

Flávio da Silva Andrade

***STANDARDS* DE PROVA NO PROCESSO PENAL**

**quanto de prova é necessário para
deferir medidas cautelares, receber
a denúncia, pronunciar e condenar?**

5^a
edição
revista e
atualizada

2025

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Noções preliminares: fatos, provas e suficiência probatória

Os fatos, enquanto eventos que marcam a vida das pessoas e entremeiam suas relações, acarretam contendas e ensejam o manejo de demandas na esfera judicial. E, como eventos ocorridos no plano empírico, os fatos precisam ser comprovados. São as provas dos fatos, ou mais precisamente as provas dos enunciados fáticos¹, que comandam a decisão e a resolução dos conflitos de interesses pelo Poder Judiciário. Mas *quanto* se deve provar? Que nível de confirmação da hipótese fática deve ser exigido das partes?

O ensino jurídico nacional, assim como o de outros países de *civil law*, não dedicou muita atenção ao estudo dos critérios de suficiência da prova, à reflexão sobre a medida da prova, sobre o grau de corroboração de uma hipótese para que possa ser considerada provada². Diferentemente do que acontece em países de *common law*, em que costuma haver uma disciplina autônoma sobre *evidence*³, os países de tradição romano-ger-

-
1. Os enunciados fáticos, dos quais se tratará no capítulo seguinte, são as “descrições de fatos”, as assertivas ou proposições sobre os fatos, mas não os constituem (ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Tercera edición. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 60). Eles são formulados por meio da linguagem, que conecta o objeto do processo à realidade externa, ao mundo. Um fato histórico sempre é intermediado pela linguagem.
 2. PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba*. Ensayos de epistemología jurídica. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015, p. 3-7.
 3. Nos EUA, por exemplo, ao menos desde a primeira metade do século passado, Jerome Frank questionava “o desequilíbrio entre a quantidade de atenção dedicada a questões de direito em disputa nos tribunais e a quantidade dedicada a questões de fato”. Ele

mânica têm negligenciado a pesquisa quanto aos graus de suficiência da prova, a investigação de parâmetros racionais voltados à objetivação do juízo fático.⁴ Os critérios de suficiência da prova é que permitem alcançar mais racionalidade no acerto dos fatos e maior controlabilidade do erro ou acerto do juízo fático realizado no processo.

Conquanto se tenha avançado no estudo do direito à prova, do ônus probatório e dos poderes instrutórios do juiz na seara do processo penal⁵, a academia⁶ e a jurisprudência brasileiras relegaram a segundo plano de prioridades a reflexão canalizada a saber *quanta prova* é necessário para se reputar provado um enunciado fático, qual grau de corroboração de uma hipótese fática é exigido para que ela possa ser considerada verdadeira. Os esforços e o tempo dedicados a este assunto são inversamente proporcionais à sua importância.

As escolas de direito privilegiaram o estudo das normas, das regras e dos métodos de interpretação do ordenamento jurídico, isto é, dedicaram-se mais ao juízo de direito, ao exame da *quaestio juris*, à exegese dos preceitos normativos. O maior interesse na análise da norma aplicável a um caso transformou a questão meramente jurídica na parte central dos discursos acadêmicos ou forenses. Olvidou-se que, não obstante o

defendia também que, no âmbito da educação jurídica, das pesquisas acadêmicas, nos debates sobre reformas e no discurso jurídico em geral, era preciso dedicar mais energia ao tema da determinação dos fatos, ao juízo fático. Abraçando essa bandeira, William Twining propugnou que a matéria *Evidence, Proof and Fact-finding* se tornasse parte integrante e central do currículo básico do ensino de direito (TWINING, William. Taking facts seriously. *Journal of Legal Education*, v. 34, n. 1, 1984, p. 22-25).

4. “Entre os juristas de formação romano-germânica, não é vulgar traçar distinções sobre os graus de convicção exigíveis para se dar certo *facto* como provado” (MENDES, Paulo de Sousa. Medida da prova. In: MENDES, Paulo de Sousa; PEREIRA, Rui Soares. *Prova Penal Teórica e Prática*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 29).
5. Vale mencionar, *verbi gratia*, alguns estudos: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997; ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
6. São exceções um trabalho de Danilo Knijnik (*A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007), outro de José Paulo Baltazar Junior (*Standards probatórios no processo penal*. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, nov. 2007. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>>) e, mais recentemente, um livro de Gustavo Badaró (*Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019).

fato esteja interligado ao direito ou seja por ele absorvido em alguma medida, o pensamento crítico em derredor dele e de sua reconstrução ou fixação em juízo constitui uma condição inescusável para a adequada aplicação da lei.⁷

Comentando sobre o assunto, Willian Twining⁸ alertou que “a prática de tratar o raciocínio jurídico como sendo exclusivamente preocupado com questões tipicamente difíceis de direito é meramente sintomática de distorções mais fundamentais nas agendas da jurisprudência” (tradução nossa). Ele afirmou que é preciso “levar mais a sério as questões relacionadas à prova, dentro de uma concepção equilibrada do que está envolvido na compreensão do direito. Negligenciar essas questões resulta em um quadro distorcido de atividade jurídica e de julgamento” (tradução nossa).

Jamais se pode esquecer que dos fatos nasce o direito; são os fatos que provocam o ajuizamento das ações judiciais; é em torno deles que se estabelecem as discussões sobre certezas e probabilidades, a interação linguística, dialética voltada ao desvelamento da verdade; neles é que reside o universo de incertezas, de dúvidas; são eles que precisam ser reconstruídos e determinados no âmbito judicial para orientar a tomada da decisão, pautada pela racionalidade e logicidade. Os fatos, ou os enunciados que os retratam, constituem a matéria-prima do provimento jurisdicional.

Os fatos estão, pois, na base do problema a ser resolvido em juízo e sua relevância exige que deixem de ocupar uma posição marginal na teoria jurídica⁹, máxime no que toca aos critérios de suficiência da prova

7. ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Tercera edición. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 11.

8. **No original:** “(...) the practice of treating ‘legal reasoning’ as being solely concerned with typically hard questions of Law is merely symptomatic of more fundamental distortions in the agendas of jurisprudence”. Ele afirmou que é preciso considerar “more seriously within a balanced conception of what is involved in understanding Law. Neglect of those issues results in a distorted Picture of adjudication, litigation, legal reasoning, and legal practice” (TWINING, Willian. Talking facts seriously again. *Journal of Legal Education*, n. 55, 2005, p. 2).

9. “Há, entre advogados e magistrados, uma certa tendência para considerar como matéria quase inútil as questões de fato e para dar ao fato um significado depreciativo, isto quando é certo que, para quem procure nos advogados e nos juízes mais a substância do que a aparência, a preocupação do fato devia ser um título de honra” (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. de Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2013, p. 192-193).