

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Gian Nataniel Silva Peres

**SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE REBAIXAMENTO DE *STANDARD*
PROBATÓRIO NOS CRIMES DE ROUBO**

Porto Alegre
2022

GIAN NATANIEL SILVA PERES

**SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE REBAIXAMENTO DE *STANDARD*
PROBATÓRIO NOS CRIMES DE ROUBO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Vanessa Chiari
Gonçalves

Porto Alegre

2022

GIAN NATANIEL SILVA PERES

**SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE REBAIXAMENTO DE *STANDARD*
PROBATÓRIO NOS CRIMES DE ROUBO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 11 de maio de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves (Orientadora)

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professora Doutora Ana Paula Motta Costa

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Mestre Sami Abder Rahim Jbara El Jundi

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

CIP - Catalogação na Publicação

Peres, Gian Nataniel Silva

Sobre a (im)possibilidade de rebaixamento de
standard probatório nos crimes de roubo / Gian
Nataniel Silva Peres. -- 2022.

66 f.

Orientadora: Vanessa Chiari Gonçalves.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2022.

1. Direito à prova. 2. Standard probatório. 3.
Presunção de inocência. 4. Crime de roubo. I.
Gonçalves, Vanessa Chiari, orient. II. Título.

*À (Q/q)uem comigo esteve,
Ao NUPECRIM/CNPq,
E às taças de vinho por trazerem sobriedade às ideias.*

“Libertas omnibus rebus favorabilior est.”

Gaius, Libro quinto ad edictum provinciale.

D. 50.17.122

“A liberdade é mais favorável que todas as coisas.”

Gaio, Comentário ao Edito provincial, livro V.

D. 50.17.122

RESUMO

Dentre os diversos direitos fundamentais, o direito de ser julgado mediante o *standard* da prova além da dúvida razoável constitui-se como uma efetiva ferramenta de prevenção de condenação de inocentes em âmbito criminal. Apesar de tal, a jurisprudência brasileira vem utilizando de técnicas decisórias que, mesmo ante uma prova insuficiente a superar tal *standard*, culminam na condenação de acusados por crimes de roubo, ante as dificuldades probatórias inerentes a tal espécie delitiva. Desse modo, o presente trabalho objetiva responder o seguinte problema: é possível rebaixar o *standard* probatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro especialmente aos crimes de roubo, dadas as suas dificuldades probatórias? No intento de respondê-lo, utiliza-se do método hipotético-dedutivo, partindo-se de uma abordagem qualitativa realizada a partir de revisão bibliográfica do âmbito das ciências jurídicas, sobretudo do processo penal e da epistemologia jurídica, bem como da psicologia. Ao final, concluiu-se não ser possível rebaixar o *standard* probatório especialmente quando do julgamento dos crimes de roubo. Entretanto, a prática decisória brasileira acaba levando tal rebaixamento à efeito, de modo a cancelar uma possível ocorrência de erro judicial em desfavor de inocentes que integram as classes subalternas.

Palavras-chave: direito à prova. standard de prova. presunção de inocência. crime de roubo.

ABSTRACT

Among the various fundamental rights, the right to be judged by the standard of proof beyond a reasonable doubt constitutes an effective tool to prevent the conviction of innocents in the criminal sphere. Despite this, Brazilian jurisprudence has been using decision-making techniques that, even in the face of insufficient evidence to overcome this standard, culminate in the conviction of those accused of robbery, because of the evidentiary difficulties inherent to this type of crime. Thus, the present work aims to answer the following question: is it possible to lower the standard of proof adopted by the Brazilian legal system, especially for robbery crimes, given its evidentiary difficulties? In order to answer it, the hypothetical-deductive method is used, starting from a qualitative approach executed from a bibliographic review in the field of legal sciences, especially criminal procedure and legal epistemology, as well as psychology. In the end, it was concluded that it's not possible to lower the standard of proof, specially when judging robbery crimes. However, the Brazilian decision-making practice ends up taking in to effect in order to seal a possible occurrence of judicial error to the detriment of innocent people who are part of the subaltern classes.

Keywords: right to proof. standard of proof. presumption of innocence. robbery crime.

LISTA DE ABREVIATURAS

AP - Ação Penal

Art. - Artigo

BARD – Beyond Any Reasonable Doubt

CACADEP - Centro de Estudos, de Capacitação e de Aperfeiçoamento da Defensoria Pública de SC

CF/88 - Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CONDEGE - Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

DPE – Defensoria Pública Estadual

HC – Habeas Corpus

IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA À ADOÇÃO DO <i>BARD</i> PELO DIREITO BRASILEIRO.....	13
2.1 Processo penal e prova.....	13
2.1.1 A finalidade do Processo Penal enquanto instrumento-garantia como superação da busca da verdade real	13
2.1.2 Do direito fundamental à prova.....	17
2.2 Os Standards probatórios no processo penal	24
2.2.1 Conceito de <i>standard</i> probatório.....	24
2.2.2 Função do <i>standard</i> probatório	25
2.2.3 Espécies dos <i>standards</i> probatórios e sua aplicabilidade no processo penal	27
2.2.4 Aspectos gerais do <i>standard</i> prova além da dúvida razoável (<i>beyond a reasonable doubt, ou BARD</i>)	28
2.2.5 Amparo do “BARD” no ordenamento jurídico brasileiro: <i>in dubio pro reo</i> e presunção de inocência.....	30
3 DOS EMBARAÇOS PROBATÓRIOS ENVOLVENDO O ROUBO E O REBAIXAMENTO DE <i>STANDARD</i> PROBATÓRIO	34
3.1 Embaços probatórios atinentes ao crime de roubo	34
3.1.1 Os problemas das provas dependentes da memória	35
3.1.2 O problema das presunções: presunção de veracidade da palavra dos policiais e presunção de culpabilidade do réu em posse da <i>res furtivae versus</i> presunção de inocência.....	45
3.2 Sobre a (im)possibilidade de rebaixamento de <i>standard</i> probatório nos crimes de roubo	48
3.2.1 Os limites à possibilidade de rebaixamento de <i>standard</i> probatório no processo penal	48
3.2.2 O rebaixamento de <i>standard</i> probatório no roubo em termos práticos.....	50
3.2.3 As possíveis razões para a ocorrência do fenômeno	54
4 CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

1 INTRODUÇÃO

Os debates envolvendo questões processuais penais têm ganhado cada vez mais tónica não só no ambiente jurídico - que sempre foi o seu *locus* -, mas também no restante da sociedade, à exemplo do que se visualizou nos casos da Operação Lava-jato, do escândalo do Mensalão, e da Boate Kiss. Nesse contexto, ao passo que os casos penais de grande repercussão passaram a receber os seus desfechos (ainda que parciais) pelo Judiciário, a doutrina jurídica brasileira passou a reforçar a discussão em torno da prova penal, sobretudo destinando seus esforços para a temática dos *standards* probatórios.

Na medida em que tem-se uma vasta produção bibliográfica a respeito do tema em língua espanhola há alguns anos, elaborada majoritariamente por epistemólogos do direito, também se verifica uma consolidação do assunto nos países de tradição da *common law*, que se utilizam dos *standards* de prova como norma de juízo há décadas. Contudo, os trabalhos envolvendo a tema dos *standards* probatórios na academia jurídica brasileira começaram a florescer em maior quantidade tão somente nos últimos dois anos. Outrossim, enquanto a discussão literária em torno dos *standards* de prova acentua-se de acordo com o avanço dos grandes casos penais, a massa dos crimes que ocupa maior parte das prateleiras (hodiernamente os “localizadores”) do Judiciário continua recebendo soluções jurídicas indevidas sem que a literatura se ocupe de tratar com maior especificidade as suas particularidades.

Nesse sentido, considerando tanto o crescimento da discussão a respeito dos *standards* probatórios, bem como a prática judicial de condenação com provas inidôneas a tanto, sobretudo nos delitos contra o patrimônio, que constituem a grande parte dos casos penais, o trabalho objetiva responder o seguinte problema: é possível rebaixar o *standard* probatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro especialmente aos crimes de roubo, dadas as suas dificuldades probatórias?

Refere-se que o móvel subjetivo deste autor para a formulação deste trabalho deu-se a partir da sua experiência como estagiário junto a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, competente para processar e julgar – dentre outros delitos – crimes contra o patrimônio. Durante o período de mais de um ano e meio de experiência no aludido órgão julgador, foi possível observar diversas práticas decisórias que apesar de apresentarem-se descompassadas com uma adequada racionalidade decisória e mesmo com as próprias previsões constitucionais e legais, estavam naquele amalgamadas.

A metodologia empregada é a hipotético-dedutiva, na qual levanta-se a hipótese de que não há respaldo jurídico para que se rebaixe o *standard* de prova penal (*in casu*, a prova além da dúvida razoável ou BARD) para o crime de roubo. Em seguida, parte-se de uma abordagem qualitativa realizada a partir de revisão bibliográfica do âmbito das ciências jurídicas, sobretudo do processo penal e da epistemologia jurídica, bem como da psicologia, a fim de verificar a possibilidade jurídica da ocorrência deste fenômeno.

Desta forma, no primeiro capítulo do presente trabalho trata, em um primeiro momento, das relações entre o processo penal e a prova, mormente analisando a superação do mito da verdade real como fim do processo, bem como a cristalização normativa do direito a prova, seu conceito, suas funções e seus momentos. Em um segundo ensejo, adentra-se especificamente o âmbito dos *standards* de prova, examinando-se os seus aspectos fundamentais, bem como das suas especificidades no bojo do processo penal.

No segundo capítulo, por sua vez, procura-se examinar as dificuldades probatórias envolvendo os crimes de roubo para, então, analisar se, em vista destas, é possível o rebaixamento de *standard* probatório para tal espécie delitiva. Desta forma, a investigação se inicia analisando os problemas das provas dependentes da memória, amplamente usadas para fundamentar condenações de roubo, bem como os problemas jurídicos envolvendo o uso de presunções que violam a presunção de inocência. Após, parte-se para o exame dos limites do rebaixamento de *standard* probatório no processo penal, bem como uma breve análise de sua ocorrência em termos práticos e os possíveis motivos para tanto.

O que se pretende ao longo deste trabalho de conclusão de curso é, portanto, examinar e criticar a forma como as decisões penais para os crimes cometidos pelas classes marginalizadas – dos quais o roubo é exemplo típico - é realizada pela jurisdição brasileira. Ressaltando-se que tal exame e crítica fundam-se substancialmente numa racionalidade pautada na garantia dos direitos individuais frente às engrenagens persecutórias do sistema de justiça criminal.

2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA À ADOÇÃO DO *BARD* PELO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Processo penal e prova

A fim de que se adentre o específico terreno dos *standards* probatórios, faz-se mister explorar a relação entre processo penal e prova, especialmente no que tange a relação entre processo e verdade, bem como a propedêutica da teoria geral da prova no direito processual penal, mormente o conceito, a função e os momentos da prova, uma vez que é justamente neste âmbito em que se insere o instituto jurídico objeto do presente estudo.

2.1.1 A finalidade do Processo Penal enquanto instrumento-garantia como superação da busca da verdade real

O processo penal orienta-se pelo princípio da necessidade, na medida em que consiste em um caminho necessário para a realização finalística do direito penal material, qual seja a justa aplicação de uma sanção ao agente que violou determinado(s) bem(ns) jurídico(s)¹. Assim, tem-se que o processo penal assume um caráter instrumental, uma vez que quando se aciona o juízo por conta de dada acusação criminal imputada a alguém, não pode substituir-se o processo por “outras formas de atividade cognitiva ou potestativa operadas por outros sujeitos públicos ou privados”², vedação esta traduzida no axioma latino “*nulla culpa sine iudicio*”.

Consequentemente, não é legítima a pena quando durante o percurso processual penal forem desrespeitadas as suas regras e garantias constitucionalmente asseguradas. Isso se dá na medida em que quando se leva à efeito uma acusação em âmbito criminal, o polo mais fraco na relação processual consiste na pessoa do acusado que “frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena”³. É em decorrência desta assimetria entre os polos processuais (acusado, enquanto sujeito privado *versus* todo o aparelho punitivo estatal) que advém a necessidade de um sistema processual garantista, que assegure “a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e

¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pgs. 35-37.

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pg. 450.

³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, [e-book].

das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade”⁴.

É a partir da leitura do processo penal desde a perspectiva instrumental, que a ideia de que a finalidade última do processo penal consiste na busca da verdade real dos fatos esvaziasse. Esta suposta finalidade do processo encontra alicerce em significativa parcela da doutrina e da jurisprudência e relaciona-se com uma lógica de “efetividade” do *jus puniendi* estatal.

Por esse prisma, entende-se que a descoberta da verdade é o fim último do processo penal, de modo que deve o juiz “impulsioná-lo com o objetivo de aproximar-se ao máximo da verdade plena”⁵. Ocorre que, se por um lado, tal verdade sobre o passado não é diretamente acessível ao homem, fazendo com que todo o móvel direcionado a sua busca seja em vão, por outro lado, tal busca também abre portas para todo o tipo de autoritarismo político⁶.

Isto porque a própria gênese do dogma da verdade real se relaciona com a arbitrariedade. Conforme KHALED JR.⁷, a busca da verdade real relaciona-se com as práticas investigativas da Inquisição Espanhola, que admitia a “extração de verdades” até mesmo (e principalmente) por intermédio da tortura. No entanto, a verdade a que chegava o inquisidor não era a de uma correspondência à realidade fática, mas uma mera reprodução das suas convicções, pois o torturado confessava qualquer coisa para escapar da tortura. Daí porque não é correta a conclusão de que um processo penal menos limitado na “busca pela verdade” tenha maior êxito na produção de uma “verdade” de maior qualidade⁸.

Nada obstante, a superação da ideia de que o processo penal tem como função a busca pela verdade real também encontra fundamento a partir do entendimento de que no processo penal a verdade é contingencial e não fundante. Ou seja, desloca-se o problema da verdade como uma questão de lugar. Com fulcro em tal entendimento, a verdade não é objeto de fobia (o que seria uma ingenuidade) ou idolatria (sob risco de resultar em um modelo inquisitório e antidemocrático), mas recebe o seu devido lugar no processo penal. Nesse sentido, LOPES JR. esclarece que quando da prolação da sentença no devido processo penal, o juiz não revela

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pg. 271.

⁵ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, pg. 21.

⁶ KHALED JR. Salah Hassan. **Ambição da verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real**. Editora Jus Podium, 2009, pgs. 183 e 184.

⁷ KHALED JR. Salah Hassan. **Ambição da verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real**. Editora Jus Podium, 2009, pgs. 44-47.

⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pg. 372.

a verdade, mas sim o resultado do seu convencimento construído a partir da atividade probatória das partes observando ao contraditório⁹. De tal modo reputa-se equivocado o entendimento de que o que está na decisão penal é a verdade fática: ela pode estar lá, mas a decisão não é proferida em razão dela, mas em razão da atividade das partes.

Entretanto, a despeito de todo este avanço teórico no que diz respeito à superação do paradigma da verdade real em âmbito processual penal, fato é que o CPP brasileiro possui diversas normas que, segundo o entendimento de AVENA, teriam positivado a adoção de um “princípio da verdade real” no direito pátrio. No tópico, o autor elenca os artigos 156, 201, 209, 234, 242, 404, 197 e 566¹⁰.

Quanto à tal lição do autor, registra-se que, embora não equivocada, é inconteste ultrapassada. Por um lado, a não equivocidade de tal entendimento do autor pode ser depreendida da própria exposição de motivos do CPP. Ao expor as razões do projeto de CPP quanto às normas probatórias, consignou expressamente que:

Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.¹¹

Não se pode ignorar, todavia, que o CPP brasileiro de 1941 tem inspiração no Código Rocco da década de 30, de matriz fascista. A própria origem histórica do nosso Código de Processo Penal situa-se no período do Estado Novo, em que “[d]ireitos fundamentais, Estado de Direito, democracia, respeito à dignidade, reconhecimento do outro eram vistos como obra demoníaca e de comunistas e seus defensores eram tidos como inimigos do Estado, amigos da impunidade”¹².

