

DANILO KNIJNIK
Mestre (UFRGS). Doutor (USP). Advogado

**A PROVA NOS JUÍZOS CÍVEL,
PENAL E TRIBUTÁRIO**



Rio de Janeiro
2007

tia, a consciência da chance de erro; b) do modelo demonstrativo, há de ficar-se com o objetivo de, sempre que possível, obter-se uma reconstrução fática próxima do mundo fenomênico. Da articulação dessas duas correntes filosóficas, poder-se-á concluir que, entre verdade e prova, não existe um *vínculo ontológico*, de mais a mais irrealizável, dentro ou fora do processo, mas um *vínculo teleológico*, de forma que o sistema deve orientar-se ao atingimento deste fim.

1.5. É “livre” o livre convencimento do juiz? Introdução à teoria dos “modelos de constatação”

Afirma Nobili que o princípio do livre convencimento tem seus custos. É verdade. Segundo o autor, “a exaltação desse critério de valoração das provas não nos exige de uma realista consideração de suas possíveis degenerações patológicas”.⁵⁵ Também Rosoni assevera que “a esta passagem (da prova legal para o sistema da livre convicção) se atribuem múltiplos significados em termos de progresso e civilidade jurídica”, mas é preciso “verificar o fundamento desta interpretação”.⁵⁶

De fato, o sistema da tarifa legal visou a mitigar a arbitrariedade do juiz, outorgando racionalidade ao acerto fático.⁵⁷ Quando a tarifa legal foi substituída pelo sistema da livre convicção, os autores observaram o surgimento de uma “tendência a reduzir a atividade cognoscitiva do juiz a um fenômeno de pura consciência, que se exaure sob o pano íntimo e imperscrutável de mera subjetividade”,⁵⁸ reduzindo-o, conforme o mesmo Nobili, a um aspecto “misterioso e inefável, a ponto de não poder ser sujei-

55 NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 6.

56 ROSONI, Isabella. *Quae singula non prosunt, collecta uivant; la teoria della prova indiziaria nell'età medioevale e moderna*. Milano: Giuffrè, 1995, p. VII.

57 Nesse sentido, ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalía Ed., 1974, 1º vol., p. 88, assinala que ele “representou um avanço transcendental na administração da justiça e no ordenamento jurídico geral dos Estados, ao desalojar os meios bárbaros e fanáticos que caracterizaram esse último processo (...), de maneira que, no aspecto histórico, a tarifa legal merece todo tipo de elogios e ninguém pode negá-lo, sem demonstrar crassa ignorância”, exatamente porque aí, ao contrário das provas bárbaras, a regra funda-se no *id quod plerumque accidit*.

58 *Id.*, p. 7.

to a análises e controles, portanto, impenetráveis a qualquer tipo de indagação”.⁵⁹

Na verdade, segundo Nobili, a aplicação do princípio teria dado lugar a duas vertentes interpretativas: uma, tendente à exaltação do momento emocional e subjetivo da decisão judicial; outra, vinculada a uma leitura racional, logicista.⁶⁰ Nessa tensão, a concepção positivista garantiu o predomínio da primeira, pois o jurista nada tinha a fazer com os fatos, que sequer diziam respeito ao seu saber tecnológico.

Atualmente, porém, tem-se procurado resgatar a idéia de que a liberdade do convencimento judicial, não submetido a regras jurídicas determinadas de valoração, está sujeito às regras da lógica e a certos postulados jurídicos, no sentido de afastar o subjetivismo. Se o direito tem de se haver com os fatos, porque indissociáveis das normas, há necessidade de evitar-se o arbítrio na reconstrução fática, criando mecanismos de vinculação e controle.

Assim, a doutrina vem salientando que o livre convencimento não significa um convencimento propriamente “livre”.⁶¹ Assinala-se que “a liberdade de apreciação das provas não significa ausência de regras a que o julgador deve recorrer no momento da valoração do material probatório”.⁶² O convencimento livre “não deve entender-se ou fazer-se equivalente a fechado e inabordável critério pessoal e íntimo do julgador, mas a uma apreciação lógica da prova, que não está isenta de pautas ou diretrizes de caráter objetivo”. Supõe-se, pois, uma “valoração racional e lógica”.⁶³ A vinculação é de tipo diverso da imposta pela tarifa legal. Com Guasch Fernández, “o perigo de incorrer em arbitrariedade está presente na livre apreciação, caso não se dê uma definição baseada em critérios de racionalidade”, apelando-se para “critérios racionais, de modo que, ainda que não se esteja vinculado por normas jurídicas, se esteja por normas lógicas”.⁶⁴

59 *Ib.*, p. 8.

60 NOBILI, Massimo. *Il principio*, ob. cit., p. 55.

61 SALAVERRIA, Juan Igartua. *La valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, pp. 48 e ss., reportando-se para jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha.

62 ESTRAMPES, M. Miranda. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 151.

63 *Id.*, p. 162.

64 FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 325.

Essa “objetivização” está dirigida à razão prática, à lógica do discurso e à teoria da argumentação. Por definição, ensina Guasch Fernández, todo juízo há de ser lógico (...). As regras da razão crítica são *standards* jurídicos, que atuam como princípios da conduta humana a seguir. Mais que servir de limite à livre apreciação, fundam a correção do juízo que se obtém através delas. A razão crítica é, basicamente, a aplicação dos princípios do correto entendimento humano com especial fundamento na lógica jurídica, na equidade e na justiça e nos princípios científicos do direito.⁶⁵ Outrossim, tem por base o princípio da fundamentação das decisões judiciais. Assim, Ghirardi afirma que “se a fundamentação da sentença tem hierarquia constitucional e existe um controle de constitucionalidade, disso segue-se a necessidade de um controle lógico do raciocínio do juiz (...). Daí que o processo repousa também na teoria do raciocínio correto, já que o juiz tem o dever constitucional de raciocinar corretamente e de não violar as regras que regem o pensar”.⁶⁶

Naturalmente, há diversos enfoques a partir dos quais se pode submeter o princípio do livre convencimento a critérios de racionalidade e controle. Um deles, porém, sobressai em importância jurídica. Trata-se dos chamados “*critérios de decisão*”, “*standards*” ou, como preferimos, em atenção ao direito comparado, os “*modelos de constatação*” dos fatos. A propósito, Jaume Balmes afirma que “pensar bem é conhecer a verdade ou dirigir o entendimento pelo caminho que a ela conduz”.⁶⁷ Assim, o *critério* não é mais que “um meio para conhecer a verdade”. Com isso, quer-se sus-

65 *Id.*, p. 331.

