

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

BRUNO BARCELLOS DE ALMEIDA

***PROOF BEYOND A REASONABLE DOUBT: UM STANDARD DE PROVA PARA  
A CONDENAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO***

Porto Alegre

2024

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

BRUNO BARCELLOS DE ALMEIDA

***PROOF BEYOND A REASONABLE DOUBT: UM STANDARD DE PROVA PARA A  
CONDENAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO***

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Porto Alegre

2024

## Ficha Catalográfica

A447p Almeida, Bruno Barcellos de

Proof beyond a reasonable doubt : um standard de prova para a condenação no processo penal brasileiro / Bruno Barcellos de Almeida. – 2024.  
100.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

1. Valoração da prova. 2. Standard probatório. 3. Para além da dúvida razoável. 4. Presunção de inocência. 5. Condenação. I. Giacomolli, Nereu José. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

BRUNO BARCELLOS DE ALMEIDA

***PROOF BEYOND A REASONABLE DOUBT:***  
**UM STANDARD DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO NO PROCESSO PENAL**  
**BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Área de concentração: sistemas jurídico-penais contemporâneos.

Aprovado em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

À minha família: pais Clóvis, Rosa Maria, irmã Priscilla, e esposa Marcelle, pelo incentivo, sem nunca hesitar, na realização deste mestrado, impulsionando-me ao crescimento profissional e aprofundamento dos estudos acadêmicos.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Doutor Draiton Gonzaga de Souza pelo especial incentivo em ingressar no mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Ao Professor Doutor Nereu José Giacomolli, colega de magistratura, cujas orientações foram primordiais para o desenvolvimento deste trabalho, sempre disponível e atencioso com seus discentes.

Aos professores Gustavo Badaró, Danilo Knijnik e Marcos Eberhardt, membros participantes da banca de qualificação do projeto de pesquisa, pelas importantes observações declinadas, que serviram de guia para o trabalho, fornecendo, ainda, recomendações bibliográficas essenciais à compreensão do tema.

## RESUMO

O trabalho analisa a adequação e a necessidade do uso dos *standards* probatórios para o controle epistemológico dos enunciados fáticos no âmbito do processo penal brasileiro, visando à mitigação de erros judiciários no exame das provas coligidas. No Brasil, o princípio da motivação está consagrado na Constituição Federal, por decorrência do Estado Democrático de Direito, determinando que os agentes públicos, ao decidir, apresentem os fundamentos que deram sustento ao posicionamento adotado. Tem-se, ainda, a previsão constitucional dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, adotados como regra de julgamento. Não há, porém, seja na Lei Maior ou na legislação processual penal pátria, o estabelecimento de critérios decisórios que visam a estabelecer o grau de suporte probatório que se exige de uma proposição fática para que o juiz possa a considerar provada no édito condenatório. Nesse contorno, na linha dos diversos países democráticos que adotaram o *proof beyond a reasonable doubt*, encampa-se a adoção formal do *standard* de prova anglo-saxão no Brasil.

**Palavras-Chave:** Valoração da prova; *Standard* probatório; Para além da dúvida razoável; Presunção de inocência; Condenação.

## ABSTRACT

The study analyze the adequacy and necessity of using standards of proof for the epistemological control of factual statements within the scope of the Brazilian criminal procedure, aiming to mitigate judicial errors in the examination of the evidence collected. In Brazil, the principle of motivation is enshrined in the Constitution, as a result of the Democratic State of Law, determining that public agents, when deciding, present the reasons that supported the position adopted. There is also the constitutional provision for the principles of presumption of innocence and *in dubio pro reo*, adopted as a rule of judgment. However, whether in the Constitution or in the criminal procedural legislation, there is no establishment of decision-making criteria that objectify the degree of evidentiary support that is requires a factual proposition so that the judge can consider it proven for a criminal conviction. In this context, in line with the several democratic countries that have adopted proof beyond a reasonable doubt, the formal adoption of the Anglo-Saxon standard of proof in Brazil is advocated.

**Keywords:** Valuation of the evidence. Standard of proof. Beyond a reasonable doubt. Presumption of innocence. Conviction.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
BARD	<i>Beyond a reasonable doubt</i>
CCE	<i>Clear and convincing</i>
CF	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
PoE	<i>Preponderance of the evidence</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
v.g	<i>verbi gratia</i> (expressão latina que significa "por exemplo")
v.	<i>versus</i>

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 STANDARDS DE PROVA COMO CRITÉRIO DE DECISÃO NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>16</b>
2.1 REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A VERDADE E A PROVA NO PROCESSO PENAL.....	16
2.2 CONCEITO E FINALIDADE DOS <i>STANDARDS</i> DE PROVA.....	20
2.3 A TEORIA GERAL DOS <i>STANDARDS</i> DE PROVA.....	23
2.4 <i>STANDARD</i> PROBATÓRIO E ÔNUS DA PROVA.....	27
<b>3 STANDARDS DE PROVA PARA CONDENAÇÃO PENAL NA LEGISLAÇÃO COMPARADA.....</b>	<b>30</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS <i>STANDARDS</i> DE PROVA PARA CONDENAÇÃO PENAL EM OUTROS SISTEMAS JURÍDICOS.....	30
3.2 <i>STANDARDS</i> DE PROVA PARA CONDENAÇÃO PENAL NA AMÉRICA DO NORTE.....	30
.....	30
<b>3.2.1 Estados Unidos da América e México.....</b>	<b>30</b>
3.2.1.1 Panorama geral sobre o sistema judicial criminal norte-americano.....	30
3.2.1.2 Modelo de standard de prova no processo penal norte-americano ( <i>proof beyond a reasonable doubt</i> – BARD).....	32
3.3 <i>STANDARDS</i> DE PROVA PARA CONDENAÇÃO PENAL NA EUROPA E NAS CORTES INTERNACIONAIS.....	40
<b>3.3.1 Alemanha e Portugal.....</b>	<b>40</b>
<b>3.3.2 Espanha e Itália.....</b>	<b>41</b>
<b>3.3.3 Tribunal Penal Internacional, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....</b>	<b>43</b>
3.4 <i>STANDARDS</i> DE PROVA PARA CONDENAÇÃO PENAL NA AMÉRICA LATINA... 44	44
3.4.1 Peru e Colômbia.....	44
3.4.2 Paraguai, Chile, Uruguai e Argentina.....	44
<b>4 STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>48</b>
4.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS <i>STANDARDS</i> DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	48

4.2 <i>STANDARDS</i> DE PROVA NAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS.....	48
4.3 <i>STANDARDS</i> DE PROVA NAS MEDIDAS CAUTELARES DE INVESTIGAÇÃO.....	49
4.4 <i>STANDARDS</i> DE PROVA PARA O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO... .....	53
4.5 <i>STANDARDS</i> DE PROVA NAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS.....	54
4.6 <i>STANDARDS</i> DE PROVA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.	56
4.7 <i>STANDARDS</i> DE PROVA NA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL.....	59
<b>5 DA NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DE UM <i>STANDARD</i> DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>64</b>
5.1 VALORAÇÃO, DECISÃO E MODELO DA PROBABILIDADE INDUTIVA.....	64
5.2 DA NECESSIDADE DA BUSCA POR UM <i>STANDARD</i> PROBATÓRIO PARA A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....	65
5.3 PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS DE <i>STANDARD</i> DE PROVA PARA CONDENAÇÃO PENAL NO PROCESSO PENAL.....	68
5.4 NOSSA PROPOSTA DE <i>STANDARD</i> DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO PENAL NO BRASIL: POSITIVAÇÃO DO BARD NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	70
<b>5.4.1 Objetivação do significado de dúvida razoável pelo estabelecimento de norma explicativa.....</b>	<b>75</b>
<b>5.4.2 Inquietações quanto ao mero uso retórico e deturpado do <i>standard</i> de prova (BARD).....</b>	<b>79</b>
<b>5.4.3 Inaplicabilidade do <i>standard</i> de prova (BARD) ao veredicto dos jurados no Tribunal do Júri brasileiro.....</b>	<b>81</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>85</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>91</b>
<b>APÊNDICE - Sugestão legislativa para o BARD no Código De Processo Penal.....</b>	<b>99</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Na atividade judicante na seara penal, em regra, há imputação de fatos pela acusação e a negativa desses pela defesa. Exsurge, daí, o que se pode denominar de crise da verdade no processo penal no que diz respeito à produção probatória e fundamentação das decisões meritórias. Isso porque há a necessidade de reprodução histórica dos fatos no curso processual, cabendo ao juiz, ao final, examinar o grau de suficiência dos elementos coligidos para que possa ter como comprovados os enunciados fáticos propostos pelas partes na busca da formação da verdade processual, o que atinge a supremacia de relevância na oportunidade da prolação da sentença penal, em que se analisará a *vexata quaestio* propriamente dita, com o estabelecimento do veredicto condenatório ou absolutório. O aprofundamento do estudo da adequação e da possibilidade de uso dos *standards* probatórios como forma de controle pelo juiz para a comprovação dos enunciados fáticos trazidos pelas partes, elevando-se o grau de correção das decisões penais de mérito, afigura-se de extrema relevância.

O trabalho, assim, aloca-se, em sentido amplo, no estudo do direito probatório, tema do processo penal por demais instigante, uma vez que a prova desempenha uma função primordial no contexto da definição do conteúdo das decisões judiciais. A prova, na definição metafórica da doutrina, é o “coração pulsante do processo”, de tal forma que a operação valorativa com relação ao material fático se faz presente em todas as espécies de processos judiciais e, por tal motivo, a sua adequada delimitação é imperativo para que se obtenha uma decisão correta<sup>1</sup>, a qual, na visão de Taruffo<sup>2</sup>, pode ser assim considerada (*justa*) não somente quando resulta da correta interpretação dos fatos do caso concreto, mas também quando se fundamenta em uma averiguação verdadeiras desses fatos (tradução nossa). Nesse contexto, no âmago do estudo probatório, reside a questão nevrálgica atinente ao uso de critérios racionais de valoração probatória na fundamentação da sentença penal pela ótica dos *standards* probatórios (modelos de constatação de prova) como controle de validade da comprovação dos enunciados fáticos trazidos ao debate processual, que é objeto em sentido estrito da dissertação.

A estrutura dissertativa do presente trabalho intenta a formulação de um encadeamento progressivo dos temas tratados, iniciando-se pelas premissas teóricas básicas sobre o tema do

---

<sup>1</sup> KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Standards de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 31.

<sup>2</sup> No original: *La decisión puede considerarse justa no sólo quando es el resultado de la correcta interpretacion de los hechos del caso concreto, sino también, y lo que en este trabajo interesa, cuando se fundamenta en una averiguación verdadera de estos echos* (TARUFFO, Michele. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, 2013, p. 83).

direito probatório para, em seguida, examinar-se um modelo racional de valoração e decisão da prova no processo penal brasileiro, com o escopo de responder a um problema central, o qual, porém, merece ser bipartido, para otimização da compreensão do estudo proposto: há adequação e a necessidade do estabelecimento de um *standard* probatório para a controle dos enunciados fáticos no que diz respeito à sentença penal condenatória? Em caso positivo, qual seria o *standard* de prova ideal a ser incorporado pelo direito processual penal pátrio?

Formula-se a hipótese a ser verificada no sentido de que a eleição de *standards* probatórios para fundamentação da sentença penal é necessária e encontra, sim, guarida no ordenamento jurídico pátrio e, para além disso, que se constata ser critério válido de exame de enunciados fáticos, por meio da fixação do *standard* para além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), modelo de constatação norte-americano, consagrado no âmbito do Direito Comparado, inclusive na América Latina.

O objetivo geral reside, pois, em examinar e pesquisar questões dogmáticas relativas à prova do fato ou da afirmação, observando-se, em especial, a valoração judicial e a tomada de decisão sobre os fatos provados, isto é, o explorar da temática do convencimento judicial, da busca da verdade e convicção e a relação dessas premissas com a participação do juiz no processo penal visando à prolação da sentença penal mais correta. Em relação aos objetivos específicos do estudo, consiste em analisar a possibilidade e adequação dos modelos de constatação de provas (*standards* probatórios) como critérios epistemológicos válidos de controle da comprovação de enunciados fáticos visando ao atingimento de grau elevado de suficiência da fundamentação das sentenças penais prolatadas pelos magistrados brasileiros, bem assim perquirir a adequação legal específica do modelo de constatação da prova para além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), de origem anglo-saxônica, como substrato seguro na fundamentação das sentenças penais no ordenamento jurídico pátrio.

Para a elaboração da dissertação adota-se a metodologia de pesquisa teórica, isto é, o trabalho será fundamentado em elementos teóricos, não envolvendo outros métodos, como a coleta de dados e a pesquisa de campo. Referente à metodologia de abordagem, caminha-se pelo método hipotético-dedutivo, de modo que para a explicação do problema formulado foram criadas hipóteses que serão testadas quanto a sua validade por meio de fundamentos teóricos. Consequentemente, a técnica de pesquisa será baseada, fundamentalmente, em revisão bibliográfica e documental, a compreender o estudo da legislação, doutrina, artigos jurídicos, periódicos, revistas jurídicas e jurisprudência acerca da temática proposta no projeto de pesquisa.

Inicia-se a dissertação, nesse contorno, com a abordagem de questões dogmáticas relativas à prova do fato ou da afirmação, observando-se os momentos da atividade probatória, a formação do conjunto de elementos, a valoração judicial e a tomada de decisão sobre os fatos provados. Ato contínuo, adentra-se, em linhas gerais, na temática do convencimento judicial, na busca da verdade e convicção e a relação dessas premissas com a participação do juiz no processo penal, destacando-se a importância do plano de direito material para elaboração da verdade que pode ser construída no processo pelo exame das provas carreadas. Aborda-se, demais disso, o exame, em sentido amplo, dos *standards* probatórios, trazendo as premissas básicas do ponto, como a sua conceitualização, finalidade, a teoria geral dos modelos de constatação de prova, diferenciação e correlação com o instituto do ônus probatório (*burden of proof*), trabalhando a temática, em última análise, com a noção de convencimento judicial e a ideia de filtro de controle passível de ser adotado pelo julgador visando à validade da fundamentação das decisões de mérito no âmbito do processo penal de cariz democrática.

Por ser questão imperiosa ao entendimento do nascedouro do tema referente aos *standards* de prova para condenação penal, e, também, visando à compreensão da política legislativa<sup>3</sup> nacional, promove-se o estudo do tema na legislação comparada, iniciando-se pela América do Norte, com a exposição de um panorama geral sobre o sistema judicial norte-americano, oportunidade em que se afigurou mais pertinente, em uma visão estritamente metodológica e didática, esmiuçar-se o modelo estadunidense do *proof beyond a reasonable doubt* (BARD), abordando-se a previsão legal, a temática da dúvida razoável e as críticas doutrinárias ao conceito aberto, bem assim os *cases* norte-americanos, em especial o caso *In re Winship*<sup>4</sup>, em que o BARD foi elevado a *standard* de nível constitucional. Em seguida, examinou-se os *standards* de prova para condenação penal na Europa - a compreender nações como Alemanha, Itália e Portugal - e nas Cortes Internacionais - Tribunal Penal Internacional, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Europeu de Direitos Humanos -

---

<sup>3</sup> A proeminente utilidade do Direito Comparado reside na melhor compreensão do direito nacional. Evidente que o jurista dotado de sólida formação em Direito Comparado terá maior domínio do ordenamento pátrio, naquelas atividades que são cotidianas aos operadores do Direito: interpretação, aplicação e integração. Além, é claro, de possuir uma visão crítica sobre a política legislativa desenvolvida em seu país (CARVALHO, Weliton. Funções do Direito Comparado. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007, p. 142. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/175/ril\\_v44\\_n175\\_p139.pdf/@@download/file/ril\\_v44\\_n175\\_p139.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/175/ril_v44_n175_p139.pdf/@@download/file/ril_v44_n175_p139.pdf). Acesso em: 22 de agosto de 2024.

<sup>4</sup> ESTADOS UNIDOS. *Supreme Court, In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970). *Argued: January 20, 1970. Decided: March 31, 1970. PRIMARY HOLDING: A juvenile who is charged with conduct that would give rise to criminal liability for an adult has a due process right to have the elements of the offense proved beyond a reasonable doubt.* Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/>. Acesso em: 22 de maio de 2024.

finalizando-se com a análise dos *standards* de prova adotados na América Latina, com a inclusão de países que, ao revés do Brasil, formalizaram os modelos de constatação na legislação processual penal (v.g. Chile e Argentina).

Ingressando-se no exame do tema no Brasil, realizam-se considerações iniciais aos *standards* de prova no processo penal pátrio, sobretudo no que diz respeito à seara das decisões cautelares, em que o legislador se desincumbiu de assentar critérios decisórios mínimos para que se considere provada a proposição fática. Abordam-se os *standards* de prova nas medidas cautelares pessoais e de investigação, a questão referente ao juízo de admissibilidade da acusação, as medidas assecuratórias, a incidência no espectro da justiça penal negocial, trabalhando-se, ao final, o quadro atual dos *standards* probatórios no âmbito dos Tribunais Superiores.

Referente à delimitação do tema, atine ao estudo dos *standards* de prova como critério de decisão de mérito no processo penal brasileiro (sentença), daí decorrendo, a nosso sentir, a relevância da dissertação, consistente na valoração da prova penal em sede de cognição exauriente e a possibilidade de adoção de mecanismos processuais de controle racional da decisão judicial definitiva. Pontua-se acerca do modelo da probabilidade indutiva como base de sustentação da necessidade de estabelecimento de um *standard* de prova para a condenação no processo penal brasileiro. Examinam-se as propostas que são formuladas pela doutrina de escol sobre um *standard* de prova para a sentença penal no cenário nacional, para, então, trazer uma sugestão de proposta legislativa de *standard* de prova para a condenação penal, mediante a adoção formal no Código de Processo Penal do *proof beyond a reasonable doubt* – BARD. A fim de mitigar a principal crítica ao *standard* eleito (BARD), concernente à vagueza da expressão, propõe-se, a objetivação do significado de dúvida razoável pelo estabelecimento de norma explicativa, trazendo-se alguma luz às inquietações quanto ao mero uso retórico e deturpado do *standard* de prova anglo-saxão. Registra-se o entendimento pela inaplicabilidade dos *standards* de prova ao veredicto dos jurados no Tribunal do Júri brasileiro. Por fim, formula-se um apêndice de sugestão legislativa para o BARD no Código de Processo Penal, com a incorporação de dispositivos no Título VII, atinente às provas e também de um inciso ao art. 381 do mesmo diploma, referente à sentença (Título XII).

O trabalho tem por escopo, portanto, o estudo dos *standards* de prova na seara da decisão meritória no processo penal, isto é, os critérios de suficiência probatória que devem nortear a atuação das partes e a tomada de decisão judicial tendente ao veredicto final. Pretende-se a perquirição acerca da adequação do uso dos *standards* probatório como critério para uma sentença penal epistemológica quanto à prova dos enunciados fáticos e, sobretudo,

se é aplicável no Brasil o consagrado *standard* processual penal anglo-americano do *proof beyond a reasonable doubt*.

## 2 STANDARDS DE PROVA COMO CRITÉRIO DE DECISÃO NO PROCESSO PENAL

### 2.1 REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A VERDADE E A PROVA NO PROCESSO PENAL

O ponto crítico do processo penal reside na reprodução histórica dos fatos, de acordo com as regras legais que regem a investigação, a admissão, a produção e a valoração probatória<sup>5</sup>. A discussão sobre a relação entre verdade e o processo, em última análise, é um ponto essencial para que se possa pensar um sistema probatório minimamente racional. A saber, no plano normativo<sup>6</sup>, o Código de Processo Penal traz o esclarecimento da verdade como um critério para o deferimento da produção de prova pericial (art. 184) e para desencadear a atuação do juiz-presidente no procedimento do júri (art. 497, XI). Ainda, a lei processual penal fala em verdade no âmbito das questões – sobre a hipótese de fato acusatória - a serem feitas pelo juiz para o réu no seu interrogatório (artigos 203, 211 e 217), no regramento do reconhecimento pessoal (art. 226, III) e na regulamentação das nulidades (art. 566)<sup>7</sup>.

Partindo-se do pressuposto da relação teleológica existente entre verdade e prova<sup>8</sup>, há de se ter como premissa básica que “verdade” diz respeito à verificação de uma hipótese fática diante da realidade, isto é, consiste na reconstrução (retrospectiva) narrativa de determinada hipótese fática, com constatação<sup>9</sup> da sua ocorrência ou não no passado. Não se cuida, assim, da existência de uma proposição sobre fatos em caráter absoluto, mas sim em sentido probabilístico<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 9ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 429.

<sup>6</sup> A título de exemplo, no Direito Comparado, a regra 102 das *Federal Rules of Evidence* estadunidense, quando trata dos objetivos da prova, faz referência expressa justamente ao propósito de que “*truth may be ascertained*” (em tradução livre: “a verdade deve ser verificada”).

<sup>7</sup> KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Standards de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 60.

<sup>8</sup> Na linguagem jurídica, o termo prova é polissêmico, utilizado para designar coisas diversas: a) as informações que servem para averiguar ou provar os fatos controversos pertinentes ao caso; b) os meios de prova, ou seja, as atividades por meio das quais tais informações são incorporadas ao processo (depoimento de testemunha, a realização de laudo pericial, o fornecimento de documento...); c) o raciocínio ou procedimento intelectual, pelo qual, com base nas informações aportadas ao processo, são averiguados ou comprovados os fatos e d) o resultado probatório ou conhecimento obtido do fato controvertido (ABELLÁN, Marina Gascón. *O problema de provar*: tradução Lívia Moscatelli; Caio Badaró Massena. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022, p. 22).

<sup>9</sup> Leciona a doutrina (UBERTIS, G. *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 91 e 92) que, embora conveniente, é incorreto falar de “prova de um fato”, pois um fato não pode ser provado, mas somente pode ser constatado quando ocorre. O que prova são enunciados assertivos, ou seja, proposições. É por isso que seria correto falar de “prova da verdade da afirmação da existência de um fato”.

<sup>10</sup> GOMES, Luíza Guimarães Campos Batista. *BARD – De critério técnico a Recurso Honorífico*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 49.

A produção probatória, por seu turno, é o meio pelo qual o juiz chega à verdade<sup>11</sup>, convencendo-se da ocorrência ou não da matéria fática relevante para o julgamento do caso. Taruffo ensina que a principal função da prova é oferecer ao julgador informação confiável acerca da verdade dos fatos em litígio. Decidir sobre fatos significa determinar, a partir dos meios de prova apresentados, se tais enunciados provaram ser verdadeiros ou falsos, de modo que o julgador precisa adotar a prova produzida como o ponto de partida de um raciocínio que deve conduzi-lo a uma conclusão que resolva a incerteza sobre os fatos do caso, estabelecendo quais se provaram verdadeiros<sup>12</sup>.

Hodiernamente, mesmo quem trabalha com a filosofia da consciência, considera que o conhecimento absoluto da verdade é algo inatingível no processo (concepção cética da verdade<sup>13</sup>), de modo que sempre será de natureza relativa - a verdade atingida no processo representa tão somente um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o enunciado seja verdadeiro, já que o acervo probatório coligido aponta nesse norte<sup>14</sup>. É a chamada verdade formal (processual), que decorre também do fato de que nem sempre os interesses das partes coincidem com a descoberta da verdade, podendo haver a alteração do material probatório (v.g. o falso testemunho ou a omissão de um meio de prova útil para a descoberta da verdade, haja vista ir de encontro ao interesse de uma das partes).

Além disso, o descobrimento da verdade fica prejudicado pelas diversas limitações probatórias existentes na legislação processual penal, como, por exemplo, o número restrito de testemunhas que podem ser arroladas e a vedação de aproveitamento de provas obtidas de forma ilícita. Em outras palavras, as várias restrições do direito probatório reforçam que a prova (meio) não garante, de modo inexorável, a obtenção da verdade (fim). A respeito, conclui Kircher:

[...] Dito isso, passa-se exatamente à questão de saber se a verdade sobre a hipótese de fato pode mesmo ser consciente e plenamente alcançada na seara processual. Nesse ponto, a resposta é no sentido negativo, não sendo possível ter-se ciência se o

---

<sup>11</sup> Faz-se necessária a distinção entre verdade e certeza. A verdade, em seu sentido jurídico, é condicionada pelas regras processuais que determinam o caminho que deverá ser percorrido para a obtenção dos meios de prova, assim como pela valoração que é feita pelo juiz em relação aos meios de prova apresentados no processo, no momento decisório. De outro lado, a certeza é o *status* subjetivo relacionado ao comprometimento cognitivo de alguém, que demonstra o seu convencimento em relação à ocorrência ou não de determinado fato (GOMES, Luíza Guimarães Campos Batista. BARD – De critério técnico a Recurso Honorífico. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 49).

<sup>12</sup> TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 129.

<sup>13</sup> KIRCHER (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Standards de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 48), alerta que, nos últimos anos, apontou-se a existência de um fenômeno que esteve em voga no debate na seara filosófica, encontrando eco no Direito, que é a *veriphobia*, linha de pensamento que tem como marca o total repúdio à verdade como um critério viável para o estudo de fenômenos epistêmicos.

<sup>14</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 433.

conhecimento absoluto da veracidade sobre as hipóteses de fato que foram postas no processo foi realmente atingido. Por conseguinte, deve-se ter claro que a certeza racional é inatingível, pois não se tem condições, em razão das várias limitações existentes, de ter-se ciência de que o conhecimento fático foi atingido de forma total no processo penal<sup>15, p. 69</sup>.

Ainda quanto à verdade a prova no processo penal, Salgado<sup>16</sup> assevera que não se consegue conhecer, com absoluta certeza, considerando nossas limitações cognitivas, se o enunciado fático é objetivamente verdadeiro, de modo a corresponder à realidade. Explica que uma coisa é saber se um dado enunciado sobre fato é verdadeiro, tarefa impossível, haja vista que, não obstante as premissas sejam fortes, a proposição ou as conclusões de uma indução ainda podem ser falsas. Somente se conseguiria a certeza da existência do fato se houvesse condições de retornar ao passado e experimentar os seus acontecimentos diariamente. Outra situação é se, de forma objetiva, esse enunciado corresponde exatamente ao que ocorreu no passado, independentemente do conhecimento que tenhamos sobre o fato. Não é impossível, nesse contexto, que uma proposição fática corresponda à determinada fração histórica da realidade objetiva, mas está fora do alcance humano saber se, realmente, essa correspondência foi atingida.

Acerca da reflexão das funções da prova, há de se concluir que gera efeitos que demandam a revisão<sup>17</sup> do desempenho do livre convencimento motivado - que deve ser submetido a critérios de racionalidade e controle - não apenas no momento da avaliação probatória, mas na sua formação, no desenvolvimento pelas partes diante do confronto processual, assim como na complementação do raciocínio decisório pela ótica da dogmática e sobre o comportamento justificatório dos julgadores<sup>18</sup>.

A vinculação do livre convencimento à obrigação de motivar, como observa Nardelli,

<sup>15</sup>KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Standards de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 69.

<sup>16</sup>SALGADO, Daniel de Resende. A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 69 e 70.

<sup>17</sup>Contrapondo a teoria Benthamiana (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), há diversos autores que advogam 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 dita. Nesse último momento processual, quando o juiz preferirá a decisão sobre os fatos que lhe foram apresentados, a partir das provas que já foram admitidas e valoradas nos dois momentos anteriores, Beltrán posiciona-se 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 algum patamar, isto é, um nível de análise mais objetivo da prova, chamado de *standard* de prova (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana*. In: MEZZALIRA, Ana Carolina. Em tempos de autoritarismos, limite é garantia: a relevância dos standards probatórios para o processo penal brasileiro. Revista da Defensoria Pública. Porto Alegre, ano 12, v. 1, n. 28, 2021, p. 269).

<sup>18</sup>SAMPAIO, Denis. Valoração da Prova Penal: o problema do livre convencimento e da necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1 ed. Florianópolis: Emais, 2022, 492.

não é suficiente para tornar racional e controlável o processo de raciocínio que culmina na decisão sobre os fatos se não se dispõe de critérios racionais capazes de orientar o julgador em meio à atividade de valoração. Na ausência de um método lógico a ser seguido pelo juiz no curso do processo de justificação racional, o qual sirva também como meio de controle da racionalidade da decisão, a motivação acaba se traduzindo em um expediente de hipocrisia formal, realizado apenas para dar um disfarce lógico a uma decisão que oculta seus verdadeiros fundamentos<sup>19</sup>.

