



unipac.br
Barbacena

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS/UNIPAC
CAMPUS BARBACENA MG
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CLENIO DE ASSIS MANOEL E MOURA

**OS STANDARDS PROBATÓRIOS E DÚVIDA RAZOÁVEL
APLICADOS AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Barbacena MG/2021



unipac.br
Barbacena

CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS/UNIPAC
CAMPUS BARBACENA MG
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CLENIO DE ASSIS MANOEL E MOURA

OS STANDARDS PROBATÓRIOS E DÚVIDA RAZOÁVEL
APLICADOS AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de Curso apresentado no curso de Direito do UNIPAC-FADI/Barbacena como requisito obrigatório para a Conclusão Final do Curso de Direito.

Orientador: Professor Dr. Marcos Sampaio.

Barbacena MG/2021



unipac.br
Barbacena

CLENIO DE ASSIS MANOEL E MOURA

**OS STANDARDS PROBATÓRIOS E DÚVIDA RAZOÁVEL
APLICADOS AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado no curso de Direito do UNIPAC-FADI/Barbacena como requisito obrigatório para a Conclusão Final do Curso de Direito.

Orientador: Professor Dr. Marcos Sampaio.

Aprovado em: _____/_____/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. ou Prof.^a.....UNIPAC/BARBACENA

Prof. ou Prof.^a..... UNIPAC/BARBACENA

Prof. ou Prof.^a..... UNIPAC/BARBACENA



unipac.br
Barbacena

TERMO DE RESPONSABILIDADE E AUTORIA DE TCC

Eu, CLENIO DE ASSIS MANOEL E MOURA, acadêmico(a) de Graduação do curso de DIREITO, matriculado(a) sob nº 171-004751 no Centro Universitário Presidente Antônio Carlos/UNIPAC, declaro estar ciente do que é considerado utilização indevida, ilegal e/ou plágio, no desenvolvimento de um trabalho de conclusão de curso, e afirmo ter seguido o Manual de Orientação e Guia de Normalização de Trabalhos Acadêmicos do curso da UNIPAC/Barbacena/MG, apresentando meu Trabalho de Conclusão de Curso/TCC dentro dos padrões técnicos.

Declaro ser de minha total responsabilidade a autoria do texto referente ao meu trabalho de conclusão intitulado STANDARDS PROBATÓRIOS E DÚVIDA RAZOÁVEL APLICADOS AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

Por ser a expressão da verdade, firmo e dato o presente termo de responsabilidade e autoria.

Barbacena/MG. 21 / 06 / 2021.

Assinatura do(a) Aluno(a)

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de mostrar que o processo penal precisa passar por uma revolução no que tange à produção probatória. É preciso entender que a busca pela verdade real passa como um rolo compressor por cima das garantias constitucionais, fazendo com que pessoas mais vulneráveis sejam jogadas atrás das grades sem a menor chance de provar sua inocência. A adoção dos standards probatórios diminui a possibilidade de que um inocente seja condenado injustamente. Defendemos que as garantias sejam respeitadas sem exceções de qualquer tipo, que o código de processo penal seja respeitado. Forma é garantia, sempre. Isso quer dizer que não existe a possibilidade de convalidação de nulidades, se uma prova não é suficiente para condenar alguém, se absolve, fim de conversa.

ABSTRACT

This paper aims to show that the criminal process needs to undergo a revolution in terms of evidentiary production. It must be understood that the search for the real truth passes like a steamroller over constitutional guarantees, causing the most vulnerable people to be thrown behind bars without the slightest chance of proving their innocence. The adoption of evidential standards lessens the possibility that an innocent person will be unjustly convicted. We defend that guarantees are respected without exceptions of any kind, that the code of criminal procedure is respected. Form is guaranteed, always. This means that there is no possibility of validating nullities, if a proof is not enough to convict someone, it is acquitted, end of conversation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	UM BREVE HITÓRICO DAS PROVAS PENAIS	8
3	CONCEITO DE PROVA	11
4	A BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO PENAL	12
5	DEFINIÇÃO DE STANDARD PROBATÓRIO	14
6	ALÉM DA DÚVIDA RAZOAVÉL	16
7	DIFERENÇA DA VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL X PROCESSO PENAL	19
8	O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL	21
9	REBAIXAMENTO DO STANDARD PROBATÓRIO	23
10	CONFIABILIDADE DA CADEIA DE CUSTÓDIA	24
11	A PRODUÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL	29
12	VALORAÇÃO DA PROVA PENAL	31
13	DA PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA	34
14	STANDARD PROBATÓRIO E METÁFORA DO SALTO COM VARA	36
15	STANDARD PROBATÓRIO NAS FASES DO PROCESSO	38
16	STANDARD PROBATÓRIO NAS PROVAS EM ESPÉCIE	40
16.1	PROVA TESTEMUNHAL	40
16.2	RECONHECIMENTO DE PESSOAS	41
16.3	PROVAS DIGITAIS	42
16.4	PROVA PERICIAL	43
17	AS CONSEQUÊNCIAS DA NÃO OBSERVAÇÃO DO STANDARD PROBATÓRIO	45
18	CONDENAÇÕES INJUSTAS	47
19	A RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	50
20	CONFIABILIDADE DAS DECISÕES EM ÂMBITO PENAL	53
21	CONCLUSÕES	55
	BIBLIOGRAFIAS	57

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia aborda o tema dos standards probatórios aplicados ao processo penal brasileiro, com o objetivo de expor os sérios problemas que envolvem as condenações de pessoas inocentes. O trabalho traz a visão defendida por grande parte dos juristas que afirmam que as garantias constitucionais sejam sempre observadas do ponto de vista procedimental.

Partindo do pressuposto de que o poder de punir do Estado não pode se voltar contra aquele que não deu causa, é necessário que voltemos a atenção para a problemática das condenações injustas. Coisa que acontece mais frequentemente do que imaginamos.

Essa mudança de perspectiva passa pela adoção dos standards de prova bem alto tanto das fases do processo como também na hora da sentença condenatória.

Por fim, o objetivo principal da pesquisa é mostrar as injustiças que acontecem no processo penal brasileiro, com o aparato do Estado. São inúmeras as condenações de pessoas inocentes. Por isso é tão importante a discussão dos standards de prova no processo penal brasileiro.

2 UM BREVE HISTÓRICO DAS PROVAS PENAIS

A prova é um, se não o mais importante elemento num processo, é através da prova que vamos nos aproximar de uma hipótese fática de algo que aconteceu, ou não. A prova no processo penal busca justamente reconstruir o passado do crime. A ideia que se tinha antigamente não se afasta muita do que conhecemos hoje, o Estado tinha o dever de interferir com o objetivo de reparar o dano causado por alguém. Mesmo que a percepção de processo tenha mudado durante os anos, a prova penal continua tendo uma importância gigantesca.

Ao que tudo indica, no período do Cristianismo primitivo não existiam muitas regras em relação às provas. Entretanto, as limitações dos meios de provas, como também as obtenções de provas por meio ilícito eram práticas aceitáveis, muito comum à época a utilização da tortura e outros meios desumanos. Existem registros de que essas práticas de obtenção de provas eram regulamentadas. Além do mais, a prova era tarifada, sendo a confissão mesmo a única nos autos, permitindo um decreto condenatório, por ser considerada a rainha das provas.

Os gregos trouxeram inovações em relação aos processos e conseqüentemente em relação às provas. Era permitido ao acusado a produção probatória desde que essa prova viesse a servir para contrapor a acusação feita contra ele. Apesar da evolução, ainda encontramos aqui a tortura como forma de obtenção de provas.

Os primeiros registros foram encontrados em Atenas, inicialmente as torturas eram usadas contra escravos, esses não podiam produzir provas contra suas acusações e não havia permissão para que prestassem depoimentos. Nos casos de maior relevância a tortura era usada contra aqueles que não quisessem depor e contra os acusados de classes sociais inferiores, sendo considerada um meio seguro de obtenção de evidências.

Encontramos a valoração na prova penal também na bíblia, a intitulada lei de Moisés trouxe algumas importantes regras em relação à prova. A mais importante era que a ninguém seria imputado pecado se houvesse somente uma testemunha, só seria possível que alguém responda por pecado quando houvesse duas ou três testemunhas. A legislação mosaica também trazia um importante princípio segundo o qual ninguém seria condenado com base somente na confissão. Importante ressaltar que o povo hebreu foi o primeiro do Oriente a consagrar o interrogatório como de defesa, eles viam a confissão como uma prova muito fraca. Percebemos que os hebreus foram os primeiros a adotarem um standard probatório na prova advinda da confissão. Por fim, ao que tudo indica os hebreus usavam os meios desumanos como forma de penalidade, mas não como meio de obtenção de provas, pois os processos deles eram cercados de garantias, davam mais valor para a prova testemunhal.

No Brasil, desde o descobrimento eram aplicadas disposições portuguesas. A propagação da ideia de um processo mais humano se intensificava em decorrência da Revolução Francesa. Em 23 de maio de 1821 D. Pedro expediu um decreto que permitindo o direito de a defesa interferir em alguns atos introdutórios e ter conhecimento do interrogatório do acusado, salvo em situações de emergência absoluta. No aviso de 28 de agosto de 1822, o príncipe ordenava aos juízes que obedecessem ao que instituía a Constituição de Portugal que fora instaurada no ano anterior. Em virtude dessa orientação várias garantias foram asseguradas aos acusados, dentre elas a de abolição de penas infames e a de tortura.

Após a proclamação da república, as ideias liberais que ventilavam em solo europeu chegaram por aqui. A constituição de 1824 definia no art. 179 os direitos civis e político dos cidadãos brasileiros, estabelecendo também direitos e garantias no campo do direito processual penal, foi assim que tivemos início da ruptura com as leis portuguesas e começamos a ter uma perspectiva mais liberal, isso culminou no nosso processo criminal em 1832.

Seguindo a evolução, em 1841 o Brasil viveu um período decisivo e marcante na formação das nossas instituições penais, positivando na legislação um forte espírito anti-inquisitorial que preservou o processo penal de alguns resquícios absolutistas.

A Constituição de 1891, em seu art. 72 par. 16 de seguinte redação:

Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com os recursos e meios essenciais a ela...

Carta do Estado Novo, de 1937, o art. 122 n° 11 incluía disposição segundo a qual:

A instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois a formação da culpa, as necessárias garantias de defesa.

