

Standards probatórios a partir do salto com vara: um complemento



**Jacinto de Miranda
Coutinho**
Advogado e professor

Na semana passada, nesta coluna Limite Penal, o primoroso ensaio de

Janaina Matida e Alexandre Morais da Rosa (*Para entender standards probatórios a partir do salto com vara*¹) colocou a pensar todos que o leram e estudaram. O tema, além de interessantíssimo é, no texto, *soft*, parecendo muito simples se tomado como foi, ou seja, a partir de uma metáfora sobre o “salto com vara”, que brilhou como uma luz a conduzir ao fim do túnel.

O tema não é simples, como sabem todos, mas sendo de muita qualidade, escancara o outro lado da moeda, logo, um problema muito comum – não dos autores, por evidente – nos dias atuais: cada vez tem-se mais gente escrevendo sem ter o mínimo domínio do que trata. E o processo penal, agora muito em moda, virou um campo privilegiado de autores que dizem qualquer coisa sobre qualquer coisa, como insiste Lenio Streck. Não são só as suas verdades; são também as verdades que não têm, criadas em um imaginário tão fértil quanto, em geral, equivocado. Por sinal, o mesmo professor gaúcho reclama muito de uma doutrina que não doutrina; e não sem razão. Qualidade, portanto – como aquela do texto que ora se trabalha –, é imprescindível ao processo penal, mormente se dele se quiser algum resultado que não seja simplesmente opinativo ou exibicionista. Para tanto, é preciso algum conhecimento da sua história, da sua teoria, e assim por diante. Ninguém sabe tudo; mas o mínimo é preciso saber. Para entender o que se diz, basta ler os primeiros livros de comentários à famosa Lei nº 13.964/19: com as devidas exceções, quando não se repete a lei, confundem-se conceitos primários, o que é um sintoma do que se passa, mas, por outro lado, projeta-se um caminho tortuoso para a interpretação da lei, mormente nos tribunais.

Eis por que este pequeno ensaio, em homenagem aos autores daquele da semana passada, pretende ser, dele, um mero complemento. E assim deve ser tomado.

Três pontos, então, poderiam ser ressaltados: fundamentos dos fundamentos; fundamentos; e, por fim, o futuro da matéria.

No primeiro ponto (fundamentos dos fundamentos), o texto que se pretende complementar reconhece

que o standard probatório tem origem no *common law*; e que ele se tem difundido aqui e entre os espanhóis e italianos, o que é verdadeiro. A passagem, porém, do *common law* para o *civil law* não é simples, pelo menos a ponto de nada se dizer sobre os sistemas. Engana-se e erra de modo redundante quem acha que é tudo a mesma coisa, algo que só se pode imaginar como sendo ideológico. Ora, em sistemas diferentes (como é o inquisitório brasileiro e o acusatório – de *common law* – norte-americano), as passagens dos institutos, de um para o outro, são possíveis, desde que a adaptação (*legal translation*, como disse Máximo Langer²) seja admissível e viável. O *habeas corpus*, por exemplo, veio do *common law* inglês, mas até agora não se consegue dizer o que ele – aqui – é; ou, como diziam os mais velhos, qual é sua “natureza jurídica”...

A diferença entre os sistemas passa pela gestão da prova; e diz com a finalidade dele, ou seja, a produção de conhecimento para permitir um adequado julgamento. Isso diz respeito, na estrutura processual, a quem se dá o dever de buscar o conhecimento (pela iniciativa probatória) e, como se sabe, é uma opção política: podem ser as partes (eis a marca do sistema acusatório); pode ser o juiz (eis a marca do sistema inquisitório).

