório.

Estado Democrático de Direito será, de fato, tanto mais democrático e de direito consoante os mecanismos destinados a assegurar os seus princípios basilares apresentem, pela sua parte, uma grau mínimo, quanto possível de contaminação pelas expressões da evidência (MARTINS, 2013, p. 2).

As evidências possuem caráter alucinatório, uma vez que dispensam qualquer comprovação empírica em detrimento da sua plausibilidade. Sendo o papel das provas um dos mecanismos para constranger as evidências, sendo, portanto, inaceitável um *standard* de condenação que aceite o domínio das evidências sobre as provas, que o caso de aceitar uma condenação baseada em prova indiciária.

A prova indiciária possibilitaria o equilíbrio entre “a eficácia da persecução penal do delito de lavagem e a proibição de inversão do ônus da prova” (MENDONÇA, 2013, p. 631), uma vez que a complexidade das condutas que envolvem a LD dificultariam a produção de provas. Assim, o papel dos indícios seria de “suprir as carências da prova direta no delito de lavagem” (MENDONÇA, 2013, p. 631). Acredita-se que a adoção desse posicionamento implica na adoção de uma função da prova que se afasta da dimensão epistêmica e ainda

rebaixa o grau de exigência probatória para a condenação. O seguinte texto demonstra bem esse posicionamento:

Em vista do princípio do livre convencimento motivado, adotado no art. 155 do CPP, desde que estejam coerentes e uníssomos e afastem a versão do acusado, podem levar a uma decisão condenatória. Inclusive este estado de certeza, “acima de qualquer dúvida razoável”, será tão mais forte quanto for a ocorrência dos indícios e a proximidade entre o fato base e o fato que se quer provar” (MENDONÇA, 2013, p. 632).

Em um primeiro momento, aparentemente, usa-se princípio do livre convencimento motivado como pressuposto justificativo da possibilidade de se utilizar quaisquer que sejam as espécies de elementos aptos a fundar o convencimento do juiz, uma vez que ele é livre. Como foi destacado, o livre convencimento, em um EDD, só é livre no sentido de que não está preso a nenhuma regra de tarifação das provas que determina o seu valor em abstrato. Qualquer limitação legal- racional às provas é necessária para evitar que as condenações se deem sobre juízos subjetivos, de modo a tentar impedir que a crença do julgador se sobressaia aos elementos de prova. Com relação à menção à coerência no trecho acima é possível identificar uma função narrativa das provas, no sentido de que os indícios seriam responsáveis por atribuir coerência ao enunciado narrado pela acusação. Não se nega a importância da coerência de um elemento de prova com relação à hipótese, entretanto a sua plausibilidade não é capaz de constranger seu caráter alucinatório, pois ele pode levar a uma falsa conclusão, uma vez que acaba por dispensar critérios mais rígidos de prova, requeridos pela natureza garantista do processo penal.

Ainda menciona-se uma “potência persuasiva” (MENDONÇA, 2013, p. 633) que justificaria, em caráter excepcional, a condenação baseada em um indício singular. Nesse momento, se faz menção à dimensão argumentativa da prova, na qual o grau de aceitação da prova decorre do quão convincente ela for, num discurso que se baseia na persuasão e não na existência de elementos que comprovem as condutas descritas no tipo e a lesão ao bem jurídico. Para ilustrar essa questão, pode-se citar trecho do voto do Ministro Luiz Fux na Ação Penal nº 470 (“Caso Mensalão”) que ressaltou que atualmente a prova possui uma função persuasiva, afastando-se da ideia de função demonstrativa, da “busca da verdade real e absoluta” (FUX *apud* MENDONÇA, p. 636). A função da prova em demonstrar a ocorrência dos fatos é indissociável de um contexto em que uma condenação deve corresponder à

confirmação de uma situação fática e a ocorrência do fato criminoso deve ser efetivamente demonstrada pelas provas.

