

Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal/Edições/84 - Jun/Jul 2018 - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal/Doutrina/Desmistificando Alguns Dogmas do Processo Penal (Verdade Real, Certeza Absoluta e In Dubio Pro Reo). Em Defesa de um Novo Paradigma: a Probabilidade e o Standard de Prova para Condenação no Processo Penal (Standard Beyond a Reasonable Doubt - Além da Dúvida Razoável) /André Wagner Melgaço Reis

---

## **Desmistificando Alguns Dogmas do Processo Penal (Verdade Real, Certeza Absoluta e In Dubio Pro Reo). Em Defesa de um Novo Paradigma: a Probabilidade e o Standard de Prova para Condenação no Processo Penal (Standard Beyond a Reasonable Doubt - Além da Dúvida Razoável)**

André Wagner Melgaço Reis

*Promotor de Justiça (MPGO); ex-Assessor de Ministro do STJ.*

**RESUMO:** O presente artigo procura desmistificar alguns dogmas do processo penal que vêm sendo reproduzidos, de forma acrítica e sem maiores reflexões, por grande parte da doutrina. Inicia-se o estudo pelo dogma da verdade real, seguido pelo dogma da exigência da certeza absoluta (plena) como condição para a prolação de uma sentença penal condenatória, sendo ambos criticados. Adiante, defende-se a utilização do *standard proof beyond a reasonable doubt* (prova além da dúvida razoável) como o *standard* de prova a ser adotado para a condenação no processo penal, bem como se propõe uma releitura do princípio *in dubio pro reo*, reduzindo-se o âmbito de seu alcance, afinal, não é qualquer dúvida que deve beneficiar o réu, mas tão somente aquela que for razoável. Ao final, as conclusões são apresentadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dogmas do Processo Penal. Verdade Real. Certeza Absoluta. Sentença Condenatória. Probabilidade. Verdade Aproximativa. *Standard* de Prova para Condenação. *Standard Proof Beyond a Reasonable Doubt*. Prova Além da Dúvida Razoável. Releitura do Princípio *In Dubio Pro Reo*.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Desmistificando Alguns Dogmas do Processo Penal; 2.1 O Dogma da Verdade Real (ou a Busca de uma Verdade Aproximativa e Provável?); 2.2 O Dogma da Exigência da Certeza Absoluta para a Prolação de uma Sentença Condenatória (ou a Alta Probabilidade como Concepção Suficiente para a Formação de uma Convicção Judicial Baseada na Certeza Moral, de Natureza Subjetiva, e, Assim, Apta a Respalidar uma Condenação Penal?). 3 O *Standard* de Prova para Condenação no Processo Penal: Prova Além da Dúvida Razoável (*Proof Beyond a Reasonable Doubt*). 4 Derrubando Outro Dogma: a Dúvida nem Sempre Resulta na Absolução do Réu - uma Releitura do Princípio do *In Dubio Pro Reo*. 5 Conclusões. 6. Referências Bibliográficas.

Página 81. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

### **1 Introdução**

O objetivo do presente artigo é desmistificar alguns dogmas do processo penal que vêm sendo reproduzidos, de forma acrítica e sem maiores reflexões, por grande parte da doutrina. Inicia-se o estudo pelo *dogma da verdade real*, seguido pelo *dogma da exigência da certeza absoluta (plena)* como condição para a prolação de uma sentença penal condenatória. Ambos os dogmas são criticados. Primeiro, porque o processo penal viabiliza apenas o encontro de uma verdade aproximativa (ou provável). Segundo, porque a alta probabilidade é uma concepção suficiente para a formação de uma convicção judicial e, portanto, pode respaldar uma condenação penal. Adiante, defende-se a utilização do *standard proof beyond a reasonable doubt* (prova além da dúvida razoável) como o *standard* de prova a ser adotado para a condenação no processo penal, bem como se propõe uma releitura do princípio *in dubio pro reo*, reduzindo-se o âmbito de seu alcance, afinal, não é qualquer dúvida que deve beneficiar o réu, mas tão somente aquela que for razoável. Ao final, as conclusões são apresentadas em formas de assertivas.

### **2 Desmistificando Alguns Dogmas do Processo Penal**

#### **2.1 O Dogma da Verdade Real (ou a Busca de uma Verdade Aproximativa e Provável?)**

*Um dos grandes mitos do processo penal é a sua busca pela verdade real. Inúmeros autores - nacionais, estrangeiros, clássicos e modernos - ainda preconizam que o processo penal se rege pelo princípio da verdade material (real) [1](#), sob a ilusória crença de que se é possível comprovar os fatos passados com absoluta fidelidade histórica, i.e., de que a plena reconstrução dos fatos que sucederam seria acessível ao ser humano, mesmo com toda sua imperfeição e falibilidade, sem contar as diversas limitações legais que existem no âmbito das provas (p. ex., vedação às provas ilícitas, direito ao silêncio do réu, etc.), circunstâncias que evidentemente constituem obstáculo ao encontro da dita verdade real.*