No entanto, a história do CPP não se limita à sua origem. Com o advento da Constituição de 1988, não só à luz do seu art. 129, inciso I, mas também de todas as garantias processuais por ela previstas, passou-se a compreender que o sistema processual penal por ela

⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pgs. 375-377.

¹⁰ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, pg. 21.

¹¹ BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf> Acesso em: 11 fev. 2022.

¹² GIACOMOLLI, Nereu José. **Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2015, pg. 146.

definido era o acusatório. No ponto e de forma objetiva, registra-se que tal sistema diferencia-se do sistema inquisitório mormente em razão da gestão da prova pelos sujeitos processuais: enquanto no inquisitório essa é gerida pelo juiz (figura do juiz-ator), no acusatório, ela é gerida pelas partes (juiz assume a posição de juiz-espectador)¹³.

Em razão de tal adoção, todos os dispositivos legais incompatíveis com tal sistema seriam materialmente inconstitucionais e, portanto, inaplicáveis aos casos concretos¹⁴. Dentre tais dispositivos, menciona-se que se encontram aqueles elencados por AVENA, na medida em que consistem em normas que determinam a atuação do juiz *ex officio* no processo. E, assim sendo elas, reputam-se como de cariz inquisitorial e não acusatório.

Não bastasse tal definição sistemática por força da nova ordem constitucional de 1988, com o advento da Lei nº 13.964 (conhecida como “Pacote Anticrime”), a adoção do sistema acusatório pelo direito brasileiro passou a ser indubitável. O novel art. 3-A do CPP define, *ipsis litteris* que “[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”, de modo a revogar tacitamente todos aqueles dispositivos de cariz inquisitorial e já materialmente inconstitucionais¹⁵. Insta registrar, todavia, que a aludida norma que positiva o sistema acusatório no CPP encontra-se, ao tempo da redação deste trabalho, com sua eficácia suspensa por decisão liminar em medida cautelar nas ADIn’s nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux. Contudo, fato é que a despeito da medida liminar do Ministro, foi esta a opção do legislador, o que não se pode ignorar na análise do presente tema.

Assim sendo, tem-se que efetivamente o CPP tem positivadas diversas normas que outrora adotaram o “ideal” da busca da verdade real no processo penal. Todavia, em tendo a vigente ordem constitucional, bem como a Lei nº 13.964, adotado o sistema acusatório, as normas que justificavam a adoção da verdade real no processo penal foram superadas.

Apesar de tanto, não se objetiva rechaçar a verdade do processo penal. Cabe aqui trazer a célebre lição de FERRAJOLI ao elucidar que “[s]e uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade”

¹³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pgs. 45-52.

¹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 53.

¹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 52.

equivale a um sistema de arbitrariedade”¹⁶. A questão central aqui é apenas a superação da busca da verdade real como argumento central justificador do processo penal que, à luz do Estado Democrático de Direito regido pela Constituição Federal de 1988, passou a ser a salvaguarda de direitos fundamentais do indivíduo frente ao poderio estatal na *persecutio criminis*.

2.1.2 Do direito fundamental à prova

2.1.2.1 Conceito de prova

Entendendo-se então o processo penal como um caminho necessário pra aplicação de uma pena garantindo direitos, nos voltaremos a um destes que constituiu o tema principal do presente trabalho: o direito fundamental à prova. Do conteúdo do artigo 5º, incisos LIV, LV e LVI, da CF/88¹⁷, extrai-se que o direito à prova é efetivamente uma garantia fundamental procedimental¹⁸. Os aludidos dispositivos constitucionais consagram o devido processo legal, do qual o direito à prova consiste em corolário lógico, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, bem como a inadmissibilidade da prova ilícita.

Dada a relevância da temática, em nível convencional, também tem-se a previsão do direito à prova no art. 8.2, “c” e “f” do Decreto n. 678/1992¹⁹, que internalizou o Pacto de San José da Costa Rica; bem como no art. 14.3, do Decreto n. 592/1992²⁰, que internalizou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU. Outrossim, em âmbito legal, há

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pg. 38.

¹⁷ “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;*”

¹⁸ De acordo com a classificação de Luigi Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pg. 433.

¹⁹ “*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: (...) c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; (...) f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.*”

²⁰ “*Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.*”

uma ampla regulação da prova em âmbito processual penal, tendo o CPP todo o seu título VII à ela destinado.

Ocorre que a despeito de toda esta previsão normativa, não há um especial conceito de prova pela legislação, de modo que cuidou a doutrina de levar tal tarefa à cabo. Segundo TAVARES E CASARA, o vocábulo “prova” seria um termo polissêmico e que “dentre os principais sentidos conferidos ao significante “prova” há o de “atividade” destinada a demonstrar a ocorrência de um fato, o de “meio” à demonstração do acerto de uma hipótese e o de “resultado” produzido na convicção do julgador”²¹. Os autores prosseguem e referem que a teor desta polissemia, a palavra “prova” sempre acaba vinculando-se ao valor “verdade”. Entretanto, considerando toda a problemática em torno da busca da verdade, os autores efetuam uma filtragem democrática deste “valor verdade” de modo a concluir que “a “verdade” passa a ter uma dimensão normativa, ou seja, não é uma meta a ser alcançada pelo juiz “custe o que custar”, mas um limite ao exercício do poder penal”²². Outrossim, tal verdade sequer se associa ao fato delitivo ocorrido no passado, mas sim à verdade sobre a acusação, ou seja, sobre o enunciado que atribui a prática de um ato criminoso a alguém²³,

Ao final das contas, a definição de prova em geral, no entendimento dos autores culmina na noção de “um ato voltado à obtenção dos efeitos inerentes à verdade em relação a uma proposição ou hipótese”²⁴. A conceituação dos autores não é destoante daquela proposta por FERRAJOLI especificamente em âmbito criminal, pela qual a prova seria “o fato probatório experimentado no presente, do qual se infere o delito ou outro fato do passado”²⁵. Assim sendo, é por meio da prova que se possibilita aferir dada proposição acusatória a fim de aplicar ou não a sanção penal cabível, uma vez que conforme o clássico enunciado de CARNELUTTI, “não há outro modo para resolver o problema do futuro do homem, que não seja o de voltar ao passado”, pois “o delito está no passado, a pena está no futuro”²⁶.

²¹ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pg. 17.

²² TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pg. 18.

²³ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pg. 23.

²⁴ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pg. 17.

²⁵ Destaca-se que tal semelhança possivelmente justifica-se na medida em que Juarez Tavares foi um dos tradutores da obra “Direito e Razão” para a língua portuguesa.

²⁶ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. José Antonio Cardinali. Brasil, Conan, 1997, [e-book]

2.1.2.2 Funções da prova

A partir desta perspectiva, LOPES JR.²⁷ atribui uma dúplice função à prova: (i) uma função recognitiva e (ii) uma função persuasiva. Quanto à primeira função, diz-se que é a prova o meio pelo qual intenta-se reconstruir um fato passado – qual seja o delito – para o julgador do caso penal. Salienta-se que tal reconstrução é meramente tentada, na medida em que não há como reconstruir o passado de forma irrepreensível²⁸. Refere-se que o prefixo ”re” que forma o vocábulo de tal função justifica-se porquanto o juiz não tem ciência do fato criminoso de modo direto, por meio dos sentidos (cognitivamente): tanto é que, se assim o fosse, não seria juiz, mas parte ou testemunha. O que o magistrado tem é o conhecimento do fato criminoso por intermédio das provas trazidas por outrem, ou seja, de modo indireto. Daí porque justifica-se o termo recognição.

Já a segunda função, qual seja a persuasiva, alude a ideia de ARAGONESES ALONSO de que a prova se vincula à atividade de conseguir o convencimento psicológico do juiz. Isso porque a produção da prova dá-se mediante um método de “prova e erro”, conforme a lição de FERRAJOLI²⁹. Quer dizer, se de um lado a acusação oferecerá as suas proposições acusatórias, de outro lado, estas serão postas à contraprova pela defesa, culminando-se, conforme o autor, no “livre desenvolvimento do conflito entre as partes do processo”. Ação e reação estas direcionadas ao fim de que o magistrado, à quem compete decidir, eleja uma ou outra versão ao final do ritual processual.

Sobre o ponto, TARUFFO sustenta que a utilização da prova pelas partes destina-se à apoiar o *story of the case* que cada parte propõe ao juiz. O autor italiano constrói tal ideia partindo de uma concepção que denomina como “narrativista” do processo, na qual o processo é uma situação em que se desenvolvem diálogos e se narram *stories*, de modo que:

Sólo se considera relevante la dimensión lingüística y narrativa del proceso, mientras que la eventual relación entre narración y realidad empírica no se considera relevante (o posible). (...) Desde una perspectiva de este tipo, también las pruebas son tomadas en consideración únicamente en su dimensión lingüística, dialógica y narrativa. La narración de un testigo vale únicamente como narración y no en la medida en que ofrezca elementos de conocimiento sobre los hechos.³⁰

²⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pgs. 383-386.

²⁸ EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, pg. 19

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pg. 488.

³⁰ TARUFFO, Michele. **La prueba**. Marcial Pons, 2008, pg. 82.

Sublinha-se, todavia, que apesar de tal concepção desconsiderar o conhecimento do fato por meio da prova, não se pode ignorar que por intermédio das provas, efetivamente, há a possibilidade de se chegar a uma correspondência entre narrativa e verdade dos fatos. O que ocorre é que o descobrimento da verdade no processo penal, tal como anteriormente visto, é de ordem contingencial, não devendo ser fundante pelos motivos já expostos. Assim, apesar das provas serem apresentadas no processo para confirmar ou derrotar uma versão - ou narrativa - dos fatos, não se pode concluir que estes não serão através delas conhecidos.

Em linhas gerais: quando uma parte produz uma dada prova em juízo, o faz a fim de que o juiz conheça do(s) fato(s) que alega a fim de persuadi-lo de sua versão para a ocasião da prolação da decisão penal de mérito.

2.1.2.3 Momentos da prova

Superadas as questões atinentes ao conceito e às funções da prova no processo penal, cumpre discorrer brevemente sobre quais são os momentos da prova, sendo que, conforme a doutrina são eles a proposição, a admissão, a produção, a valoração e a adoção da decisão sobre os fatos provados.

A proposição não é nada mais nada menos do que o momento processual em que as partes – e tão somente elas, à luz do sistema acusatório adotado no ordenamento jurídico - formulam seu requerimento ao juiz para produzir uma determinada prova³¹. Tal requerimento, por sua vez, pode ser formulado em distintos momentos processuais, não se limitando apenas para a fase de instrução, mas também para momentos anteriores ou posteriores a ela, havendo a possibilidade de se requerer a produção de provas até mesmo após o processo, em sede de revisão criminal³².

E muito embora ambas as partes possam requerer a produção de provas, sublinha-se que no processo penal acusatório o ônus (ou a carga) de provar é sempre da acusação. Conforme HAACK, a carga probatória diz respeito à princípios que determinam que parte está obrigada a provar, bem como o nível de prova que a parte está processualmente obrigada

³¹ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pg. 49.

³² EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, pgs. 61-62.

a provar. Em âmbito penal, a autora esclarece que a prova deve ser produzida pela acusação e que deve ser provado além da dúvida razoável³³.

Após a formulação da parte, chega-se ao segundo momento probatório, qual seja a admissão. Nesta fase, o juiz irá examinar a moralidade, a pertinência e, principalmente, a legalidade da prova postulada pelas partes, a fim de aceitar ou não a sua produção no processo³⁴.

Quanto à moralidade, remete-se a ideia de CORDERO de que é admissível tudo aquilo que não for vedado, desde que útil para a reconstrução dos fatos³⁵. No ponto, para que uma prova seja admitida, não basta que não seja proibida diretamente pelo direito, mas também não pode ela violar a dignidade da pessoa humana dos indivíduos, mormente aqueles envolvidos no caso penal. Já a pertinência traduz-se na ideia de que a prova deve se relacionar com a imputação criminosa nas dimensões objetiva (a existência do fato) e subjetiva (a autoria), ou com qualquer fato ou circunstância juridicamente relevante ao processo³⁶.

A legalidade, por sua vez, pode ser aferida à luz do art. 157 do CPP que reputa como ilícita a prova obtida em violação a normas constitucionais ou legais. A consequência jurídica para as provas ilícitas pode ser aferida tanto do teor do retroreferido dispositivo legal, quanto do art. 5, LVI, da CFBR, que determinam a inadmissibilidade da prova maculada no processo. Ocorre que a aludida *exclusionary rule*, a despeito de ter um tratamento legal muito claro, não é um ponto pacífico na academia, sobretudo para os epistemólogos.

Isso porque parcela destes últimos sustenta que as *exclusionary rules* trariam sacrifícios de ordem epistêmica ao procedimento³⁷. Ou seja, que as normas jurídicas que garantem a salvaguarda de direitos fundamentais individuais culminariam em um conjunto probatório mais distante da verdade fática. Ocorre que tal entendimento acaba não se sustentando na medida em que analisamos, por exemplo, a prova produzida mediante tortura. Isso porque a prova produzida mediante tortura não corresponde aos acontecimentos fáticos, pois o torturado diz qualquer coisa para ver-se livre da dor. Ora, se tal prova pudesse ser

³³ HAACK, Susan. **El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica**. In: VÁZQUEZ, Carmen. Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Marcial Pons, 2013, pgs. 68-69.

³⁴ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pg. 49.

³⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 424.

³⁶ NORES, José I. Cafferata. **La prueba en el proceso penal**: con especial referencia a la ley 23.984. 3ª edición, actualizada y ampliada, 1998, pgs. 22-23.

³⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana**. In: VÁZQUEZ, Carmen. Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Marcial Pons, 2013, pg. 29

processualmente admitida, constaria no caderno probatório uma prova que não condiz com a verdade fática sendo, portanto, contraepistêmica.

No ponto, esclarece-se que a expressão "epistêmica" aqui cunhada refere-se à epistemologia jurídica, consistente na área do saber destinada a estudar o conhecimento dos fatos em ambiente judicial³⁸. Os epistemólogos, por sua vez, reivindicam que deve "haver acordo de que a decisão que castigar fulano com q somente se encontra justificada à condição de que se confirme como verdadeira a hipótese de que fulano cometeu p"³⁹. Como se pode depreender de tal ideia, tais estudiosos colocam como central para o processo a busca da verdade fática, o que conforme retro explicitado não é a finalidade do processo penal, de modo que sua produção acadêmica deve ser examinada à luz de tal entendimento.

Verificados tais requisitos, a prova é admitida, de modo que passa-se então para o momento da produção probatória. Este momento processual representa a efetiva introdução material da prova nos autos⁴⁰.

Quando devidamente composto o conjunto probatório no processo, passa-se ao próximo momento, da valoração probatória, sendo o estudo desta etapa crucial para o objeto do presente trabalho. Conforme BELTRÁN, no momento da valoração obtém-se o resultado que permite saber o grau de confirmação do que dispõe cada uma das hipóteses levantadas pelas partes, sendo este o momento da racionalidade⁴¹. Segundo o autor, "[s]e trata aquí (...) de evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una determinada hipótesis o a su contraria"⁴².

Quanto a este momento probatório, refere-se que o direito brasileiro adotou como sistema de valoração o livre convencimento motivado (ou persuasão racional), conforme extrai-se do teor do *caput* art. 155 do CPP, *ipsis litteris*:

³⁸ MATIDA, Janaína Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência**. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão. *Violência de gênero: temas polêmicos e atuais*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pg. 88.

³⁹ MATIDA, Janaína Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência**. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão. *Violência de gênero: temas polêmicos e atuais*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pg. 87.

⁴⁰ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pg. 49.

⁴¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana**. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons, 2013, pg. 26-27.

⁴² BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana**. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons, 2013, pg. 27.

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A adoção por esta sistemática vem como uma superação de outros dois sistemas históricos de valoração da prova: o da prova tarifada e o da íntima convicção. Sintetizando o histórico evolutivo de tais sistemas, LOPES JR. leciona que naquele primeiro sistema, o legislador já previa a tarifa de cada prova, de modo que o juiz era totalmente limitado a valorar a prova de acordo com tais critérios⁴³. Já o segundo modelo, conforme TAVARES e CASARA, permitia que o julgador valorasse a prova como ato de sua íntima convicção, sem necessidade de justificação e tendo como base um juízo exclusivamente subjetivo⁴⁴.

