

UNILEÃO
CENTRO UNIVERSITÁRIO DOUTOR LEÃO SAMPAIO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATHEUS LIMA GONÇALVES

**STANDARDS PROBATÓRIOS: A RELEVÂNCIA NO DIREITO PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO**

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2022

MATHEUS LIMA GONÇALVES

**STANDARDS PROBATÓRIOS: A RELEVÂNCIA NO DIREITO PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso – *Artigo Científico*,
apresentado à Coordenação do Curso de Graduação
em Direito do Centro Universitário Doutor Leão
Sampaio, em cumprimento às exigências para a
obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Me. Luís José Tenório Britto.

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2022

MATHEUS LIMA GONÇALVES

**STANDARDS PROBATÓRIOS: A RELEVÂNCIA NO DIREITO PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO**

Este exemplar corresponde à redação final aprovada do Trabalho de Conclusão de Curso de MATHEUS LIMA GONÇALVES.

Data da Apresentação: 05/12/2022.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Professor Mestre Luís José Tenório Britto.

Membro: PROF. ME. ANDRÉ JORGE ROCHA DE ALMEIDA.

Membro: PROF. ME. FRANCISCO THIAGO DA SILVA MENDES.

JUAZEIRO DO NORTE-CE

2022

STANDARDS PROBATÓRIOS: A RELEVÂNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Matheus Lima Gonçalves¹
Luís José Tenório Britto²

RESUMO

O trabalho centrou-se em determinar a temática de Standards Probatórios, que pode ser definido como os critérios para averiguar a satisfação da carga probatória, o “quanto” de prova é necessário para decidir, e fundamentar uma hipótese acusatória. Para o processo penal, o mais exigente deles é o standard de prova acima de toda dúvida razoável (BARD), sendo, o efetivado na sentença penal condenatória. O método utilizado se destaca por pesquisa básica e exploratória e tem como abordagem qualitativa e fontes bibliográficas. O objetivo geral foi analisar qual a importância do standard probatório de prova acima de dúvida razoável para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como a garantia da imparcialidade com a introdução do juiz das garantias. Assim, os objetivos específicos comprometeram-se a indicar a natureza jurídica do processo penal através das teorias de Bülow, Goldschmidt e Fazzalari, bem como estabeleceu a intrínseca relação da presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade, e apontou qual o sistema processual é utilizado pelo processo penal brasileiro. Concluiu-se o estudo com a relevância do standard probatório para o ordenamento jurídico brasileiro, pois, ele concede garantia e segurança a sociedade, assegurando, que o magistrado condene sob padrões objetivos, sem íntimas convicções.

Palavras-Chave: Standards Probatórios. Presunção de Inocência. *In Dubio Pro Reo*. Dúvida Razoável.

ABSTRACT

The present paper its focused on determining the Proof Standards thematic, which can be defined as criteria to make sure the satisfaction of the evidentiary load, the “how much” of evidence is necessary to decide, and to substantiate an accusatory hypothesis. For criminal proceedings, the most demanding of them is the standard of proof beyond all reasonable doubt (BARD), which is the one implemented in the condemnatory criminal sentence. The method used stands out for its basic and exploratory research and has a qualitative approach and bibliographic sources. The general objective was to analyze what the evidentiary standard proof importance above reasonable doubt for the Brazilian legal system, as well as the guarantee of impartiality with the introduction of the guarantee judge. Thus, the specific objectives were to indicate the legal criminal nature procedure through the theories of Bülow, Goldschmidt and Fazzalari, as well as establishing the intrinsic relationship of the innocence presumption and non-culpability presumption and pointed out which procedural system is used by the Brazilian criminal procedure. The study was concluded with the evidentiary standard relevance for the Brazilian legal system, since it grants guarantee and security to society, ensuring that the magistrate condemns under objective standards, without personal convictions.

¹ Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/UNILEÃO; e-mail: matheus.limaf3@outlook.com.

² Professor do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/UNILEÃO, Especialista em Direito Penal e Criminologia, Mestre em Direito Penal pela PUC-MG, professor de pós-graduação na URCA e UNILEÃO; e-mail: luisjosetenoriobritto@gmail.com.

Keywords: Proof Standards. Innocence Presumption. *In Dubio Pro Reo*. Reasonable Doubt.

1. INTRODUÇÃO

Muito se discute sobre o ordenamento processual penal brasileiro não possuir previsão expressa de standard probatório para a condenação. Relata-se que “não há standard probatório legalmente previsto ou jurisprudencialmente adotado com uma formulação clara”, de modo que os juízes recorrem a “critérios flexíveis de prova, com largo espaço para discricionariedade judicial” (BALTAZAR, 2008, p. 16).

O Standard Probatório, que pode ser definido como os critérios para averiguar a satisfação da carga probatória, o “quanto” de prova é necessário para decidir, e fundamentar uma hipótese acusatória. Quando atende a este critério de adequação da suficiência probatória é possível legitimar a decisão. É um marco que determina “o grau mínimo de prova” exigido para considerar-se provado um fato (LOPES JÚNIOR, 2022).

Sob tal ótica, para Vasconcellos (2020), discute-se a relevância da prova, para comprovar um fato como verdadeiro. Observa-se que os Standards almejam responder: quando se pode legitimamente afirmar que algo aconteceu? Ou, simplesmente, quantas e quais provas são necessárias para isso.

Constitucionalmente, é previsto que o juiz tem a obrigação de fundamentar, conforme o princípio da Motivação das Decisões Judiciais³, mas não há padrões, modelos, ou regras claras sobre como isso deve ser feito, pois não há delimitação do princípio da livre apreciação de provas, contudo, nota-se que nos países aderidos ao sistema de common law, esse papel é suprido através dos Standards, especificamente da prova acima de dúvida razoável, que concretiza a presunção de inocência (BALTAZAR, 2008).

Consequentemente, a prova no processo penal se torna passível da livre persuasão do juiz, caracterizando como um sistema aberto para concretizar o convencimento do julgador ao aderir à prova no processo, e mais específico, para decidir sobre a condenação do réu.

O objetivo geral é analisar qual a importância do standard probatório de prova acima de dúvida razoável para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como a garantia da imparcialidade com a introdução do juiz das garantias. Assim, os objetivos específicos propõem determinar a natureza jurídica do processo penal através das teorias de Bülow, Goldschmidt e Fazzalari, bem como determinar a intrínseca relação da presunção de inocência e presunção de não-

³ Artigo 93, inciso IX, da CF/88: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

culpabilidade, e apontar qual o sistema processual é utilizado pelo processo penal brasileiro.

A presente pesquisa possui natureza básica com uma abordagem do problema qualitativamente, de acordo com Prodanov e Freitas (2013), a abordagem qualitativa é apontada por meio do contato frequente com a realidade e não envolve número. Permitindo assim a avaliação de citações, podendo assim a verificar e descrever um conjunto de padrões advindos do meio científico.

O objetivo deste trabalho é exploratório, Segundo Gil (2008), é familiarizar-se com um assunto ainda pouco conhecido, pouco explorado. Como qualquer pesquisa, ela depende também de uma pesquisa bibliográfica, pois mesmo que existem poucas referências sobre o assunto pesquisado, nenhuma pesquisa hoje começa totalmente do zero.

No âmbito social da pesquisa, deve-se buscar uma garantia para a sociedade, de modo que com a inclusão dos standards probatórios no ordenamento jurídico brasileiro, haverá consequências positivas para se evitar o erro judiciário, assim como deve evitar que um inocente seja condenado, por uma decisão incisivamente subjetiva, valorada por uma motivação irracional perante as provas do juízo fático no processo penal (VASCONCELLOS, 2020).

Na perspectiva do conhecimento acadêmico, de acordo com VASCONCELLOS (2020), pode-se acrescentar a base do Direito Comparado, pois o standard de “prova além da dúvida razoável” trata-se de um método devidamente instaurado pelo ordenamento jurídico americano, uma vez que, atualmente não é utilizado somente pela dogmática estadunidense, mas por outras fontes, com destaques internacionais.