Tirar do juiz esse dever é garantir, com boa dose de sucesso, que ele possa se manter equidistante das disputas que envolvem o caso penal (eis onde se alojam as conhecidas *questões* de Carnelutti), algo que, de certa forma, conseguiram no *common law*. Neste sentido, faz toda diferença falar em standard probatório ao qual, como “sarrafo”, deve ser superado: “... a hipótese fática acusatória (saltador) precisa superar o standard (saltar mais alto que o sarrafo) com a observância de limites predeterminados (não há vale-tudo probatório)”³. De outra parte, no processo do sistema inquisitório, o dever precitado (de buscar o conhecimento) está no protagonismo do juiz; e secundariamente às partes. Ele é o senhor do processo. A estrutura é assim porque foi criada para ser assim, ou seja, desde antes se pode ter domínio – e com isso conduzir ao – resultado; pode-se decidir antes e depois ir buscar o conhecimento que se precisa para confirmar tal decisão. Sabe-se isso, pelo menos, desde Alberto Gandino. O texto da semana passada, olhando para “o jogo processual brasileiro”, não foi indiferente ao problema: “Trata-se de um atalho mental tomado por aquele que decide antes do momento adequado”. Isso, em outras palavras, é “il primato dell’ipotesi sui fatti”⁴, ou seja, as hipóteses (mentais) contam mais que os fatos⁵. Veja-se um exemplo do próprio Cordero (sobre o qual ele tem um livro belíssimo)⁶, bem adaptado para os dias de hoje, de Covid-19, nos quais já se começou a achar os “culpados”: “Nas causas milanesas da peste manufaturada, junho-julho de 1630, vemos como juízes por nada desonestos, antes, inclinados a um incomum garantismo, fabriquem delito e delinquentes: o inquirido responde docilmente; o inquisidor encontra na sua cabeça os fantasmas que para ele projetou”⁷.

Em suma, uma coisa são os standards probatórios nos processos penais de *common law*; outra coisa são os standards probatórios nos processos penais de *civil law*, como o brasileiro. Lá, o “saltador” (com sua “hipótese fática acusatória”) deve passar o “sarrafo” na altura em que ele está; e o juiz espera, quiçá para confirmar um “not guilty” se ele não conseguir. Aqui, o “saltador” é o próprio juiz (o que mostra quão absurdo é o sistema inquisitorial), que maneja o discurso como quiser (se tiver só um pouco de preparo) e faz tudo estar ou não (depende sobretudo dele) “além de toda dúvida razoável”.

Não se pode menosprezar, portanto – e nunca –, a diferença entre os sistemas, justo porque ali estão os fundamentos dos fundamentos. Quem faz isso ou não sabe do que se trata ou não se importa com ela, jogando ideologicamente com quem domina. No caso, sabe-se bem quem domina.

No *segundo* ponto (fundamentos), é preciso dar um mergulho na prova. Os autores também sabem disso, embora tomem quase que por descontado o próprio fundamento dela. Ora, a prova é tão importante que uma ou algumas linhas, nesta direção, seriam imprescindíveis para alojar o tema do standard probatório. Afinal, pelo menos desde Giuseppe Chiovenda (que disse que um dia ainda se escreveria toda a teoria do processo a partir da prova), todos têm ciência da importância dela. Como escreveu uma aluna em uma margem superior de um caderno universitário (para destacar a afirmação): Chiovenda: no processo a prova é tudo! Por certo – e pelo que se saiba –, o grande professor de Bologna não teria afirmado isso (porque seria arriscado), mas o valor que ele dava ao tema estava bem próximo da assertiva.

Enfim, como se sabe, a prova é conhecimento que reporta. Assim, antes de tudo é conhecimento. No fundo, o processo se faz para isso: alguém que teoricamente não conhece sobre um crime (juiz), deve conhecê-lo, de modo a poder bem julgar. Pela prova, aporta tal conhecimento; ou o que dele foi possível trazer. Por isso que se diz que prova é tudo aquilo que torna conhecido algum fato, pessoa ou coisa. Esse “tudo aquilo”, porém, o que é? Esta questão, pelo próprio verbo “ser” que aí está, remete, logo, à “questão” fundamental, ou seja, aquela referente à Verdade; ou ao discurso que se faz sobre a Verdade. Antes de tudo, porém, seria preciso indagar: é possível chegar na Verdade, para se poder reportar como conhecimento (prova) no processo penal? Para responder, seria preciso ir, pelo menos, na Filosofia e na Psicanálise, o que é impossível neste pequeno ensaio.