O processo, nesse contexto, deve figurar como instrumento necessário à decisão penal justa, evitando-se a formação subjetiva do convencimento do julgador, sob pena de incorrer-se no indevido decisionismo<sup>20</sup>. No âmbito da questão de fato, conclui-se evidente que a busca da verdade é um meio para que se alcance a prolação de uma decisão justa, de modo que o debate entre o que ocorreu na realidade e o que se deve fazer para reconhecer que as hipóteses fáticas ocorreram é um tema central do raciocínio jurídico e da argumentação. Uma decisão que despreza o que se verificou no mundo dos fatos é substancialmente equivocada, estando umbilicalmente interligados no processo penal os conceitos de prova e verdade, já que é por intermédio da primeira que se pode confirmar ou refutar as hipóteses de fato que são apresentadas em juízo, isto é, a solidez do caderno probatório coligido é que permitirá o aceite dos enunciados fáticos como comprovados<sup>21</sup>.

Abellán<sup>22</sup> ensina que, durante muito tempo, os desenvolvimentos mais importantes da teoria da argumentação jurídica se concentraram predominantemente no aspecto normativo ou interpretativo da decisão judicial (*quaestio iuris*), empregando preocupação em menor grau com os problemas relacionados à prova (*quaestio facti*<sup>23</sup>). Com efeito, o erro de juízo sobre os fatos é problemático, superando, em muitas vezes, até mesmo o erro do juízo acerca do

<sup>19</sup>NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Presunção de Inocência, Standards de Prova e Racionalidade das Decisões sobre os Fatos no Processo Penal. In: SANTORO, Antonio E. R.; MALAN, Diogo Rudge; MIRZA, Flávio (org.). Crise no Processo Penal Contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 289-309.

<sup>20</sup>Como bem alerta STRECK (2017, p. 211), “no Brasil, a discricionariedade ultrapassa o informado por Hart e o evidenciado na crítica de Dworkin, isto é, em qualquer espaço de sentido – vagezas, ambiguidades, cláusulas abertas – etc-, o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete”.

<sup>21</sup>KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Standards de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 77.

<sup>22</sup>ABELLÁN, Marina Gascón. O problema de provar: tradução Livia Moscatelli; Caio Badaró Massena. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022, p. 18.

<sup>23</sup>*Quaestio facti* e *quaestio iuris* correspondem, com efeito, a diferentes momentos de decisão (e, portanto, de poder) que apresentam diferentes problemas: de interpretação das normas, de um lado, e de conhecimento do mundo, do outro. Por isso, frente àqueles que incluem problemas de qualificação jurídica dos fatos na *quaestio facti*, observa-se que “de um ponto de vista lógico, deve-se fazer uma distinção cuidadosa entre os problemas de conhecimento dos fatos e problemas de qualificação jurídica dos fatos. Os primeiros são problemas empíricos, enquanto os segundos são problemas de interpretação (GUASTINI, R. L'interpretazione rivisitata. In: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giapichelli, 1996, p. 201, nota 30).

direito<sup>24</sup>, já que no campo fático, de modo não raro, a discricionariedade do juiz é ainda maior do que na interpretação das normas jurídicas. Em última análise, se também na decisão sobre os fatos os tribunais exercem enorme poder, é necessário que sejam prestadas contas nessa seara aos jurisdicionados, apresentando-se argumentos apropriados capazes de demonstrar que houve exercício racional da valoração probatória.

Na mesma trilha caminha a lição de Tonini, referindo que a motivação judicial completa deve se relacionar tanto às questões de fato quanto às de direito. E o acontecimento dos fatos, por seu turno, deve ser extraído não somente a partir da referência às provas que fundamentaram o próprio convencimento do juiz, mas também a partir da exposição das razões e dos critérios em função dos quais o juízo formulado, pois somente dessa forma a motivação torna-se remédio contra a arbitrariedade, na medida em que o discurso do juiz é controlável a partir da relação entre elementos de prova e fatos acertados<sup>25</sup>.

Tarefa hercúlea para o magistrado<sup>26</sup>, portanto, é a atividade da valoração probatória em busca da verdade, que, embora inalcançável em termos absolutos, pela visão cética, sempre deverá ser objetivada, pois representa um valor que legitima a jurisdição, não se podendo considerar justa uma sentença que não tenha sido procedida de um processo estruturado segundo regras que ensejam uma correta verificação fática, mediante a adoção de algum critério de julgamento epistêmico.

Imperioso que se afira o juízo de fato no processo penal mediante a adoção de uma postura racionalista da prova, descartando-se a concepção subjetivista da prova, sob pena de se dar margem a subjetivismos baseados no modelo do livre convencimento motivado, caso em que a sentença refletirá um processo intelectual incontrolável, ingressando-se na nefasta seara do arbítrio judicial.

## 2.2 CONCEITO E FINALIDADE DOS *STANDARDS* DE PROVA

São diversas as definições da doutrina de escol acerca dos *standards* probatórios,

<sup>24</sup>O erro de fato ou erro sobre o fato dar-se-ia no plano dos acontecimentos: dar por ocorrido o que não ocorreu. Valorar fato diverso daquele implicado na controvérsia ou no tema sob inspeção. O erro de direito seria, à sua vez, decorrente da escolha equivocada de um módulo normativo inservível ou não mais aplicável à regência da questão que estivesse sendo juridicamente considerada (COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 708).

<sup>25</sup>TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano; tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 105.

<sup>26</sup>Os Tribunais Superiores (*vide*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 92.458/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 148984, AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julgado em 09/03/2018, DJe 20/03/2018) nos têm enfatizado que o processo penal tem como um de seus objetivos a busca pela verdade, não obstante isso seja feito utilizando-se, algumas vezes, de expressões problemáticas, como a “verdade real” (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Standards de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 61).

convergindo, porém, no que diz respeito ao cerne, no sentido de que, observadas as variáveis atinentes às propostas, representam os modelos de constatação um instituto que se estabelece no âmbito dos critérios decisórios (guias para a decisão) visando à graduação da prova produzida para que possa ser considerada suficiente na atividade probatória dos enunciados fáticos no processo penal.

Os denominados *standards* probatórios - cuja definição consubstancia um problema central da epistemologia judiciária<sup>27</sup> - podem ser conceituados como critérios decisórios que visam a estabelecer o grau de suporte probatório que se exige de uma proposição fática para que o juiz possa a considerar provada<sup>28</sup>. Representam enunciações teóricas capazes de ensinar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão e que expressam uma gradação, quantitativa e qualitativa, exigível para a formação do convencimento judicial<sup>29</sup>.

Os *standards* de prova determinam, em outras palavras, o umbral de suficiência de prova, isto é, o grau de probabilidade requerido para considerar como provada a hipótese (ou aceitá-la como verdadeira), oferecendo esquemas racionais para determinar ou “medir” o grau de probabilidade das hipóteses<sup>30</sup>. Respondem à pergunta acerca do quando se alcançou a prova de um fato, ou, mais precisamente, quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que o descreve, e apoiam-se, em última instância, em exigências ou graus de confirmação, dando suporte epistêmico à motivação, que representa um potente mecanismo frente a arbitrariedade judicial<sup>31</sup>.

Na esteira do escólio de Knijnik<sup>32</sup>, representam os *standards* de prova critérios pelos quais o juízo de fato é formalizado para a prolação de uma decisão - devendo ser postos em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes sejam conhecidas, debatidas em contraditório, ensejando a possibilidade de sua correção - objetivando, dessa forma, tornar o princípio do livre convencimento mais sindicável e racionalizado<sup>33</sup>.

Os *standards* de prova, na visão de Vasconcellos, são critérios capazes de apontar quando se conseguiu a prova de um fato, isto é, padrões que declinam uma demarcação, um mínimo probatório que deve ser superado para que se considere um fato como evidenciado, definindo-se, nesse contorno, o *quantum* necessário para o grau de confirmação do enunciado

<sup>27</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. 2ª edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023, p. 242.

<sup>28</sup>*Id.*, 2022, p. 479.

<sup>29</sup>TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali. Seconda edizione*. Milano: Giuffrè, 2014, p. 72.

<sup>30</sup>ABELLÁN, Marina Gascón. O problema de provar: tradução Livia Moscactelli; Caio Badaró Massena. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022, p. 43.

<sup>31</sup>*Ibidem*, p. 51.

<sup>32</sup>KNIJNIK, Danilo. A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007, p. 18.

<sup>33</sup>ZOTTIS, Rafael. Standards de prova e dúvida razoável no processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 29.

fático<sup>34</sup>.

Quanto à finalidade, Beltrán ensina que a primeira função que um *standard* de prova cumpre é heurística e justificativa, isto é, a de oferecer critérios que devem ser levados em conta no momento da valoração da prova, considerando-se que a decisão dependerá desses parâmetros (função heurística), e que, demais disso, determinam o grau de suficiência probatória a partir do qual se pode considerar uma hipótese como provada (função justificativa). Os *standards* probatórios possibilitam, ainda, o controle da correção do raciocínio probatório pelas instâncias superiores<sup>35</sup>.

A segunda função é de garantia para as partes, pois somente se as partes conhecerem o umbral de suficiência probatória para determinada decisão poderão realizar escolhas racionais antes e durante o processo a respeito da estratégia de defesa de seus interesses. Por fim, os *standards* de prova cumprem a função de distribuição do risco de erro entre as partes. Trata-se de uma função complexa, porquanto, em vez de ter um impacto direto na distribuição dos erros, os *standards* de prova determinam para cada tipo de caso a partir de qual grau de exigência probatória estamos dispostos a aceitar que o risco de erro recaia sobre a defesa ou sobre o autor<sup>36</sup>.

Na mesma vertente, Peixoto diz que função dos *standards* de prova é a de servir de guia para a valoração da prova - que tem por base a persuasão racional - atuando como uma regra de decisão, permitindo que o julgador verifique se, dentre as hipóteses fáticas disponíveis, alguma delas alcance o grau de suficiência probatória exigido para aquele direito material. Em outras palavras, o *standard* probatório não indica os critérios para que cada uma das provas seja valorada, mas sim um critério mediante o qual se considera provada uma hipótese, caso seja atingida uma suficiência mínima<sup>37</sup>.

Tem como função principal os *standards* de prova, portanto, autorizar o controle sobre o raciocínio judicial no campo da valoração da prova e dos fatos<sup>38</sup>, estabelecendo-se uma fórmula de controle da motivação das decisões judiciais - promover a fixação de uma

<sup>34</sup>VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento jurídico brasileiro. Revista Direito GV, São Paulo, v. 16, 2020. Artigo consultado na Biblioteca Digital FGV. Em PDF, 1-25.

<sup>35</sup>BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 109-112. In: MASSENA, Caio Badaró. Prisão preventiva e *standards* de prova: propostas para o processo penal brasileiro. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 7, n. 3, 2021, p. 1637.

<sup>36</sup>*Ibid.*, p. 1638 e 1639.

<sup>37</sup>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. Ano 15. Volume 22. Número 2. maio a agosto de 2021, p. 608. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/download/59569/37741/206894>. Acesso em: 15 de maio de 2024.

<sup>38</sup>BALTAZAR JR., José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. Revista AJUFERGS, Porto Alegre, n. 04, 2003, p. 165.

metodologia jurídica mínima para aferição da fundamentação vertida pelos juízes.

### 2.3 A TEORIA GERAL DOS *STANDARDS* DE PROVA

Existem pelo menos dois modelos principais de valoração racional das provas, conforme ensina Abellán<sup>39</sup>. O primeiro é baseado na aplicação de métodos ou instrumentos matemáticos, ao passo que o segundo tem como substrato esquemas de confirmação. Ambos os modelos funcionam paralelamente a dois principais conceitos de probabilidade: matemático e indutivo.

A probabilidade matemática tem como fonte a ocorrência de eventos, de modo que é interpretada utilizando-se métodos estatísticos amparados pela frequência dos eventos. A ideia principal que permeia essa teoria baseia-se na possibilidade de se determinar, por meio do cálculo das probabilidades matemáticas, o índice de probabilidade que se deve atribuir a um determinado enunciado fático. Diversas críticas têm sido lançadas em desfavor da quantificação valorativa da prova, sustentando Taruffo<sup>40</sup> que se diz, por exemplo, em muitos casos que nem sequer poderia ser aplicada, porque produz imagens pouco confiáveis em diversas situações probatórias (o instrumental matemático, não raras as vezes, mostra-se fictício).

De outro lado, o conceito de probabilidade indutiva (lógica) - que compreenderá o objeto de estudo neste trabalho, por ser o modelo mais apropriado no que diz respeito à valoração probatória fornecido pela epistemologia -, corresponde ao uso comum de que provavelmente, presumidamente algo é verdadeiro, com fulcro, portanto, em proposições, não em eventos. A respeito da racionalização da valoração probatória pelo viés da probabilidade indutiva dos esquemas de confirmação e seu maior grau de confiabilidade, imperioso trazer à colação a exegese de Abellán, *in verbis*:

Na tentativa de racionalizar a valoração da prova, os modelos que alcançaram a maior popularidade são aqueles baseados em esquemas de confirmação, os quais entendem que a probabilidade (lógica ou indutiva) de uma hipótese sobre um fato depende do suporte fornecido pelas provas e sua conexão por meio de regras causais. A probabilidade é medida aqui, não em termos de frequência relativa, mas a partir do “apoio indutivo” ou “grau de confirmação” de uma hipótese em relação a uma informação. O esquema valorativo do grau de confirmação é o que melhor se adequa à estrutura dos problemas probatórios que o juiz pode enfrentar: a existência de uma ou mais hipóteses sobre os fatos do caso e a necessidade de estabelecer, com base nas provas disponíveis, qual delas é a mais aceitável ou atendível. Evidente que as situações que o juiz enfrenta são muito diferentes, de modo que falar de um “esquema de valoração” sem outras considerações, é provavelmente uma simplificação excessiva. Não obstante, essa simplificação permite mostrar de forma mais clara os critérios centrais de aceitabilidade das hipóteses, ou seja, as condições

<sup>39</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. O problema de provar: tradução Livia Moscactelli; Caio Badaró Massena. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022, p. 33/34.

<sup>40</sup> TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 31.

que permitem considerar verdadeira a versão dos fatos que elas representam [...]”<sup>41</sup>, p. 37.

Estabelecidas as premissas iniciais sobre o tema da valoração racional da prova, cumpre ingressar no estudo dos *standards* probatórios, também chamados de modelos de constatação, os quais, segundo a teoria vigente nos países anglo-saxões (especialmente nos Estados Unidos da América), correspondem aos níveis de provas exigidos nas diferentes espécies de processos judiciais, de tal sorte que a ideia subjacente é a de que cada processo, em razão das particularidades que lhe são inerentes - como seus procedimentos, os bens jurídicos envolvidos<sup>42</sup> e as garantias asseguradas -, possui um nível de provas próprio.

A teoria dos *standards* de prova, nesse espectro, nos direciona a uma escala de graus de probabilidade de que um enunciado fático trazido a debate processual pelas partes tenha efetivamente ocorrido conforme declinado<sup>43</sup>. A depender do processo de que se trate, uma alegação poderá ser provada com um maior ou menor nível de prova: isto é, um *standard* probatório mais elevado ou mais mitigado. Portanto, conforme esclarece Lòpez, a primeira ideia que se extrai quando se estuda o tema dos *standards* probatórios é que existe uma notável diferença entre o grau de convicção judicial exigível para uma condenação no âmbito de um processo penal e o que se tem como necessário para o acolhimento de uma pretensão na esfera cível. Com efeito, é necessário distinguir-se até três *standards* ou graus de suficiência de provas distintos<sup>44</sup>.

Segundo ensina Clermont<sup>45</sup>, os *standards* elevados ajudam a evitar os enormes custos sociais decorrentes dos falsos positivos, como na condenação de inocentes. Busca-se, com isso, controlar de forma racional e lógica o livre convencimento dos julgadores, bem como minimizar riscos de erros judiciais na apreciação das provas. Nos Estados Unidos da América, a título de ilustração, são empregados, em ordem crescente quanto ao grau de exigência de corroboração factual, diversos *standards* de prova (*standards of proof*).

Na esfera cível, trabalham-se com os modelos de constatação da preponderância das

<sup>41</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. O problema de provar: tradução Livia Moscatelli; Caio Badaró Massena. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022, p. 37.

<sup>42</sup> A saber, o peso do erro judiciário no processo civil não guarda a mesma carga em relação ao erro cometido no âmbito do processo penal, pois lida com bem jurídico mais caro, qual seja, o *status libertatis* do cidadão.

<sup>43</sup> ZOTTIS, Rafael. *Standards* de prova e dúvida razoável no processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 31.

<sup>44</sup> No original: *La primera idea que se extrae cuando se estudia el tema de los estándares de prueba es que existe una importante diferencia entre el grado de convicción judicial exigible para condenar en el proceso penal y el necesario para estimar la pretensión en el proceso civil. En efecto, cabe distinguir hasta tres estándares o grados de prueba distintos.* (LÓPEZ, Mercedes Fernandes. *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*. Revista del departamento de derecho procesal. Universidad de Alicante. Alicante, 2005, p. 01).

<sup>45</sup> CLERMONT, Kevin M. *Standards of Proof Revisited*. Vermont Law Review, v. 33, 2009, p. 486.

provas (*preponderance evidence - PoE*), que exige a mera probabilidade do fato ter ocorrido, afeto aos processos comuns (v.g., ação indenizatória em acidente de trânsito), assim como com o da prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*), que pode ser identificada como uma probabilidade elevada, geralmente aplicada nos processos que envolvam o direito sancionatório, a demandar maior rigor probatório (v.g., no Brasil, a ação civil pública por improbidade administrativa).

No modelo da preponderância das provas<sup>46</sup>, em grau inicial de certeza, cuida-se de adotar como suficiente que o conjunto probatório coligido dê amparo predominante à versão de uma das partes em detrimento da alegação da outra, de tal forma que o julgador detém a liberdade de formar seu convencimento calcado no cotejo da prova apresentada que lhe parecer mais verossímil. Nesse espectro também se aponta<sup>47</sup> o modelo de constatação da existência de uma prova mais provável que sua negação (*more probable than not*). A respeito, cita-se a doutrina de Taruffo:

Um standard que se usa amplamente no processo civil de *commom law* é aquele da preponderância das provas [...]. Essencialmente, esse *standard* estabelece que, quando sobre um fato existirem provas conflitantes, o julgador deverá sopesar as probabilidades relativas às diferentes versões dos fatos e fazer uma escolha em favor da afirmação que lhe parecer relativamente mais provável, com base nos meios de prova disponíveis. Tal standard obviamente é racional, uma vez que seria irracional permitir ao julgador escolher a versão dos fatos mais debilmente sustentada pelos meios de prova: é claro que a versão relativamente mais forte deve prevalecer sobre a relativamente mais fraca<sup>48, p. 135</sup>.

Na mesma linha, sobre o modelo da preponderância das provas no direito norte-americano, cita-se a doutrina de Andrade:

O *standard* da preponderância da prova (ou da probabilidade prevalente) indica que o juiz, entre as hipóteses sustentadas pelas partes, deve escolher a que se revele “mais provável do que não” (*more likely than not*). Isso significa que, havendo versões conflitantes sobre um fato, o julgador deve escolher a que se mostrar “mais provável” com base nos meios de prova disponíveis. Nota-se que não basta que uma hipótese seja a “mais provável”. É necessário que sua afirmação seja mais provável que sua negação. Essa regra oferece dupla vantagem: reduz a chance de erro na determinação dos fatos e reafirma o princípio da igualdade entre as partes no processo civil. Divide-se o risco de decisões errôneas de maneira aproximadamente igual entre autores e réus<sup>49, p. 154</sup>.

Atinente ao modelo da prova clara e convincente (*clear and convincing evidence -*

<sup>46</sup> KNIJNIK, Danilo. A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007, p. 37/38.

<sup>47</sup> MEZZALIRA, Ana Carolina. Em tempos de autoritarismos, limite é garantia: a relevância dos *standards* probatórios para o processo penal brasileiro. Revista da Defensoria Pública. Porto Alegre, ano 12, v. 1, n. 28, 2021, p. 262-281.

<sup>48</sup> TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de João Gabriel Couto. 1a ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 135.

<sup>49</sup> ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 154.

CCE), em um grau intermediário de certeza, não é suficiente, nestes casos, a mera preponderância probatória, porquanto aplicável ao direito sancionatório, que extrapola a mera questão patrimonial, como, adiantado acima a título exemplificativo, ocorre nas demandas brasileiras envolvendo improbidade administrativa, a abranger até mesmo a possibilidade de aplicação da pena de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos (art. 12 da Lei n. 14.230/2021) ao agente público nos casos em que incorre dolosamente em enriquecimento ilícito.

O *standard clear and convincing evidence* exige que a prova da proposição fática indique ser ela altamente provável ou razoavelmente certa. Trata-se, portanto, de um padrão que representa uma probabilidade mais elevada do que o da preponderância das provas, porquanto exige que a hipótese sustentada pela parte autora seja muito mais provável que sua negação (*much more likely*), isto é, o enunciado fático da parte requerente deve receber um grau maior de certeza, apontando para uma hipótese altamente provável – deve retratar a firme convicção de que a proposição autoral é verdadeira. O CCE tem, pois, um caráter intermediário, exigindo maior grau de corroboração do que em demandas cíveis normais<sup>50</sup>.

No âmbito do processo penal, o *standard* probatório é o da prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt - BARD*). Essa a última dimensão<sup>51</sup> é compreendida como regra de julgamento e recomenda que, quando o julgador for incapaz de formar um grau de convicção suficiente para proferir uma sentença, isto é, quando se encontrar em estado de dúvida intransponível, a dúvida se resolverá em favor do acusado. Assim, examinado o conjunto probatório, se o juiz tiver alguma dúvida razoável quanto à culpabilidade do réu, não deverá condená-lo, já que, a toda evidência, no processo penal não se pode dar azo a um édito condenatório com base num juízo de probabilidade, não obstante alto.

No direito norte-americano, de forma incipiente, ainda, estuda-se um quarto modelo de constatação de provas, cujo grau de certeza seria ainda mais elevado daquele até então exigido no âmbito do processo penal (*BARD*), qual seja, *a razoável excludente de qualquer hipótese de incidência, aplicável ao processo penal no qual a acusação se comprova com base em provas indiciárias*<sup>52</sup>.

A motivação para o estabelecimento de um critério mais elevado na seara do processo

---

<sup>50</sup> ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 156.

<sup>51</sup> ZOTTIS, Rafael. Standards de prova e dúvida razoável no processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 33.

<sup>52</sup> KNIJNIK, Danilo. A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007, p. 42.

penal em relação ao processo civil é de natureza política, ultrapassando-se a mera técnica. No processo penal, considerando-se o princípio da presunção de inocência, há, do ponto de vista probatório, um desequilíbrio estrutural entre as posições do acusado, pois à acusação se atribui a carga da prova<sup>53</sup>. Ao contrário do processo civil, a definição dos *standards* probatórios no processo penal não tem por fim eliminar ou distribuir os riscos de erros em razão da insuficiência probatória, mas sim distribuir os erros de modo a favorecer sistematicamente a posição processual do acusado.

A respeito, ensina Fenoll<sup>54</sup>, analisando o BARD no direito anglo-saxão, que, no processo penal, a exigência do *standard* de prova é, pelo menos em teoria, muito maior, uma vez que a culpabilidade do réu deverá ser provada "além de qualquer dúvida razoável", expressão que intentar aclarar aos jurados que a probabilidade de o réu ser o autor dos fatos deverá ser demonstrada de forma muito alta para que seja o acusado, efetivamente, declarado culpado, assumindo o *standard*, de outro lado, que nunca é possível chegar-se à certeza total para uma condenação.

Observa-se, portanto, que os critérios de grau de suficiência probatória estabelecidos pelos *standards* probatórios (modelos de constatação de prova) denotam uma escala crescente, em que se parte exigindo-se uma mera probabilidade probatória até a existência de uma prova acima de uma dúvida razoável, com vistas a racionalizar-se a formação do convencimento do julgador, mitigando-se os erros judiciários, especialmente o denominado *error in judicando*, pelo prisma do entendimento equivocado da situação fática posta no caso concreto por parte do magistrado.

#### 2.4 STANDARD PROBATÓRIO E ÔNUS DA PROVA

Inicialmente, cumpre delinear a distinção entre os institutos processuais.

O *standard* de prova estabelece o grau de suporte que os meios de prova devem fornecer às alegações fáticas com o objetivo de que elas possam ser consideradas verdadeiras. O ônus da prova, por seu turno, reflete uma regra de julgamento, já que fixa como deverá o julgador decidir se, no momento do julgamento de uma alegação fática relevante, essa não tiver sido provada. Portanto, dessume-se que, observada a dinâmica das sequências

<sup>53</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 9ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 480.

<sup>54</sup>No original: *Sin embargo, en un proceso penal la exigencia del estándar de prueba es, al menos en teoría, mucho más alta, puesto que se exige que la culpabilidad del reo esté demostrada «más allá de toda duda razonable», lo que es una expresión que trata de decirle al jurado que la probabilidad de que el acusado sea responsable de los hechos debe valorarla como muy alta para declararle culpable, asumiendo que no sea posible llegar prácticamente nunca a la completa certeza (...)*. (FENOLL, Jordi Nieva. *La Valoración de la Prueba*. Colección *Proceso y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 85).

probatórias<sup>55</sup>, primeiro se apresenta a questão do *standard* de prova, o qual, não atingindo, recorrer-se-á então à invocação das regras atinentes às cargas probatórias.

No âmbito da literatura anglo-americana, o ônus da prova é dividido em duas categorias. A primeira, denominada ônus da persuasão (*burden of persuasion*), diz respeito aos *standards* probatórios, e é fixada à vista do direito controvertido, anteriormente ao julgamento, permanecendo estática durante todo o processo em relação a cada finalidade, não obstante possa haver, cumpre destacar, diferentes *standards* entre a decisão final e as de natureza cautelar. A segunda, por seu turno, é denominada de ônus da produção da prova (*burden of production*), a qual é definida pela legislação processual penal, podendo ser modificada durante o curso do julgamento. Portanto, há diferença entre a atribuição da iniciativa probatória a uma das partes (ônus da prova) e atribuição de um grau mínimo de convencimento do julgador (*standard* de prova)<sup>56</sup>.

Nesse sentido é o escólio do Peixoto<sup>57</sup>, quando manifesta que o ônus da prova, de forma isolada, não indica a suficiência probatória necessária para a desincumbência dos encargos probatórios, pois apenas aponta a quem recai o *onus probandi* sobre determinados fatos, de tal modo que, mesmo que a regra do ônus da prova tenha sua incidência limitada ao caso de insuficiência de provas, por si só, não indica qual o patamar necessário para que a hipótese fática possa ser tida como insuficientemente provada. O *standard* probatório atua para preencher esse vácuo normativo, que consiste na suficiência necessária para que uma hipótese fática seja considerada provada e, conseqüentemente, haja a desincumbência do ônus da prova.

Importante que se pondere, lado outro, a relação indissociável entre *standard* probatório e ônus da prova, cujos conceitos, apesar de se distinguirem, encontram ponto de intersecção no que diz respeito à influência sobre o resultado do processo penal. A saber, vale citar o escólio de Badaró:

[...] ao definir, por exemplo, que cabe ao acusador demonstrar a ocorrência do fato criminoso, e estabelecer que para considerar esse fato “provado”, exige-se um *standard* de prova elevado, como o da prova “além da dúvida razoável, opta-se por

<sup>55</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. 2ª edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023, p. 244.

<sup>56</sup>WALTON, Douglas. *Burden of proof, presumption and argumentation*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 49. In: SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz. Standards de prova no Direito Tributário. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2022, p. 38. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-27092022-01344/publico/11180764DIO.pdf>. Acesso em: 29 de julho de 2024.

<sup>57</sup>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. Ano 15. Volume 22. Número 2. Maio a Agosto de 2021, p. 592. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/download/59569/37741/206894>. Acesso em: 15 de maio de 2024.

um sistema que dificulta as condenações ou, o que seria o reverso da moeda, favorece a preservação da liberdade dos acusados. Por outro lado, caso se considere que cabe ao acusado o ônus de provar a ocorrência da excludente de ilicitude por ele alegada, dificulta-se a absolvição caso se alegue, por exemplo, a ocorrência da legítima defesa. Além disso, em se estabelecendo um standard de prova elevado para que tal alegação se considere provada, aumenta-se a dificuldade de que o acusado se desincumba de tal ônus e, conseqüentemente, incrementa-se a possibilidade de condenação. Por outro lado, rebaixando-se tal standard, e facilitando o cumprimento do encargo probatório defensivo, torna-se menos difícil a absolvição<sup>58</sup>.

p. 243

Na mesma linha, Sampaio<sup>59</sup> observa que a única certeza processual penal é a de que o acusado é inocente até que seja provada legalmente a sua culpa. Desse modo, o tema processual não deve dizer respeito à inocência do acusado, mas sim à constituição da sua culpa, de sorte que é daqui que se deve extrair a regra do ônus da prova e sua coligação com um standard de prova, de natureza rígida, caracterizado como regra e não apenas como um parâmetro ético. O *standard* probatório, como se vê, está intimamente ligado à distribuição do ônus da prova que, sob o seu viés objetivo (regido pelo princípio do *in dubio pro reo*), é representado por uma regra de julgamento para o caso de não superação do grau de prova exigido para o modelo de constatação.