Frente ao contexto apresentado, trata-se de uma novidade Jurídica, ou legislativa, para o ordenamento jurídico brasileiro, referente ao direito comparado, pois tal temática não tem previsão legislativa no Brasil. Mas, pode-se dizer que implicitamente o standard pode ser extraído da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* (VASCONCELLOS, 2020).

Deve-se analisar as teorias de Bülow, Goldschmidt e Fazzalari, pois abrangem a natureza jurídica do processo. Bülow explica o processo como uma relação jurídica, aonde as partes e juiz tem direitos e obrigações recíprocas. Goldschmidt destaca o processo como situação jurídica, e denomina o processo como complexo, que através dos atos processuais podem gerar expectativa de uma sentença favorável, diante de uma carga probatória. E por fim, Fazzalari afirma o processo como um procedimento em contraditório, em que todos os atos, inclusive as partes, devem se manifestar sob contraditório, e o juiz se abster do procedimento (LOPES JÚNIOR, 2022).

O *in dubio pro reo* não é suficiente para determinar os limites ao juízo condenatório, pois, segundo VASCONCELLOS (2020. p. 8), “é necessário fixar um standard probatório, um

nível de comprovação apto a legitimar a condenação”. Contudo, pode-se afirmar que uma interpretação do sistema processual penal brasileiro, na atualidade, impõe a adoção de um standard rigoroso, para reforçar à presunção de inocência. Entretanto, o autor opina que é fundamental a alteração legislativa: “para inserir previsão expressamente e delimitar adequadamente o seu conteúdo”.

2. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL: “REGRAS DO JOGO”

A descrição que será apresentada destina-se a conhecer o processo penal, pois é imprescindível o reconhecimento de como se dá o processo como base da jurisdição penal, como relatar sobre os vínculos que unem os sujeitos do processo, e de toda a estrutura, uma vez que seu objetivo é garantir o cumprimento da lei penal, mas também garantir que o Estado aplique sanção penal justa (FAZZALARI, 2006; LOPES JÚNIOR, 2022).

Começaremos a ver primeiro por Bülow, que menciona o processo como uma relação jurídica, esse ator teve grande destaque para o processo, pois seus estudos diferenciaram o direito material do processual. Bülow, estabelece a reciprocidade de direitos e obrigações entre as partes e o juiz, originando uma relação jurídica triangular, com garantias e direitos subjetivos no processo para o acusado, como igualdade de armas com a acusação, sendo o acusado parte essencial no processo (BÜLOW, 2005; LOPES JÚNIOR, 2022).

Essa teoria de Bülow foi duramente criticada por Goldschmidt, que destinou seus estudos para o processo como uma situação jurídica, também mostrou as falhas da teoria de Bülow. Esse autor (Goldschmidt) diz que o processo é um agregado de situações processuais, que as partes seguem trilhando para buscar uma sentença favorável. Para ele o processo não é pautado de risco e incerteza, mas de um processo complexo, onde os atos nele vão gerando oportunidades, que se aproveitadas irão permitir a liberação da carga probatória para a parte, direcionando a expectativa de uma sentença favorável. Incube aqui, cargas processuais, e não obrigações, pois a acusação é que tem a obrigação de provar os fatos (princípio de presunção de inocência) (GOLDSCHMIDT, 2018; LOPES JÚNIOR, 2022).

Já Fazzalari destina o processo como “procedimento em contraditório”, dando uma certa continuação aos estudos de Goldschmidt. De acordo com esse autor, o contraditório deve presenciar todos os atos do procedimento até a sentença. A base do processo está na igualdade da participação das partes, sob contraditório. O juiz deve garantir o contraditório, dando as partes o poder de defesa e acusação, afastando a figura do juiz inquisitório. Por fim, as teorias

de Fazzalari e Goldschmidt se “completam”, contribuindo para a promover um processo penal democrático e constitucional, que garanta o devido processo legal, as regras do jogo, e contraditório (FAZZALARI, 2006; LOPES JÚNIOR, 2022).

A manifestação de pensamento de Bülow sobre o direito processual é que se relaciona entre direitos e obrigações recíprocas, tornando-as em uma relação jurídica (BÜLOW, 2005).

No direito antigo, o processo era exclusivo apenas para funcionários do estado e os cidadãos, onde os direitos e obrigações processuais aplicavam-se a estes, quando o processo se tratava da função dos oficiais públicos e as partes eram demandadas apenas no vínculo jurídico e cooperação com a atividade judicial (BÜLOW, 2005).

A relação jurídica processual apenas se concretiza com a legítima contradição oposta em juízo pelas partes, o contrato de direito público em que de um lado o tribunal assume a obrigação real de decidir e realizar o direito deduzido em juízo, e de outro lado, as partes ficam obrigadas, a realizar uma prestação de colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade. A relação jurídica processual está em constante movimentação e modificação (BÜLOW, 2005).

Em controvérsia com o autor citado, Goldschmidt enxerga o processo penal como o “procedimento que tem, por objeto, a declaração do delito e a imposição de pena”. Não se trata mais de uma relação jurídica comentada por Bülow, mas uma situação jurídica que será apresentada a seguir (GOLDSCHMIDT, 2018, p. 19).

Destaca-se um ponto desse autor, onde questiona a essência do processo, pois para ele existe problemas, como o motivo de um processo supor a imposição da pena. Assim, existe uma solução, já que o processo é uma construção técnica artificial, ou seja, tende a proteger os indivíduos contra o abuso do poder do Estado. Ademais, exalta-se que o processo cogita impor uma pena, pois é uma manifestação da justiça, que tem como caminho o devido processo legal. Então, a pena seria uma compensação ao prejuízo provocado à vítima do crime (GOLDSCHMIDT, 2018).

Esse autor, afirma que desde que o processo penal se separou do processo civil, designa requisitos de suas próprias categorias adequadas à base de seu objeto, o direito do Estado de punir. Ou seja, o Direito de punir o indivíduo se assemelha com o poder judicial de condenar e executar a pena do suposto culpado. Assim, o Estado participa do processo não como parte, mas como juiz (GOLDSCHMIDT, 2018).

Para existir o processo, é necessário que o juiz dê condições as partes para o andamento de sua atividade, que os “interessados” e os “contrainteressados” estejam sob a mesma paridade de armas, para que o procedimento tenha o contraditório. Assim, é uma função do juiz proferir

decisão com ordem e cautela, no contraditório das partes (FAZZALARI, 2006).

Enfim, Goldschmidt criou um pensamento dogmático do objeto do processo penal, que se distingue da dogmática do processo civil. Assim, vale ressaltar que em Bülow (2005), a teoria dominante que abarca o processo civil é uma relação jurídica, na qual se adotou para o processo penal também. Mas, há lacunas sobre a relação jurídica processual, pois, não há valor nesta teoria, criticada por Goldschmidt, que para ele o processo é uma “situação jurídica” (GOLDSCHMIDT, 2018; BÜLOW, 2005).

Mas para a teoria de Fazzalari (2006) é essencial desenvolver o processo em contraditório, e que haja a participação de ao menos dois sujeitos, cujos interesses se divergem, um sendo interessado e outro “contrainteressado”, sobre o qual o ato final é destinado a produzir efeito favorável ou prejudicial (FAZZALARI, 2006).

Os “pressupostos processuais” são inválidos, pois devem ser previstos no próprio processo, sendo “pressupostos de uma sentença de mérito”. Assim, para o autor o dever do juiz de ter o conhecimento da acusação, tem como base a obrigação estatal de administrar a justiça, e para as partes não pode impor obrigações processuais, seja em frente ao juiz, seja reciprocamente (GOLDSCHMIDT, 2018).

Não há que se falar em reconhecer um direito potestativo da acusação (MP) de constituir a relação jurídica pública, mas apenas uma faculdade a ser realizada, uma obrigação para o Estado administrar a justiça, pois, a acusação não poder ser um pedido de administrar a justiça (em abstrato), mas deve ser exercido o direito de punir (em concreto), como um direito potestativo, sendo exclusivamente um direito de acusação material e concreto, ao contrário da relação jurídica (processual e abstrato) (GOLDSCHMIDT, 2018).

