



**A NECESSÁRIA ADOÇÃO DE UM STANDARD PROBATÓRIO NO PROCESSO
PENAL
THE NECESSARY ADOPTION OF A PROBATIVE STANDARD IN CRIMINAL
PROCEEDINGS**

Julia Heloisa de Moraes¹
Eduardo Puhl²

RESUMO

Considerando que todo processo se inicia a partir de um questionamento, atrelado a ausência de critérios objetivos para aferir a suficiência probatória, mormente diante do grande número de decisões conflitantes no Brasil, este artigo pretende, de início, conceituar a prova e a problemática em torno da busca pela verdade real no processo penal. Em seguida, passa-se a demonstrar a aplicabilidade do *standard*, utilizando-se de analogias de fácil compreensão. Na sequência, realiza-se uma breve análise dos *standards* probatórios existentes principalmente nos países em que adotam o sistema *common law*. Aplicou-se metodologia dedutiva, utilizando técnica de revisão bibliográfica. Conclui-se pela necessidade de alteração da legislação vigente, a fim de incluir parâmetros específicos de valoração da prova pelo magistrado. Este trabalho foi realizado com o apoio ao Programa de Bolsas Universitárias do Estado de Santa Catarina – UNIEDU/FUMDES.

Palavras-Chave: Prova. *Standards* probatórios. Processo penal.

ABSTRACT

Considering the large number of conflicting decisions in Brazil, especially given the absence of objective criteria to assess the sufficiency of evidence, the objective is, at first, to conceptualize the evidence and the problem around the search for the real truth in criminal proceedings. Then, the applicability of the standard is demonstrated, using easy-to-understand analogies. Afterwards, a brief analysis of the evidentiary standards that exist mainly in countries that adopt the common law system is carried out. Deductive methodology was applied, using the bibliographic review technique. It is concluded that there is a need to change the current legislation, in order to include specific parameters for valuing the evidence by the magistrate. This work was carried out with the support of the University Scholarship Program of the State of Santa Catarina – UNIEDU/FUMDES.

Key words: Proof. Evidence standards. Criminal proceedings.

¹ Acadêmica do Curso Bacharelado em Direito da Universidade do Contestado - UNC. Chapecó, Santa Catarina, Brasil. E-mail: julahmv15@gmail.com

² Doutorando em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Professor horista na Universidade do Contestado – UNC. Policial Penal. Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: eduardopuhl@gmail.com. ORCID ID <https://orcid.org/0000-0002-9598-3892>.

Artigo recebido em: 22/12/2021

Artigo aceito em: 09/11/2022

Artigo publicado em: 28/08/2023

1 INTRODUÇÃO

Considerando que todo processo se inicia a partir de um questionamento, atrelado ao grande número de decisões conflitantes, faz-se necessária a definição de critérios objetivos para aferir a suficiência probatória. Isso porque, as sentenças condenatórias são regadas de subjetivismo exacerbado do julgador, de modo que se verifica a ausência de standards, ou padrões, que orientam as decisões no intuito de diminuir a discricionariedade do julgador.

A partir disso, tem-se o conflito entre a busca pela verdade real e a presunção de inocência do acusado, até que se prove que o fato a ele imputado é verdadeiro. Ocorre que a legislação brasileira não adota nenhum critério de verificação da hipótese acusatória, bastando ao juiz examinar se ele está convencido de tal hipótese. Além disso, a doutrina e a jurisprudência não se preocuparam em abordar a questão, tornando os standards discutidos apenas na esfera acadêmica.

Dessa forma, o presente artigo busca conceituar a prova e discorrer sua importância na persecução penal. Mais do que isso, busca definir *standard* probatório e elencar os mais importantes nos países que adotam o sistema *common law*, utilizando o direito comparado, diante do atual cenário processual brasileiro, que carece de um padrão decisório no processo penal.

Aplicar-se-á a metodologia dedutiva, consistente no emprego da técnica de revisão bibliográfica, o que possibilita reunir ensinamentos dos mais diversos autores brasileiros e estrangeiros.

A proposta é desenvolver este trabalho em duas seções. A primeira terá foco em analisar a conceituação de prova no processo penal e o conflito entre os princípios da verdade real e do *in dubio pro reo*. A segunda, passará a tratar dos standards propriamente ditos, os principais adotados pela legislação e jurisprudência estrangeiras e a possibilidade de implementação no Brasil.

