XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

GIOVANNI OLSSON

VALDIRA BARROS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

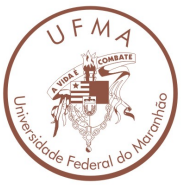
Coordenadores: Giovanni Olsson, Valdira Barros – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-524-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Tutela Penal. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho (GT) DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I, do XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de São Luis (MA), entre os dias 15 e 17 de novembro de 2017, na Universidade CEUMA (UNICEUMA) e na Universidade Federal do Maranhão (UFMA), com o apoio de diversas instituições públicas e privadas.

Com pungente atividade de pesquisa desenvolvida por todo o país, foram selecionados e objeto de apresentação e debate, neste Grupo de Trabalho, 17 trabalhos científicos relacionados ao tema, os quais sustentam esta obra, apresentando o mais elevado nível de pesquisa desenvolvido nacionalmente.

O Congresso, sediado em uma Cidade Patrimônio Cultural da Humanidade, teve como pano de fundo a temática “Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça”. A escolha merece ser tida como muita oportuna diante do cenário global construído nessa primeira década do Século XXI, com toda a sensível marca do processo de globalização pluridimensional, em que o futuro do Direito e da Democracia precisa ser posto em debate com seus limites e possibilidades no sistema de Justiça e suas instituições. O Estado nacional, até então modelo político-jurídico da Modernidade, vem sendo crescentemente desafiado no seu papel de articulador da regulação social por meio de normas jurídicas legitimas com seu papel de mediador das relações do poder por instrumentos de representação e de participação democrática. O Estado, veiculando o exercício de poder por normas jurídicas estabelecidas em razão do povo, precisa efetivamente merecer os atributos de “Democrático” e “de Direito”.

Os desafios, porém, são muito grandes. A afirmação da cidadania nas suas múltiplas faces e a construção compartilhada do desenvolvimento sustentável pluridimensional como projeto civilizatório, no marco, por exemplo, da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, são realidades que precisam ser concretizadas e universalmente (con)vividas. Nesse contexto, a implementação dos direitos fundamentais nas relações sociais, do trabalho e empresariais, deve buscar garantir a sua efetividade resolvendo a colisão de direitos fundamentais, com fortalecimento da cidadania e do desenvolvimento social, ambiental e econômico, que só podem ser concretizados com reconhecimento, afirmação e respeito às diferenças entre os

indivíduos e entre todos os povos do mundo. Mais do que isso, esse desiderato será possível apenas se for efetivada a plena inclusão social de todos os segmentos marginalizados, seja por carências econômicas e sociais, seja mesmo pela alienação de oportunidades de cidadania no sentido pleno da palavra. Nesse particular, uma releitura crítica do sistema penal, nas suas diversas vertentes, mas sempre sob o atento olhar do farol constitucional, com seus direitos e garantias, é cada vez mais oportuna e relevante.

É nesse contexto complexo e desafiador que emerge a singular relevância dos trabalhos científicos debatidos no presente Grupo de Pesquisa. Aqui, direito material e direito processual interpenetram-se no emaranhado do sistema penal, desafiando suas matrizes histórico-sociológicas puramente repressivas, seus papéis por vezes contraditórios de seletividade social e econômica e a construção de seus discursos reforçados de dupla exclusão e, não raro, de desumanidade e violência pura em nome do Leviatã. É fundamental, nesta quadra da história, jogar luz sobre os cantos escuros do sistema penal e de sua(s) violência(s), pretensamente legítima(s) sob o monopólio do Estado-nacional, que, com suas próprias crises e contradições nas promessas descumpridas do projeto filosófico da Modernidade, assiste ao esboroamento da sua legitimidade e da suposta humanidade da retribuição-reinserção que alimentava a realidade (e o imaginário) de sua instituição milenar.

Há enormes dificuldades nesse caminho, com marcos teóricos dispersos, conceitos operacionais fragmentados e instrumentos normativos cuja deontologia discursiva, não raras vezes, é incapaz de esconder sua ontologia brutal, violenta e substancialmente desumana para corpos e mentes. O exercício das mais diversas formas de poder sobre os indivíduos, em nome do Estado, notadamente nas suas versões foucaultianas de poder disciplinar (ou poder anatomopolítico) e de poder biopolítico, demarca a importância de estudos aprofundados e atentos sobre os mais diversos aspectos da entrada e da saída dos indivíduos-cidadãos no sistema penal na sociedade contemporânea. O itinerário de exclusão social que tipifica os fatos puníveis em cada sistema, as variáveis endógenas e exógenas intervenientes nas escolhas político-legislativas que delimitam os tipos penais neste momento histórico, as (pre) condicionantes sociais, econômicas e políticas de persecução, a seletividade includente-excludente dos instrumentos e das instituições do aparato policial-judiciário, os pré-conceitos dos atores e operadores do sistema, as contradições dos valores alegadamente tutelados, a (in) efetividade sistêmica ou reversa dos procedimentos, e, em especial, os limites e possibilidades de cumprimento dos objetivos de todo o sistema para a sociedade, notadamente na promessa de (re)inclusão dos indivíduos, são algumas das principais questões que devem ser enfrentadas.