A acusação não pode requerer na ação penal, expressamente, que o juiz condene o réu, ao contrário da ação civil onde se pede a condenação, pois para a acusação da ação penal é cabido somente o requerimento da admissão da acusação, assim como outras diligências para comprovar o fato criminoso, e medidas cautelares patrimoniais contra o acusado. Ante o princípio da inércia da jurisdição, onde o magistrado atua somente com a provocação das partes, ou seja, deve a acusação demandar ação penal para o juiz de instrução, que seguirá toda a persecução penal, antes de uma condenação (GOLDSCHMIDT, 2018).

O erro da teoria da relação jurídica processual é a essência do conceito desta, pois consiste em matéria unicamente abstrata, ou seja, na teoria sente a ausência de toda conexão com o objeto do processo, seja o direito civil, seja o direito de punir. Nesse sentido, o autor adota a teoria de que o processo se constitui uma “situação jurídica de seu objeto”, mas não é uma relação jurídica abstrata (GOLDSCHMIDT, 2018).

Fazzalari (2006), também, afirma do declínio da “relação jurídica”, descrita por Oskar Bülow, pois há a impossibilidade de empregar esse preceito em relações complexas entre normas (FAZZALARI, 2006).

Para explicar melhor a teoria das situações jurídicas, o autor explica que o nascimento de um direito ou de uma obrigação material se molda a partir da existência dos fatos, que prevê seu tipo penal. Os direitos ou cargas processuais se condiciona a evidência, especificamente, da prova dos fatos. Para um fato ser evidência, se condiciona a necessidade de um ato processual. Mas também, constantemente, para que esse ato se concretize em definitivo, é necessário a apreciação de um meio de prova, para suprir uma expectativa ou possibilidade processual enquanto se discute um possível processo futuro (GOLDSCHMIDT, 2018).

Em uma perspectiva mais evoluída, Elio Fazzalari, destaca a norma como valor, condizente com um padrão de valoração de uma conduta, assim, descreve o comportamento do ato que se irá regular, e pela ligação ao ato, qualificando como lícito ou obrigatório. Nesse sentido, a ilicitude não é contemplada, pois aqui o não infringir uma norma é “um dever” (FAZZALARI, 2006).

Observa-se que Fazzalari impõe a valoração jurídica do ato normativo, que difere dos dois autores anteriormente citados. O Estado tem normas gerais que tipificam um comportamento abstrato, sendo que só se concretiza quando o fato insurgir, na realidade, dos pressupostos indicados pela própria norma (FAZZALARI, 2006).

O contraditório aqui move o processo, pois por causa dele que é possível existir o “processo”, sendo a estrutura dialética do procedimento. Assim, o processo é formado quando em alguma fase da preparação de um ato é proferida a participação do seu autor (juiz), dos destinatários (partes) dos seus efeitos, em contraditório, de maneira que eles possam produzir as atividades determinadas, e que os resultados podem ou não atenderem as expectativas. Dessa forma, se ausente o contraditório, ou que não haja possibilidade que ele se realize, não há como constituir o processo (FAZZALARI, 2006).

O processo penal nada mais é do que um jogo processual, onde há lugares que o compõe, como: o julgador (juiz, desembargadores, ministros; jogadores (acusação, assistente de acusação, defensor e acusado); estratégia dos jogadores (uso do resultado); tática das jogadas; e os resultados, pois tal concepção é determinada pelo posicionamento de Alexandro (ROSA, 2013).

3. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Para dar continuidade a esse contexto, é necessário discutir sobre os tipos de sistemas processuais penais que indicam como será feita a persecução penal, inclusive de como será feito o padrão de carga probatória discutido nessa pesquisa.

O sistema inquisitório trata-se de um modelo histórico, como existiram os “tribunais de inquisição”, originados no século XIII, para reprimir a heresia e aqueles que fossem contrários ou que pudessem criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. Outrossim, é da natureza desse sistema concentrar as funções de poder e atribuição dos poderes instrutórios a uma só pessoa, tal qual seja o soberano do processo (LOPES JÚNIOR, 2022).

O sistema inquisitório é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que também tem a função de acusador. Aqui, a confissão do réu é considerada a “rainha das provas”, definição que não tem mais vigência atualmente. Não há debates orais, predominando procedimentos puramente escritos, ademais, os julgadores não estão submissos à recusa e o ato é sigiloso. Não existe contraditório e ampla defesa (NUCCI, 2022).

Há ausência de imparcialidade nesse sistema, porque uma mesma pessoa faz a carga probatória e toma a decisão diante da prova produzida por si mesmo. Por isso, tal sistema foi desconfiado por incidir em erro psicológico, onde uma mesma pessoa possa exercer funções tão divergentes como investigar, acusar, defender e julgar (LOPES JÚNIOR, 2022).

De uma maneira explicitamente diferente, encontra-se o sistema processual acusatório. Desde já, tal sistema é vigente perante a Constituição Federal, tendo critérios convergentes com a constituição, que prevê o sistema acusatório. As principais características são: liberdade de defesa e isonomia entre as partes; publicidade do procedimento; contraditório e ampla defesa; e principalmente, o livre sistema de produção de provas (NUCCI, 2022).

O princípio acusatório conserva-se no processo penal, onde o magistrado é um juízo popular, pela ausência e mobilidade, não se solidifica procedimentos de ofício. A saber, a finalidade deste procedimento é a averiguação da verdade e a verificação da justiça. Porém, existem caminhos diversos para seguir esse procedimento, qual seja o juízo criminal, em que ao determinar que há indícios pertinentes de um fato punível, se diligencie de ofício, para obter a comprovação, por si só, para adquirir a convicção da existência de um delito, esse conceito é denominado de processo inquisitivo (GOLDSCHMIDT, 2018).

O outro caminho é do juiz competente da jurisdição penal, que não ultrapasse em sua decisão dos pedidos apresentados e as provas produzidas, deixando em contraditório e ampla defesa, que as partes, que representam direitos opostos, produzam a carga probatória e apresentem os pedidos, existindo nesse preceito um litígio entre as partes. Assim, denomina-se esse processo de acusatório, que garante a imparcialidade daquele que deve julgar o assunto

(GOLDSCHMIDT, 2018).

Destaca-se no sistema acusatório a ausência de um padrão probatório, que possa sustentar uma sentença penal, pois, em regra, a sentença sustenta-se pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional (LOPES JÚNIOR, 2022).

Embora na doutrina fale do sistema processual misto, trata-se de um reducionismo, já que não existem mais sistemas puros (são meramente históricos). Esse tipo de sistema acontece quando a fase pré-processual tem caráter inquisitório e a fase processual caráter acusatório, desde já, o Brasil adotava tais regras (LOPES JÚNIOR, 2022).

Em consequência as teses apresentadas, é necessário estabelecer qual sistema deve ser prosperado para indicar como será feita a carga probatória, pois os Standards Probatórios servirão para realçar maior segurança ao provar que um fato verdadeiramente aconteceu, passando maior segurança jurídica no momento de tomada de decisão.

3.1. O JUIZ PODE AGIR DE OFÍCIO PARA MITIGAR O ESTADO DO “*IN DUBIO PRO REO*”? QUAL SISTEMA JURÍDICO O BRASIL ADOTOU?

Constitucionalmente é definido que o sistema adotado ao processo penal brasileiro é o acusatório. Mas para construir um sistema acusatório não basta separar as partes entre acusar, defender e julgar, pois é de grande relevância que a parte julgadora não interfira na produção de provas. De acordo com Renato Brasileiro (2020), o juiz deve ser manter estranho a atividade investigatória e instrutória, sendo um mero espectador do processo, sem jurisdição para produzir atos investigatórios e probatórios de ofício na persecução penal, caso contrário, não pode se falar de um magistrado extremamente imparcial, mas de um “terceiro desinteressado” em relação às partes (LIMA, 2020).

