

EM TEMPOS DE AUTORITARISMOS, LIMITE É GARANTIA: A RELEVÂNCIA DOS STANDARDS PROBATÓRIOS PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

IN AUTHORITARIAN TIMES, LIMIT IS GUARANTEE: THE RELEVANCE OF THE PROBATORY STANDARDS FOR THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS

EN TIEMPOS AUTORITARIOS, EL LÍMITE ES GARANTÍA: LA RELEVANCIA DE LAS NORMAS PROBATORIAS PARA EL PROCESO PENAL BRASILEÑO

Ana Carolina Mezzalira¹

Resumo: O presente trabalho pretende analisar a relevância do uso dos standards probatórios para a controle da qualidade da prova processual penal, tendo em vista a insuficiência do princípio da motivação judicial, situação que atualmente coloca em xeque a pertinência das decisões judiciais proferidas no país, muitas vezes eivadas de autoritarismos e decisionismos. No Brasil, onde as decisões judiciais são sempre urgentes e pautadas em ponderações rasas sobre os argumentos apresentados, a aplicação séria de standards probatórios representa um grande desafio e a ser superado, sendo que a temática ainda é pouco enfrentada. Porém, a partir da consagração constitucional dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, é possível concluir que houve uma escolha de política processual que pode ser considerada também como uma opção para o enfrentamento do grave problema do erro judiciário.

Palavras-chave: Standard de prova; Processo Penal; Motivação Judicial; gestão probatória.

Abstract: The present work intends to analyze the relevance of the use of the evidential standards for the control of the quality of the criminal procedural evidence, in view of the insufficiency of the principle of judicial motivation, a situation that currently calls into question the relevance of the judicial decisions handed down in the country, many times riddled with authoritarianism and decisionism. In Brazil, where judicial decisions are always urgent and based on shallow considerations about the arguments presented, the serious application of evidential standards represents a great challenge and to be overcome, and the issue is still little addressed. However, based on the constitutional consecration of the principles of the presumption of innocence and *in dubio pro reo*, it is possible to conclude that there was a choice of procedural policy that can also be considered as an option to face the serious problem of judicial error.

¹ Mestranda pelo programa Pós-Graduação de Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista Capes. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Técnica Superior Penitenciária - Advogada da Superintendência dos Serviços Penitenciários do RS. E-mail: ana.mezzalira@yahoo.com.br.

Keywords: Proof standard; Criminal proceedings; Judicial Motivation; evidence management.

Resumen: El presente trabajo pretende analizar la relevancia del uso de los estándares probatorios para el control de la calidad de la prueba procesal penal, ante la insuficiencia del principio de motivación judicial, situación que en la actualidad cuestiona la pertinencia de la prueba procesal penal. decisiones judiciales dictadas en el país, a menudo plagadas de autoritarismo y decisionismo. En Brasil, donde las decisiones judiciales son siempre urgentes y se basan en consideraciones superficiales sobre los argumentos presentados, la aplicación seria de los estándares probatorios representa un gran desafío por superar y el tema aún está poco abordado. Sin embargo, a partir de la consagración constitucional de los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, es posible concluir que hubo una elección de política procesal que también puede ser considerada como una opción para enfrentar el grave problema del error judicial.

Palabras-clave: Estándar de prueba. Procedimientos criminales. Motivación judicial. Gestión de pruebas.

Data de submissão: 22/03/2021

Data de aceite: 15/04/2021

1 INTRODUÇÃO

Não há processo penal democrático e garantista sem uma adequada gestão da prova angariada ao longo da persecução penal. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 trouxe como salvaguarda do acusado a exigência de motivação judicial de todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, visando impor ao magistrado a análise de todo o arcabouço probatório angariado ao longo do processo.

Contudo, à época da edição da Carta Magna, os tempos eram outros. Hoje, com a aceleração dos provimentos judiciais e a ampliação das técnicas hermenêuticas que pregam a desconsideração cada vez maior da lei democraticamente vigente, o juiz possui ampla margem de decisão, nos termos em que lhe convém, e decide a partir da prova produzida em menor tempo. A conclusão destes dois fatores é a impossibilidade de a motivação judicial seguir sendo o único controle epistemológico da produção probatória do país.

Diante dessa situação e a partir de critérios estabelecidos inicialmente em países de cultura Common Law, tem-se importado cada vez mais os standards de prova como forma de vincular o juiz a padrões mínimos de análise probatória, permitido que os parâmetros que definem a condenação ou a absolvição possam ser balizados por qualquer outro cidadão.

Nesse contexto, pretende-se analisar a situação atual dos standards probatórios no processo penal brasileiro, seus maiores desafios, bem como verificar de que forma vem sendo utilizados, a fim de fortalecer uma cultura jurídica que preze pela adequada gestão da prova, visando garantir decisões judiciais mais justas e menos autoritárias.