Mais do que isso, novos paradigmas devem ser construídos e foram propostos especificamente no Grupo de Trabalho, sendo certo que somente por intermédio da Ciência do Direito, com o olhar inter e transdisciplinar com a Psicologia, a Sociologia, a Economia, a Ciência Política e tantas outras áreas, é possível desenvolver as bases para uma reflexão densa e prospectiva sobre o Direito Penal e o Processo Penal à luz da Constituição e de seus valores fundantes, criando-se as bases para se cobrar dos atores sociais o exercício de seus papéis no Estado Democrático de Direito, que, mais do que nunca, é um Estado que dialoga com outros atores numa sociedade global em rede e na qual os fatos típicos cada vez mais transcendem os recortes territoriais. Olhar para fora do Estado-nação é hoje tão importante quanto olhar para dentro de seus fundamentos jurídico-políticos.

Nessa trilha, os trabalhos apresentados relacionam-se, de forma bastante direta, com os propósitos do presente Grupo, o que indica uma preocupação com a seleção de artigos que mantêm entre si afinidade científica, o que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões no GT.

A obra, em razão dos trabalhos apresentados, pode ser subdividida basicamente em dois blocos temáticos, mas necessariamente intercomplementares. O primeiro trata mais especificamente do Direito Penal, que, como direito substancial, abebera-se de intensos elementos das relações sociais e econômicas subjacentes, em que as diferenças de bens tutelados (vida, patrimônio, etc.) estabelecem ligações com tipificações penais e consequências totalmente distintas. O segundo trata com preponderância do Direito Processual Penal, que, em outra trilha e por seu caráter instrumental, possui interfaces na Teoria Geral do Processo e na performance dos atores centrais dentro das instituições do sistema, particularmente advogados, magistrados, policiais e membros do ministério público. Entretanto, essa distinção é meramente didática e aproximativa porque, a rigor, um direito material justifica-se e opera-se por seu direito processual correspectivo, com o qual estabelece vínculos de organicidade materiais e especialmente simbólicos, como discursos e práticas jurídicas simétricas.

No âmbito do Direito Penal, e focados mais no seu caráter substancial e muitas vezes com suporte na Criminologia Crítica, podem ser elencados onze artigos, com ricas e instigantes contribuições à Academia Brasileira.

O POPULISMO PUNITIVO E O CARÁTER SELETIVO DO SISTEMA PENAL, de Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti e Felix Araujo Neto, parte da constatação de que existe uma tendência retribucionista crescente, com a tipificação de diversas condutas e o recrudescimento das penas já existentes. Apesar do consenso sobre os efeitos

dessocializadores da prisão, a pena privativa de liberdade tem sido aplicada como aparente solução para conter a criminalidade. O artigo chama a atenção para o fato de que, ao mesmo tempo, no Brasil, a prisão reproduz as imensas desigualdades econômicas de nosso país e é utilizada como instrumento jurídico para justificar a exclusão social das camadas mais pobres e marginalizadas da população.

A MIGRAÇÃO E CRIMINALIDADE: INCLUSÃO MARGINAL E COMENTÁRIOS AO ARTIGO 232-A INSERIDO PELA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO, redigido por Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak, enfrenta os pontos de contato entre o Direito Penal e Migração. Para tanto, o enfoque principal foi analisar a marginalização do migrante e, na sequência, analisar de forma detida o artigo 232-A inserido no Código Penal pela Lei 13.445/2017.

O USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS (INSIDER TRADING) NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO CONTEMPORÂNEO, de autoria de Vinicius Lacerda e Silva, propõe o debate, em meio à crise de ética que passa o País, de um dos crimes mais recorrentes no Direito Penal Econômico contemporâneo: o uso indevido de informação privilegiada no mercado de valores mobiliários (insider trading). Para tanto, perpassa pela evolução deste sub-ramo do Direito Penal, seu conceito, suas características e a delimitação do bem jurídico tutelado. Por fim, registra a importância da defesa da eficiência desse mercado mediante o exercício da transparência no plano do Estado Democrático de Direito.

O artigo intitulado ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO NO CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAL NO SISTEMA JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO, de Vilmar Rego Oliveira, parte do reconhecimento de que, atualmente, os ordenamentos jurídicos ocidentais têm atribuído grande importância aos denominados crimes da pós-modernidade, entre os quais se insere a lavagem de dinheiro ou branqueamento de capitais. O artigo tem por finalidade analisar a controvérsia legal, doutrinária e jurisprudencial existente sobre os elementos subjetivos dessa tipificação penal no direito luso-brasileiro, aferindo seus postulados básicos, bem como verificar se seria prudente limitá-los ao dolo direto ou avançar e incluir também dolo eventual, cegueira deliberada ou determinado tipo de culpa, como já ocorrem em alguns países, avaliando os prós e os contra que devem ser sopesados no particular.

