

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACIG

**OS *STANDARDS* PROBATÓRIOS:
VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL**

João Victor Amorim Martins

MANHUAÇU
2022

JOÃO VICTOR AMORIM MARTINS

**OS *STANDARDS* PROBATÓRIOS:
VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Superior de Direito do Centro Universitário UNIFACIG, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal.
Orientador: Marcelo Moreira.

MANHUAÇU
2022

JOÃO VICTOR AMORIM MARTINS

**OS STANDARDS PROBATÓRIOS:
VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Superior de Direito do Centro Universitário UNIFACIG, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal.
Orientador: Marcelo Moreira

Banca Examinadora

Data de Aprovação: 12 de dezembro de 2022.

Prof. Esp. Marcelo Moreira; Centro Universitário UNIFACIG

Dr. Igor de Souza Rodrigues; Centro Universitário UNIFACIG

Prof. Msc. Thaysa Kassis de Faria Alvim Orlandi; Centro Universitário UNIFACIG

MANHUAÇU
2022

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade analisar o *standard* probatório para condenação no processo penal brasileiro. Trata-se de temática pertinente, tendo em vista a ausência de regulamentação expressa no ordenamento pátrio. Desta forma, analisaremos a busca pela verdade real no âmbito do processo penal, demonstrando um conceito do instituto da prova e como os princípios jurídicos inerentes ao tema estão sendo empregados no ordenamento jurídico. Em segundo momento, analisaremos o conceito e a função dos *standards* probatórios, bem como é aplicado no direito internacional e como a aplicação do conceito tem se dado no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, apresentaremos vários posicionamentos doutrinários sobre o instituto da prova no processo penal, relacionados com a busca da verdade real no processo, devendo o juiz sempre motivar suas decisões. A metodologia que adotamos segue um caminho descritivo, prescritivo, analítico e reflexivo, apresentando os principais aspectos legislativos e doutrinários que permeiam a temática. Os resultados da pesquisa mostram que, no Brasil, a aplicação do *standard* de prova possui relação com o princípio da presunção da inocência devendo o magistrado condenar o réu apenas se houver provas suficientes acerca do fato denunciado.

Palavras-chave: *Standars* probatórios. Presunção de inocência. Direito processual penal. Condenação.

ABSTRACT

This work aims to analyze the standard of evidence for conviction in Brazilian criminal proceedings. This is a relevant topic, considering the lack of express regulation in the country's legal system. In this way, we will analyze the search for the real truth in the context of criminal proceedings, demonstrating a concept of the institute of proof and how the legal principles inherent to the subject are being used in the legal system. Secondly, we will analyze the concept and function of evidentiary standards, as well as how it is applied in international law, and also how the concept has been applied in the Brazilian legal system. Therefore, we will present several doctrinal positions on the institute of proof in criminal proceedings, related to the search for the real truth in the process, and the judge must always motivate his decisions. The methodology we adopted follows a descriptive, prescriptive, analytical and reflective path, presenting the main legislative and doctrinal aspects that permeate the theme. The results of the research show that, in Brazil, the application of the standard of proof is related to the principle of the presumption of innocence, and the magistrate should only condemn the defendant if there is sufficient evidence about the denounced fact.

Keywords: Evidence standards. Presumption of innocence. Criminal Procedural Law. Conviction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 BUSCA PELA VERDADE.....	9
3 PRINCÍPIOS RELATIVOS À PROVA NO PROCESSO PENAL	12
3.1 Princípio da proporcionalidade	12
3.2 Princípio da comunhão da prova.....	13
3.3 Princípio da autorresponsabilidade das partes.....	13
3.4 Princípio da oralidade.....	14
3.5 Princípio da identidade física do juiz	16
3.6 Princípio da liberdade probatória.....	17
4 LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO VS ÍNTIMA CONVICÇÃO.....	17
5 <i>STANDARD</i> PROBATÓRIO.....	20
5.1 Conceito e função	20
5.2 Direito comparado	22
6 APLICAÇÃO DO <i>STANDARD</i> PROBATÓRIO NO DIREITO BRASILEIRO E ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS	24
CONSIDERAÇÕES FINAIS	30
REFERÊNCIAS.....	31

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo de pesquisa analisar como o *standard* probatório pode funcionar como valoração da prova no processo penal, procurando evitar que um inocente seja condenado, injustamente, dentro do processo penal preservando os direitos e garantias fundamentais, constitucionais e penais existentes.

Nosso ponto de partida é que o Estado só pode punir alguém que realmente tenha praticado um crime. Desta forma, o instrumento é o processo penal que busca a realidade dos fatos privilegiando uma investigação que apresentem provas inefutáveis sobre os acontecimentos.

Assim, será estudada a teoria da busca pela verdade no âmbito processual, bem como o conceito de provas e os princípios jurídicos pertinentes ao tema que devem ser analisados durante toda a instrução criminal.

Existem vários *standards* probatórios que podem variar conforme a decisão que está sendo decidida e o momento do processo. Sendo assim, analisaremos como é aplicado os *standards* probatórios no direito comparativo, em alguns países, demonstrando a teoria que adotam.

No direito brasileiro existe uma lacuna normativa e jurisprudencial da aplicação do *standard* probatório para condenação no processo penal. Portanto, observaremos se o sistema brasileiro adota a aplicação do *standard* probatório e/ou *standard* de “prova além da dúvida razoável.”

Hoje se verifica a possibilidade de aplicação do *standard* probatório para condenação no processo penal brasileiro. Trata-se de temática pertinente, tendo em vista a ausência de regulamentação expressa no ordenamento pátrio. Desta forma, será analisada a diferença entre a busca pela verdade real e verdade mais próxima do real ou verdade processual, no âmbito do processo penal, demonstrando um conceito do instituto da prova, bem como os princípios jurídicos inerentes ao tema. Verifica-se que no Brasil o *standard* probatório possui relação com o princípio da presunção de inocência e diminui a possibilidade que um inocente seja condenado, injustamente. Portanto, neste estudo apresentamos vários posicionamentos doutrinários sobre o instituto da prova no processo penal e sobre o conceito e a função dos *standards*

probatórios. Contudo, no Brasil há uma lacuna normativa e insuficiência doutrinária e jurisprudencial, com um cenário de divergências na doutrina internacional.

Desse modo, diante de várias divergências doutrinárias e jurisprudenciais será necessário fazer um questionamento se o *standard* probatório adotado no Brasil é eficiente na prestação jurisdicional. Esse instituto normativo é importante na busca de tentar eliminar decisões pautadas em erros judiciais e concretizar o direito de forma justa para todos. Assim, a finalidade do *standard* probatório é regular a aplicação das normas processuais para a solução de conflitos garantindo o contraditório e a ampla defesa.

Diante disso, essa monografia tem como questão problema analisar se é possível sua aplicação nas condenações no processo penal. Nosso objetivo é demonstrar a possibilidade de aplicação do *standard* probatório para condenações no processo penal, verificando quais são as teorias de valoração probatórias para aplicação do seu conteúdo e analisar as principais críticas na adoção no sistema brasileiro. Consideramos importante investigar a busca pela prova e pela verdade dentro de um processo criminal, verificar quem possui o ônus de produzir e comprovar as provas dentro de uma instrução criminal.

A pesquisa será feita nas formas descritiva, prescritiva, analítica e reflexiva, apresentando-se os principais aspectos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais que permeiam a temática.