De qualquer maneira, Verdade é alguma coisa que diz com o Todo, razão por que sempre deve – nesta concepção – aparecer com V maiúsculo. O problema é que se não tem acesso ao Todo, logo, à Verdade⁸. O tempo se encarrega de encobrir esse Ser-aí (*Da-sein*). Um crime, como acontecimento histórico, da consumação em diante, como se sabe, é exaurimento e, à luz, só aparece como linguagem reportada, logo, com o que se diz sobre ele, com os óbvios furos que ela, a linguagem, porta consigo. Ao que se tem acesso é a uma parte desse Todo, logo, ao ente. Como poucos, quem no âmbito processual mostrou isso foi Francesco Carnelutti⁹, em um belíssimo ensaio no qual parte de Heidegger: “Em síntese, a verdade está no *todo*, não na parte; e o todo é demais para nós. Mais tarde isso me serviu para compreender, ou ao menos a tentar compreender, por que Cristo disse: ‘Eu sou a verdade’”¹⁰.

Deste modo, mesmo se sabendo que é impossível o acesso ao Todo, seguiu-se e se segue com o discurso de que o juiz deve dizer a Verdade; ou a verdade, aquela que dá conta da “parte do Todo” ou do ente. Essa, porém, é a verdade que não é do Todo, logo, não é a Verdade; embora possa ser a verdade da parte do Todo ou do ente. Mas sempre é isso; não aquilo. Esse “lugar” – para não alongar demais, embora talvez fosse preciso – dá conta daquilo que se tem como “além de toda dúvida razoável” e que demarca o lugar do “sarrafo”. É como se se dissesse: na impossibilidade de se obter a Verdade e em razão de que sempre haverá uma dúvida sobre Ela, é preciso que tal dúvida seja razoável e, portanto, só se provará (“passará o sarrafo”), se o conhecimento aportado (prova) estiver além dela.

Neste ponto, há de se voltar para o standard probatório e o que pode significar, para ele, um conceito tão indeterminado como o de dúvida razoável. Afinal, é o jogo em torno dele que se tem usado para

condenar gente, no processo penal brasileiro, sem nada de provas; ou só com convicções. A realidade, portanto, é extremamente dura.

O *terceiro* ponto (o futuro da matéria) reclama o lugar do poder no processo (sempre aquele do sistema inquisitório no qual se vive no Brasil) e aquilo que se denominou, no texto da semana passada, de *heurística da satisfatoriedade*, com um belo sucesso magisterial. Parece pouco, porém.

A gestão da prova, pelo senhor do poder no processo (juiz), coloca-o no lugar, de certa forma, da escolha. É como se ele tivesse o direito de se satisfazer quando chegasse à conclusão de que a decisão antes tomada (nos casos em que assim se comportasse), em tendo sido testada à saciedade, não precisasse de nada mais. Isso aponta para o lugar do processo como um “estorvo”, na afirmação de um famoso magistrado. Trata-se, ao que parece, de algo mais que a mera satisfação heurística, ou seja, o lacaniano gozo: *jouissance*, como dizem os franceses; no qual está implicado o sujeito do inconsciente. Bem ou mal, ele fornece uma descarga; um alívio. É como se o “sarrafo” estivesse domado; e pudesse ser colocado na altura que fosse adequada para quem decide. “Dúvida razoável”, nesse ponto, pode ser “toda aquela que eu quero estabelecer para medir minha decisão”. Parece, então, não ser por outro motivo que hoje, passo a passo, vai-se relativizando tudo o que estava debaixo das exigências constitucionais do devido processo legal (contraditório e ampla defesa): exame de corpo de delito; oitiva das testemunhas numerárias; diligências imprescindíveis ao final da instrução; nulidades, e *così via*. No fundo, tudo é puro e simples respeito (ou desrespeito) à lei, seja lá por quem for. O resto, sabem todos, é manipulação retórica, na qual alguns são experts.

O esforço em delimitar o chamado standard probatório é elogiável, mas enquanto o processo for aquele de um sistema inquisitorial, o discurso poderá servir – como tem servido – para justificar um faz-de-conta de “livre convencimento”. E isso segue sendo um risco à democracia processual.