Em A FRAUDE COMETIDA POR MEIOS INFORMÁTICOS SOB O PRISMA DA VITIMODOGMÁTICA, de Maria Auxiliadora de Almeida Minahim e Luíza Moura Costa Spínola, as autoras analisam a influência do comportamento da vítima na fraude cometida

pela Internet. Explicam os novos riscos criados pela popularização de dispositivos com acesso à Internet, bem como o conceito de crimes informáticos próprios e impróprios. Também analisam o comportamento da vítima como uma peça fundamental para a consumação do delito, e apontam para a necessidade de que, no uso da Internet, as pessoas adotem certas medidas de cuidado e, caso elas não sejam devidamente observadas pela vítima, pode haver uma diminuição da pena para o autor e, em casos extremos, gerar a atipicidade da conduta.

O artigo ASPECTOS DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E PENAL DA LIBERDADE RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, de Marcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Carlos Alberto Simões de Tomaz, propõe-se a, a partir de uma abordagem lógico-dedutiva, analisar a proteção da liberdade religiosa em face do consenso estabelecido na Constituição brasileira de 1988, bem como a tutela penal dessa proteção. Para tanto, estabelece uma base compreensiva da dificuldade contramajoritária que envolve os conflitos sobre a matéria, decisivamente marcada por intolerância, e aponta a tutela penal pertinente que, de regra, não é efetivada quando a atenção se volta para o âmbito da esfera cível, circunstâncias que se apontam em conclusão.

A IMPUTABILIDADE PENAL E OS EFEITOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANALISE HERMENÊUTICA DAS INCONGRUÊNCIAS, de Lucas Helano Rocha Magalhães e Renata Albuquerque Lima, é o artigo submetido para o debate das peculiaridades do contorno da imputabilidade penal dessas pessoas. Os autores atentam que as alterações no Direito brasileiro decorrentes da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) tiveram como objetivo consolidar os seus direitos civis. Entretanto, por omissão legislativa, somente ocorreram quanto à capacidade civil, ignorando seus reflexos em outros campos, provocando várias antinomias, em especial no direito penal, quanto à capacidade e à imputabilidade dos portadores de deficiências. Os autores propõem a realização de uma análise hermenêutica do tema, com base no método interpretativista de Dworkin, com o objetivo de delinear possíveis soluções para as antinomias.

OS DIREITOS SEXUAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL, de Luanna Tomaz de Souza, traz ao debate essa relevante e sensível questão. O artigo busca analisar se a Lei 12.015/2009, que traz modificações ao Código Penal Brasileiro no âmbito dos crimes sexuais, tem contribuído para reconhecimento dos direitos sexuais das crianças e adolescentes. A hipótese inicial é que a Lei foi construída à revelia da compreensão da criança enquanto sujeito de direitos, avaliando-se que essa lei contribuiu para reafirmar uma lógica tutelar que ignora a dimensão de direitos das crianças e adolescentes.

O artigo A LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA E A (I)LEGITIMIDADE DE SEUS MECANISMOS CARACTERÍSTICOS DE UM “DIREITO PENAL DO INIMIGO, elaborado por Jordan Espíndola dos Santos e Antônio Sergio Cordeiro Piedade, traz o atualíssimo debate sobre o tratamento do terrorismo no sistema pátrio. O artigo visa analisar a Lei antiterrorismo brasileira, partindo da consideração de que alguns mecanismos nela positivados guardam semelhança com ditames do funcionalismo sistêmico de Günter Jakobs, tais como a antecipação da tutela penal com tipificação de atos preparatórios e de tipos de perigo, e o uso de meios investigativos aprimorados e relativamente mais invasivos. O estudo, em síntese, busca compreender a legitimidade e adequação de alguns desses dispositivos característicos do chamado “Direito Penal do Inimigo” para a efetiva tutela dos bens jurídicos envolvidos.

Em A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O CASO DE RAFAEL BRAGA COMO BODE EXPIATÓRIO DA POLÍTICA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO, de Renan Daniel Trindade Dos Santos, o autor introduz o debate de um estudo de caso sobre os crimes de perigo abstrato.O trabalho considera que a expansão do direito penal tem feito com que se criem medos, que são comercializados cotidianamente, vindo à tona o fenômeno da criação dos crimes de perigo abstrato, sem bem jurídico específico a proteger. O autor atenta que, numa sociedade baseada na constante expansão dos sistemas punitivos, é inevitável que tal lógica não recaia sobre as populações vulnerabilizadas socialmente, tal como Rafael Braga, condenado por esta expansão dos crimes de perigo abstrato.