66 GHIRARDI, Olsen A. “Logica de la casacion; errores in cogitando”. In: *Scritti in onore di Elio Fazzalari*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 493.

67 BALMES, Jaume. *O critério; estudos de philosophia practica*. São Paulo: Imprensa Comercial, 1936. Note-se, apenas a título de exemplo, a preocupação do autor em evitar o erro. Assim, adverte Balmes que, para julgar bem, “devemos cuidadosamente despojar-nos de nossas idéias e afeições particulares e guardar-nos de crer que os outros obrarão necessariamente como nós obraríamos” (p. 56). Depois alerta contra a parcialidade de certos espíritos: “Há certos espíritos, aliás, muito lúcidos e penetrantes, que se transviam às vezes deploravelmente. Já demos a razão. Não encaram as cousas senão por um lado, e estabelecem sobre o conhecimento assim adquirido, sobre esta base imperfeita, uma série de raciocínios que conduzem fora de termos e o resultado é chegarem a conclusões absurdas” (p. 101). Alerta, ainda, para o preconceito: “Fonte inesgotável de erros, verdadeiro escolho das ciências, é um dos maiores obstáculos ao seu progresso. (...) O homem a quem um preconceito domina não vê nos livros nem nas cousas o que os livros e as cousas contêm, mas só vê aquilo de que precisa para

tentar que existem “modelos de constatação”,⁶⁸ comumente denominados *standards*, que funcionam como critérios, pelos quais o juízo de fato é formalizado. Esses critérios devem ser postos em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes sejam conhecidas, debatidas em contraditório e, em sendo o caso, corrigidas.⁶⁹

A título de exemplo, em demanda indenizatória por acidente de trânsito, deve-se raciocinar com base numa “*preponderância de provas*” para que se dê por demonstrado o fato “x”; por este critério guiar-se-ão o juiz e as partes. Já em ação de improbidade, o modelo de constatação é outro, mais rigoroso, exigindo-se uma “*prova clara e convincente*”; e outro deveria ser, portanto, o critério empregado pelo juiz, pelo tribunal e pelas partes na formação do juízo de fato e sua discussão. Numa ação penal, enfim, será necessário observar-se outro modelo de constatação: a “*prova além da dúvida razoável*”, e diversamente estará orientada a construção do juízo fático. Como se vê, esses “modelos de constatação” são critérios, pautas objetivas, sujeitas ao controle e à discussão das partes, na constatação de fatos, e auxiliam na evitação do erro ou do arbítrio.

apoiar suas opiniões” (pp. 113-114). Aliás, a história oferece vários exemplos de julgamento por preconceito. C. HOFFER, *The Salem witchcraft trials, a legal history*. Kansas: Un. Press of Kansas, 1997, pp. 74 e ss., levantou a tese de que, nos processos medievais pelo crime de bruxaria, a principal, e também a pior prova, fora o preconceito: “A pior prova é o mero preconceito, que induz o júri a atingir um veredito em bases impróprias.” Portanto, a obra de Balmes representa um momento importante no pensamento classicista, uma espécie de guia contra a contingente falibilidade do conhecimento humano.

68 Cf. WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Colômbia: Temis, 1985, p. 98, “*verdad es que no por emplearse en todas las leyes procedimentales el mismo concepto de 'libre apreciación' tiene que aplicarse en todas ellas también el mismo 'modelo de constatación'*”, o que, como sustentaremos mais adiante, é absolutamente correto, pois os modelos de constatação não são lineares, variando conforme os reflexos do direito material.

69 Cf. LIEBMAN, Enrico T. *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, p. 73: “O regime legal da prova é, portanto, aquele que fornece, no exercício da função jurisdicional, um *standard* médio nos resultados da instrução probatória, o que, no maior número de casos, permitirá atingir um grau satisfatório de aproximação à verdade, mas que pode também sacrificar algum aspecto peculiar dos casos que oferecem particulares dificuldades à indagação ou que principalmente se afastam dos esquemas da realidade quotidiana mais freqüente.”

Assim, respondendo à questão de saber se a livre convicção do juiz é livre, concluímos, com Fernández, que “não parece muito própria a definição da convicção como livre, pois aos órgãos jurisdicionais não se concedem margem subjetivas (...). É aceitável a qualidade de livre se se predica um sistema que atua segundo regras superiores”.⁷⁰ Tais regras não são jurídicas, mas lógicas; a liberdade de que se cuida é uma *liberdade objetiva*, não uma liberdade subjetiva. E para obter-se tal objetividade, é impositivo que a decisão defina, como questão jurídica prévia, por qual modelo de constatação estará orientada, para que disso saibam as partes.

1.6. Livre convencimento e admissibilidade das provas. Distinção de planos necessária ao correto funcionamento do princípio

Examinou-se que o livre convencimento não é um convencimento alheio a regras, nem pode ser reduzido a um mandato de livre admissão de provas. Procurou-se frisar a necessidade de que a decisão judicial indique e fundamente o modelo de constatação utilizado. Com efeito, “se o legislador estabelece um procedimento que pode ser violado ao arbítrio dos juízes, não faz uma lei, mas limita-se a dar um conselho”. E daí segue-se outra distinção fundamental, sem a qual nenhuma segurança jurídica é possível: o juízo inerente ao livre convencimento não se confunde com o *juízo de admissibilidade das provas*. São planos diversos que devem ser separados com nitidez.

Porém, não raro, observa-se uma assimilação indevida do problema da admissibilidade de uma prova ao problema do livre convencimento. Veja-se, nesse sentido, o julgado que segue:

“CRIMINAL. RMS. BUSCA E APREENSÃO. PROVA ILÍCITA. ILEGALIDADE NÃO-DEMONSTRADA DE PRONTO. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO. LEGALIDADE DA DECISÃO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. O mandado de segurança constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como as alegações de que a decisão que determinou a busca e apreensão na residência e no escritório do recorrente estaria fundamentada exclusivamente em prova ilícita, se não demonstrada, de pronto,

70 FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho...*, p. 322.

que preza o dinheiro de alguém. Uma vez que a vida e a liberdade estão em jogo num processo criminal, ao passo que nos casos não criminais apenas interesses econômicos estão em jogo, um nível de prova maior é exigido. A exigência servirá de escudo, preservando o *status quo* (vida, liberdade ou interesses econômicos) até que o interesse em preservá-lo seja superado pela prova”.³⁰

Chega-se, assim, às seguintes conclusões: a) não há distinções ontológicas entre a prova indiciária e a prova direta, podendo o julgador, pelo princípio da livre convicção, formar o juízo de fato com base na prova indireta; b) em determinados casos, tal prova, outrossim, não será subsidiária, mas a única disponível e compatível com a natureza da causa; c) o que existe é uma maior chance de erro, a impor cuidados e cautelas adicionais; d) quando se está no terreno da prova indiciária, “o cuidado é requerido. A inferência é um processo imperfeito, e o juiz tem o dever de prevenir decisões baseadas em conjecturas, especulações ou palpites”.³¹ Então, nesses casos, também deverá variar o “modelo de constatação” empregado pelas partes, juiz e tribunal.