2 VISÃO GERAL SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL

A prova possui como finalidade prática o convencimento do juiz¹, havendo uma estreita relação entre a qualidade da produção probatória e o grau de precisão da decisão final do processo penal. Assim, longe de alcançar a verdade miticamente² pretendida, torna-se fundamental compreender que a discussão envolvendo a prova refletirá indubitavelmente na credibilidade da decisão judicial

¹ Ousa-se, aqui, discordar daqueles que entendem que a busca pela verdade é o objetivo fundamental do processo, na medida em que “por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante material probatório disponível, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará, sempre, um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, daí tratar-se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança”. LIEBMAN *apud* GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 220. Ainda, Paulo Rangel assevera que o processo obtém por meio da prova somente a “verdade histórica do processo” RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 495.

² O mito pode ser entendido como uma forma de se entender conceitos que foram se amoldando à jurisdição, quais sejam: segurança, certeza, verdade, controle etc. Assim, o mito é “a narrativa de uma criação, conta como algo que não era começou a ser”, sendo uma representação coletiva, passada por várias gerações. POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Imparcialidade, verdade e certeza no Processo Penal: O mito da motivação judicial objetiva. In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Orgs.). **Ciências Penais e Sociedade Complexa**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 197-229.

que será proferida³, conferindo maiores garantias de um julgamento imparcial e justo ao acusado.

Atualmente, o sistema utilizado pelo julgador no processo penal brasileiro para valorar as provas acostada aos autos é o da livre convicção motivada ou da persuasão racional, o qual fornece ao juiz uma ampla liberdade de agir a partir das provas colacionadas, sob a máxima *quid non est in actis non est in mundo*, conforme expressamente disposto no art. 155 do CPP. Porém, em que pese a positiva superação das provas tarifadas, hoje se presencia um modelo no qual “uma pretensa liberdade do julgador ocasionou total abertura à discricionariedade no juízo de fatos”⁴.

Essa ausência de limites, padrões ou regras claras para a fundamentação do juiz no momento da sua decisão se mostra bastante perigosa, na medida em que abre espaço para decisionismos, autoritarismos e erros judiciários⁵. Segundo Streck, deixa-se de aplicar o conteúdo de lei sob a justificativa de “uma suposta superação da literalidade do texto legal”, acabando por romper com o Estado Democrático de Direito, já que se ignora um conteúdo normativo editado pelo Poder Legislativo, democraticamente eleito⁶.

³ LOPES JÚNIOR, Aury. La mano de Dias e a admissibilidade da prova no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 26 de Julho de 2019.

⁴ MENDES, Gilmar. Critérios de valoração racional da prova e standard probatório para pronúncia no júri. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 06 de Abril de 2019. Ainda, nesse ponto, José Paulo Baltazar Júnior alerta que, “abandonado o sistema da prova legal, que tinha por fim diminuir os poderes do julgador, ganha-se na possibilidade de melhor apreender todas as nuances da problemática da aplicação judicial do direito, com o entrelaçamento das questões de fato e direito, mas perde-se em segurança, na medida em que nem sempre fica claro o caminho percorrido pelo julgador para adotar uma versão dos fatos. Não raramente, confunde-se íntima convicção com persuasão racional, faltando, na prática judicial e na doutrina, clareza sobre qual o grau de suficiência exigido na motivação de fato”. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. **Revista da Associação dos Juizes Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 4, p. 161, 2007. p. 164.

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 26 de Julho de 2019.

⁶ Para Lenio Luis Streck, “discricionariedade acaba, no plano de linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade. Trata-se, sim, de discutir – ou, na verdade, pôr em xeque – o grau de liberdade dado ao intérprete (juiz) em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da constituição. E esse grau de liberdade acaba se convertendo em um poder que não lhe é dado, uma vez que as “opções” escolhidas pelo juiz deixarão de lado “opções” de outros interessados, cujos direitos ficaram à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrente de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade dos limites impostos pela autonomia do Direito. STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, Wilian Galle.

Assim, torna-se imprescindível no contexto do processo penal contemporâneo a discussão sobre o estabelecimento de regras mais claras a respeito da admissão e da produção da prova, bem como da motivação e fundamentação da decisão judicial, estabelecendo-se limites para que se considere provada uma alegação e para que o juiz escolha pelo caminho da condenação ou da absolvição.

3 MOTIVAÇÃO JUDICIAL E SUA INSUFICIÊNCIA EPISTEMOLÓGICA PARA O CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS

O Estado Moderno foi responsável por estabelecer o racionalismo como base do conhecimento, aliado ao positivismo e às ideias iluministas, advindas com a classe burguesa. É neste período histórico que os alicerces do atual Sistema de Justiça foram arquitetados e construídos, pautados pelo mito do juiz como sendo um ser alheio às paixões, neutro, totalmente racional e detentor de uma verdade suprema, ou seja, imbuído de atributos divinos.