Dadas as problemáticas inerentes a tais modelos (um que limita completamente a atividade do julgador e outro que não dá qualquer limite a ele), surge o sistema por nós adotado. Sobre ele, assim expôs o legislador do CPP:

Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.⁴⁵

Daí porque LOPES JR. conclui que não se nega a subjetividade do sistema do livre convencimento motivado, mas que à luz dele o julgador dos fatos deverá decidir conforme a prova e o sistema acusatório observando as garantias constitucionais dos cidadãos⁴⁶.

Assinala-se que, de acordo com a doutrina brasileira, o último momento da atividade probatória é o da valoração, conforme verifica-se das obras de TAVARES e RUBENS CASARA⁴⁷, ROSA⁴⁸, LOPES JR.⁴⁹ e EBERHARDT⁵⁰. Ocorre que da obra de BELTRÁN extrai-se mais um momento probatório, igualmente essencial para o objeto do presente

⁴³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 419.

⁴⁴ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pg. 51.

⁴⁵ BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf> Acesso em: 11 fev. 2022.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 421.

⁴⁷ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pgs. 49-50.

⁴⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5ª ed. Florianópolis: EMais editora, 2019, pgs. 614-615.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pgs. 416-417.

⁵⁰ EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, pgs. 61-64.

trabalho, qual seja o da adoção da decisão sobre os fatos provados que, por sua vez, dependerá do *standard* de prova a ser utilizado no *decisum*.

2.2 Os Standards probatórios no processo penal

2.2.1 Conceito de *standard* probatório

Superadas as premissas iniciais a respeito da prova no âmbito processual penal a fim do adequado enfrentamento do objeto do presente trabalho, qual seja a (im)possibilidade de rebaixamento de *standard* probatório nos crimes de roubo, imperioso o exame do próprio conceito de *standard* probatório.

E no tópico, antes de elucidar-se sobre o que se tratam os *standards* de prova, cumpre definir o que são os próprios *standards*. Conforme LARSEN, os *standards* traduzem-se numa modalidade de normas caracterizadas por termos amplos, vagos, gerais e imprecisos⁵¹. Deve-se atentar, no entanto, que ao utilizar estes termos, LARSEN não versa sobre o peso que as normas redigidas sob esta técnica de redação jurídica possuem. Ou seja, se por serem imprecisas são mais “fracas” que as regras – que se utilizam de termos mais precisos em sua redação. A questão versada dirige-se efetivamente à precisão dos termos utilizados na redação das normas jurídicas⁵².

Voltando aos momentos da atividade probatória prova, viu-se que o último deles referia-se a adoção da decisão sobre os fatos provados a que alude BELTRÁN. Neste momento, em termos práticos, tem-se que o julgador precisará estabelecer um limite que determine o grau de prova mínimo para que determinada hipótese seja declarada provada⁵³. Assim, em termos práticos está posto o conceito de *standard* probatório. Partindo-se para uma definição mais robusta, remete-se ao conceito de HAACK, pelo qual os *standards* de prova seriam as normas definidoras do grau ou do nível de prova que deve ser satisfeito pela parte

⁵¹ LARSEN, Pablo. **Reglas, estándares y modelos de derecho probatorio para el proceso penal**. InDret, 1.2020, pg. 306.

⁵² LARSEN, Pablo. **Reglas, estándares y modelos de derecho probatorio para el proceso penal**. InDret, 1.2020, pg. 314.

⁵³ VÁZQUEZ, Carmen. **A modo de presentación**. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons, 2013, pg. 14.

que a produz nos diferentes tipos de processo (criminal, cível, administrativo, etc)⁵⁴. Em outras palavras, esses – sobretudo no direito processual penal – traduzem-se no “quanto” de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória⁵⁵. Assim, quando for exercer a função de julgar os fatos, o juiz deve determinar se as provas apresentadas endossam o grau requerido das proposições em questão⁵⁶.

No tópico, importante esclarecer que este *quantum* de prova refere-se ao grau de confirmação da hipótese fática narrada pelo órgão acusatório e não a um grau de confirmação da verdade dos fatos. Tal afirmação se justifica levando em conta tanto a dupla função da prova, qual seja a reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico e a obtenção da captura psíquica do juiz, e não a revelação da verdade.

2.2.2 Função do *standard* probatório

Entendido o conceito de *standard* probatório, cumpre analisarmos a sua função. Conforme o juiz HARLAN, da Suprema Corte dos EUA, a função do *standard* probatório é “instruct the factfinder concerning the degree of confidence our society thinks he should have in the correctness of factual conclusions for a particular type of adjudication”⁵⁷. Ou seja, informar ao julgador o quanto de confiabilidade que a sociedade espera que ele tenha na sua decisão a depender da natureza processual do caso concreto. Assim sendo, em âmbito processual penal, cujo resultado e mesmo o andamento do processo podem implicar nas limitações de direitos de maior relevo dos indivíduos, tem-se que o magistrado deve ter uma confiança maior ao decidir sobre os fatos do caso penal do que teria para decidir uma demanda civil, pois a sociedade atribui um alto valor à liberdade individual⁵⁸.

No tópico, entretanto, impende referir que apesar de tal definição de função remeter a uma expectativa social, esta não é uma expectativa social acerca do julgamento do caso penal,

⁵⁴ HAACK, Susan. **El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica**. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons, 2013, pg. 69.

⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 396.

⁵⁶ HAACK, Susan. **El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica**. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons, 2013, pg. 75.

⁵⁷ US SUPREME COURT. **In re Winship**, 397 U.S. 358, 1970, Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/397/358>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

⁵⁸ KNIJNIK, Danilo. **Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knjnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

o que poderia macular a racionalidade da decisão por conta de uma indevida influência de clamor popular ou midiático. Mais adequado, então, seria interpretar tal noção a partir da ideia de que tal expectativa social reside em razões de ordem política, decorrente de preferências morais no sentido de que é socialmente preferível a absolvição de culpados à condenação de inocentes. Vê-se então que a questão central acerca dos *standards* de prova consiste na distribuição do erro judicial. Isto porque na medida em que não há como se reproduzir em juízo os fatos tais como ocorreram⁵⁹, o ordenamento jurídico precisa de mecanismos para administrar o erro judiciário conforme as diferentes espécies processuais, uma vez que a restituição exata do fato histórico objeto do caso penal não passa de mera utopia.

Em âmbito processual, como enuncia LAUDAN, essa distribuição do erro dá-se em *favor rei*⁶⁰. E apesar de tal autor faça uma espécie de crítica no sentido de que fazendo-se tal distribuição acabe-se rebaixando “la escala de justicia con el fin de que sea más difícil obtener la culpabilidad”, deve-se atentar para o fato de que, conforme já supra assinalado, as consequências jurídicas previstas para os condenados criminalmente resultam nos mais graves impactos na sua esfera jurídica. Isto porque uma condenação criminal pode culminar em: privação de liberdade, perda direitos, de bens, de cargos, de funções, de mandatos, etc⁶¹. Deste modo, tem-se que o custo do erro judicial em matéria penal é o mais caro dentre as diferentes espécies processuais, fazendo com que condenações de inocentes sejam consideradas mais perturbadoras do que as absolvições de culpados, ainda que isso resulte em uma maior quantidade de erros em termos gerais.

Nada obstante o que concerne a distribuição do erro judicial, os *standards* probatórios também consistem em uma ferramenta de controle da convicção judicial acerca dos fatos. Isto porque na medida em que o ordenamento jurídico adotou um sistema de livre convencimento motivado, é imperiosa a necessidade de se evitar que a discricionariedade judicial inerente a tal sistema em certa medida, se transformasse em arbítrio⁶². Isto porque, segundo KNIJNIK, “se o fato não é mais independente do direito, nem pode ser construído com total abstração

⁵⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pg. 470.

⁶⁰ LAUDAN, Larry. **Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar**. In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28, 2005, pg. 111.

⁶¹ A teor dos arts. 91 a 92 do Código Penal Brasileiro.

⁶² KNIJNIK, Danilo. **Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knjnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

das categorias jurídicas, é sinal de que ele está a reclamar um instrumental jurídico de controle”⁶³, tarefa esta pela qual encarregam-se os *standards* de prova.

2.2.3 Espécies dos *standards* probatórios e sua aplicabilidade no processo penal

Na medida em que varia a natureza processual – v.g., se processual cível, penal, administrativa, etc. –, ou mesmo o tipo de decisão judicial – v.g., se decisão liminar, ou de mérito –, varia também o grau de exigência para se entender um determinado fato ou circunstância como provado. Isso porque nas diferentes esferas do direito, ou nas diferentes decisões judiciais, tem-se bens jurídicos de importância diversos, de modo a exigir-se mais ou menos prova para que determinada alegação seja entendida como efetivamente provada, tendo em vista a maior ou menor tolerância à eventual ocorrência de erro judicial.

Tal variação de exigência justifica-se uma vez que não há racionalidade probatória em exigir o mesmo nível de prova em um processo que discute questão meramente patrimonial e em um processo cujo objeto é a privação de liberdade de um ser humano. Igual raciocínio aplica-se a irracionalidade em demandar o mesmo grau de prova para proferir uma decisão de recebimento de denúncia e uma decisão que confirma a culpabilidade de um acusado em uma ação penal.

Embora não se desconheça a vasta existência de *standards* probatórios nos diversos sistemas jurídicos⁶⁴, concentraremos esforços na distinção dos modelos oriundos do sistema da *common law*, em razão de sua influência no direito pátrio. A necessidade do estudo dos *standards* probatórios pela via do direito comparado justifica-se na medida em que o sistema jurídico brasileiro, como regra, não estabelece legalmente um *standard* de prova claramente formulado⁶⁵.

Pontua-se que são quatro os *standards* probatórios a serem analisados: prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*), prova mais provável que sua negação (*more probable than not*), preponderância da prova (*preponderance of the evidence*) e, por fim,

⁶³ KNIJNIK, Danilo. **Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knjnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁶⁴ Sobre o tema, ver: KNIJNIK, Danilo. **Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle.**

⁶⁵ BALTAZAR JR., José Paulo. **Standards probatórios no processo penal.** Revista da AJUFERGS, Porto Alegre, n. 4, Nov. 2007, pg. 176.

prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*). Imperioso ressaltar que o presente trabalho objetiva analisar a aplicabilidade dos modelos de constatação em matéria processual penal, sendo o mais importante deles a prova além da dúvida razoável. Considerando tal recorte, adverte-se de antemão que o exame dos demais *standards* será realizado de modo objetivo e pontual, uma vez que são utilizados em processos de natureza civil e/ou administrativa, de modo que empregar-se-ão esforços, então, no estudo mais pormenorizado daquele último.

A prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*) é um dos modelos de apreciação da prova característicos do processo civil, sendo este o padrão de prova utilizado em demandas civis consideradas socialmente mais graves, porque trata de uma alta probabilidade⁶⁶. Já segundo a prova mais provável que sua negação (*more probable than not*) a parte que possui o ônus probatório deve provar que determinada alegação é mais provável de ser verdadeira do que falsa⁶⁷, sendo tipicamente utilizada em casos civis ordinários⁶⁸. A preponderância da prova (*preponderance of the evidence*), por seu turno, é encontrando quando o julgador acredita na preponderância, ainda que tenha alguma dúvida a respeito, significando "pouco mais que a metade"⁶⁹.

2.2.4 Aspectos gerais do *standard* prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*, ou *BARD*)

O último *standard* probatório, então, é o da prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*, ou *BARD*), que encontra sua aplicabilidade no julgamento de mérito dos casos penais. No direito anglosaxão este *standard* é utilizado desde o século XVIII, quando Blackstone formulou o seu famoso adágio de que "é melhor que dez culpados escapem do que um inocente sofra"⁷⁰. Entretanto, este ideal encontra suporte em períodos mais remotos, tal

⁶⁶ KNIJNIK, Danilo. **Os "Standards" do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁶⁷ De acordo com o California Civil Jury Instructions (CACI). Disponível em: <https://www.courts.ca.gov/partners/documents/Judicial_Council_of_California_Civil_Jury_Instructions.pdf> Acesso em: 23 mar. 2022.

⁶⁸ HAACK, Susan. **El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica.** In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica.* Marcial Pons, 2013, pg. 69.

⁶⁹ KNIJNIK, Danilo. **Os "Standards" do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷⁰ No original: "Better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer".

como consta em Gênesis 18:22-33, em escritos de Aristóteles e até mesmo no direito romano⁷¹.

Todavia, o BARD só passou a ter status constitucional a partir de 1970, quando no julgamento do caso ‘*In re Winship*’ a Suprema Corte Norteamericana entendeu que a prova além da dúvida razoável integra os fundamentos do devido processo legal, a teor da quinta e da décima quarta emendas. A partir dela protege-se o acusado contra condenação, exceto mediante prova além de uma dúvida razoável de todos os fatos necessários para constituir o crime do qual ele é acusado⁷².

Se os graus de provas fossem probabilidades matemáticas, tal como alguns autores costumam lecionar, o BARD seria representado pela probabilidade de 95%, em contraste, por exemplo, com o *clear and convincing evidence* e o *preponderance of the evidence*, representados por 75% e 50%+1, respectivamente⁷³. Apesar de ser o *standard* de prova mais elevado e, portanto, mais capaz de tutelar as garantias fundamentais do réu à luz de um sistema acusatório, o BARD não é imune a críticas.

Nesse ponto, recorremos à obra do filósofo LAUDAN que tece as mais diversas críticas a tal modelo de constatação, ao ponto de chamá-lo de “*anti-standard*”⁷⁴. O autor caracteriza o BARD como um conceito “inadequado, deliberadamente pouco claro, totalmente subjetivo e aberto a um número de interpretações semelhante ao número de juízes em atuação”⁷⁵. Para MATIDA, por sua vez, na prática brasileira o BARD acabou tornando-se um “gatilho retórico” utilizado pelos julgadores que, por consequência da cultura inquisitorial

⁷¹ EPPS, Daniel. **The Consequences of Error in Criminal Justice** (February 10, 2015). Harvard Law Review, Vol. 128, No. 4, pp. 1065-1151, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2463689>>. Acesso em: 20 jan. 2022, pg.1077.

⁷² No voto do caso ‘*In re Winship*’, a Suprema Corte norteamericana registrou que “The requirement that guilt of a criminal charge be established by proof beyond a reasonable doubt dates at least from our early years as a Nation. The ‘demand for a higher degree of persuasion in criminal cases was recurrently expressed from ancient times, (though) its crystallization into the formula ‘beyond a reasonable doubt’ seems to have occurred as late as 1798. It is now accepted in common law jurisdictions as the measure of persuasion by which the prosecution must convince the trier of all the essential elements of guilt.”. US SUPREME COURT. **In re Winship**, 397 U.S. 358, 1970, Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/397/358> >. Acesso em: 03 fev. 2022.

⁷³ MATIDA, Janaína Roland. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro**. Revista de Ciências Criminais, vol. 156/2019, jun/2019, pgs. 221-248.

⁷⁴ A ideia é desenvolvida principalmente no seu artigo “*Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*”.

⁷⁵ LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal: um ensayo sobre epistemología jurídica**. Traducción: Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid: Marcial Pons, 2013, pg. 61.

brasileira, faz com que os juízes decidam conforme sua íntima convicção e disfarcem isso recorrendo a utilização do BARD⁷⁶.

LOPES JR., não ignorando tais críticas, bem assinala que a adoção do BARD para o julgamento do mérito do caso penal não é a solução infalível para o combate do decisionismo, mas sim “*uma medida de redução de danos e de ampliação de garantias*”, com o fito de aumentar-se a qualidade da decisão judicial que, por sua vez, deve ser guiada por uma lógica racional⁷⁷.