O standard probatório parece ser, portanto, mais uma *americanização à brasileira*, pela qual o produto importado vem com os ônus, mas não com os bônus. Afinal, para ser satisfatório, cada vez que no Brasil se quiser importar um instituto norte-americano, há de se ter presente – e ser honesto – que é imprescindível trazê-lo também com os bônus que, lá, em geral, refletem Constituição e, aqui, têm servido para negá-la.

Com essas coisas, o sistema processual penal brasileiro desmoronou; e vive de fragmentos de democracia processual; além de grandes homens que, como juízes, conduziram bem os processos até no inferno.

Só há uma saída: refundar – como tem defendido Fauzi Hassan Choukr – o processo penal adotando um novo CPP fundado no sistema acusatório; e rezar para que as mentalidades sejam democráticas.

¹ MATIDA, Janaina; ROSA, Alexandre Morais da. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. *Consultor jurídico*, 20/3/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>>.

² LANGER, Máximo. Dos Transplantes Jurídicos às traduções jurídicas: A Globalização do *Plea Bargaining*

e a tese da Americanização do Processo Penal. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. Disponível em:

<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 04.mar.2018

3 Parecem – pelo que se pode entender – duas situações diversas: a hipótese fática acusatória e o saltador. Se isso é certo, não deveriam se confundir. O saltador leva a hipótese fática acusatória a passar o sarrafo. Quem sabe, assim, melhor exemplo seria o hipismo: tem sarrafo, tem limites antes e depois do salto, mas tem o cavalo (hipótese fática acusatória) e o cavaleiro (aquele que deve fazer a hipótese fática acusatória passar o sarrafo).

4 CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 51: “o primado das hipóteses sobre os fatos”.

5 CORDERO, F. *Guida...* cit., p. 51: “ma sviluppa quadri mentali paranoidi” (“mas desenvolve quadros mentais paranoicos”). Cordero não está dizendo que quem faz isso é paranoico, tanto que fala de quadros mentais. Diz que os quadros mentais se assemelham àqueles dos paranoicos, ou seja, de que a pessoa acredita na imagem que tem na cabeça como se fosse real; e age determinado por isso. É o bastante (ou deveria ser) para se entender por que o discurso da Verdade e, nele, o dos Direitos e Garantias, é sempre falho, furado, equívoco. Ele diz; mas não diz – nunca – tudo.

6 CORDERO, F. *La fabbrica della peste*. Roma-Bari: Laterza, 1985, 440p.

7 CORDERO, F. *Guida...* cit., p. 51-2: “Nelle cause milanesi de peste manufacta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nient’affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino delitto e delinquenti: l’inquisito risponde docilmente; l’inquisitore gli scova in testa i fantasmi che vi ha proiettato.”

8 Veja-se, por exemplo, no belo texto de HEIDEGGER, Martin. *De la esencia de la verdad* (1943). *In Teorías de la verdad en el siglo XX*. Trad. de E. García Belsunce. Juan Antonio Nicolás e María José Frápolli (editores). Madrid: Tecnos, 1997, p. 411-2: “El comportamiento del hombre está completamente acordado por la revelación del ente en su totalidad. Este ‘en su totalidad’, visto desde el ámbito del cálculo y el quehacer cotidianos, aparece como incalculable e inaprehensible. No se deja captar nunca desde el ente que se manifiesta en cada caso, aunque pertenezca ésta a la naturaleza o a la historia. Si bien es lo que acuerda constantemente todo, permanece indeterminado, indeterminable, y la mayoría de las veces coincide entonces con lo más corriente y lo menos pensado. Sin embargo, lo que acuerda no es nada, sino una ocultación (*Verbergung*) del ente es su totalidad.”

9 CARNELUTTI, Francesco. Verità, dúbio, certeza. *In Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1965, vol. XX (II Série), pp. 4-9.

10 Citado em MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. *In Anuário Ibero-americano de Direito Humanos* (2001/2002). David Sánchez Rubio, Joaquín Herrera Flores e Salo de Carvalho (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 175.

Date Created

27/03/2020