*Ocorre que a verdade certa, objetiva ou absoluta representa sempre a expressão de um ideal inalcançável, de modo que a ideia contrária, no sentido de que se pode conseguir uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, conforme muito bem acentuou Luigi Ferrajoli [2](#). Nessa linha de raciocínio, conclui o jusfilósofo italiano que a verdade que se obtém no processo é uma verdade aproximativa. A verdade real sobre determinado acontecimento, portanto, não passa de mera utopia [3](#), sendo, pois, impossível de ser obtida [4](#). Afinal, na reconstrução histórica dos fatos passados se tem acesso apenas a fragmentos, por óbvio incompletos, da realidade do acontecimento, do evento que já ocorreu. Por isso é que René Floriot [5](#), destacado advogado criminalista francês do século XX, afirmava que mesmo nos casos mais simples é muito comum existir um elemento misterioso que ninguém conseguiu elucidar, o que só reforça a tese da impossibilidade de se apurar todas as circunstâncias de um fato criminoso. Em suma, não existe a possibilidade de se alcançar a verdade absoluta (real), pois esta extrapola os limites humanos. Como asseverou Francesco Carnelutti [6](#), em precisa síntese, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós.*

Página 82. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

*Perfilham desse entendimento diversos e respeitados autores, dentre os quais, pode-se citar, em âmbito nacional: Fernando da Costa Tourinho Filho [7](#), Antônio Magalhães Gomes Filho [8](#), Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha [9](#), Geraldo Prado [10](#), Marcellus Polastri Lima [11](#) (que afirma que o processo tem por fim a descoberta da "verdade provável"), Eugênio Pacelli de Oliveira [12](#), Rubens R. R. Casara [13](#), etc.*

*E no plano internacional: Carl J. A. Mittermaier [14](#) (fala em "certeza razoável", bem como que pretender mais do que isso seria querer o impossível, pois não se pode obter a verdade absoluta dos fatos que dependem do domínio da verdade histórica), Winfried Hassemer [15](#) (fala em "verdade forense"), Karl Heinz Gössel [16](#) (diz que a sentença tem que se fundar na "imagem de verdade" alcançada pelo juiz), Ulfried Neumann [17](#) (fala em "potencial de verdade"), Klaus Volk [18](#), Sturm [19](#), Jorge de Figueiredo Dias [20](#) (fala em "verdade prático-jurídica"), Francisco Muñoz Conde [21](#) (também usa a expressão "verdade forense"), Jordi Nieva Fenoll [22](#) (fala em "probabilidade preponderante"), Jordi Ferrer Beltrán [23](#), Manuel Jaén Vallejo [24](#), Perfecto Andrés Ibáñez [25](#) (fala em "certeza provável"), Michele Taruffo [26](#), Giovanni Brichetti [27](#) (fala em "verdade jurídica"), Nicolás Schiavo [28](#) (fala em "probabilidade de verdade"), Nicolás Gusmán [29](#), etc.*

Página 83. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

## **2.2 O Dogma da Exigência da Certeza Absoluta para a Prolação de uma Sentença Condenatória (ou a Alta Probabilidade como Concepção Suficiente para a Formação de uma Convicção Judicial Baseada na Certeza Moral, de Natureza Subjetiva, e, assim, Apta a Respaldar uma Condenação Penal?)**

Eberhardt Schmidt [30](#), expressando pensamento que representa a posição de grande parte da doutrina, afirma que constitui princípio fundamental do Processo Penal o de que o acusado somente deve ser condenado quando o Juízo, na forma legal, tenha estabelecido os fatos que fundamentam sua autoria e culpabilidade, com *completa certeza*. Se subsistir ainda apenas *a menor dúvida*, deve o acusado ser absolvido. Heleno Fragoso [31](#) conclui o raciocínio afirmando que a condenação exige a certeza (plena) e não basta, sequer, a alta probabilidade.

O magistrado e professor honorário da Universidade de Kiel, Erich Döhring [32](#), também compartilha desse entendimento, ao afirmar que uma decisão judicial somente pode estar fundada em uma *prova plena*. Diz, em suma, que no processo penal é princípio capital que o acusado somente pode ser condenado se forem constatados com certeza (plena) os fatos imputados a ele.

Página 84. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

Na mesma linha, por todos, também é o magistério doutrinário do Juiz austríaco Otto Tschadek [33](#), ao afirmar que *com a mera probabilidade, por maior que seja, não basta*. Se no procedimento probatório somente se chegar à probabilidade, não deve ser proferida uma sentença condenatória.