2 CONCEITO DE PROVA E ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DELA DECORRENTES

O processo penal é um instrumento que possui o fim de esclarecer o julgador e proporcionar a ele o conhecimento necessário a respeito de um fato. Por esta razão, as provas são os meios pelos quais se fará a reconstrução do crime (LOPES JUNIOR, 2021, p. 153). Nesse cenário, é possível afirmar que “todo processo gira em torno de uma dúvida” (FENOLL, 2013, p. 13), de modo que é possível verificar a importância que a prova possui no contexto processual.

Fernando Capez (2021, p. 143) entende que prova é o “conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma informação”.

O termo prova, nas lições de Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 225) advém do latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo *probare*, ou provar, que sugere estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa.

Norberto Avena (2021, p. 472) define prova como o “conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias”.

José Paulo Baltazar Júnior (2007, p. 1-2) destaca que a doutrina elenca duas concepções acerca do conceito de prova, quais sejam, a moderna, que “busca atribuir caráter científico ao direito [...] com rígida separação entre questão de fato e questão de direito, admitindo que se alcance a verdade, mediante demonstração do acerto da prova dos fatos” (BALTAZAR JUNIOR, 2007, p. 1-2), e a concepção clássica, que não admite a “demonstração de uma verdade absoluta ou inquestionável, abrindo-se espaço para persuasão, que busca a verdade provável” (BALTAZAR JUNIOR, 2007, p. 1-2).

Enquanto no processo civil admite-se a certeza obtida a partir da simples ausência de impugnação da parte contrária, no processo penal exige-se a materialização da prova, na busca pela verdade material (PACELLI, 2020). Trata-se do princípio da verdade real, no qual o magistrado deve buscar o que de fato ocorreu, e não se contentar com as provas eventualmente colacionadas pelas partes (PEREIRA, 2010).

Ao contrário do que se verifica atualmente, o Código de Processo Penal de 1941 (BRASIL, 1940) “permitia a iniciativa acusatória ao próprio juiz” (PACELLI, 2020, p. 251), o qual possuía amplos poderes probatórios, “inclusive como atividade substitutiva da atuação do Ministério Público”. A busca pela verdade real admitiu práticas probatórias, ainda que sem previsão legal, autorizadas, à época, pela nobreza (PACELLI, 2020, p. 251).

Importa frisar que, “toda verdade judicial é sempre uma verdade processual” (PACELLI, 2020, p. 252), de natureza exclusivamente jurídica e, sobretudo, reconstruída, “dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza” (PACELLI, 2020, p. 252).

De acordo com Andrea Galhardo Palma (2017, p. 2), a “atividade valorativa do juiz é cognoscitiva e inferencial, partindo de um acontecimento humano que rompe de algum modo a normalidade, de forma que interesse ao ordenamento jurídico penal”. Tal acontecimento dá lugar a uma hipótese acusatória, que deve ser comprovada pela atividade probatória.

Salah Hassan Khaled Junior (2013, p. 591) entende que é preciso pensar que o processo busca uma reconstrução histórica dos fatos, a partir de rastros do passado, de modo que versão adotada refletirá a história de um modo analógico, mas nunca integral. A justiça criminal requer a “verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua comprovação empírica, em virtude de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação” (FERRAJOLI, 2014, p. 40).

José Paulo Baltazar Junior (2021, p. 2-3) aduz que, “assim como na teoria geral do direito superou-se a lógica binária de decisão certa ou errada, admitindo-se a busca da melhor solução, também no campo da prova passou-se a buscar a solução da verdade mais provável”.

Em certa altura do processo, contudo, o Juízo procurará verificar se a hipótese acusatória é, de fato, verdadeira, para autorizar a imposição de uma sanção punitiva pelo Estado (VASCONCELLOS, 2020).

Em que pese a convicção psicológica do juiz ser necessária, não é suficiente (BADARÓ, 2014, p. 262). Isso porque tal pensamento deve-se basear em critérios racionais e objetivos, para que seja possível controlá-la (LÓPEZ, 2005, p. 238).

Num país em que se utiliza a máxima do livre convencimento motivado, por vezes abre-se caminho para “legitimação da arbitrariedade subjetiva do juiz ou, no melhor dos casos, a uma discricionariedade que não se submete a critérios e pressupostos” (TARUFFO, 2011, p. 398).

José Paulo Baltazar Junior (2021) esclarece que o sistema adotado é o da íntima convicção do magistrado. O autor cita Germano Marques da Silva (2001), que dispõe que a livre valoração da prova não quer dizer uma atitude puramente subjetiva, pela qual se chega a uma opinião unicamente por meio das impressões, pelo contrário, é uma “valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permite objectivar a apreciação” (BALTAZAR JUNIOR, 2021, p. 3).