Com o advento do século XIX e o período industrial, a sociedade de massas que se forma passa a questionar as ideias racionalistas e burguesas, exigindo do Estado não apenas garantias não intervencionistas, em consonância estrita com a Lei, mas também uma atuação positiva, a partir da construção de novas ideias jurídicas, baseadas no pensar e no sentir do julgador, que agora pode decidir com base no binômio racionalidade/emoção (objetividade/subjetividade).

É a partir de então, dessa crise do conhecimento moderno, que o papel do juiz passa a transpor a letra fria da Lei e toma novos contornos, permitindo uma maior abrangência de interpretação e ressignificação da norma positivada. Entretanto, essa liberdade de decidir sempre gerou graves riscos à Jurisdição, possibilitando que o juiz atuasse de forma arbitrária, ignorando a adequada

Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em trechos de intersubjetividade. **Novos Estudos Jurídicos**, mai./ago., 2017.

análise das provas coligidas ao processo e inviabilizando o controle pelas partes e pela sociedade.

Nesse contexto, a motivação judicial ganhou relevância, pois somente ela vem permitindo, em tempos de plena liberdade de julgamento, a vedação pelo juiz de escolhas intuitivas e arbitrárias, visando garantir que a decisão judicial esteja em consonância com todas as demais garantias fundamentais do acusado como, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição.

Em âmbito constitucional, o art. 93, inciso IX, estabelece que todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. O Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece no artigo 155 a livre convicção motivada ou persuasão racional como critério de julgamento pelo juiz, impondo, assim, a necessidade de motivação e exposição de fundamentos de fato e de direito que o levaram a decidir.

Não obstante as previsões legais já existentes, a motivação judicial como única forma de efetivo controle das decisões judiciais foi ratificada com o advento do “Pacote Anticrime”; a Lei nº 13.964/19 trouxe a motivação também como regra impositiva para a decisão judicial que decreta a prisão preventiva, nos artigos 312 e 315 do Código de Processo Penal, como se esta medida fosse a panaceia para todos os males envolvendo a falta de critérios mais objetivos para a decisão judicial envolvendo o encarceramento antecipado.

Em que pese o fortalecimento da motivação e da fundamentação como forma de controle judicial, o que se observa da análise dos casos concretos é que o juiz, na maioria das vezes, julga como bem entende, muitas vezes convencendo-se de determinada tese e somente após buscando os argumentos jurídicos capazes de motivar a sua escolha, a partir de critérios pouco convincentes para aqueles que defenderam a tese contrária.

Um dos motivos para essa falta de critérios mais objetivos para análise da produção probatória no Brasil advém, segundo Lopes Júnior, de uma “carga cultural que acredita na bondade do Estado, personificado no agente de segurança pública que atua imbuído de um propósito salvacionista, de defesa do

povo ou dos "cidadãos de bem"⁷, sintomas de uma tradição inquisitorial perversa que deixa cicatrizes no processo penal e nos seus protagonistas até os dias atuais.

Outro ponto que merece ser apontado como fator de desvalorização de uma análise criteriosa da prova é a busca pelo eficientismo, onde “se parte da ideia (mesmo não assumida) de que os fins justificam os meios. Se foi possível atingir o resultado previamente definido como almejado e justo, tudo fez sentido”⁸. E essa busca desenfreada pela solução a qualquer custo do processo é ainda mais inflamada quando somada à “espetaculização do processo penal”⁹, situação corriqueira em casos criminais midiáticos, onde o acusado já está condenado antes mesmo do fim do processo, tendo em vista a carga emotiva criada pela opinião pública.

De tudo isso, não há dúvidas de que apenas estabelecer a motivação como critério balizador de admissão da prova e da qualidade da decisão judicial não basta para trazer segurança jurídica a uma condenação ou absolvição, já que tudo pode ser fundamentado e motivado, inclusive decisões arbitrárias e injustas. Neste contexto, importa a análise sobre a possibilidade de limites mais claros para a prova no processo penal, trazendo maior qualidade aos julgamentos.

4 NA BUSCA POR DELIMITAÇÕES MAIS CLARAS PARA A PROVA NO PROCESSO PENAL: LIBERDADE VERSUS LIMITES

Jeremy Bentham, filósofo e jurista do século XIX, é considerado um dos principais defensores da não fixação de regras no sistema probatório tanto pelo direito quanto pelos juízes, afirmando que “la prueba debe ser fundamentalmente libre y que cualquier interferencia del derecho procesal en ella debería ser

⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. La mano de Dios e a admissibilidade da prova no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 05 de Junho de 2020.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. La mano de Dios e a admissibilidade da prova no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 05 de Junho de 2020.

⁹ LOPES JUNIOR; OLIVEIRA, loc cit.

limitada o eliminada”¹⁰. A técnica defendida por Bentham passou a ser conhecida como “prova livre”:

Abordagem que evita exclusões fundadas em regras, embora não se oponha àquelas exclusões que poderiam ser fundadas na infabilidade específica de uma prova específica em uma ocasião específica. Mas, sob o sistema de prova livre, uma decisão de excluir da apreciação um elemento probatório deveria ser feita com base naquilo que chamaríamos agora de ‘fundamento caso-a-caso’¹¹.