O trabalho está dividido em quatro partes, além da introdução. O capítulo dois descreve uma breve análise do conceito *standard* probatório e aspectos gerais do instituto. O capítulo terceiro fala sobre os princípios processuais penais que se refere ao tema estudado. O quarto capítulo fala sobre o livre convencimento motivado em oposição a íntima convicção. E o capítulo quinto trata do entendimento jurisprudencial sobre aplicação do *standard* probatório no processo penal brasileiro. Finalmente, as conclusões serão apresentadas no capítulo quinto.

2 BUSCA PELA VERDADE

A busca pela verdade no âmbito processual é de suma importância para a conclusão do processo, pois as provas na atividade judicial são os principais meios na busca pela verdade com o objetivo de constituir fatos pretéritos. Nesse sentido, Carnelutti (2022, p. 80) assegura que “as provas são os objetos mediante os quais o juiz obtém as experiências que lhe servem para julgar”. Assim, a prova é o meio utilizado para provar fatos já acontecidos, que servirá de base para a convicção do juiz sobre o caso (CARNELUTTI, 2022).

Para Tornaghi (1959) o conceito de prova é entendido como:

“atividade probatória tem como finalidade principal formar a convicção do juiz. No processo inquisitório, este é seu escopo único. No acusatório, esse objetivo existe também. É especialmente e sobretudo para demonstrar ao juiz a veracidade ou falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e da periculosidade, na individualização das penas e na aplicação das medidas de segurança, que se faz a prova. Mas não é exclusivamente para isso” (TORNAGHI, 1959, p.58).

As partes, evidentemente, podem se manifestar, discutir, impugnar as provas, inclusive interferir para sua escoreta produção. Em relação a finalidade da prova, Nucci (2018) assevera que a

“finalidade da prova é convencer o juiz a respeito de um fato litigioso. Busca-se a verdade processual, ou seja, a verdade atingível ou possível (probable truth, do direito anglo americano). A verdade processual emerge durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão” (NUCCI, 2018, p. 745).

Badaró (2003) destaca que a função ou a finalidade da prova irá variar de acordo com a concepção que se tenha do processo, do que ele objetiva e sobre a possibilidade ou não de atingir o conhecimento verdadeiro dos fatos.

Para Taruffo (2012) na busca pela verdade:

“É fácil verificar que o juiz, ao formular o raciocínio que se conclui com a decisão, e mesmo quando justifica esta, emprega, como se costuma dizer, o material e as formas mais dispares e heterogêneas: linguagem técnica e linguagem comum, esquemas e modelos de argumentação,

formas dedutivas, juízos de valor, instrumentos de persuasão retórica, conhecimentos de variada natureza, regras éticas e de comportamento, interpretações, escolhas de diversos gêneros etc.” (TARUFFO, 2012, p. 7).

Como demonstramos, a finalidade da prova pode identificar quatro espécies de ‘verdade’ dentro do processo judicial: a primeira é a processual, sendo revelada no processo e serve de base para o julgamento. Pode corresponder ou não à realidade. A segunda espécie é a real decorrente de uma inatingível reconstituição perfeita dos fatos, tal como eles teriam ocorrido e envolve conhecimento absoluto dos fatos. A terceira espécie é a formal decorrente da postura e do embate processual entre as partes e fruto de presunção legal como na revelia ou ausência de impugnação. A última espécie é a material decorrente de produção probatória incompatível com presunção e convicção formada a partir da análise de objetos, dados ou elementos.

Em relação ao objeto da prova, comenta Nucci (2018):

“objeto da prova são, primordialmente, os fatos que as partes pretendem demonstrar. Excepcionalmente, a parte deve fazer prova quanto à existência e ao conteúdo de um preceito legal, desde que se trate de norma internacional, estadual ou municipal (nestes últimos dois casos, caso se trate de unidade da Federação diversa daquela onde está o magistrado)” (NUCCI, 2018, p.773).

Verifica-se que o magistrado faz sua convicção livre, desde que seja motivada em relação as provas juntadas aos autos. Dessa forma, Beccaria (2009) dispõe:

“a um homem não se pode chamá-lo de réu antes da sentença do Juiz, nem a sociedade pode lhe negar a sua proteção pública, até o momento em que ficar decidido que ele violou as convenções através das quais aquela proteção lhe fora outorgada. Qual é, pois, o direito, se não aquele da força, que dá poder ao Juiz para aplicar uma pena a um cidadão, enquanto ainda existem dúvidas se ele é réu ou inocente? Não é novo esse dilema: ou o crime é certo, ou incerto; se certo, não lhe será conveniente outra pena do que a estabelecida pelas leis, e inúteis são os suplícios, porque inútil é a confissão do réu; se é incerto, não se deve angustiar um inocente, já que ele é, segundo as leis, um homem, cujos delitos não estão provados” (BECCARIA, 2009, p.154).

Nesse compasso Lenio Luiz Streck (2012) salienta:

“a ideia do ‘sistema inquisitivo’ representa uma profissão de fé na tese de que o sujeito é o ‘senhor dos sentidos’, de modo que esse sujeito – e não a sociedade – é que deve se ‘convencer’, ter a ‘certeza’ de seu julgamento etc. Aqui cabe lembrar, já de pronto, do vetusto ‘princípio’ do livre convencimento, colocado lado a lado ao ‘princípio’ da verdade real. Uma coisa leva a outra” (STRECK, 2012, p.362).

De uma forma ou de outra, compreendendo que o objeto da prova se dá em relação aos fatos ou mesmo em relação às afirmações das partes. O tema ou objeto da prova não pode se afastar da acusação formulada pelo Ministério Público ou pelo querelante. Ela que estabelece os limites mais objetivos e verificáveis dentro dos quais a instrução probatória deve permanecer. É a imputação que norteia o exercício da defesa por parte do réu; o réu, no processo penal, se defende, essencialmente, dos fatos a ele expressamente atribuídos. Existem, todavia, fatos que não dependem de prova. Interessante registrar o que estabelece o Código de Processo Civil a respeito disso:

“Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade” (BRASIL, 2015).

Esse dispositivo evidencia que pode ser aplicado analogicamente no processo penal. Contudo, nem todas essas hipóteses são dispensadas no processo criminal. De um modo geral a doutrina costuma dizer que somente os incisos I e IV se aplicam no processo penal. Nucci (2018) afirma que somente o II não se aplica, mas sem esclarecer sobre o inciso III.

No que se refere as funções das provas, há dois caminhos possíveis, sendo: a confirmatória/demonstrativa e a argumentativa/persuasiva. A primeira tem por finalidade a busca da verdade de um determinado fato, por outro lado, a função argumentativa visa construir um entendimento na existência de um determinado conflito.

3 PRINCÍPIOS RELATIVOS À PROVA NO PROCESSO PENAL

É imperioso que se faça um estudo direcionado especificamente à matéria das provas. Vejamos, então, quais são esses princípios e quais as suas influências no contexto probatório do processo penal.

3.1 Princípio da proporcionalidade

A proporcionalidade está intrinsecamente ligada à diretriz axiológica do *due process of law* (devido processo legal) em seus âmbitos processual (com a inafastável observância das garantias e demais princípios informadores do processo, constituindo a figura do processo legítimo, devido e escorreito) e substancial (com a inibição de comportamentos imoderados e desarrazoados pelo Poder Público, desde a atividade legislativa até a atividade judicante).