À guisa de fechamento do primeiro capítulo, cumpre trazer tabela esquematizada elaborada pela doutrina<sup>60</sup> acerca dos níveis de exigência dos *standards* de prova dos países anglo-saxões (*commom law*), conforme o percentual de probabilidade para a comprovação do enunciado fático, visando a melhor compreensão do tema.

Tabela 1 - Níveis de exigência dos *standards* de prova nos países anglo-saxões

Preponderância das provas	Prova clara e convincente	Para além da dúvida razoável
<b>Percentual</b>		
50%	70%	90%

Fonte: Fábio da Silva Andrade (2024)

<sup>58</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. 2ª edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023, p. 243.

<sup>59</sup>SAMPAIO, Denis. Valoração da Prova Penal: o problema do livre convencimento e da necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1 ed. Florianópolis: Emais, 2022, p. 484 e 485.

<sup>60</sup>ANDRADE, Fábio da Silva. *Standards* de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 177.

### 3 STANDARDS DE PROVA PARA CONDENAÇÃO PENAL NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS STANDARDS DE PROVA PARA CONDENAÇÃO PENAL EM OUTROS SISTEMAS JURÍDICOS

A moderna concepção do Direito Comparado não se exaure no mero cotejo entre ordenamentos diversos, mas sobretudo como fator de observação para futuras políticas legislativas, além da compreensão dos ordenamentos nacionais. O estudo da legislação em outros sistemas jurídicos, nesse diapasão, decorre do interesse de se comparar ordens jurídicas diversas para posterior utilização das conclusões auferidas<sup>61</sup>. Como leciona Badaró<sup>62</sup>, em regra, os códigos de processo penais não estabelecem um *standard* de prova a ser observado pelo juiz para considerar um fato provado, o que, se conclui, não ocorre por mera omissão legislativa, mas sim pela dificuldade em se estabelecer um regime legal para um ponto tão sensível do direito processual penal, que se ocupa em definir o resultado final do processo.

Desse modo, importante seja realizada, a título de amostragem, a análise de alguns dos diplomas processuais penais de outros ordenamentos jurídicos, especialmente os de influência romano-germânica, com vistas à formação de uma base para o estudo a que se pretende, que é desvendar a possibilidade de fixação legal de um *standard* probatório para a sentença penal no direito brasileiro.

#### 3.2 STANDARDS DE PROVA PARA CONDENAÇÃO PENAL NA AMÉRICA DO NORTE

##### 3.2.1 Estados Unidos da América e México

###### 3.2.1.1 Panorama geral sobre o sistema judicial criminal norte-americano

Dada a relevância dos *standards* de prova nos Estados Unidos da América, é importante que sejam expostas breves noções sobre o sistema jurídico criminal norte-americano pertinentes ao estudo em voga.

O ordenamento jurídico estadunidense é baseado na *commom law* inglesa, entretanto, como ensina Andrade<sup>63</sup>, as normas vinculantes que regem o convívio social não decorrem estritamente de acórdãos dos Tribunais Superiores (*judge-made law*), mas também das leis editadas pelo Poder Legislativo (*statute law*). Os 50 (cinquenta) estados federados, com

<sup>61</sup> CARVALHO, Weliton. Funções do Direito Comparado. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007, p. 145. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/175/ril\\_v44\\_n175\\_p139.pdf/@download/file/ril\\_v44\\_n175\\_p139.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/175/ril_v44_n175_p139.pdf/@download/file/ril_v44_n175_p139.pdf). Acesso em: 22 de agosto de 2024.

<sup>62</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. 2ª edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023, p. 245/247.

<sup>63</sup> ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 143 e 144.

enorme autonomia assegurada pela Constituição do País, organizam suas justiças em 02 (dois) ou 03 (três) graus. Da mesma forma que ocorre no plano federal, no âmbito dos Estados-Membros, os juízes de primeiro grau decidem com ou sem a participação do corpo de jurados, ao passo que os segundo e terceiro graus (denominados de *Supreme Courts*) são formados por colegiados.

As causas cíveis, tanto no campo federal como no estadual, a teor da Sétima Emenda<sup>64</sup> da Constituição, serão julgadas pelo júri, composto por, no mínimo, 6 (seis) cidadãos, os quais são selecionados entre pessoas da comunidade. Referente às causas criminais, é assegurado pela Constituição (art. III, 2, §3<sup>o65</sup>), o direito de que as questões de fato sejam julgadas por um júri popular.

Um cidadão somente será processado criminalmente se perante o *grand jury*<sup>66</sup> forem apresentadas provas suficientes da materialidade delitativa e da autoria (*probable cause*). Nesse caso, haverá o indiciamento (*indictment*) do acusado. Então, o promotor apresentará a acusação (*prosecutor's information*) ao tribunal, tendo início o processo. Em seguida, será designada uma audiência (*first appearance*) e o imputado deverá comparecer perante o juiz para se pronunciar sobre as acusações<sup>67</sup>.

A grande maioria dos casos se resolve na *pretrial*, a partir de uma declaração de culpa (*guilty plea*) feita pelo acusado após uma negociação com a acusação (*plea bargaining*). Todavia, quando o acusado não celebra o acordo com o Ministério Público e se declara inocente (*plea of not guilty*), a fase instrutória e o julgamento se darão perante um júri (*petty jury verdict*).

Nesse contexto de julgamento perante o júri, o juiz deverá instruir os jurados do princípio da presunção de inocência (*presumption of innocence*), isto é, de que, para poderem decidir pela condenação do réu, devem estar convencidos além de uma dúvida razoável (*proof*

---

<sup>64</sup>EMENDA VII - 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. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7686430/mod\\_resource/content/1/Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_EU\\_A.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7686430/mod_resource/content/1/Constitui%C3%A7%C3%A3o_EU_A.pdf). Acesso em: 21 de maio de 2024.

<sup>65</sup>[...] 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. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7686430/mod\\_resource/content/1/Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_EU\\_A.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7686430/mod_resource/content/1/Constitui%C3%A7%C3%A3o_EU_A.pdf). Acesso em: 21 de maio de 2024.

<sup>66</sup>Colegiado composto por 16 a 23 pessoas (número varia conforme o Estado federado), a quem compete realizar o juízo de admissibilidade de pedidos formulados pela acusação. Trata-se do júri da acusação, previsto na Quinta Emenda da Constituição.

<sup>67</sup>ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 149.

*beyond a reasonable doubt*)<sup>68</sup>. A resposta dos jurados deve ser *guilty or not guilty*, prescindindo-se de fundamentação. Além disso, a votação é secreta e o veredicto deverá, em regra, ser unânime, não havendo a possibilidade de votos discordantes e decisão por maioria, como ocorre no Tribunal do Júri brasileiro (art. 489 do CPP<sup>69</sup>). Se o veredicto for pela inocência do acusado (*not guilty*), o processo é encerrado. De outro lado, se o júri declarar o réu culpado (*guilty*), prossegue-se para a fase da sentença (*sentencing proceedings*), de forma que o juiz aplicará a pena ao condenado<sup>70</sup>.

Importante salientar que o sistema jurídico norte-americano, na esfera cível e criminal, atribui exclusivamente às partes a responsabilidade pela produção probatória (inclusive por meio de investigações paralelas), adotando o sistema adversarial (*adversarial system*), marcado pela disputa entre as partes. Assim, exige-se do profissional do Direito que labuta nos Estados Unidos da América uma formação acadêmica profunda em *Law of Evidence*, o que inclui conhecimentos específicos sobre direito probatório, especialmente quanto às regras do ônus da prova (*burden of proof*) e critérios atinentes ao grau de suficiência da prova (*standards of proof*).

Feitas tais considerações, o modelo probatório dos Estados Unidos da América concebeu *standards* de prova (*standards of proof*) – de diferentes níveis de exigência, consoante o tipo de processo (cíveis ou criminais) - dirigidos tanto aos jurados como aos juízes com vistas a esclarecê-los sobre o grau de suficiência de prova para que se possa considerar como confirmadas as proposições fáticas trazidas a debate.

### 3.2.1.2 Modelo de *standard* de prova no processo penal norte-americano (*proof beyond a reasonable doubt – BARD*)

Como destacado em linhas gerais no item 1.3, nos Estados Unidos da América são empregados, em ordem crescente quanto ao grau de exigência de corroboração fática, 3 (três) principais *standards de prova*, quais sejam: a) preponderância das provas (*preponderance of evidence – PoE*); b) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence – CCE*) e: c) prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt – BARD*). Ao nosso estudo interessa, particularmente, o aprofundamento desse último, consistente no *standard* da *prova além da dúvida razoável* (BARD), que representa o modelo de constatação mais elevado,

<sup>68</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de Processo Penal norte-americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 190.

<sup>69</sup> Art. 489 do CPP. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos. (Redação dada pela Lei n.º 11.689, de 2008).

<sup>70</sup> ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 151.

utilizado para determinar-se a culpa do réu no processo penal norte-americano, especialmente nos casos submetidos aos jurados<sup>71</sup>.

A fórmula do BARD (*beyond a reasonable doubt*) tem, segundo Whitman<sup>72</sup>, professor de Direito Comparado na Yale *Law School*/EUA, origem histórica na Inglaterra<sup>73</sup>, no final do século XVIII, por volta de 1780, com intento de resolver uma questão religiosa<sup>74</sup>, de modo que, inicialmente, não foi elaborada para a proteção do acusado de um crime. Como os jurados eram cristãos, ficavam eles muito temerosos de colocar suas almas em risco caso viessem a condenar um inocente, passando a ser perseguidos pela Igreja. A fórmula da dúvida, ao longo da Idade Média, na Inglaterra, pois, designava-se a dar conforto especial aos ansiosos – e tementes a Deus – jurados cristãos. Como se sabe, a moral teológica cristã prega o perdão ao próximo, o *dai a outra face*, o *perdoai assim como nós perdoamos a quem nos tem ofendido*, como vem externado na tradicional oração do Pai-Nosso. O Novo Testamento, em Mateus 7:1, estabelecia essa moral sintetizada no alerta: *não queirais julgar, para que não sejais julgados*. Naquela época, como se depreende, vigia fortemente a ideia de que condenar um inocente representava um pecado mortal e a consequente condenação ao inferno do juiz que assim agisse<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> O *standard* do *proof beyond a reasonable doubt* é bem retratado no filme norte-americano *Twelve Angry Men* (versão brasileira: *Doze Homens e uma Sentença*), de 1957, dirigido por Sidney Lumet, em que o juiz adverte aos jurados, em suma, que, se houver uma dúvida razoável, deverão absolver o acusado. Caso contrário, se não houver uma dúvida razoável, deverão declarar o réu culpado. No original: *JUDGE'S VOICE: [...] and that concludes the court's explanation of the legal aspects of this case. And now, gentlemen of the jury, I come to my final instruction to you. Murder in the first degree - premeditated homicide - is the most serious charge tried in our criminal courts. You've listened to the testimony and you've had the law read to you and interpreted as it applies to this case. It now becomes your duty to try and separate the facts from the fancy. One man is dead. The life of another is at stake. I urge you to deliberate honestly and thoughtfully. If this is a reasonable doubt - then you must bring me a verdict of "not guilty." If, however, there is no reasonable doubt - then you must, in good conscience, find the accused guilty. However you decide, your verdict must be unanimous. In the event you find the accused guilty, the bench will not entertain a recommendation for mercy. The death sentence is mandatory in this case. I don't envy your job. You are faced with a grave responsibility. Thank you, gentlemen.* Disponível em: <https://www.gradesaver.com/12-angry-men/study-guide/quotes>. Acesso em: 21 de maio de 2024.

<sup>72</sup> WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*. New Haven, London: Yale University Press, 2008, p. 02 e 555.

<sup>73</sup> Segundo ensina PONZONI, a Inglaterra, após utilizar o *standard beyond a reasonable doubt* por aproximados duzentos anos, sem uniformidade de definição, o abandonou. Agora, no âmbito criminal, em que ainda vigora o sistema do tribunal do júri, os magistrados instruem os jurados no sentido de que a condenação requer a certeza da culpa do acusado, isto é, que “devem estar seguros” para decidir (PONZONI, Christian. *Standards de prova no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020, p. 68).

<sup>74</sup> Na Bíblia Sagrada há diversas passagens em que se abomina a condenação de um inocente e a absolvição do culpado (*vide* Provérbios 17:15; Êxodo 23:7). Além disso, a confusão entre direito e religião também foi historicamente observada na codificação de condutas criminosas. No Estado de Massachussets, por exemplo, os códigos de 1641 e 1648 previam a tipificação das condutas de blasfêmia e desobediência como crimes capitais (HOFFER, Peter Charles. *The Salem Witchcraft trials: a legal history*. Lawrence: University Press of Kansas, 1944, p. 76).

<sup>75</sup> CHEMIM, Rodrigo. *Processo Penal: Fundamentos dos fundamentos*. Porto Alegre: Citadel, 2023, p. 600.

Assim, o conceito do BARD passou a ser adotado para orientar os jurados<sup>76</sup> na tomada de decisão, no sentido de que poderiam proferir um édito condenatório sempre que as dúvidas não fossem razoáveis. Como se vê, o BARD não foi originariamente concebido para tornar mais difícil a condenação, senão projetado para facilitá-la. Nada tinha a ver com proteção ao direito fundamental à liberdade, mas sim visava a propiciar um conforto moral aos jurados receosos. Nas palavras de Gomes:

A origem jurídica da expressão *beyond a reasonable doubt* remonta a julgamentos medievais e ao uso da teologia cristã como limite para a aplicação do direito como punição. O BARD, no entanto, não era relacionado com a proteção do acusado, mas sim do julgador. Serviria como uma garantia de que a alma do julgador estaria resguardada do cometimento de uma injustiça, caso houvesse dúvida quanto a culpa do sujeito que estava sob julgamento. Para a lógica cristã, condenar um inocente à pena de execução ou mutilação seria uma injustiça divina e, portanto, a certeza de eterna danação. Assim, em caso de dúvida, deveria o julgador isentar o acusado de sua possível pena, de modo a salvar a si próprio do risco de eterna danação e, ao mesmo tempo, ser “desresponsabilizado” moralmente pela comunidade (sociedade), em razão do fato de ter optado pela não imputabilidade do sujeito. É importante lembrar que, até o final do século XVII, as regras e formalidades referentes à evidência probatória não eram ligadas à noção empírica e a verdade probatória (típica do sistema inquisitorial) – ainda que sobre determinada hipótese –, era a aceção de verdade vigente para aquela época<sup>77, p. 64 e 65</sup>.

Nesse contorno religioso, marcado pela resistência às condenações, é que a dúvida razoável foi introduzida na *Common Law* e adotada no *Old Bailey* (o tribunal criminal de Londres), no início de 1780, com o intuito de convencer os jurados de que, sem risco para suas salvaçãoes, poderiam condenar os réus desde que suas dúvidas não fossem razoáveis. Em última análise, Andrade<sup>78</sup> destaca que não se pode ignorar que a ideia da *dúvida razoável* surgiu para evitar sentenças absolutórias irracionais ou ilógicas, razão por que seu conceito hoje gera confusão, não cumprindo satisfatoriamente a função que lhe é atribuída.

A partir de 1850, nos Estados Unidos da América, o BARD tornou-se amplamente conhecido e aplicado nos tribunais federais e estaduais, quando, nesse ano, o juiz Lemuel Shaw, Presidente da Corte Suprema de Massachussets, proferiu uma decisão, em

<sup>76</sup>Como ensina CLERMONT, na virada para o século XVIII, os júris criminais e civis da *common law* baseavam as decisões em uma avaliação relativamente livre das provas apresentadas no tribunal e as autoridades passaram a compreender a tarefa de avaliar conjuntos conflitantes de provas para chegar a uma conclusão racional. Somente ao final do século XVIII, o Direito na *common law* evoluiu para a instrução dos jurados por parte dos juízes em termos de graus de certeza, de modo que os casos criminais começaram a se sujeitar ao *standard* probabilístico do “*beyond a reasonable doubt*” (CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad*. Carolina Academic Press. 2013, p. 242 e 243.

<sup>77</sup>GOMES, Luíza Guimarães Campos Batista. BARD – De critério técnico a Recurso Honorífico. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 64 e 65.

<sup>78</sup>ANDRADE, Fábio da Silva. *Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar?* 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 167.

*Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. 295:320<sup>79</sup>, que se converteu na formulação clássica do *standard* além da dúvida razoável.

No início da década de 70, no caso *In re Winship*<sup>80</sup>, o BARD foi elevado a *standard* de nível constitucional, interpretando os ministros da *Supreme Court* que o texto da Lei Fundamental, na décima quarta emenda, determinava que os jurados fossem obrigatoriamente instruídos a aplicar o *standard proof beyond a reasonable doubt*, sob pena de revogação da sentença condenatória<sup>81</sup>. Nesse julgamento, a Suprema Corte Americana reconheceu a ligação do BARD com a presunção da inocência, afirmando que a sua utilização mostrar-se-ia essencial, primordialmente, para a diminuição dos riscos de condenações baseadas em falsos positivos, isto é, declarar-se prova uma hipótese fática em realidade falsa<sup>82</sup>. Sobre o famoso precedente, leciona Sampaio:

[...] é a partir de 1970, com o famoso caso *Winship*, que o princípio *beyond any reasonable doubt* ganha interpretação constitucional reconhecida pela Suprema Corte Americana e constitui a necessidade de um critério mais sólido na aferição da culpa do réu, na medida em que um processo penal e, conseqüentemente, a decisão penal, sempre se caracterizarão como agressivo aos direitos individuais dos inocentes. Assim, em decorrência da interpretação da 5ª emenda Constitucional, a Suprema Corte, por maioria, reconheceu que a garantia do devido processo legal impõe que nenhuma decisão condenatória poderá ser firmada sem que ultrapassasse a dúvida razoável. Nesse sentido, além das garantias constitucionais do devido processo legal, da presunção de inocência, ampla defesa, a dúvida razoável, é reconhecida como verdadeira garantia probatória e decisória<sup>83</sup>, p. 453.

Portanto, retratadas brevemente as origens históricas desse critério de suficiência probatória, ingressando-se na sua definição, a doutrina aponta que todos os elementos essenciais do crime imputado devem ser provados pela parte acusatória para além da dúvida razoável a fim de que o acusado possa ser condenado e punido pelo delito cometido, de tal

<sup>79</sup>ESTADOS UNIDOS. *Supreme Court. Commonwealth Vs. John W. Webster*, 5 Cush. 295, 59 Mass. 295 - March, 1850: [...] *In order to warrant a conviction of a crime on circumstantial evidence, each fact, necessary to the conclusion sought to be established, must be proved by competent evidence beyond a reasonable doubt; all the facts must be consistent with each other, and with the main fact sought to be proved; and the circumstances taken together must be of a conclusive nature, leading on the whole to a satisfactory conclusion, and producing in effect a reasonable and moral certainty, that the accused, and no other person, committed the offence charged.* Disponível em: <https://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/volumes/59/59mass295.html>. Acesso em: 22 de maio de 2024.

<sup>80</sup>ESTADOS UNIDOS. *Supreme Court. In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970). *Argued: January 20, 1970. Decided: March 31, 1970. PRIMARY HOLDING: A juvenile who is charged with conduct that would give rise to criminal liability for an adult has a due process right to have the elements of the offense proved beyond a reasonable doubt.* Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/>. Acesso em: 22 de maio de 2024.

<sup>81</sup>LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press. 2006, p. 33 e 34.

<sup>82</sup>GOMES, Luíza Guimarães Campos Batista. *BARD – De critério técnico a Recurso Honorífico*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 66.

<sup>83</sup>SAMPAIO, Denis. *Valoração da Prova Penal: o problema do livre convencimento e da necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório*. 1 ed. Florianópolis: Emais, 2022, p. 453.

modo que, se isso não vier a ocorrer, isto é, se a prova acusatória não for robusta a ponto de superar as dúvidas razoáveis trazidas pela defesa, o réu deverá ser absolvido<sup>84</sup>.

O BARD é reservado para os processos criminais, exigindo um altíssimo grau de confirmação, beirando a certeza (forte convicção), de modo que as hipóteses acusatórias devem ser confirmadas em grau particularmente elevado, superando as dúvidas que, fundadas na razão (razoáveis), sejam suscitadas pela defesa. É um critério, portanto, definido negativamente, pressupondo que não reste dúvida razoável quanto à culpabilidade do acusado para que seja condenado.

Na mesma senda, Sampaio<sup>85</sup> diz que, a afirmação básica, em procedimento criminal, da regra do ônus da prova é a de que a acusação deve provar a culpa do acusado *para além de qualquer dúvida razoável*. Por sua vez, Andrade<sup>86</sup> aponta que, de acordo com a doutrina norte-americana, isso equivaleria a uma probabilidade ou nível de corroboração de 95 a 99%, de tal forma que se exige prova robusta, com elevado grau de probabilidade, reafirmando-se a presunção de inocência que milita em favor do acusado.

Não obstante o BARD tenha se consolidado no sistema criminal norte-americano, há de se registrar que não são poucas as críticas doutrinárias acerca da adoção desse *standard* probatório no âmbito dos julgamentos criminais. Diz-se que as instruções que os juízes dão aos jurados nos EUA são imprecisas, variando bastante entre os Estados da Federação, a ensejar insegurança jurídica<sup>87</sup>. A respeito, Shapiro e Muth<sup>88</sup> afirmam que o mero fato de termos de definir a expressão *para além da dúvida razoável* sugere, por si só, a ambiguidade do *standard*, que reside distante da compreensão dos jurados. Mesmo nos Tribunais em que não se admite a definição do *standard* ao júri, a própria demanda dos jurados pelo estabelecimento de um *standard* demonstra que o instituto está longe do alcance de muitos deles.

Sampaio diz que esse ato de explicação do juiz aos jurados no sistema da *commom law*

<sup>84</sup> ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 158.

<sup>85</sup> SAMPAIO, Denis. Valoração da Prova Penal: o problema do livre convencimento e da necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1 ed. Florianópolis: Emais, 2022, p. 451.

<sup>86</sup> ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 160.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 170 e 186.

<sup>88</sup> No original: *The mere fact we have to define “beyond a reasonable doubt” suggests the term itself is ambiguous and beyond many jurors’ comprehension. Even in jurisdictions that do not permit definition, jury questions asking for one suggest the standard is out of reach for many of them* (SHAPIRO, Hon. James A. MUTH, Karl T. *Beyond a Reasonable Doubt: Juries Don’t Get It. Loyola University Chicago Law Journal*. Volume 52. 4ª edição, 2021, p. 1035. Disponível em: <https://lawecommons.luc.edu/luc/lj/vol52/iss4/5/>. Acesso em: 05 de agosto de 2024.

retrata a principal crítica do *beyond a reasonable doubt*, essencialmente pela forma e teor da explicação, bem como pelo resultado dessa decisão, que passa à margem de um controle epistêmico<sup>89</sup>. Na mesma senda, Lòpez registra que um dos aspectos do BARD que tem suscitado grandes controvérsias no direito anglo-saxão diz respeito se é conveniente que o jurados sejam instruídos pelo juiz sobre o significado do *standard para além da dúvida razoável* ou, então, se, ao contrário, é preferível que se deposite confiança em sua prudência – e no conhecimento baseado no senso comum sobre o que representa a expressão *dúvida razoável* – no momento da valoração da prova<sup>90</sup>.

Laudan<sup>91</sup>, a respeito, assevera que existem várias definições para o BARD, listando ao menos cinco delas. A primeira, retrata o *standard* como uma *segurança da certeza* apropriada para a tomada das decisões mais importantes da vida do indivíduo, de modo que há *prova além da dúvida razoável* quando o julgador alcança uma convicção similar à confiança necessária para tomar as decisões mais importantes da vida cotidiana (v.g. casar, trocar de emprego etc.). Essa definição<sup>92</sup> é considerada enganosa por Laudan<sup>93</sup>, haja vista que, mesmo em tais decisões de ordem pessoal, o indivíduo age com hesitação.

A segunda definição, apontada pelo referido professor norte-americano, da Universidade do Texas, reside na não hesitação de uma pessoa prudente para agir ou não nos assuntos pessoais mais importantes. O Segundo Circuito Federal realiza a instrução sobre o BARD nessa linha, esclarecendo, em resumo, que uma dúvida razoável é baseada na razão e no bom senso, do tipo que faria uma pessoa razoável hesitar<sup>94</sup>. A crítica sobre essa compreensão consiste em não retratar um critério exato, de tal modo que as pessoas comuns hesitam em agir mesmo na ausência de dúvida razoável, isto é, as dúvidas ilógicas ou irracionais também fazem o ser humano vacilar em alguma medida para tomar decisões acerca de assuntos pessoais importantes<sup>95</sup>.

<sup>89</sup>SAMPAIO, *op. cit.*, p. 451.

<sup>90</sup>No original: *La primera idea que se extrae cuando se estudia el tema de los estándares de prueba es que existe una importante diferencia entre el grado de convicción judicial exigible para condenar en el proceso penal y el necesario para estimar la pretensión en el proceso civil. En efecto, cabe distinguir hasta tres estándares o grados de prueba distintos.* (LÓPEZ, Mercedes Fernandes. *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable. Revista del departamento de derecho procesal. Universidad de Alicante. Alicante, 2005, p. 02).*

<sup>91</sup>LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law An Essay in Legal Epistemology. Cambridge University Press. 2006, p. 36.*

<sup>92</sup>Uma instrução dessa natureza foi repassada aos jurados do Quinto Circuito Federal: “Prova além de qualquer dúvida razoável, portanto, é a prova de um caráter tão convincente que você estaria disposto a confiar e agir de acordo com ela sem hesitar nos assuntos mais importantes da vida” (ANDRADE, Fábio da Silva. *Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar?* 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 170).

<sup>93</sup>LAUDAN, *op. cit.*, p. 37.

<sup>94</sup>ANDRADE, *op. cit.*, p. 171.

<sup>95</sup>*Ibid.*, p. 172.

A terceira definição de BARD direciona-se na convicção perdurável ou duradoura acerca da culpabilidade do acusado, formulação que pode ser encontrada nas instruções dirigidas ao júri nas cortes da Califórnia<sup>96</sup>, no sentido de que não é uma mera dúvida possível, mas sim aquela que, cotejadas todas as provas produzidas, deixa a mente dos jurados em uma condição de incapacidade de afirmar uma convicção perdurável, capaz de produzir certeza moral sobre a verdade da acusação.

A quarta definição do BARD é a que considera razoável a dúvida a qual se pode dar razão. Recebeu diversas objeções das cortes de apelação<sup>97</sup> americanas, ponderando-se que não é essencial que o jurado seja capaz de apresentar uma razão capaz de sustentá-la; ainda, pode haver uma dúvida razoável na mente dos jurados sem a necessidade de se formular qualquer razão. O problema da instrução reside no fato de que sugere que o jurado deve explicar sua dúvida, ou seja, apontar uma razão para absolver<sup>98</sup>.

A quinta definição do standard *beyond a reasonable doubt* é o que o associa a uma alta probabilidade, de modo que, na esfera do processo penal, para uma condenação, tal índice deveria corresponder a 0,90 ou 0,95<sup>99</sup>, espelhando, desse modo, segundo a doutrina, a proposição de mais fácil compreensão, com boa aceitação perante parte dos estudiosos e juízes anglo-americanos, a indicar a exigência de um grau bastante elevado de crença na culpabilidade do réu para um édito condenatório<sup>100</sup>. Sofre, todavia, críticas por evidenciar a falibilidade da justiça. Demais disso, como aponta Laudan<sup>101</sup>, há cortes de apelações norte-americanas (v.g. Corte Suprema de Nevada) que rejeitam a ideia de termos probabilísticos para retratar graus de suficiência de prova para condenação penal, sustentando que a noção de dúvida razoável deverá ser sempre qualitativa, não quantitativa.

Há, como se denota, no direito norte-americano, sérias controvérsias quanto à definição do BARD. As diversas acepções do *standard* do *beyond a reasonable doubt* geram perplexidade, de modo que, a partir da década de 80, diversas cortes de apelação estabeleceram que os juízes não deveriam dar orientações (instruções) aos jurados sobre o tema (v.g. no Estado de Oklahoma, se o juiz dirigir qualquer explicação aos jurados acerca do BARD, ensejará automaticamente a anulação da condenação). Da mesma forma, na

<sup>96</sup>LAUDAN, *op. cit.*, p. 38.