*Ocorre que esse paradigma - da certeza plena, absoluta - já está superado, não resistindo a uma reflexão mais apurada, notadamente quando se parte da premissa correta de que a verdade a que se chega no processo penal é uma verdade*

aproximativa (ou provável). Afinal, muito embora o objetivo da prova seja a reconstrução de um fato passado, *nunca se saberá com absoluta certeza o que realmente se passou em determinado evento. Seja pela falibilidade humana* (vide, p. ex., a precariedade da prova testemunhal, sempre prejudicada e mesmo distorcida pelo decurso do tempo, pelas falsas memórias e pelas contradições e incoerências que trazem, se confrontados os depoimentos das testemunhas, o que é normal, já que cada pessoa tem sua própria percepção da realidade. Ademais, as circunstâncias do acontecimento, filtradas pelo subjetivismo próprio de cada pessoa, fazem com que cada testemunha faça sua própria representação da realidade que viu, focando sempre, cada qual, em determinados aspectos que lhe chamam mais a atenção, o que varia conforme seja pessoa mais sensível, visual ou auditiva [34](#)), *seja pelas próprias limitações de prova que decorrem da lei* (o que evidencia que não se permite a busca da verdade a qualquer preço). Sendo assim, não há qualquer dúvida no sentido de que *as provas não têm o poder de levar à certeza plena ou absoluta, mas têm, sim, plenas condições de revelar uma alta probabilidade* [35](#) de como os fatos ocorreram, *o que basta para a formação da convicção do Juiz e de sua certeza moral (que tem natureza subjetiva)* [36](#) e, portanto, *é o que basta para que seja proferida uma sentença penal condenatória*.

Página 85. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

Essa linha argumentativa conta com o beneplácito de respeitada *doutrina estrangeira*. Senão vejamos.

Ernst Von Beling [37](#) preleciona que *para uma condenação não se deve exigir uma segurança absoluta*, pois nenhum juiz pode garantir com certeza absoluta que julgou o caso de forma acertada. Esclarece, adiante, que *segurança significa a maior probabilidade*.

Claus Roxin [38](#), em seu *Derecho Procesal Penal*, cita *julgado da Suprema Corte alemã* (BGH NStZ 83, 277), no qual se decidiu que *para uma condenação não é necessária uma segurança absoluta* que exclua obrigatoriamente outras possibilidades de ocorrência do fato, de forma que *é suficiente a certeza pessoal dos juizes*. O professor emérito da Universidade de Munique também menciona um *estudo de Hoyer*, que defende que no caso de 96% de probabilidade concreta de culpabilidade deve o acusado ser condenado.

Klaus Volk [39](#), professor emérito da Universidade Ludwig-Maximilians de Munique, sustenta que, *no processo penal, um fato é verdadeiro quando, visto objetivamente, for, em certo grau, provável* e o juiz se faz subjetivamente convencido de que tal fato ocorreu. *Nenhum procedimento de prova aporta algo mais do que probabilidades*. Adiante, reitera que desde o ponto de vista processual se necessita de uma alta probabilidade como base objetiva do convencimento referente à verdade de um fato.

Sturm, citado pelo advogado alemão Max Hirschberg [40](#), adverte que o conceito jurídico de *prova consiste num alto grau de probabilidade* e que não há, em concreto, uma diferença entre prova e verossimilhança, pois a certeza (plena e absoluta) não existe a respeito de nada. Acrescenta que a prova não equivale à realidade e sim à verossimilhança. Por fim, afirma que *o jurista, assim como o médico, trabalha com probabilidades*.

Erich Döhring [41](#), embora seja contrário, conforme visto acima, reconhece que na Alemanha, a quantidade de prova (*quantum of proof*) necessária para a formação da certeza (pessoal) é baseada no conceito de verossimilhança. Cita, também, *julgado da Suprema Corte alemã*, no qual se decidiu que *o juiz tem que se contentar com um elevado grau de verossimilhança*.

Página 86. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

François Gorphe [42](#), magistrado francês, entendia que a *certeza judicial deve se contentar com uma grande verossimilhança*.

Giovanni Brichetti [43](#), magistrado italiano, assevera que a certeza absoluta não é acessível ao homem, *é necessário que nos contentemos com a probabilidade histórica*, obtida por meio da experiência, cujo supremo grau é precisamente a *certeza moral*. E esta é somente uma *grande verossimilhança, uma forte e rígida probabilidade*.

Jordi Nieva Fenoll [44](#), professor catedrático de Direito Processual na Universidade de Barcelona, e um dos maiores estudiosos sobre o tema da valoração e raciocínio probatório, aduz, com segurança, que no âmbito do juízo jurisdicional, por mais que se pretenda o contrário, *não é possível alcançar algo melhor que uma "probabilidade preponderante"*, seja de culpabilidade, seja de inocência.

Marina Gascón Abellán [45](#), professora catedrática de Filosofia do Direito na Universidade de Castilla La Mancha/Espanha, em trabalho monográfico sobre provas, esclarece que determinada hipótese sobre fatos controvertidos poderá ser aceita como verdadeira se seu *grau de probabilidade for suficiente*, afinal, os modelos de *valoração racional das provas são necessariamente modelos probabilísticos*.