O postulado da proporcionalidade, além de constituir importantíssimo alicerce para um processo penal digno de um Estado Democrático de Direito, também guarda interessante relação com algumas questões atinentes ao campo probatório.

Estabelece o art. 5º, LVI da CF: LVI – que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, embora pareça ter o texto constitucional, de maneira contundente, abolido completamente a possibilidade de aceitação de provas ilícitas no processo. Na doutrina há a consolidação do entendimento de que seria possível um abrandamento dessa regra limitativa nos casos em que a prova ilícita constitua o único meio de prova de inocência do acusado; trata-se de uma ponderação entre todos os interesses, direitos e garantias envolvidos no caso (BRASIL, 1988). Sobre o assunto Paulo Rangel (2018) assenta:

“a regra do inciso LVI do art. 5º da CRFB não é, assim, nem poderia ser, absoluta. Deve ser interpretada de forma coerente e razoável, mostrando proporção entre os bens jurídicos que se contrastam. [...] Nesse sentido, surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, capitaneada pelo mestre Afrânio Silva Jardim, à qual nos filiamos, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante. [...] Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu

para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei” (RANGEL, 2018, p.134).

Destarte, sob um juízo de proporcionalidade e ponderação entre o direito à liberdade de um indivíduo e a limitação à utilização de provas ilícitas no processo e eventuais outros direitos violados, há de se verificar uma inclinação à prevalência daquele, acaso isso se demonstre ponderado e razoável.

3.2 Princípio da comunhão da prova

O princípio da comunhão da prova teoriza que uma vez produzida, independentemente de tê-la sido por iniciativa da acusação, defesa ou mesmo *ex officio* pelo juiz, a prova passa a servir a todos no processo, indistintamente. Nas palavras de Edilson Mougenot Bonfim (2019, p. 638) “por esse princípio, a prova produzida pelas partes integra um conjunto probatório unitário, podendo favorecer a qualquer dos litigantes.” Como exemplos do referido princípio é possível que um documento juntado pela defesa seja utilizado pela acusação para comprovar sua tese ou que o depoimento de uma testemunha de acusação seja empregado pela defesa em seu próprio favor (MARCÃO, 2017).

Assim, independentemente de quem produziu a prova servirá ao processo, podendo as partes utilizar das provas produzidas pelas partes adversas.

3.3 Princípio da autorresponsabilidade das partes

Como se depreende da própria nomenclatura, as partes se responsabilizam pela sua ação ou inação probatória (ou mesmo por eventual erro/equívoco nesse sentido), bem como pelas implicações desses comportamentos ao mérito da causa. É dizer “conforme a distribuição do ônus da prova, cabe a cada parte dele desincumbir-se, e, se assim não proceder, arcará com as consequências que disso decorrem” (MARCÃO, 2017, p.80).

Bem ilustrando o princípio em comento, Avena (2017) exemplifica:

“logo, se na ação penal pública não providenciar o Ministério Público a prova da autoria da infração e de sua materialidade, a consequência

será a absolvição do acusado. Por outro lado, nada impede o juiz de utilizar, como fator de condenação, o testemunho de pessoa que, apesar de arrolada pela defesa, tenha contribuído para incriminar o réu, em vez de beneficiá-lo” (AVENA, 2017, p.264).

Pelo ônus da prova as partes serão responsabilizadas pela produção desta, bem como as implicações decorrentes para a instrução criminal. Portanto, como a Constituição presume a inocência do acusado, cabe ao autor esse ônus. No entanto, em 2016, o STF mudou seu entendimento sobre a presunção de inocência desde 2009, expedindo o *habeas corpus* 126.292 permitindo prisões em segunda instância sob o argumento de que não viola a CF/88 Art. 5º, inciso LVII. Assim, entende-se que este princípio vincula a capacidade do autor de provar as alegações, exceto quando o juiz intervém de ofício como investigador para determinar a devida diligência. Rodrigues Alencar e Távora (2013, p. 47) apontam que, ao identificar efetivamente os pilares da crença, os autores afastariam indiretamente a possibilidade de exclusão da ilicitude e da culpabilidade do agente.

3.4 Princípio da oralidade

Prima-se, no processo penal brasileiro, pela ‘palavra falada’ em detrimento da ‘palavra escrita’, tanto quanto possível. Verifica-se esse princípio na inquirição pessoal das testemunhas e no interrogatório do acusado nas audiências de instrução, por exemplo. Em relação ao conceito de oralidade dispõe Lucas Moraes Martins (2010):

“logo, o conceito de princípio da oralidade deve compreender, isto sim, a preponderância da forma oral como meio de se realizar os atos processuais, como forma das Prates expressarem seu pensamento ao magistrado, bem como do juiz de tomar contato com as provas produzidas durante o procedimento” (MARTINS, 2010, p. 107).

A primeira vez que surgiu o princípio da oralidade foi no Código de Processo Civil de 1993 que constava nos seguintes termos:

“o processo oral atende a todas as exigências acima mencionadas: confere ao processo o caráter de instrumento público; substitui a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e

eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles aparições adequadas ou justas” (GUEDES, 2003, p. 44).

Esse princípio se estende até mesmo para os próprios debates/alegações finais orais - após o término da instrução (art. 403 do CPP) - que somente serão por escrito (ou “por memoriais”), excepcionalmente (art. 403, § 3º) (BRASIL, 1941).

“A oralidade divide-se em dois subprincípios: concentração e imediatismo/imediatidade. No subprincípio da concentração busca-se a produção probatória em uma única audiência de instrução, ou, caso seja inviável, no menor número de audiências possível. Isso decorre de expressa previsão legal, conforme art. 400, § 1º do CPP, § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias” (BRASIL, 1941).

Para Renato Brasileiro Lima (2017) esse subprincípio tem como principal objetivo reduzir ao máximo o tempo entre a infração penal e o seu julgamento, otimizando-se o resultado e finalidade do processo:

“(...) consiste na tentativa de redução do procedimento a uma única audiência, objetivando encurtar o lapso temporal entre a data do fato e a do julgamento. Afinal, quanto mais próxima do fato delituoso for proferida a decisão final, maior é a possibilidade de se atingir a verdade” (LIMA, 2017, p.427).

Subprincípio da imediatidade ou imediatismo nada mais é do que a necessidade de que as provas sejam produzidas perante a autoridade judicial, em vívido contato físico e direto com o meio de prova e com as partes. Avena (2017) considera que seja

“necessário assegurar ao juiz o contato físico com as provas no ato de sua obtenção, inclusive para que possa ele conservar em sua memória aspectos importantes do momento em que tenham sido aquelas provas produzidas e, desse modo, valorá-las com maior exatidão no ato da sentença” (AVENA, 2017, p. 263).

Esse subprincípio encontra mitigação nos casos de expressa previsão legal quanto à possibilidade de videoconferências na produção das provas como, por exemplo, a situação do artigo 217 do Código de Processo Penal.

Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo a inquirição com a presença do seu defensor.

Esse subprincípio encontra mitigação nos casos de expressa previsão legal quanto à possibilidade de videoconferências na produção das provas.