A ideia de que qualquer elemento de prova deve ser admitido pelo juiz no processo (teoria/movimento abolicionista) se justificaria epistemologicamente na medida em que garantiria uma maior probabilidade de que as versões apresentadas pudessem ser provadas e que estas coincidissem com a verdade buscada no processo¹².

Contraopondo a teoria Benthamiana, diversos autores defendem a necessidade de que se estabeleçam filtros para a produção e admissão da prova. Nesse contexto, Beltrán defende a fixação de limites em três momentos processuais, nos quais ocorreriam a tomada de decisões acerca dos elementos probatórios ao longo do processo. Esses três momentos seriam: a) a formação do conjunto de elementos probatórios; b) a valoração desses elementos probatórios e, por fim; c) a tomada de decisão propriamente dita¹³.

Quanto ao primeiro momento, Beltrán deixa claro que, nesta fase, é importante que o julgador permita a formação de um conjunto de provas suficientes para refutar ou confirmar as versões apresentadas nos autos sobre o caso, já que é somente esse universo de informação que ele poderá utilizar posteriormente, no momento da decisão judicial. Aqui seria fundamental

¹⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁZQUEZ, Cármen (Ed.). **Estandáres de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013. p. 21-40. p. 22.

¹¹ SHAUER, Frederick. Em defesa do Direito Probatório fundamentado em regras – e da epistemologia também. **Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2-1, p. 319-336, jul./dez., 2017.

¹² BELTRÁN, 2003, p. 28.

¹³ Ibid., p. 24.

estabelecer-se o primeiro filtro epistemológico: o filtro para admissão da prova penal, o qual deve ser considerado como um “principio general de inclusión”¹⁴.

Sendo assim, o autor enfatiza que esse primeiro filtro deve ser bastante amplo, permitindo a admissão de todas as provas relevantes para o julgamento do caso, excluindo-se somente aquelas que não se adequem a algum outro filtro imposto por regras jurídicas (prova ilícita, prova intempestiva, prova que viola direitos fundamentais etc.)¹⁵.

Após o encerramento da fase instrutória, quando o processo é encaminhado para sentença, Beltrán afirma que o juiz deve realizar o segundo filtro probatório, passando à valoração dos elementos de prova que foram juntados aos autos no primeiro momento, necessitando verificar se há aporte suficiente para analisar as hipóteses conflitantes e se existe a possibilidade de confirmação de cada uma das versões aventadas pelas partes¹⁶.

O autor é enfático ao afirmar que essa valoração deve ser feita de forma livre do ponto de vista jurídico, não cabendo a existência de regras legais que predeterminem o resultado dessa valoração (a prova testemunhal valer mais do que a documental, por exemplo). Porém, o juiz estaria vinculado a um julgamento lógico, sendo esse segundo filtro considerado o da racionalidade, pois “no se puede negar la posibilidad de adoptar decisiones racionales en el ámbito de la prueba jurídica por razones específicamente jurídicas cuando no hay reglas jurídicas que limiten la libre valoración de la prueba”¹⁷

Por fim, no último momento processual, quando o juiz proferirá a decisão sobre os fatos que lhe foram apresentados, a partir das provas que já foram admitidas e valoradas nos dois momentos anteriores, Beltrán defende que o julgador decida se a hipótese “x” apresentada pode ou não ser provada a partir de certo grau de confirmação de que dispõe no processo. Aqui, seria necessário

¹⁴ Ibid., p. 25.

¹⁵ Ibid., p. 26.

¹⁶ BELTRÁN, 2003, p. 26.

algum patamar, algum nível de análise mais objetivo da prova, chamado de standard de prova.

5 O STANDARD DE PROVA COMO CRITÉRIO DELIMITADOR À MOTIVAÇÃO JUDICIAL

O conceito de standard de prova é assertivamente formulado por LOPES JR como sendo,

[...] os critérios para aferir a suficiência probatória, o "quanto" de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória. É o preenchimento desse critério de suficiência que legitima a decisão. O standard é preenchido, atingido, quando o grau de confirmação alcança o padrão adotado¹⁸.

Em um comparativo interessante com o esporte olímpico do salto com vara, Rosa e Matida afirmam que “um standard probatório funciona como o sarrafo no salto com vara, podendo ser posicionado mais baixo ou mais alto. A maior ou menor altura imporá, tal como no salto com vara, graus distintos de dificuldade ao jogador¹⁹”. No contexto do processo penal, segundo os autores, “a estratégia consiste em posicionar o sarrafo alto para a hipótese acusatória, dificultando que hipóteses acusatórias de menor qualidade cheguem a produzir resultados (condenação de um inocente)²⁰”.

Dessa forma, o standard de prova tem como função estabelecer “níveis de convencimento ou de certeza, que determinam o critério para que se autorize e legitime uma decisão em determinado sentido”²¹. Significa dizer que um standard probatório deve representar o “objetivo institucional de se promover uma determinação dos fatos mais rigorosa e racional, cuja regularidade dos

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 26 de Julho de 2019.