No texto de 1946, o art. 141, § 25°:

É assegurada aos acusados plena defesa ... A instrução criminal será contraditória.

As mesmas garantias eram contempladas pelo art. 150, §§ 15° e 16° da Carta de 1967 e, ainda, no art. 153, §§ 15° e 16° da Emenda Constitucional n° 1, de 1969. E, por fim, a Magna Carta de 1988 que reiterou a imprescindibilidade do devido processo legal (art. 5°, inciso LIV) e do estado de inocência (art. 5°, inciso LVII).

Atualmente o julgador tem a seu lado o livre convencimento, mas obrigatoriamente deve indicar os motivos, apontando e explicando cada detalhe da sua decisão, inclusive sobre as provas que fundamentaram a decisão (art. 381, III, CPP).

3 CONCEITO DE PROVA

Prova é uma palavra ampla, comportando vários significados, prova no processo é o meio pelo qual a parte interessada vai se utilizar para demonstrar a ocorrência de um fato, com o objetivo de conseguir a convicção do julgador, sendo esse o destinatário imediato da prova.

Muito se fala que a prova penal tem o objetivo de buscar a verdade dos fatos. Errado. É necessário que nos aproximamos do conceito de prova utilizado nos países que utilizam o sistema Common law, nas palavras de Juarez Tavares e Rubens Casara (2020, p.17): “a prova é um elemento produzido por uma parte, em meio ao confronto entre duas versões, para fazer triunfar o relato mais verossímil”

Portanto o que temos não é a busca pela verdade absoluta, mas uma aproximação da verdade por meio das provas produzidas.

Aury Lopes Jr. (2020) diz que o processo penal é um instrumento de retrospeção, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, destina-se a instruir o julgador, proporcionando o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de algum fato. Essa reconstrução dos fatos é feita através das provas, possibilitando que o juiz faça uma atividade recognitiva.

O juiz tem que ser um ignorante no processo penal, ou seja, ele desconhece os fatos, a prova é o meio pelo qual o juiz terá o contato com a reconstrução dos fatos, a prova será sempre indireta. Isso quer dizer que o juiz não conhece nada dos fatos, com exceção dos delitos cometidos em sala de audiência, em sua presença, todas as provas são indiretas.

4 A BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO PENAL

O conceito de verdade é algo de difícil definição, talvez seja uma reflexão sobre algo que acontece ou aconteceu, podendo também ser uma reflexão sobre objetos, o que não é possível fazer é uma descrição exata sobre fatos presentes e passados, também não é possível fazer uma descrição sobre objetos. Cada indivíduo tem uma percepção sobre os objetos e sobre os fatos, cada um com uma visão subjetiva cercada de traumas, predefinições e experiências. Não é possível que duas pessoas descrevam um fato ou algum objeto exatamente da mesma forma.

De outro ponto de vista, verdade é o oposto de falso? Outra pergunta de difícil resposta, sobre esse tema, Ferrajoli (2002, p.96) já dizia algo pertinente:

O problema da verificabilidade e da falseabilidade são evidentemente prejudiciais a todos os demais. Em que condições podemos usar sensatamente os termos 'verdadeiro' e 'falso', como predicados de afirmações do tipo 'Tício cometeu o fato F' e 'o fato F cometido por Tício configura o delito G'? Em termos gerais, numa concepção empirista do conhecimento são verificáveis e falseáveis, no sentido de 'verdade', como elucidado no parágrafo 3, apenas as afirmações dotadas de significado ou de referência empírica, quer dizer, que descrevem fatos ou situações determinadas a partir do ponto de vista da observação (...) Não o são, ao contrário, os juízos de valor e as afirmações de fatos ou situações a partir do ponto de vista da observação: por exemplo, 'Mevio é socialmente perigoso' ou 'a terra e o sol foram criados por Deus e se movem segundo as regras por ele estabelecidas.

O sistema inquisitorial que ainda deixa fortes resquícios, traz consigo que é possível se atingir a verdade real no processo penal. Muito errado essa concepção, a busca da verdade a qualquer custo faz com que atropelamos toda regra procedimental em nome dessa tal verdade real. Não podemos aceitar esse jogo de vale tudo em nome da verdade, os fins não justificam os meios quando se trata de processo penal, o vale tudo não é aceitável.

Quando as regras do jogo são observadas, a verdade que temos no processo penal é a verdade aproximada, ou seja, os meios de controles epistêmicos são utilizados para controlar o poder do Estado. Por muito tempo se aceitou esse atropelo das regras do jogo em busca da verdade real. Não é possível recriar o passado, o que conseguimos fazer é experimentar uma aproximação de determinada hipótese fática.

Não existe verdade real, a concepção correta seria um imaginário, como disse o professor Aury Lopes Jr. (2020), falar do passado é recriar uma fantasia, buscar na memória algo que aconteceu, ou não. Quando se fala de memórias, pensar em algo do passado, distante ou não, será sempre rodeado de falsas memórias, contaminação decorrente da própria atividade seletiva do cérebro. É importante frisar que não é aceitável a concepção da busca pela verdade real no processo penal.

O conceito de verdade ou do que é verdadeiro não é algo de fácil elucidação, nas palavras dos professores Juarez Tavares e Rubens Casara (2020, p.18):

“ O conceito de verdadeiro se desenvolve entre relações complexas. A verdade, dessa forma, só pode ser extraída de uma afirmação congruente entre relações complexas. Isso, contudo, não cria a verdade, apenas a exprime. “

Se partimos de premissa de que a busca pela verdade no processo penal não pode ultrapassar os limites impostos, temos que os atores do processo conseguem somente uma aproximação, ou seja, a verdade que se consegue é somente uma verdade presumida.

Portanto, a verdade é tida como um resultado que advém do liame entre enunciado e fato, ou seja, aquilo que é dito e aquilo que aconteceu. Diante da dificuldade de fazer um paralelo entre esses dois institutos, é necessário sempre seguir as regras do jogo processual. A busca pela verdade sempre será simbólica, mesmo num plano empírico, não podendo trazer a argumentação sobre verdade para o âmbito jurídico/processual. Podemos dizer então que a prova no processo penal nada mais é que o instrumento da busca da verdade possível e juridicamente aceitável no processo.

5 DEFINIÇÃO DE STANDARD PROBATÓRIO

Os standards de provas são mecanismos que tem sua origem da tradição common law, significa um grau de suficiência que que a hipótese fática precisa superar para que ela seja considerada verdadeira. Quando a gente traz essa perspectiva para o processo penal, aqui quer dizer que é o grau de suficiência que uma hipótese fática condenatória precisa superar para que ela seja considerada verdadeira, ou seja, satisfazer um standard de prova elevado é uma exigência que recai sobre os ombros da acusação. O órgão acusatório tem o ônus não só de provar, mas um ônus de provar suficientemente.

Podemos definir o standard probatório como o “quanto” de prova é necessário para se chegar a uma decisão. O standard é atingido, preenchido, quando o grau de confirmação alcança o padrão adotado. É um marco que determina o grau mínimo de prova exigido para considerar-se provado um fato.

A partir dessa perspectiva, nota-se a ausência de previsão pelo sistema brasileiro de standard probatório aplicável ao processo penal, isso faz com que o juiz tenha um amplo espaço para discricionariedade. Isso nos afasta de um processo democrático e nos distancia também do princípio da presunção inocência. Algumas pessoas dizem que os standards probatórios estão implícitos no princípio da inocência, não concordamos com essa afirmação, o standard é importante para que seja possível realizar algum controle de racionalidade sobre a tomada de decisões sobre os fatos do processo. Na prática isso significa que sempre que a prova existente não for suficiente para superar o standard, o réu tem que ser absolvido.

O ponto chave para que possamos entender o que realmente interessa na hora de estabelecer um standard de prova passa pelo fato de que a função do standard é a distribuição de erros entre as partes. Isso quer dizer que, com o aumento da exigência probatória, diminui-se o número de inocentes condenados, isso em razão da dificuldade que a acusação terá para superar o standard probatório.

É certo que a epistemologia jurídica não deve interessar-se somente pela distribuição de erros, mas o objetivo final é a diminuição de erros e consequentemente a diminuição de prejuízos causados por condenações injustas. Precisamos adotar medidas eficazes que nos aproximam de acertos nas decisões judiciais, em especial aquelas que visam promover a formação de um conjunto probatório mais rico possível, tanto em relação à quantidade quanto em relação à qualidade. É preciso mecanismos de controle epistêmicos que trazem uma maior confiabilidade à prova penal. Quanto maior e mais confiável for a prova, maior será a probabilidade de acerto das decisões sobre os fatos.

De acordo com Gustavo Badaró (2003), o tema dos standards probatórios tem sido ignorado pela doutrina brasileira, que não raras vezes se limita ao reconhecimento da questão somente ao que gira em torno do princípio *in dubio pro reo*, mas não dos diversos graus que podemos exigir do julgador na hora da valoração da prova penal. A não observação de um standard de prova faz com que as decisões sejam um tanto quanto questionáveis, não só por não suprirem uma dúvida razoável, mas por se manterem mais próximos da probabilidade e não da certeza.

Portanto, ao se adotar um standard probatório, estamos dificultando erros judiciais, estamos lutando pelo princípio da presunção de inocência, estamos buscando decisões mais racionais no campo do processo penal e, acima de tudo, evitar decisões tomadas de forma aleatórias e com menos subjetivismo.

6 ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL

O standard probatório para além da dúvida razoável é mais um termo que importamos de Common Law, aqui nós temos uma aproximação mais nítida com a presunção de inocência, é aplicado, mesmo que de forma modesta, nos países que adotam o sistema Common Law, desde o século XVIII e já era adotado muito antes deste termo ficar conhecido.

Embora a questão não seja pacífica na jurisprudência, Henry A. Diamond (1970, p.1717) defende, acertadamente, que o conceito não é tão evidente como parece. A definição mais acertada de dúvida razoável vem contida nas instruções para o Júri Federal, com a seguinte redação:

Dúvida razoável é uma dúvida baseada na razão e no senso comum. É uma dúvida que uma pessoa razoável possui após cuidadosamente sopesar todas as provas. É uma dúvida que leva uma pessoa razoável a hesitar em tomar uma decisão em uma questão de importância para sua vida pessoal. (...) uma dúvida razoável não é uma fantasia ou capricho; não é uma especulação ou suspeita. Não é uma desculpa para evitar o cumprimento de um dever desagradável. E não é compaixão.