2.2. A necessária definição dos modelos de constatação na formação do juízo de fato como requisito de validade da decisão judicial

Procurou-se demonstrar que não existe diferença ontológica entre prova indiciária e prova direta, havendo, isto sim, maior exposição ao erro, de modo que “um teste mais rigoroso é geralmente utilizado para verificar se a prova é suficiente”.³² Diríamos nós: de modo que um modelo de constatação diferenciado se faz necessário.

A propósito, o direito romano-germânico tem atentado para essa circunstância. Concita-se o juiz a ter cautela, a avaliar se os indícios são concatenados e assim por diante. Todavia, a ausência de categorias jurídico-probatórias mais claras torna difícil a efetiva submissão da matéria ao crivo do contraditório. Falta, pois, um critério objetivo de análise, que deva ser exposto e fundamentado.

O mecanismo que melhor permite a submissão do juízo de fato ao contraditório objetivo consiste, precisamente, em definir-se, como *questão de direito* antecedente, qual *modelo de constatação* será empregado no

[não se
como usar
o standard
no processo
civil. Já
a regra do
CPP propõe]

30 MONTEE, Karen Ann. “Sufficiency of circumstantial evidence on Nebraska civil cases: what is the test?”. In: *Nebraska Law Review*, vol. 60, p. 646, 1981.

31 *Id.*, p. 647.

32 “The Sufficiency of circumstantial evidence”. In: *Columbia Law Review*, nº 55, p. 549, 1955.

processo de formação do juízo de fato. Obviamente, a adoção de um ou outro critério tem decisiva influência prática no resultado concreto da decisão e, portanto, é matéria que interessa às partes e ao julgador.

Na experiência judiciária brasileira, não se tem o hábito de, previamente, indicar o modelo de constatação utilizado, embora necessariamente um modelo esteja implicado no decidir. Estudo relatado por Diamond revelou que, mesmo entre juizes americanos, habituados à utilização de tais modelos, existe enorme indeterminação de sentido.³³ Anote-se que os modelos de constatação, porém, não são estranhos à jurisprudência brasileira. Emblemática, nesse ponto, decisão do STJ, que anulou condenação criminal baseada em indícios, porque o tribunal utilizou-se de um modelo de contestação fundado na “alta probabilidade”, quando deveria valer-se da “certeza”: “A condenação requer *certeza, sub specie universalis*, alcançada com prova válida, não bastando a *alta probabilidade* ou a certeza subjetiva do julgador.”³⁴

33 A pesquisa envolveu quatro modelos de constatação: (i) preponderância; (ii) prova clara e convincente; (iii) prova clara, convincente e inequívoca; e (iv) prova acima da dúvida razoável e consta do acórdão Estados Unidos v. Fatico, 458 F. Supp. 388, 410 (E.D.N.Y. 1978):

PROBABILIDADES ASSOCIADAS AOS CRITÉRIOS DE PROVA POR JUÍZES DE NOVA IORQUE				
Juiz	i	ii	iii	iv
1	50+%	60/70%	65-75%	80%
2	50+%	67%	70%	76%
3	50+%	60%	70%	85%
4	51%	65%	67%	90%
5	50+%	É inútil.	É inútil.	90%
6	50+%	70+%	70+%	85%
7	50+%	70+%	80+%	95%
8	50.1%	75%	75%	85%
9	50+%	6-%	90%	85%
10	51%	Não soube precisar.	Não soube precisar.	Não soube precisar.

34 REsp. nº 363.548/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma do STJ.

Há, de outra parte, uma razão de ordem política para que se defina na decisão qual modelo de contestação o juiz está utilizando. É que a decisão judicial “tem que estar objetivamente justificada”. Para tanto, é insuficiente que o resultado do convencimento judicial seja possível e que o julgador o repute devido. Importa, isto sim, que seja “devido para um juiz que não interveio na causa. É verdade que a convicção se forma no juiz sentenciador, *mas este atua em representação da administração da justiça toda*”.³⁵ Então, por atuar em nome de toda a Administração da Justiça, não se pode admitir que o modelo de constatação utilizado para formar o juízo de fato radique numa pauta individual e não revelada. Somente com a identificação, na decisão judicial, desse modelo, “se impedirá que o indivíduo fique livre do acidente ou da causalidade da subjetividade do juiz”.³⁶

Com efeito, “se cada julgador pudesse julgar com base em seu entendimento individual do que é se deva entender por ‘dúvida razoável’ ou por ‘preponderância de provas’, não haveria como assegurar um mínimo de objetividade”.³⁷

Resta, então, necessário, como uma *questão prévia*, que a decisão judicial enuncie o modelo de constatação pelo qual formará o juízo de fato, submetendo-o ao contraditório e à discussão das partes.

Certo, registra Diamond, “a precisão matemática é talvez impossível, mas definições qualitativas podem esclarecer o papel do julgador (...)”.³⁸ Segundo está no acórdão Winship, “rejeitamos (...) o argumento (...) de que (...) apenas uma tênue diferença existe entre o critério da ‘*prova acima da dúvida razoável*’ e o da ‘*preponderância de prova*’”.³⁹ “A verdade é que ninguém ainda descobriu um modo de medir a intensidade daquilo em que o homem acredita.” Então, “num processo judicial, onde existe uma discussão sobre fatos pretéritos, o julgador não tem como obter um conhecimento a respeito do que aconteceu, imune à crítica. A intensidade de sua percepção – o grau pelo qual o julgador está convencido que um determinado fato realmente ocorreu *pode variar*. E sob essa ótica, o critério de prova representa uma tentativa de instruir o julgador com relação ao grau de confiança que nossa sociedade crê que ele deveria utilizar nas suas conclusões factuais para um tipo particular de julgamento. Embora as expressões

35 *Apud* GERHARD, Walter, *Libre apreciación...*, p. 153.