Terence Anderson, David Schum e William Twining [46](#), professores consagrados nos EUA e na Inglaterra, também perfilham do entendimento de que *as conclusões baseadas em provas são necessariamente de natureza probabilística*.

Aduzem que a prova se assemelha a um vetor, pois podem apontar para determinada direção. E acrescentam que a força ou o peso da prova sempre são expressados probabilisticamente de alguma forma.

Nicolás Schiavo [47](#), Juiz argentino, sustenta que, como a *atividade probatória* está direcionada a apuração dos fatos, ela se expressa em termos de probabilidade ("*probabilidade de verdade*"). Acrescenta, ainda, que a "verdade processual", por ser limitada, deve ser medida com base na "probabilidade prevalente". Assim, defende a tese do juízo de valoração da prova como um "esquema de *verdade probabilística prevalente*".

Nicolás Guzmán [48](#), em alentada obra específica sobre o tema, preleciona que o método que emprega o juiz no momento de raciocinar em torno dos fatos e das provas reunidas somente conduz a *resultados prováveis* e, conseqüentemente, a *certezas subjetivas*.

Página 87. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

Já em *âmbito nacional*, na mesma linha, pode-se mencionar o magistério doutrinário dos seguintes autores:

- Antônio Magalhães Gomes Filho [49](#) afirma que a consciência dos limites impostos a uma reconstrução absolutamente verdadeira dos fatos no processo tem levado a doutrina a recorrer a conceitos que indicam *aproximação da verdade, como verossimilhança e probabilidade*.

- Aury Lopes Jr. [50](#), ao discorrer sobre a atividade probatória e a reconstrução de fatos passados, afirma que o juiz se assemelha ao historiador, de modo que, após um raciocínio indutivo, chegará a uma *conclusão que tem valor de hipótese provável (probabilidade)*. Acrescenta, ainda, que a *discussão superou há muito o nível da "certeza" (plena ou absoluta) para situar-se na "probabilidade"*.

- Marcellus Polastri Lima [51](#), de forma bastante clara, assevera que no processo dificilmente ou nunca se atingirá a certeza absoluta. *O que terá o juiz é uma aproximação, ou seja, uma probabilidade*, significando que deve buscar algo mais que a simples possibilidade, ou seja, *algo mais próximo da certeza*, e isto é que é, em maior ou menor grau, a probabilidade. É o que se chama hoje de *certeza possível*, mas achamos melhor o termo *verdade provável*.

- Vicente Greco Filho [52](#) ressalta que *não se busca a certeza absoluta*, a qual, aliás, é sempre impossível, *mas a certeza relativa* suficiente na convicção do magistrado.

- Deltan Martinazzo Dallagnol [53](#), Procurador da República e Coordenador da Força Tarefa da Operação Lava Jato, escreveu uma grande obra, fruto de pesquisas que fez em seu *Master of Laws* na Harvard Law School, na qual afirma que *é inegável que, em qualquer caso de condenação criminal, o juízo é sempre de probabilidade*, ainda que elevadíssima. Dessa forma, o que existe é, sim, uma *escolha ou adoção da hipótese mais provável* como aquilo que (supostamente) aconteceu. E, adiante, alerta que o uso desses termos - verdade (absoluta) e certeza (absoluta) - tem um nefasto efeito de produzir uma ideia equivocada de que não basta existir elevada probabilidade para emissão de um decreto condenatório criminal, quando *tudo que temos, sempre, não passa de elevada probabilidade*.

Página 88. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

- Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart [54](#), em estudo de grande fôlego, asseveram que mesmo *as provas não têm a aptidão para conduzir seguramente à verdade sobre o fato ocorrido - apenas mostram elementos de como, provavelmente, o fato ocorreu*; são um indicativo, mas não necessariamente levam à caracterização absoluta do fato, tal como efetivamente ocorreu. Adiante concluem que é "impossível atingir-se a verdade sobre certo evento histórico. *Pode-se ter uma elevada probabilidade sobre como ele se passou, mas nunca a certeza (absoluta) da obtenção da verdade*".

Enfim, do exposto, pode-se afirmar que *as provas não têm o poder de revelar, com absoluta certeza, a realidade do fato passado*. Todavia, elas seguramente *podem indicar uma alta probabilidade de como o fato ocorreu, o que basta para que o juiz forme a convicção necessária para a prolação de uma sentença penal condenatória*, afinal, ter-se-á obtido uma verdade muito próxima da realidade do fato ocorrido (verdade aproximativa ou provável). Vale frisar que essa convicção nada mais é do que a certeza pessoal (ou moral), de natureza subjetiva, que deve estar presente no espírito do magistrado ao condenar o réu [55](#). Muito embora essa certeza seja subjetiva, está ela respaldada em elementos de natureza objetiva (as provas produzidas), que viabilizam ao juiz se aproximar com a segurança necessária da realidade dos fatos que ocorreram, situação suficiente para a formação de sua convicção e, conseqüentemente, para a prolação de uma condenação.