<sup>97</sup>*Pennsylvania v. Dauphinee; Pennsylvania v. Baker* (LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press. 2006, p. 41).

<sup>98</sup>ANDRADE, Fábio da Silva. *Standards de prova no processo penal: quanto é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar?* 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 173.

<sup>99</sup>LAUDAN, *op. cit.*, p. 44.

<sup>100</sup>ANDRADE, *op. cit.*, p. 175.

<sup>101</sup>LAUDAN, *op. cit.*, p. 45.

Inglaterra, também de tradição da *commom law*, abandonou-se a prática bicentenária de instrução dos jurados sobre a natureza da dúvida razoável, pois os estudiosos decidiram que não poderia a expressão ser definida de forma precisa, nem compreendida de maneira uniforme. Não existe, pois, um sentido consensual homogêneo para o BARD, havendo discussões se devem ou não ser ofertadas instruções sobre o *standard* de suficiência de prova aos jurados em julgamentos criminais<sup>102</sup>.

Entende-se que o BARD, haja vista estar centrado no estado psíquico do julgador, revela-se demasiadamente vago, aberto a interpretações diversas, dando margem a subjetividades, de tal modo que Laudan<sup>103</sup> afirma que um *standard* de prova subjetivo não é um *standard*. Dalia<sup>104</sup>, embasado na jurisprudência norte-americana, conclui que a dúvida razoável não é suscetível de quantificação nem de qualificação, tampouco pode ser considerada a “dúvida bem fundada, argumentada, séria ou substancial; e não é uma sombra de dúvida ou uma possibilidade remota”.

Badaró, no âmbito da doutrina pátria, refere que a principal crítica ao BARD reside no fato de que a expressão *beyond a reasonable doubt* não fornece um critério epistemologicamente claro e objetivo do que se exige para que uma hipótese fática posta em julgamento seja considerada provada – a vagueza do conceito não permite estabelecer contornos minimamente controláveis para a discricionariedade do juiz nesse momento que se afigura fundamental do juízo de fato<sup>105</sup>. Assevera, ainda, que se denota a imensa dificuldade de substituição do adjetivo *razoável*, enquanto qualificador da dúvida, por outra expressão que não seja vaga, de forma que, em relação às supracitadas definições do BARD dadas aos jurados no direito norte-americano supracitadas, buscou-se a troca por palavras-chave diversas, como *importante*, *prudente*, com vistas ao convencimento subjetivo, em nada beneficiando a adoção de um critério de prova que seja um critério de decisão objetivo ou, ao menos, intersubjetivamente controlável<sup>106</sup>.

Não obstante as críticas ao BARD, centradas, essencialmente, na subjetividade do *standard* e na centralidade da crença do julgador, nas últimas décadas vem se tornando um critério aplicado também por países de matriz romano-germânica, pelo Tribunal Penal

<sup>102</sup>ANDRADE, Fábio da Silva. *Standards* de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 178.

<sup>103</sup>LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press. 2006, p. 104 e 108.

<sup>104</sup>DALIA, Gaspare. *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*. Padova: Cedam, 2018. p. 47

<sup>105</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. 2ª edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023, p. 258.

<sup>106</sup>*Ibid.*, p. 260.

Internacional e por Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Como constata Sampaio, a regra de juízo *além da dúvida razoável* não mais está limitada ao sistema da *common law*, pois o Direito Continental já inicia uma relevante importação, ainda que a maioria dos países não tenha codificado o referido *standard* de prova<sup>107</sup>.

No México, a saber, o Código Nacional de Procedimentos Penales, de 2014, no art. 402.3, no que diz respeito a *convicción del Tribunal de Enjuiciamiento*, estabelece que: “Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiriera la convicción más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el siguió el juicio. La duda siempre a favorece el acusado”.

Percebe-se, portanto, a incorporação do BARD na lei processual penal mexicana. Fernández conclui que se trata, ao fim e ao cabo, de um escudo para o princípio da presunção de inocência:

La insignia de la duda razonable se puede considerar como un escudo de la presunción de inocencia, por eso es necesario el cambio en el pensamiento jurídico, en el operador, dentro de las investigaciones en el Derecho Penal, lo que permitiría que, en un nivel más avanzado, se obtengan los resultados que no se han obtenido en siglos, sobre todo la reducción de los hacinamientos penitenciarios, para que esto no siga repercutiendo, a su vez, en todos los aspectos de la sociedad, lográndose así mayores beneficios para que la víctima y la persona privada de la libertad tengan un beneficio<sup>108</sup>.

### 3.3 STANDARDS DE PROVA PARA CONDENAÇÃO PENAL NA EUROPA E NAS CORTES INTERNACIONAIS

#### 3.3.1 Alemanha e Portugal

Na Alemanha, o § 261<sup>109</sup> da StPO (*Strafprozeßordnung – StPO*) prevê que *o tribunal decide, segundo a sua livre convicção, sobre o resultado das provas produzidas ou examinadas em audiência*. Em Portugal, o art. 127 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 78/87) estabelece que “a prova é apreciada segundo as regras da experiência e da livre convicção da entidade competente”. Não se verifica, portanto, a fixação legal de um *standard* de prova. Porém, no que diz respeito ao direito português, os Tribunais têm adotado o BARD (v.g. o Supremo Tribunal de Justiça. Proc. n.º 114/15.2GABRR.L2.S1 - 3ª Secção. Relatora: Pires da Graça).

<sup>107</sup>SAMPAIO, Denis. Valoração da Prova Penal: o problema do livre convencimento e da necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1 ed. Florianópolis: Emais, 2022, p. 452.

<sup>108</sup>FERNÁNDEZ, Queeney Rose Osorio. *La duda razonable y la presunción de inocencia ante el debido proceso en el sistema acusatorio en México*. CIENCIA UANL/AÑO 26, N.122, noviembre-diciembre, 2023. Disponível em: <https://cienciauanl.uanl.mx/?p=12808>. Acesso em: 10 de abril de 2024.

<sup>109</sup>Em tradução para a língua inglesa: *Principle of judge's free evaluation of evidence. § 261 - It is for the court to decide on the result of the taking of evidence at its discretion and conviction based on the entire content of the hearing*. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stpo/englisch\\_stpo.html#p2002](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p2002). Acesso em: 03 de abril de 2024.

### 3.3.2 Espanha e Itália

Na Espanha, o art. 741<sup>110</sup> da Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada pelo "Real Decreto de 14 de setembro de 1882, limita-se a prever que “o tribunal, apreciando segundo sua consciência as provas praticadas [...]”, sem, todavia, estabelecer um *standard* de prova específico. Como explica PALMA<sup>111</sup>, aplicam-se as *reglas da sana crítica*, dos arts. 316, 2 e 376, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, equivalente ao livre convencimento motivado no Brasil (art. 381 do CPP), exigindo-se apenas a motivação de fato e de direito das decisões sem, contudo, exigir qual o modelo de confirmação fático utilizado pelo julgador para ser considerado provado tal fato, havendo ampla discricionariedade judicial.

A respeito, Beltran, em artigo acerca dos *standards* de prova no processo penal espanhol, conclui pela necessidade de se estabelecer um umbral a partir do qual se aceitará uma hipótese como provada, o qual não tem de ser o mesmo em todos os âmbitos, de modo que para fixá-lo é necessário que se atenda a valorações de política legislativa (criminal). Se o *standard* de prova for elaborado de forma subjetiva, será impossível, segundo o doutrinador, justificar a decisão tomada sobre os fatos trazidos pelo caso concreto. Em outras palavras, a própria estrutura do raciocínio exige a demonstração de que um certo nível de corroboração de uma hipótese foi excedido para justificar aceitá-lo como comprovado, mas, para isso, é imprescindível que se saiba previamente qual é esse nível<sup>112</sup>.

Todavia, como alerta Andrade<sup>113</sup>, embora a Espanha não tenha formalmente adotado um *standard* de prova para condenação, como pretende Beltrán, o BARD, especificamente, há

<sup>110</sup>Art. 741 - *El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.* Disponível em: <https://www.conceptosjuridicos.com/lecrim-articulo-741/>. Acesso em: 03 de abril de 2024.

<sup>111</sup>PALMA, Andrea Galhardo. 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 Brasil e EUA: temas de direito comparado/coordenação: Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, Thiago Baldani Gomes De Filippo. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 310. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Brasil\\_e\\_EUA%3Dtemas\\_de\\_direito\\_comparado.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Brasil_e_EUA%3Dtemas_de_direito_comparado.pdf). Acesso em: 02 de maio de 2024.

<sup>112</sup>No original: *Necesitamos establecer un umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada. Ese umbral, o estándar de prueba, no tiene porque ser el mismo en todos los ámbitos y para fijarlo es necesario atender a valoraciones de política legislativa (en nuestro caso, de política criminal). Si el estándar de prueba resulta indeterminado, resultará imposible justificar la decisión tomada sobre los hechos del caso. En otros términos, es la propia estructura del razonamiento la que exige mostrar que se ha superado determinado nivel de corroboración de una hipótesis fáctica para justificar que se acepte como probada, pero para ello es necesario conocer cuál es ese nivel* (FERRER BELTRÁN, Jordi, *Los estándares de prueba en el proceso penal español. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, Universidad de Girona. España: n.º 15, 2007, p. 02.* Disponível em: <https://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2024).

<sup>113</sup>ANDRADE, Fábio da Silva. *Standards* de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 189.

muito é aplicado por suas Cortes de Justiça (v.g., Tribunal Supremo, STS 258/2003; Relator (a) Cândido Conde-Pumpido Tourón, Madrid, 25/02/2003). Demais disso, o BARD vem previsto expressamente no projeto<sup>114</sup> de novo Código Processual Penal apresentado pelo Ministério de Justiça espanhol em fevereiro de 2013 (art. 6º, I), exigindo-se para condenação que a culpabilidade do réu tenha sido comprovada além de toda dúvida razoável.

Na Itália, com o advento da Lei n. 46, de 20 de fevereiro de 2006, que alterou a redação do art. 533, *comma* 1º<sup>115</sup>, dentro do capítulo específico atinente à sentença condenatória (*Sezione II, Sentenza di condanna*), foi fixado um *standard* de prova legal explícito no *Codice di Procedura Penale*, consistente na prova “al di là di ogni ragionevole dubbio”, isto é, a adoção da necessidade de existência de uma prova para além da dúvida razoável sobre o enunciado fático que se pretende demonstrar pelas provas coligidas.

Sobre o BARD, modelo legal de constatação de prova adotado pelo processo penal italiano, conclui CALLARI<sup>116</sup> que, na Itália, o critério da *prova além da dúvida razoável* permeia a estrutura fundamental do sistema processual penal e dá expressão significativa a algumas das principais garantias *in causis criminalibus*: a presunção de inocência do acusado, o ônus da prova colocado sobre a acusação e a fórmula de decisão *in dubio pro reo*, bem como a obrigação de justificação racional de julgamentos. Segundo o autor, é possível afirmar que o critério “além de qualquer dúvida razoável” adotado pela Itália impede o julgador de emitir uma convicção toda vez que sobra espaço para incerteza que repousa sobre a inadequação da acusação ou na existência de uma hipótese alternativa – corroborada por evidências sólidas –, que não foi neutralizada em seu significado explicativo. Na mesma linha, Palma afirma que:

Tal dispositivo italiano deve ser interpretado em consonância com os do art. 425, *comma* (excludentes de crime ou culpabilidade), art. 409 (decisão sobre arquivamento) combinados com art.125 (formas de provimentos judiciais – sentenças judiciais e órgãos colegiados), todos do Código de Processo Penal Italiano, os quais delimitam as hipóteses legais de existência ou não do crime ou da culpabilidade, sentença e motivação. Tal regra constitui espécie de limite ao livre convencimento e ao arbítrio judicial, na medida em que juntamente com os princípios da presunção de inocência, favor rei, do *in dubio pro reo*, do ônus da prova a cargo da acusação e a obrigação da necessária motivação lógico racional das decisões judiciais, disposto no art. 192, 1º *comma*, ao dispor que: “Il giudice valuta la prova dando conta nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati

<sup>114</sup>Disponível em:

<https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288778173060/Detalle.html>. Acesso em: 05 de junho de 2024.

<sup>115</sup>Art. 533, 1. *Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza.* Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/09/03/giudizio-sentenza>. Acesso em: 03 de abril de 2024.

<sup>116</sup>CALLARI, Francesco. *The defendant's guilt beyond a reasonable doubt in the Italian criminal justice system.* Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 2, p. 1249, 2021.

(art. 546, lett. e, e, 606; lette e),” controlam a atividade judicial no momento de valoração do material probatório que deve ser expressa motivada e logicamente nas decisões [...]”<sup>117</sup>, p. 310.

### 3.3.3 Tribunal Penal Internacional, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Europeu de Direitos Humanos

No âmbito do Tribunal Penal Internacional (TPI)<sup>118</sup>, organismo internacional permanente, cuja sede fica em Haia, nos Países Baixos, o art. 66.3 do Estatuto de Roma<sup>119</sup> da Corte dispõe que “para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”.

Da mesma forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)<sup>120</sup>, instituição judicial autônoma sediada em San José da Costa Rica, orienta suas decisões pela adoção do BARD (v.g., Caso Ruano Torres e outros v. El Salvador<sup>121</sup> e Zegarra Marín v. Peru<sup>122</sup>)<sup>123</sup>.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)<sup>124</sup>, por fim, situado no leste da

<sup>117</sup>PALMA, Andrea Galhardo. 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 Brasil e EUA: temas de direito comparado/coordenação: Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, Thiago Baldani Gomes De Filippo. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 310. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Brasil\\_e\\_EUA%3Dtemas\\_de\\_direito\\_comparado.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Brasil_e_EUA%3Dtemas_de_direito_comparado.pdf). Acesso em: 02 de maio de 2024.

<sup>118</sup>O Tribunal Penal Internacional (TPI), criado pelo Estatuto de Roma, é um organismo internacional permanente, com jurisdição para investigar e julgar indivíduos acusados de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/delbrasonu/temas-juridicos/tribunal-penal-internacional>. Acesso em: 05 de junho de 2024.

<sup>119</sup>O Brasil foi o 69º Estado a ratificar o Estatuto de Roma, tendo depositado seu instrumento de ratificação em 14/06/2002. No plano interno, o tratado foi promulgado em 25/09/2002, por meio do Decreto n.º 4.388.

<sup>120</sup>A Corte IDH é um dos três tribunais regionais de proteção dos direitos humanos, conjuntamente com o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. É uma instituição judicial autônoma, cujo objetivo é aplicar e interpretar a Convenção Americana. A Corte Interamericana exerce uma Função Contenciosa, dentro da que se encontra a resolução de Casos Contenciosos e o mecanismo de Supervisão de Sentenças; uma Função Consultiva; e a função de proferir Medidas Provisórias. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/que\\_es\\_la\\_corte.cfm?lang=pt](https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm?lang=pt). Acesso em: 05 de junho de 2024.

<sup>121</sup>COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença do caso Ruano Torres e outros v. El Salvador, p. 37 e 38. San José, 05/10/2015. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_303\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_ing.pdf). Acesso em: 05 de junho de 2024.

<sup>122</sup>COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença do caso Zegarra Marín v. Peru, p. 47. San José, 05/10/2015. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_331\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf). Acesso em: 05 de junho de 2024.

<sup>123</sup>ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 194 e 195.

<sup>124</sup>O Tribunal é composto por 47 juízes, um por cada Estado Parte. Os juízes do Tribunal exercem funções a título individual, isto é, não representam o Estado em nome do qual são eleitos e são totalmente independentes, estando impedidos de exercer qualquer atividade que comprometa a sua independência ou imparcialidade. Disponível em: <https://dgpj.justica.gov.pt/Relacoes-Internacionais/Organizacoes-e-redes-internacionais/Conselho-da-Europa/Tribunal-Europeu-dos-Direitos-Humanos>. Acesso em: 05 de junho de 2024.

França, também conhecido como Tribunal de Estrasburgo, tem deixado assentado<sup>125</sup> que, em sua atuação, orienta-se pelo BARD (*vide* Irlanda v. Reino Unido, sentença de 18 de janeiro de 1978).

### 3.4 STANDARDS DE PROVA PARA CONDENAÇÃO PENAL NA AMÉRICA LATINA

#### 3.4.1 Peru e Colômbia

No Peru, o Código Procesal Penal (Decreto Legislativo n. 957), o Artículo II trata da presunção de inocência, diz que a sentença penal deverá ser motivada e, para esses efeitos, exige-se uma suficiente atividade probatória, obtida com respeito às garantias do devido processo legal. Em caso de dúvida, deve-se absolver o acusado. Não há fixação de um *standard* de prova, mas mera alusão ao *in dubio pro reo*.

Por sua vez, o Código de Procedimiento Penal colombiano (*Ley* 906 de 2004), em seu art. 7, sob o título *Presuncion de inocência e in dubio pro reo*, item 4, prevê que: “para proferir a sentença condenatória deverá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, mas allá de toda duda”.

O referido dispositivo deve ser examinado à luz do art. 372 do diploma processual colombiano, o qual prevê que “Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”.

A respeito do BARD, *standard* de prova fixado pela lei processual penal colombiana, Martinez esclarece:

[...] en consecuencia, si en el proceso penal se presenta alguna duda en el acervo probatorio, esta debe favorecer al implicado penal y por ello cuando el operador judicial tome una decisión debe existir un alto grado de certeza de la responsabilidad penal del implicado, más allá de toda duda razonable<sup>126</sup>, p. 12.

#### 3.4.2 Paraguai, Chile, Uruguai e Argentina

No Paraguai, o Código Procesal Penal (Lei n. 1286/1998), o *artículo* 5 positivou o princípio do *in dubio pro reo*, estabelecendo que “en caso de duda los jueces decidirán

<sup>125</sup>Segundo SAMPAIO, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já teve a oportunidade de afirmar que, não obstante a adjudicação da responsabilidade voltar-se ao Estado decorrente dos atos de seus órgãos e agentes e, portanto, não se confundir com a formação da culpa penal de indivíduos particulares, o *standard* probatório exigido para os efeitos da Convenção é o *beyond a reasonable doubt*, e essa prova deve resultar da coexistência de interferências suficientemente fortes, claras e concordantes ou de presunções de fatos similares não refutadas (SAMPAIO, Denis. Valoração da Prova Penal: o problema do livre convencimento e da necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1 ed. Florianópolis: Emais, 2022, p. 452).

<sup>126</sup>MARTINEZ, Shelly Lorena Lemus. *La aplicación de la duda razonable en el ordenamiento jurídico colombiano: un análisis comparado con Estados Unidos*. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá D.C, Febrero de 2020, p. 12. Disponível em: [https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/44830/LemusMartinezShellyLorena2021\\_tesis.pdf](https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/44830/LemusMartinezShellyLorena2021_tesis.pdf) equence=5&isAllowed=y. Acesso: 10 de abril de 2024.

siempre lo que sea más favorable para el imputado”. Não fixou na lei processual penal, porém, um *standard* de prova.

No Chile, a partir do ano 2000, o Código de Processo Penal (*Ley* n.º 19.696), no âmbito da *convicción del tribunal*, no parágrafo 10, atinente à sentença definitiva, assim passou a estabelecer o art. 340, adotando-se o BARD:

*Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgarze adquiriere, mas allá de toda duda razonable, lá convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que em él hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.*

Acerca da inovação chilena no âmbito do processo penal<sup>127</sup>, não houve maior debate no Parlamento quanto à incorporação desse *standard* probatório, ressalvado que se teve em mente tratar-se de um padrão de convicção típico do direito anglo-saxão, e não do direito europeu continental. Demais disso, foi destacado que esse parâmetro de condenação era útil, pois deixava suficientemente claro que não era necessária uma condenação baseada na certeza absoluta, exigindo-se, de outro lado, a inexistência de dúvidas importantes sobre a imputação fática acusatória. A saber, cita-se:

Precisamente, en la Sesión 29 de la Cámara, de 17 de agosto de 2000, se afirma: "La Comisión Mixta tuvo presente que el estándar de convicción "más allá de toda duda razonable" es propio del derecho anglosajón, y no del europeo continental, por lo que resulta una novedad también para el ordenamiento jurídico chileno. Sin embargo, es un concepto útil, toda vez que está suficientemente decantado y elimina las discusiones relativas al grado de convicción que 46 A modo casi anecdótico, podemos encontrar el primer atisbo (bastante inconsciente) de lo que sería el estándar de convicción finalmente aprobado, en la intervención del Diputado Elgueta durante la primera discusión en la Sala de la Cámara de Diputados del proyecto de Código, cuando indicó que "Asimismo, es fundamental en este proceso el respeto al principio de inocencia consagrado en los tratados internacionales, que se manifiesta en los siguientes aspectos: nadie está obligado a probar su inocencia y, en caso de duda, debe absolverse.". En todo caso, es pertinente resaltar la relación que el diputado hizo de la duda y la presunción de inocencia, pilar importante de la duda razonable, como se ha sostenido<sup>128, p. 77</sup>.

No Uruguai, o Código del Proceso Penal (*Ley* n.º 19.293), no Título *Certeza procesal*, o Artículo 142. 1 fixou o *standard* probatório da prova plena e racional da certeza do delito e da responsabilidade do réu: “No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso plena prueba de la que resulte racionalmente la certeza del delito y la responsabilidad del imputado”. Em seguida, o art. 142.2 positivou o *in dubio pro reo*.

Por fim, na Argentina, em 2013, a *Ley* 14543 alterou o Código de Processo Penal da

<sup>127</sup>Rodríguez, Raúl Carnevali; Val, Ignacio Castillo. *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*. *Revista Ius et Praxis*, Año 17, n.º 2, 2011, p. 77. Disponível em: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122011000200005](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000200005). Acesso em: 10 de abril de 2024.

<sup>128</sup>*Ibid.*, p. 77.

Provincia de Buenos Aires (*Ley n. 11.922/1996*), determinando que o juiz deverá explicar aos jurados em que consiste a presunção de inocência “y que para declarar culpable a una persona se deve probar sua autoria mas allá de toda duda razonable” (art. 371, ter, no item I<sup>129</sup>), incorporando, portanto, formalmente o BARD.

A título de sistematização do tema, cumpre trazer à baila quadro esquemático acerca dos *standards* de prova em outros ordenamentos jurídicos.

Quadro 1 - *Standards* de prova para condenação penal na legislação comparada

(continua)

Origem	Base legal/precedente
EUA	BARD - <i>proof beyond a reasoable doubt - In re Winship</i> , 397 U.S. 358 (1970).
México	BARD - <i>convicción más allá de toda duda razonable</i> (art. 402.3 do <i>Código Nacional de Procedimientos Penales</i> ).
Itália	BARD - <i>al di lá di ogni ragionevole dubbio</i> (Art. 533, comma 1º, do <i>Código de Procedura Penale</i> ).
Espanha	BARD - Tribunal Supremo, STS 258/2003; Relator (a) Cándido Conde-Pumpido Tourón, Madrid, 25/02/2003.
Portugal	BARD - Supremo Tribunal de Justiça. Proc. n.º 114/15.2GABRR.L2.S1 - 3ª Secção. Relatora: Pires da Graça.
TPI, CIDH e TEDH	BARD - além de qualquer dúvida razoável (TPI, Art. 66.3 do Estatuto de Roma, CIDH, Caso Ruano Torres e outros v. El Salvador, TEDH, Irlanda v. Reino Unido).
Chile	BARD - <i>mas allá de toda duda razonable</i> (Art. 340 do <i>Código de Proceso Penal</i> ).

<sup>129</sup>Artículo 371 ter: "Explicación de las instrucciones y deliberación. 1. Cumplido lo dispuesto en el artículo anterior, el juez hará ingresar al jurado a la sala de juicio. Primero le explicará al jurado las normas que rigen la deliberación, le entregará una copia de ellas por escrito junto con las instrucciones, les explicará cómo se confecciona el veredicto y les informará sobresu deber de pronunciar un veredicto en sesión secreta y continua. Les explicará en qué consiste la presunción de inocencia y que para declarar culpable a una persona se debe probar su autoría más allá de toda duda razonable. Les hará saber que la acusación es quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del acusado, les explicará el alcance constitucional de la negativaa declarar del acusado y que solamente podrán considerar la evidencia producida en el juicio. Les explicará el derecho aplicable al caso, las causas de justificación y análogas si fueron objeto de debate y las cuestiones atinentes a la valoración de laprueba. Para ello se utilizará un lenguaje claro y sencillo. Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar/11922-local-buenos-aires-codigo-procesal-penal-provincia-buenos-aires-lpb0011922-1996-1218/123456789-0abc-defg-229-1100bvorpyel>. Acesso em: 06 de junho de 2024.

Quadro 1 - *Standards* de prova para condenação penal na legislação comparada

(conclusão)

Origem	Base legal/precedente
Colômbia	BARD - <i>mas allá de toda duda</i> (Art. 7º do Código de Procedimiento Penal).
Uruguai	<i>plena prueba de la que resulte racionalmente la certeza del delito y la responsabilidad del imputado</i> (Artículo 142. 1, Código del Proceso Penal).
Argentina	BARD - <i>allá de toda duda razonable</i> - art. 371, item I, Ley n. 11.922/1996.

Fonte: o autor (2024)

## 4 STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

### 4.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Ao contrário do que ocorre para a condenação penal, que passa pelo exame do mérito (*vexata quaestio*) na sentença, em que não se tem na legislação um *standard* probatório estabelecido, vê-se que, sobretudo na seara das decisões cautelares, o legislador se desincumbiu de assentar critérios decisórios mínimos para que se considere provada a proposição fática, não obstante sejam tecidas críticas doutrinárias quanto a sua disfuncionalidade<sup>130</sup> em razão da vagueza e da imprecisão dos modelos de constatação eleitos.

Outrossim, a doutrina aponta que os *standards* probatórios fixados no ordenamento jurídico-penal brasileiro estão dispostos de forma difusa, fragmentada, representando graus diversos de probabilidade, de corroboração das proposições fáticas, variando conforme o tipo de provimento jurisdicional ou de bem jurídico tutelado, tornando-se, desse modo, mais exigentes na medida em que o processo caminha para a fase final<sup>131</sup>.

Assim, cumpre abordar o ponto de forma sucinta, porém sistematizada, conforme a natureza da medida processual, a fim de facilitar a compreensão dos graus de suficiência de prova exigidos pelo legislador pátrio.

### 4.2 STANDARDS DE PROVA NAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

Dentre as medidas cautelares de natureza pessoal, imperioso o exame dos *standards* probatórios atinentes às dotadas de maior gravidade no que diz respeito ao grau de restrição ao direito fundamental da liberdade de locomoção, ensejando, portanto, a segregação cautelar do indivíduo objeto da persecução criminal.

Para a decretação de uma prisão temporária - Lei n.º 7.960/1989 - exigem-se<sup>132</sup> *fundadas razões* de autoria ou participação do indiciado (art. 1º, III) no rol taxativo de delitos previstos na lei especial (v.g., homicídio doloso, estupro, tráfico de drogas), isto é, devem existir indícios razoáveis de autoria<sup>133</sup>, não se admitindo que se decrete a prisão para então prosseguir na busca por elementos de autoria e materialidade.

No que tange à prisão preventiva, também é necessária a demonstração, de plano, da

<sup>130</sup>KIRCHER entende que os *standards* probatórios nas medidas cautelares previstas no ordenamento brasileiro são vagos e subjetivos, gerando grave insegurança jurídica em razão da ausência de previsibilidade e calculabilidade da decisão (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Standards de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 333).

<sup>131</sup>ANDRADE, Fábio da Silva. *Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar?* 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 206.

<sup>132</sup>Há de se observar, ainda, o que foi definido pelo STF nas ADIs n.º 3360-DF e 4109-DF.

<sup>133</sup>LOPES JÚNIOR. AURY. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 818.

presença de prova quanto à efetiva existência do fato (materialidade) e indícios suficientes de autoria<sup>134</sup> - *fumus comissi delicti* - (art. 312, *caput*, CPP), com base na extensão do material informativo, ainda que em juízo deliberatório, além do perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado – *periculum liberatis*.

Sobre o tema, vale citar a lição de Andrade:

Com efeito, para a decretação da medida extremada da prisão preventiva (ultima ratio), o referido preceito legal reclama a “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. A lei exige a prova materialidade delitiva, indicando a necessidade de certeza da ocorrência do fato típico, antijurídico e culpável e, ao mesmo tempo, cobra “indício suficiente de autoria”, ou seja, devem existir elementos probatórios que espelhem uma razoável probabilidade de autoria. Também exige a demonstração de “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”, isto é, o *periculum libertatis* [...] <sup>135</sup>.

Referente às medidas cautelares pessoas de gravidade menor, a título de exemplo, na Lei das Organizações Criminosas (Lei n.º 12.850/2013), o art. 2º, § 5º, estabelece, para que o juiz possa determinar afastamento cautelar de funcionário público integrante de organização criminosa de seu cargo, emprego ou função, a existência de *indícios suficientes* da participação do agente público.