Mesmo que a prova também seja um elemento que persuade o julgador de uma hipótese em detrimento de outra, a demonstração do enunciado dos fatos, por meio das provas, deve ser o elemento que possibilita o convencimento e não só um discurso convincente que pode acabar induzindo ao erro o julgador ou persuadindo em razão das suas crenças ou influências exteriores, como, por exemplo, os discursos punitivistas, especialmente em casos com forte repercussão midiática. Deve-se ressaltar que a função da prova de demonstração dos enunciados fáticos no processo penal, na perspectiva da dimensão epistêmica, não corresponde necessariamente a uma busca inquisitorial da verdade. Por isso devem existir mecanismos responsáveis por impedir a busca desenfreada pelo conhecer, violando as garantias do acusado. Nesse sentido, a verdade é elemento epistêmico orientador e não fim último do processo. O conhecimento deve ser reconhecido como imperfeito devido às limitações de toda reconstituição história somadas às limitações legais e éticas, necessárias a imposição de limites à persecução penal.

Com relação à menção do SP “além da dúvida razoável”, um primeiro ponto a ser destacado é que ele é referido como um “estado de certeza”, mais definido como um *standard* de convencimento subjetivo do julgador do que um *standard* de prova. O convencimento no processo não pode estar atrelado a um estado subjetivo do julgar e sim à existência de provas. A necessidade de constatação empírica, a partir das provas trazidas ao processo, é a garantia de que ninguém será condenado sem a comprovação da hipótese acusatória e que a decisão do órgão julgador se dará sempre guardando correspondência às provas. Aceitar ainda que a confirmação da hipótese seja satisfeita por indícios acaba por rebaixar o *standard* probatório para o crime de lavagem, o que é justificado, no fundo, pela dificuldade de se provar o crime. Essa posição, tanto do subjetivismo quanto do rebaixamento, confronta todo o esforço de se reduzir o decisionismo e as arbitrariedades do julgador na construção de SP objetivos capazes de assegurar que a presunção de inocência só será suplantada pela existência de provas que, ao serem confrontadas pela hipótese, consigam demonstrá-la e a afastem com elevado grau de certeza a hipótese de inocência.

A complexidade das condutas, os diversos posicionamentos acerca do bem jurídico, assim como a dificuldade de constatar a sua lesão resultam na dificuldade de provar a prática

da LD. Entretanto, aceitar a relativização de critérios ou mesmo a adoção imprecisa do *standards* além da dúvida razoável vai na contramão do processo penal democrático. Não se nega a necessidade de controlar as condutas da criminalidade organizada, só que esse é um programa de política de segurança e não do processo penal. A função do processo penal não é o combate à criminalidade, mas sim a averiguação da responsabilidade criminal de alguém, sujeitando-a a limites com o intuito de proteger o acusado. Não há medida para a presunção de inocência, ela não é mais ou menos forte quando está em cheque a impunidade em razão da dificuldade de se provar e se condenar algum delito. As características do delito de LD não autorizam um relaxamento dos *standards* probatórios com o intuito de condenar o que é mais ou menos difícil de se provar.

Não há uma resposta conclusiva sobre qual o grau de prova para se condenar alguém pela prática de lavagem, posto que a análise da suficiência das provas deve se dar no caso concreto, mas é claro que os elementos do tipo legal devem ser constrangidos por prova e não apenas por uma enunciação dos fatos, confirmada por uma plausibilidade, as afirmações devem ser mesmo postas à prova.

A tipificação do crime de LD, no geral, segue um padrão internacional de criminalização. Faz-se necessária uma proposta de nova tipificação alternativa às tendências, que facilite o reconhecimento do bem jurídico e imponha *standards* mínimos que devem estar presentes em qualquer julgamento de LD, caso contrário, dificilmente se conseguirão provas aptas a condenação dos crime de LD, ocasionando sempre um abismo entre prova disponível e hipótese, abismo esse não raramente ocupado pelas crenças do julgador.

5 CONCLUSÃO

Arbitrar a responsabilidade criminal no Estado Democrático de Direito está condicionado a um procedimento em contraditório capaz de limitar o poder punitivo estatal, de maneira a configurar verdadeira garantia ao acusado. A democraticidade, elemento central do processo penal, assegura que a averiguação do enunciado dos fatos não esteja baseada em elementos subjetivos, na crença do julgador ou mesmo em mera verossimilhança, tendo como objetivo uma resposta menos alucinatória possível. Todo conhecimento de fatos pretéritos é aproximativo, havendo, assim, sempre rastros de crença, que devem ser constrangidos, sob pena de uma condenação embasar-se no decisionismo e não em critérios racionais verificáveis.