36 *Id.*, p. 153.

37 DIAMOND, Henry. “Reasonable doubt: to define or not to define”. *In: Columbia Law Review*, vol. 90, p. 1.728, 1990.

38 *Id.*, p. 1.724.

39 Voto Relator do Acórdão Winship.

'preponderância de prova' e 'prova acima da dúvida razoável' sejam imprecisas, elas indicam noções diferentes, concernentes ao grau de confiança que é esperado para que as conclusões factuais do juiz se dêem corretamente".⁴⁰

Concluindo, toda e qualquer decisão judicial que exarar uma conclusão de fato deve explicitar, fundamentadamente e de forma clara e precisa, qual "modelo de constatação" será utilizado na formação do juízo de fato, submetendo-o, assim, ao contraditório.

2.3. Os modelos de constatação para a formação do juízo de fato

Ao contrário do que ocorria com o *iudex* romano, o juiz moderno não se exime de julgar por obscuridade da lei ou por deficiência probatória. Portanto, provados ou não os fatos, o conflito tem de ser pacificado, de modo que se "aceita o fato de que uma decisão deva ser proferida, mesmo existindo significativa incerteza quanto a seu acerto".⁴¹

Além disso, é inviável reconstituir-se inteiramente o passado. Por melhores que sejam as provas produzidas em determinado feito, ainda assim se estará no terreno das probabilidades,⁴² pois, "num sistema em que os fatos são examinados por homens falíveis, em oposição aos julgamentos pelos ordálios, que reclamam a assistência divina, é sabido que, mesmo nas melhores circunstâncias, erros ocorrerão".⁴³⁻⁴⁴

Nesse contexto é que se impõe examinar os assim chamados modelos de constatação, vale dizer, "dispor de uma teoria que nos diga quando, ou sob que condições, os elementos de juízo disponíveis são suficientes para que se repute racional aceitar uma proposição como verdadeira no âmbito do raciocínio decisório".⁴⁵

A propósito, a Constituição Federal, no art. 5º, inciso LVII, estabeleceu a presunção de inocência. Disso resulta que, no processo penal, o réu é presumidamente inocente, a menos que se prove o contrário (*in dubio pro*

40 Voto do Juiz Harlan no Acórdão Winship.

41 BROOK, James. "Inevitable errors: the preponderance of the evidence standard in civil litigation". In: *Tulsa Law Journal*, vol. 18, p. 79, 1983.

42 S. isso, v. DINAMARCO, Cândido R. *Instituições...*, p. 115.

43 BROOK, James. *Inevitable errors...*, p. 79.

44 Convém lembrar o caráter histórico dessas opções, porquanto "o ordálio, no âmbito das convicções que dominavam a Idade Média, constituía uma prova racional" (DITTRICH, Lotario. *I limiti soggettivi...*, p. 75).

45 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 88.

reo).⁴⁶ Inexiste regra semelhante no processo civil – a demanda não se presume improcedente, *prima facie*. Em realidade, do processo civil cuida o art. 333, incisos I, II e III, do CPC, encarregando o autor da prova do fato constitutivo do direito alegado e deixando ao réu a prova dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos. Finalmente, em matéria tributária, o art. 149 do CTN atribui ao fisco o ônus de provar o fato gerador.⁴⁷

Pelo que se examinou até aqui, toda decisão judicial envolverá um certo grau de probabilidade, cabendo aos personagens processuais – não somente ao juiz – ter presente as limitações do conhecimento humano.⁴⁸ Tudo o que as partes poderão fazer é “convencer (o juiz), *com determinado grau de certeza*, de que um fato é provavelmente verdadeiro”.⁴⁹

É aí que surge, como *questão prévia* necessária, o estabelecimento de critérios que escalonam esses graus de probabilidade no processo judicial.⁵⁰ Assim, “uma vez que o juiz tenha proferido a sua decisão de acordo com o grau de probabilidade requerido (*‘além da dúvida razoável’*), mediante

46 Aforisma esse que o direito comparado assimilou à “prova acima da dúvida razoável” da *common law*, cf. MULRINE, Thomas V. “Reasonable doubt: how in the world is defined?”. In: *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 12, pp. 219-225, 1997.

47 “Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: (...) IV – quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória; V – quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte; VI – quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária; VII – quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação.” – Código Tributário Nacional.

48 Vale mencionar, aqui, a excelente obra de BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova em processo penal*, São Paulo: RT, 2003. Na p. 36, assinala o autor que, malgrado inexistente uma verdade absoluta ou judicial, pode “haver variações de acordo com os modelos ou sistemas processuais, mas trata-se apenas de variações de grau de uma mesma verdade, e não de diferenças qualitativas ou absolutas”.

49 MCCAULIFF, C. M. A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees?”. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 35, p. 1.296.

50 Essa idéia é compatível, ademais, com a noção de que o juízo de fato quer dizer, apenas, que há elementos de juízo suficientes a favor de um fato. Segundo essa concepção, “a prova de uma proposição tem a ver com os elementos disponíveis, como corroboração da hipótese sobre os fatos que ela expressa”, ou seja, sustenta-se que “está provado que x” equivale a dizer “há elementos de juízo suficientes em favor de x”. Sobre isso, v. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad...*, p. 37.