Diferentemente a esse sistema, está previsto no art. 156, incisos I e II, do CPP⁴, onde faculta ao juiz intervir na fase de investigação de ofício para produção probatória e atos de investigação. O que recai uma inconstitucionalidade, pois é inadmissível tais atos pelo magistrado, quando se deve ter um processo penal imparcial e contraditório. Assim, a carga probatória é de competência das partes, pois se garante um modelo acusatório, conforme o

⁴ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – Determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

princípio dispositivo, onde o juiz é mero espectador (BRASIL, 1941; LIMA, 2020).

Na fase investigatória protagoniza-se a Autoridade Policial e o Ministério Público, pois o objetivo é o afastamento do julgador para preservação da imparcialidade. Não pode se permitir a atuação de ofício do meritíssimo magistrado na fase de investigação, pois, de acordo com Renato Brasileiro (2020), o simples fato de ser humano, quando por vontade própria (de ofício) realizar uma diligência na fase investigatória, mantém o juiz envolvido psicologicamente com a causa, ficando em posição facilmente a decidir favoravelmente a essa diligência, causando um impacto na imparcialidade. Consequentemente a isso, o juiz que acumula as funções de investigar e produzir provas, que toma a iniciativa de diligenciar um ato de investigação, sem ação penal ou provocação das partes, mostra que ele está à procura de confirmar alguma tese sobre os fatos, e se distancia da imparcialidade (LIMA, 2020).

A carga formal da prova necessita da proposição de provas, de competência das partes conforme o princípio dispositivo, que será de iniciativa das partes, uma vez que essa carga se encontra na fase processual. Já a carga material, disposta na fase de investigação, é a prova do interesse da parte, em que precisa comprovar um determinado fato, caso contrário, a não comprovação poderia causar o seu prejuízo (GOLDSCHMIDT, 2018).

A carga formal, a qual se assemelha o sistema acusatório, prescinde os atos de ofício pelo juiz e diligências a fim de buscar a verdade, pois a prova conduz a relação entre as partes e o juiz (GOLDSCHMIDT, 2018).

A formação do convencimento do magistrado deve se dar e se limitar a fase probatória. Nesse momento, as partes tem iniciativa para à produção da prova, uma vez que, terá a incumbência de inquirir a testemunha ou perito que os arrolou, depois a outra parte também poderá dirigir questionamentos que forem oportunos e pertinentes para suas pretensões. Por isso, o juiz não poderá inquirir a testemunha ou parte, pois somente terá a faculdade de fazer perguntas que complementem a sua convicção, sob pena de estar produzindo provas de ofício. As diligências judiciais devem ter por finalidade atingir o convencimento da verdade (GOLDSCHMIDT, 2018).

O sistema adotado no Brasil era o “misto”, sendo que até o momento não havia dispositivo expresso, de acordo com Nucci (2022), contudo, com a reforma realizada pela Lei n.º 13.964/2019, determinou que o sistema é o acusatório mitigado, previsto no art. 3-A do CPP⁵.

Diante de grandes incoerências do nosso código de processo penal, quando a

⁵ Liminar do STF: nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Ministro Luiz Fux concedeu liminar para suspender a eficácia do juiz das garantias (arts. 3.º-A a 3.º-F).

constituição prevê um sistema acusatório, contudo, o código processo penal tem dispositivos inquisitórios, que dificultam um juízo imparcial. Embora, tenha sido acrescentado o art. 3º-A, onde expressa a opção pelo sistema acusatório, foi suspenso por ADI, mas já é um avanço, conforme os doutrinadores, pois é apoiado por estes.

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (BRASIL, 1941)

Diante da suspensão da eficácia do dispositivo citado, pelo Ministro FUX, o Brasil volta a ser classificado como sistema “misto” por grande parte dos doutrinadores, mas criticado por Lopes Junior (2022), que classifica o sistema brasileiro de inquisitório ou neoinquisitório.

Na fase pré-processual, investigações, o sistema aplicado é inquisitório, já na fase processual, ação penal, o sistema aplicado é acusatório. Dessa maneira, a carga probatória na fase processual é exclusivamente das partes, em contraditório. Sabendo que no acusatório a obrigação de defesa é perfeita, mas no inquisitório é menos perfeita (GOLDSCHMIDT, 2018).

Conforme a CF/88, o processo penal brasileiro é acusatório, pois se fundamenta em no contraditório e ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Dessa forma, o autor Lopes Junior (2022), afirma que o CPP está ultrapassado, devido a ter traços do sistema inquisitório em sua composição, o que seria (ou será) revogado pelo art. 3-A do CPP.

Consequentemente, esse novo dispositivo do CPP, proíbe a figura do Juiz-ator-inquisidor, ou seja, que atue de ofício, ou que produza prova de ofício. Dessa forma, evita-se o erro da tendência psicológica, qual seja, a tendência de o juiz buscar soluções ao erro, pois é bem mais favorável para o “ser humano”, homem racional, sustentar o erro, produzindo ações probatórias para tal, do que o reconhecê-lo (LIMA, 2020).

Não cabe ao juiz buscar provas de ofício, pois, ele deverá ser mero espectador, quando julgará ao final, através dos argumentos do Ministério Público, acusando e provando (o ônus da carga probatória de acusação é dele), e os argumentos da defesa. Portanto, tais preceitos não são tão simples, devido à estrutura cultural inquisitória fortíssima no Brasil, quando há resistência por motivos históricos, como mito da “busca da verdade real” e o anseio mítico pelo juiz justiceiro, que deve fazer justiça mesmo que o órgão acusador não produza provas suficientes (LOPES JUNIOR, 2022).

Diante da existência da vedação ao agir de ofício, por parte do juiz, na busca de provas, seja na fase de investigação ou na fase processual, que embora haja mudanças na legislação, é preciso mudar também a cultura inquisitória, onde será de grande desafio. Pois, haverá

argumentos favoráveis ao art. 156, I, do CPP, que cabe ao juiz agir de ofício quando a prova for urgente e relevante, contudo, esses requisitos são vagos e de interpretação somente do juiz, o que pode torna-se parcial. Como exemplo, a “testemunha referida”, ao qual não se pode ser utilizada de ofício pelo juiz, pois a tornaria tendenciosamente favorável para uma das partes (LIMA, 2020; LOPES JUNIOR, 2022).

É vedado a substituição da atuação probatória do Ministério Público por parte do juiz, permitido a este apenas “esclarecer” algo na mesma linha de indagação aberto pelas partes, não podendo inovar ou ampliar com novas perguntas, nem, muito menos, indicar provas de ofício (LOPES JUNIOR, 2022).

Consequentemente, a imparcialidade é garantida pelo sistema acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de jeito que apenas haverá condições de possibilidades de imparcialidade quando existir um afastamento das funções de acusar e julgar, no tocante ao desligamento do magistrado ao exercício investigatório ou instrutório. Portanto, imaginar o sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incidir em ofensas ao devido processo legal e os direitos fundamentais (LOPES JUNIOR, 2022).

4. RELAÇÃO TERMINOLÓGICA ENTRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRESUNÇÃO DA NÃO-CULPABILIDADE

A constituição prevê expressamente a presunção de não-culpabilidade, que também utiliza a doutrina de presunção de inocência. Agora resta saber se a essas expressões são apenas variações terminológicas ou têm algumas divergências quanto as suas garantias, também se uma ou outra tem menor grau de proteção (BADARÓ, 2021).

Primeiro não existe diferença de conteúdo entre ambas as presunções, de acordo com Badaró (2021), elas constituem somente variações semânticas de igual conteúdo. Para esse autor, é inútil a tentativa de diferenciar os preceitos de presunções, devendo prevalecer a equivalência entre as expressões (BADARÓ, 2021).

De acordo com Lopes Junior (2022), não existem verdades absolutas, ou seja, enterrou-se o entendimento dos juízos de certeza. Para ele tudo é relativo, e cabe discussão. Então, não pode admitir que em ambos os preceitos fundamentais não há diferenças, pois cabe discutir o que os torna diferentes, senão não seria dois termos diferentes, mas somente um com o mesmo sentido (LOPES JUNIOR, 2022).