Partindo desta definição, chegamos à conclusão de que prova além da dúvida razoável é aquela que deixa você firmemente convencido da culpa do acusado, não deixando que surja a dúvida da possibilidade do acusado ser inocente. Vale esclarecer que dúvida razoável tem que ser concreta e não abstrata.

O que se procura é a possibilidade de utilização da categoria além da dúvida razoável em razão de sua relevância e consolidação internacional, mas a partir de uma definição mais precisa de seu conteúdo, seguindo os parâmetros de valoração racional da prova. Não é possível se definir um standard probatório totalmente objetivo, e nem é essa a intenção, mas o que se deve sempre buscar é uma considerável diminuição de erros judiciais, nessa seara o objetivo, portanto, é o controle racional das decisões tomadas pelo julgador.

Segundo Gustavo Badaró (2003), é necessário que seja uma hipótese sobre fatos concretos efetivamente suscitados pela defesa, ou mesmo que tenha surgido ao

longo do processo, a partir da narrativa de alguma testemunha, ou um documento juntado aos autos, por exemplo, como uma hipótese viável, isto é, apta a explicar os fatos. Assim se define dúvida razoável como uma hipótese alternativa à tese incriminatória, que se mostre logicamente possível e amparada pelo lastro probatório no processo.

Vinicius Gomes de Vasconcellos (2019, p.18) propõe uma interessante inclusão legal no código de processo penal transcrita a baixo:

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

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

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

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

Até aqui não se tem dúvida de que o standard para além da dúvida razoável tem que ser adotado no Brasil, mas ainda é preciso definir alguns parâmetros para que se tenha uma precisão legislativa.

Em primeiro lugar deve sempre existir a ideia clara de que o ônus da prova sempre será da acusação, seja o MP nas ações públicas ou o querelante nas ações privadas. É essencial que a acusação comprove cada elemento da hipótese incriminatória de modo consistente, ao ponto de que cada prova seja produzida dando a oportunidade do contraditório. A hipótese fática acusatória, necessariamente, deve ser capaz de explicar de forma íntegra e coerente cada detalhe trazido na hipótese fática de modo individualizado e específico, deixando de lado fatos meramente protelatórios. Seguindo as ideias de Gustavo Badaró, para que um standard de prova seja completo, deve se exigir provas contundentes que deem amparo a todas as acusações e, sem dúvida, sejam penalmente e processualmente relevantes.

Num segundo momento é feita uma análise mais criteriosa pelo magistrado, é nesse momento que se verifica a confiabilidade das provas trazidas pela acusação. É aqui também que o julgador vai verificar o standard com mais critérios, ou seja, é a hora de verificar se resta alguma dúvida sobre a hipótese fática. Por fim, é muito importante que o juiz trate com a devida importância, estamos lidando com a liberdade. Portanto, se restar alguma dúvida, seja ela de que espécie for, absolva-se o réu. Chega de tanta arbitrariedade e subjetividade no âmbito do processo penal.

7 DIFERENÇA DA VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL X PROCESSO PENAL

Standard probatório é o mecanismo que busca corrigir a falibilidade das decisões judiciais, nessa seara a pergunta que paira no ar é: seria possível a aplicação de standards de prova também no processo civil? A resposta só pode ser positiva, sempre que falarmos em decisões judiciais, haverá a necessidade de controle sobre a valoração das provas, controle esse que deriva da própria sociedade e da necessidade de as decisões no âmbito judicial atenderem as necessidades de uma sociedade justa.

Mesmo que seja perfeitamente possível a aplicação de standards probatórios no processo civil, as consequências são muito diversas em relação ao processo penal. Neste último vigora o princípio da presunção de inocência juntamente com o standard de prova para além da dúvida razoável, ou seja, sempre que houver o mínimo de dúvida deve absolver o réu. No processo civil esse standard probatório pode ser mais relativo, em outras palavras, pode ser um standard mais baixo, isso se justifica pelo fato de que as provas no processo civil podem estar mais próximas da probabilidade, ao contrário do processo penal. Existe uma grande preocupação com erros judiciais no processo civil, mas como o bem jurídico a ser tutelado no processo civil é menos importante, um erro aqui seria menos gravoso que um erro no âmbito penal, que o bem tutelado é de maior importância. Portanto, no processo civil se admite um standard de prova mais baixo.

Se no processo penal há uma carga probatória que tem que ser assumida por uma das partes, enquanto a outra parte se mantém inerte, partindo do pressuposto do princípio da presunção de inocência. No processo civil não faz sentido falar em presunção de inocência, ou melhor, não há como se aplicar. No processo civil a carga probatória recai sobre aquele que alega determinada hipótese fática.

Enquanto no processo penal, mesmo que haja uma prova concreta, essa prova precisa passar por um controle epistêmico, um controle de legalidade e por último, passar por um standard probatório alto. No entanto, o que vigora no processo civil, em relação à prova, é que o princípio da probabilidade é suficiente. As versões trazidas pelas partes, juntamente com todas as provas trazidas ao processo, vão

trazer a probabilidade de que aquele fato realmente aconteceu. O juiz vai se pautar pela suficiência da probabilidade trazida pelas partes.

Por fim, como anteriormente mencionado, é possível a aplicação de standards de prova no processo civil, mas esse standard sempre vai ser mais baixo porque o risco por um erro judicial no processo civil é menor. Já no processo penal esse standard tem que ter seu nível elevado, o risco que se corre no processo penal é bem maior, a condenação de um inocente sempre será um erro irreparável.

8 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

No âmbito do processo civil diz a carga probatória incumbe a quem alega um determinado fato, mas no processo penal não há o que se falar no tocante ao ônus probatório. Mesmo que algumas pessoas ainda sustentam que a parte que trazer uma alegação teria que provar, o processo penal atual não comporta tal fundamento. Não resta nenhuma dúvida de o ônus probatório total e intransferível no processo penal recai sobre os ombros da acusação.

A primeira parte do art. 156 do CPP dispõe que o ônus de prova incumbe a quem alega, mas lendo esse dispositivo à luz das garantias constitucionais da presunção de inocência, temos que o ônus de prova não cabe ao acusado, nem mesmo daquilo que ele alega. Por exemplo, se a peça acusatória afirma que determinada pessoa estava em determinado lugar e, posteriormente, o acusado diga que não estava, mas não traz provas concretas de sua alegação, esse fato não pode ser presumido como verdadeiro. Cabendo exclusivamente à acusação trazer provas e, provas que superam o standard de prova alto, para que aquela afirmação seja tida como verdadeira.

A presunção de inocência é como se fosse um muro que protege o acusado, o dever da acusação é desconstruir esse muro de forma legal, por óbvio e, de maneira que não reste nenhuma dúvida, enquanto houver o mínimo de muro protegendo o acusado não há o que se falar em acolhimento da pretensão punitiva.

A função da defesa num primeiro momento vai ser de contradizer aquilo que a acusação trazer em sua hipótese. Podendo fazer contraprova ou produzir provas independentes. O que não pode acontecer é trazer um prejuízo ao acusado caso ele não consiga provar aquilo que alega.

Não raras as vezes que encontramos decisões com condenações onde a fundamentação recai sobre o fato de a defesa não ter provado a tese negativa. Outro absurdo de que quem vive em mundo das fantasias é usar o termo “ inversão do ônus da prova”, não existe isso no processo penal, pode até parecer que batemos sempre na mesma tecla, mas em tempos sombrios é necessário sempre afirmar que a constituição é a luz que nos guia. Portanto não podemos nos desligar do princípio da inocência, isso quer dizer que não cabe, em nenhuma hipótese, a afirmação de que a

defesa tem o ônus de produzir contraprovas, ou que o fato de não provar o que alega venha a trazer algum prejuízo para o acusado.

A dúvida que pode surgir é em relação a alguma excludente de ilicitude alegada pela defesa. Para sanar essa dúvida podemos trazer os ensinamentos do professor Aury Lopes Jr. (2020) que diz ser um erro gravíssimo de grande parte da doutrina que defende que cabe a defesa trazer provas de alguma excludente. A carga probatória cabe sempre à acusação, independentemente do que é alegado pela defesa, ou seja, é ônus exclusivo da acusação demonstrar a prática do crime com o fato típico, ilícito e culpável.

Não é aceitável de nenhum ponto de vista que a defesa tenha que provar alguma excludente de ilicitude quando a acusação traz no bojo da inicial o injusto penal, ou seja, só é admissível que haja intervenção estatal quando não existe nenhuma excludente de ilicitude. Se não existe essa excludente, é da acusação o dever de provar esse fato.

O único prejuízo assumido pela defesa é a denominada “perca de uma chance”, é sabido que não incumbe à defesa provar aquilo que por ela é alegado, em contrapartida, tudo aquilo que a defesa deixa de alegar é uma chance perdida, se existem provas concretas de que o réu é inocente e a defesa deixa de trazer essas provas, as chances da acusação são potencializadas. Um exemplo bem recorrente é o direito de silêncio, se o acusado preferir não falar, mesmo que tenha algo a seu favor, essa chance é perdida, a defesa assume um risco de que a pretensão punitiva seja aceita pelo julgador. Frisando mais uma vez, qualquer alegação feita por parte da acusação tem que ser suficientemente provada, ou seja, atendendo um standard de prova satisfatório.

Por fim, no processo penal o órgão acusador começa sua pretensão com uma carga probatória muito grande, não podendo ser diferente disso, constituída não só pelo fato de suportar o ônus da prova, mas também pelo fato de ter que desconstruir a presunção de inocência. A cada fato que a acusação consegue provar contundentemente, a presunção de inocência fica mais fraca. Esse é o caminho para um processo penal mais democrático, trilhando o caminho iluminado pela luz de um sistema penal acusatório.

9 REBAIXAMENTO DO STANDARD PROBATÓRIO

Como dito anteriormente, o standard probatório serve como um filtro epistêmico da prova penal. É possível que exista um rebaixamento do standard de prova conforme vão passando as etapas do processo. Situações que são menos graves aceitam esse rebaixamento, como é o caso de decisões interlocutórias, decisões que não incluam as sentenças condenatórias. É aceitável que a exigência probatória seja menor na fase de inquérito policial, decretação de medidas cautelares, no recebimento da acusação ou até mesmo na pronúncia lá no tribunal do júri.