No artigo O PAPEL DO MUNICÍPIO DIANTE DO FENÔMENO DO ATO INFRACIONAL: DEMARCAÇÕES SOCIOJURÍDICAS A PARTIR DA LEI DO SINASE, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Valdira Barros, os autores revisitam o ato infracional como fenômeno na dimensão do Município. Os autores abordam especificamente o papel desempenhado pelos municípios para enfrentamento do fenômeno do ato infracional, partindo das inovações introduzidas pela Lei do SINASE. Baseado em revisão bibliográfica e pesquisa documental, demarca a fundamentação teórica e legal do sistema de controle do ato infracional no âmbito do ordenamento brasileiro, o contexto social de ocorrência do fenômeno, natureza dos atos infracionais praticados, perfil do adolescente autor de ato infracional, medidas de responsabilização previstas para os autores de ato infracional e por fim as inovações introduzidas pela Lei do SINASE quanto às competências dos municípios no tratamento da problemática do ato infracional.

O Direito Processual Penal, a seu turno, é o objeto destacado de outros seis trabalhos científicos apresentados e debatidos neste GT.

O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA FICÇÃO JURÍDICA, de Roberto Vasconcelos da Gama, busca analisar o processo penal brasileiro a partir da construção do procedimento investigatório como uma ficção jurídica, e, com isso, contribuir com as discussões sobre o tema num estudo critico sob enfoque dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. A sua leitura aponta que as decisões judiciais, em sua grande maioria, não vêm analisando os fatos apresentados na dialética processual.

A AÇÃO PENAL POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTROLE SOBRE A (NÃO) ATUAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, de autoria de Mauro Fonseca Andrade, dispõe-se a analisar a viabilidade de inserção de ação penal popular no Brasil, em razão dos termos do Projeto de Lei nº 6.404/2016. Primeiramente, apresenta os termos e a justificativa do mencionado projeto, com o fim de situar o leitor na discussão travada, e, depois, aborda duas hipóteses de ajuizamento da ação, confrontando-as com a Constituição. Por fim, propõe uma alternativa à proposta de inserção da ação penal popular no Brasil, que não fere os postulados da Constituição Federal, mas não se mostra apta a solucionar os problemas que se pretende corrigir.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A CULTURA DE ENCARCERAMENTO é o título do trabalho apresentado por Anderson Rocha Rodrigues e Paulo Eduardo Elias Bernacchi. O artigo, sem a pretensão de esgotar o tema, analisa a recém criada audiência de apresentação em curso nos diversos tribunais do Brasil, de lenta e demorada implementação, embora seja garantia fundamental do preso prevista em dois tratados internacionais

No artigo em que aborda o LIVRAMENTO CONDICIONAL, Alessandra Trevisan Ferreira introduz diversas considerações sobre os pressupostos normativos para a concessão pelos Tribunais, analisando criticamente os limites e possibilidades de sua efetiva implementação dentro do marco legal vigente no Processo Penal.

Em O STANDARD DA DÚVIDA RAZOÁVEL E A SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS, de Leonardo Vasconcelos Guaurino de Oliveira, é tratada a questão de um standard concebido pelo direito anglo-americano chamado de “dúvida razoável”, especificamente pautado na ótica da doutrina do professor Larry Laudan.

Por fim, e no artigo A LINGUAGEM COMO FORMA DE ESCLARECIMENTO DOS FATOS: A VERDADE REAL A PARTIR DA METODOLOGIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, de Simone Matos Rios Pinto, promove-se uma análise crítica da qualidade da resposta penal à infração penal. A autora destaca que a sentença, como ato político e de transformação social, se não for baseada na argumentação dos verdadeiros

envolvidos, não encontrará a verdade real e tende a ser uma técnica de aplicação de artigos de lei, sem assegurar a substância étnico-cultural da vida. O artigo sustenta que a pena deve ser o resultado de um procedimento que constitucionalmente a justifique, dentro de um processo comunicativo que se pode estabelecer quando se adota a metodologia restaurativa.

Como já exposto, é muito difícil a dissociação do Direito Penal do Direito Processual Penal que o instrumentaliza, e, por isso, na maioria dos trabalhos apresentados e debatidos, essa imbricação era não apenas evidente, mas substancialmente indispensável.

Os debates foram realizados logo após o término das exposições em blocos, o que demonstrou envolvimento de todos os presentes, os quais foram responsáveis pelo aprofundamento de temas pontuais dos trabalhos trazidos a todos.

A amplitude dos debates e das perguntas no GT demonstraram a importância dos temas levantados e apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras deste Grupo, originados dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) de quase duas dezenas de Instituições de Ensino Superior de todo o país.

Assim, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas com base nas inúmeras reflexões expostas nas páginas seguintes.

São Luis, 17 de novembro de 2017.