2.2.5 Amparo do “BARD” no ordenamento jurídico brasileiro: *in dubio pro reo* e presunção de inocência

Vimos que o BARD é um *standard* típico da realidade do *common law* há muito tempo. No entanto, na ausência de uma previsão normativa explícita acerca do tema na legislação brasileira, surge o questionamento: poderia o BARD ser amparado pelo direito pátrio? Ocorre que apesar de se tratar de um modelo utilizado na *common law*, a sua aplicação no sistema romano-germânico/*civil law* é plenamente possível, desde que observados todos os direitos e garantias inerentes a sistemática processual penal cristalizada em tal sistema, especialmente no direito brasileiro⁷⁸. E indo para além da mera possibilidade de adoção, atualmente defende-se que tal *standard* foi efetivamente adotado pelo sistema brasileiro. Nesse sentido argumenta LOPES JR.:

ao consagrar a presunção de inocência e seu subprincípio *in dubio pro reo*, a Constituição e a Convenção Americana sinalizam claramente a adoção do *standard* probatório de “além da dúvida razoável”, que somente se preenchido autoriza um juízo condenatório.⁷⁹

Em nível constitucional, a presunção de inocência tem amparo no art. 5, LVII da CF/88, que enuncia: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Conforme ZANOIDE DE MORAES, a presunção de inocência tem um amplo âmbito de proteção, traduzindo-se em uma ‘norma de tratamento’, uma ‘norma de

⁷⁶ MATIDA, Janaína Roland. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro.** Revista de Ciências Criminais, vol. 156/2019, jun/2019, pgs. 221-248.

⁷⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 19ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022, pg. 412.

⁷⁸ BESSA NETO, Luis Irapuan Campelo; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; DO PRADO, Rodolfo Macedo. **A aplicabilidade dos Standards probatórios ao processo penal brasileiro.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 165/2020, mar/2020, pgs. 129-158.

⁷⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 19ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022, pgs. 397-398.

juízo' e uma 'norma probatória'. Quanto à norma de tratamento, o autor refere que por tal manifestação se garante que o indivíduo perseguido penalmente não irá ter a sua esfera de direitos afetada com eventos estatais violadores até o término do processo⁸⁰. Como norma probatória, é a presunção de inocência que determina quem deve provar, por meio de que tipo de prova e o que deve ser provado.

Por fim, como norma de juízo, a presunção de inocência volta-se à análise das provas produzidas seja para identificar a sua suficiência a fim de que ela mesma seja afastada, seja para a determinação da norma mais adequada ao fato concreto⁸¹. Quanto ao último tópico o autor refere que na ocasião do julgamento dos fatos provados pode o juiz alcançar três conclusões: a certeza da culpa, a certeza da inocência e, por fim, a incerteza. Nas duas primeiras conclusões, o juiz deverá julgar em conformidade com a própria conclusão. Entretanto, quanto à última ele deverá decidir em favor do acusado, seja declarando a sua inocência⁸², seja condenando-o em circunstâncias menos gravosas (quando a dúvida residir em elementos circunstanciais do fato)⁸³.

E é nesta dimensão da presunção de inocência que se visualiza a escolha do direito brasileiro pela adoção do BARD como *standard* de prova. Ou seja, a teor da presunção de inocência, o BARD manifesta-se como regra de juízo, pela qual:

da certeza (juspública) do “estado de inocência” somente poderá se atingir a certeza oposta (culpabilidade) se as provas incriminadoras forem eficazes e adequadas o suficiente para retirar da mente judicial qualquer dúvida racionalmente justificável sobre qualquer ponto indispensável para a condenação⁸⁴

Desta leitura, é dizer que o BARD é uma efetiva tradução do *in dubio pro reo*, subprincípio da presunção de inocência⁸⁵. Considerando todo este contexto, na ocasião da sua

⁸⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pg. 426.

⁸¹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pg. 462.

⁸² Em nível legal, a dicção do art. 386, VII, do CPP determina que “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) não existir prova suficiente para a condenação.”

⁸³ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pgs. 472-473.

⁸⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pg. 475.

⁸⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pg. 470.

fundamentação, o juízo enfrentando todos os argumentos trazidos pelas partes⁸⁶ deverá demonstrar o processo decisório utilizado que o fez superar o estado intermediário de dúvida⁸⁷ mediante argumentos racionais⁸⁸. A partir daí viabiliza-se, então, uma discussão regrada, leal e honesta no que tange a estrutura lógica da tomada de decisão pela jurisdição, limitando-se o livre convencimento motivado e deixando-o menos subjetivo⁸⁹. Com efeito, tem-se que o controle de racionalidade da decisão se manifestará em, pelos menos, três dimensões: a do juiz, a das partes e a das instâncias superiores.

Quanto a do juiz para com sua decisão, tem-se que ao se exigir dele um maior rigor quanto à qualidade e racionalidade de sua decisão, ele mesmo irá ter um maior cuidado no exame das provas e na exposição do seu processo decisório, sob pena de estar dando azo a uma decisão incompatível com o sistema jurídico e, portanto, ilegal. Outrossim, na medida em que se possibilita às partes conhecerem o processo cognitivo do juízo que o levou a superar (ou não) o estado de dúvida, franqueia-se a elas uma efetiva concretização do contraditório, uma vez que informadas de tal processo, poderão a partir dele exercer a sua reação⁹⁰. E a partir deste controle de racionalidade decisória das partes, tem-se que as demais instâncias do Poder Judiciário também poderão controlar com maior rigor a tomada de decisão, o que culmina tão somente numa aplicação do direito aos casos concretos de modo mais justo e efetivo.

Não bastasse isso, tem-se que a própria Corte de vértice do Judiciário Brasileiro já lançou mão do entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio adotou como *standard* probatório para julgamento de casos penais o BARD. No tópico, menciona-se o recente HC 180.144/GO do STF, em que o em. Ministro Celso de Mello enuncia que “[n]o Direito Positivo brasileiro, a situação de dúvida razoável só pode beneficiar o réu, jamais prejudicá-

⁸⁶ O que deverá realizar conforme preceitua o art. 315, §2º, IV, do CPP, sob pena de violação ao dever de fundamentação das decisões.

⁸⁷ Fala-se em estado intermediário e não inicial, na medida em que conforme ZANOIDE DE MORAES ”*a dúvida é um estágio intermediário no qual permanece a pessoa que, já tendo alguns conhecimentos sobre o objeto, não consegue atingir certeza*”. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pg. 470.

⁸⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pg. 475.

⁸⁹ KNIJNIK, Danilo. **Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knjnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 10 jan, 2022.

⁹⁰ Sobre as duas dimensões do contraditório (informação e reação), ver: LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 113.

lo, pois esse é um princípio básico que deve sempre prevalecer nos modelos constitucionais que consagram o Estado Democrático de Direito⁹¹”.

Nada obstante a tal entendimento, na AP 676/MT (conhecida como ‘Operação Sanguessuga’), a em. Ministra Rosa Weber endossa o entendimento doutrinário de que em inobservado o BARD, viola-se a presunção de inocência. No aludido voto, a julgadora realiza um apanhado histórico do desenvolvimento de tal *standard* até a formulação do conhecido adágio *beyond a reasonable doubt* pelo direito anglo-saxão, o qual a Ministra classifica como a formulação mais precisa da presunção de inocência como regra de prova⁹². Tal digressão é finalizada com a conclusão de que para que se impere a condenação criminal, impõe-se “a necessidade de um quadro probatório robusto, com provas de todos os elementos da acusação. As provas devem ser aptas a gerar a responsabilidade criminal do acusado, com o afastamento de todas as hipóteses contrárias, desde que razoáveis, a essa convicção”⁹³.

Assim, se não bastasse o argumento de ordem dogmática, qual seja a adoção do BARD como manifestação dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, tem-se que o próprio STF, intérprete último da norma constitucional, já se manifestou de que este é efetivamente o *standard* a ser utilizado para condenações criminais.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 180.144/GO**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Goiás. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 10 out. 2020.

⁹² Registra-se que a despeito do entendimento da em. Ministra Rosa Weber de que o BARD traduz a presunção de inocência como norma probatória, conforme as considerações anteriores, reputa-se mais adequado manter-se o entendimento de que tal *standard* é uma norma de juízo.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ap 676/MT**. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Benjamin Gomes Neto; Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 17 out. 2017.

3 DOS EMBARAÇOS PROBATÓRIOS ENVOLVENDO O ROUBO E O REBAIXAMENTO DE *STANDARD* PROBATÓRIO

Postas as premissas para a adequada compreensão do fenômeno probatório, especialmente no que tange aos *standards* de prova no direito processual penal brasileiro, o presente capítulo abordará tais questões com enfoque no delito de roubo. Assim, o exame dividir-se-á em duas partes: em linhas gerais, a primeira parte abordará as problemáticas probatórias que circundam esta espécie delitiva. Já a segunda tratará de examinar se, considerando o ordenamento jurídico, bem como as questões probatórias do roubo, há a possibilidade de rebaixamento de *standard* probatório para condenações em tal crime.

3.1 Embargos probatórios atinentes ao crime de roubo

O crime de roubo possui sua descrição típica definida no art. 157 do Código Penal, que na redação atual descreve:

Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

Conforme BITENCOURT, grosso modo o roubo traduz-se em um furto qualificado pela violência à pessoa. Assim, tem-se que para subtrair o bem do vitimado, o agente emprega violência física ou moral contra aquele. O sujeito ativo que se utiliza da *vis corporalis*, assim faz com o fito de amedrontar a vítima, vencendo a sua capacidade de resistência. Já o agente que emprega a *vis compulsiva*, assim faz para criar na vítima um medo de iminente e grave mal, viciando a sua vontade e igualmente vencendo a sua capacidade de resistência⁹⁴.

Praticado um crime de roubo, identificada a sua suposta autoria pelas forças policiais, denunciado o, em tese, agente pelo órgão ministerial e recebida a exordial acusatória pelo Judiciário, chega-se à instrução criminal. Nessa fase processual, o Ministério Público irá desincumbir-se da sua carga probatória a fim de que se atribua a responsabilidade penal ao sujeito inicialmente por ele apontado como o autor do delito.

⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, [e-book].

Para tanto, dispõe de diversas espécies de prova, tais como a prova pericial, a testemunhal, a palavra do ofendido, o reconhecimento de pessoas, eventuais registros visuais do fato, dentre outras. Ocorre que, como reiteradamente afirmado pela jurisprudência⁹⁵, tais delitos geralmente são praticados na clandestinidade, de modo que a principal fonte de prova incriminatória acaba sendo aquela dependente da memória⁹⁶ da vítima, ou de eventuais testemunhas do fato, especialmente o depoimento e o reconhecimento de pessoas. Outrossim, para fins de condenação também utiliza a jurisprudência de duas presunções probatórias: a de veracidade da palavra dos policiais⁹⁷ e a de culpabilidade do acusado encontrado na posse da *res furtivae*⁹⁸.

3.1.1 Os problemas das provas dependentes da memória

As provas dependentes da memória dizem respeito, essencialmente, ao testemunho e ao reconhecimento. STEIN afirma que "[a] memória é o coração do testemunho e do reconhecimento, já que o testemunho constitui-se, em sua essência, nas lembranças que a pessoa conseguiu registrar e resgatar sobre os fatos que ocorreram e o reconhecimento de seus personagens"⁹⁹. Ocorre que a memória é construída por meio de uma série de informações que podem influenciar diretamente na recordação de dado objeto por um indivíduo, já que a memória não funciona como uma máquina fotográfica ou uma filmadora¹⁰⁰.

Daí porque a autora esclarece que as falsas memórias não se confundem com as mentiras: enquanto na mentira o sujeito relata intencionalmente uma situação falsa, na falsa memória o indivíduo tem certeza de que viveu aquilo, de modo que o cérebro humano sequer

⁹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 505.

⁹⁶ IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: orientações para o sistema de justiça**. Fev, 2022, pg. 6. Disponível em: < <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf> > Acesso em: 15 mar. 2022.

⁹⁷ MATIDA, Janaína Roland. **O valor probatório da palavra do policial**. Trincheira Democrática, IBADPP, n. 8, 2020, pg. 48-52.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF**. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 2, n. 3, dez. 2015, pgs. 201-219.

⁹⁹ STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. - Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, 2015, pg. 18.

¹⁰⁰ STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. - Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, 2015, pg. 18.

distingue a falsa memória de uma verdadeira¹⁰¹. Ademais, a fim de demonstrar a complexidade da matéria, a literatura esclarece que pesquisas realizadas no âmbito da psicologia cognitiva indicaram que é possível até mesmo implantar uma falsa memória de um evento que jamais ocorreu no plano concreto¹⁰².

Com efeito, a partir de uma perspectiva psicológica, quando um indivíduo se envolve com um crime (na condição de vítima ou de testemunha), as lembranças daquele momento acabam sendo emocionalmente carregadas¹⁰³. Isso porque em eventos criminosos, sobretudo naqueles violentos, tais como o roubo, as pessoas podem responder com medo, com raiva, podem desenvolver distúrbios emocionais como depressão e ansiedade ou até mesmo o desenvolvimento de trauma ou transtorno do estresse pós-traumático¹⁰⁴.

Somado à esta carga emocional, a literatura ainda indica outros fatores que podem contaminar a memória do envolvido com o caso penal no próprio momento em que o fato acontece. O primeiro deles diz respeito ao tempo de exposição, distância e iluminação. Isto porque quanto mais tempo o indivíduo estiver exposto ao agente, maior a probabilidade de identificá-lo com precisão. Nada obstante, quanto mais distante estiver a testemunha/vítima do agressor e mais escuro estiver o local do fato, menor é a chance de se obter um relato ou reconhecimento preciso, detalhado e confiável¹⁰⁵.

Outro fator elencado diz respeito à presença de arma no momento do fato. Esse fator tem especial relevância quando se discute a prática de crime de roubo, em que a arma de fogo é predominantemente utilizada pelos sujeitos ativos do delito¹⁰⁶. Quando há o emprego de arma na ação, esta tende a capturar a atenção da vítima/testemunha em detrimento de quem a

¹⁰¹ STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. - Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, 2015, pg. 23.

¹⁰² DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pg. 112.

¹⁰³ STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. - Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, 2015, pg. 20.

¹⁰⁴ STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. - Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, 2015, pg. 21.

¹⁰⁵ MATIDA, Janaína Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência**. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão. **Violência de gênero: temas polêmicos e atuais**, LOCAL: Editora D'Plácido, ANO, pg. 98.

¹⁰⁶ CAVALCANTE, Lucidéa Santos. **Caracterização do crime de roubo em Belém**. Dissertação de mestrado em Segurança Pública, Universidade Federal do Pará, 2015, pg. 45.

está portando¹⁰⁷ e outros detalhes da cena, uma vez que “o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma”¹⁰⁸.

No ponto, faz-se menção à pesquisa de LOFTUS, que submeteu 80 participantes a assistirem a uma apresentação de slides que retratou a seguinte situação: clientes na fila para fazer o pedido em um restaurante *fast food*. O segundo homem da fila se aproxima do caixa e numa primeira situação, a qual foram expostos 40 participantes, o homem entrega um cheque e a atendente lhe entrega dinheiro. Já numa segunda situação, a qual foram expostos os demais 40 participantes, o homem aponta uma arma para ela e ela lhe entrega dinheiro. Após a exibição, a memória dos participantes foi testada e eles deviam reconhecer o sujeito que interpelou a caixa em um *line up* de 12 pessoas. Como resultado, os participantes que viram a versão do cheque reconheceram o indivíduo corretamente em 35% do tempo, enquanto os que viram a versão da arma o fizeram em somente 15% das vezes¹⁰⁹.

Ademais, também pode-se mencionar a utilização de disfarces ou outros apetrechos para modificar a aparência do sujeito (tal como toucas ninja, capacetes e, dado o advento da pandemia da Covid-19, as máscaras) que acabam por comprometer a identificação¹¹⁰. Outros fatores que podem ser elencados dizem respeito ao grau de violência empregada no ato, as características físicas do agressor, tal como tatuagens, por exemplo¹¹¹, bem como o fato de ler ou assistir a alguma notícia sobre o evento criminoso¹¹².

Ocorre que os indivíduos envolvidos com o fato delitivo – seja como vítima, seja como testemunha – e que se sujeitaram a todas estas inferências na sua memória, produzirão prova acerca de tal fato, reconstruindo os fatos e indicando o seu autor. Para isso, terão seu depoimento colhido perante o Estado e procederão ao reconhecimento de pessoas.

¹⁰⁷ MATIDA, Janaína Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência.** In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão. *Violência de gênero: temas polêmicos e atuais*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pg. 98.