¹⁹ ROSA, Alexandre Morais da; MATIDA, Janaina. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 20 de Março de 2020.

²⁰ ROSA; MATIDA, op. cit.

²¹ MENDES, 2019. Importante mencionar que, neste texto, o Ministro do STF discorre sobre a decisão proferida que destacou a importância de estabelecer-se um standard probatório mínimo para a pronúncia e a incongruência do in dubio pro societate, discorrendo que, nestes casos, “a questão aqui em debate, em realidade, deve ser resolvida a partir da teoria da prova no processo penal, em uma vertente cognitivista, que acarreta critérios racionais para valoração da prova e *standards* probatórios a serem atendidos para legitimação da decisão judicial sobre fatos”.

passos constitutivos do resultado final possa ser verificada por outros sujeitos interessados”²².

Em verdade, o que se pretende com o estabelecimento de standards de prova no processo é “controlar racionalmente a valoração da prova, extirpando do ambiente probatório o fantasma do livre convencimento, corolário do paradigma da subjetividade²³”, tão vislumbrado nas decisões judiciais em tempos de pós-modernidade e crise hermenêutica.

Importante observar que o standard de prova não deve ser confundido com o retorno ao sistema de provas tarifadas, pois tal não pretende estabelecer valores sobre a prova de uma forma antecipada, mas uma valoração sobre o conjunto probatório no momento da tomada de decisão final. Ainda, Vásquez defende que esses graus de valoração sejam estabelecidos pela legislação, para que possam ser previamente conhecidos pelas partes processuais²⁴.

A relevância do uso dos standards de prova no processo penal, hoje, vislumbra-se na medida em que, num mundo cada vez acelerado e urgente, pressionado por resultados e pela busca da diminuição da criminalidade, a lógica da eficiência tomou conta das decisões judiciais criminais. Neste campo, cada vez mais a prioridade tem sido por “atitudes decisórias de superfície”, embasadas no que se denomina de “heurística da satisfatoriedade²⁵, situação extremamente prejudicial para o processo, já que a tomada de decisão é feita a partir do menor esforço cognitivo.

Segundo Gloeckner²⁶, observa-se no processo penal contemporâneo o fenômeno denominado de “tunnel vision”, um atalho mental usado pelo julgador

²² ROSA; MATIDA, op. cit.

²³ STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017.

²⁴ VÁZQUEZ, Carmen (Ed). Estandáres de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 14.

²⁵ Conceituada por Rosa e Matida como sendo “um atalho mental tomado por aquele que decide antes do momento adequado. Diz-se que emprega a satisfatoriedade exatamente aquele que decide mesmo sem ter examinado toda a informação relevante para que pudesse tomar a melhor decisão. O sujeito se contenta com menos do que poderia ter, não apura todas as opções e, com isso, antecipa a decisão”. ROSA; MATIDA, 2020.

²⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões Cautelares, Confirmation Bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 23, n. 117, p. 263-286, nov./dez., 2015.

estabelecido a partir de “um compêndio de heurísticas comuns e falácias lógicas”, no qual ocorre o “foco exclusivo em determinado suspeito, seleção e filtragem das provas que construirão um caso suscetível de condenação, ignorando e suprimindo as provas exoneratórias”.

Veja-se que, no processo penal brasileiro, onde a previsão do juiz das garantias não é colocada em prática²⁷, a tendência do magistrado é sempre de aderir antecipadamente à tese acusatória, já que é com ela que existe uma maior proximidade desde o início da persecução penal, não havendo separação entre aquele que decide sobre a prisão cautelar e a sentença final, por exemplo.

A título de exemplo, importa mencionar pesquisa feita Gloeckner²⁸ no âmbito das prisões cautelares. Na referida pesquisa pretendeu-se investigar os reflexos que a decretação da prisão preventiva acarreta à decisão de mérito. Entre 03/10/2012 e 31/12/2013 foram examinados os desfechos de todos os processos julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que contaram em seu decorrer com a decretação de prisão preventiva. No universo de 90 processos com decretação de cautelar, constatou-se 90 acórdãos condenatórios. Ou seja, em 100% dos casos a existência de uma prisão cautelar foi critério definitivo para a condenação penal.

Portanto, o uso de limites probatórios claros no processo penal brasileiro contribuiria para a diminuição de decisões judiciais rasas, sem aprofundamento da análise probatória apresentada por ambas as partes ao longo da persecução penal, indo ao encontro do que Rosa e Matida defendem como sendo o direito fundamental à devida cognição no processo penal²⁹.

²⁷ O ministro Luiz Fux, então vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no início do ano de 2020, suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias, em razão de ADIN'S propostas contra a medida. Ainda não há data para julgamento pelo Plenário.

²⁸ GLOECKNER, op. cit.

²⁹ ROSA; MATIDA, 2020.