Diante da previsão constitucional da presunção de inocência, é previsto que o réu terá a presunção até que a condenação tiver alcançado o trânsito em julgado, o que impediria a

execução provisória da pena, enquanto o réu tiver possibilidade de recurso (decisão reconhecida pelo STF em 2009, pelo julgado do HC 84.078). No ano de 2016 o STF transformou esse entendimento, ao julgar o HC 126.292/SP, agora sendo possível iniciar a execução da pena após o acórdão condenatório em segundo grau, foi o entendimento que a manutenção da sentença penal em segundo grau cessa a análise de fatos e provas que decidem a culpa do condenado, permitindo a execução provisória da pena, pois a partir disto somente se discute questões processuais (BADARÓ, 2021).

Extrai-se daí que a presunção de não-culpabilidade se interrompe diante da manutenção da sentença penal condenatória em segunda instância, pois até esse momento se discute a culpabilidade do condenado, e após somente questões processuais. Contudo, a decisão foi do STF neste sentido foi equivocada, segundo Badaró (2021), pois confronta a garantia constitucional, expressa no art. 5º, inciso LVII, da CF, que estabelece como o ponto final da presunção de inocência, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois não se pode negar os efeitos suspensivos dos recursos especiais e extraordinários (BRASIL, 1988; BADARÓ, 2021).

Em controvérsia, esse entendimento do STF sobre a presunção de inocência foi alterado novamente em 2019, no julgamento das ADC n.º 43 e n.º 44, reafirmando o entendimento originário de 2009, onde a presunção de inocência só cessa com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, evidenciando os efeitos suspensivos dos recursos no processo penal e impedindo a execução provisória da pena (BADARÓ, 2021).

Diante da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, depois do julgamento de segunda instância, embora antes do trânsito em julgado, não incidi em prisão cautelar, nem mesmo foi recepcionado pelo art. 283 do CPP, que prevê as hipóteses de cabimento das prisões no processo penal. Assim, a execução provisória ofende o princípio da presunção de inocência, pois aduz o réu a condição de forma análoga à de um condenado, sem o trânsito em julgado. Nesse sentido, o STF julgou procedente, em 2019, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 59, que tinha, por fim, alterar o art. 283 do CPP, destacando a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena (LOPES JUNIOR, 2021).

Como corolário de um sistema acusatório no ordenamento jurídico, temos como figura de destaque a presunção de inocência. Expressa pelo legislador na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, e na Convenção Americana de Direitos Humanos, Art. 8, 2, prevista no Decreto n.º 678/1992: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas” (BRASIL, 1992; LOPES

JÚNIOR, 2022).

O estado de inocência impõe que a persecução penal seja realizada em contraditório, como enquadra Fazzalari (2006), pois que aí deve ser formado o convencimento do juiz, assim, norteando o processo pelo sistema acusatório que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de imparcialidade (LOPES JÚNIOR, 2022).

A concepção do processo penal, é de um sistema estruturado na negação da presunção de inocência, que os legisladores utilizaram e tiveram como parâmetros para elaborar a legislação que até nossos dias continua em vigor. Assim, um processo penal com amparo infraconstitucional, rejeita a presunção de inocência na persecução penal (MORAIS, 2010).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, alguns dispositivos foram suprimidos para garantir a presunção de inocência: “muitos pontos da redação empreendida pelo legislador de 1941 foram mitigados, alterados e são hoje lidos sob uma necessária influência cogente de dispositivos constitucionais, dentre os quais se encontra a presunção de inocência” (MORAIS, 2010, p. 231).

Como garantia política do cidadão, a presunção de inocência assemelha a cultura da sociedade e a organização do sistema político. É inegável que um Estado de Direito que adote o sistema acusatório, não tenha como acessório necessário, o *in dubio pro reo*. A presunção de não culpabilidade constitui uma base sistemática e estruturada do processo acusatório. Já a presunção de inocência é um componente essencial de um modelo processual penal que tenha o objetivo de garantir a dignidade e direitos da pessoa humana, tendo um valor ideológico (BADARÓ, 2021).

Como regra de julgamento, a presunção de inocência é utilizada quando houver dúvida razoável sobre o fato relevante para decidir o processo. Pois, é necessário provar além da dúvida razoável (BARD) a culpa do acusado, para proferir uma sentença penal. Neste sentido, a presunção de inocência converge com o *in dubio pro reo* (BADARÓ, 2021).

Como regra de tratamento do acusado, a presunção de inocência se dedica ao percorrer do processo, não admitindo que acusado seja mencionado como culpado. Esse sentido, veda qualquer prisão processual automática e obrigatória, salvo a de caráter cautelar, fundamentada em juízo com concreta necessidade. Ademais, aqui se dá a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da pena, exceto, conforme Súmula 716 do STF, pode haver a execução provisória da pena em favor do réu, ou seja, pode haver a aplicação da progressão de regime ou a obtenção de livramento condicional, institutos de execução da pena (BADARÓ, 2021).

O princípio da presunção de inocência produz efeitos práticos na persecução penal:

O ônus da prova pertence à acusação, bastando ao réu negar a prática da imputação

ou, simplesmente, invocar o seu direito ao silêncio; (b) as medidas cautelares restritivas da liberdade, do patrimônio ou da intimidade devem ser decretadas com zelo e rigor, somente em situações efetivamente necessárias (NUCCI, 2021, p. 23).

Não se pode apontar o estado de inocência diante da sentença, apenas o da culpabilidade ou não-culpabilidade. Pois os elementos são colhidos de forma inquisitória em fase de investigação, não dando garantias ao imputado, assim, a ação penal inicia-se com uma imputação, dispensando a inocência do denunciado (MORAIS, 2010).

Também, afirma, Morais (2010), que desde o início da ação penal é descartado qualquer atributo de inocente do acusado.

ou ele seria culpado — o provável para aquele autor — ou “não culpado”; nunca “inocente”. Com base nesses itens (imputação lastreada em elementos de convicção analisados e deduzidos por um órgão público desinteressado — Ministério Público —), e analisada, tecnicamente, a natureza jurídica da “presunção” no processo, como “meio de prova indireta da qual se deduz um dado convencimento absoluto ou relativo da experiência comum”, afirmava que se alguma “presunção” existe no processo penal é a de “culpabilidade” do acusado. Uma vez que, probabilisticamente, é mais comum a condenação que a inocência da pessoa submetida à ação penal. (MORAIS, 2010, p. 180)

A Constituição Federal de 1988, prevê o princípio da não-culpabilidade⁶, resguardado e explicitamente mencionado no artigo 5º, inciso LVII. Uma vez que, tal princípio deve perdurar até o trânsito em julgado da sentença penal. Perdurando, assim, alguns efeitos na persecução penal, como o ônus do acusador de demonstrar a culpabilidade ou do réu permanecer em silêncio, para não produzir provas contra si mesmo (MORAIS, 2010).

5. RELEVÂNCIA DO STANDARD DE PROVA ACIMA DE DÚVIDA RAZOÁVEL PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A presunção de inocência é consagrada constitucionalmente e convencionalizada pelo legislador, que optou por escolher uma política processual relevante. Assim, Segundo Morais (2010), a presunção de inocência é contemplada como garantia de tratamento, garantia probatória e garantia de juízo.

In dubio pro reo é uma derivação da presunção de inocência como regra de prova e também como regra de juízo, no sentido de que o acusado não tem ônus da prova, uma vez que se precisa de uma prova certa e além de qualquer dúvida razoável para haver sua condenação, com ônus da acusação. Em caso de dúvida, deve-se absolver o réu, respeitado o princípio supracitado. Se houver incerteza quanto as provas da acusação, é imprescindível a absolvição

⁶ artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

do acusado, sob consequência de cometer um erro judiciário ao condenar um inocente (LOPES JÚNIOR, 2022).

No processo penal, a carga probatória está nas mãos do acusador, pois ele que deverá, nas legalidades da lei processual penal, comprovar que o réu cometeu contrariedades a lei penal, uma vez que, é importante frisar que o réu está protegido pela presunção de inocência. Em síntese, há vários riscos no processo, que segundo o autor é comparado a uma “guerra”, ou seja, uma nuvem de incertezas, onde uma peça desse “jogo processual” pode ser falha ou falsa (LOPES JÚNIOR, 2022).