O rebaixamento do standard probatório está relacionado com as fases processuais, lembrando que para a condenação o standard tem que estar o mais alto possível. O que não pode ocorrer é o rebaixamento do standard de acordo com o crime. No Brasil se tem a impressão de que podemos relativizar o princípio da presunção de inocência de acordo com a gravidade do crime. Não faz sentido falar que para o crime de menor potencial ofensivo não é necessário se observar um standard de prova, não dá para relativizar o nível de exigência probatória só porque o crime é de competência dos juizados especiais.

Constitui um erro grave a não observância do standard de prova nos crimes de menor potencial ofensivo. Não existe variação de presunção de inocência de acordo com o delito, o aceitável é o rebaixamento do standard nas fases do processo, sendo aplicado também no âmbito dos juizados especiais. O inaceitável é a baixa exigência probatória só porque o crime é de menor potencial ofensivo.

10 CONFIABILIDADE DA CADEIA DE CUSTÓDIA

A cadeia de custódia da prova penal nada mais é a documentação cronológica de todas as fases de um elemento que venha a servir de prova num processo penal, tudo aquilo que advém da fase investigatória. A cadeia de custódia serve para garantir que as provas sejam as mesmas colhidas nessa fase preliminar. Portanto, a cadeia de custódia existe precisamente para garantir a confiabilidade de tudo aquilo que foi produzido antes e durante o processo. É necessário garantir que tudo aquilo que seja trazido para o julgador tenha sido devidamente preservado.

Uma inovação muito importante trazida pela lei 13.964/2019 foi a introdução da definição da cadeia de custódia, antes da entrada em vigor da lei existia o que se chamava de “teoria da cadeia de custódia”. Isso traz uma grande evolução no que diz respeito à confiabilidade da cadeia de custódia e, conseqüentemente, traz confiabilidade ao conjunto probatório.

A definição legal foi inserida pelo art. 158-A do CPP, transcrita a baixo:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

É de suma importância que se mantenha a preservação das fontes probatórias, ainda mais quando se tratar de provas que necessitam de maiores cuidados, como é o caso de coleta de DNA ou alguma prova obtida por meio de interceptação telefônica. É essa confiabilidade da cadeia de custódia que vai trazer alguma robustez para a prova em questão.

A preservação da fonte da prova penal é importante e faz com que possamos usar os standards de prova e que eventuais condenações não sejam fundadas em prova ilícitas ou que se tornaram ilícitas por falta de uma cadeia de custódia que observe as orientações contidas no CPP, trazidas no art.158 B, C, D, E, F, de redação dada a baixo:

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - Reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - Isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - Coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - Acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - Transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IX - Armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização

de contra perícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

X - Descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo em ela permanecer. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Regras claras e objetivas vão diminuir o subjetivismo do magistrado, diminuindo ao máximo o espaço de discricionariedade judicial. Essas regras vão repercutir no processo, trazendo uma melhor qualidade das provas obtidas e conseqüentemente a melhora das decisões.

O objetivo da cadeia de custódia é preservar a prova da maneira que ela é obtida, sem que essa seja modificada, danificada ou substituída. Como bem disse Geraldo Prado (2014), é necessário que se observe as exigências do princípio da mesmidade e da desconfiança. Com a palavra mesmidade, que não encontramos na língua portuguesa, ele quer dizer que a prova tem que ser exatamente a mesma, com todos os seus elementos originários. O que acontece com muita frequência é a manipulação dessas provas com objetivo de condenar alguém. A manipulação não afeta somente o acusado em questão, mas toda a sociedade e quem acredita num processo penal democrático.

A cadeia de custódia exige que se tenha a máxima transparência, exige também um processo respeitando as regras, que toda a documentação seja

preservada, que a linha cronologia da prova seja mantida e preservada adequadamente. Alexandre Moraes da Rosa diz, acertadamente, que num processo penal democrático é de suma importância que os jogadores respeitem um fair play, ou seja, que as regras sejam respeitadas à risca. A não observância dessa regra gera a anulação dos atos praticados, se a cadeia de custódia não foi observada, as provas se tornam ilegais.

O que se quer dizer com a quebra da cadeia de custódia? Quais as consequências dessa quebra da cadeia de custódia? Acontece a quebra da cadeia de custódia quando há a violação das provas, alteração do lastro probatório ou qualquer coisa que venha a diminuir a credibilidade da prova mantida sob custódia. A quebra da cadeia de custódia traz prejuízos gigantescos, tanto para a sociedade quanto para o acusado, por se tratar muitas das vezes de um processo que vá privar a liberdade de alguém. Preservar a cadeia de custódia é algo bem complexo e que exige muita cautela, de modo que sua manutenção evite a manipulação das informações e uma menor exposição do material probatório.

Por fim, vale ressaltar que se houver a quebra da cadeia de custódia ou a não observância de algum procedimento, não pode haver a utilização da prova em questão, essa prova não pode ser utilizada no processo, sua exclusão é o único caminho possível, a utilização de provas derivadas daquela também não será possível. A exclusão das provas em decorrência da quebra da cadeia de custódia pode ser um preço alto que se paga, mas quando a não observância de regras processuais pode significar prender um inocente, não há o que se falar em preço alto.

11 A PRODUÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Antes de entrarmos no mérito da produção probatória no processo penal, é importante trazer a distinção entre meios de provas e meios de obtenção de provas:

1) Meios de prova: é o meio pelo qual o juiz vai ter conhecimento dos fatos, ou seja, é a formação história do fato criminoso, podendo ser usado diretamente na decisão. São exemplos de meios de provas que podem ser utilizados diretamente pelo julgador: a prova testemunhal, documentos, perícias, etc.

2) Meios de obtenção de prova: São instrumentos capazes de obter a prova, os meios de obtenção de prova por si só são capazes de formar o conhecimento, mas não são a prova propriamente ditos. Servem para adquirir coisas que contém força probatória. Como exemplos termos: Delação premiada, buscas e apreensões, etc. Nas palavras de Aury Lopes (2020), os meios de obtenção de provas não são propriamente as provas em si, mas um caminho que leva até as provas.

A produção probatória tem início na fase do inquérito policial, mas essa só tem o condão investigatório, não podendo ser confundido com a produção probatória que existe no decorrer do processo. Podemos concluir que essa fase gera atos de investigação, e como tais, encontram limites na produção probatória. Portanto, só são atos de produção probatória propriamente ditos, os que tem a função de direcionar o magistrado numa provável sentença.

Superada a fase preliminar, é nesse momento que, requerida e admitida a produção probatória, surge o direito das partes de efetivamente produzirem as provas que lhe são interessantes. Chegamos à conclusão que os meios de provas devem, quase sempre, estarem submetidos ao contraditório, na presença das partes e de um juiz natural. Não é cansativo lembrar que a figura do juiz das garantias é essencial para que tenhamos um processo penal democrático e mais justo.

Nas palavras do professor Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p.89), dar o direito de as partes produzirem provas é:

Assegurar a participação dos interessados nos atos de produção (execução, assunção) da prova, o que configura, no dizer de Siracusano, um direito sobre o meio de prova. É através dessa participação, com impugnações, perguntas, críticas, e eventual

oferecimento de contraprova, que se realiza, em sua plenitude, o contraditório na instrução criminal, requisito essencial à legitimação da própria atividade jurisdicional.

O direito à produção da prova passa por algumas fases, dentre elas encontramos: proposição da prova, admissão da prova e por último a execução ou produção da prova. O que seria então esse direito de prova? De acordo com o professor Guilherme Madeira Dezem (2008, p.81) que, nas palavras do Antônio Scarance Fernandes, nos ensina quais são esses direitos:

a) direito de requerer a produção da prova; b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para a sua produção; d) direito a participar da produção da prova; e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador.

Não é possível falar em produção de provas sem falar em direito ao contraditório, num processo penal democrático o contraditório e a ampla defesa devem ser protagonistas. Partindo deste pressuposto podemos dizer que qualquer prova tem que ser submetido ao contraditório, e aqui é necessário fazermos uma distinção entre contraditório sobre a prova e contraditório para a prova. Pode parecer que não existe distinção ou que seria difícil chegar a essa distinção, mas não é. O contraditório sobre a prova é aquele que recai sobre a prova pronta. Em outro sentido, o contraditório para a prova é aquele que recai sobre a formação da prova. Em alguns casos podemos dispensar o contraditório para a prova, é o caso de uma interceptação telefônica.

Há também a necessidade de que o magistrado participe das ações juntamente com as partes como condição para a validade das provas.

12 VALORAÇÃO DA PROVA PENAL

Para falar de valoração da prova penal é necessário que abordemos três sistemas de valoração, são eles: sistema legal de provas, íntima convicção e por último o livre convencimento motivado. Para melhor compreensão é importante fazer as distinções a seguir:

No sistema legal de provas existia uma valoração pré-existente, o legislador previa, a partir de experiências acumuladas. Era como se fosse uma tabela das provas. Tinha esse nome justamente porque o valor a ser tomado já vinha definido em lei, sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto. Nesse sistema a confissão era considerada uma prova absoluta.

O sistema legal de provas era falho porque impossibilitava que o juiz fizesse uma valoração, ficando preso ao que determinava a lei. O juiz ficava então limitado, sem condições para usar sua sensibilidade ao conhecer a singularidade de cada caso.

O sistema da íntima convicção surge como uma novidade diante do sistema anterior, aqui o juiz não precisa fundamentar suas decisões, muito menos seguir parâmetros previamente estabelecidos. Se no sistema anterior o magistrado não podia sair do trilho estabelecido pela lei, aqui chegamos ao outro extremo, o julgador usa sua convicção da maneira que bem entender, sem sequer fundamentar suas decisões. Fugindo do positivismo do sistema anterior, caiu-se num sistema sem controle, onde o magistrado pode fazer a livre valoração da prova, fazendo um excesso da discricionariedade e liberdade no julgamento, sem mostrar os elementos que levaram a determinada decisão.

O sistema da íntima convicção parece algo que ficou nos séculos passados, mas não, é uma reclamação que Aury Lopes Jr. faz há muito tempo. Acontece no tribunal do júri, quando os jurados são dispensados da fundamentação das suas decisões. A supremacia dos poderes dos jurados vai ao extremo permitindo que eles

decidam fora das provas dos autos e até mesmo contra as provas. Não há o mínimo de controle epistêmicos das decisões dos jurados.