As provas, como objetos que possibilitam o conhecimento, encontram-se no processo penal como mecanismos de constrangimento do decisionismo, condicionando toda e qualquer decisão criminal. Assim, a verdade se constitui um indicador epistêmico, uma vez que possibilita atribuir grau de certeza ao conhecimento dos fatos, limitando qualquer decisão jurídica ao esforço de se conhecer e averiguar as provas.

Neste trabalho, buscou-se evidenciar a prova no EDD, como o elemento que constrange qualquer condenação criminal à averiguação dos fatos, impedindo que juízos subjetivos ocupem o espaço da decisão. Os fatos do processo não são acontecimentos “puros” do mundo da vida, são sim enunciados trazidos ao processo pela acusação e defesa, que devem ter sua veracidade testada a partir das provas que também são colocadas no processo por essas mesmas partes.

A partir da exposição sobre as dimensões probatórias foi possível compreender que a prova ocupa diferentes funções nas decisões jurídicas, de maneira que se acredita que aquela que corresponde a um processo penal democrático é a dimensão epistêmica, pois possibilita maior controle entre a ligação que o órgão julgador faz entre hipótese, prova e decisão. Compreender a prova como elemento de conhecimento significa que a certeza sobre determinada hipótese só existirá quando as provas reunidas assim confirmarem.

A partir da identificação da prova como elemento epistêmico, fez-se necessário refletir sobre a maneira como se dá o conhecimento no processo penal. Foram abordadas as três etapas da decisão onde deve ser refinado o conhecimento do processo: uma etapa de admissibilidade das provas que confirma a legalidade e a relevância das provas para o caso, para depois, com um conjunto já filtrado, poder realizar a valoração e, por fim, a decisão, propriamente dita, com a condenação ou absolvição. As reflexões do trabalho foram mais centradas na valoração das provas, atribui-lhes a função de definir em que medida cada prova confirma ou não as hipóteses fáticas presentes no processo penal.

Foram destacados os sistemas de valoração da prova: a prova-legal e a livre valoração. O primeiro é o que condiciona a valoração a regras pré-estabelecidas, taxações em abstrato do valor de cada prova, a qual afasta completamente o juiz de qualquer avaliação sobre as provas presentes, restando a ele o papel de somar os elementos de prova em cada processo. O grande problema do sistema da prova-legal é que a predefinição de cada “valor” é política, sendo à época em que esse sistema foi mais forte, na Inquisição, a prova de maior valor era a confissão, desconsiderando todas as especificidades do caso concreto.

O sistema da livre valoração mostrou-se uma transição radical do sistema da prova-legal, movimento que culminou em uma compreensão da etapa de valoração da prova como convicção, caracterizada por um estado de certeza subjetiva do julgador, perdendo de vista a importância dos elementos de prova. Faz-se necessário o reconhecimento de que a livre valoração não pode prescindir de controles racionais-legais, caso contrário estaria o juiz apto a perpetrar qualquer tipo de arbitrariedade.

O Estado democrático de direito pressupõe que suas instituições sejam capazes de se portarem de maneira racional e coerente, de maneira a conferir segurança aos indivíduos. Assim, conclui-se pela imprescindibilidade da existência de critérios de valoração da prova para que seja possível atestar que a prova evidentemente prova aquela hipótese, devendo este procedimento intelectual do juiz estar transcrito na motivação da decisão. Portanto, a valoração deve ser explicável e compreensível para aqueles que a leem, uma vez que deve estar apoiada em critérios. Assim, surgem os *standards* de prova como critérios por meio dos quais se pode dizer que os fatos constantes naquele processo se encontram provados.

Foi possível verificar durante o trabalho os esforços empreendidos pelos estudiosos para estabelecer critérios, os mais objetivos possíveis, com intuito de limitar as arbitrariedades do julgador, bem como reduzir as condenações equivocadas. O estudo a partir do SP “além da dúvida razoável” mostrou a dificuldade de se estabelecer um conceito específico para a certeza do julgador no momento da decisão, concluindo-se que qualquer grau de certeza deve estar amparado nas provas constantes nos autos e não em estados de consciência subjetivos.