O standard probatório objetiva garantir maior imparcialidade no processo, através do princípio do Contraditório, mencionado por Fazzalari (2006), pois não pode existir o processo quando o juiz de ofício decidir conduzir a carga probatória. Assim, o juiz deve ser mero espectador do processo, deixando a carga probatória para as partes, que devem introduzir provas em seu favor capaz de sanar a dúvida razoável, para que o magistrado decida diante do que foi produzido, sem deixar sua cognição impedir que se aplique a dúvida razoável, para não ser condenado um inocente, sem uma fundamentação de sua decisão (FAZZALARI, 2006).

Já se usa o Standard Probatório no processo penal brasileiro, porém sem previsão na lei pátria, como consagra, por exemplo, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo —TJ-ES— (Recurso em Sentido Estrito: RSE 0002863-66.2020.8.08.0021):

“1) Não havendo sido produzidas provas de que o recorrido estaria comercializando a pequena quantidade de droga apreendida, não logrando êxito o ministério Público em produzir prova suficiente a sustentar a tese de tipificação por tráfico, impõe-se a desclassificação deste crime para o de uso, previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. 2). Ainda que possam existir indícios de que o ora recorrente pudesse estar praticando tráfico de drogas no local da apreensão, a prova produzida e referenciada na sentença não superou a dúvida razoável, não atingindo o standard probatório necessário para afastar o brocardo *in dubio pro reo*. 3) Recurso improvido”.

Ao estabelecer a presunção de inocência e seu subprincípio *in dubio pro reo*, a Constituição e a Convenção Americana autorizam a contemplação de um standard probatório, que requer a suficiência de ultrapassar toda a dúvida razoável da prova, cujo cumprimento resultará em uma sentença penal condenatória (LOPES JÚNIOR, 2022).

Ademais, reconhecendo-se que o convencimento autônomo não significa convencimento arbitrário do juiz, Nardelli (2018) destaca que o standard “além da dúvida razoável” se constitui como um verdadeiro óbice a transformação do “livre convencimento” em “íntima convicção” (NARDELLI, 2018).

O padrão probatório é bastante conhecido, por concretizar-se no sistema estadunidense e ser expresso em amplos dispositivos, como:

foi adotado na Itália, a partir da reforma de 2006, a qual inseriu no art. 533 do CPP

italiano que “o juiz pronunciará sentença condenatória se o imputado resultar culpado do crime imputado além de qualquer dúvida razoável”. Em âmbito latino, pode-se citar o CPP chileno, que, em seu art. 340, afirma: “Ninguém poderá ser condenado, salvo quando o tribunal, em seu julgamento, adquirir, além da dúvida razoável, a convicção de que realmente se cometeu o fato punível objeto da acusação e que nele tenha colaborado o imputado com uma participação culpável e apenada por lei”. Além disso, há regramento semelhante no Tribunal Penal Internacional, pois o Estatuto de Roma, em seu art. 66.3, dispõe que, “para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável” (VASCONCELLOS, 2020, p. 9).

Os diversos tribunais estadunidenses conceituaram a ‘prova acima da dúvida razoável’, tal como: “Dúvida razoável é a dúvida baseada na razão e no senso comum — o tipo de dúvida que faria uma pessoa prudente hesitar”. Ou é a prova em que se dedica tanta convicção que não pensaria duas vezes para tomar as decisões mais importantes da sua vida (VASCONCELLOS, 2020, p. 12).

Outrossim, caso não haja um standard com um critério seguro de razoabilidade da dúvida, torna-se inviável a formulação do standard de prova penal, pois não consegue superar as dificuldades apontadas na teoria da íntima convicção, de modo de qualificar-se como imprestável para o standard probatório (VASCONCELLOS, 2020).

Também se usa a denominação de modelos de constatação, mas independente da nomenclatura, o standard deve ser observado com rigor para permitir vincular o raciocínio judicial nesses critérios objetivos sobre as provas e os fatos. É necessário para proferir uma sentença penal condenatória, provas que vão além de qualquer dúvida razoável, pois, para que o acusado seja condenado o juiz deve ter a certeza da autoria e da materialidade, sem dúvida razoável (LIMA, 2020).

O standard é um método a ser seguido pelo julgador, como uma norma reguladora e com parâmetros rígidos. Assim, para Vasconcellos (2020)

nota-se que há potencial para importantes contribuições ao sistema brasileiro, pois “os standards probatórios, quando adequadamente formulados, podem servir tanto como um critério de decisão capaz de orientar o raciocínio do julgador quanto como um método lógico hábil a indicar a estrutura a ser seguida quando da justificação da decisão, possibilitando um controle mais claro de seus fundamentos (VASCONCELLOS, 2020, p. 13).

Diferentemente do modelo estadunidense, que usa o standard consolidado na subjetividade, pois lá o júri não precisa fundamentar suas decisões condenatórias, já que são juízes leigos e pressupõe “que o convencimento imotivado do jurado leigo é a base para a condenação”. Uma vez que, o sistema brasileiro, é essencial o critério de motivação imposto constitucionalmente a qualquer decisão judicial (VASCONCELLOS, 2020, p. 14).

O Standard é satisfeito quando se atinge um critério objetivo para confirmar o padrão adotado. Assim, é um parâmetro do mínimo de prova exigido para provar que algo aconteceu.

Portanto, é o preenchimento desse critério objetivo que pode legitimar uma decisão penal (LOPES JUNIOR, 2021).

É primordial a concretização de um standard probatório para uma condenação. Assim, não se pode utilizar uma visão subjetivista, pois a comprovação dos fatos não se justifica pelo convencimento pessoal. É relevante, sem dúvidas, a impossibilidade de se definir um standard totalmente objetivo, pois na decisão judicial sempre haverá um espaço de subjetivismo. O objetivo é buscar reduzir o subjetivismo ao máximo possível. Dessa forma, o dispositivo da “dúvida razoável”, deve ser concretizado em um sistema de direito codificado, enquadrando-se em critérios de convencimento racional do juiz, veemente fundamentado na obrigação de motivar (VASCONCELLOS, 2020).

O standard probatório é um dispositivo de política pública para evitar o erro judiciário, pois dará ao acusado o benefício da dúvida ou *in dubio pro reo*. Os critérios a serem definidos dependem do nível de evolução civilizatório da sociedade, quanto mais alto for esse nível, maior será a eficácia da presunção de inocência, sendo maior a rigidez do standard probatório para uma condenação penal (LOPES JUNIOR, 2021).

Diante da ausência de previsão legal expressa e delimitada no ordenamento brasileiro, é necessário que se regule um standard probatório para a condenação penal. Ainda que possa ser extraído implicitamente da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, observa-se que tais preceitos não são suficientes para um adequado tratamento da matéria (VASCONCELLOS, 2020).

O standard da prova acima de dúvida razoável deve ser definido por padrões objetivos e lógicos, oprimindo a visão subjetivista que se foca simplesmente no convencimento obtido pelo julgador. Pois, para isso é necessário utilizar-se da importante modificação que trouxe o Pacote Anticrime, quando implementou o juiz das garantias, para dá maior imparcialidade a persecução penal e garantir o sistema acusatório, embora tenha sido suspenso, essa possibilidade garante que não haja uma cognição tendenciosa do magistrado ao analisar a fase investigatória e instrutória, assim, ele não irá julgar de maneira parcial, devendo observar o contraditório (meios de provas) das partes e se não for suficiente, ou seja, tiver com dúvida razoável, decidir por absolver o réu (*in dubio pro reo*) (VASCONCELLOS, 2020; LIMA, 2020).

Foi acrescentado, pela Lei n.º 13.964/2019, o juiz das garantias, figura de nome reducionista, pois cabe a todo juiz garantir o devido processo legal e os direitos fundamentais. Para isso, essa supracitada lei trouxe o sistema acusatório como regra para o código de processo penal brasileiro (RANGEL, 2021).