3.5 Princípio da identidade física do juiz

Dispõe o art. 399, § 2º do CPP: § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Esse dispositivo sintetiza bem o princípio em comento. O juiz que participou da coleta das provas, teve contato imediato com as partes e que vivenciou o desenvolvimento do processo é quem deve julgar a causa. Nada mais lógico. Esse princípio possui relação com a oralidade e os subprincípios da concentração e imediatidade, como registra Aury Lopes Jr. (2020):

“o princípio da identidade física do juiz exige, por decorrência lógica, a observância dos subprincípios da oralidade, concentração dos atos e imediatidade. Foi seguindo essa lógica que se procedeu a alteração procedimental para criar condições de máxima eficácia dos subprincípios” (LOPES JR, 2020, p.628).

Ressalva o autor, contudo, que o princípio comporta exceções:

“constituem uma exceção ao princípio da identidade física as provas colhidas à distância, tais como os depoimentos produzidos em outras comarcas através de carta precatória (ou rogatória, se for exterior). Contudo, a jurisprudência tem relativizado bastante o princípio da identidade física, importando as exceções previstas no art. 132 do antigo CPC (revogado)” (LOPES JR, 2020, p. 628).

Antes disso, a identidade física do juiz em matéria processual penal “só subsistia de maneira muito tímida em procedimentos cujo rito tinha previsão de audiência una (Juizados Especiais Criminais, Lei nº 9.099/1995) ou de sessão

única de julgamento (Júri)” (AVENA, 2017, p. 264). Outrossim, é possível perceber que a consagração desse princípio - como regra expressa no processo penal - é relativamente recente com o advento da Lei 11.719/2008 que conferiu nova redação ao art. 399, § 2º do CPP (BRASIL, 1941).

3.6 Princípio da liberdade probatória

No processo penal, levando-se em consideração os caros interesses que se encontram em conflito – de um lado o *jus puniendi* do Estado e a tutela dos bens jurídicos que se comprometera a proteger; de outro, o direito fundamental e individual à liberdade do acusado –, as partes detêm ampla liberdade probatória, mais extensa do que no bojo do processo civil. Note-se, no entanto, que essa liberdade encontra limitações expressas tanto no Código de Processo Penal quanto na própria Constituição Federal (em relação à inadmissibilidade das provas ilícitas).

4 LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO VS ÍNTIMA CONVICÇÃO

Falar em sistemas de avaliação da prova nada mais é do que tratar sobre a relação existente entre o julgador e as provas constantes de um processo; ou seja, qual é o critério de análise a ser adotado para a apreciação dos elementos probatórios. São eles: sistema da íntima convicção e sistema do convencimento motivado.

O sistema de íntima convicção, que também recebe as nomenclaturas de “livre convicção” ou “certeza moral do juiz”, tem como elemento mais marcante a amplíssima liberdade conferida ao julgador para a apreciação de provas e o consequente julgamento da causa a ele submetida. Como se infere da própria denominação do sistema, a convicção do julgador se dá de maneira íntima, reservada e sigilosa, “dispensando-se qualquer motivação sobre as razões que o levaram a esta ou àquela decisão, sendo irrelevante, inclusive, a circunstância de encontrar-se ou não a prova nos autos” (AVENA, 2017, p. 273).

É cediço que o direito brasileiro não consagrou esse critério de apreciação das provas, ao menos não como regra; afinal, a própria Constituição

Federal, em seu art. 93, IX, impõe a fundamentação das decisões judiciais como pressuposto de sua validade:

“IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 1988).

Esse sistema é adotado no ordenamento jurídico em apenas uma hipótese: nas decisões dos jurados no Tribunal do Júri. Em verdade, esse critério da íntima convicção constitui decorrência lógica de um dos princípios inerentes a esse órgão: o sigilo das votações, que é dotado, assim como os demais, de *status* de norma constitucional, conforme art. 5º, XXXVIII, b da Carta Magna:

“XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
a) plenitude de defesa;
b) o sigilo das votações;
c) a soberania dos veredictos;
d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;” (BRASIL, 1988).

Sobre esse ponto, complementa Lima (2017):

“ou seja, fosse o jurado obrigado a fundamentar sua decisão, seria possível identificar-se o sentido de seu voto. Daí a desnecessidade de fundamentação do voto do jurado, limitando-se o mesmo a um singelo “sim” ou “não” para cada quesito que lhe for formulado, nos exatos termos do art. 486, caput, do CPP” (LIMA, 2017, p. 426).

Já em relação ao sistema do convencimento motivado do juiz, trata-se do sistema adotado pelo processo penal brasileiro, como se depreende do art. 155, do Código de Processo Penal:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (BRASIL, 1941).

O referido dispositivo deve ser em lido em harmonia com o já referido art. 93, IX, da CF, que determina a necessidade de fundamentação nas decisões judiciais:

“IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 1988).

Como um verdadeiro meio-termo entre os dois sistemas anteriores, o sistema da persuasão racional confere ao juiz Liberdade para a valoração das provas, sem que se submeta a prefixações valorativas em abstrato do legislador a esse respeito. As provas ostentam, como regra geral, o mesmo valor abstrato, devendo o magistrado tomar a sua decisão cotejando todos os elementos probatórios apresentados no caso concreto e fundamentando a decisão tomada. Em relação a aplicação do princípio do livre convencimento, vejamos decisão do Supremo Tribunal Federal:

“Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Oitiva de testemunhas arroladas em fase de defesa prévia (CPP, art. 396-A). Indeferimento. Alegado cerceamento de defesa. Impetração dirigida contra decisão monocrática com que o relator do habeas corpus no Tribunal Superior Eleitoral a ele negou seguimento. Não exaurimento da instância antecedente pela via do agravo regimental. Apreciação per saltum. Supressão de instância. Não conhecimento da impetração. Precedentes. Existência de ilegalidade flagrante a amparar a concessão da ordem de ofício. Indeferimento das testemunhas arroladas pela defesa. Frustrada a possibilidade de os acusados produzirem as provas que reputam necessárias à demonstração de suas alegações. Infringência à matriz constitucional da plenitude de defesa (CF, art. 5º, inciso LV) e do due process of law (CF, art. 5º, inciso LIV). Decisão que, à luz do princípio do livre convencimento motivado, extrapolou os limites do razoável. Ordem concedida de ofício. 1. Habeas corpus impetrado contra decisão monocrática mediante a qual o relator do writ no Tribunal Superior Eleitoral a ele negou seguimento, invocando o verbete nº 691 deste Supremo Tribunal e apontando deficiência em sua instrução. Logo, a apreciação do tema, de forma originária, pelo STF configuraria inadmissível supressão de instância. 2. Como se não bastasse, é inadmissível o habeas corpus que se volte contra decisão monocrática não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente. 3. Habeas corpus do qual não se conhece. 4. As circunstâncias expostas nos autos, todavia, encerram situação de constrangimento ilegal apta a justificar a concessão da ordem de ofício. 5. O princípio do livre convencimento motivado (CPP, art. 400, § 1º) faculta ao juiz o indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (v.g. RHC nº 126.853/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 15/9/15). 6. Não obstante, o indeferimento das testemunhas de defesa, à luz desse princípio, se afigura inadmissível em um estado democrático de direito, em que a plenitude de defesa é garantia constitucional de todos os acusados (CF, art. 5º, inciso LV). 7. A decisão em comento extrapola os limites do razoável, mormente se levado em consideração que a medida extrema foi tomada em estágio

inicial do processo (defesa prévia) e que a motivação para tanto está consubstanciada tout court na impressão pessoal do magistrado de que o requerimento seria protelatório, já que as testemunhas não teriam, em tese, vinculação com os fatos criminosos imputados aos pacientes. 8. Houve evidente infringência à matriz constitucional do due process of law (CF, art. 5º, inciso LIV), visto que se frustrou a possibilidade de os acusados produzirem as provas que reputam necessárias à demonstração de suas alegações. 9. Habeas corpus concedido de ofício para assegurar a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa dos pacientes” (STF, Órgão Julgador: Segunda Turma. Ministro Relator: Dias Toffoli. Julgamento: 08/05/2018. Publicação: 24/07/2020).