Para que atendam a sua função, os *standards* probatórios devem ser definidos em termos objetivos, o que não corresponde, necessariamente, a termos numéricos como ocorre na utilização da estatística matemática, pelo teorema de Bayes, mas sim em um esquema lógico-racional que confronta cada uma das provas às hipóteses, para a partir daí determinar em qual medida cada prova confirma ou contesta essas hipóteses. Importa dizer que a determinação de dado *standard* objetivo pressupõe a escolha pretérita de qual é o erro mais aceitável. Para o processo penal, onde a presunção de inocência é o princípio reitor, as hipóteses de acusação devem ser constrangidas a ponto de superar a incerteza, portanto, o erro aceitável é considerar falsa uma hipótese que pode vir a ser verdadeira e não o contrário, ou seja, requerer um *standard* mais elevado para a condenação. Isso porque é mais importante ao processo penal em um EDD que os inocentes não venham a ser presos injustamente, do que um culpado eventualmente ser inocentado em razão da adoção de um *standard* de prova muito rígido.

Um *standard* no processo penal, em razão do seu caráter umbilical com o direito material penal, deve ser definido considerando as características de cada tipo penal, seus elementos objetivos e subjetivos, os resultados previstos pelo tipo penal e a lesão ao bem jurídico tutelado. A escolha do crime de lavagem de dinheiro, como se mostrou, deu-se em razão justamente de confrontar a necessidade de um EDD contemplar *standards* elevados para o processo penal à crimes em que é difícil se provar em razão de que suas condutas deixam poucos ou às vezes nenhum elementos empíricos. A partir daí, destacaram-se as construções doutrinárias sobre o crime de LD: tipicidade, a problemática do crime antecedente, do bem jurídico e dos indícios.

Se é possível uma conclusão, esta seria concluir que a dificuldade de provar um delito não é justificativa para se aceitar o rebaixamento dos *standards* de prova, mesmo que não seja

possível averiguar a lesão deixada pela LD a um bem jurídico – sobre o qual, inclusive, não há consenso na doutrina –, sob pena de se afastar a presunção de inocência, em razão de discursos acerca do combate do crime organizado e do combate à corrupção.

Aceitar a relativização da função dos *standards* de prova como mecanismos de constrangimento do decisionismo judicial para servirem, ao revés, de argumento apto a fundamentar uma condenação sem a existência de provas vai na contramão dos esforços de colocar o processo penal dentro do EDD. Corre-se ainda o risco de servir como retórica sofisticada, no fundo, de viés inquisitivo para perseguir determinados grupos. A necessária delimitação de critérios de valoração da prova é uma urgência do EDD que não pode tolerar o direito penal e processo penal sendo utilizados para referendar condenações de apelo social e midiático. Um discurso de impunidade aos crimes chamados de colarinho branco, do qual a LD se inclui, não deve conseguir curvar o Estado Democrático de Direito aos desígnios punitivistas, pois não é a isto que o processo penal serve. O processo penal serve aos cidadãos, é garantia fundamental de que ninguém será constrangido pelo poder de punir do Estado sem a existência de provas capazes de comprovar que a sua conduta corresponde a um crime, e mais, é também garantia do cidadão ter acesso à maneira com que as provas existentes nos autos referendaram sua condenação ou absolvição, não bastando qualquer motivação, mas sim uma motivação que exponha como se deu a valoração da prova e análise para tal critério indispensável ao delito imputado.

Não há julgamento sem subjetividade, decisão sem crença, magistrado sem ideologia nem justiça penal sem erros. Ciente disso, deve-se delimitar o nível aceitável de subjetividade, crença e ideologia da justiça penal no Estado Democrático de Direito, de modo que possibilite que o processo penal seja instrumento de justiça e não de justicamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In.: ABELLÁN, Marina Gascón *et al.* **Proceso, prueba y estándar**. Lima: Ara, 2009, p. 17-30.

_____. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **Doxa**, Alicante, n. 28, 2005, p. 127-139. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf>. Acesso em: 05 out. 2016.