Nesse contexto de *valoração e raciocínio probatório*, direcionado à busca da verdade provável (ou aproximativa) e, por conseguinte, da certeza pessoal (moral) do juiz - certeza, esta, necessária para a formação de sua convicção -, *é que surgem standards de prova, sendo o mais adotado, a fim de respaldar uma condenação, o modelo anglo-saxão proof beyond a reasonable doubt*.

### 3 O Standard de Prova para Condenação no Processo Penal: Prova Além da Dúvida Razoável (Proof Beyond a Reasonable Doubt) [56](#)

Susan Haack [57](#), professora na Universidade de Miami/EUA, afirma que um julgamento não é como uma investigação científica, na qual se pode tomar o tempo necessário para esmiuçar todas as provas possíveis. Afinal, as determinações jurídicas dos fatos estão sujeitas a limitações de tempo e de restrições a respeito da forma de obtenção e do tipo de provas que podem ser legalmente apresentadas. Conclui asseverando que *o que se exige do julgador dos fatos não é que determine se o acusado é culpado, mas sim que defina se a culpabilidade do acusado foi estabelecida pelas provas produzidas no grau exigido*. E este grau, *esta quantidade de prova* (quantum of proof) *exigida no processo penal, para fins de condenação, é o da prova mais além da dúvida razoável*.

Página 89. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

Oriundo do Direito Anglo-Saxão, o standard de prova beyond a reasonable doubt (*além da dúvida razoável*) constitui o critério atualmente mais aceito, no âmbito do processo penal, para se proferir um julgamento justo (fair trial) [58](#). Além do mais, tal standard conduz à interpretação mais correta e lúcida do princípio in dubio pro reo.

Conforme o standard de prova beyond a reasonable doubt, *havendo prova além da dúvida razoável da culpabilidade do réu, é o que basta para a prolação de uma sentença condenatória*, sendo certo, também, que tal dúvida razoável deve ser valorada de acordo com as dificuldades probatórias do caso concreto e, também, em função do delito praticado [59](#).

Como bem disse Alan Dershowitz [60](#), famoso advogado e professor emérito na Harvard Law School, os cientistas buscam a verdade. Os filósofos buscam a moral. *Um processo penal busca somente a prova mais além de toda a dúvida razoável. E o que seria dúvida razoável?*

Para esclarecer esse conceito, Larry Laudan [61](#) menciona um famoso caso julgado em 1850 (*Common wealth v. Webster*, 59 Mass. 295:320 [1850]), na qual o Juiz Lemuel Shaw, Presidente da Corte Suprema de Massachussets/EUA, proferiu uma decisão que se converteu na formulação clássica do standard além da dúvida razoável. Segundo o referido magistrado, a dúvida razoável é um termo usado com frequência, provavelmente bem compreendido, todavia difícil de definir. *Não se trata simplesmente de uma dúvida possível*, já que tudo que está relacionado com a atividade humana, que depende de provas que apenas produzem certeza moral, está aberto a alguma dúvida possível ou imaginária. *A dúvida razoável trata, portanto, desse estado do caso que deixa a mente do julgador em uma condição tal que não possa dizer que experimenta uma convicção perdurável, que produz certeza moral, sobre a verdade buscada*. Se subsiste uma dúvida razoável em relação à prova da culpabilidade, o acusado tem direito de se beneficiar da presunção de inocência e ser absolvido. Assim, as provas não de estabelecer a verdade dos fatos, no sentido de produzir uma certeza razoável ou moral, vale dizer, uma certeza que convence, dirige o entendimento e que satisfaz a razão e o juízo dos julgadores. Isto, conclui, é o que se considera prova mais além de toda a dúvida razoável.

Página 90. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

Sobre o tema, Jordi Nieva Fenoll [62](#), professor catedrático da Universidade de Barcelona, preleciona que, *no processo penal*, a exigência do standard de prova é muito mais alta que no processo civil, pois *se exige que a culpabilidade do réu esteja demonstrada "mais além de toda a dúvida razoável"*. Essa expressão diz ao julgador que *a probabilidade de o acusado ser responsável pelos fatos deve ser valorada como muito alta para que seja declarado culpado*. Assim, reconhece não ser possível se chegar à completa certeza (certeza absoluta). E acrescenta, ainda, que *exigir essa certeza plena provocaria um aumento irracional do número de absolvições*.

A propósito, Lord Nicholls [63](#), Juiz da Court of Final Appeal, na Inglaterra, assevera que *a lei busca a probabilidade, não a certeza*, pois esta é raramente acessível. Dessa forma, aduz que, *se a evidência é tão forte contra uma pessoa, a ponto de deixar apenas uma remota possibilidade em seu favor*, que pode ser afastada com o raciocínio, é claro que é possível, mas não é minimamente provável, *então o caso estará provado acima da dúvida razoável*.