Ocorre que é possível confundir a íntima convicção com persuasão racional, faltando na doutrina e jurisprudência “clareza sobre o grau de suficiência exigido na motivação de fato” (BALTAZAR JUNIOR, 2020, p. 4).

Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 225) destaca que a descoberta da verdade a respeito de algo é muito relativa, eis que o que se tem por verdadeiro por alguns, pode ser falso para outros. Nesse sentido, o intuito da parte, no processo penal, é convencer o julgador, através das provas constantes nos autos, de que a sua noção da realidade é a verdadeira. O magistrado, por sua vez, ao formar sua convicção, deve-se ter chegado ao estado de certeza, não podendo se valer de mera probabilidade ou achismo. De acordo com Ravi Peixoto (2021, p. 17), a hipótese fática deve ser provada com base nos elementos probatórios e não na persuasão do julgador.

Outro princípio presente no processo penal é o *in dubio pro reo*, que se revela como uma “regra probatória e como regra para o juiz, no sentido de que não só não incumbe ao réu nenhuma carga probatória, mas também no sentido de que para condená-lo é preciso prova robusta e que supere a dúvida razoável”. Sob a ótica do erro judiciário, é melhor absolver o culpado do que condenar o inocente (LOPES JUNIOR; ROSA, 2019, p. 3).

A definição do *standard* da prova é uma escolha política, moral e compartilhável, na qual se opta por adotar a opção em se busque evitar erros judiciais que prejudiquem o imputado inocente, revelando uma íntima relação com o princípio do *in dubio pro reo* (TARUFFO, 2005, p. 117).

Acerca da presunção de inocência, respeita-se a premissa de que um indivíduo não pode ser considerado culpado até que seja judicialmente provado, como pressuposto da justiça de um Estado Democrático de Direito (GIACOMOLLI, 2014, p. 89-96; ILLUMINATI, 1979, p. 86-69; BELTRÁN, 2018, p. 153-159).

Dessa forma, Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (2018, p. 300) discorre que se carece de um critério para atestar quando o lastro probatório é suficiente para afastar a presunção de inocência, de modo que tal critério de suficiência é estabelecido pelo *standard* da prova.

Considerando a impossibilidade de se alcançar a verdade absoluta, o juiz deve agir com pretensão de correção, buscando a solução da verdade mais provável. É nesse sentido que o objetivo da adoção de um *standard* probatório é estabelecer mecanismos de controle em termos de qualidade e credibilidade da prova, a fim de se preferir uma sentença condenatória ou absolutória (LOPES JUNIOR; ROSA, 2019).

Ocorre que, com a valorização da lógica da eficiência, a tendência é preferir decisões cada vez mais superficiais, de modo que o juiz acaba por aproximar-se mais da hipótese acusatória, a exemplo de uma pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa em 2018, que apontou que em “85,5% dos casos houve divergência entre o pedido do órgão acusador e a decisão do julgador” (MATIDA; ROSA, 2020, p. 3).

Dada a importância da prova, era de se esperar que a doutrina e jurisprudência se posicionassem a respeito do juízo da valoração probatória. O que se verifica, realmente, é que tais questões são relegadas à “aceitação da convicção pessoal do magistrado, maculado por um subjetivismo exacerbado” (ABELLÁN, 2010, p. 12).

Não há, no direito brasileiro, a adoção de critérios para que se possa afirmar um fato como provado, os denominados *standards* probatórios (VASCONCELLOS, 2020, p. 2).

Após realizar a conceituação da prova e dos princípios próprios do direito penal, além de verificado que inexistente um *standard* expressamente adotado pela legislação brasileira, se faz imperioso analisar brevemente como um *standard* pode ser definido e quais os principais modelos utilizados no exterior.

3 STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL

Standard probatório pode ser definido como “os critérios para aferir a suficiência probatória, o ‘quanto’ de prova é necessário para proferir uma decisão”. Ou seja, um standard probatório é alcançado quando se atinge o grau mínimo probatório exigido para considerar um fato como provado (LOPES JUNIOR, 2021, p. 158).

Maria Gascón Abellán (2005, p. 129) define os standards probatórios como os “critérios que indicam quando se conseguiu a prova de um fato, ou seja, critérios que indicam quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que descreve”

O Black’s Law Dictionary define o verbete Standard of proof como “o grau ou nível de prova exigido em um caso específico, como o ‘além de dúvida razoável’ ou ‘por preponderância da prova’” (GARNER, 1999, p. 1.413).