Coordenadores:

Profa. Dra. Valdira Barros (Universidade CEUMA/Universidade Estadual do Maranhão, São Luís-MA)

Prof. Dr. Giovanni Olsson (Universidade Comunitária Regional, Chapecó-SC)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O STANDARD DA DÚVIDA RAZOÁVEL E A SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS

THE STANDARD OF REASONABLE DOUBT AND ITS APPLICATION BY THE COURTS

Leonardo Vasconcelos Guaurino De Oliveira

Resumo

O presente artigo científico, abordará a questão de um standard concebido pelo direito anglo-americano chamado de “dúvida razoável”, especificamente pautado na ótica da doutrina do professor Larry Laudan.

Palavras-chave: Bard, Beyond a reasonable doubt, Larry laudan, Dúvida razoável, Epistemologia

Abstract/Resumen/Résumé

The present scientific paper will address the question of a standard designed by Anglo-American law called "reasonable doubt", specifically based on the doctrine of Professor Larry Laudan.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Bard, Beyond a reasonable doubt, Larry laudan, Reasonable doubt, Epistemology

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se preocupa com a problemática presente nos tribunais acerca do critério utilizados por juízes, jurados e comunidade jurídica como um todo, em torno das condenações criminais.

O professor Larry Laudan, em brilhante estudo acadêmico, identificou os problemas relacionados ao standard utilizado, chamado de "dúvida razoável", presente nos países que adotam o sistema da common law, propondo-se a discutir a fundo o tema, mostrando as graves injustiças que podem decorrer de uma má interpretação do instituto, perante um julgamento criminal.

Inauguraremos o trabalho elaborando um sucinto apanhado analítico do artigo do professor Larry Laudan, denominado "Is Reasonable Doubt Reasonable?", expondo o histórico da expressão no Direito norte americano, os conceitos, as explicações e idéias dos tribunais americanos sobre o tema, bem como as críticas realizadas pelo mesmo acerca do tratamento dado ao tema.

No segundo capítulo, aspirando uma compreensão do mencionado conceito, realizaremos uma análise do ordenamento jurídico português, marcadamente abordando os princípios que norteiam o processo penal em Portugal, especificamente ligados ao tema, quais sejam os princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo.

No terceiro capítulo, iremos contextualizar as idéias trazidas pelo professor Larry Laudan, bem como os pontos de contacto e colisões com os tratados princípios.

Por fim, buscaremos conceber concretamente o tema na realidade dos tribunais, trazendo decisões judiciais de tribunais internacional, brasileiros e portugueses, como forma de adensar a nossa compreensão sobre o tema, e conceber a sua aplicação prática.

2. O CRITÉRIO DA DUVIDA RAZOÁVEL NA DOUTRINA DE LARRY LAUDAN

O intuito deste capítulo é fazer um breve apanhado analítico das idéias do professor Larry Laudan em seu artigo "Is Reasonable Doubt Reasonable?"[1], aspirando posteriormente a exploração e verificação da coerência entre suas idéias, as normais constitucionais e processuais penais, e as decisões dos tribunais.

Larry Laudan pauta sua pesquisa basicamente em dois questionamentos: A condenação

[1] LAUDAN, Larry. Is reasonable doubt reasonable? Legal Theory. n. 9. Estado Unidos da América: Cambridge University Press. 2003.

além de uma dúvida razoável é o padrão correto para um julgamento criminal justo? Como deve ser entendido o padrão de dúvida razoável?

O Autor trata do assunto partindo da premissa de que os tribunais modernos possuem um grave problema conceitual em suas decisões, qual seja a obscura e incoerente ideia de "culpa além de uma dúvida razoável", chamada de "BARD" pelo Autor, como único critério para um julgamento justo.

Devemos considerar que não apenas no âmbito dos tribunais, mas também em assuntos cotidianos, as incoerências conceituais afetam profundamente as nossas vidas, sendo o BARD um exemplo desta problemática.

A abordagem realizada por Laudan parte dos júris populares americanos, formados por cidadãos comuns, que não possuem uma noção clara sobre o que seria uma dúvida razoável, impossibilitando a realização de julgamentos criminais justos, permitindo a ocorrências de graves injustiças.

Uma das soluções mencionadas seria a realização de uma instrução prévia aos jurados, por parte dos juízes, sobre o correto significado da expressão dúvida razoável. Entretanto, as compreensões por parte de diferentes jurados e juízes sobre o tema tende a ser muito discrepante, e esta ausência de uniformidade conceitual afasta claramente a segurança jurídica neste sistema, pois permite a presença de padrões diversos de culpa e inocência, o que afasta a previsibilidade das decisões judiciais.

Ou seja, não há como termos a certeza que determinado cidadão seria julgado uniformemente por tribunais e júris diferentes, o que gera julgamentos injustos, e a diminuição da confiança das pessoas no sistema criminal do país.