Outrossim, pertinente se faz transcrever o ensinamento de Lima (2017) ao elencar três importantes efeitos decorrentes da adoção, pelo processo penal brasileiro, do sistema da persuasão racional do juiz:

“deve o magistrado valorar todas as provas produzidas no processo, mesmo que para refutá-las: de nada adianta assegurar às partes o direito à prova se o juiz não considerá-la por ocasião da fundamentação da sentença. As partes possuem, portanto, o direito de verem apreciados seus argumentos e provas, direito este cuja observância deve ser aferida na motivação; c) somente serão consideradas válidas as provas constantes do processo: não se pode emprestar validade aos conhecimentos privados do magistrado, sejam elas provas nominadas ou uninominadas, típicas ou atípicas. Como visto no tópico pertinente à terminologia da prova, desde que lícitas, legítimas e moralmente válidas, é possível a utilização de meios de prova não previstos em lei (provas uninominadas), assim como de meios de prova cujo procedimento probatório não esteja delimitado pela lei (provas atípicas), mas desde que tais provas estejam inseridas nos autos do processo” (LIMA, 2017, p. 538).

A propósito, o item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal muito bem apresenta o conteúdo e roupagem desse sistema, ao mesmo tempo em que declara expressamente o abandono dos demais sistemas de valoração (abandono esse que, como vimos, não é total ou absoluto).

5 STANDARDS PROBATÓRIOS

5.1 Conceito e função

Primeiramente, podemos perceber que o processo penal tem por finalidade reconstruir fatos passados para fornecer elementos suficientes para a

convicção do juiz na fixação da sentença. Seguindo essa linha sobre as provas Taruffo (2014, p. 34) assegura que:

“a prova dos fatos nem sempre será alcançada, ainda que os meios de prova sejam relevantes e admissíveis; pois um fato somente será provado se forem extraídas, com sucesso, conclusões da sua existência a partir dos meios de prova disponíveis, e isso não acontece sempre, vem que um elemento de prova apresentado pode não surtir qualquer efeito positivo.”

Os níveis de provas exigidos para que seja deferida uma decisão são denominados *standards* probatórios no processo penal. Sobre o conceito de *standards* probatórios, define Danilo Knijnik (2021):

“Por modelo de controle do juízo de fato (ou standards, critérios etc.) provisoriamente definimos enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão)” (KNIJNIK, 2021, p.1).

Em relação aos modelos de constatação ou *standards*, dispõe Knijnik (2021):

“O emprego dos modelos de constatação ou standards permite que se traga ao debate, regado e inteligível, critérios decisoriais importantes (p. ex., o optar o juiz por um indício ou outro, o entender subjetivamente insuficiente a prova produzida, o pretender a parte a prevalência de determinada interpretação ou inferência etc.), que, até então, não possuíam um código comum e, de certo modo, ficavam à margem de uma decisão crítica” (KNIJNIK, 2021, p.29).

É importante mencionar que o conceito e função de *standards* vão ao encontro do conceito filosófico de critério, vejamos Mora (2000):

“Em geral, entende-se por critério o sinal, a marca, a característica ou nota por meio da qual algo é reconhecido como verdadeiro. Portanto, critério é, nesse sentido, o critério da verdade.

(...)

O problema do critério foi examinado, por um lado, em estreita relação com o problema da verdade (sobretudo para as orientações que pressupuseram que somente a verdade pode ser o critério para o verdadeiro), e, por outro lado, em relação com as questões suscitadas pelo grau de veracidade das diferentes fontes do conhecimento, em particular os chamados sentidos externos”(MORA, 2000, p. 619).

Em relação a aplicação do *standard* probatório no sistema brasileiro é necessário o preenchimento de vários requisitos, vejamos decisão do Supremo Tribunal Federal:

“Penal e Processual Penal. 2. Júri. 3. Pronúncia e *standard probatório*: a decisão de pronúncia requer uma preponderância de provas, produzidas em juízo, que sustentem a tese acusatória, nos termos do “art. 414, CPP. 4. Inadmissibilidade *in dubio pro societate*: além de não possuir amparo normativo, tal preceito ocasiona equívocos e desfoca o critério sobre o *standard probatório* necessário para a pronúncia. 5. Valoração racional da prova: embora inexistam critérios de valoração rigidamente definidos na lei, o juízo sobre fatos deve ser orientado por critérios de lógica e racionalidade, pois a valoração racional da prova é imposta pelo direito à prova (art. 5º, LV, CF) e pelo dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). 6. Critérios de valoração utilizados no caso concreto: em lugar de testemunhas presenciais que foram ouvidas em juízo, deu-se maior valor a relato obtido somente na fase preliminar e a testemunha não presencial, que, não submetidos ao contraditório em juízo, não podem ser considerados elementos com força probatória suficiente para atestar a preponderância de provas incriminatórias. 7. Dúvida e impronúncia: diante de um estado de dúvida, em que há uma preponderância de provas no sentido da não participação dos acusados nas agressões e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, impõe-se a impronúncia dos imputados, o que não impede a reabertura do processo em caso de provas novas (art. 414, parágrafo único, CPP). Primazia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF e art. 8.2, CADH). 8. Função da pronúncia: a primeira fase do procedimento do Júri consolida um filtro processual, que busca impedir o envio de casos sem um lastro *probatório* mínimo da acusação, de modo a se limitar o poder punitivo estatal em respeito aos direitos fundamentais. 9. Inexistência de violação à soberania dos veredictos: ainda que a Carta Magna preveja a existência do Tribunal do Júri e busque assegurar a efetividade de suas decisões, por exemplo ao limitar a sua possibilidade de alteração em recurso, a lógica do sistema bifásico é inerente à estruturação de um procedimento de júri compatível com o respeito aos direitos fundamentais e a um processo penal adequado às premissas do Estado democrático de Direito. 10. Negativa de seguimento ao Agravo em Recurso Extraordinário. Habeas corpus concedido de ofício para restabelecer a decisão de impronúncia proferida pelo juízo de primeiro grau, nos termos do voto do relator” (STFF, Habeas Corpus, Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 26/03/2019. Publicação: 02/07/2020).

Dessa forma, para que seja proferida uma condenação é necessário que o magistrado leve em consideração todas as provas produzidas no processo. Não sendo levada em consideração, por exemplo, as provas obtidas por meio ilícito.

5.2 Direito Comparado

Iremos analisar alguns modelos de *standard* adotados no direito comparado. O primeiro caso é o *standard* da prova acima de dúvida razoável e preponderância da prova que dá o ensejo a presunção de inocência. Esse modelo é aplicado em casos criminais, nos países da *common law*, desde o

século XVIII e já era adotado de forma geral, mesmo antes do reconhecimento de seus *status* constitucional pela Suprema Corte na decisão do caso *In re Winship* (DIAMOND, 2000, p. 1717).