Com a inexistência expressa de uma “corroboração exigida pelo direito, passa a ser possível que cada juiz fixe seus próprios estândares, a partir de seus próprios valores e concepções do direito”, marcada por ampla discricionariedade e subjetivismo (PEIXOTO, 2021, p. 3).

Os países que não adotam standards probatórios específicos, acabam por tornar o sistema falho, exatamente porque se pula a fase em que é feita a verificação se o valor da prova supera o standard probatório, dificultando a análise da suficiência probatória, bastando o juiz afirmar se há provas aptas a convencê-lo (PEIXOTO, 2021, p. 9).

Dessa forma, a ausência de um standard, ou padrão decisório, faz com que o julgador fixe, implicitamente, seu próprio standard, de modo que a prova se torna suficiente quando o juiz a achar suficiente (PEIXOTO, 2021, p. 9).

Ravi Peixoto (2021, p. 3, 18) explica que se trata de um contrassenso a desnecessidade de mencionar na sentença a suficiência probatória, dado que se vive em um contexto marcado pela exigência de justificação nas decisões judiciais. O que acontece é o funcionamento da esfera decisional como uma caixa-preta, impossível saber ao certo o que levou o juiz a decidir de tal forma.

Entretanto, é possível defini-los e verificar os modelos validados pela doutrina e jurisprudência estrangeira, mormente com previsão legislativa na Itália, Espanha e Colômbia (PEIXOTO, 2021, p. 2).

Aury Celso Lima Lopes Junior (2021, p. 158) entende que os principais standards adotados, a partir da matriz anglo-saxã, são a prova clara e convincente, prova mais provável que sua negação, preponderância da prova e prova além de toda dúvida razoável, sendo este último o mais utilizado na sentença penal.

Acerca dos standards probatórios mais expostos na doutrina, pode-se citar a preponderância de provas e a prova além da dúvida razoável. O primeiro, normalmente verificado no processo civil, tem como premissa que um fato pode ser considerado provado quando a sua ocorrência é mais provável do que sua não ocorrência (KNIJNIK, 2007, p. 37-38). Vinicius Gomes Vasconcellos (2020, p. 8) ilustra, acerca do standard da preponderância de provas, a fração de 51% de certeza (VASCONCELLOS, 2020, p. 8-9).

Por outro lado, o standard da prova além da dúvida razoável “determina que, para ser considerada provada, a hipótese precisa ter uma probabilidade bastante elevada de ocorrência e, além disso, as demais hipóteses alternativas não podem ser aceitáveis”. Nesse caso, de acordo com Vinicius Gomes Vasconcellos (2020, p. 9), a fração de certeza pode ser elevada para 80%, 90% ou até 99% (ZAZA, 2008, p. 7; MENDES, 2020, p. 113).

O referido standard “também foi adotado na Itália, a partir da reforma de 2006, a qual inseriu no art. 533 do CPP italiano que o juiz pronunciará sentença condenatória se o imputado resultar culpado do crime imputado além de qualquer dúvida razoável” (VASCONCELLOS, 2020, p. 9).

No cenário internacional, a principal referência é o standard da prova além da dúvida razoável, adotado pelos Estados Unidos, contudo, Larry Laudan (2006, p. 64) afirma que ele não é somente mal definido, mas também beira a arbitrariedade.

Os standards probatórios são extensamente utilizados nos sistemas de common law há mais de 200 anos, onde se aplica a fórmula da prova além de toda dúvida razoável. Isso foi reforçado na configuração do direito penal a partir de 1970, quando a Corte Suprema dos Estados Unidos decidiu a aplicação em todo processo penal da prova além da dúvida razoável, assegurado o devido processo, o que reflete como uma garantia da presunção de inocência do acusado, segundo o qual é muito pior que se condene um inocente do que absolva um culpado (GIL, 2014, p. 9).

Os Estados Unidos adotam o standard acima de qualquer dúvida razoável, “no qual a avaliação da prova acaba tendo por base a exigência de uma avaliação das provas baseada na razoabilidade” (PEIXOTO, 2021, p. 16).

A problemática do standard da prova além da dúvida razoável é que não é possível estabelecer, com clareza, qual é o grau de dúvida tolerável ou qual o grau de convicção suficiente (VASCONCELLOS, 2020, p. 18).