No incidente de insanidade mental, a lei processual se contentou com a existência de dúvida sobre a integridade mental do acusado para que o juiz ordene, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja o réu submetido a exame médico-legal (art. 149 do Código de Processo Penal).

#### 4.3 STANDARDS DE PROVA NAS MEDIDAS CAUTELARES DE INVESTIGAÇÃO

Os meios de obtenção de prova são instrumentos para a colheita de fontes ou elementos probatórios capazes de revelar ao juiz a verdade de um fato. No escólio da doutrina<sup>136</sup>, a busca é uma medida instrumental, um meio de obtenção de prova. A apreensão, por seu turno, é uma medida cautelar probatória, pois se destina à garantia da prova ou como medida assecuratória. São institutos diversos, mas tratados de forma unificada. O CPP brasileiro tratou da busca e apreensão no Título VII como se fosse um meio de prova, porém, na realidade, retrata, como visto, um meio de obtenção probatória.

Nesse contorno, em relação à decisão autorizadora<sup>137</sup> da busca e apreensão domiciliar,

<sup>134</sup>PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 14 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 910.

<sup>135</sup>ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024.

<sup>136</sup>LOPES JÚNIOR. AURY. Direito Processual Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 644.

<sup>137</sup>O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do

o art. 240, §1º, do CPP exige a presença de fundadas razões para, por exemplo, apreender: coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu, pessoas vítimas de crimes ou mesmo colher qualquer elemento de convicção necessário à elucidação do fato. Isto é, o afastamento do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio não prescinde da apresentação de fundadas razões que justifiquem essa necessidade.

No âmbito da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, no TEMA 280<sup>138</sup>, definiu que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP<sup>139</sup> (Rel. Ministro Rogério Schietti), à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. No caso, foram apresentadas diversas conclusões, dentre as quais - guardando pertinência com o objeto em estudo - a de que, na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de *standard* probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, assentando que a violação a essas regras - condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio - resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

Nesse sentido, a doutrina<sup>140</sup> assevera que a premissa de que a casa é asilo inviolável do

---

morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

<sup>138</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 603616, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 05 de novembro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=280>. Acesso em: 09 de maio de 2024.

<sup>139</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 598.051/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202001762449&dt\\_publicacao=15/03/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001762449&dt_publicacao=15/03/2021). Acesso em: 09 de maio de 2024.

<sup>140</sup>SHOUCAIR, João Paulo Santos; LEAL, Tatiane Rodrigues. SILVA, Wanessa. Tráfico de Drogas e o *standard* probatório para busca domiciliar na perspectiva dos Tribunais Superiores. *In: Reflexões sobre a Prova no*

indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, exige, na hipótese de suspeita de crime em flagrante, como *standard* probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito.

No que atine à busca pessoal (art. 240, §2º, do CPP), chamada popularmente de “revista”, consistente no exame superficial do corpo, vestes e objetos, estabeleceu o legislador o *standard* de prova da existência de “fundada suspeita” de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos relacionados ao delito para levar a cabo a medida corporal invasiva mediante abordagem policial.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>141</sup>, a partir da linha intelectual capitaneada pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, tem exigido, em termos de *standard probatório* para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

O entendimento da Corte Superior é o de que a norma do art. 244, do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à "posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito". Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (*fishing expeditions*<sup>142</sup>), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto que constitua corpo

---

Processo Penal. Organização: Alejandro César Rayo Werlang; Rodrigo Casimiro Reis. 1ª edição. São Paulo: Amanuense, 2024, p. 79.

<sup>141</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 868.852/PE. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 29/4/2024, DJe de 2/5/2024. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202304118262&dt\\_publicacao=02/05/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202304118262&dt_publicacao=02/05/2024). Acesso em: 09/05/2024.

<sup>142</sup>Segundo Alexandre Morais da Rosa, "Fishing Expedition" ou "Pescaria Probatória" é a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem 'causa provável', alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém. É a prática relativamente comum de se aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se direitos fundamentais, para além dos limites legais. O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fígados, muito menos a quantidade (ROSA, Alexandre Morais da, Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a Teoria dos Jogos, 1ª ed., Santa Catarina: Emais, 2021, p. 389-390).

de delito de uma infração penal.

A temática, no entanto, não é pacífica no Superior Tribunal de Justiça quanto à interpretação do *standard* de prova atinente à busca pessoal. A saber, a mesma Turma (6ª), no HC n. 889.618-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, julgado em 23/04/2024, DJe 26/04/2024, entendeu que a tentativa do sujeito de se esquivar da guarnição policial evidencia a fundada suspeita de que o agente ocultava consigo objetos ilícitos, na forma do art. 240, §2º, do CPP, a justificar a revista pessoal, em via pública, rebaixando, portanto, o nível de graduação do modelo de constatação atinente à fundada suspeita outrora estabelecido pela Corte.

A respeito do tema, importante trazer à colação o escólio de Andrade sobre a interpretação aos *standards* probatórios nas medidas cautelares investigativas:

Essa “fundada suspeita” e essas “fundadas razões” consistem em rebaixados standards de prova ou modelos de constatação dos fatos. Evidentemente, distinguem-se de uma simples suspeita, de uma pura intuição ou desconfiança. Elas vão além disso, devendo estar conectadas a fatos objetivos, apresentando-se consistentes, realmente fundadas. São parâmetros menos exigentes, que podem ser traduzidos por uma suspeita razoável (*reasonable suspicion*), por um motivo aceitável que, nas circunstâncias sejam suficientes para justificar a busca a fim de se esclarecer fatos e eventualmente colher provas<sup>143, p. 209</sup>.

Nessa linha, vale destacar, ainda, que, na Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/2019), no que diz respeito ao delito de invasão domiciliar sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei (art. 22), o §2º estabeleceu para uma das hipóteses de atipicidade do fato a necessidade de prova da existência de “fundados indícios” que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.

Atinente à Lei de Interceptações Telefônicas (Lei n.º 9.296/1996), não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando não houver “indícios razoáveis da autoria ou participação” em infração penal (art. 2º, I). Considerando-se, desse modo, o grau mais invasivo dessa medida cautelar probatória, representando uma maior restrição a direitos fundamentais do indivíduo, a lei estabelece um *standard* mais exigente, reclamando que a autoridade policial ou o agente do Ministério Público indiquem “indícios razoáveis” de que o representado está cometendo determinado delito e de que não há outra maneira de coletar as provas da ilicitude que está em andamento.

No âmbito da Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013), referente à gravação ambiental (captação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos), o art. 3º, II,

---

<sup>143</sup> ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 209.

exige “indícios razoáveis” da prática de crime, à semelhança do *standard* estabelecido pelo legislador atinente à interceptação de comunicação telefônica, de modo que, em ambas as hipóteses, deve estar presente mais que uma fundada suspeita, requerendo-se “indícios razoáveis” capazes de retratar uma maior probabilidade de autoria ou participação em práticas criminosas<sup>144</sup>. Atinente à figura da infiltração de agentes policiais (art. 3º, VII e 10), lado outro, limita-se a exigência aos indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

#### 4.4 STANDARDS DE PROVA PARA O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO

No que diz respeito ao nível de suficiência probatória para o recebimento da denúncia ou queixa, o art. 395 do CPP dispõe que a “denúncia ou queixa será rejeitada quando”, dentre outras hipóteses, faltar “justa causa” para o exercício da ação penal (inc. III), prevalecendo na doutrina que justa causa é um “suporte probatório mínimo”, necessário para o ajuizamento da ação penal, representado pela prova da existência do crime (materialidade) e por indícios de autoria (*animus autoris*).<sup>145</sup>

No âmbito do procedimento especial do Tribunal do Júri, a decisão de pronúncia - que julga admissível a acusação, remetendo o réu a julgamento do pelo Conselho de Sentença formado pelos jurados, encerrando, assim, a fase de formação da culpa -, exige da fundamentação do juiz o convencimento acerca da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes (no plural) de autoria ou participação, isto é, provas mínimas<sup>146</sup>, mas seguras, indicando ter o réu cometido o fato imputado (art. 413, do CPP).

A respeito, o Superior Tribunal de Justiça<sup>147</sup> vem superando a compreensão doutrinária – acolhida durante muito tempo pela jurisprudência – de que, diante da desnecessidade de prova segura de autoria para a pronúncia do acusado, esse momento processual deveria ser regido pelo preceito *in dubio pro societate*. O relator do caso na Corte Superior, Ministro Rogério Schietti Cruz, afirmou que os requisitos necessários à submissão de um acusado ao Tribunal do Júri devem ser analisados pela perspectiva dos *standards* probatórios, os quais, segundo ele, devem ser progressivos, exigindo-se maior grau de confirmação sobre os fatos à

<sup>144</sup> ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 215.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 237.

<sup>146</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 934.

<sup>147</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2.091.647. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 26/09/2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/11102023-Sexta-Turma-afasta-in-dubio-pro-societate-na-pronuncia-e-cassa-decisao-que-submeteu-acusado-ao-tribunal-do-juri.aspx>. Acesso em: 09 de maio de 2024.

medida que a decisão a ser tomada pelo julgador tenha consequências mais graves para o acusado. Por isso, na pronúncia, "o *standard* deve ser razoavelmente elevado, e o risco de erro deve ser suportado mais pela acusação do que pela defesa, ainda que não se exija um juízo de total certeza para submeter o réu ao Tribunal do Júri".

Assim, o *standard* probatório para a decisão de pronúncia, consoante entendeu o Superior Tribunal de Justiça, quanto à autoria e a participação, situa-se entre o da simples preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias (mera probabilidade ou hipótese acusatória mais provável que a defensiva) – típico do recebimento da denúncia – e o da certeza além de qualquer dúvida razoável (BARD ou outro *standard* que se tenha por equivalente) – necessário somente para a condenação. Exige-se para a pronúncia, portanto, elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado.

Na mesma trilha é a doutrina, no sentido de que o *standard* probatório para a pronúncia não pode se equiparar ao do recebimento de denúncia, sob pena de ser melhor suprimir-se essa fase inicial, até mesmo com fundamento na duração razoável do processo, e designar a sessão plenária tão logo a peça inicial fosse recebida e o réu citado, de forma que o *in dubio pro societate* deve ser substituído pela existência do “standard da elevada probabilidade” da versão acusatória para amparar a pronúncia<sup>148</sup>.

#### 4.5 STANDARDS DE PROVA NAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

O Código de Processo Penal prevê três medidas cautelares reais ou patrimoniais, denominando-as de medidas assecuratórias, pois recaem sobre coisas, e não sobre pessoas: o sequestro de bens imóveis (art. 125) e de bens móveis (art. 132); a especialização e o registro da hipoteca legal (art. 134) e o arresto (arts. 136 e 137). Essas medidas cautelares têm como intuito assegurar: a perda do produto ou proveito do crime em favor da União, a reparação do dano causado ao ofendido ou terceiro de boa-fé, bem como o pagamento da pena de multa e das despesas processuais. Podem ser requeridas pelo Ministério Público, pelo ofendido ou, ainda, mediante representação da autoridade policial.

Superado o breve introito, para a decretação do sequestro a lei processual penal considera como suficiente a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126 do CPP), não obstante contenha a norma, implicitamente, a referência aos indícios do próprio delito, que será objeto da ação penal futura, se adotada a medida ainda na fase da investigação<sup>149</sup>. Indícios veementes representam aqueles que levam à denotação de grave

<sup>148</sup>MORGADO, Helena. *Aquí jaz o in dubio pro societate*. Qual o standard probatório necessário à pronúncia. In: Reflexões sobre a Prova no Processo Penal. Organização: Alejandro César Rayo Werlang; Rodrigo Casimiro Reis. 1ª edição. São Paulo: Amanuense, p. 93

<sup>149</sup>PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 14

suspeita, de forma que não se confundem com uma mera suposição, devendo haver elevada probabilidade de que os bens sejam de origem ilícita. A doutrina tece críticas, afirmando que se trata de uma expressão porosa, de conteúdo vago, com imenso custo em termos de ineficácia de direitos fundamentais do acusado<sup>150</sup>.

Para o estabelecimento de hipoteca legal - medida cautelar que recai sobre os imóveis que licitamente integrem o acervo patrimonial do indiciado, podendo ser requerida pelo ofendido em qualquer fase processual - o legislador exigiu que haja certeza da infração (materialidade) e indícios da autoria quanto ao fato praticado (art. 134 do CPP). A lei explicitou o *fumus comissi delicti* ao mencionar, no art. 134 do CPP, a necessidade de se demonstrar a “certeza da infração e indícios suficientes da autoria”, termos que também retratam o grau de constatação fática exigido para o seu deferimento, em termos de suficiência probatória, de maneira que, se os indícios forem frágeis, indicando baixa probabilidade de o acusado ter cometido a infração, a medida deverá ser indeferida pelo juiz<sup>151</sup>.

No tocante ao arresto, o qual também recai sobre o patrimônio lícito do acusado, há duas espécies: a) o arresto de bens imóveis, prévio à especialização da hipoteca legal (art. 136); b) arresto de bens móveis (art. 137). Nessas duas modalidades de arresto, não obstante a lei tenha se omitido, também se reclama prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, já que essa medida também restringe o direito fundamental à propriedade, constitucionalmente assegurado<sup>152</sup>.

Na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998), o art. 4º exige a existência de *indícios suficientes* de infração penal para que possa o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas, decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos na lei especial ou das infrações penais antecedentes. Em seguida, no parágrafo 2º do mesmo dispositivo, para a liberação dos bens, há necessidade de que seja *comprovada a licitude de sua origem*.

Na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), o art. 60, com a redação da Lei n. 13.840/2019, dispõe que o juiz, a requerimento do Ministério Público, do assistente de

---

ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 438.

<sup>150</sup> LOPES JÚNIOR. AURY. Direito Processual Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 853.

<sup>151</sup> ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 218.

<sup>152</sup> ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 218.

acusação ou mediante representação do delegado, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, apreensão e outras medidas assecuratórias nos casos em que haja *suspeita* de que os bens, direitos ou valores sejam produto do crime ou constituam proveito dos crimes. Denota-se, portanto, que com a alteração legislativa, houve o rebaixamento do *standard* probatório, pois a redação anterior do art. 60 da Lei de Drogas exigia a presença de “indícios suficientes”, contentando-se, agora, com a “suspeita”, a indicar que o legislador pretendeu adotar critério de verificabilidade fática de reduzido grau probatório para admissão do sequestro no âmbito específico do combate ao tráfico de drogas, se comparado com o modelo de constatação exigido pelo Código de Processo Penal, acima destacado, para o deferimento da medida assecuratória do sequestro.

O sequestro regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 3.240/41<sup>153</sup> é meio acautelatório específico para a constrição de bens de pessoas indiciadas ou já denunciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, que, segundo o Superior Tribunal de Justiça<sup>154</sup>, pode recair sobre todo o patrimônio dos acusados e, demais disso, compreender bens em poder de terceiros, contanto que esses os tenham adquirido com dolo ou culpa grave. Nesse contexto, o art. 3º do decreto que trata do sequestro de bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, exige, para a decretação da referida medida cautelar, que haja *indícios veementes* da responsabilidade.

#### 4.6 STANDARDS DE PROVA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A exemplo dos países de tradição romano-germânica, explica ANDRADE<sup>155</sup> que os Tribunais Superiores brasileiros, a partir de meados da década de 1990, passaram a utilizar-se do *standard beyond a reasonable doubt* (BARD) como critério para controle da suficiência das provas coligidas ao processo penal.

A saber, no julgamento do HC 73.338/RJ<sup>156</sup>, o Supremo Tribunal Federal, em caso

<sup>153</sup>Importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que o Decreto-Lei n. 3.240/41 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1.988. Continua sendo, pois, aplicável, e não foi revogado pelo Código de Processo Penal (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n.º 67.164 - MG, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 29/03/2022, Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202102670668&dt\\_publicacao=31/03/2022#:~:text=O%20Decreto%2DLei%203240%2F41,fatos%20tratados%20no%20procedimento%20criminal](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102670668&dt_publicacao=31/03/2022#:~:text=O%20Decreto%2DLei%203240%2F41,fatos%20tratados%20no%20procedimento%20criminal). Acesso em: 15 de setembro de 2024.

<sup>154</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 60.570/MS. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 18/6/2019, DJe de 1/7/2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202200898081&dt\\_publicacao=21/09/2023](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200898081&dt_publicacao=21/09/2023). Acesso em: 10 de maio de 2024.

<sup>155</sup>ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4a edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 269.

<sup>156</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 73.338/RJ. Relator (a): Min. Celso de Melo.

envolvendo acusação de prática de crime de corrupção de menores (art. 1º da Lei n. 2.252/1954, revogado pela Lei n. 12.015/2009), o relator do *writ*, o Ministro Celso de Mello, para afastar a caracterização de tal figura típica e conceder parcialmente a ordem, asseverou que cumpria ao Ministério Público “demonstrar de modo consistente – e além de qualquer dúvida razoável – a ocorrência do fato constitutivo do pedido, comprovando documentalmente a condição etária (menor de 18 anos) da vítima”.

Porém, foi no ano de 2012, no julgamento do “Caso Mensalão”, Ação Penal n. 470/MG, pelo Plenário do STF, que o BARD foi destacado diversas vezes por alguns ministros como critério balizador da prova tendente à condenação ou absolvição dos acusados. O Ministro Joaquim Barbosa asseverou que:

[...] o conjunto probatório, que formado por provas diretas ou indiretas, o quer exclusivamente por provas diretas ou exclusivamente por provas indiretas, deve ser robusto o suficiente para alcançar o standard de prova próprio do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada, na feliz fórmula anglo-saxã, acima de qualquer dúvida razoável<sup>157</sup>.

No mesmo norte, o Ministro Luiz Fux observou que “*o critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para “além da dúvida razoável” não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório*”.

Posteriormente, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, na AP 898/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 12/04/2016, observa-se do voto do Min. Celso de Mello, hoje aposentado, a seguinte afirmação:

[...] não podemos desconhecer, no ponto, que o processo penal, representando uma estrutura formal de cooperação, rege-se pelo princípio da contraposição dialética, que, além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova alguma, também não legitima nem tolera decretos condenatórios apoiados em elementos de informação unilateralmente produzidos pelos órgãos da acusação penal. A condenação do réu pelo prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes, no processo, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se “beyond a reasoable doubt” (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário<sup>158</sup>.

---

Brasília/DF, 13/08/1996. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629944>. Acesso em: 07 de julho de 2024.

<sup>157</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470/MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília/DF, 17/07/2012, Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2013-abr-22/supremo-publica-integra-acordao-mensalao-8405-paginas/>. Acesso em: 07 de julho de 2024.

<sup>158</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 898, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 12/04/2016.

Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10947311>. Acesso em: 09 de junho de 2024.

Ainda no âmbito do Pretório Excelso, a Ministra Rosa Weber, da 1ª Turma, seguidamente<sup>159</sup>, utiliza-se do BARD como *standard* probatório dos enunciados fáticos em ações penais. Na AP 676, julgada em 17/10/2017, refere a magistrada que:

[...] a presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o *standard* anglo-saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), o qual foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>160</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, vem aplicando aos poucos o *standard* probatório do BARD. Recentemente, no AREsp n. 2.396.608<sup>161</sup>, Relatoria do Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios), DJe de 10/05/2024, em caso envolvendo a imputação do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006), em que o acusado foi absolvido por falta de provas, aplicou-se o BARD, registrando o magistrado que:

[...] no processo penal, vige o *standard* de prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) para condenação. Oriundo do Direito anglo-saxão, o *standard* de prova *beyond a reasonable doubt* (além da dúvida razoável) constitui o critério atualmente mais aceito, no âmbito do processo penal, para se preferir um julgamento justo (*fair trial*).

No AREsp n. 2.084.113, de Relatoria do Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 20/09/2023, em processo penal envolvendo a acusação do crime de estelionato, em seu voto, o referido magistrado asseverou que se colhe:

[...] da experiência estrangeira o parâmetro da existência de prova "acima de uma dúvida razoável" (*proof beyond a reasonable doubt*), que importa no reconhecimento da inexistência de verdades ou provas absolutas, devendo o intérprete/julgador valer-se dos diversos elementos existentes nos autos, sejam eles diretos ou indiretos, para formar sua convicção. Assim, tanto provas diretas quanto indícios devem ser considerados para composição do quadro fático que se busca provar, implicando a "prova acima de uma dúvida razoável" no firme convencimento acerca da ocorrência do fato e da culpa do acusado. Não é necessária a existência de certeza absoluta, porquanto esta seja praticamente impossível ou ao menos inviável<sup>162</sup>.

<sup>159</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 580. 1ª Turma. Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 13/12/2016, DJe 26/06/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur369896/false>. Acesso em: 09 de junho de 2024; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 694. 1ª Turma. Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 02/05/2017, DJe 31/08/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372379/false>. Acesso em: 09 de junho de 2024.

<sup>160</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 676. 1ª Turma. Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 17/10/2017, DJe 06/02/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379878/false>. Acesso em: 09 de junho de 2024.

<sup>161</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 2.396.608. Relator: Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios), julgado em 09/05/2024, DJe de 10/05/2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=%22PROOF+BEYOND%22&b=DTXT&p=true&tp=T>. Acesso em: 09 de junho de 2024.

<sup>162</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 2.084.113. Relator: Ministro Antonio

Denota-se, portanto, que os Tribunais Superiores, de há muito, expressamente referenciam ao *standard* de prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) quando examinam à apuração da autoria do crime, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, atentando para a existência de previsão normativa no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado no Brasil por meio do Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Bem pondera a doutrina, no entanto, que nos julgados brasileiros o princípio da dúvida razoável é abordado sem um critério definido, permanecendo como sinônimo do *in dubio pro reo* e com o arcabouço do livre convencimento, isto é, uma expressão meramente pomposa, fruto da importação de outro sistema processual, sem a objetividade que se almeja desde o seu nascedouro<sup>163</sup>.

#### 4.7 STANDARDS DE PROVA NA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

No âmbito da justiça penal negocial brasileira, a doutrina também trabalha a aplicabilidade dos *standards* de prova, os quais tem operatividade em contextos em que a verdade importa - graus de probabilidade (indutiva) da veracidade de sua hipótese fática. O modelo de justiça consensual coloca em xeque a tradicional função epistêmica do processo penal, fundada na apuração e julgamento acerca da hipótese de fato por intermédio da produção exauriente de elementos probatórios, traduzindo uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Isto é, no âmbito da justiça penal negocial, tem-se a utilização de métodos consensuais em que se abre mão de uma apuração pormenorizada dos fatos. Isso se faz de modo completo, quando nem sequer instaura-se o processo (v.g. transação penal e Acordo de Não Persecução Penal), ou, então, de modo incompleto, com abreviação do procedimento (v.g. suspensão condicional do processo). Trata-se de um modelo de promoção da justiça penal que procura a conciliação dos interesses do Estado e da sociedade na administração da justiça com a defesa e a efetividade dos direitos, liberdades e garantias dos imputados. O objetivo, portanto, é substituir uma filosofia do conflito para uma filosofia do consenso<sup>164</sup>.

Percebe-se que os pressupostos para a justiça (correção) da decisão homologatória também estão presentes, de certa forma, consistentes na presença de uma base factual mínima,

---

Saldanha Palheiro, julgado em 18/09/2023, DJe de 20/09/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=%22PROOF+BEYOND%22&b=DTXT&p=true&tp=T>. Acesso em: 09 de junho de 2024.

<sup>163</sup>SAMPAIO, Denis. Valoração da Prova Penal: o problema do livre convencimento e da necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1 ed. Florianópolis: Emais, 2022, p. 458.

<sup>164</sup>KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Standards de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 353 e 354.

isto é, de algum substrato probatório mínimo que deve ser estabelecido para a perfectibilização do acordo. Não há uma apuração pormenorizada do fato criminoso e de sua autoria, de modo que os elementos de informação colhidos na fase da investigação serão o suporte para a avença penal, valorizando-se mais a manifestação de vontades das partes com o estabelecimento de alguma (s) condição (ões) com menor vinculação com o que, de fato, veio a ocorrer no mundo<sup>165</sup>.

Nesse contexto, há uma preponderância do que ficou estabelecido entre as partes, cabendo ao juiz averiguar os requisitos legais do acordo, assim como os elementos mínimos que amparam a existência do crime e a concorrência do acusado. Pode-se dizer, desse modo, que o modelo consensual se contenta com uma probabilidade menor, isto é, com um *standard* de prova rebaixado se comparado ao *standard* para condenação. Não obstante, forçoso reconhecer que a homologação do acordo depende da existência de uma base fática mínima, ainda que em grau inferior ao exigido para uma decisão final de mérito. É evidente a necessidade de alguma verificação material a ser feita pelo juiz no âmbito da prova, especialmente quanto à base mínima da prova dos fatos, diminuindo-se as chances de que inocentes terminem por firmar acordos gravosos<sup>166</sup>.

Dito isso, o primeiro instituto negocial é a transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), que tem por fim a imposição de condições gravosas ao imputado (restritivas de direitos ou multa), quando os fatos forem tipificados como crimes leves (acusações de crimes com pena de até 2 anos). É dispensado o desenvolvimento do processo em razão de manifesta vontade do órgão acusador e do autor do fato. Não se exige, demais disso, a confissão ou o reconhecimento de culpa (espécie de *nolo contendere*) e tampouco implica reincidência, havendo, nesse contorno, o cumprimento de certas condições em troca da não submissão do imputado a uma ação penal. Aceita a proposta de transação penal e cumprida pelo acusado, o juiz declarará extinta a punibilidade<sup>167</sup>.

Quanto ao suporte probatório da transação penal, a legislação aponta que somente será cabível (art. 76 da Lei 9.099/1995) “não sendo caso de arquivamento”, bem como aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz (art. 76, §3º, da Lei 9.099/1995). E a doutrina, nesse aspecto, assenta que é necessário algum suporte probatório para que o acordo de vontades possa ser homologado, o qual, em regra, é extraído de uma investigação simplificada, de modo que, havendo um suporte de elementos

---

<sup>165</sup>*Ibid.*, p. 355.

<sup>166</sup>*Ibid.*, p. 358.

<sup>167</sup>KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Standards de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 359.

informativos mínimos, o Ministério Público ofertará a proposta de transação penal ao imputado<sup>168</sup>.

O segundo instituto negocial diz respeito à suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n.º 9.099/1995), que representa também uma medida despenalizadora baseada no consenso, que dispensa a instrução processual *ab initio*, ocorrendo após o recebimento da denúncia (caso seja afastada a possibilidade de absolvição sumária). Configura, pois, um instituto despenalizador oferecido pelo órgão acusador ao imputado que tenha sido denunciado por crime cuja pena mínima seja igual ou inferior a 1 ano e que não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, desde que presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). Importante destacar, ainda, que não se aplica o *sursis* processual apenas em relação aos processos do Juizado Especial Criminal (infrações de menor potencial ofensivo), mas sim em todos aqueles cuja pena mínima seja igual ou inferior a 1 ano, podendo, portanto, a pena máxima ser superior a 2 anos.

Caso o acusado aceite a proposta de *sursis*, o processo ficará suspenso, pelo prazo de 2 a 4 anos (período de prova), desde que ele aceite cumprir determinadas condições impostas pela lei e a outras que podem ser fixadas pelo juízo. Isto é, o acusado aceita entrar em período de prova desde logo, sem discutir a sua culpabilidade (*nolo contendere*), de tal forma que o acordo entre o réu e a acusação tem por objeto imediato exclusivamente o avanço ou não do processo. Há homologação judicial do juiz, que não participa das tratativas, na esteira do art. 89, §1º, da Lei n. 9.099/1995. Referente ao substrato probatório mínimo, antes da designação de audiência para verificar a aceitação da proposta, deve haver uma análise judicial com o objetivo de que se avalie se há justa causa para a denúncia, garantindo ao acusado que ele não será arbitrariamente processado<sup>169</sup>.

O terceiro instituto negocial diz respeito à colaboração premiada, que tem como intuito a obtenção de provas a partir da atuação do colaborador (art. 3-A da Lei n. 12.850/2013), isto é, um investigado ou acusado da prática de uma infração penal, que decide confessar a prática do delito e, demais disso, colaborar com a investigação ou com o processo fornecendo informações que irão ajudar, de forma efetiva, na obtenção de provas contra os demais autores dos delitos e contra a organização criminosa, recebendo o colaborador, em contrapartida, determinados benefícios penais (v.g., redução de sua pena). Em que pese não suprimir a

---

<sup>168</sup>*Ibid.*, p. 360.