Aparece por último o sistema do livre convencimento motivado, esse sistema vem na contramão dos outros dois supracitados, aqui encontramos o princípio a sustentar a garantia de que o magistrado tenha que fundamentar suas decisões, estando previsto, inclusive, no código de processo penal.

Neste sistema não há limites e nem regras abstratas de valoração, distanciando-se assim do sistema legal de provas, mas não há também tanta discricionariedade sem fundamentação como existe no sistema da íntima convicção.

O que nos resta é determinar o alcance da liberdade que o magistrado tem para formar sua convicção. É necessário que o juiz tenha o seu tempo, ou seja, mesmo que respeitado o princípio da duração razoável do processo, o juiz tem que observar o tempo da acusação, o tempo da defesa e seu próprio tempo. Isso significa dizer que o juiz precisa estar convencido, sem que haja dúvida, na hora de fazer a valoração.

Por fim, podemos definir o livre convencimento como algo que é mais limitado do que livre. E com razão, porque se trata de poder, e quando o objetivo é um processo penal democrático, esse poder tem que ser submetido a limitações. Não é aceitável que um juiz decida conforme sua consciência ou convicção, como é impossível separar o elemento subjetivo do juiz, é necessário que se observe as limitações constitucionais.

A valoração da prova, portanto, nada mais que é que determinar o valor concreto de cada prova trazida ao processo, atribuindo esse valor à certeza e à credibilidade da prova, fazendo um paralelo com outros elementos do processo.

Essa tarefa pode até parecer fácil, mas não é, muito pelo contrário. O magistrado nesse momento tem que se afastar ao máximo dos erros. Dependendo da valoração as consequências podem ser imensas. Um erro de interpretação pode levar a entender que o juiz não observou determinados requisitos da prova. De outro modo, uma má valoração da prova pode fazer com que haja a perda de uma chance. Isso

quer dizer que apesar da prova ter sido bem administrada, o magistrado não foi capaz de interpretar de maneira correta.

Por fim, é necessário lembrar que o juiz tem que, em qualquer tipo de valoração, observar o standard de prova adequado ao caso concreto.

13 DA PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA

Totalmente ligada à questão do convencimento do juiz, valoração probatória e da eficácia da dogmática que envolve a prova no processo penal, a questão da prova ilegal e ilegítima deve ser tratada com a importância que lhe é devida. Importante dizer que não cabe aqui fazer qualquer tipo de analogias ou comparações com o processo civil. No processo penal não podemos nos afastar da premissa que forma é garantia, portando, não é possível fazer qualquer tipo de aproximação com outros modelos de códigos.

Importante fazer a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima. A primeira ocorre quando há uma não observância à regra de direito material ou a algum preceito constitucional no momento da coleta ou produção desta prova, antes ou durante o processo. Essa não observância, em regra, ocorre uma violação da intimidade, da privacidade ou da dignidade. Isso ocorre quando há interceptações ilegais, quebra de sigilo bancário ilegal e também quando há invasão de domicílio. Já a segunda ocorre quando há uma violação de uma regra procedimental, ou seja, houve algum vício de procedimento. Ocorre no momento da sua produção em juízo, esse vício tem natureza exclusivamente processual. Um exemplo clássico é a juntada de algum documento fora do prazo prevista para a juntada.

A problemática gira em torno da possibilidade ou não da utilização da prova ilícita. Existe uma corrente minoritária que defende a utilização da prova ilícita. Existe também uma corrente que defende a impossibilidade absoluta da utilização da prova ilícita. E existem aqueles que, acertadamente, defendem que a prova ilícita só pode ser utilizada para benefício do réu. É óbvio que se tratando da liberdade de um indivíduo, quando se sabe da existência de uma prova, mesmo que ilícita, para absolver o réu, sua utilização se faz necessária. Podemos até pensar em uma possível legítima defesa ou até mesmo em estado de necessidade quando se utiliza uma prova ilícita.

Outro ponto importante é a denominada teoria da árvore dos frutos envenenados, que consiste em utilizar as provas derivadas daquela prova ilícita. Muito se discute na possibilidade de utilização deste tipo de prova, falam também em fontes independentes, mas não podemos relativizar o devido processo legal, lembrando que forma é garantia. Partindo da premissa da não utilização de provas ilícitas, todas aquelas derivadas dessa prova ilícitas, também são ilícitas, portanto, não servem para o processo penal.

Precisamos fazer uma leitura da nulidade das provas ilícitas a partir do art. 5, LVI da constituição federal. Muita gente tenta relativizar essa nulidade fazendo uma leitura torta do art. 157 do CPP. Mas não há jeitinho que salve a prova ilícita, devendo ser excluída dos autos do processo sem pensar nos prejuízos que serão suportados pela acusação.

Portanto, quando se tem uma prova ilícita ela tem que ser excluída do processo sem medo de qualquer prejuízo para a acusação. Diferente é o caso quando temos uma prova ilícita capaz de provar a inocência de alguém, por obvio que essa prova poderia ser usada sim. Outra questão importante é a utilização desta mesma prova em outro processo para condenar outra pessoa. Errado, essa utilização não faz nenhum sentido, como não vai servir para inocentar mais alguém, essa prova tem que ser excluída.

14 STANDARD PROBATÓRIO E METÁFORA DO SALTO COM VARA

Essa metáfora foi criada pelos professores Alexandre Moraes da Rosa e Janaina Roland Matida, para simplificar o entendimento dos standards probatórios a partir da metáfora do salto com vara.

O conceito de standard de prova encontrado em países de origem common law, e adorado pelos espanhóis e italianos, tem ganhado cada vez mais adeptos em terras brasileiras. Defendido por grande parte dos doutrinadores em direito penal, os standards ainda geram dúvida sobre sua real função. Aí que surgiu essa metáfora que veio para esclarecer de uma vez por todas o que seria standard de prova.

As metáforas servem para fazer uma ligação daquilo que é sabido para algo que se quer conhecer, ou seja, faz uma associação lógica entre dois assuntos. Para que passemos a entender essa metáfora, será necessário fazer um exercício de memorização do esporte de salto com vara. Consiste, basicamente, em o atleta tentar superar um sarrafo com o auxílio de uma vara. O sarrafo é elevado a alturas maiores quando o atleta consegue superar uma barreira. Para que seja válida o salto do atleta, ele não pode derrubar o sarrafo, ou seja, só avança na competição se conseguir superar o sarrafo. O atleta que se sagrar campeão vai ter de chegar ao último salto com sarrafo muito mais alto do que quando saltou pela primeira vez.

Relembrado como funciona o salto com vara, passaremos a fazer a comparação com o standard probatório. Fazendo um paralelo, o sarrafo corresponde ao standard, podendo ser posicionado mais baixo ou mais alto, a depender da fase processual. A altura do sarrafo (standard) vai exigir mais ou menos esforço do jogador (acusação). Como no processo penal é preciso sempre diminuir os riscos de danos maiores, quando o jogador não consegue ultrapassar o sarrafo, a única saída para o magistrado é a absolvição.

Avançando na reflexão, como dito acima, o jogador (acusação) precisa superar o sarrafo (standard) para que determinada hipótese fática seja tida como verdadeira, mas não é só isso. Como na competição, além de superar o sarrafo, o jogador tem

que respeitar a área delimitada para correr antes de saltar. No processo penal essa área de corrida é delimitada pelo devido processo legal, o jogador não pode tudo, não pode extrapolar a área de corrida, sob pena de não ter sua nota computada. O jogador precisa também respeitar a área delimitada para cair, isso significa que depois de pular ele ainda precisa de manter na área certa. No processo penal quer dizer que uma prova ilegal não pode ser usada, mesmo que ela consiga ultrapassar o sarrafo, não existe convalidação de nulidades mesmo que o jogador consiga superar o sarrafo. Assim como na modalidade esportiva, no processo não vale tudo, todas as regras precisam ser observadas sob pena de nulidade absoluta, ou seja, se o jogar não obedecer à todas as regras, o salto não vale.

Portanto, aplicar os standards probatórios de forma eficaz é um grande desafio que precisamos enfrentar, é preciso que o sarrafo esteja alto de acordo com as fases do processo. O sarrafo tem que estar em nível máximo na última etapa do processo que é a sentença. Só assim vamos conseguir evitar que um inocente seja condenado injustamente.

15 STANDARD PROBATÓRIO NAS FASES DO PROCESSO

Quando se fala em standard probatório é preciso sempre fazer a ligação com o grau de suficiência que determinada hipótese fática tem de superar para ser considerada verdadeira. Mas quando se faz esse raciocínio ligamos os standards à fase final do processo, ou seja, a hipótese acusatória tem que superar o standard de prova para que o acusado seja condenado. Está correto esse pensamento, mas não é só na sentença que devemos aplicar os standards de prova, podemos usar em todas as fases do processo, inclusive na fase pré processual.

Até que um processo chegue ao fim ele passa por várias etapas. Em cada dessas etapas são tomadas decisões que devem ser submetidas a um standard de prova satisfatório. O que vai decidir esse grau de satisfação é justamente a decisão a ser tomada em cada fase processual.

O processo começa antes mesmo de ser um processo, ele tem início com a fase investigatória. É nessa fase que aplicamos o primeiro standard de prova, como a fase de inquérito é uma fase em que se apura as alegações, ou tenta esclarecer o conteúdo da notícia crime, não é razoável exigir um grau de suficiência tão alto. O standard que vamos usar não pode ser confundido com o standard da dúvida razoável. Neste primeiro momento é importante que seja aplicado um standard de prova, mas esse standard não é tão exigente, fazendo alusão à metáfora do salto com vara, o sarrafo nessa primeira fase não precisa estar tão alto. Por motivos óbvios, se fosse diferente, nenhum inquérito seria instaurado. Esse standard só precisa estar ligado com vera semelhança daquilo que o delegado tenha conhecimento. Portanto, o standard aplicado na fase inicial tem o condão de evitar notícias fantasiosas ou mirabolantes.