Cumprir registrar, também, o magistério doutrinário de Perfecto Andrés Ibáñez [64](#), magistrado do Tribunal Supremo da Espanha, ao afirmar que *decidir jurisdicionalmente conforme a presunção de inocência, em rigor, equivale a entender que somente se condenará quando não existir nenhuma dúvida razoável acerca da realização do delito e da identidade do autor*.

É de se ressaltar que o standard de prova para além de uma dúvida razoável é adotado, p. ex., pelo Tribunal Penal Internacional [65](#), pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos [66](#), pelo Tribunal Constitucional da Espanha [67](#), estando, também, previsto expressamente no novo Código de Processo Penal Chileno [68](#), que, aliás, é um dos mais modernos dentre os países da América do Sul.

Página 91. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

No Brasil, o STF já faz menção a tal *standard* desde o ano de 1996 (vide, p. ex., HC 73.338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.12.96). Esta excelsa Corte, também, citou-o no emblemático caso do Mensalão (APN 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 22.04.2013), ocasião em que o Ministro Luiz Fux consignou, com bastante propriedade, que o critério de que a condenação tenha que provir de uma *convicção formada para "além da dúvida do razoável"* não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório. *Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação.* E mais recentemente, o referido *standard* foi mencionado nos julgamentos de duas ações penais de competência originária (AP 521/MT, DJe 06.02.2015 e AP 580/SP, DJe 26.06.2017), tendo nesta última a Ministra Relatora Rosa Weber afirmado expressamente que a presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o *standard* anglo-saxônico no sentido de que a *responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (proof beyond a reasonable doubt)*.

Este *standard* de prova também tem sido cada vez mais utilizado pelos Tribunais e pelos Juízes, dentre os quais pode-se citar o destacado Juiz Federal Sergio Fernando Moro, que de longa data já vem embasando suas sentenças na "prova além da dúvida razoável".

Por outro lado, impende ressaltar que o *standard de prova beyond a reasonable doubt é perfeitamente compatível com o Direito Processual Penal brasileiro*. Veja-se, a propósito, o art. 386, VI, do CPP, que dispõe que o réu será absolvido quando houver *fundadas dúvidas* sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou que o isentem de pena. *Fundadas dúvidas devem ser lidas como dúvidas razoáveis, i.e., não como simples e mera dúvida.* O art. 386, VII, do CPP, por sua vez, consigna que o réu deve ser absolvido quando não existir prova suficiente para a condenação, ou seja, *quando não for produzida prova além da dúvida razoável deve o acusado ser absolvido, ficando evidente, portanto, que não é qualquer dúvida que enseja a absolvição, mas sim aquela fundada e razoável dúvida (reasonable doubt)*. Nessa linha, por todos, é entendimento abalizado de Deltan Dallagnol [69](#).

Página 92. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

Enfim, a adoção do *standard* de prova acima da dúvida razoável traduz o alto grau de probabilidade necessário a produzir a certeza pessoal (convicção) que se exige para fins de condenação no processo penal (*guilty beyond a reasonable doubt*) [70](#), afinal, *havendo provas suficientes do fato criminoso praticado - e não, frise-se, prova plena, cabal ou absoluta -, deve o acusado ser condenado* [71- 72](#).

#### 4 Derrubando Outro Dogma: a Dúvida nem Sempre Resulta na Absolvição do Réu - uma Releitura do Princípio do In Dubio Pro Reo

Como visto, pelo *standard* de prova *beyond a reasonable doubt*, apenas a dúvida que seja razoável - e não qualquer simples dúvida - afasta a condenação, e é sob essa ótica que deve ser compreendido o princípio do *in dubio pro reo*.

Consoante Anthony Morano [73](#), a exigência da dúvida razoável surgiu justamente para evitar decisões absolutórias baseadas em dúvidas irracionais ou ilógicas, o que não deixa de ser uma forma de se tutelar os interesses maiores da sociedade, no sentido de se punir aquele que praticou um crime.

Assim, como bem preleciona Klaus Volk [74](#), professor emérito da Universidade Ludwig-Maximilians, de Munique, as *dúvidas teórico-abstratas persistem sempre e não habilitam o juiz a aplicar o in dubio pro reo*. Ou nas palavras de Alex Stein [75](#), professor visitante na Harvard Law School, *o acusado não se beneficia de qualquer tipo de dúvida*.

Página 93. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

Nesse ponto, vale mencionar as considerações de Márcio Schlee Gomes [76](#), Promotor de Justiça do MPRS, com destacada atuação no Tribunal do Júri, ao afirmar que *sempre haverá uma justificativa ou versão oposta que poderá criar uma "dúvida" no processo*. Entretanto, para neutralizar a hipótese acusatória, a qual, digamos, esteja alicerçada em elementos probatórios firmes e seguros, *deve ser verificada a sua real dimensão, não meros subterfúgios defensivos (chamadas hipóteses ad hoc, como "teoria do complot")*. Não é "qualquer dúvida", mas aquela que seja "razoável", no sentido de abalar a tese acusatória e, assim, colocar o julgador no caminho da "insuficiência de provas" para condenar.