Nesse caso acima, um adolescente tinha praticado um crime de furto. A Suprema Corte, conforme as provas produzidas, condenou o jovem na prática de furto. Assim como para os adultos deveria ter sido exigida a prova acima de dúvida razoável, em razão do devido processo substantivo, assim constitucionalizando a questão (HALL, 1992, p. 933). Outro modelo de valoração de prova é o construído no Tribunal Constitucional Espanhol. Esse sistema de tribunal exige a produção suficiente de provas para que o magistrado não possa ter qualquer tipo de dúvida no julgamento de um processo, em especial, qualquer tipo de dúvida sobre a culpabilidade do acusado. Nesse sistema deve ser observado os seguintes aspectos: eliminação do convencimento judicial referente em apenas suspeitas ou intuições pessoais do magistrado e a prova produzida deve eliminar quaisquer tipos de dúvidas existentes.

A Constituição Americana dispõe que os acusados têm direito a um julgamento público e rápido:

“Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro. (Emenda VI). Tal julgamento deverá ser feito por jurado imparcial e selecionado pelo Estado, no Distrito no qual foi cometido o delito, sendo previamente estabelecido por lei, conforme previsão no artigo 3º, seção 2, parte final da Constituição Americana: (...)O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei” (ESTADOS UNIDOS DA AMERICA, 2018, p.1).

Em relação ao modelo espanhol Andrés Ibanez (2004) menciona:

“O legislador não se preocupa em impor ao juiz, quando da redação da sentença (art, 142,2), alguma cautela, para garantir a efetividade do imperativo de inculcação da convicção sobre os fatos ao resultado ‘das provas praticadas em juízo’, contido no art. 741.” (IBANEZ, 2004, p.64).

Outro caso é o alto grau de verossimilhança sem dúvidas concretas, aplicada pela jurisprudência de origem germânica, que na fixação de uma condenação a prova produzida não pode passar qualquer tipo de dúvida (WALTER, 2004, p.115).

Assim, não se pode contar com hipóteses altamente improváveis como, por exemplo, que todas as testemunhas tenham mentido etc. Afinal, sempre haverá alguma possibilidade de que as coisas tenham se dado de modo diverso (WALTER 2004, p.169).

6 APLICAÇÃO DO *STANDARD* PROBATÓRIO NO DIREITO BRASILEIRO E ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

O processo penal brasileiro tem por objetivo a busca pelos fatos pretéritos, usando uma forma de reconstruir esses fatos para fornecer elementos necessários para o julgamento. Assim, o crime acontecido será reconstruído por meio da produção de provas lícitas que serão utilizados para a convicção do juiz na condenação ou absolvição do réu. Em relação ao potencial de aplicação do *standard* probatório no sistema brasileiro, Nardelli (2018) salienta que :

“[...] quando adequadamente formulados, podem servir tanto como um critério de decisão capaz de orientar o raciocínio do julgador quanto como um método lógico hábil a indicar a estrutura a ser seguida quando da justificação da decisão possibilitando um controle mais claro de seus fundamentos” (NARDELLI, 2018, p. 3).

O *standard* probatório utilizado para a convicção do juiz é aplicado de forma diferente no processo civil e no penal. Em relação a esses vários modelos de verificação de fatos dispõe Vasconcelos (2020):

“Trata-se, portanto, de padrões que apontam uma demarcação, um mínimo probatório que deve ser superado para que se considere um fato como provado. Em termos diretos, eles definem o quanto de prova (nível de suficiência probatória ou grau de confirmação)” (VASCONCELLOS, 2020, p.6).

Nesse sentido conforme as lições de Dallagnol (2018):

“O melhor Standard Probatório, que exprime essa ideia, é o da prova para além de uma dúvida razoável ou, na expressão inglesa, beyond a

any reasonable doubt. Essa noção, embora um tanto fluida, assume a realidade de que a verdade e a certeza são inalcançáveis ou inadequadas e, ao mesmo tempo, infunde a necessidade de uma dose bastante significativa de segurança para a condenação criminal. Dentro dessa ideia, apenas a dúvida que seja razoável, e não qualquer dúvida, afasta a condenação, e nesse sentido é que deve ser compreendido o brocardo *in dubio pro reo*” (DALLAGNOL, 2018, p.18).

Sobre o assunto dispõe Tonini e Conti (2014):

“No processo civil utiliza-se a regra do “mais provável do que não”, pois o fato a ser provado deve demonstrar que sua ocorrência é mais provável do que a não ocorrência. Noutro norte, o standard probatório no processo penal deve ser certo, cabendo à acusação provar além de qualquer dúvida razoável a culpa do agente” (2014 *apud* PEZZOTTI, 2019, p. 82).

De acordo com a matriz teórica anglo-saxã os principais padrões probatórios adotados são: prova clara e convincente, prova mais provável que sua negação, preponderância da prova e prova além da dúvida razoável. No processo penal utiliza-se o *standard* da prova além da dúvida razoável, por ser mais exigente. Os demais são utilizados no âmbito civil e administrativo (LOPES Jr, 2020, p. 396). Outros *standards* podem ser usados nas demais fases do processo. Por exemplo, para o recebimento de uma denúncia não é necessário que se use um *standard* muito elevado. Como o próprio Código de Processo Penal diz deverá haver indícios razoáveis e suficientes na fase interlocutória do processo. Isso seria o rebaixamento do *standard* probatório em que não precisará usar uma carga alta de prova (LOPES JR., 2020, p 398).

Entendemos que no processo penal é utilizado *standard* da prova além da dúvida razoável. No Brasil consideramos na conjuntura probatória do processo o princípio da presunção de inocência e do princípio do *in dubio pro reo*. Assim, na produção de provas não pode restar dúvidas quanto a culpabilidade do réu na condenação. Caso haja qualquer dúvida o réu deve ser absolvido e, desta forma, no Brasil a absolvição por falta de provas é o caminho a ser adotado para que não se cometa o erro de condenação de um inocente. Esse princípio da presunção de inocência é garantido no ordenamento jurídico brasileiro no texto constitucional. O princípio está relacionado à tutela jurisdicional em que transmite a ideia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim, para que alguém seja condenado deve ser realizado todo procedimento legal que garanta o direito ao contraditório e ampla defesa. Além do contraditório e ampla defesa para ser condenado deve ser garantido provas suficientes para a medida. Nesses termos aponta o Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OPERAÇÕES SÉPSIS E CUI BONO . QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. BLOQUEIO DE CONTAS NO EXTERIOR. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. TEMPO EXCESSIVO DA MEDIDA PATRIMONIAL. CONFIGURAÇÃO. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. Consoante imposição do art. 93, IX, primeira parte, da Constituição da República de 1988, "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade" (destaquei), exigência que funciona como garantia da atuação imparcial e secundum legis (sentido lato) do órgão julgador. 2. Tanto a representação ministerial quanto a decisão proferida pelo Magistrado singular denotam haver standard probatório suficiente para justificar a necessidade da medida, diante das notícias da realização de depósitos, pelos recorrentes, em contas bancárias de corréu colaborador no exterior, a fim de assegurar a liberação de investimentos para operações imobiliárias junto à Caixa Econômica Federal. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior: "Para o deferimento das medidas assecuratórias de natureza patrimonial, basta atestar a existência de indícios suficientes da infração penal, sendo dispensável a demonstração de atos concretos de dilapidação patrimonial. Nos casos de investigações por crimes de lavagem de capitais ou que resulte prejuízo à Fazenda Pública, como na presente hipótese, esta Corte Superior de Justiça possui entendimento idêntico" (AgRg na CaulnomCrim n. 47/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe 3/8/2022). 4. A motivação exarada pelo Juízo singular é idônea para justificar a medida de natureza patrimonial, ao descrever indícios suficientes da prática ilícita por parte dos recorrentes, com o intuito de obter vantagem indevida em prejuízo da Caixa Econômica Federal. 5. Conquanto a defesa aponte a nulidade da fundamentação per relationem, a decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau, além de mencionar a representação formulada pelo Ministério Público Federal, agregou os motivos pelos quais considerava necessário o acolhimento da medida pleiteada, o que afasta a ilegalidade suscitada na hipótese . 6. Destaca-se que uma das características das medidas cautelares é seu caráter de provisoriedade, que deve colmatar-se com o que dispõe o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, também aplicável às medidas cautelares patrimoniais. Precedente. 7. Em relação ao tempo de bloqueio do numerário determinado pelo Magistrado de primeiro grau, vê-se que a medida foi imposta em 3/9/2018, isto é, há mais de 4 anos e, segundo esclarecimentos prestados pelo Juízo singular, ainda não foram concluídas as investigações, nem oferecida denúncia. 8. Logo, a despeito da aparente complexidade das investigações, por se tratar de feito vinculado às Operações Sépsis e Cui Bono , é desproporcional o período da constrição patrimonial em questão. 9. Recurso provido em parte para determinar o levantamento do bloqueio das contas dos recorrentes” (STJ, Ministro Rogerio Schietti Cruz. Órgão Julgador: Sexta turma, Data do julgamento: 08/11/2022. Data da publicação: 16/11/2022).