¹⁰⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 539.

¹⁰⁹ LOFTUS, Elizabeth F., LOFTUS, Geoffrey R., MESSO, Jane. **Some facts about "weapon focus"**. *Law and human behaviour*, vol 11, nº 1, 1987, pgs. 55-62. Disponível em: <<https://faculty.washington.edu/gloftus/Downloads/LoftusLoftusMessoWF.pdf>> Acesso em: 02 mar 2022.

¹¹⁰ MATIDA, Janaína Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência.** In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão. *Violência de gênero: temas polêmicos e atuais*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pg. 98.

¹¹¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 539.

¹¹² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 508.

3.1.1.1 Os problemas envolvendo a coleta do testemunho

Quanto ao testemunho, o processo penal brasileiro regula basicamente duas espécies probatórias, quais sejam a palavra do ofendido (vítima)¹¹³ e a prova testemunhal¹¹⁴. Num primeiro momento, em que o fato criminoso ainda está sendo apurado em sede de inquérito, a vítima/testemunha será ouvida perante a autoridade policial que tomará suas declarações.

Ocorre que logo neste momento da coleta do depoimento, em virtude da falta de regulamentação específica sobre o proceder na colheita do testemunho, bem como pela falta de treinamento dos investigadores para tanto¹¹⁵, pode se implantar ou suggestionar (tanto de modo acidental quanto deliberado) falsas memórias no indivíduo que vivenciou os fatos¹¹⁶.

A fim de investigar o fenômeno da criação de falsas memórias na fase de investigação, ÁVILA, LAZARETTI e DO AMARAL acompanharam dez oitivas entre os meses de abril e julho de 2012 em uma delegacia da região metropolitana de Porto Alegre/RS. A partir de tal acompanhamento, os pesquisadores concluíram que inexistente um protocolo pré-definido de inquirição para os investigadores policiais, que há uma grande diferença entre os depoimentos tomados em curta e longa distância entre a oitiva e o fato penal, bem como que foram identificados processos potencialmente suggestionáveis na elaboração das perguntas aos ouvidos¹¹⁷. Sobre este último ponto, o problema mostra-se ainda maior na medida em que, conforme DI GESU, “há uma tendência, por parte daquele que interroga o imputado e colhe declarações das vítimas e testemunhas, se houver, em explorar unicamente a hipótese acusatória”¹¹⁸.

Como consequência deste proceder e considerando que a memória está em constante construção, tem-se que os policiais acabam auxiliando na construção de falsas memórias no

¹¹³ Art. 201 do CPP.

¹¹⁴ Art. 202 ao art. 225 do CPP.

¹¹⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini; DO AMARAL, Mariana Moreno. **Do campo das falsas memórias às falsas memórias do campo: impressões obtidas através do acompanhamento de oitivas policiais na região metropolitana de Porto Alegre.** In: Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 5, nº 3, 2018, pg. 115.

¹¹⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini; DO AMARAL, Mariana Moreno. **Do campo das falsas memórias às falsas memórias do campo: impressões obtidas através do acompanhamento de oitivas policiais na região metropolitana de Porto Alegre.** In: Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 5, nº 3, 2018, pg. 97.

¹¹⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini; DO AMARAL, Mariana Moreno. **Do campo das falsas memórias às falsas memórias do campo: impressões obtidas através do acompanhamento de oitivas policiais na região metropolitana de Porto Alegre.** In: Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 5, nº 3, 2018, pg. 114.

¹¹⁸ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pg. 113.

indivíduo ouvido¹¹⁹. Consigna-se que a questão aqui não reside na intencionalidade do investigador, mas meramente no fato de que a falta de maior rigor científico na colheita do depoimento culmina na produção de falsas memórias nos ouvidos.

A fim de evitar este proceder contaminador da prova coletada, bem como visando a produção de um relato mais rico e fidedigno, psicólogos cognitivos norteamericanos indicam uma série de procedimentos a serem realizados pelos investigadores no momento da coleta do testemunho, método esse denominado como entrevista cognitiva. Em síntese, estes procedimentos consistem em: (i) a construção de um ambiente receptivo e empático para o ouvido no momento do relato¹²⁰; (ii) o depoimento do ouvido deve ser feito livremente, e este deve ser estimulado a fornecer o máximo de detalhes possível; (iii) é necessário que se esclareça ao depoente que ele tem o direito e o dever de dizer “não sei”; e (iv) o investigador precisa esclarecer ao depoente que este tem a responsabilidade de o corrigir¹²¹.

Nada obstante ao modelo estadunidense, as polícias da Inglaterra e País de Gales também implementaram em seus procedimentos o modelo “PEACE”, originado a partir da entrevista cognitiva e composto de cinco etapas: “*Planning and Preparation (Planejamento e Preparação), Engage and Explain (Engajar e Explicar), Account (Relato), Closure (Fechamento) e Evaluation (Avaliação)*”¹²².

Independentemente do modelo empregado, STEIN estabelece dois requisitos fundamentais para que se tenha uma coleta de testemunha cientificamente adequada, quais sejam o treinamento especializado do entrevistador/investigador, tal como o registro em vídeo da oitiva¹²³. Quanto a este último requisito, registra-se que para além do melhor desenvolvimento das práticas da entrevista cognitiva, também consiste em um meio de

¹¹⁹ MATIDA, Janaína Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência.** In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão. *Violência de gênero: temas polêmicos e atuais*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, pg. 94.

¹²⁰ No âmbito da psicologia cognitiva, fala-se em “construção do *rapport*”, ou seja, uma ligação de sintonia e empatia com o ouvido, que deve se manter por toda a sua oitiva. STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses.** Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. - Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, 2015, pg. 25.

¹²¹ MATIDA, Janaína Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência.** In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão. *Violência de gênero: temas polêmicos e atuais*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, pg. 97.

¹²² AMBROSIO, Graziella. **Psicologia do testemunho: técnicas de entrevista cognitiva.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 46, 2015, pg. 32.

¹²³ STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses.** Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. - Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, 2015, pg. 25.

garantia da cadeia de custódia do depoimento, nos termos do art. 158-A do CPP¹²⁴. Isso porque a prática policial hoje consiste no registro da oitiva na forma escrita e indireta, já que o termo de depoimento é elaborado pela própria autoridade policial.

Num segundo momento, na hipótese de o caso penal chegar a fase de instrução, esta testemunha/vítima, como regra geral, será ouvida mais uma vez perante o Juízo. Ocorre que uma vez contaminada por eventuais falsas memórias criadas sobretudo pela inadequada colheita do relato, este último ao ser repetido pelo ofendido ou pela testemunha em juízo já não será coerente com a realidade dos fatos, culminando em uma prova de qualidade questionável.

Soma-se a isso a não capacitação científica dos atores judiciais para realizar entrevistas com vítimas/testemunhas, bem como o longo tempo transcorrido entre o fato e a produção da prova¹²⁵ em juízo e chega-se à realidade judicial brasileira: a tomada de testemunhos com grande probabilidade de que decorrentes de uma memória original modificada, com possíveis distorções de informações¹²⁶.

Aponta-se que a problemática ganha contornos ainda mais gravosos no que diz respeito à palavra da vítima. Sobretudo nos crimes de roubo, em razão do *modus operandi* inerente a espécie delitiva (clandestinidade), a jurisprudência outorga um especial valor à palavra da vítima. Entretanto, há um problema em tal avaliação, uma vez que a vítima está contaminada pelo caso penal, pois dele faz parte¹²⁷, especialmente porque muitas vezes nas vítimas a razão acaba sendo menos importante do que a emoção¹²⁸.

¹²⁴ Dispõe, *ipsis litteris*, o caput do dispositivo inserido no CPP com o advento da Lei nº 13.964/19: “*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.*”

¹²⁵ Quanto a questão do longo transcurso do tempo entre o fato e a coleta do testemunho em juízo, é importante trazer à lume que embora o art. 400 do CPP determine que a instrução do feito seja realizada em até 60 dias, na prática esse prazo é inoperante, considerando tanto a inflacionada pauta dos juízes de piso, bem como a eventual complexidade do caso penal. Caso fosse rigidamente observado, se por um lado favorecesse a memória, por outro lado, em um caso penal deveras complexo perder-se-ia qualidade na tomada dos depoimentos, mormente considerando a concentração de muitos atos em uma audiência una, nos termos do parágrafo primeiro do aludido dispositivo legal. Assim, tem-se que a qualidade do depoimento em razão do transcurso do tempo e em razão da adequada metodologia empregada para sua colheita estão em constante conflito. Sobre o assunto: DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pgs. 142-145.

¹²⁶ CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. **A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, pgs. 1062-1063.

¹²⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 504.

¹²⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5ª ed. Florianópolis: EMais editora, 2019, pg. 678.

Em virtude de toda essa problemática envolvendo o testemunho, em fevereiro de 2022 o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) emitiu documento que reúne catorze proposições para a colheita de depoimentos tanto em fase investigatória, quanto em juízo. Conforme o Instituto, o documento é “fruto de pesquisas e diálogos com diferentes atores do sistema de justiça criminal e buscam fornecer subsídios para produção e valoração probatória, além de estarem comprometidas com uma perspectiva processual penal antirracista”¹²⁹.

3.1.1.2 Os problemas envolvendo a inobservância ao procedimento do reconhecimento pessoal

No tocante ao reconhecimento de pessoas¹³⁰, tem-se que o CPP regula-o no muito debatido artigo 226, cuja literalidade colaciona-se infra:

Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Conforme LOPES JR., o reconhecimento pessoal é um ato formal e, por ser dotado de tal natureza, não pode ter seu regramento legal inobservado de modo a culminar em um reconhecimento informal. Isso porque na medida em que em tratamos de processo penal – que tem como fim a salvaguarda de direitos fundamentais – forma é garantia¹³¹. O autor faz a seguinte observação na medida em que se tornou lugar comum para a jurisprudência pátria

¹²⁹ IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: orientações para o sistema de justiça**. Fev. 2022, pg. 17. Disponível em: < <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf> > Acesso em: 15 mar. 2022.

¹³⁰ Compreende-se no termo tanto o reconhecimento pessoal quanto o reconhecimento fotográfico, mormente considerando que tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que é válido o reconhecimento fotográfico, desde que observado o procedimento do art. 226 do CPP.

¹³¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pgs. 38-39.

tratar a previsão legal do art. 226 do CPP como uma mera recomendação, de modo a abrir-se uma ampla margem de admissão processual de reconhecimentos pessoais ilícitos¹³².

A preocupação da literatura processual com a observância à norma não pauta-se tão somente pelo fato de que o Estado não deve violar o direito (o que já seria argumento suficiente para tal), mas pauta-se principalmente pela maior qualidade da prova quando observado tal regramento. Sobre este aspecto qualitativo, refere-se que o reconhecimento de pessoas é considerado a espécie probatória mais atrelada a erro judiciário, em razão tanto do funcionamento da memória humana, da qual o reconhecimento é totalmente dependente e cujas problemáticas já foram retroaventadas, como “da maneira que o suspeito é apresentado para o reconhecimento as instruções dadas à testemunha para o procedimento”¹³³.

Sobre o estado da arte dos reconhecimentos pessoais, as pesquisas de STEIN revelam que a estratégia predominante para reconhecimentos tem sido a do *show-up*¹³⁴, que não é recomendada ante a potencialização de contaminação da memória do reconhecedor. Ademais, também constata outras formas indevidas de reconhecimento ao arpejo do art. 226 do CPP, tais como reconhecimento em viatura, “por imagem enviada por WhatsApp, pessoalmente, em corredor de passagem, por vidro espelhado, em álbum de fotos, com apenas uma fotografia, de voz, por vídeo, via anteparo com orifício, retrato falado e na sala de audiência”¹³⁵.

Já no tocante a importância outorgada a este tipo probatório, conforme pesquisa de STEIN, apesar de 77% dos participantes desta terem declarado que o reconhecimento muitas vezes basta para que se tenha uma condenação, apontou-se que tanto em sede policial quanto em juízo não há observância ao art. 226 do CPP quando da realização de reconhecimento de

¹³² Afirma-se tratar de prova ilícita conforme o disposto no art. 157 do CPP que prevê: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”. Subsumindo-se o fato operativo à consequência jurídica, se um reconhecimento pessoal é realizado em desconformidade com o art. 226, trata-se inequivocamente de prova ilícita, eis que obtido em violação à norma legal.

¹³³ IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: orientações para o sistema de justiça**. Fev. 2022, pg. 9. Disponível em: < <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf> > Acesso em: 15 mar. 2022.

¹³⁴ Consistente na apresentação de tão somente um indivíduo reputado como suspeito ou apenas uma foto ao reconhecedor.

¹³⁵ STEIN, Lilian; DE ÁVILA, Gustavo Noronha. **Entrevistas forenses e reconhecimento pessoal nos processos de criminalização: um diagnóstico brasileiro**. In: Boletim de Análise Político-Institucional. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, n.1, 2011, pgs. 47-48.

pessoas¹³⁶. Em outras palavras: apesar da forma legal do reconhecimento pessoal ser sobremaneira vilipendiada, culminando na produção de uma prova cientificamente desqualificada, é esta mesma espécie probatória uma das mais utilizadas para fins de condenação criminal.

Ocorre que não bastasse a práxis policial e judicial que frequentemente ignoram a forma do art. 226 do CPP (o que, como regra geral, é alimentado pela falta de rigor no tratamento da matéria pelas Cortes Brasileiras), esta atualmente encontra-se até mesmo desatualizada com as recomendações científicas atuais¹³⁷ - dado que o CPP é de 1941 e, até então, a norma em questão não foi modificada -. Destaca-se ainda que, tal como na contaminação da memória da vítima/testemunha pelo inadequado proceder na colheita do testemunho que projetará efeitos na fase judicial, tem-se igual cenário no caso do reconhecimento inadequado de pessoas.

Entretanto, ainda que em descompasso com a evolução científica sobre a matéria, a fim de que se tenha um padrão de qualidade mínimo no reconhecimento pessoal, é necessário que se observe o procedimento legal do art. 226 do CPP. É este o entendimento mais recente do STJ que, no julgamento do HC nº 598.886/SC¹³⁸, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, concedeu a ordem para absolver o paciente acusado da prática de roubo reconhecido em descompasso com o procedimento previsto no CPP.

Anota-se que na sua fundamentação, o Ministro do STJ recorreu a diversas obras e pesquisas que tratam dos fenômenos atinentes à erros judiciais, à falibilidade da memória humana, ao valor probatório do reconhecimento de pessoas, bem como à seletividade do sistema penal. Indo além, a decisão apresenta-se como paradigmática na medida em que reconhecendo a jurisprudência consolidada que afirma que o art. 226 do CPP traduz-se em

¹³⁶ STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses.** Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. - Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, 2015, pgs. 40-41.

¹³⁷ IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: orientações para o sistema de justiça.** Fev. 2022, pg. 9. Disponível em: < <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf> > Acesso em: 15 mar. 2022.

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 598.886/SC.** Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 27 out. 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>> Acesso em: 06 abr. 2022.

mera recomendação, propõe seja tal entendimento finalmente superado a fim de que não mais seja esvaziada a eficácia da aludida norma¹³⁹.

Em contraponto à estagnação brasileira no que tange à evolução legislativa em conformidade com a evolução científica acerca da temática, em âmbito internacional observa-se uma crescente produção de protocolos que visam a redução de condenações penais de inocentes por conta de reconhecimentos pessoais¹⁴⁰. À título ilustrativo, menciona-se a iniciativa do *Innocence Project* dos Estados Unidos que, com base em mais de 30 anos de pesquisas revisadas por pares, emitiu uma série de recomendações procedimentais a fim de melhorar a precisão da identificação de pessoas por testemunhas¹⁴¹.

Outrossim, também em âmbito paralegal há de se destacar a recente iniciativa do CNJ por meio da Portaria nº 209 de 31/08/2021 que criou um grupo de trabalho cujo objeto é estudar e propor uma regulamentação de “diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a evitar condenação de pessoas inocentes”¹⁴². Tal criação deu-se, inclusive, com o reconhecimento por parte do então Presidente do CNJ, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, de que o reconhecimento pessoal equivocado tem sido uma das principais causas de erro judiciário.