O standard probatório da prova além da dúvida razoável não é utilizado no Brasil e na Espanha, exigindo-se, no Brasil, “apenas a motivação de fato e de direito das decisões, sem, contudo, exigir qual o modelo de confirmação fático utilizado pelo julgador para ser considerando provado tal fato, havendo ampla discricionariedade judicial” (PALMA, 2017, p. 305).

Vinicius Gomes de Vasconcellos (2020) aduz que, ao considerar que dúvidas das mais diversas ordens sempre vão existir, definem-se critérios para identificar quando a dúvida pode ser levada em conta para minimizar a comprovação de uma hipótese, de modo que tal hipótese fática “deve ser considerada provada se não houver qualquer dúvida quanto à sua veracidade” (VASCONCELLOS, 2020, p. 10). Neste contexto surge a problemática do que seria uma dúvida razoável, um termo de difícil definição.

Catalano (2016) discorre que a dúvida razoável deve ser colocada em um sistema codificado, com critérios para o convencimento racional do juiz, fundado na obrigação de motivar.

Dúvida “não é nada mais do que a indecisão de julgamento entre duas ou mais hipóteses (FENOLL, 2013, p. 19). Pode-se afirmar também que a “dúvida palpável, justificada pelo conjunto probatório, por argumentos alternativos plausíveis ou pela possibilidade concreta de prova melhor” (NARDELLI, 2018, p. 301)

Janaina Matida e Antonio Vieira (2019, p. 224) advertem que o BARD (expressão abreviada do inglês *beyond any reasonable doubt*, traduzida como prova além da dúvida razoável) pode ter uma função contrária do que se espera, servindo como um elemento retórico de motivação das decisões, não sendo útil para diminuir o subjetivismo, discricionariedade ou arbitrariedade que se quer evitar a partir da adoção de um padrão decisório. Dessa forma, o grau de indeterminação do standard faz com que ele não seja útil ao julgador que realizará a valoração da prova.

Ravi Peixoto (2021) discorre que na fase de avaliação da prova, o magistrado analisará o que foi produzido e verificará qual hipótese possui maior valor que as demais, momento em que se tem a decisão, quando *standard* probatório será então superado.

O autor ainda discorre que os *standards* probatórios possuem três principais funcionais funções, quais sejam, orientar os sujeitos processuais, com o fim de minimizar a incerteza encontrada nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, ser um guia objetivo para avaliação das provas e distribuir riscos, não podendo funcionar de maneira aleatória (PEIXOTO, 2021, p. 11,17).

Como uma forma de eliminar a utilização de conceitos vagos que impedem um controle adequado da decisão, os *standards* devem servir-se de conceitos objetivos, “formulados a partir das conexões lógicas que devem existir entre as provas disponíveis e as hipóteses fáticas concorrentes para que se possa considerá-las como provadas, mediante a utilização de conceitos objetivos” (PEIXOTO, 2021, p. 19).

É nesse sentido que surge a contribuição da epistemologia, especialmente a jurídica, a qual realiza um estudo das questões relativas às provas, a fim de sugerir *standards* com base em uma análise política e cultural do país, indicar uma interpretação objetiva aos *standards* já delimitados pelo Poder Legislativo ou Judiciário e, também, criticar determinado *standard* por não ter justificativa racional em relação aos riscos de erros ao qual se propõe. A relação entre a epistemologia e os *standards* está justamente em sua aptidão para fornecer o suporte para o desenvolvimento de um *standard* objetivo (GARCIA, 2016, p. 181).

Considerando o caráter normativo dos *standards* probatórios, Sebastián Reyes Molina (2012, p. 213) afirma que cabe ao próprio legislador a fixação dos *standards* probatórios de cada ordenamento jurídico, considerando que é atribuição do “Poder Legislativo a incumbência primordial de traduzir a adequada distribuição dos riscos de erros de cada país na legislação”. Ravi Peixoto (2021, p. 15, 17) discorre que este raciocínio é importante no contexto do *civil law*, “em que há prevalência do direito legislado”, como Chile, Colômbia e Itália. Por outro lado, nos países que adotam o sistema do *common law*, a tarefa de fixar os *standards* cabe ao Poder Judiciário. É possível que os *standards* probatórios sejam fixados e uniformizados pela jurisprudência, considerando que figuram como questões de direito.

Daniel González Lagier (2020, p. 13) ensina que um standard de prova ideal deveria ser objetivo e preciso, capaz de indicar uma suficiência probatória sem remeter a estados mentais. Contudo, não é possível eliminar totalmente a discricionariedade judicial. Dessa forma, os standards não visam frear totalmente o subjetivismo, mas sim diminuí-lo no momento da constatação da suficiência da prova.