Assim tem entendido a Suprema Corte Alemã, ao decidir que as dúvidas possíveis apenas teoricamente não conduzem a uma absolvição (BGH NStZ 91, 399) [77](#).

A Suprema Corte dos EUA, no caso Sandoval v. California, 511 U.S. 1, 6 (1994), também decidiu que *uma simples dúvida possível não enseja a absolvição*. Ou seja, a prova pode gerar uma condenação mesmo quando não são afastadas as dúvidas meramente possíveis [78](#).

Nosso STF, no caso do Mensalão, conforme dito acima, mas que aqui se repete pela importância do precedente, também decidiu que *toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação* (trecho do voto do Ministro Luiz Fux, na APN 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 22.04.2013). E assim o deve ser, pois consoante já advertia o eminente decano da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg/Alemanha, Carl J. A. Mittermaier <sup>79</sup>, no longínquo ano de 1834, *sempre a imaginação fecunda do cético, lançando-se ao possível, inventará cem motivos de dúvida*. Dessa forma, recusar a se admitir a certeza (pessoal) sempre que se possa imaginar uma hipótese contrária, *faria impune os maiores criminosos e, por conseguinte, a anarquia se introduziria fatalmente na sociedade*.

Dessa forma, para o adequado funcionamento da Justiça Criminal, que pressupõe a ausência ou pelo menos a redução da impunidade, *deve o princípio in dubio pro reo ser lido com mais rigor*. Vale dizer, *não é qualquer mera, simples e possível dúvida, ou a dúvida inconsistente, fantasiosa, imaginária, teórica, abstrata ou meramente retórica que enseja a absolvição do réu*. Se assim o fosse, praticamente nunca o juiz se sentiria apto a condenar, pois de quase tudo se pode duvidar, ainda mais no âmbito das provas, que, embora busque a reconstrução de um fato passado, *revelará apenas uma verdade próxima à realidade do evento que ocorreu*. Dito de outro modo, *tão somente uma verdade aproximativa (ou provável) <sup>80</sup> é que se mostra possível de se alcançar no processo penal*. Sendo assim, para se ter um julgamento que prestigie não só a efetividade da Justiça Criminal, mas também a lógica da probabilidade que impera no contexto das provas, *apenas a dúvida justa, séria, honesta, real e substancial, baseada na razão e nas provas, enfim, apenas a dúvida razoável é que pode respaldar uma sentença absolutória*.

Página 94. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

Sobre o tema, mostra-se bastante pertinente o entendimento de Jordi Nieva Fenoll <sup>81</sup>. Este destacado professor catedrático espanhol, em obra específica sobre o assunto, *questiona se, no caso de persistência da dúvida, deve o réu ser inocentado*, como preconiza, em tese, o ordenamento jurídico, *ou deve ser julgado culpado*, como várias vezes requer a sociedade. Em resposta, *afirma, de plano, que a dúvida, por menor que seja, seguirá sempre existindo*. Adiante, aduz que, em realidade, qualquer juiz se conforma com uma *probabilidade preponderante*, seja de culpabilidade, seja de inocência. Logo, nunca estará totalmente seguro, cem por cento, de quase nada. Sendo assim, *se o acusado tiver probabilidades fundamentadas de ser culpado, não será absolvido, apesar da secular admoestação in dubio pro reo*. A razão é que a dúvida sempre existe, em maior ou menor medida. Dessa forma, *afirma que a situação de dúvida se resolve em favor da probabilidade preponderante, seja de inocência, seja de culpa, segundo o resultado das provas*. Enfim, *em caso de incerteza, não se deve aplicar nenhuma regra radical (p. ex., na dúvida sempre se absolve), mas sim deve se considerar provada a hipótese que, apesar de tudo, conte com maiores elementos de prova que possam fundamentá-la cientificamente*. Como se percebe, sua linha de entendimento, apesar de fazer uso de terminologia específica ("probabilidade preponderante", inclusive nas hipóteses de dúvida), vai ao encontro da tese aqui sustentada, qual seja, a da exigência de dúvida razoável para justificar a prolação de uma sentença absolutória, *afastando, assim, o falso dogma, mas muito utilizado pela defesa do acusado, no sentido de que toda e qualquer dúvida deve ensejar a absolvição do réu*. Nada mais equivocado, conforme a linha de entendimento aqui defendida.