2.1. O CRITÉRIO DA "DÚVIDA RAZOÁVEL"

Atualmente, embora o BARD tenha ampla aceitação pelos tribunais, não houve a positivação e explicitação em lei do mencionado conceito, apenas havendo decisões judiciais que, de forma criativa, buscaram a conceituação do tema.

A pesquisa histórica realizada por Laudan demonstra que o BARD foi introduzida por volta da virada do século XIX, com o escopo de estimular os jurados a distinguir dúvidas triviais, e mal fundamentadas, de dúvidas razoáveis, que poderiam ou não influir na condenação de determinado indivíduo.

O Autor afirma que, até a década de 1950, havia uma tendência na atuação dos juízes no sentido de explicarem aos jurados que a prova além de uma dúvida razoável significava a

crença numa certeza moral. Entretanto, nos dias de hoje, a Suprema Corte Americana desestímulos esta praxe, sustentando que a terminologia é ultrapassada e enganosa, pois permite condenações por simples padrões morais e emocionais, ao invés do correto padrão, que seria o da evidência.

O doutrinador Deltan Martinazzo Dallagnol traz em seu livro "As lógicas das provas no processo", um panomara histórico[2] da delimitação do standard do BARD no entendimento da Suprema Corte Americana3:

1) 1970 – in re Winship (U.S. 358, 364) – Os elementos do crime, individualmente considerados, devem ser provados além de uma dúvida razoável;
2) 1994 – Victor v. Nebraska, (511 U.S. 1) - é possível que os tribunais e juízes instruam os jurados acerca do conteúdo da expressão dúvida razoável, mas não há obrigatoriedade[4].
3) 1990 – Cage v. Louisiana (498 U.S. 39, 40) – A expressão dúvida razoável seria menos que algo que leve a grave incerteza;
4) 1994 – Sandoval v. California (511 U.S. 1, 6) - A dúvida razoável não é uma mera dúvida possível.

Diante desta confusão conceitual, foram expostas versões alternativas para resolver essa disparidade conceitual, entre elas:

1. Crença segura e adequada, como a presente em decisões importantes na vida pessoal – Para esta, a culpa além de uma dúvida razoável seria aquela de caráter tão convincente que o cidadão estaria disposto a agir, sem hesitação, mesmo no mais importante de seus próprios negócios.

   Tal critério foi afastado ao argumento que as determinações de culpa criminal são muito mais importantes do que as decisões que os cidadãos costumam fazer em suas vidas pessoais.
2. Dúvida que faria uma pessoa prudente hesitar em agir – Seria aquela de caráter tão

[2] GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M.. Criminal evidence principles and cases. 7a edição. Estados Unidos, Wadsworth Publishing, 2010. P. 67.
[3] DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2015. 1a edição. P. 270.
[4] "A acusação tem o ônus de provar que o réu é culpado para além de uma dúvida razoável. Alguns de vocês podem ter servido como jurados em casos civis, onde vocês escutaram que é necessário apenas provar que o fato é mais provável do que não verdadeiro. Em casos criminais, a prova da acusação deve ser mais poderosa do que aquilo. Ela deve ser para além de uma dúvida razoável. Prova para além de uma dúvida razoável é prova que deixa você firmemente convencido da culpa do réu. Há muitas poucas coisas neste mundo que nós sabemos com certeza absoluta, e em casos criminais o direito não requer prova que supere cada possível dúvida. Se, baseado em sua consideração da prova, você está firmemente convencido de que o réu é culpado do crime imputado, você deve considerá-lo culpado. Se, por outro lado, você achar que há uma possibilidade real de que ele não seja culpado, você deve dar-lhe o benefício da dúvida e considera-lo não culpado."

convincente que uma pessoa razoável não hesitaria em agir, mesmo em seus assuntos pessoais mais importantes.

3. Convicção firme e permanente de culpa – A certeza dos jurados acerca da culpa do acusado deve ser firme e inabalável, não estando sujeita a variações ou pensamentos secundários futuros.

   A crítica a esta ideia pauta-se no fato de que a firmeza ou convicção em uma crença não garante que a mesma seja razoável, ou devidamente fundada em evidências. Na verdade, o que deve ser constatado é se a dúvida razoável desaparece, ou não, diante de evidências que apontem para a culpa do acusado. Ou seja, o jurado apenas precisa decidir se as provas presentes no processo possuem este caráter.

4. Dúvida para a qual uma razão poderia ser dada – A dúvida somente seria razoável se o jurado pudesse demonstrar a sua razão à luz das provas apresentadas no caso.

   O problema deste entendimento é a aferição de quais razões seriam suficientes para pautar essa dúvida. Aqui surgiria um novo questionamento dentro da problemática do BARD: se um jurado possui dúvidas acerca da presença de culpa do acusado, mas não consegue identificar essa dúvida racionalmente, como este poderia decidir sobre ser a questão racional ou irracional?