Um segundo standard de prova tem que ser, ou deveria ser averiguado na fase em que o juiz decide se recebe ou rejeita a denúncia. É nesse momento que o magistrado vai verificar se existe a justa causa para que um processo seja instaurado. Pensando na diversidade de standard probatório, pensando na pluralidade de graus

de suficiência exigidos das hipóteses fáticas nos distintos momentos do processo, esse segundo standard está contido entre o primeiro que é aplicado no inquérito policial e o standard que será aplicado na fase final do processo. É evidente que esse standard vai ser menos exigente que o standard aplicado na sentença, mas vai ter que ser um standard mais exigente do que o exigido na fase do inquérito.

Existe um outro momento em que um standard pode ser aplicado, esse momento é aquele em que o juiz decide de absolve sumariamente o acusado. Quando existe alguma causa de excludente da ilicitude, alguma causa de excludente da culpabilidade ou se existe alguma prova de que o fato não constitui crime. Sendo possível constatar alguma das situações citadas a cima, quer dizer que a hipótese fática trazida pela acusação não superou ao standard de prova. Neste momento, se de alguma forma existir prova de que o fato não constitui crime, não faz sentido deixar o processo rolar até a sentença. Caso não exista nenhuma das hipóteses que excluem a culpabilidade, de que não existem excludentes de ilicitude e que não existem provas de que o fato não constitui crime, entende-se que a hipótese da acusação superou o standard exigido nesse momento.

O último standard de prova a ser aplicado é o mais importante, é aquele que exige o maior grau de suficiência da hipótese fática trazida pela acusação. Esse standard é aquele que tem que ser além para toda dúvida razoável. É nesse momento que os erros judiciais se mostram mais danosos. As decisões judiciais precisam passar por esse filtro epistêmico para garantir a racionalidade dessas decisões. O standard probatório aplicado à sentença judicial tem o nível mais elevado dentre todos os standards exigidos ao decorrer do processo.

Portanto, cada standard de prova tem sua especificidade, cada um com um grau de exigência a depender da fase processual.

16 STANDARD PROBATÓRIO NAS PROVAS EM ESPÉCIE

Os standards probatórios podem ser aplicados em casa da fase do processo, mas isso não exclui o fato de que podemos usar os standards também em casa tipo de prova que será colhida e posteriormente juntada ao processo. Isso ocorre como controle epistêmico do procedimento adotado para a colheita da prova. Cada prova tem suas peculiaridades de cada uma precisa ser submetida a um determinada nível de exigência para que possamos admitir a juntada desta prova ao processo.

16.1 Prova testemunhal

Uma das formas pelas quais é possível se obter as informações é através da prova testemunhal, seja ela direta ou indireta. Direta é a testemunha visual, ou seja, esteve presente no momento em que os fatos aconteceram. De outro lado a testemunha indireta é aquela que, a grosso modo, se chama de testemunha de ouvir falar, não esteve presente na hora, mas ouviu dizer.

Para que a prova testemunhal seja considerada confiável é necessário aplicarmos um standard de prova. Toda que vez que pensamos em testemunha, se tem a impressão de que aquilo é verdadeiro, ou seja, a prova testemunhal passa a falsa impressão de que o que é dito sobre os fatos são verdadeiros, mas não é assim que funciona.

Uma confusão muito grande que se faz dentro do direito é que a testemunha fala a verdade ou fala mentira. Erro crasso, porque a mente humana é falha, ela cria várias situações a partir de sentimentos e experiências de cada pessoa. Um exemplo é quando alguém nos pergunta se fechamos a porta antes de sair de casa, dissemos que sim, mas quando voltamos para a casa e constatamos que a porta não foi fechada. Nessa situação a pessoa mentiu ou não? Esse erro é chamado de erro honesto, um exemplo clássico de falsa memória. Quando se fala em standard de prova, muitas pessoas acham que é exagero de pessoas que são garantistas, mas

quando passamos a conhecer a matéria, vimos que não é exagero, mas algo muito necessário.

O ser humano tem limites cognitivos em relação à memórias, a epistemologia pode ajudar muito em relação a isso. Afastando a possibilidade de a testemunha mentir, querer dizer a verdade não nos garante que aquele fato aconteceu da maneira que a testemunha disse.

É um erro se atribuir uma presunção de veracidade a uma testemunha, no processo penal isso acontece muito com a palavra do policial, é um costume frequente presumir que tudo que o policial diz seja verdade, é a ideia de que se não existe prova em contrário não se tem necessidade de desconfiar do testemunho do policial.

Nossa intenção não é dizer que o policial vá mentir, precisamos é submeter a prova testemunhal do policial a um standard de prova. A prova testemunhal advinda da fala do policial não pode sozinha servir para condenar alguém. Erro muito comum no Brasil. A palavra do policial sozinha nunca poderá ser suficiente para condenar uma pessoa, aceitar isso é dizer que aceitamos um conjunto probatório muito pobre.

16.2 Reconhecimento de pessoas

É importante que olhamos para as provas dependentes da memória, sabendo que as falsas memórias tem uma importância muito grande. Nesse momento é essencial que haja um standard probatório para que tenhamos um controle epistêmico do reconhecimento de pessoas.

Com o avanço das tecnologias, tais como aplicativos de conversas em tempo real, é muito comum que haja um álbum de fotografias mantidas por policiais. Fotos sem o mínimo de controle, fotos colhidas em redes sociais, fotos tiradas na rua, ou mesmo nas delegacias de polícia.

O standard de prova aplicado no reconhecimento de pessoas é o que exige alguns procedimentos para que a prova colhida seja tida como aceitável. Primeiramente não se pode aceitar reconhecimento por fotografias retiradas de redes

sociais. Não é aceitável que o policial induza a vítima a reconhecer alguém forçando um viés confirmatório na vítima.

Há a necessidade de que exigimos determinados protocolos a serem seguidos para o reconhecimento. Deixar claro para a vítima que o reconhecimento será feito com pessoas distintas, pessoas que podem ou ser o autor do crime.

Não é possível que se faça o reconhecimento com apenas uma pessoa. É necessário que além de outras pessoas, esse conhecimento seja feito sem que haja destaque dentre essas pessoas, ou seja, as pessoas em fileira, lado a lado, todas com a mesma roupa. Isso evita que haja um destaque de alguém.

Portanto, o standard probatório no reconhecimento de pessoas exige protocolos que garantem um grau de suficiência aceitável. O procedimento correto é fazer line up, isso que dizer que o reconhecimento será feito com uma fileira lateral, com várias pessoas e com roupas iguais. O reconhecimento nunca será feito com fotos únicas e nem com fotos de redes sociais. O policial não pode, em hipótese alguma, induzir a vítima a reconhecer alguém. O reconhecimento por fotografia pode ser feito, mas só em último caso, e observando alguns protocolos. Sejam eles a exclusão de fotos de redes sociais, a impossibilidade de se reconhecer alguém a partir de somente uma foto, o reconhecimento não é um ato de afirmação, é um ato de aproximação dentre várias fotos com pessoas diferentes.

Por fim, como acontece na prova testemunhal, não podemos nunca aceitar que haja condenação somente com o reconhecimento. Em se tratando de provas que necessitam da memória, ela não pode por si só servir para condenar alguém.

16.3 Provas digitais

É um assunto novo e muito necessário nos dias atuais. Alguns problemas enfrentados no processo penal são bem relevantes. É necessário submeter as provas digitais a um standard de prova elevado. As provas digitais são mais suscetíveis à

manipulação do que as provas que existem no mundo físico, ou seja, a prova digital é muito frágil, qualquer tipo de alteração muda todo o conteúdo da prova. A prova digital sempre requer um interprete para trazer seu conteúdo à tona. Para garantir o principio da mesmidade e o principio da autenticidade é necessária uma cadeia de custódia muito confiável.

Dentro das provas digitais encontramos os vídeos, os conteúdos obtidos em aplicativos de conversas, conteúdos registrados em bancos digitais e qualquer outro documento obtido por meio digital.

O standard probatório nesse tipo de prova vai ser aplicado não somente ao recolhimento dessa prova, mas também ao manuseio desse tipo de prova. Só é aceitável provas que tenha sua confiabilidade resguardada no âmbito do processo penal. Isso que dizer que as informações só serão aceitas se estiverem relacionadas ao processo atual.

Vários aspectos podem diminuir o valor probatório da prova digital, qualquer tipo de alteração na prova digital faz com que essa prova tenha que ser excluída, sem medo de prejudicar o processo.

Por fim, o standard de prova exigível nas provas digitais vai além do que exigimos nos outros meios de provas. O controle epistêmico é condição para que essa prova seja usada no processo penal.

16.4 Prova pericial

No brasil se carece muito de uma valorização científica. A epidemia mostrou para a gente que somos um país muito atrasado em relação a incentivo científico. Enquanto outros países estão avançando cientificamente no caminho de melhorar as provas no processo, o Brasil ainda discute se a prova psicografada pode ser usada no processo.

As provas periciais são colhidas com os vestígios deixados e encontrados no local do crime. Esse tipo de prova possui uma grande relevância no processo penal. Correto de assim ser, o problema é que a falta de incentivo científico faz com que as

provas periciais não apresentam uma qualidade epistêmica que seja interessante. A falta de qualidade das provas periciais é evidente, mas como não possuímos outra maneira de procedimento, somos obrigados a aceitar esse tipo de prova defasada.

A aplicação de um standard de prova alto nas provas periciais é indiscutível, mas a falta de incentivo científico dificulta muita a aplicação de determinados standard de prova satisfatório.

17 AS CONSEQUENCIAS DA NÃO OBSERVAÇÃO DO STANDARD PROBATÓRIO

Sempre que falamos em standard de prova, queremos colocar a frente de qualquer coisa a presunção de inocência e a não culpabilidade de pessoas inocente. É preciso deixar claro que não defendemos a impunidade. Muitas pessoas não conseguem entender que as garantias constitucionais precisam ser observadas para evitar erros judiciais. O objetivo final de qualquer tipo de standard probatório é evitar que um inocente seja condenado injustamente.

Precisamos fazer uma reflexão profunda para entendermos onde está o problema do processo penal brasileiro. O porque de tanta gente condenada injustamente. Precisamos chamar a atenção das pessoas mais insensíveis e mostrar que a historia de uma justiça criminal que é falha a ponto de jogar nas masmorras pessoas que são inocentes.