Outrossim, o Ministro também elenca: a relevância das então recentes decisões do STJ nos HCs 652.284/SC e 598.886, que trataram da matéria; o levantamento do *Innocence Project* dos Estados Unidos que demonstrou que os reconhecimentos pessoais equivocados foram causa de 69% dos erros judiciais em que foi operada a revisão de condenações penais após a realização do exame de DNA; a crescente produção científica atestando a falibilidade da memória; bem como o levantamento feito pela DPE/RJ acerca da relação entre reconhecimento fotográfico equivocado de pessoas negras e a decretação de prisão preventiva

¹³⁹ Em sua fundamentação, o Ministro fazendo-se valer a doutrina dos precedentes, mormente quanto ao papel de uniformização da interpretação da lei federal pelo STJ, orienta seja aplicado em todo o judiciário nacional o entendimento de que “é preciso que se determine, doravante, a invalidade de qualquer reconhecimento formal – pessoal ou fotográfico – que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP, sob pena de continuar-se a gerar uma instabilidade e insegurança de sentenças judiciais que, sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato – todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo – autorizariam a condenação, potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários”.

¹⁴⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2013, pgs. 104-116.

¹⁴¹ INNOCENCE PROJECT. **Eyewitness Identification Reform**. Disponível em:

<<https://innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform/>> Acesso em: 06 abr. 2022.

¹⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria n. 209, de 31 de agosto de 2021**. Disponível em:

<<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4090>> Acesso em: 06 abr. 2022.

com excesso de prazo. Ainda quanto a produção científica nacional, faz-se mister lançar luz mais uma vez à iniciativa do IDDD que, em fevereiro de 2022 emitiu documento com uma série de quinze proposições para a realização do reconhecimento de pessoas¹⁴³.

3.1.2 O problema das presunções: presunção de veracidade da palavra dos policiais e presunção de culpabilidade do réu em posse da *res furtivae* versus presunção de inocência

No âmbito dos crimes de roubo, ainda tem-se que para proferir ou manter condenações penais, a jurisdição brasileira frequentemente utiliza-se de duas presunções, quais sejam a de que se presume a veracidade do depoimento prestado por policial, bem como de que presume-se a culpabilidade do acusado que se encontra na posse da *res furtivae*.

Quanto a primeira presunção, esclarece-se de início que o policial que participou da abordagem ou mesmo da prisão em flagrante de um suspeito posteriormente processado criminalmente é ouvido pelo juízo na qualidade de testemunha. E como tal, dele será colhida uma prova dependente da memória, tal como qualquer outra testemunha do fato penal. Nesse sentido, toda a problemática envolvendo as provas dependentes da memória retroaventadas também recaem sobre ele, o que seria argumento bastante para que não houvesse diferença de valoração da prova a partir dele produzida em comparação às demais testemunhas que não ostentam tal relação.

Ocorre que a despeito disso, conforme MATIDA, “concede-se um irracional e antidemocrático protagonismo probatório à palavra do policial”¹⁴⁴, na medida em que a prova obtida a partir dele é considerada inquestionável a partir de um axioma, qual seja de que todo depoimento policial é verdadeiro¹⁴⁵, recebendo *status* jurídico de presunção legal relativa¹⁴⁶. Refere-se que no TJ/RJ, por exemplo, há até mesmo a edição de uma súmula que cristaliza tal

¹⁴³ IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: orientações para o sistema de justiça**. Fev. 2022, pg. 17. Disponível em: < <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf> > Acesso em: 15 mar. 2022.

¹⁴⁴ MATIDA, Janaína Roland. **O valor probatório da palavra do policial**. Trincheira Democrática, IBADPP, n. 8, 2020, pg. 48-52.

¹⁴⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5ª ed. Florianópolis: EMais editora, 2019, pgs. 680-681.

¹⁴⁶ MATIDA, Janaína Roland. **O valor probatório da palavra do policial**. Trincheira Democrática, IBADPP, n. 8, 2020, pg. 48-52.

entendimento, referindo que “[o] fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.”¹⁴⁷.

Outrossim, inobstante ao fato de que o policial não deveria ter a prova dele decorrente valorada à maior, na medida em que figura como testemunha, a literatura indica que sequer poderia ser considerado como testemunha. Tal conclusão dá-se a partir do próprio conceito de testemunha, que é a pessoa estranha ao feito. O policial, no entanto, não ostenta tal condição, na medida em que possui interesse no caso penal, qual seja o de justificar as suas ações. Daí porque MATIDA refere que “[a] tendência à justificação de suas ações e o incentivo institucional que o sistema oferece à eficiência policial deveriam ser razões bastantes para que o policial nunca fosse ouvido como pessoa desinteressada”¹⁴⁸.

E tomando tal circunstância em consideração, em face de quem a ação policial é realizada é essencial. Conforme a pesquisa de BARROS¹⁴⁹ acerca da discriminação racial na abordagem policial, concluiu-se que esta é evidente e inconteste, apresentando dados de que um carro de luxo dirigido por um indivíduo negro teria prioridade para ser parado em uma abordagem pela polícia. Ademais, ao tempo da pesquisa, a tendência identificada foi a de que as próximas gerações de policiais igualmente tendem a dar seguimento a esta filtragem racial. Tanto assim o é que em 2019 a Organização das Nações Unidas no documento “*Preventing and Countering Racial Profiling*” concluiu que no Brasil existe um sistemático perfilamento racial nos diferentes níveis da justiça criminal¹⁵⁰. Daí porque não se conclui diversamente que em a jurisprudência adotando a postura de presumir a veracidade dos depoimentos policiais, ela ratifica a seletividade racial operada em um primeiro momento pelos policiais.

Com efeito, em termos de racionalidade decisória quando da valoração do depoimento policial não pode o juízo desconsiderar o seu interesse no caso penal, bem como o racismo impregnado em majoritária parcela dos agentes policiais. Outrossim, na literatura também não se entende pertinente rechaçar a possibilidade de o policial prestar depoimento

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Súmula n. 70**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/testemunho-policial.pdf?_=10 > Acesso em: 12 fev. 2022.

¹⁴⁸ MATIDA, Janaína Roland. **O valor probatório da palavra do policial**. Trincheira Democrática, IBADPP, n. 8, 2020, pg. 48-52.

¹⁴⁹ BARROS, Geová da Silva. **Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito**. In: Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 2, ed. 3, jul/ago, 2008, pg. 150.

¹⁵⁰ UN. **Preventing and countering racial profiling of people of african descent: good practices and challenges**. 2019. Disponível em: <<https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/preventracialprofiling-en.pdf>> Acesso em: 05 abr. 2022.

compromissado, uma vez que se estaria soterrando uma das funções do aparato policial¹⁵¹. Desta forma, a sugestão apresentada é de que tais depoimentos sejam considerados mormente pela sua qualidade, coerência e credibilidade, sem que se valha de presunções irracionais¹⁵².

Já no que tange à segunda presunção, apresenta-se ela não só como uma efetiva violadora da presunção de inocência, mas também como uma indevida importadora da regra de inversão do ônus da prova característica de processos de natureza não-penal. Isso porque a regra de inversão do ônus da prova é aplicada sobretudo em demandas consumeristas de acordo com o artigo 6, inciso VIII, do CDC¹⁵³, tendo como *ratio lege* o objetivo de tutelar a parte hipossuficiente da relação de consumo, qual seja o consumidor¹⁵⁴.

Ocorre que, se por um lado, não há qualquer norma que possibilite a aplicação deste entendimento pelos julgadores, por outro lado, se seguíssemos a lógica normativa de inversão do ônus da prova como supra exposto, não haveria qualquer racionalidade em aplicá-la em desfavor do réu, já que como retroaventado é ele o polo mais fraco na relação processual, e não o Estado. Não se pode olvidar, igualmente, que em termos de processo penal só há um sujeito processual que detém carga probatória, qual seja a acusação. Seguindo a lógica desta antidemocrática presunção, “transfere-se ao acusado prova diabólica, consistente em “não provar que o crime aconteceu”, desonerando-se – matreiramente – o acusador”¹⁵⁵.

Ainda sobre o tópico, ao identificar a reiterada aplicação da inversão do ônus da prova nos casos em que o acusado é encontrado em poder da *res furtivae* pelas Cortes estaduais¹⁵⁶, STRECK esclarece que ainda que o réu esteja em poder da coisa subtraída, não se tem uma relação de causa e efeito inexorável que permita concluir indubitavelmente que estava na

¹⁵¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5ª ed. Florianópolis: EMais editora, 2019, pg. 684.

¹⁵² ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5ª ed. Florianópolis: EMais editora, 2019, pg. 681.

¹⁵³ ”São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

¹⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 234.

¹⁵⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5ª ed. Florianópolis: EMais editora, 2019, pg. 605.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF**. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 2, n. 3, dez. 2015, pgs. 212-215.

posse dela porque a subtraíu¹⁵⁷. Deste modo, evidencia-se não só a carência de fundamento legal para tal aplicação deste entendimento, mas também a ausência de racionalidade por detrás dele.

Por fim, o que há de comum nas duas presunções de que se utiliza a jurisprudência para atribuir culpa penal em casos de roubo é o incontestado conflito com a única presunção normativa que norteia o processo penal: a presunção de inocência constitucionalmente estabelecida como direito fundamental. Uma vez que foi esta a presunção escolhida pelo constituinte a ser aplicada no processo penal – resultado de um longo processo civilizacional –, não há razão pela qual ao arrepio de qualquer embasamento jurídico ou racional os julgadores contra aquela decidam.

3.2 Sobre a (im)possibilidade de rebaixamento de *standard* probatório nos crimes de roubo

3.2.1 Os limites à possibilidade de rebaixamento de *standard* probatório no processo penal

No tópico atinente aos *standards* probatórios viu-se que o ordenamento jurídico brasileiro, em tendo consagrado a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, acabou por adotar o BARD para que se possibilite a prolação de decisões condenatórias em âmbito penal. A despeito disso, a doutrina vem preocupando-se com um possível rebaixamento deste *standard* quando da solução dos casos concretos. Tal expressão ‘rebaixamento de *standard*’ designa nada mais nada menos que uma menor exigência probatória para que se entenda provada uma proposição fática em detrimento do *quantum* probatório exigido pelo direito. À título exemplificativo, seria dizer que uma decisão sobre um caso civil envolvendo improbidade administrativa, que exige o *standard* da prova clara e convincente¹⁵⁸, admitisse que um fato se desse como provado a partir de uma mera preponderância de provas.

Adentrando novamente o âmbito penal, refere-se que apesar do sistema processual penal ter adotado o BARD, existem situações em que ele não é exigível para que se profira uma decisão. Desse modo, em âmbito penal há a possibilidade de rebaixamento de *standard*

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF**. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 2, n. 3, dez. 2015, pgs. 215-216.

¹⁵⁸ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg. 38.

de prova, de modo a não se aplicar o BARD. Nesse sentido, LOPES JR.¹⁵⁹ assevera que para que se profiram decisões interlocutórias não há que se exigir o mesmo nível de prova exigível para proferir uma decisão condenatória. Assim, segundo o autor, decisões como as de recebimento de denúncia, ou de pronúncia, por exemplo, dispensam o BARD para que se declarem provados os fatos.

Nada obstante a possibilidade de rebaixamento de *standard* de acordo com a fase procedimental, como defende o retrorreferido autor, KNIJNIK¹⁶⁰ elenca os distintos *standards* de prova exigidos para a expedição de provimentos liminares, os quais igualmente dispensam o BARD. De acordo com ele, diversos provimentos sumários e mesmo algumas ações típicas estão sujeitas a *standards* específicos determinados pela legislação. À título ilustrativo, para que seja decretado um arresto penal, o artigo 126 do CPP exige “certeza da infração e indícios veementes da autoria”; para que seja determinada uma busca e apreensão, exige o artigo 240 do CPP que se tenham “fundadas razões”; e para que seja concedida medida liminar em *habeas corpus*, é necessária a “evidência da ilegalidade da coação”, conforme a dicção do artigo 600, §2º, do CPP.

Entretanto, entende a literatura processual penal que a resposta é diversa quando se fala de rebaixamento de *standard* conforme o tipo penal, sendo este o ponto nevrálgico da presente investigação. Quanto ao tópico, LOPES JR.¹⁶¹ preceitua que o ordenamento jurídico não autoriza que se rebaixe o *standard* probatório exigido para a condenação - qual seja o BARD - de acordo com a modalidade delitiva. Argumenta o autor que a natureza do crime não determina o “grau” da presunção de inocência, até porque esta não é dotada de tal elasticidade, consistindo, por seu turno, em um conceito rígido e que deve valer para todos os acusados de todo e qualquer crime. Assim, se extrai que toda relativização da aplicação de um *standard* probatório menos robusto que BARD por conta das peculiaridades probatórias de dado delito é efetiva vulneradora da presunção de inocência.

Nada obstante a violação à presunção de inocência, o rebaixamento do BARD conforme o tipo penal também culmina em um indesejado decisionismo judicial. No ponto, ao analisar a questão das dificuldades probatórias, PEIXOTO elucida que a possibilidade de rebaixar *standards* de prova conforme a natureza delitiva, em razão das suas dificuldades probatórias - a exemplo dos crimes da clandestinidade, tal como o roubo -, culmina num

¹⁵⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022, pg. 415.

¹⁶⁰ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg. 47.

¹⁶¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 398.

decisionismo incompatível com o correto funcionamento dos *standards* probatórios. Isso porque cada julgador ou doutrinador valer-se-ia de sua concepção pessoal de quais crimes são mais difíceis de provar e que, portanto, merecem ter seu *standard* de prova rebaixado¹⁶².

Considerando isto, o que se extrai do que está determinado pelo ordenamento jurídico é de que, para que se faça vigorar o BARD, só se poderá decidir de modo desfavorável ao imputado quando houver suficiência do material probatório incriminador¹⁶³. Ou seja, quando houver uma mínima atividade probatória hábil a afastar do julgador qualquer dúvida razoável acerca da culpabilidade do acusado - é dizer, apta a afastar a sua presumida inocência -¹⁶⁴, o que será aferível casuisticamente considerando o conteúdo das provas, as circunstâncias da sua produção, a sua cadeia de custódia, bem como a própria argumentação do juízo acerca delas.

Isto ocorrerá tão somente quando a parte com a carga probatória (a acusação) conseguir fazer a reconstrução dos fatos suficientemente, produzindo provas adequadas e suficientes, de modo a persuadir o juízo para fins condenatórios. Do oposto, considerando estas mesmas circunstâncias, quando aferir-se que a atividade probatória é insuficiente e, mesmo assim sobrevier um édito condenatório, o que se terá é um indevido rebaixamento do BARD, com a chancela judicial da ocorrência de risco de condenação de inocentes, bem como da aplicação de uma pena ilegítima.

3.2.2 O rebaixamento de *standard* probatório no roubo em termos práticos

Resta investigar como, em termos práticos, ocorre o fenômeno do rebaixamento de *standard* probatório nos crimes de roubo. A fim de ilustrar algumas situações típicas de rebaixamento de *standard* probatório, LOPES JR.¹⁶⁵ expõe algumas práticas decisórias brasileiras que levam tal fenômeno à efeito, mormente elencando a supervalorização da

¹⁶² PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Tese de doutorado em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020, pg. 124.

¹⁶³ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pg. 471

¹⁶⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pgs. 469-476.

¹⁶⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pgs. 398-399.

palavra da vítima, ou esta associada a provas como a testemunha *hearsay*¹⁶⁶ ou o próprio reconhecimento pessoal feito pela vítima.

Vê-se que o autor não esgota as situações em que o fenômeno ocorre, apenas exemplificando determinadas situações em que a despeito de inexistir prova robusta que supere o BARD, a condenação acaba sendo imperativa. Especialmente quanto ao crime de roubo, podemos elencar as situações típicas em que condenações criminais violam o BARD e sujeitam-se, portanto, a ocorrência de erros judiciais decorrentes da condenação de inocentes.