No que tange ao princípio da presunção de inocência estabelece Reis (2017, p. 1728):

“Assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente.”

No dizer de Lopes Júnior (2020, p. 398) o *standard* probatório da prova, além da dúvida razoável, é legitimado através do princípio da presunção de inocência e seu subprincípio *in dubio pro reo*, consagrados na Constituição Federal. Esse modelo vem sendo aplicado nas decisões brasileiras em várias sentenças que o utilizam. Vejamos uma decisão de uma Vara Federal de Curitiba:

“Enfim, mesmo que os criminosos colaboradores não tenham tido, como afirmam, contato direto acerca de negociação de propinas com Marcelo Bahia Odebrecht, há um conjunto de provas muito robusto que permite concluir, acima de qualquer dúvida razoável, que o pagamento das propinas pelo Grupo Odebrecht aos agentes da Petrobrás, com destinação de parte dos valores a financiamento político, não foi um ato isolado, mas fazia parte da política corporativa do Grupo Odebrecht, e que Marcelo Bahia Odebrecht foi o mandante dos crimes praticados mais diretamente pelos executivos Márcio Faria da Silva, Rogério Santos de Araújo, Cesar Ramos Rocha e Alexandrino Alencar. Não é nada anormal, aliás, que Marcelo Bahia Odebrecht não tenha negociado diretamente o pagamento de propinas com os executivos da Petrobrás, já que ele, com essa conduta, apenas se exporia mais, tendo subordinados a ele que podiam desempenhar as atividades ilícitas. Não é necessário, como reclama a Defesa de Marcelo Bahia Odebrecht, reportar-se à conhecida teoria do domínio do fato para a responsabilização dele e que, aliás, jamais teve o sentido de determinar, na perspectiva probatória, o autor de um crime. Basta a referência às provas acima discriminadas e ao mais conhecido artigo 29 do Código Penal. Há que se reconhecer como provado, acima de qualquer dúvida razoável, considerando cumulativamente a prova material e a quantidade de depoimentos, incluindo dos pagadores de propinas e dos beneficiários, que os contratos discriminados na denúncia, entre a Petrobrás e os Consórcios CONPAR e CONEST/RNEST, integrados pela Construtora OAS, seguiram as regras do esquema criminoso que vitimou a Petrobrás, ou seja, foram obtidos com ajuste fraudulento de licitações e envolveram o pagamento de vantagem indevida de cerca de 2% sobre o seu valor e que foram destinados aos agentes da Petrobras, mas especificamente à Diretoria de Abastecimento e à Diretoria de Serviços e igualmente a agentes políticos e a partidos políticos. Dos valores, da parte cujo pagamento ficou sob a responsabilidade da OAS, cerca de dezesseis milhões de reais foram destinados exclusivamente à conta corrente geral de propinas mantida

entre o Grupo OAS e agentes políticos do Partido dos Trabalhadores”
 PARANÁ. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. Ação Penal n.
 5046512-94.2016.4.04.7000. J. 12 jul. 2017.

Nessa linha segue decisão do Supremo Tribunal Federal:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. EXPOSIÇÃO DE PERIGO À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICA DE DIVERSAS VÍTIMAS, MEDIANTE EXPLOSÃO. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO CURSO DO PROCESSO PENAL. ATUAÇÃO SUBSIDIÁRIA. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, DA REALIZAÇÃO DE EXAME COMPLEMENTAR DE CORPO DE DELITO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 168, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “no curso do processo penal, admite-se que o juiz, de modo subsidiário, possa - com respeito ao contraditório e à garantia de motivação das decisões judiciais - determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis, a fim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes, seja por força do princípio da busca da verdade, seja pela adoção do sistema do livre convencimento motivado” (RHC n. 59.475/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 9/6/2015, DJe de 18/6/2015). (AgRg no RHC 119112/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 19/05/2020, DJe de 27/05/2020)

Em relação a dúvida da autoria no processo judicial e aplicação do *standard* probatório segue decisão do Supremo Tribunal Federal:

“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. SÚMULA VINCULANTE Nº 14. ADERÊNCIA ESTRITA. AUSÊNCIA. MANEJO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Súmula Vinculante nº 14 enuncia que “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. 2. A aderência estrita entre a decisão reclamada e o julgado tido como paradigma constitui pressuposto de cabimento da reclamação (Rcl 6.534-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe 17.10.2008; Rcl 8.780-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 11.12.2009). 3. In casu, (a) a ação penal de origem foi instaurada no âmbito “da operação “Nescient” deflagrada em novembro de 2006, desenvolvida pela Polícia Federal e Ministério Público Federal para investigar organização criminosa que atuava no tráfico internacional de substâncias entorpecentes”. (b) O Reclamante sustenta que “desconhecia algumas interceptações telefônicas analisadas pelos peritos e que fundamentaram o pedido de condenação do Ministério Público Federal, razão pela qual requereu amplo acesso a todos os elementos de prova”. (c) Extrai-se da sentença (ato Reclamado) o seguinte: “Argui a defesa ainda que as