'*prova clara e convincente*' ou '*preponderância de provas*'), o (fato) é verdadeiro, para os fins de resolver o conflito".⁵¹

Pode-se objetar: trata-se de empreitada inviável, pois não se pode quantificar o grau de certeza. Todavia, como afirmou Jeremy Bentham – e a nosso ver de maneira decisiva –, “ninguém pode ignorar que a convicção é suscetível de diferentes graus, solidez ou intensidades”.⁵² Isso é próprio, inclusive, da jurisprudência brasileira, que constantemente distingue a prova penal da prova não-penal. Assim, pode-se perfeitamente diferenciar enunciações do tipo: (i) *é provável que algo tenha ocorrido*; (ii) *é altamente provável que algo tenha ocorrido*; (iii) *é quase certo que algo tenha ocorrido*;⁵³ (iv) *é praticamente impossível que algo não tenha ocorrido*. É próprio da razão humana esse tipo de enunciação. Para isso, inclusive, nos alerta a dimensão persuasiva da prova, já estudada. Assim, o fato de não se poder quantificar esses graus em balança de farmacêutico, na conhecida expressão de Hungria, não leva tudo para o arbítrio. Como afirma Lupi, o controle numérico-quantitativo, aqui impossível, não remete tudo para o campo do subjetivismo: “A *visão probabilística da demonstração* probatória não exclui, por isso, a racionalidade das decisões, nem abre a porta, *ainda que a probabilidade das várias hipóteses não seja formalizável segundo critérios numérico-quantitativos*, ao subjetivismo do julgador. Entre as demonstrações matemáticas e as intuições irracionais, existe, de fato, *a área dos juízos que, embora não formalizáveis, são, entretanto, controláveis sob o plano da relação entre premissas e conclusões*. Em outros termos, *o controle numérico-quantitativo não é a única forma de controle do raciocínio*, e a demonstração indutiva, não obstante a margem de apreciação presente, poderá ser racionalmente analisada nos seus diversos momentos reconstrutivos.”⁵⁴

51 MCCAULIFF, C. M. A. “Burden of proof...”, p. 1.296.

52 BENTHAM, Jeremy, *apud* McBAINE, J. P. “Burden of proof: degrees of belief”. *In: California Law Review*, vol. 32, p. 242, 1944.

53 McBAINE, J. P. “Burden of proof...”, p. 246.

54 LUPI, Raffaello. *Método induttivi e presunzioni nell'accertamento tributario*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 111. O autor assinala, em nota de rodapé, que parece latente “*o temor de que tudo quanto não é demonstrável numericamente é irracional*”. Realmente, como observou ADORNO, Horkheimer *et al.* *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 21 *et seq.*, “o que não se submete ao critério da calculabilidade e da utilidade torna-se suspeito para o esclarecimento (...). Para o esclarecimento, *aquilo que não se reduz a números e, por fim, ao uno, passa a ser ilusão*. O positivismo moderno o remete para a *literatura*”.

Os modelos de constatação, portanto, representam uma forma de viabilizar não um mecanismo de controle numérico-quantitativo – o que seria, obviamente, irrealizável –, mas uma pauta ou critério à luz do qual o juízo de fato pode ser formado e submetido ao contraditório. Como acentuou McCauliff, são “critérios distintos e separados, que o julgador pode utilizar para estabelecer uma conclusão”; são, enfim, “critérios (...) para facilitar o processo decisório”.⁵⁵

2.4. Os quatro modelos de constatação

De forma geral, existem dois modelos de constatação fundamentais extremos, dos quais se pode partir e aos quais se agrega um terceiro, de natureza intermediária, formando-se uma estrutura de três modelos, quais sejam, o juízo de fato formado a partir de uma *preponderância de provas*, de uma *prova clara e convincente* (intermediário) e de uma *prova além da dúvida razoável*.

Em ordem decrescente de grau probabilístico, o primeiro consiste na chamada “*prova além da dúvida razoável*”. É o que vigora no processo penal. Em outro extremo está a “*preponderância de provas*”, empregado, via de regra, no processo civil. Esquemáticamente:



No modelo da *preponderância de provas*, aplicável ao processo civil, as questões colocam-se com maior facilidade. Segundo Trickett, “os doutrinadores, geralmente, ensinam que, no processo civil, a decisão deve ser proferida conforme as provas preponderantes. A persuasão necessária, nesses casos, é concebida como o estado subjetivo no qual se reputa existir uma preponderância de provas em favor da proposição de uma das partes. A doutrina, segundo a qual uma dúvida razoável é necessária para uma absolvição, não se aplica aos assuntos não-penais. Assim, no processo civil, o julgamento deve dar-se em favor daquele favorecido pela preponderância das provas”.⁵⁶ Dito de outra forma, o modelo de constatação de fatos em

55 MCCAULIFF, C. M. A. “Burdens of proof...”, p. 1.294.

56 TRICKETT, William. “Preponderance of evidence and reasonable doubt”. In: *The Forum*, vol. X, p. 77, jan. 1905. O mesmo autor, logo adiante, de modo sugestivo, recorda que “se essa regra deve ser adotada, segue-se que uma sentença, em caso civil, não precisa e, portanto, não expressa a crença, opinião ou convicção do julgador quanto à existência ou inexistência dos fatos objeto da questão, mas simplesmente quanto à existência de uma preponderância de provas, questão totalmente diversa. (...)”, aduzindo que tal interpretação seria “totalmente absurda”, pois “o objeto do direito é, ou deve ser, assegurar a con-

análise consiste em dar por provado o que é “mais provável do que não”,⁵⁷ valendo notar que “o *quantum* de prova é idêntico para o autor e para o réu”.⁵⁸

Tudo isso pode funcionar para o processo civil tradicional, no qual são discutidas questões meramente patrimoniais. Mas tal modelo não esgota a realidade dos processos civis. Pense-se em determinados processos não-penais, cujos valores transcendam à dimensão meramente patrimonial,⁵⁹ o que indica claramente que a utilização do modelo da mera *preponderância* é inadequado em algumas hipóteses. São os casos, por exemplo, em que há alegação de fraude – da qual possa redundar reflexos penais – ou cujos interesses sejam de tal envergadura para as partes (destituição de pátrio poder, anulação de testamento) ou, ainda, que tenham até um certo caráter penal (v.g., improbidade administrativa).⁶⁰ Por isso, a doutrina cuidou de formular um terceiro modelo de constatação, intermediário (inferior ao penal, superior ao não-penal). Segundo Reardon, dá-se “o reconhecimento de

secação de certos resultados à luz de fatos objetivos. (...) O que, então, aqueles que fundaram tal princípio (...) deixaram de observar é que a *percepção da preponderância da prova é consistente com o que se crê (...)*”, e isso parece mais acertado.

57 MCCAULIFF, C. M. A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees?”. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 35, p. 1.303.