AMBOS, Kai. **Lavagem de Dinheiro e Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Tradução de Pablo Rodrigo Alfen da Silva, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Yahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19-63.

_____. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. **Tribuna Virtual Ibccrim**. São Paulo, v. 1, n. 1, 2013, p.50-65. 01 jan. 2013 [Quinzenal]. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. **Tribuna Virtual Ibccrim**. São Paulo, v. 1, p. 6-75, 2013. [Quinzenal]. Disponível em: <[http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/autor_artigos/1-](http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/autor_artigos/1-Gustavo-Henrique-Righi-Ivahy-Badaro)

Gustavo-Henrique-Righi-Ivahy-Badaro>. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no Processo Penal. **Revista da Ajufergs**: Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 4, p.161-186, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.ajufergs.org.br/arquivos-revista/4/revista4.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valorización racional de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2007.

BITENCOURT, Cezar Robert; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Lavagem de Dinheiro segundo a legislação atual. In.: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito Penal e Processo Penal: Leis Penais Especiais I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 585-642. (Doutrinas Essenciais).

BINDER, Alberto. Prólogo. In.: SCHIAVO, Nicolás. **Valoración racional de la prueba en materia penal: un necesario estándar mínimo para la habitación del juicio de verdad**. Buenos Aires: del Puerto, 2013, p. 1-5.

BOLETIM INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Nova lei de lavagem de dinheiro: o excesso e a banalização** [Editorial], nº 237, São Paulo: IBCCRIM, 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim/276-237-Agosto-2012/?ano_filtro=2012>. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Acórdão nº 5007326-98.2015.4.04.7000/PR. Desembargador João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, RS, 16 de janeiro de 2015. Diário Eletrônico da Justiça TRF4. Porto Alegre.

BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. **A valoração das provas no processo judicial: uma aproximação ao tema**, 2013. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=531d29a813ef9471>> . Acesso em 02 de nov. 2016.

CALHEIROS, Maria Clara. Prova e verdade no processo judicial: Aspectos epistemológicos e metodológicos. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 114, [Trimestral], p.71-84, 2008.

_____. **Modelos holísticos e atomísticos de valoração da prova: o papel das histórias em Tribunal**, 2015. (Texto cedido gentilmente pela autora).

_____. O jurista-narrador. In.: PARGA, Milagros Otero (Ed.). **Tópica, Retórica y Dialéctica En La Jurisprudencia: Estudios en homenaje a Francisco Puy**. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela -facultad de Derecho, 2011, p. 103-110.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Estado de Direito e decisão jurídica: as dimensões não-jurídicas do ato de agir. In.: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Casatano de. **Decisão judicial: A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 87-137.

CHRISTENSEN, Ralph. La paradoja de la decisión judicial. Teoría de sistemas Y desconstrucción. **La crisis del principio de legalidade em el nuevo Derecho penal: decendencia o evolución?** Juan Pablo Montiel (org.) Barcelona: Marcial Pons, 2012.

CUNHA, José Ricardo (Org.). **Epistemológicas críticas do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016.

DAMASKA, Mirjan R. **El derecho probatorio a deriva**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

DEN BOER, Monica. A linguistic analysis of narrative oherence in the court-room. In.: **Law, Interpretation and Reality**. Dordrecht: Kuwer Academic Pub., 1990, p. 353.

FEDERAL. Poder Judiciário. Sentença nº 5047229-77.2014.404.7000. Curitiba, PR, 06 de maio de 2015. **Ação Penal Nº 5047229-77.2014.4.04.7000/pr**. Curitiba: Brasil, 11 maio 2015.

FERNÁNDEZ, Fernando Molina. ¿Que se protege en el Delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y la vez aproximación a la “Participación a la “participación” en el delito. In.: FERNANDEZ, Miguel Bajo; SAGGESE, Silrina Bacigalopo (Ed.). **Política Criminal Y blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 91-100.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, São Paulo, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOLDSCHIMIDT, In. **Problemas jurídicos y políticos del processo penal**, Barcelona, Bosch, p. 67.

GOMES, Dias. **O Santo Inquérito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In.: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303-317.