Juan Carlos Bayon (2010, p. 19) elenca quatro requisitos para fixação dos standards, quais sejam, objetividade, formulação que possibilite o controle por meio de um procedimento intersubjetivamente controlável, capaz de distribuir justificadamente os riscos e, por fim, a distribuição dos riscos deve decorrer apenas da qualidade dos fundamentos. Tal modelo seria possível apenas em um plano ideal, segundo Ravi Peixoto (2021, p. 22). Isso porque, como já observado, não é possível extinguir o subjetivismo do magistrado.

Os standards possuem a função de “permitir o controle da valoração específica dos elementos probatórios, mas da conclusão desse raciocínio”, de modo a permitir que o juiz verifique, dentre as hipóteses disponíveis, qual alcança o grau de suficiência probatória exigido para tal direito material (PEIXOTO, 2021, p. 23).

Uma pesquisa realizada em juris simulados Norbert Kerr e outros (1976, p. 291), indicou que a utilização do standard da prova além da dúvida razoável levou a alteração de 26% da taxa da condenação do acusado, com base em um caso criminal complexo.

Vinicius Gomes de Vasconcellos (2020, p. 6) ensina que em um sistema racional de valoração, os standards probatórios não servem para definir quais e quantas provas serão admitidas, mas sim para afirmar critérios para aceitar algo como comprovado.

A aplicação de um standard rigoroso, como o além da dúvida razoável, “ocasiona que exista uma segurança no sentido de que serão evitados ao máximo casos em que se considere como provados fatos que, em realidade, não ocorreram” (VASCONCELLOS, 2020, p. 6).

Segundo Gustavo Badaró (2019, p. 255), “para que um standard de prova seja completo, deve exigir provas que suportem os fatos alegados pela acusação e que sejam penal e processualmente relevantes”.

Assim, Vasconcellos, (2020, p. 18) propõe a inclusão dos seguintes dispositivos no Código de Processo Penal:

Art. XX. Toda pessoa é presumidamente inocente até que se prove a sua culpa em definitivo, de modo que incumbe ao acusador provar todos os elementos de cada hipótese fática tipificada penalmente, autorizando-se a condenação somente se houver prova além da dúvida razoável de materialidade e autoria do crime.

§1º A hipótese acusatória deve ser capaz de explicar de modo coerente e íntegro todos os elementos fáticos comprovados no processo, apresentando critérios confirmatórios disponíveis.

§2º Considera-se dúvida razoável a hipótese alternativa à tese incriminatória que se mostre logicamente possível e amparada pelo lastro probatório do processo.

§3º A sentença ou acórdão deve apresentar motivação fática consistente, a partir de critérios objetivos e racionais, indicando elementos probatórios que justifiquem cada afirmação fática e analisando eventuais hipóteses alternativas de potencial dúvida razoável.

O *standard* da mínima atividade probatória, construído pelo Tribunal Constitucional espanhol, determina que a justificação da decisão se dê em bases não arbitrarias, exigindo-se suficiência probatória, tendo como aspectos básicos a eliminação do convencimento judicial baseado em meras suspeitas e a busca pela exigência de uma prova que elimine dúvidas racionais. A crítica é no sentido de que não é claro o que é a suficiência da prova (BALTAZAR JUNIOR, 2021, p. 8).

Outro *standard* probatório é o do alto grau de verossimilhança sem dúvidas concretas, o qual possui origem germânica e prega que não se pode contar com hipóteses altamente improváveis como, por exemplo, que todas as testemunhas tenham mentido (BALTAZAR JUNIOR, 2021, p. 9).

Janaína Matida e Alexandre Morais da Rosa (2020) muito bem comparam os *standards* probatórios com a modalidade esportiva do salto com vara, ao discorrerem que, enquanto no esporte há a presença de um atleta que deve saltar por cima de um sarrafo, posicionado em alturas cada vez mais elevadas, no direito penal o *standard* probatório funciona como um sarrafo, que deve ser posicionado em altura muito elevada, para a acusação, para que a hipótese acusatória necessite superar o *standard*.

Os autores ainda aduzem que da mesma forma em que existem regras a serem cumpridas no esporte, como o espaço delimitado em que o saltador pode correr antes de concretizar o salto e o limite da área de queda, no processo penal a hipótese acusatória precisa superar o *standard* probatório observando as regras para tanto, não existindo o vale-tudo probatório, contudo, é preciso que a “hipótese acusatória seja tomada como suficiente provada”. É evidente ainda que, atualmente, “o sarrafo

não está posicionado em altura condizente à fase final do processo”, com a exigência de uma hipótese acusatória fundada em conjunto probatório robusto, proibição da prova ilícita, juízo de admissibilidade cuidadosos, entre outros (MATIDA; ROSA, 2020, p. 4).