<sup>169</sup>KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Standards de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 361.

produção probatória, pressupõe o consentimento do colaborador para se conformar a acusação e com ela contribuir, facilitando a persecução penal a partir da sua confissão e da indicação de outras provas. A doutrina, por essa razão, aponta que o *standard* de prova exigido na fase de homologação da colaboração é o mesmo exigido para o início de uma investigação, tratando-se de um grau de suficiência de provas mais baixo que o estabelecido para o recebimento da denúncia, que, como visto, pressupõe fundadas suspeitas ou indícios de autoria ou materialidade<sup>170</sup>.

Por fim, inserido pela Lei n. 13.694/2019, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) tem previsão legal no art. 28-A do CPP, objetivando estipular mais uma solução abreviada do conflito penal. É um negócio jurídico celebrado entre o Ministério Público e o investigado, que necessita de homologação judicial, firmado, em regra, antes do início da ação penal. Nesse acordo, permitido para apenas certos tipos de crimes, o investigado se compromete a cumprir determinadas condições, as quais, cumpridas integralmente, decretará o juiz a extinção da punibilidade do acusado.

O ANPP será formalizado por escrito e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor (§ 3º do art. 28-A). Antes de decidir pela homologação, o juiz deverá designar audiência para analisar a legalidade do acordo, isto é, se os requisitos do art. 28-A do CPP foram cumpridos e, além disso, examinar a voluntariedade do aceite do acordo realizando-se, para tal fim, a oitiva do investigado na presença do seu defensor. No que pertine ao estudo, importante destacar que o ANPP fica condicionado a que não seja caso de arquivamento do caso penal, de modo que deve haver um substrato mínimo probatório (justa causa para o acordo), que deverá ser exposto pelo Ministério Público ao redigir a proposta de avença, ainda que sucintamente. Tem-se, pois, basicamente a necessidade de um juízo de probabilidade, que é idêntico ao que se exige para o recebimento da denúncia, porque se cuida de uma opção negocial alternativa ao oferecimento da peça vestibular<sup>171</sup>.

Denota-se, observando-se as diversas situações destacadas, a variação do grau de probabilidade exigido nos *standards* de prova pátrios, desde uma simples preponderância de uma hipótese sobre a outra, até uma probabilidade mais qualificada<sup>172</sup>, na esteira do bem elaborado quadro ilustrativo de Kircher<sup>173</sup>, com acréscimos que entendemos pertinentes ao presente estudo:

---

<sup>170</sup>*Ibid.*, p. 366.

<sup>171</sup>KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Standards de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 365.

<sup>172</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 482.

<sup>173</sup>KIRCHER, *op. cit.*, p. 334.

Quadro 2 - *Standards* de prova no processo penal brasileiro

<b>Espécie de medida</b>	<b>Standard de prova e previsão legal</b>
Hipoteca legal	Certeza da infração e indícios veementes de autoria (art. 134 do CPP).
Sequestro penal (de bens móveis e imóveis)	Indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126 do CPP).
Sequestro de bens na lei de lavagem de dinheiro	Indícios suficientes para o sequestro (art. 4º da Lei n. 9.613/1998) e comprovada a licitude de sua origem para a liberação dos bens (art. 4, §2º, da Lei n. 9.613/1998).
Sequestro de bens previsto no Decreto-Lei n. 3.240/1941	Indícios veementes da responsabilidade (art. 3º).
Apreensão e medidas assecuratórias de bens na Lei de Drogas	Suspeita de que os bens, direitos ou valores sejam produto do crime ou constituam proveito dos crimes (art. 60 da Lei n. 11.343/2006).
Prisão preventiva	Prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (art. 312 do CPP)
Prisão temporária	Prova de fundadas razões de autoria ou participação do indiciado (art. 1º, III, Lei n.º 7.960/1989).
Busca e apreensão	Fundadas razões para a domiciliar (art. 240, §1º, do CPP) e fundada suspeita para a pessoal (art. 240, §2º, do CPP).
Decisão de pronúncia	Convencimento da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação (art. 413 do CPP).
Incidente de insanidade mental	Existência de dúvida sobre a integridade mental do acusado para que o juiz a ordene (art. 149 do CPP).
Lei das Interceptações Telefônicas	Necessidade de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (art. 2º, I, da Lei n. 9.296/1996) para deferimento da interceptação telefônica.
Lei de Abuso de Autoridade	Prova da existência de fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso domiciliar em razão de situação de flagrante delito ou de desastre (art. 22, §2º, da Lei n. 13.869/2019).
Lei das Organizações Criminosas	Existência de indícios suficientes de participação para afastamento cautelar de funcionário público integrante de organização criminosa (art. 2º, §5º, da Lei n.º 12.850/2013).

Fonte: adaptado de Kircher (2024)

## 5 DA NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DE UM *STANDARD* DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

### 5.1 VALORAÇÃO, DECISÃO E MODELO DA PROBABILIDADE INDUTIVA

Atinente à expressão valoração da prova, não obstante seja analisada em sentido amplo pelos juristas, imperioso o esclarecimento de que, nessa definição, estão incluídas duas atividades que, embora relacionadas, são conceitualmente diferentes. A primeira é a valoração propriamente dita, consistente em avaliar o suporte que o conjunto de provas provê a uma determinada hipótese, o qual terá de ser medido em termos de probabilidade. A segunda, por seu turno, é a adoção da decisão, que representa determinar se a probabilidade alcançada por aquela hipótese pode ser considerada suficiente para estabelecer a sua verdade. Em síntese, a valoração, em sentido estrito, consiste em medir a probabilidade; já a decisão, diz respeito em aplicar o resultado da valoração ao *standard* probatório fixado<sup>174</sup>.

Nessa linha, defende-se<sup>175</sup> que o modelo mais apropriado no que diz respeito à valoração probatória fornecido pela epistemologia é o da probabilidade indutiva ou *baconiana*<sup>176</sup>, isto é, depois de valorado todo o conjunto probatório validamente produzido, por meio de um modelo racional de valoração, ao final, tem-se o resultado probatório. Nesse quadro, caberá ao magistrado decidir se uma hipótese fática afirmada por uma das partes, e que se apresentou como a de maior probabilidade, pode ou não ser considerada provada.

A probabilidade lógica não diz nada, portanto, sobre o grau de confirmação necessário para se considerar provada a hipótese fática no processo penal, de tal forma que se torna necessária uma regra legal que estabeleça esse grau de confirmação que deve ser atingido para decisão, partindo-se da premissa que toda decisão envolve um aspecto volitivo que não é racionalizável. Não se pode aceitar que no ato de decidir possa o magistrado assumir uma orientação voluntarista, permeada de arbitrariedade, adentrando-se no campo da subjetividade e do chamado “decisionismo”.

Nesse contorno, é primordial que se procure ao menos mitigar a dose de subjetividade

<sup>174</sup>ABELLÁN, Marina Gascón. O problema de provar: tradução Livia Moscastelli; Caio Badaró Massena. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022, p. 31.

<sup>175</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. 2ª edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023, p. 240.

<sup>176</sup>Francis Bacon (1561-1626), filósofo e político inglês, foi considerado, por muitos pensadores, o fundador da Ciência moderna em razão de seu método empírico, também conhecido como método experimental. Bacon entende que todo o conhecimento somente é possível mediante a observação passiva e objetiva dos fenômenos da natureza para se alcançar as leis (universais) que os explicam. Isto é, a epistemologia empirista-indutivista tem por base segura a observação e a experimentação e prediz um processo que conduz desde os enunciados observacionais singulares até os enunciados universais, por meio da inferência (GRUBBA, Leilane Serratine. Método empírico-indutivo: de Bacon aos trabalhos científicos em direito. RIDB, Ano 1 (2012), n.º 10, p. 6109. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012\\_10\\_6095\\_6128.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6095_6128.pdf). Acesso em: 06 de julho de 2024.

do julgador, mediante o emprego de métodos racionais de valoração e de decisão, afora a exigência constitucional (art. 93, IX, CF) de fundamentação das decisões judiciais, com vistas a uma possibilidade segura do controle intersubjetivo do juízo de fato realizado pelo magistrado. No presente estudo, portanto, será objeto de exame a questão tão somente pelo prisma do julgamento final da causa no processo penal (sentença), especificamente no que atine à decisão de mérito de natureza condenatória.

## 5.2 DA NECESSIDADE DA BUSCA POR UM *STANDARD* PROBATÓRIO PARA A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Assentado que os *standards* probatórios representam critérios que estabelecem o grau de confirmação probatório necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado, afigura-se imperiosa a busca pela adoção de modelos de constatação mais objetivos e específicos para que o ato final do exercício do poder decisório (sentença penal) seja desprovido de arbitrariedades, permitindo-se sua sindicabilidade pelas partes e demais atores processuais.

Estabelecido na etapa valorativa qual o enunciado fático de maior probabilidade, ensina Badaró<sup>177</sup> que o juiz precisará, para a tomada de decisão, de um modelo de constatação suficientemente claro, capaz de definir a partir de qual limiar poderá se considerar provado tal enunciado. Uma proposição fática estará provada<sup>178</sup> caso existam elementos probatórios coligidos que lhe guarneçam suporte, dando ensejo ao atingimento do *standard* de prova aplicável ao caso.

Ao longo da história, sempre se buscou o estabelecimento de um *standard* de decisão justa no campo do direito penal, com o fim de se reduzir as chances de condenação do inocente, inclusive além da seara dogmática jurídica. A saber, Laudan<sup>179</sup> destaca que, em 1749, Voltaire escreveu que “é muito mais prudente absolver duas pessoas, embora realmente culpadas, do que proferir uma sentença de condenação para alguém virtuoso e inocente”<sup>180</sup> (tradução livre). William Blackstone, juiz inglês, por sua vez, é responsável pela chamada *Formulação de Blackstone*, qual estabelece, em tradução livre, que “é melhor que 10 culpados escapem da Justiça do que um inocente sofra uma punição”<sup>181</sup>. Benjamin Franklin,

<sup>177</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. 2ª edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023, p. 241.

<sup>178</sup>Não significa que essa afirmação sobre o fato é necessariamente verdadeira, mas sim que, dentro do contexto da verdade formal, o nível de conhecimento processual atingido permite que seja considerada como tal.

<sup>179</sup>LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press. 2006, p. 63.

<sup>180</sup>No original: *Tis much more Prudence to acquit two Persons, tho' actually guilty, than to pass Sentence of Condemnation on one that is virtuous and innocent.*

<sup>181</sup>No original: *It is better that ten guilty persons escape [punishment] than that one innocent suffer (Sir William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, c. 27, margin p. 358).*

na mesma linha, em 1785, na Carta para Benjamin Vaughan, disse, em tradução livre, que “é melhor que cem pessoas culpadas escapem do que uma pessoa inocente sofra”<sup>182</sup>.

Não obstante teça crítica ao *standard* anglo-saxão do *beyond a reasonable doubt*, Taruffo entende que é conveniente que os países de *civil law* adotem um *standard* de prova para orientar o julgamento do mérito da causa penal, afirmando que a referência ao BARD estadunidense pode ter um indubitável valor de enunciação de um princípio ético e político, destacando a importância de que os ordenamentos jurídicos não deixem a valoração da prova ao arbítrio subjetivo do juiz, adotando *standards* especialmente elevados, que minimizem os riscos de condenação de um inocente<sup>183</sup>.

Na mesma senda, Vázquez aponta que a análise, e mesmo a consciência da necessidade de adoção de *standards* de prova, infelizmente, é muito rara em sistemas de países da *civil law*, estando os ordenamentos jurídicos preocupados tão somente se a crença dos juízes sobre os fatos é firme e sólida. Nesse sentido, é fundamental enfatizar a necessidade imperiosa de se estabelecer um limiar que determine o grau mínimo de prova para que o juiz tome a decisão em uma direção ou outra. Esse grau mínimo, além disso, deve ser previamente conhecido pelas partes processuais, ou, mais precisamente, deve ser estabelecido na legislação processual penal correspondente<sup>184</sup>.

A eleição de um *standard* probatório elevado para a sentença<sup>185</sup> penal condenatória, pois, a exemplo do que se tem no direito processual italiano<sup>186</sup>, é questão de extrema importância para a civilidade, e, demais disso, urgente, já que constitui esse o ato mais eminente do processo penal - decisão de mérito por excelência -, em que exerce o juiz a sua cognição de forma plena, ameadas as provas produzidas pelas partes mediante o exercício do contraditório e da ampla defesa. Constrói o julgador sua convicção acerca do delito, mediante a eleição dos significados<sup>187</sup> que lhe parecem válidos, para prolação de um resultado final que nem sempre é a “verdade”, mas sim o produto do seu convencimento, não havendo,

<sup>182</sup>No original: *It is better a hundred guilty persons should escape than one innocent person should suffer (Letter from Benjamin Franklin to Benjamin Vaughan (Mar. 14, 1785), in 11 The Works of Benjamin Franklin 11, at 13 (John Bigelow, ed., fed. ed., 1904).*

<sup>183</sup>TARUFFO, Michele. *Tres observaciones sobre “Por qué un estandar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”*, de Larry Laudan. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 28, 2005, p. 122. In: ANDRADE, Fábio da Silva. *Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar?* 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 291.

<sup>184</sup>VÁZQUEZ, Carmen (Ed). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 13.

<sup>185</sup>Do latim *sentire*, significando perceber pelos sentidos (HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 243.

<sup>186</sup>Por meio da Lei n. 46/2006 foi alterada a redação do art. 533, comma 1º, do *Codice di Procedura Penale* incorporando a regra da prova “*al di lá di ogni ragionevole dubbio*” no processo penal.

<sup>187</sup>LOPES JÚNIOR. *Aury. Direito processual penal*. 16ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 454.

desse modo, ao revés do que ocorre no campo das medidas cautelares, regra legal de julgamento das provas na seara da decisão definitiva meritória.

No direito processual penal brasileiro, o art. 155 do Código de Processo Penal limita-se a estabelecer que “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”. É o chamado princípio do livre convencimento motivado (persuasão racional)<sup>188</sup>, que, não obstante tenha desvinculado o julgador das amarras do sistema da prova legal ou tarifada, figurando também como sistema intermediário em relação ao radicalismo do sistema da íntima convicção, conferiu ao julgador liberdade de convicção sem definir como ela deveria ser exercida<sup>189</sup>.

Em seu desenvolvimento histórico, o livre convencimento motivado sofreu uma grande mutação, que o transformou de uma garantia de liberdade em um instrumento de arbítrio, criando um vazio que demanda preenchimento e complementação com os aportes da epistemologia. Deverá o juiz, no exercício do livre convencimento, adotar métodos racionais de exame de prova para a decisão do juízo de fato final, os quais permitam um controle intersubjetivo de suas escolhas, inclusive, quanto à metodologia empregada<sup>190</sup>.

Além disso, tem-se o *in dubio pro reo*<sup>191</sup> e a presunção constitucional de inocência, as quais, por si sós, não são capazes de conferir ao processo um critério epistêmico de controle quanto à valoração dos enunciados fáticos imputados pela acusação. Assim conclui Vasconcellos, referindo que, diante da ausência de previsão legal expressa e delimitada no ordenamento pátrio, é necessário que se regule um *standard* probatório para a condenação penal, ainda que possa ser extraído implicitamente da presunção de inocência e do *in dubio*

<sup>188</sup>KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Standards de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 19.

<sup>189</sup>A respeito, pontua MEZZALIRA que, 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”. 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 judiciários (MEZZALIRA, Ana Carolina. Em tempos de autoritarismos, limite é garantia: A relevância dos *standards* probatórios para o processo penal brasileiro. Revista da Defensoria Pública – RS. Porto Alegre, ano 12, v. 1, n. 28, 2021, p. 265).

<sup>190</sup>KIRCHER, *op. cit.*, p. 19.

<sup>191</sup>Segundo Renato Brasileiro, o *in dubio pro reo* deve ser utilizado no momento da valoração das provas, de modo que cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída (BRASILEIRO, Renato. Manual de Processo Penal. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 51).

*pro reo*, haja vista que tais preceitos não são suficientes para um adequado tratamento da matéria. A adoção de um *standard* probatório com critérios lógicos e objetivos é passo fundamental para a consagração de uma teoria racional da prova, em que se superem visões abusivas sobre discricionariedade judicial na valoração probatória ao juízo fático no processo penal. Trata-se de mecanismo para distribuição do erro nas decisões judiciais, que, no processo penal, consolida a escolha por um sistema racional para legitimação e limitação do poder punitivo estatal<sup>192</sup>.

Portanto, na linha da doutrina de escol<sup>193</sup>, é imperioso que se promova o estudo da possibilidade de incorporação de um *standard* de provas no processo penal brasileiro no que diz respeito ao juízo meritório, cuja ausência, consoante Beltrán<sup>194</sup>, representa o calcanhar de Aquiles de um sistema processual que pretenda limitar a arbitrariedade e fomentar o controle racional das decisões probatórias.

### 5.3 PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS DE *STANDARD* DE PROVA PARA CONDENAÇÃO PENAL NO PROCESSO PENAL

Alternativamente ao apontado subjetivismo do *standard* anglo-saxão do *proof beyond a reasonable doubt* - BARD, a doutrina incumbiu-se da árdua tarefa de formular propostas de *standards* probatórios epistemológicos para o exame dos enunciados fáticos na sentença penal condenatória.

A respeito, Beltrán afirma que a formulação de um *standard* probatório com o qual se queira cumprir a função de critério racional de decisão sobre a prova deve, em relação aos requisitos de natureza técnica: a) evitar a vinculação a crenças, convicções ou dúvidas do sujeito que decide sobre os fatos; b) ser suficientemente precisa para tornar possível o controle intersubjetivo de sua aplicação. Ainda, aponta um terceiro requisito como expressão de determinadas preferências políticas compartilhadas em nossas sociedades: o *standard* deve incorporar a preferência pelos erros negativos em relação aos positivos, dando ensejo aos valores sociais garantistas. Sugere, nesse contorno, uma proposta de *standard* de prova penal, de modo que, para se considerar provada a hipótese da culpabilidade, devem ocorrer conjuntamente as seguintes condições: a) a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições relativas aos novos dados que a

<sup>192</sup>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, p. 51.

<sup>193</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. 2ª edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023, p. 246.

<sup>194</sup>BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 197.

hipótese permitir formular devem ter resultado confirmadas; b) devem ter-se refutado todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados compatíveis com a inocência do acusado, excluídas meras hipóteses *ad hoc*<sup>195</sup>.

Laudan, que, como visto no item 2.2.1.2., tece severas críticas ao BARD, sugere o seguinte *standard* de prova para uma condenação: a) a hipótese da culpabilidade pode explicar a maior parte dos fatos mais importantes do caso; b) a hipótese da inocência não pode dar conta de nenhuma prova importante que seja inexplicável de acordo com a hipótese da culpabilidade<sup>196</sup>. Allen, por seu turno, traz uma formulação de *standard* de prova concorrente como o além da dúvida razoável: “se a teoria do caso apresentada pela acusação é plausível e você não pode conceber alguma história plausível na qual o acusado resulte inocente”<sup>197</sup>.

Em relação aos autores nacionais, Badaró sustenta que o equívoco do BARD é que se trata de um *standard* no sentido de exigir um resultado probatório positivo, destinado, pois, a gerar uma crença no julgador<sup>198</sup>, desprezando, desse modo, a concepção racionalista de que a decisão deve se fundar num modelo de corroboração de hipóteses fáticas, com base na prova produzida. Logo, o processo de valoração serve para verificar se os fatos que constituem o *thema probandum* estão ou não confirmados pelas provas. Não deve haver uma preocupação com o grau de crença do julgador, isto é, o quanto o juiz está convencido, ou o quanto de dúvida - razoável, séria, fundada, permanente - resta em seu espírito.

Desse modo, Badaró formula uma hipótese própria, adequado ao método de valoração de prova fundado na probabilidade lógica indutiva, afirmando que o *standard* de prova no processo penal, para que haja uma condenação, deve ser: a) há elementos que confirmam, com elevadíssima probabilidade, todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação; e b) não há elementos de prova que tornem possível ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a imputação<sup>199</sup>.

Trazendo um critério que ostenta ligação com os critérios de valoração, mesmo que

<sup>195</sup>BELTRÁN, Jordi Ferrer. Valoração racional da prova (tradução: Vitor de Paula Ramos). 2ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 209/211.

<sup>196</sup>LAUDAN, Larry. *Is it finally time to put “proof beyond a reasonable doubt” out to pasture?. University of Texas Law, Public Law Resarcher Paper*, n. 194, 2011, p. 07/08. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. 2ª edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023, p. 262 e 263.

<sup>197</sup>ALLEN, Ronald. J. *Factual ambiguity and theory of evidence. Northwestern University Law Review*. 88, 1994, p. 604. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. 2ª edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023, p. 263).

<sup>198</sup>HAACK, na mesma senda, diz que a crença do julgador nas provas é algo secundário, o que importa é o peso das provas (HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una dimensión epistemológica, p. 71. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. 2ª edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023, p. 262).

<sup>199</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. 2ª edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023, p. 271 e 272).

não os incorporando diretamente, Kircher<sup>200</sup> indica o seguinte *standard* para a decisão final dentro da ideia de probabilidade para a condenação: “a hipótese acusatória deve ter sido confirmada com uma probabilidade elevadíssima”.

Sugerindo, de outro lado, o aproveitamento do BARD ao ordenamento jurídico brasileiro, mediante uma releitura, Vasconcellos propõe uma alteração legislativa ao CPP para inclusão de uma nova fórmula:

Art. XX. Toda pessoa é presumidamente inocente até que se prove 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<sup>201, p. 18 e 19</sup>.

#### 5.4 NOSSA PROPOSTA DE *STANDARD* DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO PENAL NO BRASIL: POSITIVAÇÃO DO BARD NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Examinado e refletido o estado da arte da temática dos *standards* probatórios, a nossa proposta legislativa é a de positivação do BARD no Código de Processo Penal, passando pelas seguintes razões que adiante serão expostas.

Como adiantado no item 2.3.5, apesar dos aparentes conflitos das disposições elencadas pelo Estatuto de Roma (v.g., a admissão da prisão perpétua) com as normas fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988, por intermédio do Decreto Legislativo 112, de 06 de junho de 2002, o Brasil firmou o referido diploma. Após a aprovação do tratado, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, por intermédio do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, promulgou o Estatuto de Roma, obrigando-se o Brasil a acatá-lo em toda sua matéria, uma vez que o tratado não admite reservas<sup>202</sup>.

A saber, Lima elucida que, ao ratificá-lo, o País vinculou-se juridicamente ao acordo

<sup>200</sup>KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Standards* de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 345.

<sup>201</sup>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, p. 18 e19.

<sup>202</sup>SOUSA, Mônica Teresa Costa; GOLTZAN, Elder Maia; TRAJANO, Izabela de Oliveira. A Incorporação do Estatuto de Roma no Direito Brasileiro e o Aparente Conflito com as Normas Constitucionais: Da Prisão Perpétua e Entrega De Nacionais. RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, n. 40, dez. 2021, p. 111. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/59069>. Acesso em: 15 de junho de 2024.

internacional, passando a ter o dever de cumpri-lo, em atenção aos princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé<sup>203</sup>. Demais disso, a doutrina de Piovesan e Ikawa defende que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional é compatível com o ordenamento jurídico interno brasileiro por, ao menos, três razões:

Primeiro, o Estatuto adota regras de direito material, em parte já reconhecidas em outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil, tais como: as Convenções de Genebra e seus dois protocolos de 1977; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio; a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial<sup>105</sup>; a Convenção Americana de Direitos Humanos; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Segundo, o Estatuto estabelece um mecanismo internacional de proteção aos direitos humanos, não totalmente diverso daquele previsto para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Brasil, em 3 de dezembro de 1998<sup>109</sup>. Estipula, ainda, um mecanismo semelhante àquele dos tribunais “*ad hoc*”<sup>110</sup>, cujas decisões possuem poder vinculante em relação a todos os Estados membros das Nações Unidas, inclusive o Brasil. Terceiro, a própria Constituição Federal, no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, explicita que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos. E, no parágrafo 4º do artigo 5º, a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 consagra que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão [...] <sup>204, p. 175</sup>.

Atinente à natureza jurídica do Estatuto de Roma, cediço que, em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 03/12/2008, os tratados internacionais de Direitos Humanos não incorporados no trâmite do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 são dotados de natureza supralegal.

Portanto, isso significa dizer que o Estatuto de Roma, incorporado anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004<sup>205</sup>, por meio do Decreto n. 4.388/2002, possui *status* supralegal, encontrando-se, assim, hierarquicamente acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição Federal<sup>206</sup>. E, no art. 66, item 3, o Estatuto de Roma, no título referente

<sup>203</sup>LIMA, Renata Mantovani de. O tribunal penal internacional na perspectiva do Brasil. 2006. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais., Belo Horizonte, 2006, p. 283. Disponível em:

[https://bib.pucminas.br/teses/Direito\\_LimaRML\\_1.pdf](https://bib.pucminas.br/teses/Direito_LimaRML_1.pdf). Acesso em: 15 de junho de 2024.

<sup>204</sup>PIOVESAN, Flávia. IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. Dossiê para Corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 175. Disponível em:

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

<sup>205</sup>A Emenda Constitucional n. 45/2004 dispôs que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, LXXIX, §3º, da CF). Nada disse, todavia, acerca dos tratados internacionais aprovados anteriormente.

<sup>206</sup>SOUSA, Mônica Teresa Costa; GOLTZAN, Elder Maia; TRAJANO, Izabela de Oliveira. A Incorporação do Estatuto de Roma no Direito Brasileiro e o Aparente Conflito com as Normas Constitucionais: Da Prisão Perpétua e Entrega De Nacionais. RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, n. 40, dez.

à Presunção de Inocência, estabelece que “para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”, adotando, pois, expressamente, o *standard* de prova do *proof beyond a reasonable doubt* para os julgamentos das causas penais do Tribunal Penal Internacional.

Denota-se, assim, que a primeira razão para adoção formal do BARD na lei processual penal brasileira é de natureza essencialmente normativa, haja vista que o Brasil, desde 2002, assumiu o compromisso de cumprir fielmente as disposições do tratado internacional promulgado por meio de decreto legislativo. Logo, o caminho mais pragmático para o que se deseja, isto é, aprimorar-se a epistemologia da valoração da prova, é a incorporação do próprio BARD ao Código de Processo Penal, por intermédio de Lei Ordinária.

A título de exemplo, veja-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que também foi incorporada ao Direito brasileiro anteriormente à EC n. 45/2004, por meio do Decreto n. 678/1992, ostentando *status* supralegal. A saber, no referido diploma internacional, no artigo 7º, item 5, no Título referente ao Direito à Liberdade Pessoal, há previsão expressa da denominada audiência de custódia, no sentido de que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais [...]”. No fim de 2019, foi editada a Lei n.º 13.964/2019 (chamada de “Pacote Anticrime”), inserindo no CPP a previsão expressa da audiência de custódia. A respeito, os dispositivos inseridos ou alterados pela Lei n.º 13.964/2019:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)

Nesse contexto, o mesmo caminho deverá ser adotado pelo legislador brasileiro, positivando na lei processual penal a garantia fundamental do direito do acusado a ser julgado mediante a adoção de a um *standard* probatório capaz de, ao menos, mitigar erros quanto aos enunciados fáticos trazidos pelas partes no curso do processo, garantindo um mínimo controle epistemológico da prova. E *standard* aceito<sup>207</sup> normativamente, como visto, é o BARD, por força de previsão expressa contida em tratado internacional internalizado pelo direito brasileiro em 2002 – Estatuto de Roma.

Ainda quanto à normatividade do BARD, importante registrar que o próprio Código de Processo Penal, em seu art. 386, VI, dispõe que o réu será absolvido quando houver “fundada dúvida” sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou que o isentem de pena. E “fundada dúvida”, consoante o escólio de Andrade, deve ser lida como dúvida razoável, consistente, não como dúvida descabida, meramente especulativa. Da mesma forma, o art. 386, VII, do CPP, por seu turno, consignou que o réu deve ser absolvido quando “não existir prova suficiente para a condenação, o que pode ser entendido como quando não for produzida prova além da dúvida razoável”<sup>208</sup>.

A segunda razão é concernente ao sentimento de uniformidade e harmonia, pois constatamos que diversos países que adotam o sistema romano-germânico - *civil law* -, especialmente na América Latina, formalizaram na lei processual penal o *standard* do *beyond*

<sup>207</sup>Bem consigna a doutrina que o Brasil ratificou o Estatuto de Roma, que criou o TPI, corte que adota expressamente o padrão probatório anglo-americano (art. 66,3), havendo de se entender que o ordenamento jurídico nacional aceita o aludido *standard* (ANDRADE, Fábio da Silva. *Standards* de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 313).

<sup>208</sup>ANDRADE, Fábio da Silva. *Standards* de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 267.