58 TONINI, Paolo. *La prova penale*. 4ª ed. Milão: Cedam, 2000, p. 53.

59 Note-se, no particular, que tal fundamento foi recentemente invocado no debate que se vem travando acerca da “relativização da coisa julgada”. Assim, CAMBI, Eduardo. “Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis*”. In: *Revista de Processo*, vol. 109, p. 88, 2003: “Tome-se como ponto de partida o exemplo do direito e do processo penal, cuja proteção, em relação ao direito e ao processo civil, está, muitas vezes, mais próxima da pessoa humana (*i. e.*, com sua liberdade, intimidade, privacidade etc.). O regime jurídico dispensado à coisa julgada penal é um tanto menos formal, porque se admite a revisão dos processos, a qualquer tempo, desde que, após a sentença, sejam descobertas novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize a diminuição especial da pena (arts. 621, III, e 622, CPP). Sabendo-se que no processo civil também se discute valores tão ou mais caros à pessoa humana e à sociedade que no processo penal, nas situações em que isso se coloca, não existe razão para um tratamento diferenciado no que concerne à autoridade da coisa julgada.”

60 Exemplo disso, no direito brasileiro, pode ser visto a partir da controvérsia quanto ao processo de que cuida a Lei nº 8.429/92 – Lei da Improbidade Administrativa. Nessa direção, Arnoldo Wald e Gilmar Mendes referem-se a uma *ação civil de conteúdo penal*, *verbis*: “A instituição de uma ‘ação civil’ para perseguir os casos de improbidade administrativa coloca, inevitavelmente, a questão a respeito da competência

que o grau de prova (aqui) reclamado é *mais do que uma 'preponderância de prova' e menos que o 'além da dúvida razoável'*".⁶¹ Assim, "a parte tem que convencer o julgador de que a verdade de sua proposição é altamente provável, mais do que simplesmente 'mais provável do que não', como normalmente requerido pelo critério da '*preponderância de prova*'".⁶²

Na literatura, encontram-se várias formas de indicar esse modelo de constatação: prova "*clara e convincente*", "*clara, precisa e indubitável*", "*clara, cogente e convincente, de forma a gerar forte presunção*".

Considerados os três modelos de constatação até aqui estudados, tem-se, esquematicamente, uma construção assim composta:

processo civil comum → *processos civis especiais* → processo penal →
preponderância de provas → *prova clara e convincente* → prova acima da
dúvida razoável⁶³

Convém mencionar, nesse ponto, questão bastante controvertida quanto ao modelo de constatação dos processos criminais. Em que consistiria o padrão "dúvida razoável"? Segundo a doutrina, "dúvida razoável

para o seu processo e julgamento, tendo em vista especialmente as conseqüências de eventual sentença condenatória, que nos expressos termos da Constituição, além da indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, poderá acarretar a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos do réu em caso de eventual sentença condenatória (CF, art. 37, § 4º). Não há dúvida aqui, pois, sobre o realce político-institucional desse instituto. A simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda da função pública, isoladamente consideradas, seria suficiente para demonstrar que não se trata de uma ação qualquer, mas de uma '*ação civil*' de forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos."

61 REARDON, George. "Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases". In: *University of Florida Law Review*, vol. XXVII, p. 261. O autor relata que, em alguns casos, uma fórmula híbrida (e confusa) teria sido empregada, misturando-se os conceitos de prova acima da dúvida razoável com prova clara e convincente, mediante um processo de experimentação judicial que não teria redundado em bons frutos.

62 "Horner v. Flinn: a preponderance of clear and convincig evidence". In: *Maine Law Review*, vol. 28, p. 242, 1976.

63 Nesse ponto, a perspectiva do direito comparado é esclarecedora. Segundo levantamento feito por FLETCHER, George P. "Two kinds of legal rules: a comparative study of burden-of-persuasion practices in criminal cases". In: *The Yale Law Journal*, vol. 78, p. 881, 1967-1968, a partir do *in dubio pro reo*, no direito continental tem-se as seguintes expressões: *présomption d'innocence*, na França; *Unschuldsvermutung*, na Alemanha.

não é um capricho ou uma extravagância; não é uma especulação ou uma suspeita; não é uma desculpa para evitar a prática de um dever desagradável. E não é simpatia”;⁶⁴ “dúvida razoável não é a mera possibilidade de dúvida; porque tudo relacionado a assuntos humanos, e dependendo da prova moral, está aberto a alguma possibilidade de dúvida imaginária”.⁶⁵

É preciso lembrar, porém, que, no modelo de constatação criminal, o fato não pode ser altamente provável. Este é o modelo dos processos civis especiais, porque, “caso se considere provado com base em presunção qualquer fato que se apresente como consequência apenas possível do fato conhecido, a noção mesma de presunção é que está descaracterizada”.⁶⁶

Sobre isso, consigna Rosenberg serem diversas as formulações para expressar a idéia de uma *dúvida razoável*, capaz de ensejar a absolvição num processo penal por insuficiência de provas: “Alguns tribunais aprovaram o uso de sinônimos individuais ou coletivos, como (dúvida) ‘verdadeira’, ‘justa,’ ‘lógica’, ‘substancial’ ou ‘real’, que requerem dos julgadores dúvidas mais fortes do que o necessário; outro grupo usa antônimos, estabelecendo, por exemplo, que uma dúvida razoável não é apenas uma dúvida possível, imaginária, especulativa, vaga ou caprichosa (...). Outros, ainda, invocam um estado subjetivo (...), declarando que a dúvida razoável deveria definir-se como um tipo de dúvida que levaria um homem prudente a hesitar em dar um passo em assuntos importantes.”⁶⁷

No Brasil, a matéria foi examinada pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em dois acórdãos da relatoria do Min. Felix Fischer. No REsp. nº 184.156/SP, discutia-se decisão absolutória que utilizara um modelo de constatação equivocado: o tribunal estadual, ao utilizar-se do critério da “*prova acima da dúvida razoável*”, aceitou como “dúvida” uma mera possibilidade teórica, abstrata, invocando a impossibilidade de o ser humano, em tese, apreender os fatos sem qualquer margem de erro. Porém, o STJ, examinando como *questão de direito* o modelo de constatação em-

64 SAND, L. *et al.* *Modern Federal Jury Instructions*, § 4.01 (1989), *apud* DIAMOND, Henry. “Reasonable doubt: to define or not to define”. *In: Columbia Law Review*, vol. 90, p. 1.726, 1990.

65 Commonwealth v. Webster, 59 Mass 295 (1850).

66 MANZONI, Ignazio. *Potere di accertamento e tutela del contribuente nelle imposte dirette e nell’iva*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 198.