Outra analogia feita por Ravi Peixoto (2021, p. 5), a respeito do grau da exigência probatória a depender do contexto, é no sentido de que os *standards* probatórios estão presentes em outras áreas da vida como, por exemplo, na hipótese de uma pessoa, com o propósito de realizar uma visita a um amigo, pensa em embarcar em um ônibus que tem como estimativa de chegada às 14h. Caso o ônibus atrasar, a decisão de ter feito a viagem não terá maiores consequências. Isso muda completamente quando a mesma pessoa agora precisa defender sua tese de doutorado às 15h. Se houver atrasos, por conta das inúmeras paradas que o veículo faz ao longo do caminho, o prejuízo de não chegar a tempo será, sem dúvidas, muito grande. Dessa forma, no segundo contexto, apenas a probabilidade de chegada no horário não é suficiente para fazer com que o indivíduo tome a decisão e assumo o risco. Haverá então a necessidade de se informar melhor ou buscar outro tipo de transporte.

É admitido o rebaixamento do *standard* probatório de acordo com a fase processual, mas não conforme a gravidade do crime. Como exemplo, é possível citar que a exigência probatória é menor para o recebimento de uma denúncia do que para o proferimento de uma sentença condenatória. Por outro lado, Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa (2019) entendem ser equivocada a ideia de supervalorizar a palavra da vítima nos crimes sexuais e admitir a condenação com base exclusivamente nisso.

Sob esse prisma, Ravi Peixoto (2021, p. 3) entende que “decisões menos importantes exigem menor força probatória, ao passo que, logicamente, as decisões mais importantes, com maiores consequências no caso de um erro do judiciário, exigem maior força probatória”. Nesse sentido, com o “aumento do *standard* de prova, a tendência será dificultar a condenação dos acusados e a ocorrência da falsa condenação” (PEIXOTO, 2021, p. 3).

Como já visto anteriormente, considerando que no Brasil não há um *standard* legalmente previsto nem discutido pela jurisprudência, verifica-se a existência de algumas premissas que devem ser observadas pelo julgador, no entendimento de

José Paulo Baltazar Junior (2021, p. 20). Como exemplo, é possível citar o dever de motivar, de maneira que a decisão sem fundamentação acarretará sua nulidade. Além disso, a contradição é uma das hipóteses que desafia a interposição de embargos de declaração, consoante reza o artigo 619 do Código de Processo Penal. Pode-se citar ainda o dever de enfrentamento de todas as teses da acusação. Outrossim, é inegável que a doutrina e jurisprudência careçam de mais construções elaboradas sobre a atividade probatória (BALTAZAR JUNIOR, 2021, p. 21).

Por fim, é evidente que definir critérios para avaliação da suficiência probatória é importante e urgente no processo penal brasileiro. Porém, se faz necessária a discussão do tema na doutrina e jurisprudência, a fim de identificar o *standard* que melhor cumpra sua função, considerando a legislação vigente, para então implementá-lo no sistema penal.

4 CONCLUSÃO

Sob a ótica jurídica, a importância da prova se verifica desde o início do processo, que se inicia com uma dúvida. Assim, é dever da parte construir um conjunto probatório capaz de convencer o magistrado de que sua tese é verdadeira.

Ocorre que, no atual sistema brasileiro, nem o legislador, a doutrina ou a jurisprudência preocuparam-se em adotar um *standard* probatório, ou seja, um mecanismo de controle em termos de qualidade e credibilidade da prova, a fim de se proferir uma decisão livre do subjetivismo do juiz. O problema, dessa forma, traduz-se na ausência de *standards*, ou padrões, que orientam as decisões no intuito de diminuir a discricionariedade do julgador.

Um *standard* probatório possui três principais funções, quais sejam, a orientação dos sujeitos processuais, ser um guia objetivo para avaliação das provas e distribuir riscos. Verificou-se que é importante a existência de um critério para que seja possível determinar quando uma hipótese fática estará provada.

Foi possível identificar que, apesar dos benefícios que a possível implementação de um *standard* probatório traria ao judiciário, é impossível eliminar totalmente a discricionariedade do judiciário na prolação das sentenças. Isso porque a proposta do *standard* é somente diminuir o subjetivismo na constatação da suficiência do conteúdo probatório produzido.