De plano, menciona-se a utilização das provas dependentes da memória (quais sejam o testemunho – seja da vítima, seja de testemunha –, bem como o reconhecimento pessoal) sem maior (ou qualquer) rigor acerca do controle de qualidade probatório. Em vista de toda a problemática inerente a este tipo de prova e que pode afetar a sua qualidade e credibilidade, não pode o juízo dela se utilizar ignorando todas as circunstâncias fáticas do próprio delito, de como foi procedida a colheita do testemunho/reconhecimento na polícia, e mesmo de como foi produzida a prova em juízo. Entretanto, em regra, a práxis decisória brasileira caminha em sentido oposto e ignora as questões que circundam o aspecto qualitativo deste tipo de prova. É este o cenário visualizado a partir das pesquisas de BALDASSO e ÁVILA.

Sobre o tópico, os autores efetuaram uma pesquisa em 437 acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entre setembro de 2004 e junho de 2017 a fim de apurar a repercussão das falsas memórias na jurisprudência gaúcha. Logo de início, os pesquisadores identificaram que o roubo majorado é o segundo tipo penal que mais relacionou-se com o termo “falsas memórias”, ficando atrás apenas do crime de estupro de vulnerável. Nada obstante, o roubo simples e o latrocínio encontram-se, respectivamente em 6º e 7º lugares da relação.

Quando analisada a relação das falsas memórias com as espécies probatórias, a com maior incidência foi a palavra da vítima, que representou 94,55% das ocorrências, corroborando estatisticamente a problemática externada por LOPES JR, e demonstrando que a discussão envolvendo a palavra da vítima associada às falsas memórias é latente. Entretanto, proporcionalmente à discussão do tema está o seu rechaço pela jurisprudência: em termos

¹⁶⁶ De acordo com ROSA, a testemunha *hearsay* é aquela que depõe sobre os fatos sem deles conhecer diretamente, narrando o que lhe foi contado por terceiros, sem indicar a fonte. ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5ª ed. Florianópolis: EMais editora, 2019, pg. 687.

gerais, identificou-se que em 92,73% dos casos as decisões não reconheceram a hipótese de falsas memórias.

Assim, fica evidente o descompasso da jurisprudência gaúcha com o que vem sendo defendido pela psicologia cognitiva e pela doutrina processual penal. Quanto a esta última, BADARÓ¹⁶⁷ explicita que a palavra da vítima trata-se de uma prova precária e sujeita a muitas distorções, devendo ser considerada com "grande reserva" pelo juízo e jamais pode ser considerada como fundamento suficiente para a condenação quando desacompanhada de outras provas. O autor explica que nos casos de crimes patrimoniais, dos quais faz parte o roubo, a prática decisória tem dado especial valor à palavra do ofendido quando este desconhecia o réu, não tendo interesse ou motivo para injustamente prejudicá-lo.

Ocorre que este padrão argumentativo não é hábil a superar as demais questões atinentes à confiabilidade da palavra da vítima, seja pela sua contaminação com o fato criminoso no plano material, seja pelo próprio fato de que processualmente sequer presta compromisso de dizer a verdade¹⁶⁸. Assim, tem-se que a utilização exclusiva ou majoritária da palavra da vítima para fins de condenação não é hábil a superar um *standard* de prova exigente como o BARD que, por sua vez, é frequentemente vilipendiado.

Ainda sobre a pesquisa de BALDASSO e ÁVILA, identificou-se que a discussão envolvendo falsas memórias em provas testemunhais representou tão somente 5,45% dos casos, desvelando a pouca recorrência do debate envolvendo as falsas memórias quando trata-se de testemunha¹⁶⁹. E se pouco se decide sobre, entende-se por corolário lógico que a questão é pouco suscitada. No entanto, as questões envolvendo a memória de testemunhas também devem ser tratadas com maior rigor tanto pelas partes quanto pelo judiciário no tratamento dos casos penais.

Não se pode limitar a complexidade da questão envolvendo a palavra da testemunha por prestar ela compromisso de dizer a verdade (quando não é deferida a contradita), pois como visto, quando se ingressa no campo das falsas memórias, não se está analisando o *animus* da testemunha (se de boa ou má-fé), justamente porque enquanto reconstrói falsamente questões de fato, a testemunha crê estar alinhada com a verdade. Daí porque é

¹⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pg. 321.

¹⁶⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 504.

¹⁶⁹ BALDASSO, Flaviane; DE ÁVILA, Gustavo Noronha. **A repercussão do fenômeno das falsas memórias na prova testemunhal: uma análise a partir dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. In: Ver. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan.-abr. 2018, pgs. 387-388.

imperativo que se supere a utilização dos argumentos de autoridade (v.g., “a testemunha está compromissada”¹⁷⁰; “a testemunha não tem motivos para mentir”¹⁷¹) a fim de que vigore a autoridade dos argumentos. Nesse sentido, só se poderá falar de superação da dúvida razoável quando existir um bom motivo para dar credibilidade ao depoimento, quando for possível aferir a mínima atividade probatória suficiente para a condenação no tocante à qualidade da produção probatória pela acusação.

Entretanto, ROSA E CANI indicam que os juízes tendem a ser relutantes em excluir testemunhas, levando em consideração as incertezas manifestadas por elas apenas em raras situações. Outrossim, indicam que ainda que desconsiderado o reconhecimento pessoal feito no inquérito, em juízo este ainda pode ser procedido com as contaminações advindas do outro momento processual. Em ambas as hipóteses, tem-se um sério risco de utilização de prova com base em falsas memórias¹⁷².

Por fim, ao analisar a repercussão das falsas memórias no resultado do processo, a pesquisa de BALDASSO e ÁVILA concluiu que na totalidade dos casos a principal prova utilizada pra fins de convencimento do juízo foi justamente aquela que teve questionada a sua qualidade em vista da possibilidade de contaminação da memória¹⁷³. Considerando tais circunstâncias atinentes à memória tanto das vítimas quanto das testemunhas, e de sua ampla utilização para fins condenatórios, recorre-se à conclusão de MATIDA, no sentido de que:

[os] fatores que podem corromper a memória ainda no momento de sua formação são solenemente ignorados pelo nosso desenho institucional, o qual, por outro lado, parece ter seus contornos pautados no excessivo valor atribuído à imediação entre juiz, partes e testemunha. Assim, com isoladas exceções, [o] convencimento formado pelo juiz ao contato direto com os declarantes representa uma debilidade epistêmica defendida por muitos, como se o juiz tivesse um sexto sentido capaz de separar o joio do trigo, separando cada falsidade do seu conjunto de verdades (...).¹⁷⁴

¹⁷⁰ Sobre o compromisso, LOPES JR. leciona que embora uma formalidade necessária, ainda assim não há qualquer garantia de que se terá veracidade no depoimento. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pg. 522.

¹⁷¹ Conforme MORAIS DA ROSA: “Em vez de nos debruçarmos sobre o conteúdo do depoimento, muitas vezes a questão é deslocada para outra pergunta (...): qual o motivo que a testemunha/informante teria para mentir?”. DA ROSA, Alexandre Morais. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5ª ed. Florianópolis: EMais editora, 2019, pg. 662.

¹⁷² ROSA, Alexandre Morais da; CANI, Luiz Eduardo. **Guia para mitigação dos erros judiciários no processo penal: causas prováveis e estratégias de enfrentamento**. 1. ed. Florianópolis: Emáis, 2022, pg. 96.

¹⁷³ BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **A repercussão do fenômeno das falsas memórias na prova testemunhal: uma análise a partir dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. In: Ver. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan.-abr. 2018, pg. 392.

¹⁷⁴ MATIDA, Janafina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência**. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão. *Violência de gênero: temas polêmicos e atuais*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, pgs. 101-102.

Outras situações a serem elencadas dizem respeito à utilização das presunções (que não a de inocência, logicamente) para fins de condenação. Neste ponto tem-se a mais evidente hipótese de rebaixamento de *standard* probatório. Tal afirmação justifica-se na medida em que tendo o ordenamento jurídico definido a presunção de inocência como garantia fundamental e, sendo justamente ela que indica a adoção do BARD para processos criminais, quando vulnerada pela indevida utilização de presunções de culpabilidade¹⁷⁵, tem-se por decorrência lógica a ocorrência de rebaixamento de tal *standard* probatório.

E considerando que é a presunção de inocência a razão de ser do processo acusatório e contraditório¹⁷⁶, a sua relativização explícita decorrente da utilização de tais argumentos efficientistas e limitadores da complexidade implica em uma incontestável violação do atual modelo constitucional¹⁷⁷.

3.2.3 As possíveis razões para a ocorrência do fenômeno

Compreendidos os limites para o rebaixamento de *standard* de prova no processo penal, verificando-se, especialmente que para fins de condenação tal proceder não é possível, bem como examinado de que modo o BARD é vulnerado em termos práticos pela práxis decisória, resta examinar as possíveis razões para a ocorrência deste fenômeno sob o prisma do sistema de justiça criminal vigente.

Inicialmente, refere-se que com destaque por BARATTA, o fenômeno do crime não se concentra nas classes subalternas e nos crimes patrimoniais – tal como o roubo –, eis que considerando as pesquisas acerca da cifra oculta da criminalidade, tem-se que o comportamento desviante distribui-se entre todos os grupos sociais. No entanto, são as classes subalternas aquelas selecionadas pelos mecanismos de criminalização¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Assinala-se que na medida em que considera-se o réu presumidamente culpado quando é flagrado na posse da *res furtivae*, viola-se a presunção de inocência na sua dimensão de norma de tratamento. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pg. 427.

¹⁷⁶ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Princípio de Presunção de Inocência e Princípio de Vitimização: uma convivência impossível**. Traduzido por Aury Lopes Jr. e Janaína Matida. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 185/2021 | p. 85 - 100 | Nov / 2021.

¹⁷⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pg. 478.

¹⁷⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, pg. 198.

E adentrando-se as características das classes subalternas, conforme dados do IBGE, verifica-se que esta é composta majoritariamente pela população negra (que inclui pessoas negras e pardas), pois dos 10% que compõem os menores rendimentos no Brasil em 2018, 75,2% referem-se à pessoas negras ou pardas¹⁷⁹. Neste ponto, se observa que ao efetuarmos o exame da pobreza no Brasil, de pronto se identifica a predominância da população negra em tal classe social. Daí porque conforme relatórios elaborados pelo Conselho Nacional de Defensoras e Defensores-Públicos Gerais (CONDEGE), foi verificado que entre os anos de 2012 a 2020 pelo menos 90 prisões preventivas deram-se a partir de reconhecimentos fotográficos inidôneos, dos quais 79 dizem respeito a pessoas negras¹⁸⁰. Com efeito, equacionando-se os fatores é possível concluir que no Brasil a perseguição criminal volta suas engrenagens à pobreza que, por sua vez, é composta em maioria pela população negra.

Nesse contexto, tem-se que a estes grupos subalternos há uma efetiva atribuição do tratamento de inimigo com a conseqüente retirada da sua condição de pessoa, o que justifica a privação de certos direitos individuais¹⁸¹. Dentre estes direitos está justamente o de ser condenado com uma prova suficientemente apta a superar o BARD, afirmação corroborada pelos próprios dados do CONDEGE, que expõem contra quem o reconhecimento fotográfico indevido (uma das principais espécies probatórias utilizadas para condenação por roubo) é utilizado: a população negra. Tanto assim o é que o Centro de Estudos de Capacitação e Aperfeiçoamento da Defensoria Pública de Santa Catarina (CECADEP) identificou em 26 acórdãos do STJ entre 28/10/2020¹⁸² e 01/02/2021 em que o reconhecimento fotográfico foi utilizado, o crime com maior incidência foi o roubo e a maioria dos acusados é negro¹⁸³.

Nesse sentido, aponta-se que as práticas decisórias supra analisadas estão há muito tempo amalgamadas na aplicação do direito pelo Judiciário nos crimes de roubo. Tal proceder poderia ter culminado num debate acerca da aplicação dos *standards* probatórios no direito

¹⁷⁹ IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**. In: Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica, n. 41, 2019. Disponível em: < https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf >. Acesso em: 11 abr. 2022.

¹⁸⁰ CONDEGE - Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais. **Relatórios indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico**. CONDEGE, 2021. Disponível em: < <http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoas-injustas-apos-reconhecimento-fotografico/> >. Acesso em: 15 abr. 2022.

¹⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pg. 18.

¹⁸² Data da decisão do HC nº 598.886/SC do Min. Rogério Schiatti.

¹⁸³ CACADEP - Centro de Estudos, de Capacitação e de Aperfeiçoamento da Defensoria Pública de SC. **Relatório: reconhecimento fotográfico de acusados em Santa Catarina**. CECADep, 2021. Disponível em: < <http://defensoria.sc.def.br/wp-content/uploads/2021/03/Relat%C3%B3rio-CECADEP-Reconhecimento-Fotogr%C3%A1fico-SC.pdf> >. Acesso em: 13 abr. 2022.

brasileiro muito antes do que efetivamente se iniciou. Entretanto, esta crescente discussão só ganhou tônica pela jurisprudência e pela doutrina brasileira no contexto dos crimes de colarinho branco, mormente aqueles apurados no Mensalão, de 2005, e na Operação Lava-jato, de 2014¹⁸⁴. Ou seja, quando a tônica da persecução penal voltou-se às classes dominantes. Com efeito, visualiza-se que a própria preocupação dos estudiosos e dos aplicadores do direito só começaram a investir esforços a fim de garantir o direito à condenação quando superado o BARD quando os não-inimigos passaram a ser perseguidos pelo sistema de justiça criminal.

E se a função dos *standards* probatórios relaciona-se com a distribuição do erro judicial, e o BARD foi modelado para que se evitem condenações de inocentes, o que se pode extrair é que o sistema de justiça criminal, por intermédio da prática judicial tolera o erro judicial contra as classes subalternas. Acerca do erro judicial, ROSA E CANI indicam que em sua maioria apresentam eles ao menos uma das três seguintes circunstâncias: a gravidade do delito que gera pressão popular para sua solução, o ódio ao suspeito marginalizado e, por último, o caso penal estar fundado em uma evidência sem confiabilidade¹⁸⁵.

E são justamente as três circunstâncias que se visualizam nas condenações por crimes de roubo. Primeiro, por se tratar de um crime considerado abstratamente grave por atingir não só o patrimônio do ofendido como também a liberdade individual deste e a sua integridade corporal¹⁸⁶. Tanto assim o é que com a superveniência da Lei nº 13.964/19 o roubo em algumas de suas modalidades majoradas - inclusive com o emprego de arma de fogo - passou a ingressar no rol de crimes hediondos¹⁸⁷. Segundo, porque como foi visto, o sistema de justiça criminal volta-se justamente contra indivíduos de classes subalternas, que passam a ser vistas como inimigas. E terceiro, porque a condenação destes crimes dá-se mediante provas cercadas de problemáticas ignoradas pela prática decisória.

¹⁸⁴ MATIDA, Janaína Roland. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro.** Revista de Ciências Criminais, vol. 156/2019, jun/2019, pgs. 221-248.

¹⁸⁵ ROSA, Alexandre Morais da; CANI, Luiz Eduardo. **Guia para mitigação dos erros judiciários no processo penal: causas prováveis e estratégias de enfrentamento.** 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022, pg. 82.

¹⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: jurisprudência, conexões lógicas com os vários ramos do direito.** 11. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pg. 531.

¹⁸⁷ É o que se extrai do teor do art. 1, inciso II da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19, que dispõe: “Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (...) II - roubo: a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V); b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B); c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º);”

Assim, tem-se que nos casos em que a prova produzida é insuficiente e, portanto, não supera o BARD, ao invés de o Judiciário aplicar a solução normativa determinada pelo ordenamento jurídico - qual seja a absolvição -, acaba ele condenando possíveis inocentes que, por condições de classe social e raça, constituem o alvo do sistema de justiça criminal.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou apurar se é juridicamente possível o rebaixamento de *standard* probatório nos crimes de roubo, dadas as suas dificuldades probatórias. A partir do levantamento bibliográfico realizado, constatou-se que tal rebaixamento não possui respaldo do ordenamento jurídico, entretanto, é amplamente realizado pela técnica decisória brasileira.