5.1 OS PRINCIPAIS STANDARDS DE PROVA ADOTADOS NA ATUALIDADE

Segundo a teoria vigente nos países anglo-saxões (utiliza-se como base teórica o direito comparado, portanto), os principais standards probatórios admitidos são os seguintes: a) prova clara e convincente (clear and convincing evidence); b) prova mais provável que sua negação (more probable than not); c) preponderância da prova (preponderance of the evidence); e d) prova acima da dúvida razoável (beyond a reasonable doubt)³⁰.

O standard da prova “além da dúvida razoável” é o que mais exige produção probatória e, portanto, é o utilizado no âmbito das decisões penais, sendo que os outros costumam ser mais aplicados no direito civil e administrativo³¹. Esse standard probatório é utilizado nos países de tradição common law desde o século XVIII, já tendo recebido o status constitucional pela Suprema Corte dos EUA na decisão do caso *In re Winship*³².

No processo penal, o standard de prova funciona de forma diversa do que no processo civil; enquanto neste “opera el estándar de la prueba prevaleciente”³³, bastando para uma hipótese ser provada que ela se sobressaia sobre a hipótese contrária, naquele “operaría el estándar que exige que la hipótesis esté confirmada más allá de toda duda razonable”³⁴.

Nesse ponto, enfatiza-se que, no processo penal, ainda que na segunda fase - a da valoração da prova - uma hipótese tenha sido mais confirmada, não significa que ela deverá ser considerada como provada, pois o standard de prova no processo penal exige a comprovação da culpa, e uma comprovação que seja além da dúvida razoável, devendo, portanto, superar não somente a versão contrária, mas também o princípio da presunção de inocência³⁵. Nesse sentido,

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 26 de Julho de 2019.

³¹ Idem.

³² No presente caso, “havia sido aplicada uma medida à adolescente por prática de furto, com base na preponderância de prova, como exigia a lei local. A Suprema Corte entendeu que, 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”. BALTAZAR JÚNIOR, 2007.

³³ BELTRÁN, 2003, p. 28.

³⁴ Id, p. 28.

³⁵ Id. p. 28.

importante mencionar os seguintes exemplos envolvendo a diferença entre o standard de prova no processo civil e no processo penal, apresentados por Streck³⁶:

No primeiro caso pensa-se na situação em que um condutor de veículo automotor colide na traseira de outro; no segundo caso, pensa-se no condutor de um veículo que se nega a prestar o teste do bafômetro. Imagine, agora, que nos autos de ambos os processos constam apenas essas informações: no caso do ilícito civil apenas a informação de que o réu colidiu na traseira do veículo do autor, sem que haja qualquer outra prova de quem foi o culpado pelo abaloamento; no segundo caso, a mesma situação, vale dizer, não há nenhuma prova de que o condutor estava embriagado, constando apenas a sua negativa em prestar o teste do bafômetro. Com base em tais exemplo, pode-se perceber a incidência da questão envolvendo os standards probatórios. No primeiro caso é admissível considerar que aquele que colidiu atrás foi o culpado do acidente na medida em que a tradição diz que usualmente aquele que colide atrás de qualquer veículo é o motorista que não atentou como deveria para o trânsito. Somado a isso, ainda que essa valoração da prova não seja capaz de excluir outras causas, existe a necessidade de que uma decisão seja prolatada. Existe a proibição do non liquet e o juiz não pode quedar-se em inércia. Assim, o patrimônio do condutor não é um bem tão pesado quanto a liberdade de alguém e, portanto, ainda que outras causas do acidente não estejam excluídas, o juiz deve, em princípio, julgar no sentido de considerar culpado o condutor que colidiu atrás, tendo em vista o standard da preponderância de provas. Por outro lado, vê-se a situação do condutor que se nega a prestar o teste do bafômetro. A simples negativa de prestar tal teste não tem o condão de excluir outras causas, da mesma forma que no caso do abaloamento no ilícito civil. Entretanto, aqui se aplica o standard da prova além da dúvida razoável. Trata-se de um standard mais pesado, uma vez que o direito à liberdade está em jogo, de forma que o julgador não poderá condenar o réu. A CHD dirá que a tradição legal que, não podendo ser excluídas outras hipóteses, presume-se que o réu é inocente e, portanto, tal prova é insuficiente para uma condenação.

A doutrina e a jurisprudência sustentam que é possível rebaixar a exigência do standard probatório no processo penal conforme a fase em que o mesmo se encontrar, não sendo adequado exigir o mesmo nível de prova para uma decisão que pronuncia um acusado a júri popular³⁷ do que para condenar o

³⁶ STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017.