HABERMAS, Jürgen. Las teorías de la verdad (1973). In.: NICOLÁS, Juan Antonio; FRÁPOLLI, María José. **Teorías de la verdad en el siglo XX**. Madrid: Tecnos, 1997, p. 543-596.

IBÁÑEZ, Perfecto Andre. **Prueba y convicción judicial en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

KHALED JUNIOR, Salah H.. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

KHALED JUNIOR, Salah H.. A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo no Processo Penal. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, [Trimestral], p.340-355, 2015.

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

_____. Os *standards* de convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 353, p.15-52, fev. 2001. Bimestral. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo Knijnik - formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo_Knijnik_-_formatado.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2016.

LAUDAN, Larry. És razonable la duda razonable? In.: LAUDAN, Larry. **El estándar de prueba y las garantías en el processo penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 119-195.

LIMA, Vinícius de Melo. **Lavagem de dinheiro & ações neutras**. Porto Alegre: Juruá, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Fundamentos do processo penal:** Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAGIER, Daniel González. **Hechos y conceptos.** Universidad de Alicante, 2014. Disponível em <<http://www.uv.es/cefd/15/lagier.pdf>>. Acesso em 05 out. 2016.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito.** Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATIDA, Janaina; HERDY, Raquel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In.: CUNHA, José Ricardo (Org.). **Epistemologias críticas do direito.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016. No prelo.

MENDES, Paulo de Sousa. A incerteza factual e a prova no processo penal. In.: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (org.). **Liber Amicorum Manuel Simas Santos.** Lisboa: Rei dos Livros/Letras e Conceitos, 2016, p. 1057-1079.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Do processo e julgamento dos crimes de lavagem de capitais. In.: CARLI, Carla Veríssimo de (Org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 630-644.

MONTIEL, Juan Pablo et al (Org.). **La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2012.

MORO, Sérgio Fernando. **Autonomia do Crime de Lavagem e Prova Indiciária.** 2015. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/web/autonomia-do-crime-de-lavagem-e-prova-indiciaria/>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Pronúncia:** valoração da prova e limites à motivação. 2012. 1 v. (Dissertação de Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/DELL/Downloads/Dissertacao_versao_simplificada_Rafael_Fecury_Nogueira.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2016.

PRADO, Geraldo. **Constituição é sistematicamente violada na operação "lava jato"**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-06/geraldo-prado-constituicao-sistematicamente-violada-lava-jato>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos:** a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ilícitos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas no Processo Penal Brasileiro. In: **RIDEOUT A Twice-Told Tale: Plausibility and Narrative Coherence in Judicial Storytelling** Chris Rideout. Legal communication & rhetoric: JALWD. v. 10, 2013, p. 66-88. Disponível em <<http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=faculty>> Acesso em 12 de nov. 2016.

SCHIAVO, Nicolás. **Valoración racional de la prueba en materia penal**: Un necessário estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad. Buenos Aires: del Puerto, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. (Coleção O que é isto?) - Vol. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. **A Prova**. (Coleção Filosofia & Direito). São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **La Prueba de Los Hechos**. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. (Estructuras y processo). Bologna: Trotta, 2005.

_____. **Uma simples verdade** – O Juiz e a construção dos fatos. Madri: Marcial Pons, 2012.

_____. Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos. Cidade do México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de La Federación, 2013. **Cuadernos de divulgación de la Justicia Electoral**. Disponível em: <http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/cuaderno_20_je.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Conocimiento Científico y Criterios de la Prueba Judicial. In: GOMERO, Santiago Ortega (Org.). **Processo, Prueba y Estándar**. (Filosofía y Teoría del Derecho). Lima: Ara, 2009, p. 33-52.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TRENTO, Simone. Algunos criterios para reformar los estándares de prueba en el proceso judicial. In.: PÁEZ, Andrés (Org.). **Hechos, evidencia y estándares de prueba**. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Facultad de Ciências Sociales, Departamento de Filosofía, Ediciones Uniandes, 2015. p. 167-181.

TWINNING, W. **Evidence as a multi-disciplinary subject**. In.: “Law Probability and Risk”, Oxford University, 2003.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes *et al.* **Prova Penal**: Estado Democrático de Direito. [s.l.]: Empório do Direito e Rei dos Livros, 2015, p. 13-37.