Um dos piores pesadelos de um ser humano é ter sua liberdade cerceada por causa de uma justiça criminal que realmente não se importa com questões de garantias constitucionais. São pessoas que possuem nomes, famílias e outras pessoas que dependem financeiramente e psicologicamente dessa pessoa presa injustamente.

A não observância de um standard probatório elevado faz com que garantias constitucionais sejam deixadas de lado. Com isso permitimos que a maquina judicial jogue atrás das grades pessoas que de fato sejam inocentes.

Um projeto muito interessante é o Innocent Project, esse projeto foi criado nos Estados Unidos para provar a inocência de pessoas presa. Pessoas que não tiveram garantias constitucionais observadas, não tiveram um standard de prova elevado para evitar a condenação injusta. Esse projeto foi trazido para o Brasil. Isso é algo muito importante para mostrar para as pessoas que as justiças criminais são preconceituosas e não observam as garantias constitucionais.

É muito comum ver debates sobre a impunidade, sobre a morosidade da justiça, mas não se vê tantos debates sobre os erros judiciais e sobre as condenações de pessoas inocentes. É uma das causas mais necessárias para que possamos ter um estado democrático de direito. Precisamos dar o devido valor à perda de liberdade por pessoas que não cometeram nenhum tipo de delitos.

Por fim, não é cansativo que a luta seja no sentido de evitar a condenação de pessoas inocentes. É um assunto que sempre é deixado de lado. O motivo desse esquecimento proposital é que a maioria das pessoas que são condenadas injustamente são pessoas de classes sociais baixas, são pessoas que não possuem voz. Pessoas que são invisíveis para a sociedade e que são vítimas da desigualdade social. Precisamos de mais pessoas dispostas a mudar esse problema do nosso sistema de justiça criminal. Precisamos de mais projetos como *Innocent Project Brasil* para democratizar o acesso à justiça e pelo fortalecimento do estado democrático de direito.

18 CONDENAÇÕES INJUSTAS

Como foi dito anteriormente, a não observância de um standard de prova satisfatório faz com que se aumente as chances de condenações injustas. O problema é que os standards probatórios não são observados e com isso as condenações injustas acontecem com muita frequência. Com base em informações retiradas do site do Innocente Project vamos mostrar os rostos e histórias de pessoas que tiveram suas vidas destruídas pela máquina judicial que passa por cima de todas as garantias constitucionais.

Antônio Claudio Barbosa

Antônio Claudio Barbosa de Castro foi inocentado no dia 29 de julho de 2019, depois de cumprir 5 anos de prisão. Ele foi acusado de ser o “maníaco da moto”, um homem que estuprava mulheres nas ruas de Fortaleza. Em parceria com a Defensoria Pública do Ceará, foram produzidas provas que demonstraram ser impossível que ele fosse o estuproador em série: um vídeo na época do ataque mostra um homem alto, com aproximadamente 1.85m de altura, dirigindo uma moto vermelha, enquanto Antônio mede apenas 1.58m, cerca de vinte centímetros a menos do que o homem registrado no vídeo.

Atercino Ferreira

Atercino Ferreira de Lima Filho foi o primeiro caso de erro judiciário que o Innocente Project Brasil conseguiu reverter. Ele foi condenado a 27 anos de prisão pela acusação de ter abusado sexualmente de seus dois filhos, quando eram crianças. No dia 1º de março de 2018, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu, por unanimidade, a inocência de Atercino. Ele ficou 11 meses preso por um crime que não cometeu.

Steven Avery

Steven Avery se tornou um caso emblemático depois que uma série exibida na Netflix, “Making a Murderer”, produziu um documentário sobre sua vida. O Wisconsin Innocence Project conseguiu provar que Steven era inocente de uma acusação de estupro, pela qual ele cumpriu 18 anos de prisão.

James Bain

James Bain cumpriu 35 anos de prisão pelos crimes de roubo, estupro e sequestro. O Innocence Project da Florida conseguiu provar, por exame de DNA, que James Bain não era o autor dos crimes pelos quais foi acusado. Em razão do erro judiciário, James recebeu do Estado da Flórida indenização de 1,7 milhão de dólares.

Rudolph Arledge

Rudolph Arledge cumpriu 29 anos de prisão por um homicídio que não cometeu. O estado do Texas o condenou a 99 anos, mas em 2013 o Texas Innocence Project conseguiu provar, por um exame de DNA, que ele não era o autor do crime.

Michael Hanline

Michael Hanline foi condenado à prisão perpétua e ficou 36 anos preso por um homicídio que não cometeu, até o Innocence Project da Califórnia provar que ele era inocente.

Irmãos Naves

O caso de Joaquim Naves Rosa e Sebastião José Naves (“os irmãos Naves”), acontecido no final da década de 30, é um dos mais célebres erros judiciários do Brasil. Depois de inocentados pelo Júri popular, os dois irmãos foram condenados pelo Tribunal de Apelação de Minas Gerais a 16 anos e 6 meses de prisão pelo

homicídio do primo, que, anos depois, descobriu-se estar vivo. Ficaram presos mais de 8 anos, e só quando Joaquim já havia falecido conseguiram provar sua inocência.

Heberson De Lima Oliveira

A luz no fim do túnel surgiu para Heberson quando, em uma visita à Unidade Prisional, a Defensora Pública Ilmair Siqueira conversou com o rapaz e acreditou em sua versão dos fatos. Graças à atuação da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, Heberson foi inocentado da acusação de estupro que nunca cometeu. Até ser absolvido, ele permaneceu preso preventivamente por quase 3 anos, foi estuprado na cela e contraiu o vírus HIV.

Esses são alguns dos muitos casos de condenações injustas que existem no Brasil e no mundo. São vidas reais destruídas porque os standards de prova não foram observados. Quando grande parte da sociedade diz que buscamos a impunidade, essas pessoas estão aqui para mostrar que não. Buscamos o mínimo de garantias para que outras pessoas não tenham suas vidas destruídas pela política de justiça criminal do século passado.

Nosso objetivo é trazer o debate crítico e mostrar que o assunto de standard probatória é muito urgente e necessário. Precisamos sempre respeitar as garantias constitucionais a fim de trazer um processo penal mais democrático para que tenhamos um processo penal democrático.

19 A RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Quando se fala em decisões judiciais se tem a falsa impressão de que essa decisão se traduz em justiça, ou mesmo que a decisão seja a mais acertada ao caso em concreto. Não é isso que acontece na realidade, é impossível separar as decisões judiciais da subjetividade do juiz.

A racionalidade é algo muito complexa e está ligada à psicologia e sociologia. Algo que sempre foi de difícil definição pela ciência. Trazendo a racionalidade para as decisões judiciais, é preciso fazer com que essa racionalidade tenha sempre em vista o devido processo legal. As decisões precisam respeitar todos os princípios trazidos pela constituição, tentando se manter adstrito às provas que possuem no processo e afastando ao máximo a subjetividade.

Como garantia fundamental, para se alcançar o objetivo maior que é uma decisão racional, afastada ao máximo da subjetividade do juiz, é preciso que o juiz seja imparcial. Aliás, temos exemplos recentes de que a parcialidade de um juiz pode ser muito prejudicial, não só para o réu, mas também para a sociedade. O princípio do juiz imparcial é a premissa básica do estado democrático de direito. Qualquer decisão de um juiz que não foi imparcial é nula. Nulidade absoluta, ou seja, seus atos não podem, de maneira nenhuma, serem convalidados.

Não dá para falar em racionalidade das decisões sem falar em viés confirmatório e dissonância cognitiva, esses dois termos estão ligados à psicologia e a neurociência. Os estudos indicam que a mente humana pode facilmente ter uma predisposição em fazer com que uma pessoa faça uma escolha a partir de algum conhecimento prévio. Conhecimento esse que pode ser algum preconceito, alguma crença ou por alguma experiência de vida, seja ela positiva ou negativa.

O viés confirmatório acontece quando temos algo formado em nossa mente, sempre quando acontece alguma situação parecida com aquele prejulgamento que já temos, automaticamente nossa mente faz uma associação com a fato. Por exemplo, se o juiz é mais conservador e é criado em família com tradição religiosa, quando pega um caso de um rapaz de periferia, cheio de tatuagens e usuário de drogas, ele automaticamente associa isso a algo ruim. Portanto mais propenso em cometer atos ilícitos, a partir dessa premissa ele toma decisões mais simplificadas porque no seu inconsciente ele já sabe que o rapaz é culpado.

É muito pertinente dizer a importância da figura do juiz das garantias, que teve sua eficácia suspensa pelo STF, se o juiz tem contato com as provas produzidas antes do processo, autoria quebra de sigilos e ordena mandato de prisões antecipadas, a chance de ele criar um viés confirmatório é de quase 100%.

Muita das vezes o viés confirmatório toma uma posição de protagonismo nas decisões judiciais, nem sempre isso significa algo ruim, mas quando o viés se traduz em algo preconceituoso faz com que o magistrado haja com subjetividade, fazendo com que haja vários erros judiciais que são muito prejudiciais. Nas palavras do professor Alexandre Moraes da Rosa (2018, p.15):

No entanto, por serem atalhos mentais, tornam-se potencialmente perigosos em contextos complexos, nos quais essa substituição da pergunta alvo (mais difícil) pela pergunta heurística (mais simples) pode gerar visões distorcidas da realidade, sobretudo porque ficamos cego à substituição.

O viés confirmatório faz com que o juiz tome decisões mais simplificadas, usando mais da intuição e menos da racionalidade objetiva. Isso pode resultar em decisões contraditórias e arbitrárias. Tendo em vista que os juízes no Brasil possuem uma grande carga de processos a serem julgados, é preciso evitar ao máximo a simplicidade nas análises de cada caso.

A dissonância cognitiva também é de grande importância para entendermos a problemática em torno da racionalidade das decisões judiciais. Ela parte da premissa que o ser humano tem uma tendência natural de equilíbrio entre nossas cognições em sentido amplo, como nossas crenças, opiniões e conhecimento. Sob pena de experimentar um estado desconfortável de dissonância cognitiva, ou seja, é um

conflito no âmbito das psiques. Vamos usar um exemplo, imaginemos uma pessoa vegana, para ela o equilíbrio é não comer carne, quando alguém traz um prato com carne e diz que carne é essencial para a vida, essa pessoa tem o rompimento com a crença que ela tem. Isso faz com que ela aja de forma a retomar o equilíbrio, seja por ações voluntária ou ações involuntárias. Perceba que essa pessoa vá sempre tentar repelir essa experiência desconfortável. Ela tende a afirmar sua posição e buscar formas de reforçar sua posição. Portanto há sempre uma tendência em valorizar muito tudo aquilo em que ela crê e desvalorizar tudo que é contrário.