³⁷ O Ministro Gilmar Mendes possui o seguinte posicionamento sobre o tema: “Sem dúvidas, para a pronúncia, não se exige uma certeza além da dúvida razoável, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um *standard* probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias”. MENDES, 2019.

réu. Porém, no tocante à viabilidade de redução do standard de prova, não se deve confundir a ideia de fase processual com a natureza do delito:

Podemos admitir o rebaixamento do standard conforme a fase, mas não conforme a natureza do crime. Constitui um grande erro supor que determinados crimes (seja pela gravidade ou complexidade) admitam "menos prova" para condenar do que outros. É absolutamente equivocada a prática decisória brasileira de, por exemplo, supervalorizar a palavra da vítima em determinados crimes (violência doméstica, crimes sexuais, crimes contra o patrimônio mediante violência ou grave ameaça etc.) e admitir a condenação exclusivamente com base na palavra da vítima ou quase exclusivamente, quando se recorre, por exemplo, às "testemunhas de ouvir dizer" que nada viram, mas ouvira... Isso não rompe com a circularidade probatória da "palavra da vítima", e, em última análise, ainda que não pareça, se está condenando apenas com base na palavra dela. Isso é um rebaixamento não justificado e não autorizado do standard probatório. Até porque a presunção de inocência não é "maior ou menor", "mais robusta ou mais frágil" conforme a natureza do crime³⁸.

Ainda, existe uma importante discussão sobre os limites probatórios envolvendo crimes considerados graves, como terrorismo, corrupção, tráfico de pessoas e drogas, por exemplo. A tendência nos processos que investigam essas espécies de crimes tem sido o "estabelecimento de padrões de prova menos rígidos, mais flexíveis, em nome do resultado e dito interesse coletivo na apuração da dita criminalidade organizada, como foi visto delação premiada etc.³⁹

Segundo Lopes Júnior e Rosa:

Não se trata de movimento brasileiro, mas mundial, em que a operatividade das garantias cede diante do interesse de apuração das condutas tidas como complexas. O que se verifica é o rompimento dos padrões probatórios, incidindo certa dose de imaginação, conjecturas, falácias, heurísticas e vieses desprovidos de base probatória. O resultado é a assunção de certo protagonismo cognitivo incontrolável por parte dos julgadores, em franca violação às regras democráticas, modalidade de ativismo e decisionismo diria Lenio Streck. A exigência de padrões mínimos de prova não pode ceder diante das imputações, ainda que, por um lado, possa-se compreender as dificuldades probatórias, de outro, sabe-se que a acusação tem à disposição mecanismos diferenciados de obtenção de prova (cooperação/delação, quebra de sigilo, interceptação etc.), além de

³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 26 de Julho de 2019.

³⁹ Ibid.

todo o aparato estatal. Logo, compreender a nova dimensão do *standard* probatório não pode significar a supressão das garantias constitucionais, validando a premissa das hipóteses sobre os fatos. Por mais que se tenha certeza, ausente provas lícitas/legítimas que justifiquem a atribuição do predicado “provado”, deveria ser incabível a condenação no campo do devido processo legal substancial⁴⁰.

Ressalta-se, ainda, que a escolha do legislador pelo *standard* probatório que deverá ser utilizado no processo penal de determinado país está relacionada a uma política pública sobre “el beneficio de la duda que se pretende dar a cada una de las partes implicadas y, con ello, la distribución de errores entre las mismas que se busca conseguir en un proceso judicial”⁴¹

No Brasil, a temática do *standard* probatório ainda é pouco enfrentada. Porém, entende-se que, a partir da consagração constitucional dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* houve uma escolha de política processual que pode ser considerada também como uma opção para o enfrentamento do grave problema do erro judiciário⁴².

6 CONTEXTO ATUAL DOS STANDARDS DE PROVA

Da análise dos sistemas processuais atuais envolvendo a prova, é possível verificar que a teoria de Jeremy Bentham foi amplamente acolhida pelos ordenamentos jurídicos de países anglo-saxões, trazendo a ideia da inexistência de limites para a valoração da prova. Porém, nestes locais há ampla fixação de regras de exclusão para provas consideradas irrelevantes, contrariando, nesse ponto, a teoria racionalista⁴³.

No Brasil, em um cenário de decisões judiciais urgentes e, conseqüentemente, pautadas em análises rasas das provas coligidas ao processo, a aplicação séria de *standards* probatórios representa um grande

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. E se usarmos a lógica de Deltan Dallagnol contra Sergio Moro?. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 2 de Agosto de 2019.

⁴¹ VÁZQUEZ, 2013, p. 14.

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do *standard* probatório no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 26 de Julho de 2019.

⁴³ BELTRÁN, 2013, p. 31.

desafio. Retomando a comparação com o esporte do salto com vara feita por Rosa e Matida, “fica evidente que o sarrafo não está posicionado em altura condizente à fase final do processo”⁴⁴.

Não obstante a todas as dificuldades já existentes no tocante à análise das provas no processo penal, pois fortemente atrelada ao mito da verdade e à inquisitorialidade, o cenário tem sido agravado pelo advento de novas tecnologias, “criando um espaço de grande indefinição acerca do alcance e limite das medidas⁴⁵”. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, se utiliza desde 2018 da inteligência artificial, por meio do programa “VICTOR”, para leitura de todos os recursos extraordinários que sobem ao órgão, identificando por meio daquele quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral.