*a reasonable doubt*. Conforme a Tabela esquemática dos *standards* de prova na legislação comparada (item 2.5), incorporaram ao Código de Processo Penal o BARD democracias como México, Itália, Chile, Colômbia e Argentina, estando, assim, em mora, a legislação processual pátria, ao menos desde 2002, ano em que internalizado o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, por meio de Decreto-Lei.

Não há dúvidas, portanto, de que o *standard* do BARD (*beyond a reasonable doubt*) é o critério de valoração de prova penal mais aceito no mundo. Nessa linha, Salgado defende que, em nome da segurança jurídica, imperioso que se tenha na legislação um umbral mínimo, a exemplo do que realizou o Chile, ao definir no art. 340 do Código de Processo Penal que ninguém poderá ser condenado senão quando o Tribunal tiver a convicção, *mais além de toda dúvida razoável*, de que o indivíduo cometeu ou participou do fato da acusação<sup>209</sup>. A respeito, também em defesa da incorporação do BARD no Código de Processo Penal brasileiro, assevera Vasconcellos:

O standard de “prova além da dúvida razoável” é internacionalmente reconhecido e adotado por diversos países, mesmo em sistemas alheios à sua origem de common law, como Itália e Chile. Além disso, tal parâmetro está regulado no Estatuto de Roma, que assenta os procedimentos do Tribunal Penal Internacional, e é recomendado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ainda que existam críticas relevantes em relação à falta de definição de seu conteúdo, que ocasiona espaços para arbitrariedades no juízo fático, pensa-se que, em grande medida, isso é decorrência das premissas nas quais tal instituto foi estruturado, a partir da lógica de um sistema baseado em julgamento por leigos (jurados), que não possuem o dever de motivação. Contudo, sua adoção em sistemas continentais, em que o julgamento deve ser realizado por meio de critérios lógicos e técnicos, devidamente motivado e controlável por via recursal, pode aportar importantes contribuições à dogmática processual penal<sup>210, p. 20</sup>.

A terceira razão para positivação do BARD no CPP, visando à segurança jurídica, reside no fato de que os Tribunais Superiores brasileiros, demais disso, consoante abordado no item 3.6, aplicam expressamente o *standard* de prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) quando aferem a autoria delitiva, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, de tal modo que, a exemplo de outras temáticas<sup>211</sup>, o curso natural é o de que os entendimentos pretorianos que traduzem normas de garantia para o acusado sejam incorporados também à lei processual penal.

Portanto, não obstante o notável avançado grau epistemológico das propostas

<sup>209</sup>SALGADO, Daniel de Resende. A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 121.

<sup>210</sup>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, p. 20.

<sup>211</sup>A saber, as disposições dos parágrafos 1º e 2º do art. 315, incluídas pela Lei n.º 13.964, de 2019 (Pacote Anticrime), decorrem de entendimento dos Tribunais Superiores acerca do chamado princípio da contemporaneidade das prisões cautelares, bem assim quanto aos vícios de motivação das decisões judiciais.

doutrinárias acerca de *standard* probatório para sentença penal, expostas a miúdo no subitem anterior, há de se entender que o processo penal brasileiro ainda demanda maturidade teórica na temática. E um grande passo para consolidação da teoria dos *standards* de prova deve primar pela fixação de um *standard* probatório na legislação formal, qual seja, o BARD, à vista das razões supracitadas, para então se discutir, no futuro, variáveis de modelos outros que reduzam ainda mais o grau de arbitrariedade do julgador. Como bem pontua Andrade, entre abandonar-se completamente uma construção já internacionalmente consagrada (BARD) ou procurar aprimorá-la, a melhor solução é a última, adaptando o *standard* anglo-saxão ao modelo de valoração racional da prova<sup>212</sup>.

#### 5.4.1 Objetivação do significado de dúvida razoável pelo estabelecimento de norma explicativa

Ao longo deste trabalho foi possível denotar que a crítica doutrinária central ao BARD reside no fato de que a expressão *dúvida razoável* é demasiadamente subjetiva<sup>213</sup>, baseada, segundo se afirma, na crença interna do julgador, não fornecendo, por consequência, um critério epistemológico claro e objetivo do que se exige para uma hipótese fática seja considerada provada. A vagueza do conceito, conforme assevera Badaró, não permite estabelecer contornos minimamente controláveis para a discricionariedade do juiz nesse momento fundamental do juízo de fato<sup>214</sup>.

As objeções da adoção do BARD são acertadas no que diz respeito ao grau de subjetividade da “dúvida razoável”. No entanto, há de se entender que isso, por si só, não torna imprestável o *beyond a reasonable doubt* como um *standard* probatório capaz de tornar mais objetivo e controlável intersubjetivamente a atividade do julgador no ato de prolação da sentença penal condenatória. Nenhum modelo de conhecimento, pelo simples fato de ser falível, é, automaticamente, inconcebível. Sempre haverá uma carga de subjetividade em qualquer formulação proposta, do ponto de vista puramente epistêmico, de modo que se deve trabalhar com a ideia inicial da reconstrução de enunciados fáticos por meio de um *standard* capaz de propor uma política criminal de mitigação de erros judiciais.

<sup>212</sup>ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 291.

<sup>213</sup>A construção originária do modelo estadunidense é excessivamente subjetiva e imprecisa, visto que pautada por uma lógica de íntima convicção sem motivação na decisão dos jurados. Portanto, eventual aplicação no Brasil deve se orientar por uma maior precisão de seu conteúdo, com base em critérios mais objetivos e controláveis intersubjetivamente (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, p. 15).

<sup>214</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. 2ª edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023, p. 258.

Nessa linha, sobre o alcance heurístico dos *standards* probatórios, Abellán ensina, em linhas gerais, que, ainda que seja possível a formulação dos *standards* de prova com maior ou menor objetividade, há de se compreender que representam um guia para a valoração racional da prova, o qual, todavia, é limitado. Na realidade, segundo a professora espanhola, a importância de um *standard* consiste em indicar ao juiz o que deve buscar no conjunto probatório para posteriormente fundamentar a sua decisão, e, para isso, o caminho pelo qual se deve trilhar para alcançar essas provas<sup>215</sup>.

No âmbito do Código de Processo Penal, observamos (item 3) que existem diversos *standards* fixados pelo legislador para as medidas de natureza cautelar, os quais, de forma inequívoca, também trazem expressões de carga subjetiva, dotadas de imprecisão (v.g. em relação à decisão autorizadora da busca e apreensão domiciliar, o art. 240, §1º, do CPP exige a presença de *fundadas razones* para, por exemplo, colher qualquer elemento de convicção necessário à elucidação do fato criminoso).

Nem por isso, todavia, os *standards* estabelecidos pelo legislador na seara das decisões incidentais do processo deixam de fornecer ao menos um norte e também um vetor de controle às partes para que a fundamentação do magistrado quanto aos enunciados fáticos correspondentes sejam minimamente sindicáveis. A respeito, referente à determinação de busca e apreensão domiciliar, é o *standard* da presença de *fundadas razones* que possibilita à defesa técnica no processo a possibilidade de invocação de um caminho obrigatório de motivação dos fatos ao magistrado para a decisão judicial que a decretar (o juiz deverá expor os elementos que ensejam as “fundadas razones”), como acima assevera Abellán, sob pena de nulidade, a permitir, portanto, a recente aprofundada discussão do tema nos Tribunais Superiores.

Temos como ilustração desse raciocínio o julgamento do HC n.º 598.051/SP<sup>216</sup> (Rel. Ministro Rogério Schietti), julgado em 2021, em que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado

<sup>215</sup>No original: *De todos modos, aunque pudiéramos formular estándares de prueba con más o menos finura y precisión, conviene no exagerar ni el valor heurístico ni el valor justificatorio de un estándar. Respecto a lo primero, un SP es una guía para la valoración racional. Pero una guía limitada. En concreto, el valor de un SP –como señala reiterada y (creo) acertadamente Laudan– consiste en indicarle al juez lo que debe buscar en la prueba para poder después justificar su decisión, y por tanto la dirección en que debe buscar pruebas.* ABELLÁN, Gáscón Marina. Sobre la posibilidad de crear estándares de prueba objetivos. En: Revista doxa, cuadernos de filosofía del derecho. Vol. 28, 2005, p. 137. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/sobre-la-posibilidad-de-formular-estndares-de-prueba-objetivos-0/>. Acesso em: 22 de julho de 2024.

<sup>216</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 598.051/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27202001762449%27.REG>. Acesso em: 29 de junho de 2024.

consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Destacou-se no precedente que, na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de *standard* probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de *fundadas razões* (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

Não é difícil perceber que a previsão legal de um *standard* probatório para a busca domiciliar fomentou cientificamente a discussão pretoriana, pois há um modelo previamente definido pelo legislador. A subjetividade do conceito jurídico da *dúvida razoável*, portanto, não é barreira intransponível para que o *standard* do BARD possa ser formalizado no processo penal brasileiro, a exemplo de outros países democráticos, e, dessa forma, cumprir seu papel de garantia dos direitos do acusado quanto ao exame controlável das provas fáticas debatidos em Juízo.

Compartilha desse raciocínio, Andrade, quando trabalha a questão da aplicabilidade do *standard* probatório *beyond a reasonable doubt* ao processo penal brasileiro, para quem, embora o BARD seja criticável por estar calcado no estado mental do julgador, é inegável que se harmoniza com o princípio da presunção de inocência, na medida em que dirige ao julgador e ao órgão de acusação uma regra que, se não é a ideal, serve de critério de suficiência probatória<sup>217</sup> para condenação no processo penal. E também não vê impedimento à adoção do *standard* a indefinição sobre o conceito de dúvida razoável, salientando que a falta de clareza e ambiguidade também está presente quando se pensa na dúvida a que se refere o *in dubio pro reo*<sup>218</sup>.

Não destoaria Salgado, ao afirmar que embora o BARD seja criticável merecidamente, em especial, por sua vagueza e incerteza conceitual, e, não, segundo alguns, por padrões objetivos, o certo é que com tal modelo de constatação é possível reconhecer que a convicção do sentenciante não é absoluta, mas se limita àquela que venha a excluir as dúvidas mais relevantes. E, desse modo, ao fixar um elevado umbral de confirmação probatória para a hipótese acusatória, reafirma o propósito ético-político de distribuir o risco de erro a favor da

<sup>217</sup>Na mesma linha, ainda que considere o BARD um critério incerto, TARUFFO disse ser manifesto que “requer um grau particularmente elevado de confirmação probatória da culpabilidade do imputado, que tende à certeza, visto que admite somente a presença de dúvidas “irrazoáveis”, na tentativa de reduzir ao mínimo o risco de condenação de um inocente (TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 253. In: ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 266.

<sup>218</sup>ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 263.

posição do imputado, superadora da presunção de inocência<sup>219</sup>.

Assevera o referido autor, demais disso, que, adotando-se o BARD a ser alcançado para sustentar uma condenação criminal, opta-se por evitar determinado tipo de erro, qual seja, o falso positivo (declarar provada uma proposição falsa, tendo-a por verdadeira), ainda que à custa de elevar o risco de falsos negativos. Quanto à questão atinente à centralização do BARD na crença interna da mente do julgador, Salgado destaca que a referência à dúvida razoável contida no mencionado modelo de contestação deve ser lida com viés normativo, no sentido de que o relevante não seja a presença ou ausência de dúvida subjetiva de dúvidas por parte do julgador, mas a presença ou ausência, no conjunto de elementos de prova disponíveis, de condições que justifiquem uma dúvida. Conclui, portanto, ser possível interpretar tal expressão em termos objetivos, ou seja, como referente à qualidade das provas, e não relacionada às crenças subjetivas do julgador<sup>220</sup>.

Outrossim, a fim de minimizar os efeitos deletérios da subjetividade do BARD, consistentes, principalmente, em permitir a arbitrariedade do julgador, pensamos que é possível o uso de uma norma processual penal explicativa<sup>221</sup> ou complementar capaz de atribuir maior objetividade à dúvida razoável, atribuindo-se não uma definição da expressão<sup>222</sup> - como se pretende realizar no âmbito da *commom law* (vide item 2.2.1.2), pois seria realizar mera substituição por outra expressão igualmente dotada de vagueza -, mas, sim, elucidar-se um sentido sobre quando se considerará superada a *dúvida razoável* para um édito condenatório.

Assim o fez o legislador, v.g., quando lhe coube a tarefa de definir quando não se considera fundamentada qualquer espécie de decisão judicial, inclusive a sentença (art. 315, §2º, do CPP, incluído pela Lei n.º 13.964, de 2019), visando a mitigar os vícios de motivação dos juízes. Trata-se, notadamente, de um mecanismo legislativo de controle do arbítrio judicial e do livre convencimento, estabelecendo-se, formalmente, critérios mínimos de

<sup>219</sup>SALGADO, Daniel de Resende. A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 123.

<sup>220</sup>*Ibid.*, p. 124.

<sup>221</sup>As normas penais não-incriminadoras explicativas tem o condão de esclarecer determinados conceitos (GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 22-24).

<sup>222</sup>A definição do conteúdo do BARD (*dúvida razoável*) é questão que não deverá ser estabelecida pelo legislador, cabendo à doutrina e aos Tribunais a construção desse conceito, inclusive estabelecendo níveis de gradação diferenciados quanto aos juízos condenatórios mediante a aplicação do *proof beyond a reasonable doubt* (v.g., processos penais que envolvam crimes contra a dignidade sexual, violência doméstica, tráfico de drogas etc., poderão ter uma escala de suficiência probatória diferenciada (em maior ou menor grau) das causas criminais mais ordinárias, como os crimes de natureza patrimonial). Assim naturalmente ocorre, por exemplo, com a definição do que se entende por *garantia da ordem pública* para decretação de uma prisão preventiva (art. 312 do CPP), bem assim relativamente ao conceito de *contemporaneidade* para decretação da referida medida cautelar segregatória (art. 312, §2º, do CPP).

fundamentação das decisões judiciais, homenageando-se o contraditório e o direito de defesa. Com efeito, para a demonstração de que existe prova suficiente para sepultar a presunção de inocência é fundamental que as decisões judiciais (sentenças e decisões interlocutórias) estejam suficientemente motivadas<sup>223</sup>. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um processo penal democrático - art. 93, IX, da CF.

Portanto, é possível a atenuação das apontadas imperfeições do BARD por meio de uma norma explicativa, à luz da concepção racionalista da prova, para que o *standard* anglo-saxão de provar a culpa além da dúvida razoável seja entendido, consoante bem propugnam Andrade<sup>224</sup> e Badaró<sup>225</sup>, como a produção de elementos probatórios de elevadíssima probabilidade, que corroborem a hipótese fática da acusação, mediante o esclarecimento dos fatos de uma forma coerente e íntegra, que retrate a responsabilidade penal do réu e exclua as hipóteses absolutórias ou alternativas formuladas pela defesa. Isto é, com o fito de que superação da “dúvida razoável” seja compreendida como aquela que é gerada por uma hipótese fática alternativa à da acusação e que é capaz de, com base nas provas constantes dos autos, explicar os fatos de uma forma compatível com a inocência do acusado criminalmente.

#### **5.4.2 Inquietações quanto ao mero uso retórico e deturpado do *standard* de prova (BARD)**

É imperioso que seja consignada a preocupação doutrinária acerca da necessidade da correta compreensão do *beyond a reasonable doubt* (BARD) como um corolário do princípio constitucional da presunção da inocência, isto é, como um *standard* que atribui a carga probatória à parte acusadora, ao passo que, de outro lado, impõe a absolvição sempre que pairar uma dúvida razoável sobre a culpabilidade do imputado criminalmente<sup>226</sup>, evitando-se, pois, o uso meramente retórico ou deturpado do *standard*.

Nesse norte, Lucchesi<sup>227</sup> registra incômodo quanto ao fato de que, mediante a

<sup>223</sup> LOPES JÚNIOR, AURY. Direito Processual Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1066.

<sup>224</sup> ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 314.

<sup>225</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. 2ª edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023, p. 271 e 272).

<sup>226</sup> ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 279.

<sup>227</sup> LUCCHESI, Guilherme B. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, v. 156, jun. 2019, p. 177. In: ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo:

incorporação formal do BARD ao processo penal brasileiro, que adota o livre convencimento motivado, possa o *standard* não servir ao escopo que se deseja, qual seja, de aumentar o grau de controle sobre a atividade judicial, mas, sim, tornar-se um argumento contrário em desfavor do réu no âmbito da produção probatória - ser utilizado como mero *adorno retórico de decisão*, desprovido de função de controle.

Sobre o uso meramente retórico do *beyond a reasonable doubt* nas decisões judiciais, assevera Fenoll<sup>228</sup> que expressões como “além de qualquer dúvida razoável”, apesar do brilhantismo da sua formulação, não são muito úteis, a bem da verdade, para decidir um caso específico, basicamente porque o juiz é quase convidado a não especificar a sua motivação ao refugiar-se no *standard* probatório. Seguem a mesma trilha Matida e Vieira<sup>229</sup>, observando a crescente utilização do BARD no Brasil, especialmente a partir do Caso Mensalão (AP 470/MG), julgado pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando temor que o *standard* anglo-saxão acabe por cumprir papel oposto do que dele se espera, funcionando como um *anti-standard*, em nada diminuindo o espaço de subjetivismo das decisões judiciais.

No ponto, são legítimos os apontamentos doutrinários quanto ao mau uso do *standard* probatório, pois, de fato, há decisões judiciais que, sem maior conhecimento do tema, referenciam o BARD como apelo retórico, a fim de empregar esforço argumentativo para demonstrar às partes que as provas foram analisadas de forma criteriosa, a justificar o édito condenatório/absolutório. Mais grave ainda, há risco de decisões judiciais que deturpem o BARD como um critério capaz de permitir a condenação de forma mais facilitada, como se somente a presença de uma dúvida fundada pudesse permitir a absolvição da parte acusada no processo penal.

Não obstante, nos parece mais adequada a conclusão doutrinária no sentido de que essas incompreensões quanto ao BARD não servem de impedimento à adoção do *standard* no Brasil, pois devem ser superadas a partir de reflexões sobre o tema, ainda incipiente para os operadores do Direito no país. Com efeito, as decisões judiciais deficientes, que fazem

---

Editora Juspodivm, 2024, p. 279.

<sup>228</sup>No original: *Como se ve, de lo que se ha tratado en el mundo anglosajón es de orientar a los jurados, de manera que puedan ordenar algo mejor su pensamiento antes de tomar la decisión. Pero frases como «más allá de toda duda razonable», pese a la brillantez de su formulación —que hay que reconocerla—, no son demasiado útiles, en realidad, para decidir un caso concreto, básicamente porque casi se le invita al juez a que no concrete su motivación amparándose en una de esas frases (...) FENOLL, Jordi Nieva. La Valoración de la Prueba. Colección Proceso y Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 87.*

<sup>229</sup>MATIDA, Janaína.; 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. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 156, jun. 2019, p. 221/248. In: ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 279.

referência ao BARD com o mero objetivo de aformosear o ato decisório, de maneira estritamente retórica, devem ser atacadas na via recursal, como ocorre com qualquer outro ato jurisdicional equivocado<sup>230</sup>.

Demais disso, o *standard* de provas para condenar no processo penal brasileiro sempre foi embasado no *in dubio pro reo*, isto é, calcado na dissipação da dúvida fundada na razão, que traduz a necessidade de a acusação produzir provas capazes de superar a dúvida séria e derrubar a presunção de inocência do acusado. O BARD, que denota a mesma lógica, mas de modo reverso, indicando quando se poderá condenar, não revelaria novidade alguma no ordenamento jurídico pátrio, reforçando o princípio da presunção de inocência, que somente poderá ser considerada elidido se a acusação produzir provas que retratem como muita clareza a culpabilidade do acusado, capazes de superar todas as dúvidas razoáveis indicadas pela defesa técnica<sup>231</sup>.

O caminho da atribuição da valoração racional das provas, nesse diapasão, não passa pela rejeição sumária do BARD, *standard* probatório amplamente difundido e utilizado na legislação comparada, mas, sim, pela discussão de seus contornos, de sua interpretação jurídica, aprimorando-o de tal modo que seja capaz de efetivamente mitigar o erro no julgamento do mérito da causa penal, por meio da redução da margem de subjetivismo na tomada da decisão sobre os enunciados fáticos trazidos à baila no processo.

### **5.4.3 Inaplicabilidade do *standard* de prova (BARD) ao veredicto dos jurados no Tribunal do Júri brasileiro**

Analisando criticamente o modelo norte-americano do BARD, Taruffo<sup>232</sup> estabelece como questão central da celeuma a sua formulação aos jurados, cidadãos comuns, os quais decidem sem fundamento na racionalidade ou objetividade, isto é, embasados nas suas próprias inclinações subjetivas, dispensando-se, assim, a motivação. E isso, porque, segundo o autor italiano, a construção norte-americana é a de que gozam os jurados de legitimação

<sup>230</sup> ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 281.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 281.

<sup>232</sup> TARUFFO, Michelle. Tres observaciones sobre “por qué un standard de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 120, 2005. In: PALMA, Andrea Galhardo. 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 Brasil e EUA: temas de direito comparado/coordenação: Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, Thiago Baldani Gomes De Filippo. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 318. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Brasil\\_e\\_EUA%3Dtemas\\_de\\_direito\\_comparado.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Brasil_e_EUA%3Dtemas_de_direito_comparado.pdf). Acesso em: 20 de julho de 2024.

política e social, não epistêmica, de modo que a subjetividade é intrínseca à função que exercem, quase como ato de fé e confiança da sociedade em suas decisões. Significa dizer que a escolha do modelo foi feita há séculos, não pela objetividade ou racionalidade das decisões do júri, mas especificamente pela legitimidade ético-política, advinda do consenso social norte-americano.

Desse modo, a existência de um critério subjetivo de valoração no âmbito do júri, sem qualquer controle epistêmico das decisões que condenam ou absolvem, pode conduzir ao arbítrio e a incertezas. Aponta Palma, nesse contexto, que a pura e simples transposição teórico-normativa do BARD ao sistema processual penal brasileiro deve ser vista com cautela, devendo-se levar em conta a existência da magistratura togada, composta por juízes profissionais, técnicos de carreira, treinados para valorar jurídica e racionalmente as provas produzidas nos autos, motivando sua escolha e, portanto, justificando a eventual existência de dúvida razoável ou não a concluir pela condenação ou absolvição, racionalizando no caso concreto a regra “além da dúvida razoável”, verdadeiro *standard* elevado de prova, a exemplo da presunção de inocência<sup>233</sup>.

Da mesma forma, na seara do Tribunal do Júri é adotado no Brasil o princípio da íntima convicção, em que o jurado não precisa fundamentar sua decisão e, muito menos, obedecer a critérios de avaliação das provas, podendo até mesmo, v.g., condenar o acusado, considerando seu histórico criminal, em verdadeiro direito penal do autor, ou mesmo, absolvê-lo, conforme entende parte da doutrina, tão somente baseado num juízo de clemência<sup>234</sup> ou piedade, contrariando<sup>235</sup>, assim, as eventuais provas da sua culpabilidade produzidas. O sistema de avaliação de provas no Tribunal do Júri brasileiro, por essas razões,

<sup>233</sup>PALMA, Andrea Galhardo. 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 Brasil e EUA: temas de direito comparado/coordenação: Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, Thiago Baldani Gomes De Filippo. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 318. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Brasil\\_e\\_EUA%3Dtemas\\_de\\_direito\\_comparado.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Brasil_e_EUA%3Dtemas_de_direito_comparado.pdf). Acesso em: 20 de julho de 2024.

<sup>234</sup>A possibilidade e formatação da clemência tem origem no reconhecimento de que o Tribunal do Júri, como tribunal popular, é capaz de emitir atos de vontade, entre eles o ato de renúncia soberana à pena, que é a adequada classificação dogmática do instituto (SOARES, Hugo. Clemência no Tribunal do Júri? Reflexões derivadas do argumento *a fortiori* trazido no voto-vogal do Min. Fachin em sede do ARE 1225185, Tema/RG 1.087. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. v. 7, n. 2, mai./ago. 2021, p. 1540). Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/468/387>. Acesso em: 13 de julho de 2024.

<sup>235</sup>Nessa hipótese, há de se registrar, caberá recurso de apelação, no prazo de 05 dias (art. 593, III, *d*, do CPP). Se o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento, designando-se, assim, novo Plenário do Júri, com o sorteio de novos jurados. Não se admitirá, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação, de modo que, ao fim e ao cabo, sempre prevalecerá a decisão dos jurados, embasada na sua íntima convicção (art. 593, §3º, do CPP), por força do Princípio da Soberania dos Veredictos.

sofre inúmeras críticas, como se denota das reflexões da doutrina processualista penal:

Contudo, é adotado no Brasil, até hoje, no Tribunal do Júri, onde os profanos julgam com plena liberdade, sem qualquer critério probatório, e sem a necessidade de motivar ou fundamentar suas decisões. A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova. Isso significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação. A amplitude do mundo extra-autos de que os jurados podem lançar mão sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse imenso poder de julgar<sup>236</sup>, p. 444.

A vigência das decisões imotivadas pelos jurados brasileiros torna, assim, inadequada qualquer pretensão de se estabelecer o dever ao juiz-presidente no Tribunal do Júri de orientar ao Conselho de Sentença, como ocorre em alguns Estados da Federação no direito estadunidense (*vide* item 2.2.1.2), sobre a observância ao BARD na decisão final (*veredicto*), na esteira do art. 482<sup>237</sup> do CPP. A razão disso é a absoluta inexistência de racionalidade epistêmica verificável e incompatibilidade lógica do instituto com o princípio da íntima convicção<sup>238</sup>. Nesse ponto, Spender<sup>239</sup>, elucida que “as expressões íntima convicção e além da dúvida razoável têm origens diversas”. A primeira provém do abandono do sistema da prova legal à época da Revolução Francesa, quando os reformadores desejavam assegurar que os integrantes da Corte não fossem obrigados a condenar apenas porque um determinado número de provas foi apresentado, mas sim, de maneira inversa, que a Corte era livre para condenar com base em qualquer tipo de prova que acreditasse convincente.

Outro óbice relevante à aplicação do BARD no âmbito do júri brasileiro é o fato de que, quando os jurados decidem pela condenação do réu por maioria simples - *placar de 4x3* -, em sentido processual probabilístico, está refletido um *veredicto* condenatório de 57,14% de convencimento. O *proof beyond a reasonable doubt* como *standard* probatório para a condenação, como delineado neste trabalho, exige prova mais robusta, em alto grau de probabilidade da culpabilidade por parte de quem julga (em torno de 90%, como apontado no item 1.5), algo incompatível com um julgamento que se legitima válido constitucionalmente a

<sup>236</sup>LOPES JÚNIOR. Aury. Direito processual penal. 16ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 444.

<sup>237</sup>Art. 482. O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido. (Redação dada pela Lei n.º 11.689, de 2008).

<sup>238</sup>KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Standards de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 352.

<sup>239</sup>SPENDER, J. R. O sistema inglês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). Processos penais da Europa. Tradução: Fauzi Hassan Chouker. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 628-629.

partir da maioria simples para prolatar um juízo de condenação do acusado submetido ao julgamento popular<sup>240</sup>. Em outras palavras, por opção do constituinte, é da natureza do júri brasileiro o reduzido grau de suficiência probatória para que seja possível o édito condenatório nos crimes dolosos contra a vida.

De outro lado, importante que se registre que, a nosso entender, não se poderia vedar às partes, durante os debates, sob pena de nulidade (a exemplo do que ocorre nas hipóteses do rol disposto no art. 478, I e II<sup>241</sup>, do CPP), de fazer referências ao Conselho de Sentença do *standard* de prova para condenação que venha a ser adotado formalmente pelo Brasil, que se propõe seja o BARD, mas, unicamente, dispensar, por absoluta incompatibilidade, o juiz togado, presidente da sessão do Tribunal de Júri, de qualquer incumbência no sentido de fixar ou explicitar aos jurados o modelo de constatação de provas adotado para a decisão de mérito, já que, há de se repisar, por íntima convicção devem decidir.

---

<sup>240</sup>TOMBINI, Christian Penido. A prova necessária e suficiente para a decisão de pronúncia ante a Constituição Federal. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2019, p. 132.

<sup>241</sup>Art. 478. *Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: (Redação dada pela Lei n.º 11.689, de 2008) I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; (Incluído pela Lei n.º 11.689, de 2008) II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo. (Incluído pela Lei n.º 11.689, de 2008).*

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando-se ao termo deste trabalho, cumpre seja realizada a sucinta exposição de suas considerações finais.

O ponto crítico do processo penal reside na reprodução histórica dos fatos. O tema da prova é fundamental para o bom funcionamento do sistema processual, tratando-se, pois, do *coração pulsante* da ação penal, de modo que a discussão sobre a relação entre verdade e o processo, em última análise, é um ponto essencial para que se possa pensar um sistema probatório minimamente racional, cuja delimitação se torna imperiosa para que obtenha uma decisão correta, justa.