Trazendo para o contexto do processo penal, o juiz tem que se afastar sempre dessa dissonância cognitiva. Mais uma vez se faz necessário falar do juiz das garantias, o juiz que tem contato com a fase investigativa tem uma propensão em criar um viés confirmatório e qualquer prova trazida em contrario faz com que haja uma dissonância cognitiva. Isso quer dizer que o juiz já tem em sua mente uma decisão, tudo que vier em sentido contrario causará uma dissonância, fazendo com que o juiz tente a afastar essa informação que conflite com aquilo que ele já adquiriu na fase investigatória.

Por fim, após fazer uma breve análise sobre viés confirmatório e dissonância cognitiva, chegamos a conclusão que o juiz tem uma chance muito maior de condenar quando se tem o conhecimento dos fatos na fase investigatória, o juiz tende a se aproximar da tese acusatória, destruindo o equilíbrio que o processo precisa ter. A dissonância cognitiva contamina o juiz e faz ele favorecer à hipótese acusatória.

20 CONFIABILIDADE DAS DECISÕES EM ÂMBITO PENAL

Quando levamos uma questão à apreciação do poder judiciário, buscamos a decisão mais acertada, uma decisão que seja justa. No entanto são vários os fatos que podem prejudicar a tomada de decisões por parte do poder judiciário. Uma decisão correta no ponto vista epistêmico faz com que as partes se sintam satisfeitas, mas além disso, temos a satisfação da sociedade em saber que a justiça está ali para garantir aos cidadãos que o poder judiciário está a serviço das pessoas.

A fim de garantir a segurança jurídica, vários procedimentos são adotados para que as decisões sejam tomadas de forma a garantir a aplicação da lei. Os procedimentos trazidos pelo CPP não são suficientes para garantirem que as decisões sejam tomadas de forma a satisfazerem os anseios da sociedade. Tendo em vista que o magistrado é um ser humano que possui medos, desejos e fraquezas, não é possível que tenhamos as decisões mais acertadas.

Sabendo que o juiz pode decidir a partir de crenças e convicções pessoais é que grande parte da doutrina defende procedimentos mais específicos a serem abordados pelos magistrados a fim de garantirem a melhor aplicação da lei. Dentre esses procedimentos estão os standards probatórios que são essenciais ao estado democrático de direito. O juiz de garantias também é outra figura que é essencial ao controle epistêmico de decisões no âmbito do processo penal. Estamos avançando nesse sentido e os ganhos são inestimáveis. Com a adoção de métodos como a impossibilidade de o magistrado decretar prisão preventiva de ofício sem o pedido do ministério público mostra que estamos evoluindo.

No entanto, há uma parcela da sociedade juntamente com uma parcela de juristas que juntos carregam a bandeira que foi levantada com o pacote anticrime e seus adeptos. Esse projeto em seu estado bruto tinha o objetivo de eliminar garantias constitucionais em nome da busca pela verdade real, não existe falácia maior que essa.

Por fim, mas não menos importante, é preciso deixar claro que num estado democrático de direito não existe a figura do juiz salvador da pátria, é preciso falar, incansavelmente que, não existe juiz que combate o crime. A figura do juiz que dará a sentença não pode ser a mesma que tem contato com a investigação, não é compatível com a figura do juiz que tem contato com a produção probatória. O juiz precisa se afastar de qualquer dissonância cognitiva e de qualquer viés confirmatório. Deixar de lado qualquer tipo de crença e preconceito. O juiz tem que estar vazio, ele precisa estar neutro a qualquer situação previamente decidida. A decisão do juiz precisa trazer esse nível de confiança. A decisão precisa ser aquela que trará maior confiabilidade e adequação ao caso concreto e não a decisão que mais agrada um ou a outro. Só assim chegaremos próximo ao modelo de processo penal onde exista o mínimo de garantias constitucionais observadas e que tenhamos uma decisão mais satisfatória do ponto de vista epistêmico.

21 CONCLUSÕES

O objetivo central deste trabalho é mostrar a importância dos standards probatórios na busca de um processo penal mais democrático e mais justo. A preocupação que sempre nos rodeia é de que pessoas inocentes possam a ser condenadas injustamente, com isso os estudos são voltados para evitar qualquer tipo de injustiça no âmbito criminal.

Percorremos um caminho que passou pelos fatos históricos relacionados à prova no processo penal, vimos que a prova é um elemento essencial num processo. Vimos também que a prova advinda da tortura foi por muito tempo, uma das provas principais e que servia unicamente para condenar alguém ou extrair da pessoa algum testemunho que pudesse incriminar outrem.

No trilhar do trabalho foi feita uma exposição sobre a busca da verdade no processo penal. Essa matéria é de suma importância e até hoje encontramos um grande numero de pessoas que acreditam na falácia de buscar a verdade real. A busca pela verdade passa por cima das garantias constitucionais e legitima o estado a praticar as piores atrocidades em nome da verdade. Essa verdade não existe, não é viável tentar encontrar algo que não existe. Portanto, é preciso que nos afastamos o máximo possível dessa velha história de que o processo penal existe para de buscar a verdade sobre os fatos.

Observou-se que as provas precisam passar por uma filtragem epistêmica para garantir a diminuição de danos decorrente de condenações injustas. Isso também passa por uma cadeia de custódia que seja confiável e que garanta a integridade das provas.

Na sequencia foi analisada a metáfora do salto com vara para uma melhor compreensão dos standards probatórios. Janaina Matida e Alexandre Moraes da Rosa foram muito felizes quando criaram essa metáfora, ela faz com que o entendimento sobre o tema fique o mais claro possível. Portanto a acusação tem a obrigação de superar o sarrafo que necessariamente tem que estar postado no mais alto nível de exigência para que alguém seja condenado.

O objetivo principal dos standards de prova é evitar condenações injustas. A não observação dos standards joga atrás das grades pessoas que não deveriam estar ali. Muita gente não se importa com o problema da política criminal no Brasil porque não sofre na pele as consequências. Foram expostos casos reais de pessoas que tiveram suas vidas destruídas ao serem condenadas injustamente. Por óbvio, esses danos causados a essas pessoas nunca poderão ser reparados. Só conseguiremos diminuir muito essas injustiças quando adotamos políticas que garantem que o processo penal seja democrático e mais cristalino, e isso passa por uma adoção dos standards probatórios. E que sejam muito elevados.

A adoção dos standards faz com que as decisões judiciais sejam mais confiáveis. Faz com que o magistrado se sinta mais seguro e evite usar a subjetividade para valorar as provas trazidas ao seu conhecimento.

Por fim, pode causar um pouco de estranheza o fato de encontrarmos a junção de neoliberalismo com o direito penal, mas faz total sentido se levarmos em conta que a maioria da população carcerária é composta por pessoas negras e de pessoas com baixo poder aquisitivo. Não é exagero falar que a luta para que evitemos condenações injustas não seja uma luta da classe mais favorecida, isso porque não afeta tanto essa classe. O problema da política criminal adotada em solo brasileiro é que ela tem um público alvo muito bem delimitado, público esse que apesar de ser a maioria não possuem voz para lutar contra a máquina mortífera do estado. É justamente aqui que entra a questão do neoliberalismo. Quem defende essa corrente não se importa com as pessoas mais pobres e fazem disso um meio de eliminação, ou seja, a política criminal é ruim, mas é proposital. É um meio de controle social feita pelo poder judiciário, com a chancela daqueles que visam lucro acima de tudo.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, F. M. A. G. **Breve Análise do Histórico da prova penal**. Justilex, Brasília, Agosto 2003.

BADARÓ, G. **Epistemologia jurídica e prova penal**. São Paulo: [s.n.], v. 1 Ed, 2019. 304 p.

BADARÓ, G. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Constituição (1937) **Constituição** dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937.

BRASIL. Constituição (1891) **Constituição** da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Constituição (1946) **Constituição** dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

CASOS de pessoas inocentes, **Innocence Project**. 2020. Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org/casos>. Acessado em 23 de abril de 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas: atualizado de acordo com as leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08**. Campinas, SP, Conceito, Millennium, 2008.

DIAMOND, H. A. **Reasonable Doubt: To define, or not to define**. Columbia: [s.n.], 1990. 1716 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Direito à prova no processo penal**, São Paulo, RT, 1997

JR., A. L. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, v. 17, 2020. p. 1232.

KNIJNIK, D. **Os standards do convencimento judicial: Paradigmas para o seu controle.** Revista Forense, Rio de Janeiro, 2001.

MATIDA, J. **Epistemologia Jurídica aplicada ao processo penal, temas para uma perspectiva crítica do direito.** No Plelo, São Paulo, Junho 2020.

MATIDA, J. **O valor probatório da palavra do Policial Boletim bimestral trincheira democrática do Instituto Baiano de Direito Porcessual Penal.** Trincheira Democrática IDBPP, 8 Abril 2020.

MATIDA, J.; ROSA, A. M. D., artigo em meio eletrônico: **Conjur, metáfora do salto com vara**, 20 de março de 2020, pode ser encontrado em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>

NARDALLI, M. A. M. **Presunção de Inocência, Standards de prova e Racionalidade das Decisões sobre os fatos.** Academia Edu, 2018.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos.** São Paulo, Marcial Pons, 2014.

ROSA, A. M. D. **Guia do Processo penal conforme a teoria dos Jogos.** Florianópolis: [s.n.], v. 6, 2020. p. 932.

ROSA, A. M. D. **Guia do Processo penal conforme a teoria dos Jogos.** Florianópolis: [s.n.], v. 6, 2018.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TAVARES, J.; CASARA, R. R. **Prova e Verdade.** São Paulo: Tirant, 2020. p. 173.

VASCONCELLOS, V. G. D. **Standards probatório pra condenação e dúvida razoável no processo penal.** Revista Direito FGV, São Paulo, n. 1961, 2019 - 2020.

WOJCIECHOWSKI, P.; ROSA, A. M. D. **Vies da Justiça: como as heurísticas e vieses operam na decisões penais.** Florianópolis: Emais, v. 2, 2021.