Esse dispositivo, embora suspenso sua eficácia pelo Ministro FUX, atribui peso para as

teorias de Goldschmidt (2018) e Fazzalari (2006), pois ambos os autores defendem a perspectiva de um sistema acusatório, de igualdade entre as partes e em contraditório, assim, é de grande importância para o ordenamento jurídico brasileiro já que garante um devido processo legal, regras do jogo, democrático e constitucional (LOPES JÚNIOR, 2022).

A necessidade para criação do juiz das garantias seria evitar a contaminação psicológica que pode provocar se o juiz agir de ofício para produzir provas e diligências investigatórias, na fase de investigação, e depois julgar esses procedimentos na fase processual. Nesse contexto, pode existir diferentes juízes para a mesma persecução penal, seja um para a fase investigatória (juiz das garantias), seja outro para a fase processual (GUIMARÃES, RIBEIRO, 2020).

O juiz das garantias tem a responsabilização de assegurar o controle de legalidade na fase de investigação, resguardando direitos individuais, e realizando a fiscalização do inquérito policial. Ademais, cabe a ele decidir dos requerimentos do Ministério Público e da Autoridade Policial, sobre as diligências de investigação (GUIMARÃES, RIBEIRO, 2020).

A competência para o juiz das garantias é abrangida para todas as infrações penais, com exceção de menor potencial ofensivo, ficando a cargo de toda fase de investigação, logo, cessando sua competência com o recebimento da denúncia ou queixa-crime, que é competente o juiz de instrução e julgamento (GUIMARÃES, RIBEIRO, 2020).

O sistema acusatório afasta o juiz de todas as formas da investigação: ele irá atuar somente na fase processual da ação penal. Já o sistema do juizado de instrução, trazido pelo autor Rangel (2021), o juiz que irá conduzir as investigações, que será posteriormente entregue ao Ministério Público, competente para oferecer denúncia, e os autos serão remetidos para outro magistrado diferente daquele que realizou as investigações. Este último sistema, faz jus ao juiz das garantias (RANGEL, 2021).

A respeito do sistema acusatório, que fielmente necessita que o juiz se distancie da persecução penal, como consequência garantir sua imparcialidade, e logo, ter um processo justo e garantista. Assim, se o meritíssimo juiz manifestar diligências antes do oferecimento da denúncia, deferindo, por exemplo, uma interceptação telefônica, medida cautelar preparatória da ação penal, uma posterior denúncia que for oferecida, não poderá, jamais, ser distribuída perante esse mesmo juiz que autorizou o despacho da interceptação. Pois, mais na frente esse, mesmo juiz, que atuou nas investigações, irá exercer o juízo de admissibilidade da acusação, oferecida com carga probatória que ele mesmo autorizou (RANGEL, 2021).

O juiz das garantias vem para sanar esse “vício” de imparcialidade do órgão jurisdicional, pois somente atuaria na fase de investigações, fase do inquérito, ao analisar, por exemplo, os requerimentos de medidas cautelares, diferentemente do juiz que irá atuar em

eventual juízo de admissibilidade da denúncia do MP. Assim, a finalidade principal é garantir que o juiz da fase processual não fique contaminado pela sua pré-convicção com o que foi apurado na fase de procedimentos de informações, mantendo sua imparcialidade para julgar o que foi posto em contraditório pelas partes (RANGEL, 2021).

Todo o processo penal está sob responsabilização de um ser humano cuja função é analisar e decidir, com uma perspectiva jurídica sobre os fatos descritos no processo. O magistrado, como todo ser humano, está sujeito a ter preconceitos e conceitos já consolidados acerca de pessoas e fatos ligados ao seu cotidiano. Já houve exemplos e pode haver que esse juiz decida tomando por base suas convicções pessoais, contrariando o que prevê o ordenamento jurídico (RIBEIRO, 2010).

O juiz que praticar diligências processuais, concretiza seus atos de cognição, emitindo sua decisão daquele fato descrito. Ele, então, opinou juridicamente, sob competência de seu dever legal, sobre o que foi exposto, externando suas motivações acerca desse fato. Ou seja, o julgador, realiza um pré-juízo ou pré-julgamento, definindo seus pensamentos, que trouxe consigo com toda a experiência pessoal e jurídica sobre o que julga (RIBEIRO, 2010).

Com esses argumentos supracitados, o juiz que atua na fase de investigação, já emitiu um parecer sobre o que deverá decidir, pois tem sua convicção preestabelecida sobre aqueles fatos que deverá julgar na fase processual. Assim, é inconstitucional, pois contrária ao princípio da imparcialidade e o devido processo legal, tão respeitados e respaldados na digna Constituição Federal. Nesse sentido, a imparcialidade é presumida contaminada, pois o magistrado recebe o processo já com opinião expressa dos elementos colhidos na fase de investigação (RIBEIRO, 2010).

A lei n.º 13.964/2019, ao trazer a legalidade do juiz das garantias, transformou a estrutura da persecução penal, consagrando o sistema acusatório. Isso porque não há eficácia no sistema acusatório se o juiz possuir dupla competência, julgar e produzir provas para o seu próprio convencimento, pois causa notória confusão quando afirmar que esse mesmo juiz é garantidor de imparcialidade (CAPORAL, SILVA, 2021).

Na Alemanha existe o instituto do Juiz da Investigação (*der ermittelungsrichter*), que se compara ao instituto do juiz das garantias trazido pela lei 13.964/2019. O juiz da investigação tem competência eminentemente preparatória, se estendendo até o encerramento das investigações do Ministério Público, pelo oferecimento da denúncia (TAVERNARD LIMA, 2020).

A diferença do juiz da investigação para o das garantias, está na situação fática de urgência ou perigo de demora na fase de investigação, pois funciona como uma delegação de

competências, na medida que o promotor poderia realizar medidas coercitivas, sem autorização judiciária, mas com a posterior homologação do juiz da investigação; e o juiz da investigação poderia também decretar a prisão preventiva, sem prévio pedido do promotor de justiça, se este estiver indisponível. São denominadas por delegações em situação de perigo ou competência de urgência (TAVERNARD LIMA, 2020).

Já a competência funcional do juiz das garantias, além de destinar-se as atividades da fase investigatória, abrange também à homologação do acordo de não persecução penal, art. 28-A, CPP) e de colaboração premiada, Lei 12.850/2013, arts. 3º-A e ss.). No entanto, o juiz das garantias jamais poderá decretar de ofício a prisão preventiva, mesmo que em caso de urgência (BRASIL, 1941; BRASIL, 2013; TAVERNARD LIMA, 2020).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste estudo, é possível destacar a importância de se concretizar o processo penal. Vimos que três autores, Bülow, Goldschmidt e Fazzalari, dissertam, cada um com uma teoria própria, que acrescentaram grandes benefícios para o processo penal. Os estudos dessas teorias da natureza jurídica do processo realçam a realidade do processo penal brasileiro, pois mostra a importância da evolução nos estudos e efetivação de direitos e garantias que ocorreram com a vinda da Constituição Federal de 1988. Assim, para esse trabalho foi de grande importância a definição de Fazzalari sobre o processo: ele complementa a teoria de Goldschmidt, quando diz que os procedimentos devem ser realizados em contraditório, que para as partes incubem a carga probatória, conforme o princípio do dispositivo, uma vez que o juiz é um mero espectador, ou seja, não poderá realizar atos de ofício.

Consequentemente, essa natureza processual prevê que o sistema processual seja acusatório, não cabendo admitir os sistemas processuais “mistos” por ter aspectos inquisitórios. Pois, é expressamente previsto o sistema acusatório na Constituição Federal, que derivam garantias e direitos, separando as figuras do processo em acusador, defensor e julgador, para garantir, principalmente, a imparcialidade e o devido processo legal. Assim, é necessário que o juiz não participe da produção de provas, nem de atos de diligências processuais, como equivocadamente prevê o art. 156, I e II, do CPP, pois o juiz deve manter-se estranho a atividade investigatória e probatória, para não contaminar sua imparcialidade.