Nesse contexto, a inteligência artificial já vem sendo usada nos procedimentos processuais; segundo Fenoll⁴⁶, existem muitas ferramentas de inteligência artificial que podem ajudar o juiz a valorar a prova ou ao menos organizar algum tipo de raciocínio sobre o que já está produzido nos autos, utilizando-se de precedentes e análises de jurisprudências ou outras fontes

Neste contexto, Rosa e Matida sugerem as seguintes modificações processuais, a fim de trazer ao processo penal brasileiro um maior controle epistemológico da prova coligida:

a) Em primeiro lugar, que exijamos mais de nossos saltadores. Uma hipótese fática acusatória fundada em conjunto probatório capaz de excluir as explicações alternativas trazidas pela defesa; b) Em segundo lugar, que estejam mais bem demarcados os limites da área da corrida e queda pós salto do atleta. Não há espaço para vale-tudo probatório, Isso significa: 1. proibição da prova ilícita e juízo de admissibilidade cuidadoso para as provas irrepetíveis e elementos informativos colhidos no decorrer do inquérito 2. A forma como as provas são produzidas (e também os elementos informativos na fase préprocessual) importa ao resultado do processo; 3. A preservação da cadeia de custódia é elementar à confiabilidade do desfecho do processo judicial. As competições olímpicas são gravadas e a produção das provas também devem receber registro adequado.⁴⁷

⁴⁴ ROSA; MATIDA, 2020.

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. La mano de Dios e a admissibilidade da prova no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 05 de Junho de 2020.

⁴⁶ FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y Proceso Judicial**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

⁴⁷ ROSA; MATIDA, 2020.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estabelecer novos parâmetros para a gestão da prova no processo penal brasileiro não é tarefa fácil, tendo em vista todo o contexto histórico autoritário e inquisitorial na qual foi estabelecida. O Código de Processo Penal de 1941, editado em pleno período ditatorial, segue vigente, tendo sofrido a conta-gotas pequenas alterações, as quais, muitas vezes, sequer estão em consonância com a sistemática processual acusatória pensada pelo Constituinte de 1988.

É em meio a esta realidade que os standards de prova vêm sendo introduzidos no país, visando romper com ideias ultrapassadas que seguem acreditando que o juiz possui plena liberdade para decidir, desde que motive a sua decisão. Não basta motivar, não basta fundamentar, é imperioso que o juiz esclareça de que forma chegou à solução final do caso concreto, a partir de critérios objetivos e imparciais.

Aos poucos, os standards probatórios vão sendo cada vez mais conhecidos pela comunidade acadêmica e pelas instituições que compõem o Sistema de Justiça Penal, a fim de se tornarem referências rotineiras nas decisões judiciais e, quem sabe, receberem amparo legal, impondo a todos o seu cumprimento, trazendo maior segurança jurídica e menos erros judiciários.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. **Revista da Associação dos Juizes Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 4, p. 161, 2007. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>. Acesso em 27 out. 2019.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoria de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁZQUEZ, Cármen (Ed.). **Estandáres de prueba y**

prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013. p. 21-40.

FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y Processo Judicial.** São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões Cautelares, Confirmation Bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 23, n. 117, p. 263-286, nov./dez., 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 26 de Julho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>. Acesso em 10 out. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. E se usarmos a lógica de Deltan Dallagnol contra Sergio Moro?. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 02 de Agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-02/limite-penal-usarmos-logica-deltan-dallagnol-sergio-moro>. Acesso em 05 nov. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. La mano de Dios e a admissibilidade da prova no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 05 de Junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-05/limite-penal-la-mano-dios-admissibilidade-prova-processo-penal>. Acesso em 26 out. 2020.

MENDES, Gilmar. Critérios de valoração racional da prova e standard probatório para pronúncia no júri. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 06 de Abril de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/observatorio-constitucional-criterios-valoracao-racional-prova-standard-probatorio>. Acesso em 12 out. 2019.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Imparcialidade, verdade e certeza no Processo Penal: O mito da motivação judicial objetiva. *In*: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Orgs.). **Ciências Penais e Sociedade Complexa.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 197-229.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da; MATIDA, Janaina. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 20 de Março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara#:~:text=Com%20aux%C3%ADio%20de%20uma%20vara,ser%C3%A1%20suficiente%20para%20finaliz%C3%A1%2Dla>. Acesso em: 26 out. 2020.

SHAUER, Frederick. Em defesa do Direito Probatório fundamentado em regras – e da epistemologia também. **Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2-1, p. 319-336, jul./dez., 2017. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/11727/8536>. Acesso em: 05 nov. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, Wilian Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em trechos de intersubjetividade. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, mai./ago., 2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10981/pdf>. Acesso em 26 abr. 2019.

VÁZQUEZ, Carmen (Ed). **Estandáres de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemologia jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.