conversas identificadas nºs 1046589, n. 1046592, n. 1046602 e n. 1046609 não estão disponibilizadas nos autos, requerendo, caso existam tais diálogos, seja submetida a nova perícia, pois o acusado não reconhece os mesmos, cujo teor foi mencionado na peça ministerial final. Os diálogos incluídos pela perícia identificados n. 1046589, n. 1046592, n. 1046602 e n. 1046609 não constam do Relatório Final de Inteligência e, portanto, não fazem parte do conjunto *probatório* carreado aos autos; devendo ser desconsiderados tanto os diálogos quanto a manifestação dos peritos relativa aos mesmos. Os diálogos não poderão ser considerados na análise das provas levantadas no decorrer do processo”. (d) A Procuradoria-Geral da República, ouvida, salientou que os diálogos apontados pelo Reclamante não fizeram parte “do conjunto *probatório probatório* carreado aos autos, sequer constando do Relatório Final de Inteligência, o que afasta, de plano, qualquer hipótese de descumprimento ao verbete sumular”. Acrescentou, ainda, que “o indeferimento de diligência probatória a pedido da defesa não autoriza o manejo de reclamação constitucional”. (e) Deveras, constata-se que a decisão Reclamada não negou o acesso da defesa ao inteiro conteúdo das provas coligidas, circunscrevendo-se a esclarecer que eventuais diálogos incriminadores, cuja existência foi alegada pela defesa, não constavam do Relatório Final de Inteligência e não faziam parte do acervo *probatório* da ação penal. (f) Consectariamente, a decisão reclamada não guarda aderência estrita com o teor do enunciado nº 14 da Súmula Vinculante desta Corte. 4. (a) A reclamação “não se qualifica como sucedâneo recursal nem configura instrumento viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado, eis que tal finalidade revela-se estranha à destinação constitucional subjacente à instituição dessa medida processual.” (Rcl 4.381-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 5/8/2011). (b) In casu, o Agravante cita o inteiro teor de diálogos que, segundo sustenta, não teriam sido juntados aos autos e que beneficiariam a defesa. (c) Inviável, em sede de Reclamação, cotejar as alegações do reclamante com o conjunto *fático-probatório* dos autos de origem, muito menos valorar o *standard probatório* ou a observância da cadeia de custódia, matérias estranhas ao enunciado sumular que se reputa violado e típicas do julgamento de mérito da ação penal, submetida ao crivo do duplo grau de jurisdição. (d) Em obiter dicta, impende consignar a jurisprudência firme desta Corte, no sentido de que “É desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois bastam que se tenham degradados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal” (HC 91.207-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o Acórdão Min. Carmen Lúcia, j. 11/06/2007, DJe 21/9/2007). 5. Agravo regimental desprovido.

Observa-se a existência de um conflito entre os princípios da presunção de inocência e da liberdade pessoal, pois a medida de prisão antes da sentença penal afronta o princípio da presunção da inocência e, caso futuramente seja o indivíduo absolvido, comprove que não é autor do crime que foi acusado, terá cumprido pena, injustamente.

Deixa claro, por ser um princípio que está expresso na Constituição Federal, como um direito fundamental deve ser respeitado. Em que garante ao acusado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por base uma análise de lei e posicionamentos doutrinários sobre o *standard* probatório dentro do processo penal. No Brasil, questiona sobre a possibilidade de aplicação do instrumento jurídico. Conforme foi analisado é possível a aplicação do *standard* de prova, além da dúvida razoável, na instrução criminal.

As provas dentro do processo são importantes para uma decisão final, todas as provas trazidas pelas partes dentro de um processo deixam de pertencer a essas e começam a servir ao processo em que o juiz analisa todas as provas, a legalidade de cada uma e submetendo ao contraditório.

Dessa forma, a aplicação e criação da prova, além da dúvida razoável, embora exista muitas controvérsias, apresentam várias contribuições positivas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tem em vista sua aplicação de forma solida no direito processual penal internacional.

Verifica-se a ausência no ordenamento jurídico sobre normas que regule o *standard* probatório na condenação penal, sendo importante sua regulação no ordenamento jurídico brasileiro, apesar que, conforme já demonstrado de forma implícita utiliza-se o princípio de inocência e do *in dubio pro reo*.

Com o estudo também analisamos que os *standards* probatórios têm a finalidade de possibilitar um parâmetro para as motivações das decisões judiciais.

Conclui-se, portanto, a importância do *standard* probatório na valoração da prova, pois evita que haja discricionariedade judicial no processo penal e limita o poder punitivo estatal. Verifica-se, portanto, que no sistema brasileiro o *standard* probatório utilizado poderá ser considerado necessário para a efetiva prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal: esquematizado**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2017.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal** – 13. Ed. São Paulo. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. ARE 1067392. Penal e Processual Penal. Júri. 3. Pronúncia e *standard probatório***:. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data da publicação: 02/07/2020. Julgamento: 26/03/2019. Disponível em:<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=standard%20probatorio&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 17 out. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na reclamação. Súmula vinculante Nº 14. Aderência estrita. Ausência. Manejo da reclamação como sucedâneo recursal**.. Inviabilidade. .Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Data da publicação: 20/11/2019. Julgamento:05/11/2019. Disponível em:<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=standard%20probatorio&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 17 out. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Oitiva de testemunhas arroladas em fase de defesa prévia (CPP, art. 396-A). Indeferimento**. Alegado cerceamento de defesa. Órgão Julgador: Segunda Turma. Ministro Relator: Dias Toffoli. Julgamento: 08/05/2018. Publicação: 24/07/2020. Disponível em:<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=LIVRE%20CONVENCIMENTO%20MOTIVADO%20&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 17 out. 2022

BRASIL. Tribunal de Justiça. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. **Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000**. J. 12 jul. 2017. Disponível em: http://estaticog1.globo.com/2017/07/12/sentenca_lula.pdf. Acesso em: 12 nov. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no recurso ordinário em habeas corpus**.: AgRg no RHC 0049711-08.2019.8.19.0000 RJ 2019/0305213-3. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe: 27/05/2020. JusBrasil. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855201225/agravo-regimental-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-agrg-no-rhc-119112-rj-2019-0305213-3/inteiro-teor-855201235>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 set. 2022.

BRASIL. . **Decreto Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 20 set. 2022.

HENRIQUE, Gustavo, BADARÓ, Righi Ivany. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 156

CARNELLUTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas. Bookseller, 2002.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As Lógicas das Provas no Processo: prova direta, indícios e presunções**. 1. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

DIAMOND, Henry A. Reasonable doubt: to define, or not to define. **Columbia Law Review**, 1716 (1990)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Constitution of the United States. Amendment 6**. Disponível em: <https://www.usconstitution.net/const.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2022. Livre tradução.

GUEDES, Jefferson Carús. **O Princípio da Oralidade. Coleção estudos de direito de processo**. EnricoTullio Liebman. v. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003,

KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial**: paradigmas para o seu possível controle. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro **Manual de processo penal**: volume único - 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal** .17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARCÃO, Renato. Tóxicos: **Lei n. 11.343**, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas: anotada e interpretada. – 12. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas Nardelli. **Presunção de Inocência, Standars de Prova e Racionalidade das decisões sobre os fatos no processo.** 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/38656612/Presun%C3%A7%C3%A3o_de_Inoc%C3%Aancia_Standards_de_Prova_e_Racionalidade_das_Decis%C3%B5es_sobre_os_Fatos_no_Processo_Penal#:~:text=A%20efetividade%20da%20garantia%20da%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20inoc%C3%Aancia%20depende%20da,considerar%20provados%20os%20fatos%20acusat%C3%B3rios. Acesso em 29 nov. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018

RANGEL, Paulo. **Direito processual Penal**. 13ªed. Rio de Janeiro; Lúmen júris, 2018.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado** / Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves ; coordenador Pedro Lenza. – São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – A verdade real? – Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasilis. Revista dos Tribunais, vol. 921/2012, julho 2012.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Senso Comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz, Curitiba: IBEJ, 2001. VEIGA-NETO, Alfredo. Foucault & a educação. 2. ed.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**, volume IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro.** Revista Direito GV, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1961. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v16n2/2317-6172-rdgv-16-02-e1961.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.