Verificou-se que o standard pode ser rebaixado de acordo com a fase processual, a exemplo da menor exigência probatória para o recebimento da denúncia quando em comparação com o proferimento de uma sentença condenatória.

Os principais standards probatórios utilizados são a prova clara e convincente, prova mais provável que sua negação preponderância da prova e prova além de toda dúvida razoável, sendo este último o mais adotado na sentença penal.

Conclui-se, por fim, que não basta a ampla discussão a respeito do tema, mas sim a introdução do assunto na legislação, a fim de que se possa incluir parâmetros específicos de valoração da prova pelo magistrado.

REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho**. Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- AVENA, Norberto. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Método, 2021. E-Book.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. **Revista AJUFERGS**, Porto Alegre, n. 4, 2007. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- BAYON, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. **Revista Jurídica Mario Alario D´ Filippo**, v. 2, n. 4, 2010. Disponível em: <https://revistas.unicartagena.edu.co>. Acesso em: 04 dez. 2021.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018. Doi: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.131>.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 set. 2022.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2021. E-Book
- CATALANO, Elena Maria. **Ragionevole dubbio e logica della decisione**. Milano: Giuffrè, 2016.
- FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

GARCÍA, Edgar Ramón Aguilera. Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: una mirada crítica. **Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 44, abr. 2016.

GARNER, Bryan Andrew. **Black's Law Dictionary**. 7th Ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 1.413.

GASCÓN ABELLÁN, Maria. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **Doxa**, n. 28, p. 127-139, 2005. Doi: <https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.10>.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

GIL, Paula Viale de. ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal. **Revista Pensar em Derecho**, n. 4, 2014. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-4.php>. Acesso em: 03 dez. 2021.

ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979.

KERR, Norbert *et al.* Guilt beyond reasonable doubt: effects of concept definition and assigned decision rule on the judgments of mock jurors. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 34, n. 2, 1976, p. 291.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **A busca pela verdade no processo penal**. Para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAGIER, Daniel González. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, n. 23, 2020, p. 79-97. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10045/110362>. Acesso em: 04 dez. 2021.

LAUDAN, Larry. **Truth, error, and criminal law**. An essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Doi: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511617515>.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-Book.

LOPES JUNIOR, Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do *standard* probatório no processo penal. **Consultor Jurídico**, 26 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>. Acesso em: 03 dez. 2021.

LÓPEZ, Mercedes Fernández. **Prueba y presunción de inocencia**. Madrid: lustel, 2005.

MATIDA, Janaina; ROSA, Alexandre Morais da. Para entender *standards* probatórios a partir do salto com vara. **Consultor Jurídico**, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>. Acesso em 02 dez. 2021.

MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 221-248, jun. 2019.

MENDES, Paulo de Sousa. O *standard* de prova e as probabilidades: uma proposta de interpretação inspirada no direito comparado. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (ed.). **Fundamentos de direito probatório em matéria penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 95-116.

MOLINA, Sebastián Reyes. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: reflexiones sobre el caso chileno. **Revista de Derecho**, v. 25, n. 2, dez. 2012.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Presunção de inocência, *standard* de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo R.; MALAN, Diogo R.; MADURO, Flávio M. (org.). **Crise no processo penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 289-309.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-Book.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-Book.

PALMA, Andrea Galharmo. Breve análise comparativa dos modelos de valoração e constatação da prova penal – *standards* probatórios – no Brasil, nos EUA e na Itália: crítica à regra *beyond any reasonable doubt* ou *oltre ragionevole dubbio* (além da dúvida razoável). In: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi; DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. **Brasil e EUA: Temas de Direito Comparado**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=94288>. Acesso em: 19 jul. 2022.

PEIXOTO, Ravi. Os *Standards* probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**, Rio de Janeiro, n. 2, v. 22, 2021, Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/59569/37741>. Acesso em: 03 dez. 2021.

PEREIRA, Marcio Ferreira Rodrigues. A tirania da verdade no processo penal brasileiro: às voltas com o “princípio” da verdade real. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 115, 2010. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/10997/6377>. Acesso em: 3 dez. 2021.

SILVA, Germano Marques da. Registro da prova em processo penal. Tribunal colectivo e recursos. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Org.). **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. **Doxa**, n. 28, p. 115-126, 2005. Doi: <https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.09>.

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, 2020. Doi: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201961>.

ZAZA, Carlo. **Il ragionevole dubio nella logica della prova penale**. Milano: Giuffrè, 2008.