67 ROSENBERG, Irene Merker *et al.* “Perhaps what ye say is based only on conjecture—circumstantial evidence, then and now”. *In: Houston Law Review*, vol. 31, p. 1.408, 1994-1995.

pregado pelo tribunal estadual, concluiu que a absolvição dera-se “com base em especulações teóricas acerca da captação dos fatos”, de modo que, “ao se negar a incisiva prova testemunhal (admitida e especificada em segundo grau) em proveito de especulações teóricas, (...) construiu-se um *decisum* com flagrante violação ao art. 386, VI, do CPP”. É dizer: utilizou-se um modelo de constatação incompatível com o processo penal, em razão do que sobreveio uma absolvição equivocada.

Em outro acórdão, observou-se que a decisão recorrida havia utilizado como modelo de constatação penal a “*alta probabilidade*”. O acórdão foi anulado, registrando-se que, nesses domínios, “a condenação requer *certeza, sub specie universalis*, alcançada com prova válida, *não bastando a alta probabilidade* ou a certeza subjetiva do julgador”,⁶⁸ decisão, aliás, acertada, pois a “*alta probabilidade*” é compatível com o processo penal.

Na jurisprudência italiana, evolução semelhante pode ser observada. Segundo um entendimento inicialmente mais rígido, “para ter-se válida presunção, deveria intercalar-se entre o fato conhecido e o fato desconhecido uma relação de necessária consequencialidade, no sentido que o fato ignorado deveria apresentar-se como a *única e necessária* consequência do fato conhecido. As presunções, afirmava-se, não podem consistir no *resultado possível* de uma dedução, mas deve ser a *consequência necessária, única e segura* do fato conhecido”. Mas a Corte de Cassação “modificou em parte seu pensamento, precisando que deve considerar-se suficiente, para os fins de uma presunção válida, que o fato desconhecido se afirme como *consequência logicamente vinculada ao fato conhecido*, à luz das regras da experiência e do *id quod plerumque accidit*”, de forma que “assumem relevância as consequências que geralmente se determinam na realidade operativa, com exclusão da intervenção de fatores de caráter excepcional ou extraordinário”.⁶⁹

Logo viu-se, entretanto, que mesmos esses três modelos de constatação não bastavam, podendo conduzir a injustiças. A doutrina chamou a atenção para um aspecto já abordado neste livro. É que, embora certo que o juiz possa formar seu convencimento livremente, valendo-se de prova indireta e sem hierarquias, considerada a maior chance de erro, um modelo de constatação mais rigoroso deveria ser aplicado quando se tratasse de prova

68 REsp. nº 363.548/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma do STJ.

69 MANZONI, Ignazio. *Potere di accertamento e tutela del contribuente nelle imposte dirette e nell'iva*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 190.

indiciária, notadamente em matéria criminal. Foi assim que, segundo MacKey,⁷⁰ vários precedentes estabeleceram a necessidade de reforçar o modelo de constatação em se tratando de prova indireta, não pela sua inferioridade – já vimos não existir –, mas pela potencialidade do erro, aqui agravada.

Nesse sentido, em *Lloyd v. United States*, entendeu-se que, em processos penais indiciários, o modelo de constatação “*deveria excluir qualquer hipótese razoável que não a de culpa*”. Em *Panci v. United States*, anulou-se condenação baseada em prova indireta, porque não fora observado o critério de só condenar no caso de *excluir-se qualquer possibilidade diversa, que não a de culpa do acusado*. Declarou-se que, “ao determinar a *suficiência da prova como um problema jurídico, deve-se aplicar um standard especial, se a acusação está baseada em prova indiciária*”.⁷¹ Diríamos nós, um “modelo de constatação” especial.

Convém mencionar que, mesmo no direito americano, a existência de um quarto modelo de constatação, específico para o processo penal cujos fatos estejam baseados em indícios, ainda é controvertido. Em inúmeras decisões, entendeu-se ser desnecessário que a prova seja incompatível com qualquer conclusão que não a de culpa, preconizando-se o uso normal do modelo de constatação ‘além da dúvida razoável’.⁷² Porém, é recorrente a invocação do acórdão *Cuthbert*, em que o Tribunal anulou uma condenação – à semelhança do que fez o STJ, no REsp. nº 184.156/SP – porque o juiz utilizou o modelo de constatação ‘*acima de qualquer dúvida razoável*’. Consignou o Tribunal que *a prova não havia eliminado todas hipóteses de inocência do réu* e, portanto, sendo substancialmente indiciárias, a condenação não se sustentava, porque baseada num errado modelo de constatação. Constatou da decisão que “num caso em que a prova esteja baseada em indícios, faz-se necessário, para condenar, (...) que o julgador conclua (...) não apenas que a prova é consistente com a condenação, mas, também, que é inconsistente com qualquer outra conclusão razoável. Se assim não ocorrer, uma condenação, mesmo que ‘*acima de qualquer dúvida razoável*’, baseada em prova indiciária, embora mantenha a promessa de um julgamento justo em aparência, viola-a na essência”.⁷³

70 MacKEY, Kenneth H. “Circumstantial evidence in the federal courts – the fifth circuit and the Holland case”. In: *University of Florida Law Review*, vol. 14, p. 97, 1961-1962.

71 *Id.*, p. 93.

72 *Ib.*, p. 95.

73 *Id.*, p. 96.

Outro caso, normalmente citado, para o processo penal indiciário, é o caso Webster. Aqui, a Suprema Corte Americana afirmou que, baseando-se o processo em provas indiciárias, o juiz deveria utilizar um modelo de constatação especial, diante dos perigos inerentes,⁷⁴ com o que se pode enunciar uma construção mais completa de modelos de constatação, que assim se poderia esquematizar:

Processo civil → Processo civil especial → Processo penal → Processo penal indiciário
preponderância → clara e convincente → acima da dúvida → razoável excludente
de qq. hipótese de inocência

Naturalmente, reina discórdia quanto à possibilidade de precisar o conteúdo desses modelos de constatação. Já se examinou, porém, que o fato de não se dispor de uma escala matemática ou métrica não retira o valor da construção, nem joga a teoria dos “modelos de constatação” para o campo da literatura. Da mesma forma, já se demonstrou ser próprio da racionalidade humana fazer tais distinções ((i) *É provável que algo tenha ocorrido*; (ii) *é altamente provável que algo tenha ocorrido*; (iii) *é quase certo que algo tenha ocorrido*;⁷⁵ (iv) *é praticamente impossível que algo não tenha ocorrido*) e por aí estão afirmados os quatro modelos para formalizar o juízo de fato. Afirma-se, por exemplo, que a “proliferação de novos standards (...) confunde o julgador que deve aplicá-los”.⁷⁶ Todavia, uma pauta mínima se faz necessária, a fim de proteger o processo contra a subjetividade, facilitando, ainda, o contraditório. Reconhece-se a dificul-