No primeiro capítulo, foi constatada a ilegitimidade da aplicação de uma pena quando desrespeitadas as garantias fundamentais dos indivíduos, eis que o processo penal é orientado pelo princípio da necessidade. Em razão disso, o argumento de que a função do processo penal é a busca da verdade real dos fatos se esvazia, o que também se constata a partir da construção de que no processo penal a verdade é meramente contingencial. Outrossim, em tendo origens inquisitórias, tal função também não subsiste à luz do sistema acusatório adotado pelo Constituinte de 1988, bem como pelo que passou a prever o legislador a partir da Lei nº 13.964/19.

Deste modo, tem-se que o processo penal tem como fundamento justificador a salvaguarda de tais direitos ante o poder de punir do Estado. Dentre tais direitos se elenca o direito à prova, consistente numa efetiva garantia fundamental procedimental. No tópico, viu-se que consiste a prova em um meio que possibilita a aferição de uma proposição de fato a fim de aplicar ou não a sanção penal prevista abstratamente para quando este ocorrer no plano naturalístico. Assim, tem-se que a prova é dotada de uma dúplice função, qual seja a de reconstruir um fato passado, bem como a de conseguir a captura psicológica do julgador.

Após, se analisou que a prova possui quatro momentos, quais sejam os da proposição, da admissão, da produção, e da valoração, sendo que BELTRÁN ainda elenca mais um: o da adoção da decisão sobre os fatos provados. Neste último momento probatório se terá a incidência de um determinado *standard* de prova para que dada proposição de fato seja entendida como provada.

Considerando tal circunstância, ingressou-se no exame específico dos *standards* de prova. De plano, definiu-se que os *standards*, de modo geral, consistem em uma modalidade normativa caracterizada pela utilização de termos amplos, vagos, gerais e imprecisos. Os *standards* de prova em âmbito penal, por seu turno, se traduzem em normas que definem o *quantum* de prova deve ser satisfeito pela acusação para que sua proposição acusatória seja dada como provada para fins condenatórios.

Os *standards* de prova tem como função, então, informar ao juiz a confiabilidade que a sociedade espera que ele tenha na sua decisão conforme os bens jurídicos em jogo que, por sua vez, variam de acordo com a natureza processual. Com efeito, viu-se que a evolução civilizatória cristalizou uma preferência moral de que é preferível absolver culpados do que condenar inocentes. Considerando tal aspecto, se depreende que o *standard* probatório no processo penal visa distribuir o erro judicial em favor do réu, na medida em que o erro judicial em âmbito penal é o que constitui sanções mais gravosas ao condenado.

E em existindo distintas naturezas processuais e distintos tipos de decisão judicial, existem em igual medida distintos *standards* de prova. No tópico, viu-se que a tradição da *common law* consagrou quatro grandes modelos, quais sejam a prova clara e convincente, a prova mais provável que sua negação, a preponderância da prova e, por fim, a prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*, ou *BARD*), cuja aplicabilidade incide no julgamento de mérito em âmbito criminal.

Quanto a este último *standard*, objeto central do presente trabalho, apesar das críticas tecidas, sobretudo pelos epistemólogos do direito, tem-se que consiste em uma importante ferramenta para mitigação de danos e ampliação de direitos, objetivando um maior rigor qualitativo do *decisum* judicial. Outrossim, também se pôde constatar que apesar de oriundo da tradição do direito comum, tal *standard* não só pode ser adotado no âmbito do direito continental, como verifica-se que efetivamente o foi.

Isto porque o primado constitucional da presunção de inocência tem como uma de suas dimensões constituir-se como norma de juízo. Nesta dimensão, a presunção de inocência avalia as provas constantes do processo a fim de identificar se sua suficiência é hábil a afastar a sua própria incidência. Outrossim, o próprio Supremo Tribunal Federal Brasileiro já se manifestou em reiteradas oportunidades no sentido de que a ordem jurídica brasileira adotou o *BARD* como *standard* de prova penal.

No segundo capítulo do trabalho, passou-se a analisar as dificuldades probatórias atinentes ao crime de roubo, crime este praticado na clandestinidade e que, portanto, tem como principal fonte probatória àquelas dependentes da memória. A respeito de tais provas, viu-se que consistem basicamente no testemunho da vítima ou de testemunha, bem como no reconhecimento pessoal.

Os problemas envolvendo a memória, por sua vez, podem ser constatados tanto no momento inicial da formação da lembrança, quanto por conta da sua preservação na mente do indivíduo. Considerando que o roubo pressupõe o emprego de violência em sua execução, as memórias dos indivíduos acabam sendo emocionalmente carregadas, de modo a distorcer a realidade vivenciada.

Outrossim, circunstâncias ambientais e, mesmo o emprego de arma no fato também contribuem ativamente na contaminação da memória do sujeito que produzirá provas no percurso processual. Tendo em vista que, regra geral, as provas produzidas em juízo são em um primeiro momento realizadas em sede de inquérito policial, tem-se uma segunda possibilidade de contaminação da memória.

Quanto ao testemunho, foi constatado que pela falta de técnica na colheita dos depoimentos pela autoridade policial, é possível constatar a construção de falsas memórias no ouvido naquele momento. Já perante o juízo, foi apurado que em tendo sido contaminada a memória do depoente em momento anterior, esta informação distorcida certamente será replicada em tal momento processual. Em vista desta problemática, expuseram-se brevemente alguns conselhos cognitivos para que se evite um proceder contaminador da memória, garantindo uma maior qualidade da prova produzida.

Já no tocante ao reconhecimento de pessoas (pessoal e fotográfico), evidenciou-se que a despeito do seu regramento legal e da impossibilidade de sua inobservância, sob pena de produção de prova ilícita e de qualidade questionável, a jurisprudência brasileira tem aceitado reconhecimentos inidôneos para fins condenatórios. Assim o faz eis que considera o art. 226 do CPP (que regula o procedimento do reconhecimento de pessoas) como mera recomendação. Ocorre que é justamente tal espécie probatória aquela mais atrelada a erros judiciais e, nada obstante, a mais utilizada para fins condenatórios. Em virtude de tais questões, apontou-se algumas iniciativas nacionais e estrangeiras para evitar reconhecimentos pessoais inidôneos, bem como se trouxe à lume recente decisão do STJ acerca do tema, superando a noção de que o art. 226 do CPP se trata de mera recomendação.

Avançando-se nas problemáticas probatórias atinentes ao roubo, também se examinou a práxis jurisprudencial de utilizar-se de presunções que não a de inocência. A primeira delas consiste na presunção de veracidade da palavra dos policiais, indivíduo este que não só pode ter sua memória contaminada por diversas circunstâncias, como também tem interesse na justificação de sua atuação no caso penal. Outrossim, também se constatou estatisticamente a

ocorrência de um perfilamento racial operado pela polícia, de modo que ao presumir verdadeira a palavra policial, o Judiciário acaba por ratificar tal seletividade racial.

Por sua vez, a segunda presunção é a de culpabilidade do indivíduo flagrado na posse da *res furtivae*. Concluiu-se que tal inversão do ônus da prova em âmbito penal não encontra respaldo pelo direito, bem como que não há uma relação causal suficiente que permita concluir que o sujeito encontrado com o bem subtraído é aquele que efetivamente o subtraiu. Assim, ambas as presunções supra analisadas conflitam incontestemente com a única presunção consagrada em âmbito criminal: a de inocência.

Na sequência e ainda no segundo capítulo, entendeu-se que o rebaixamento de *standard* probatório, que consiste numa menor exigência probatória para que se entenda uma proposição como provada uma proposição de fato em detrimento do que juridicamente exigido como regra. Em âmbito penal viu-se que tal proceder é possível, porém, é limitado a decisões interlocutórias e provimentos liminares.

Deste modo, se concluiu que não é possível rebaixar o *standard* de prova do BARD em âmbito penal de acordo com a infração penal. Isto porque não é a infração penal que designa o grau da presunção de inocência que sequer possui gradação. Outrossim, tal rebaixamento operado considerando as dificuldades de dado delito também culmina em decisionismo, eis que cada operador do direito valer-se-ia de critérios subjetivos para considerar dado crime mais difícil de provar. Assim, a conclusão a que se chegou é de que o rebaixamento de *standard* probatório para os crimes de roubo é juridicamente inviável, não sendo possível a aplicação de outro *standard* que não o BARD.

O BARD, por sua vez, só será passível de aferição no caso concreto quando verificar-se uma atividade probatória mínima apta a afastar a presunção de inocência. Tal verificação será possível quando a acusação reconstruir os fatos por meio de provas com qualidade suficiente para persuadir o julgador dos fatos para fins de condenação criminal.

À luz de tal conclusão, passou-se a examinar as práticas judiciais que culminam no rebaixamento de *standard* probatório nos crimes de roubo. Assim, se identificou como uma dessas práticas a ampla utilização de provas dependentes da memória, com o rechaço jurisprudencial da ocorrência do fenômeno das falsas memórias.

Também foi elencada a supervalorização da palavra da vítima a despeito de sua contaminação com o caso e de sequer prestar compromisso. Outrossim, quanto à prova

testemunhal, se verificou o uso de argumentos de autoridade que não guardam relação com a qualidade da tomada do depoimento para valorar tal prova. Por fim, a utilização das presunções de veracidade da palavra dos policial, bem como de culpabilidade do flagrado em posse da *res furtivae* igualmente denotam os esforços jurisprudenciais para condenação criminal em casos de roubo em explícito vilipêndio à presunção de inocência.

Por fim, examinou-se brevemente as possíveis razões para a ocorrência de tal fenômeno sob à luz do sistema de justiça criminal. Com efeito, em sendo os crimes cometidos pela classe subalterna os selecionados por tal sistema, tem-se a eles atribuído o *status* de inimigo e possibilitada a retirada de seus direitos. Dentre eles, se elencou justamente o de ser condenado com uma prova suficientemente robusta a fim de afastar o BARD. Frisa-se que no Brasil, a classe subalterna é constituída mormente pela população negra, o que esclarece a grande utilização de reconhecimentos pessoais indevidos majoritariamente contra pessoas negras.

Ademais, concluiu-se que em sendo o *standard* probatório uma ferramenta para distribuição do erro, o seu rebaixamento pela jurisprudência nos casos de roubo consiste na chancela jurisprudencial da ocorrência de erro judicial em desfavor de possíveis inocentes por conta de suas condições de classe social e raça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBROSIO, Graziella. **Psicologia do testemunho: técnicas de entrevista cognitiva**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 46, 2015.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2013.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini; DO AMARAL, Mariana Moreno. **Do campo das falsas memórias às falsas memórias do campo: impressões obtidas através do acompanhamento de oitivas policiais na região metropolitana de Porto Alegre**. In: Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 5, nº 3, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BALDASSO, Flaviane; DE ÁVILA, Gustavo Noronha. **A repercussão do fenômeno das falsas memórias na prova testemunhal: uma análise a partir dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. In: Ver. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan.-abr. 2018.

BALTAZAR JR., José Paulo. **Standards probatórios no processo penal**. Revista da AJUFERGS, Porto Alegre, n. 4, Nov. 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARROS, Geová da Silva. **Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito**. In: Revista Brasileira de Segurança Pública, ano 2, ed. 3, jul/ago, 2008.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana**. In: VÁZQUEZ, Carmen. Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Marcial Pons, 2013.

BESSA NETO, Luis Irapuan Campelo; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; DO PRADO, Rodolfo Macedo. **A aplicabilidade dos Standards probatórios ao processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 165/2020, mar/2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: Acesso em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > 09 mar. 2022.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm > Acesso em: 12 abr. 2022.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm > Acesso em: 01 mar. 2022.

_____. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm > Acesso em: 21 mar. 2022.

_____. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. Disponível em: < https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf > Acesso em: 11 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 598.886/SC**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 27 out. 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>> Acesso em: 06 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ap 676/MT**. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Benjamin Gomes Neto; Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 17 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 180.144/GO**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Goiás. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 10 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Súmula n. 70**. Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/testemunho-policia.pdf?_=10 > Acesso em: 12 fev. 2022.

CACADEP - Centro de Estudos, de Capacitação e de Aperfeiçoamento da Defensoria Pública de SC. **Relatório: reconhecimento fotográfico de acusados em Santa Catarina**. CECADEP, 2021. Disponível em: < <http://defensoria.sc.def.br/wp-content/uploads/2021/03/Relat%C3%B3rio-CECADEP-Reconhecimento-Fotogr%C3%A1fico-SC.pdf> >. Acesso em: 13 abr. 2022.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. José Antonio Cardinali. Brasil, Conan, 1997.

CAVALCANTE, Lucidéa Santos. **Caracterização do crime de roubo em Belém**. Dissertação de mestrado em Segurança Pública, Universidade Federal do Pará, 2015.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. **A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 2, 2018.

CONDEGE - Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais. **Relatórios indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico**. CONDEGE, 2021. Disponível em: < <http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoas-injustas-apos-reconhecimento-fotografico/> >. Acesso em: 15 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria n. 209, de 31 de agosto de 2021**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4090>> Acesso em: 06 abr. 2022.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

EPPS, Daniel. **The Consequences of Error in Criminal Justice** (February 10, 2015). Harvard Law Review, Vol. 128, No. 4, pp. 1065-1151, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2015.

HAACK, Susan. **El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica**. In: VÁZQUEZ, Carmen. Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Marcial Pons, 2013.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Princípio de Presunção de Inocência e Princípio de Vitimização: uma convivência impossível**. Traduzido por Aury Lopes Jr. e Janaína Matida. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 185/2021 | p. 85 - 100 | Nov / 2021.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**. In: Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica, n. 41, 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2022.

IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: orientações para o sistema de justiça**. Fev, 2022. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2022.

INNOCENCE PROJECT. **Eyewitness Identification Reform**. Disponível em: <<https://innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform/>> Acesso em: 06 abr. 2022.

KHALED JR. Salah Hassan. **Ambição da verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real**. Editora Jus Podium, 2009.

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

KNIJNIK, Danilo. **Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knjnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 10 jan, 2022.

LARSEN, Pablo. **Reglas, estándares y modelos de derecho probatorio para el proceso penal**. InDret, 1.2020.

LAUDAN, Larry. **Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es um estándar**. In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28, 2005.

LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal: um ensayo sobre epistemología jurídica**. Traducción: Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid: Marcial Pons, 2013.

LOFTUS, Elizabeth F., LOFTUS, Geoffrey R., MESSO, Jane. **Some facts about “weapon focus”**. Law and human behaviour, vol 11, nº 1, 1987. Disponível em: <<https://faculty.washington.edu/gloftus/Downloads/LoftusLoftusMessoWF.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2022.

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

- _____. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020
- _____. **Direito Processual Penal**. 19ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022.
- _____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MATIDA, Janaína Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência**. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão. *Violência de gênero: temas polêmicos e atuais*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- _____. **O valor probatório da palavra do policial**. Trincheira Democrática, IBADPP, n. 8, 2020.
- _____. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro**. *Revista de Ciências Criminais*, vol. 156/2019, jun/2019.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- NORES, José I. Cafferata. **La prueba en el proceso penal: con especial referencia a la ley 23.984**. 3º edición, actualizada y ampliada, 1998.
- UN. **Preventing and countering racial profiling of people of african descent: good practices and challenges**. 2019. Disponível em: <<https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/preventracialprofiling-en.pdf>> Acesso em: 05 abr. 2022.
- PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Tese de doutorado em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020.
- PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: jurisprudência, conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5ª ed. Florianópolis: EMais editora, 2019.
- ROSA, Alexandre Morais da; CANI, Luiz Eduardo. **Guia para mitigação dos erros judiciários no processo penal: causas prováveis e estratégias de enfrentamento**. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2022.
- STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, 2015.
- STEIN, Lilian; DE ÁVILA, Gustavo Noronha. **Entrevistas forenses e reconhecimento pessoal nos processos de criminalização: um diagnóstico brasileiro**. In: *Boletim de Análise Político-Institucional*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, n.1, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF.** *In:* Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 2, n. 3, dez. 2015.

TARUFFO, Michele. **La prueba.** Marcial Pons, 2008.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade.** 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

US SUPREME COURT. **In re Winship**, 397 U.S. 358, 1970, Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/397/358> >. Acesso em: 03 fev. 2022.

VÁZQUEZ, Carmen. **A modo de presentación.** *In:* VÁZQUEZ, Carmen. Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Marcial Pons, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.