Não tem parâmetros para sustentar os resquícios do juiz inquisitório no nosso código de processo penal, pois juridicamente a eficácia constitucional do sistema acusatório incide sobre esse paradigma. Ou seja, não podemos ter um sistema “misto”, onde na fase investigatória o

juiz pode atuar de forma inquisitória e na fase processual pode tomar providências como terceiro interessado, pois, a constituição garante que acusação e a defesa devem se manifestar sobre seus interesses no processo. Dessa forma, com Lei n.º 13.964/2019, veio a figura do “juiz das garantias”, além da confirmação do sistema acusatório, que embora suspensos, são avanços para o processo penal brasileiro.

O juiz das garantias atuará exclusivamente na fase de investigação, fiscalizando o Inquérito Policial e decidindo sobre requerimentos da Autoridade Policial e do Ministério Público. Assim, a garantia de imparcialidade é concretizada firmemente, pois não será um mesmo juiz atuando na fase de investigação e fase processual, mas dois ou mais juízes atuando, cada qual com sua competência, para garantir maior protagonismo a acusação e defesa, e que assegure o devido processo legal e contraditório, e, com efeito, aos Standards Probatórios, que o juiz analisará a prova para julgar além da dúvida razoável, sem sua íntima convicção sobre a carga probatória.

O art. 5º, inciso LVII, da CF, prevê expressamente o princípio da não-culpabilidade, porém implicitamente existe o princípio da presunção de inocência, e nesse estudo foi discutido a diferença dessas terminologias. Inexistem verdades absolutas, assim, por ser ter duas nomenclaturas diferentes, deve-se dar um significado a cada uma. Portanto, o resultado desse estudo é que a presunção de inocência se estende a todo o processo, ou seja, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas a presunção de não-culpabilidade somente até a sentença penal condenatória em segunda instância, porque posterior a esse momento, não irá mais se discutir o mérito da culpabilidade do condenado, mas sim questões processuais que não implica na culpa do réu.

Esse estudo determinou a relevância do Standard Probatório para o ordenamento jurídico brasileiro, que diante do ativismo judicial, onde o juiz não fundamenta suas decisões e pune o acusado sem provas que ultrapassam a linha da dúvida razoável, é importante ter esse dispositivo para dar garantia e segurança a sociedade, pois o standard de prova acima da dúvida razoável, garante que o magistrado condene sob padrões objetivos que superem a dúvida razoável, sem íntima convicção, que em caso contrário *in dubio pro reo*, ou seja, deverá absolver o réu por dúvida quanto a sua conduta.

A presunção de inocência tem destaque, pois como regra de julgamento pode ser utilizada quando houver dúvida razoável sobre o fato relevante para decidir o processo. E o *in dubio pro reo* é uma manifestação da presunção de inocência, no sentido de que o réu não incumbe provar seu mérito, mas exclusivamente a acusação com o ônus de provar os fatos. Logo, é essencial a inovação de um standard probatório para promover uma sentença penal

condenatória, pois não se pode dar a íntima convicção para o juiz, evitando ser subjetivista, diante de uma prova que ele mesmo produziu ou mandou produzir, uma vez que, os fatos não se justificam pelo convencimento pessoal, mas sim por provas técnicas que consigam suprimir a dúvida razoável.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Ed. 9. São Paulo: Revista, atualizada e ampliada, 2021.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. **Revista AJUFERGS**. n. 4. p. 161-185. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>> Acesso em 26 de maio. 2022.

BRASIL {Constituição (1998)} **República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, {2016}. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 6 jun.2022.

BRASIL. Decreto n.º 678, de 6 de nov. de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 de nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm.

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de out. de 1941. Estabelece o Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

BRASIL. Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em 16 de nov. de 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula n. 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. **Diário de Justiça**. Brasília, DF, 24 set. 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula716/false>. Acesso em: 7 nov. 2022.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RECURSO. EMENTA: MINISTERIAL DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA USO - AUSÊNCIA DE PROVAS STANDARD PROBATÓRIO - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO IMPROVIDO 1) Não havendo sido produzidas provas de que o recorrido estaria comercializando a pequena quantidade de droga apreendida, não logrando êxito o ministério Público em produzir prova suficiente a sustentar a tese de tipificação por tráfico, impõe-se a desclassificação deste crime para o de uso, previsto

no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. 2) Ainda que possam existir indícios de que o ora recorrente pudesse estar praticando tráfico de drogas no local da apreensão, a prova produzida e referenciada na sentença não superou a dúvida razoável, não atingindo o standard probatório necessário para afastar o brocardo in dubio pro reo. 3) Recurso improvido.

(TJ-ES - RSE: 0002863-66.2020.8.08.0021. Relator: ADALTO DIAS TRISTÃO, Data de Julgamento: 20/10/2021, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 29/10/2021) Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-es/1308105545>. Acesso em: 16 de nov. de 2022.

BÜLOW, Oskar Von. **Teorias das exceções e dos pressupostos processuais**. Edição: 2º. Campinas-SP: LZN Editora, 2005.

CAPORAL, Hugo Chavez; SILVA, Guilherme Amorim campos da. O juiz das garantias como elemento renovador do sistema. **Revista de direito**, Viçosa, vol. 13, Pág. 1-26. mar., 2021.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual: Emérito da instituição de Roma “La sapienza”**. Edição: 1º. Campinas – SP: Bookseller, 2006. Disponível em <elio fazzalari vert.pdf>

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6ª, Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. Edição: 2º. Porto Alegre: livraria do advogado, 2018. Disponível em < J Goldsmiths.pdf>

GUIMARÃES, Rodrigo R. C.; RIBEIRO, Sarah G. A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 147-174, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.329>

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. Edição: 8º. Salvador-Bahia: JusPODIVM, 2020. Disponível em<file:///C:/Users/mathe/Desktop/REFER%C3%80NCIAS%20PRONTAS/Direito%20Processual%20Penal%20-%20Renato%20Brasileiro%202020.pdf>

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 18. ed. = São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555590005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>. Acesso em: 28 nov. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 19. Ed. = São Paulo: Editora Saraiva. 2022. E-book. ISBN 9786553620520. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520>>. Acesso em 28 de maio, 2022.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 6. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda. 2010. Disponível em <file:///C:/Users/mathe/Desktop/P9/TCC%20I/STANDARDS%20PROBAT%C3%93RIOS/426877277-MORAES-presuncao-de-inocencia-pdf.pdf> Acesso em 29 de maio de 2022.

NARDELLI, Marcela Mascarenhas. Presunção de inocência, standards de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. **Accelerating the world's**

research. v.1 n.2. n.p. Juiz de Fora, 2018. Disponível em <file:///C:/Users/abc81/Downloads/Artigo_standards_probatorios20190328-112618-1utzulc-with-cover-page-v2.pdf> Acesso em 26 de maio, 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Processo Penal e Execução Penal - Esquemas & Sistemas.** Ed. 6. Rio de Janeiro: Forense, Grupo GEN. 2021. 9788530993153. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993153/>>. Acesso em: 29 de maio. 2022.

PRODANOV, C. C; FREITAS, E. C. d. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico.** 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** Ed. 29. Barueri [SP]: atlas, 2021.: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559770526. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/>. Acesso em: 27 out. 2022.

RIBEIRO, Paulo Victor Freire. O juízo de garantias. Definição, regramento, consequências. **Revista Fac. Dir. Univ. SP**, São Paulo, vol. 105, Pág. 939-988. Jan- dez., 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos.** Edição: 1º. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Disponível em <Teoria dos Jogos - compacto-Alexandre_Morais_da_Rosa.pdf>

TAVERNARD LIMA, Fernando Antônio. Breve comparativo entre o juiz da investigação (Alemanha) e o juiz das garantias (Brasil). **Revista Doutrina jurídica**, Brasília, vol. 111. Pág. 226-249. Jan-jun., 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **REVISTA DIREITO GV.** v.16. n.2. p. 1-26. São Paulo, 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/mathe/Desktop/P9/TCC%20I/STANDARDS%20PROBAT%C3%93RIOS/Standard%20probat%C3%B3rio%20para.pdf> Acesso em 28 de maio 2022.