74 Na realidade, discutiu-se, em Webster, se o juiz era obrigado a instruir os jurados com uma advertência especial em se tratando de prova indiciária. Enfatizou a Corte que “grande cuidado e atenção deve ser usado na extração de provas a partir dos fatos provados”, “sendo essencial que os indícios tomados como um todo (...) excluam qualquer outra hipótese que não a de culpabilidade”. Sustentava a Acusação que isso não se fazia necessário, sendo bastante a advertência ordinária para todo e qualquer caso criminal, qual fosse, a prova acima da dúvida razoável, o que, entretanto, foi rejeitado pela Suprema Corte. Convém acrescentar que, em se tratando de juiz togado julgando sem a presença de um júri, a questão transferia-se para a necessidade, ou não, de o juiz aplicar, quanto ao juízo de fato, o critério da “prova acima da dúvida razoável” ou o critério da “prova que não leve a outra hipótese que a culpa”.

75 MCBAINE, J. P. “Burden of proof...”, p. 246.

76 MCCAULIFF, C. M. A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees?”. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 35, p. 1.295.

dade e, até, a inabilidade de comunicar, na linguagem, tais diferenças,⁷⁷ mas nem por isso deve-se abandonar ou olvidar a teoria dos modelos de constatação, que não apenas indica o grau de certeza requerido por um tipo particular de processo, mas também mede a relativa importância social atribuída à decisão nele proferida; daí, também, como se verá, a influência do direito material na definição do modelo de constatação exigível.

Na linguagem da Constituição brasileira, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, havendo, portanto, verdadeira presunção de inocência. Assim, no caso específico da privação da liberdade, o legislador constitucional preferiu um erro a outro – a absolvição de culpados, ao invés da condenação de inocentes; da mesma forma, o erro em processos não-penais que impliquem a privação de importantes valores pessoais ou morais, se bem que não tão deletério quanto o erro da condenação de um inocente, há de exigir um grau de certeza superior àquele normalmente exigido para resolver questões puramente econômicas, porque, quanto ao último, é indiferente que o erro patrimonial recaia sobre um ou outro do ponto de vista social.⁷⁸

Deste modo, tais regras devem ser entendidas como definidoras do nível de erro aceitável, cujo risco é inevitável.⁷⁹ Em síntese, o direito material e os valores consagrados no ordenamento é que vão ditar o *grau de certeza* necessário e, via de consequência, o modelo de constatação a ser adotado pelo julgador, enquanto questão jurídica prévia à valoração.

É indubitável que a certeza exigida para julgar-se uma indenização por acidente de trânsito não pode e não deve ser a mesma para que se decreta a perda do pátrio poder, que, a sua vez, não pode e não deve ser igual para que se prive alguém da liberdade, que, por fim, não pode ser a mesma

77 *Larson v. Jo Ann Cab Corp*, 209 F.2d. 929 (1954). Nesse interessante caso, o juiz instruiu os jurados no sentido de que, tratando-se de processo penal, eles só deveriam condenar o réu se concluíssem por sua culpa acima da dúvida razoável. Os jurados, iniciada a deliberação, voltaram ao juiz para questionar se eles deveriam absolver em caso de não chegarem a uma convicção “acima de uma sombra de dúvida razoável”. Nessa ocasião, o juiz Frank comentou a inabilidade da linguagem para comunicar os modelos de constatação.

78 Sobre isso, MCCAULIFF, C. M. A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees?”. *In: Vanderbilt Law Review*, vol. 35, p. 1.319.

79 BROOK, James. “Inevitable errors: the preponderance of the evidence standard in civil litigation”. *In: Tulsa Law Journal*, vol. 18, p. 79, 1983.

quando se trate de condenar alguém criminalmente com base em indícios. Quanto mais grave o efeito do erro judiciário, maior deve ser o cuidado. Assim, os modelos de constatação têm uma função simbólica, com consequências práticas, não apenas evitando erros judiciários, mas realçando ao julgador a importância de sua decisão, conforme a natureza da causa. O ex-certo seguinte bem expõe sua importância prática.

Dito de outra forma, “no extremo do *spectrum* encontra-se a típica demanda civil, envolvendo questões meramente patrimoniais. A sociedade tem uma preocupação menor com o resultado desses litígios privados. Em contraste, quando (se) inicia uma demanda (relacionada com) um importante direito individual, protegido pela Constituição, ‘os interesses postos em jogo são considerados mais substanciais que a mera perda de dinheiro e, por isso, alguns tribunais reduzem o risco do requerido, de ter sua reputação erroneamente vilipendiada, aumentando o ônus de provar por parte do autor; então, os tribunais reclamam uma prova clara e convincente, para refletir a maior importância dos interesses em jogo (...). No critério da preponderância, os litigantes suportam igualmente o risco de um julgamento equivocado. No critério da prova clara e convincente, o (autor) suporta um risco maior (...). E no critério (além) da ‘dúvida razoável’, a sociedade barra quase que totalmente o risco de um erro”.⁸⁰

Em conclusão, é necessário que a decisão judicial enuncie, fundamentalmente, o modelo de constatação de que se vale para formar o juízo de fato – *preponderância de prova, prova clara e convincente, prova acima da dúvida razoável e prova incompatível com qualquer hipótese que não a da acusação* – viabilizando que esse critério seja conhecido, justificado e, obviamente, submetido ao contraditório enquanto capítulo essencial do julgamento.

2.5. Um uso “modesto”, “moderado”, dos modelos de constatação

Os modelos de constatação operam semelhantemente aos princípios jurídicos, envolvendo, portanto, elevado grau de abertura e flexibilidade.

Os modelos de constatação não são, como acertadamente observa Strache, regras configuradas conceitualmente, às quais se possa efetuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas

80 MCCAULIFF, C. M. A. “Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence or constitutional guarantees?”. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 35, p. 1.320.

Entendendo: o grau de certeza é o mesmo em qualquer processo penal até pelo fato de o do bem tutelado. O que se exige no caso da prova indiciária não mais é um grau maior de certeza, mas sim o esforço de demonstrar que há e que há para denunciar. Não que se supere a dúvida razoável, na medida em que se baseia em inferências.