## 5 Conclusões

De todo o exposto, *cinco importantes conclusões* devem ser extraídas:

Página 95. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

1. *A verdade que se obtém no processo penal é uma verdade aproximativa (ou provável)*. A verdade real não passa de mera utopia, sendo, pois, impossível de ser obtida.
2. *As provas não têm o poder de revelar, com absoluta certeza, a realidade do fato passado*. Todavia, elas seguramente podem indicar uma alta probabilidade de como o fato ocorreu, o que basta para que o juiz forme a convicção necessária para a prolação de uma sentença penal condenatória.
3. *No âmbito do processo penal, para fins de condenação*, deve ser adotado o standard de prova *beyond a reasonable doubt*. Dessa forma, *havendo prova além da dúvida razoável da culpabilidade do réu, é o que basta para a prolação de uma sentença penal condenatória*.
4. O standard de prova *beyond a reasonable doubt* *é perfeitamente compatível com o Direito Processual Penal brasileiro*, tanto que já vem sendo adotado por nossa Suprema Corte em diversos julgados.
5. O princípio *in dubio pro reo* deve ser interpretado de acordo com o standard de prova *beyond a reasonable doubt*. Logo, *não é qualquer mera, simples e possível dúvida, ou a dúvida inconsistente, fantasiosa, imaginária, teórica, abstrata ou meramente retórica que enseja a absolvição do réu, mas tão-somente a dúvida justa, séria, honesta, real e*

*substancial, baseada na razão e nas provas, enfim, apenas a dúvida razoável é que pode respaldar uma sentença absolutória.*

TITLE: Demystifying some dogmas of criminal procedure (real truth, absolute certainty and *in dubio pro reo*). In defense of a new paradigm: probability and standard of evidence for conviction in criminal procedure (standard beyond a reasonable doubt).

ABSTRACT: This article tries to demystify some dogmas of the criminal procedure that have been replicated, uncritically and without much reflection, by many jurists. The study begins by the dogma of real truth, followed by the dogma of the requirement of absolute (full) certainty as a condition for the drawing up of a criminal sentence, both being criticized. Afterwards, the use of the standard proof beyond a reasonable doubt is defended as a standard of evidence to be adopted for the conviction in criminal procedure. A reinterpretation of the *in dubio pro reo* principle is proposed, reducing its scope, for, after all, there is no doubt that it should benefit the defendant, but only as far as it is reasonable. Conclusions are presented at the end.

KEYWORDS: Dogmas of Criminal Procedure. Real Truth. Absolute Certainty. Conviction. Probability. Approximate Truth. Standard of Evidence for Conviction. Standard Proof Beyond a Reasonable Doubt. Reinterpretation of the *In Dubio Pro Reo* Principle.

## 6 Referências Bibliográficas

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, Willian. *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

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

Página 96. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BELING, Ernst von. *Derecho procesal penal*. Barcelona: Labor, 1943.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Ejea, 1971.

BRICHETTI, Giovanni. *La evidencia en el derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ejea, 1973.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 9, jul./set. 1998.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DÖHRING, Erich. *La prueba: su práctica y apreciación*. Buenos Aires: Ejea, 1972.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2014.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

\_\_\_\_\_. *Prueba e verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Bogotá: Temis, 1968. t. I.

FLORIOT, René. *A verdade por um fio*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1973.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. v. II.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

GOMES, Márcio Schlee. *A prova indiciária no crime de homicídio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GOMES FILHO, Antônio de Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis et al. *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

GORPHE, François. *De la apreciación de las pruebas*. Buenos Aires: Ejea, 1950.

GÖSSEL, Karl Heinz. La verdad en el proceso penal ¿es encontrada o construida? In: *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

GUSMÁN, Nicolás. *La verdade nel proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011.

HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica* In: CARMEN VÁZQUEZ (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

\_\_\_\_\_. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. México: Editorial Ubijus, 2009.

HIRSCHBERG, Max. *La sentencia errónea en el proceso penal*. Buenos Aires: Ejea, 1969.

HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1945.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *La verdad en el proceso penal*. Disponível em: <[www.elderecho.com/tribuna/penal/Claves-procesopenal\\_11\\_535555003.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Claves-procesopenal_11_535555003.html)>.

\_\_\_\_\_. *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ejea, 1963. v. II.

LIMA, Marcellus Polastri. A chamada verdade real: sua evolução e o convencimento judicial. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

**Página 97. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 84 - Jun-Jul/2018**

LOPES Jr., Aury. O problema da verdade no processo penal In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Saraiva, 1960. v. I.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. São Paulo: RT, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millenium, 2003. v. II.

MITTERMAIER, Carl J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1879.

\_\_\_\_\_. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Madrid: Reus, 1979.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

NEUMANN, Ulfried. *La pretensión de verdad e el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madrid: Edisofer SL, 2012.

\_\_\_\_\_. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

REIS, André Wagner Melgaço. O standard de prova para condenação no processo penal: prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*). Uma releitura do princípio *in dubio pro reo*. (Artigo com previsão de ser publicado na *Revista Parquet em Foco*, n. 3, Escola Superior do MPGO, 2018, no prelo)

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SCHIAVO, Nicolás. *Valoración racional de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2011.

\_\_\_\_\_. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2017.

TSCHADEK, Otto. *La prueba*. Bogotá: Temis, 2010.

VOLK, Klaus. *Curso fundamental de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

\_\_\_\_\_. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.