A vinculação do livre convencimento à obrigação de motivar não é suficiente para tornar racional e controlável o processo de raciocínio que culmina na decisão sobre os fatos, caso não se disponha de critérios racionais capazes de orientar o julgador em meio à atividade de valoração. Na ausência, portanto, de um método lógico a ser seguido pelo juiz no curso do processo de justificação racional, o qual sirva também como meio de controle da racionalidade da decisão, a motivação acaba se traduzindo em mero recurso retórico de uma decisão que oculta seus verdadeiros fundamentos.

Não é tarefa fácil para o juiz, portanto, a atividade da valoração probatória em busca da verdade, que, embora inalcançável em termos absolutos, pela visão cética, sempre deverá ser objetivada, pois representa um valor que legitima a jurisdição, não se podendo considerar justa uma sentença que não tenha sido procedida de um processo estruturado, segundo regras que ensejam uma correta verificação fática, mediante a adoção de algum critério de julgamento epistêmico. O juízo de fato no processo penal merece a adoção de uma postura racionalista da prova, descartando-se concepções carregadas de subjetividade, caso em que a sentença refletirá um processo intelectual incontrolável, ingressando-se na nefasta seara do arbítrio judicial.

Na linha da verificação dos fatos, os *standards* de prova determinam o umbral de suficiência de prova, isto é, o grau de probabilidade requerido para considerar como provada a hipótese (ou aceitá-la como verdadeira), oferecendo esquemas racionais para determinar ou “medir” o grau de probabilidade das hipóteses. Respondem, em outras palavras, à pergunta acerca do quando se alcançou a prova de um fato, ou, mais precisamente, quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que o descreve, e apoiam-se, em última instância, em exigências ou graus de confirmação, dando suporte epistêmico à motivação, que representa um potente mecanismo frente a arbitrariedade judicial.

A teoria dos *standards* de prova nos direciona a uma escala de graus de probabilidade

de que um enunciado fático trazido a debate processual pelas partes tenha efetivamente ocorrido. A depender do processo de que se trate, uma alegação poderá ser provada com um maior ou menor nível de prova: isto é, um *standard* probatório mais elevado ou mais mitigado. Os *standards* elevados ajudam a evitar os enormes custos sociais decorrentes dos falsos positivos, como na condenação de inocentes. Busca-se, com isso, controlar de forma racional e lógica o livre convencimento dos julgadores, bem como minimizar riscos de erros judiciais na apreciação das provas.

No âmbito do processo penal, o *standard* probatório mais aceito é o da prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt - BARD*), cuja origem histórica nos remete à Inglaterra, no final do século XVIII. No início da década de 1970, nos Estados Unidos da América, no caso *In re Winship*, o BARD foi elevado a um *standard* de nível constitucional. É compreendido como uma regra de julgamento e recomenda que, quando o julgador for incapaz de formar um grau de convicção suficiente para proferir uma sentença, isto é, quando se encontrar em estado de dúvida intransponível, essa se resolverá em favor do acusado. Assim, examinado o conjunto probatório, se o juiz tiver alguma dúvida razoável quanto à culpabilidade do réu, não deverá condená-lo.

A motivação para o estabelecimento de um critério mais elevado na seara do processo penal em relação, por exemplo, ao processo civil, é de natureza política, ultrapassando-se a mera técnica. No processo penal, considerando-se o princípio da presunção de inocência, há, do ponto de vista probatório, um desequilíbrio estrutural entre as posições do acusado, pois à acusação se atribui a carga da prova. Os critérios de grau de suficiência probatória estabelecidos pelos *standards* probatórios denotam, nesse contexto, a partir da jurisprudência norte-americana, uma escala crescente, em que se parte exigindo-se uma mera probabilidade probatória até a existência de uma prova acima de uma dúvida razoável, com vistas a racionalizar-se a formação do convencimento do julgador, mitigando-se os erros judiciários, especialmente o denominado *error in judicando*, pelo prisma do entendimento equivocado da situação fática posta no caso concreto por parte do magistrado.

Há, além disso, uma diferenciação que se depreende entre os *standards* de prova (*standards of proof*) e o ônus da prova (*burden of proof*). O *standard* de prova estabelece o grau de suporte que os meios de prova devem fornecer às alegações fáticas com o objetivo de que elas possam ser consideradas verdadeiras. O ônus da prova, por seu turno, reflete uma regra de julgamento, já que fixa como deverá o julgador decidir se, no momento do julgamento de uma alegação fática relevante, essa não tiver sido provada. Portanto, dessume-se que, observada a dinâmica das sequências probatórias, primeiro se apresenta a

questão do *standard* de prova, o qual, não atingindo, recorrer-se-á então à invocação das regras atinentes às cargas probatórias. Embora não se confundam os institutos processuais, denota-se que o *standard* probatório está intimamente ligado à distribuição do ônus da prova que, sob o seu viés objetivo (regido pelo princípio do *in dubio pro reo*), é representado por uma regra de julgamento para o caso de não superação do grau de prova exigido para o modelo de constatação.

Tocante aos *standards* de prova na legislação comparada, têm origem histórica e vigência atual nos países da *Common Law* como um critério de apuração de suficiência de prova para condenação no âmbito do processo penal, especialmente nos Estados Unidos da América, em que Estados Federados ainda orientam a tomada de decisão dos jurados acerca do BARD, não obstante a constatação de que a Inglaterra, após utilizar o *standard beyond a reasonable doubt* por aproximados duzentos anos, sem uniformidade de definição, o abandonou. Nos países da *civil law*, destaca-se a formalização do BARD pelos ordenamentos jurídicos do México, Itália, Espanha e Portugal. As Cortes Internacionais, sobretudo o Tribunal Penal Internacional (art. 66.3 do Estatuto de Roma), também se orientam pelo *standard do proof beyond a reasonable doubt*, consoante Tabela Esquemática que compõe o presente trabalho. No âmbito da América do Sul, países como Chile, Colômbia e Argentina incorporam o BARD ao Código de Processo Penal.

No âmbito do direito processual penal brasileiro, não obstante a previsão normativa do BARD no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado no Brasil por meio do Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002, não se tem na legislação processual penal um *standard* probatório para o édito condenatório. Lado outro, na seara das decisões cautelares, o legislador se desincumbiu de assentar critérios decisórios mínimos para que se considere provada a proposição fática. Há *standards* probatórios para as medidas cautelares de natureza pessoal (v.g., prisão temporária), de natureza investigativa (busca e apreensão domiciliar e de pessoas), para o juízo de admissibilidade da acusação (denúncia e pronúncia), e, por fim, para as medidas de natureza assecuratória, reais ou patrimoniais, como o sequestro de bens imóveis. No âmbito da jurisprudência, percebe-se que, a partir de meados da década de 1990, os Tribunais Superiores passaram a utilizar-se do BARD como critério para controle da suficiência das provas coligidas no processo penal, ganhando especial relevância, em 2012, com o julgamento de Ação Penal n. 470/MG pelo Supremo Tribunal Federal, no caso que ficou amplamente conhecido na mídia por “Mensalão”.

Nesse contexto, assentado que os *standards* probatórios representam critérios que estabelecem o grau de confirmação probatório necessário para que o julgador considere um

enunciado fático como provado, defende-se como imperiosa a busca pela adoção de modelos de constatação mais objetivos e específicos para que o ato final do exercício do poder decisório (sentença penal) no processo penal brasileiro seja desprovido de arbitrariedades, permitindo-se sua sindicabilidade pelas partes e demais atores processuais - controle intersubjetivo do juízo de fato realizado pelo magistrado. A adoção de um *standard* probatório com critérios lógicos e objetivos para a sentença penal é passo fundamental para a consagração de uma teoria racional da prova, em que se superam visões abusivas sobre discricionariedade judicial na valoração probatória ao juízo fático no processo penal. Trata-se de mecanismo para distribuição do erro nas decisões judiciais, que, no processo penal, consolida a escolha por um sistema racional para legitimação e limitação do poder punitivo estatal.

O *standard* probatório anglo-saxão do BARD, em que pese seja consagrado mundialmente como um critério de verificação de suficiência de prova quanto aos enunciados fáticos, sofre críticas doutrinárias, as quais estão centradas, essencialmente, no fato de: a) ter sido, originariamente, concebido como um umbral para facilitar a condenação pelos jurados cristãos, tementes do pecado de condenar falsamente um inocente, e, portanto, não como um instrumento processual de garantia do acusado; b) a expressão *dúvida razoável* ser dotada de extrema vagueza, de modo que não serve como critério decisório; c) estar calcado na mente do julgador, ignorando a concepção racionalista de que a decisão deve se fundar num modelo de corroboração de hipóteses fáticas, com base na prova produzida.

Assim, alternativamente ao apontado subjetivismo do *standard* anglo-saxão do *proof beyond a reasonable doubt*, a doutrina incumbiu-se da árdua tarefa de formular propostas de *standards* probatórios para o exame dos enunciados fáticos na sentença penal condenatória. Examinados e refletidos os modelos alternativos ao BARD, não obstante dotados de alto grau epistemológico, em atenção à concepção racional da prova, a nossa proposta legislativa caminha no sentido da positivação do *proof beyond a reasonable doubt* no Código de Processo Penal.

E a primeira razão disso é de natureza essencialmente normativa, haja vista que o Brasil, desde 2002, assumiu o compromisso de cumprir fielmente as disposições do Estatuto de Roma, tratado internacional promulgado por meio de decreto legislativo, de natureza supralegal, que prevê expressamente o BARD como o *standard* probatório a ser adotado no âmbito do julgamento das causas criminais. A segunda é que o BARD é o critério de valoração de prova penal mais aceito no mundo, incorporado à legislação processual penal de diversas nações de cariz democrática, tanto em países da *Civil Law* (v.g., Itália), como da

*Common Law* (Estados Unidos da América). A terceira é a que os Tribunais Superiores brasileiros, há quase 30 anos, adotam o BARD como umbral de prova para decisão dos casos penais apreciados. Desse modo, entre abandonar-se completamente uma construção já internacionalmente consagrada (BARD) ou procurar aprimorá-la, a melhor solução é a última, adaptando o *standard* anglo-saxão ao modelo de valoração racional da prova.

Embora o BARD seja criticável por estar focado no estado mental do julgador, é inegável que se harmoniza com o princípio da presunção de inocência, na medida em que dirige ao julgador e ao órgão de acusação uma regra que, se não é a ideal, serve de critério de suficiência probatória para condenação no processo penal. E também não se vê como impedimento à adoção do *standard* a indefinição sobre o conceito de dúvida razoável, pois a falta de clareza e ambiguidade também está presente quando se pensa na dúvida a que se refere o *in dubio pro reo*, regra de julgamento amplamente utilizada no Brasil. A fim de minimizar os efeitos deletérios da subjetividade do BARD, advoga-se possível o uso de uma norma *processual* penal explicativa ou complementar capaz de atribuir maior objetividade à *dúvida razoável*, atribuindo-se não uma definição da expressão, mas, sim, elucidação sobre quando considerar-se-á superada a *dúvida razoável* para um édito condenatório. À luz da concepção racionalista da prova, poder-se-ia objetivar-se o *standard* anglo-saxão de provar a culpa além da dúvida razoável, na linha da doutrina de escol, para que seja entendido como a produção de elementos probatórios que corroborem a hipótese fática da acusação mediante o esclarecimento dos fatos de uma forma coerente e íntegra, que retrate a responsabilidade penal do réu e exclua as hipóteses absolutórias ou alternativas formuladas pela defesa.

Atinente às inquietações quanto ao mero uso retórico e deturpado do *standard* de prova (BARD), devem ser superadas a partir de reflexões sobre o tema. Sobre o *standard* não servir ao escopo que se deseja, qual seja, de aumentar o grau de controle sobre a atividade judicial, mas, sim, tornar-se um argumento contrário em desfavor do réu no âmbito da produção probatória, a questão é afastada pelos termos da norma explicativa proposta, que deverá evidenciar o contorno do BARD como garantista de direitos fundamentais do acusado. Relativamente às decisões judiciais deficientes, que fazem referência ao BARD com o mero objetivo de aformosear o ato decisório, de maneira estritamente retórica, devem ser atacadas na via recursal, como ocorre com qualquer outro ato jurisdicional equivocado. O caminho da atribuição da valoração racional das provas, nesse diapasão, não passa pela rejeição sumária do BARD, mas, sim, pela discussão de seus contornos, de sua interpretação jurídica, aprimorando-o de tal modo que seja capaz de efetivamente mitigar o erro no julgamento do mérito da causa penal, por meio da redução da margem de subjetivismo na tomada da decisão

sobre os enunciados fáticos trazidos à baila no processo.

Ainda, constata-se a inaplicabilidade do BARD ao veredicto dos jurados no Tribunal do Júri brasileiro, por força da absoluta inexistência de racionalidade epistêmica verificável e incompatibilidade lógica do instituto com o princípio da íntima convicção. Além disso, o *proof beyond a reasonable doubt* exige prova robusta, em alto grau de probabilidade, para a condenação penal, de modo que é incompatível com um julgamento popular que se legitima válido constitucionalmente a partir da maioria simples. Isso não significa, todavia, vedação às partes, durante os debates, de fazer referências ao Conselho de Sentença do *standard* de prova para condenação que venha a ser adotado formalmente pelo Brasil, que se propõe seja o BARD, mas, unicamente, retrata a dispensa ao juiz togado, presidente da sessão do Tribunal de Júri, de qualquer incumbência no sentido de fixar ou explicitar aos jurados o modelo de constatação de provas adotado para a decisão de mérito. Por fim, formula-se um apêndice de sugestão legislativa para o BARD no Código de Processo Penal, com a incorporação de dispositivos no Título VII, atinente às provas e também de um inciso ao art. 381 do mesmo diploma, referente à sentença (Título XII).

Tem-se, portanto, uma dissertação crítica-prescritiva, na qual se conclui, após o trilhar da pesquisa teórica do tema, pela necessidade de incorporação de um *standard* de prova para a sentença penal Código de Processo Penal, defendendo-se o *proof beyond a reasonable doubt* (BARD) como adequado e compatível com o ordenamento jurídico pátrio, objetivando contribuir para o aperfeiçoamento do sistema probatório brasileiro, mais afeiçoado à concepção racionalista de valoração da prova, reduzindo-se, conseqüentemente, o grau de subjetividade das decisões judiciais de mérito (sentença penal).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. *Sobre la posibilidad de crear estándares de prueba objetivos*. Revista Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, 2005. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sobre-la-posibilidad-de-formular-estndares-de-prueba-objetivos-0/>. Acesso em: 22 jul. 2024.

ABELLÁN, Marina Gascón. **O problema de provar**: tradução de Livia Moscatelli e Caio Badaró Massena. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

ANDRADE, Fábio da Silva. *Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar?* 4. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BALTAZAR JR., José Paulo. *Standards probatórios no processo penal*. **Revista AJUFERGS**, Porto Alegre, n. 04, 2003.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2005. In: MASSENA, Caio Badaró. *Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 7, n. 3, set.-dez, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n.º 67.164 - MG**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 29 mar. 2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202102670668&dt\\_publicacao=31/03/2022#:~:text=O%20Decreto%2DLei%203240%2F41,fatos%20tratados%20no%20procedimento%20criminal](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102670668&dt_publicacao=31/03/2022#:~:text=O%20Decreto%2DLei%203240%2F41,fatos%20tratados%20no%20procedimento%20criminal). Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 868.852/PE**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 29/4/2024, DJe de 2/5/2024. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202304118262&dt\\_publicacao=02/05/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202304118262&dt_publicacao=02/05/2024). Acesso em: 09 de maio de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 60.570/MS**. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 18 jun. 2019, DJe de 1 jul. 2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202200898081&dt\\_publicacao=21/09/2023](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200898081&dt_publicacao=21/09/2023). Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 2.084.113**. Relator:

Ministro Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 18 set. 2023, DJe de 20 set. 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=%22PROOF+BEYOND%22&b=DTXT&p=true&tp=T>. Acesso em: 9 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 2.396.608**. Relator: Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios), julgado em 9 maio 2024, DJe de 10 maio 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=%22PROOF+BEYOND%22&b=DTXT&p=true&tp=T>. Acesso em: 9 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 598.051/SP**. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27202001762449%27.REG>. Acesso em: 29 de junho de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 2.091.647**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26 set. 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/11102023-Sexta-Turma-afasta-in-dubio-pro-societate-na-pronuncia-e-cassa-decisao-que-submeteu-acusado-ao-tribunal-do-juri.aspx>. Acesso em: 9 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 580**. Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 13 dez. 2016, DJe 26 jun. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur369896/false>. Acesso em: 9 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 676**. Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 17 out. 2017, DJe 6 fev. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379878/false>. Acesso em: 9 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 694**. Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 2 maio 2017, DJe 31 ago. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372379/false>. Acesso em: 9 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 898**. Relator: Ministro Teori Zavascki, julgado em 12 abr. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10947311>. Acesso em: 9 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 470/MG**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília/DF, 17 jul. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-22/supremo-publica-integra-acordao-mensalao-8405-paginas/>. Acesso em: 7 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 73.338/RJ**. Relator (a): Min. Celso de Melo. Brasília/DF, 13/08/1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629944>. Acesso em: 07 de julho de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 603616**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 5 nov. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=280>. Acesso em: 9 maio 2024.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

CALLARI, Francesco. *The defendant's guilt beyond a reasonable doubt in the Italian criminal justice system*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 1227-1260, 2021.

CARVALHO, Weliton. **Funções do Direito Comparado**. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, a. 44, n. 175, 2007. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/175/ril\\_v44\\_n175\\_p139.pdf/@download/file/ril\\_v44\\_n175\\_p139.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/175/ril_v44_n175_p139.pdf/@download/file/ril_v44_n175_p139.pdf). Acesso em: 22 ago. 2024.

CHEMIM, Rodrigo. **Processo Penal: Fundamentos dos fundamentos**. Porto Alegre: Citadel, 2023.

CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law: psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad*. Carolina Academic Press, 2013.

CLERMONT, Kevin M. *Standards of Proof Revisited*. **Vermont Law Review**, v. 33, 2009. Disponível em: <https://lawreview.vermontlaw.edu/wp-content/uploads/2012/02/14-Clermont-Book-3-Vol.-33.pdf>. Acesso em: 5 maio 2024.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

COSTA RICA. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Sentença do caso Ruano Torres e outros v. El Salvador. San José, 5 out. 2015. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_303\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_ing.pdf). Acesso em: 5 jun. 2024.

COSTA RICA. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Sentença do caso Zegarra Marín v. Peru. San José, 5 out. 2015. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_331\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf). Acesso em: 5 jun. 2024.

DALIA, Gaspare. *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*. Padova: Cedam, 2018.

ESTADOS UNIDOS. **Supreme Court**. *Commonwealth vs. John W. Webster*, 5 Cush. 295, 59 Mass. 295 - March, 1850. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/volumes/59/59mass295.html>. Acesso em: 22 maio 2024.

ESTADOS UNIDOS. **Supreme Court**. *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970). *Argued: January 20, 1970. Decided: March 31, 1970*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/>. Acesso em: 22 maio 2024.

FENOLL, Jordi Nieva. *La Valoración de la Prueba. Colección Proceso y Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010.*

FERNÁNDEZ, Queeney Rose Osorio. *La duda razonable y la presunción de inocencia ante el debido proceso en el sistema acusatorio en México. CIENCIA UANL*, a. 26, n. 122, nov.-dez, 2023. Disponível em: <https://cienciauanl.uanl.mx/?p=12808>. Acesso em: 10 abr. 2024.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Los estándares de prueba en el proceso penal español. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Universidad de Girona. España: n. 15, 2007. Disponível em: <https://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2024.

GOMES, Luíza Guimarães Campos Batista. **BARD – De critério técnico a Recurso Honorífico**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

GRUBBA, Leilane Serratine. **Método empírico-indutivo: de Bacon aos trabalhos científicos em direito**. RIDB, a. 1, n. 10, 2012. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012\\_10\\_6095\\_6128.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6095_6128.pdf). Acesso em: 6 jul. 2024.

GUASTINI, R. L'interpretazione rivisitata. In: *Distinguendo Studi di teoria e metatheoria del diritto*. Torino: Giapichelli, 1996.

HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una dimensión epistemológica*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. 2 edição. rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023.

HOFFER, Peter Charles. *The Salem Witchcraft trials: a legal history*. Lawrence: University Press of Kansas, 1944.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Standards de prova no processo penal: em busca de um modelo controlável**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007.

LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press. 2006.

LIMA, Renata Mantovani de. **O tribunal penal internacional na perspectiva do Brasil**. 2006. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: [https://bib.pucminas.br/teses/Direito\\_LimaRML\\_1.pdf](https://bib.pucminas.br/teses/Direito_LimaRML_1.pdf). Acesso em: 15 jun. 2024.

LOPES JÚNIOR, AURY. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÓPEZ, Mercedes Fernandes. *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*. **Revista del departamento de derecho procesal**. Universidad de Alicante. Alicante, 2005.

MARTINEZ, Shelly Lorena Lemus. **La aplicación de la duda razonable en el ordenamiento jurídico colombiano: un análisis comparado con Estados Unidos**. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá D.C, fev. 2020. Disponível em: [https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/44830/LemusMartinezShellyLorena2021\\_tesis.pdfsequence=5&isAllowed=y](https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/44830/LemusMartinezShellyLorena2021_tesis.pdfsequence=5&isAllowed=y). Acesso: 10 abr. 2024.

MASSENA, Caio Badaró. **Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 7, n. 3, set.-dez. 2021. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/617/408>. Acesso em: 12 abr. 2024.

MEZZALIRA, Ana Carolina. Em tempos de autoritarismos, limite é garantia: a relevância dos standards probatórios para o processo penal brasileiro. **Revista da Defensoria Pública**, Porto Alegre, ano 12, v. 1, n. 28, 2021, p. 262-281. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/issue/view/21/26>. Acesso em: 5 abr. 2024.

MORGADO, Helena. *Aqui jaz o in dubio pro societate*. **Qual o standard probatório necessário à pronúncia**. In: Reflexões sobre a Prova no Processo Penal. 1ª edição. São Paulo: Amanuense, 2024.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **Presunção de Inocência, Standards de Prova e Racionalidade das Decisões sobre os Fatos no Processo Penal**. In: SANTORO, Antonio E. R.; MALAN, Diogo Rudge; MIRZA, Flávio (org.). Crise no Processo Penal Contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 14 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

PALMA, Andrea Galhardo. 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 (coord.). Brasil e EUA: temas de direito comparado. São Paulo: **Escola Paulista da Magistratura**, 2017. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Brasil\\_e\\_EUA%3Dte](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Brasil_e_EUA%3Dte)

mas\_de\_direito\_comparado.pdf. Acesso em: 2 maio 2024.

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, a. 15, v. 22, n. 2, maio-ago. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/download/59569/37741/206894>. Acesso em: 15 maio 2024.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. **Dossiê para Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

PONZONI, Christian. **Standards de prova no processo civil brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali; VAL, Ignacio Castillo. *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*. **Revista Ius et Praxis**, Año 17, n. 2, 2011. Disponível em: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122011000200005](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000200005). Acesso em: 10 de abril 2024.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Estratégico**: de acordo com a Teoria dos Jogos. 1ª ed., Santa Catarina: Emais, 2021.

SALGADO, Daniel de Resende. **A metaprova no processo penal**: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024.

SAMPAIO, Denis. **Valoração da Prova Penal**: o problema do livre convencimento e da necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1 ed. Florianópolis: Emais, 2022.

SHAPIRO, Hon. James A. MUTH, Karl T. *Beyond a Reasonable Doubt: Juries Don't Get It*. **Loyola University Chicago Law Journal**. Volume 52. 4ª edição, 2021. Disponível em: <https://lawecommons.luc.edu/luclj/vol52/iss4/5/>. Acesso em: 05 de agosto de 2024.

SHOUCAIR, João Paulo Santos; LEAL, Tatiane Rodrigues. SILVA, Wanessa. **Tráfico de Drogas e o standard probatório para busca domiciliar na perspectiva dos Tribunais Superiores**. In: Reflexões sobre a Prova no Processo Penal. Organização: Alejandro César Rayo Werlang; Rodrigo Casimiro Reis. 1ª edição. São Paulo: Amanuense, 2024.

SOARES, Hugo. Clemência no Tribunal do Júri? Reflexões derivadas do argumento *a fortiori* trazido no voto-vogal do Min. Fachin em sede do ARE 1225185, Tema/RG 1.087. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. v. 7, n. 2, mai./ago. 2021. Disponível em:

<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/468/387>. Acesso em: 13 de julho de 2024.

SOUSA, Mônica Teresa Costa; GOLTZAN, Elder Maia; TRAJANO, Izabela de Oliveira. A Incorporação do Estatuto de Roma no Direito Brasileiro e o Aparente Conflito com as Normas Constitucionais: Da Prisão Perpétua e Entrega De Nacionais. RFD - **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, n. 40, dez. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/59069>. Acesso em: 15 de junho de 2024.

SPENDER, J. R. **O sistema inglês**. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). Processos penais da Europa. Tradução: Fauzi Hassan Chouker. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, 2013.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. In: ANDRADE, Fábio da Silva. Standards de prova no processo penal: quanto é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar, condenar? 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024.

TARUFFO, Michelle. *Tres observaciones sobre “por qué un standard de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”*, de Larry Laudan. Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, v. 28, p. 120. In: PALMA, Andrea Galhardo. 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 Brasil e EUA: temas de direito comparado/coordenação: Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, Thiago Baldani Gomes De Filippo. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Brasil\\_e\\_EUA%3Dtemas\\_de\\_direito\\_comparado.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Brasil_e_EUA%3Dtemas_de_direito_comparado.pdf). Acesso em: 20 de julho de 2024.

TOMBINI, Christian Penido. **A prova necessária e suficiente para a decisão de pronúncia ante a Constituição Federal**. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2019.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**: tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. **II diritto delle prove penali**. *Seconde edizione*. Milano: Giuffré, 2014.

UBERTIS, G. *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*. Milano: Giuffré, 1979.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal**: análise das possíveis contribuições ao ordenamento jurídico brasileiro. Revista Direito GV, São Paulo, v. 16, 2020. Artigo consultado na Biblioteca Digital FGV. Em PDF, 1-25.

VÁZQUEZ, Carmen (Ed). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

WALTON, Douglas. *Burden of proof, presumption and argumentation*. New York: Cambridge University Press, 2014. In: SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz. *Standards de prova no Direito Tributário*. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-27092022-01344/publico/11180764DI O.pdf>. Acesso em: 29 de julho de 2024.

WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*. New Haven, London: Yale University Press, 2008.

ZOTTIS, Rafael. **Standards de prova e dúvida razoável no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

### **APÊNDICE - Sugestão legislativa para o BARD no Código De Processo Penal**

Reputa-se que atenderá a melhor técnica legislativa a positivação do (BARD), inicialmente, no Título VII, Capítulo I, do Código de Processo Penal (Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941), atinente às disposições gerais relativas à prova, incluindo-se ao estatuto processual penal o art. 155-A, inspirado no art. 66. 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (internalizado pelo Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002), com redação adaptada. Em seguida, o acréscimo ao art. 155-A de um parágrafo único retratando a norma explicativa do BARD, à luz da concepção racionalista da prova, consoante delineado no item 4.4.1 do presente trabalho.

TÍTULO VII  
DA PROVA  
CAPÍTULO I  
DISPOSIÇÕES GERAIS

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. (Redação dada pela Lei n.º 11.690, de 2008).

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei n.º 11.690, de 2008).

“Art. 155-A - Para proferir sentença condenatória, o juiz deverá estar convicto de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”.

“Parágrafo único. Considera-se superada qualquer dúvida razoável acerca da culpa do acusado a existência de elementos capazes de corroborar, de forma coerente e íntegra, com elevadíssima probabilidade, a hipótese fática da acusação, excluindo as hipóteses absolutórias ou alternativas formuladas pela defesa”.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

[...]

Posteriormente, no Título XII do Código de Processo Penal, assim como realizado por países como a Itália e o Chile, consoante explicitado no item 2, deverá ocorrer a necessidade de fixação do *standard* probatório do BARD como requisito essencial da sentença. E isso poderá ocorrer pela inserção de um inciso antecedente à necessidade de indicação dos motivos

de fato e de direito em que se fundar a decisão, realizando-se, aqui, a renumeração dos incisos do art. 381, a título ilustrativo.

## TÍTULO XII DA SENTENÇA

Art. 381. A sentença conterá:

I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;

II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;

“III - o estabelecimento do estândar de prova, na forma do art. 155-A”;

IV - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

V - a indicação dos artigos de lei aplicados;

VI - o dispositivo;

VII - a data e a assinatura do juiz.