5. Alta probabilidade – Ao dizer que o jurado acredita na culpa do acusado, deve ser entendido que o mesmo possui uma crença altamente provável da presença da culpa.

   A crítica feita a esta decorre do fato de que a dúvida razoável deve ser qualitativa, sendo que a tentativa de quantificar a mesma pode trazer mais confusão que esclarecimento.

   Cabe ainda frisar que a palavra probabilidade traz a ideia de chance, possibilidade, não sugerindo o alto nível de certeza que entende-se necessário para o convencimento do jurado da culpa de um réu.

Mesmo sabendo que nenhum método é infalível, o Judiciário é resistente à admissão de qualquer sistema que reconheça, por qualquer percentual que seja, a existem de condenações injustas, pois o homem comum deve acreditar que ele somente será condenado se de fato for culpado, caso contrário a fé em um sistema criminal justo ficaria abalada.

É importante destacar que os tribunais criticaram todas essas definições como erradas e enganosas. Diante disso, a maioria dos tribunais passou a orientar os juízes para que os mesmos não definam o BARD para os jurados, no momente anterior ao julgamento. Esse desencorajamento é uma forma de evitar admitir que a definição do BARD está profundamente confusa.

Tais tribunais passaram a justificar essa atitude argumentando que o conceito de dúvida razoável deve ser claro para todas as pessoas, pois estas compreendem cada uma destas palavras. Ocorre que tal conceituação não é tão simplória, sendo este um conceito jurídico indeterminado, que deveria sim ter uma atuação positiva dos tribunais no intuito de elucidá-lo, sob pena dessa obscuridade sobre o padrão de convicção da culpa acabar com a confiança no sistema, como anteriormente dito.

Como podemos ter uma padrão de julgamento estável e coerente diante de prováveis interpretações tão divergentes presentes na cabeça de cada um dos jurados, e cada um dos julgadores?

Há também um aspecto jurídico, mencionado pelo Autor, que explica claramente este desinteresse das cortes em explicitar o conceito. Diante de um caso concreto, caso um juiz defina ao júri o seu entendimento sobre o BARD e, posteriormente, na via recursal, tal processo chegue a um tribunal que discorde da conceituação realizada, o veredicto poderia ser anulado.

Aspecto importante levantado pelo Autor se refere ao fato de que todas as concepções sobre o BARD definem este ligando-o ao estado mental do jurado, concentrando-se no estado subjetivo do mesmo, no estado de espírito do jurado, o que ocasiona fortíssima insegurança jurídica. Contrariamente, nas ciências e demais áreas de nossas vidas, buscamos evidências, provas ou testes para justificarmos uma crença bem fundamentada sobre determinado posicionamento.

Neste ponto devemos destacar o papel dos jurados no tribunal do júri. O papel deste júri é o de avaliar a teoria apresentada pela acusação, decidindo se a mesma é coerente o suficiente para suplantar a tese defensiva. Os jurados devem decidir se as provas apresentadas são suficientemente fortes para concluir que o réu cometeu determinado crime. A ideia não é perquirir se a tese acusatória é convincente, mas se as evidências apresentadas nos autos são suficientemente fortes para apoiar a tese da acusação.

Portanto, o que pode restar de dúvidas nas mentes do jurados é a forma de ponderar se determinada evidência gera leve ou forte convicção para uma condenação, e neste ponto caberia a atuação judicial no sentido de esclarecer a questão aos jurados "leigos". Ou seja, tais magistratados esclareceriam a questão transformando as dúvidas apresentadas em seus respectivos aspectos jurídicos, explicitando quando determinada prova pode ser aceita e o sua força probatória diante de determinado fato.

O Autor segue sua explanação explorando a evolução das penas aplicadas, e dos aspectos processuais penais, alegando que as penas se tornaram muito menos drásticas, não sendo

presente na maioria dos ordenamentos jurídicos a pena de morte, bem como a presença de um sistema recursal amplo, que evita que haja uma imediata condenação e aplicação da pena, após um possível veredicto pautado num errôneo critério de dúvida razoável.

Seguindo esta linha de raciocínio, aborda a possibilidade da criação de uma escala de padrões de convicção correlacionada a outra escala, esta de sereveridade criminal. Por conseguinte, o BARD seria o critério apropriado apenas para os crimes com punições mais sérias.

Interessa aqui destacar que a gravidade de um erro Judiciário resultante de uma falsa convicção é medida não pela gravidade do crime cometido, mas pela severidade da pena aplicada.

Diante do exposto, temos que a simples identificação dos níveis subjetivos de confiança exigidos dos jurados em nada auxilia no aumento da validade de um veredicto, sendo o critério BARD de importante aplicação, mas com ampla necessidade de apronfundamento e explicitação em nível ainda não atingido pelos tribunais.

3. OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS LIGADOS AO TEMA

A fim de adentrarmos ao tema, e para que possamos discutir a visão do professor Larry Laudan, precisamos mergulhar nos princípios processuais penais que regem a matéria. Ou seja, faremos uma breve análise dos pilares que devem pautar a atuação dos julgados e jurados no momento da aplicação e fixação de uma condenação criminal.

Para tanto, iremos adentrar nos princípios processuais penais mais conectados ao tema, sendo aqueles que os doutrinadores e julgadores aplicam de forma mais corriqueira, ao tratar dos critérios razoáveis para a fixação da culpa de um acusado, pautando-se ou não no critério da dúvida razoável.

3.1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Segundo este princípio, ninguém poderá ser considerado culpado e, consequentemente não cumprirá as respectivas penas, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Devemos destacar que tal princípio é um dos basilares de um Estado Democrático de Direito[5], relacionado diretamente com o princípio da dignidade da pessoa

[5] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Rio de Janeiro. 11a edição. Editora Forense. 2014. p. 68.

humana, e com os direitos essenciais ligados à dignidade do ser homem. Nos termos do artigo 32, 2, da Constituição da República Portuguesa:

"Artigo 32. º - Garantias de processo criminal

(…)

2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa."

Devemos ainda destacar a presença do princípio em outros textos normativos, como a Constituição da República Federativa do Brasil[6], a Declaração Universal de Direito do Homem[7], o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[8], e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos[9].

Portanto, conforme as diversas previsões normativas, temos que enquanto não houver sentença condenatória irrecorrível, o acusado não pode ser considerado culpado, não podendo sofrer as penas decorrentes desta condenação.

O autor Guilherme de Souza Nucci[10] destaca em sua obra "Manual de Processo Penal e Execução Penal" que a inocência é característica inerente ao ser humano. Portanto, para haver o estado de culpa, a acusação deverá trazer aos autos evidências e provas suficientes para que haja essa alteração na situação do réu, demonstrando a sua culpa.

Aqui surge a questão principal relacionada ao presente trabalho, qual seja a fixação do critério para realizarmos um juízo incontestável sobre a condenação ou sobre a estado de culpa do acusado.

O professor Castanheira Neves[11] afirma que um elevado grau de probabilidade da ocorrência dos fatos narrados pela acusação é uma exigência para a condenação, com base no princípio da presunção de inocência.

Assim, recai ao órgão julgador a feitura de uma análise detida sobre os elementos trazidos aos autos pelas partes, verificando a consistência das provas juntadas e a sua orientação incontestável para a condenação do réu.

---

[6] Artigo 5º, inciso LVII: "ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória";

[7] Artigo 11, 2: "toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as sua garantias necessárias de defesa lhe sejam concedidas."

[8] Artigo 14, 2: " qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida."

[9] Artigo 6º, 2: "qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada."

[10] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Rio de Janeiro. 11 edição. Editora Forense. 2014. p. 111

[11] NEVES, Castanheira. Sumários de Processo Criminal, Coimbra: Dactilog. Por João Abrantes, 1968. P. 38.

3.2. PRINCÍPIO IN DÚBIO PRO REO

Como corolário do princípio da presunção de inocência temos o princípio do in dubio pro reo, que nos diz que a dúvida sobre a culpa ou não de um acusado, por parte de um júri, um juiz ou um tribunal, gera a conclusão de que os fatos acusatórios não foram provados[12].

Mas retirando o véu que doutrinariamente paira sobre o tema e impede os operadores do Direito de pensar profundamente, não poderíamos, com base nas lições já apresentadas, dizer que na presença de uma dúvida razoável, decida-se a favor do réu?

O professor Gustavo Henrique Badaró[13] leciona que qualquer indivíduo possui um prévio estado de inocência, inerente à natureza humana, sendo que todos nascemos inocentes, e esta presunção somente poderá ser alterada por uma prova plena da realização do delito por este acusado, produzida pela acusação, respeitado o princípio do devido processo legal[14], ligando-se aqui o princípio do in dubio pro reo ao ônus da prova da acusação.

Nas lições do mencionado Autor, temos que para imposição de uma sentença condenatória são necessárias provas que superem qualquer dúvida razoável, pois havendo qualquer grau de incerteza sobre o estado de culpa do acusado este deve ser considerado inocente.

Adentrando no campo probatório, inferimos que todo acusado tem direito a provar a sua inocência podendo levar aos autos todas as provas que considere necessárias para comprovar a sua inocência.

Entretanto, devemos considerar que mesmo após um amplo exercício do direito à produção de provas, é possível que ao final ainda restem dúvidas sobre a autoria e outros fatos narradas na denúncia. Perante tal estado de incerteza, o Processo Penal consagra o princípio da presunção de inocência e o in dubio pro reo, inclinando-se à absolvição desse acusado.

Para Gustavo Henrique Badaró, o princípio "trata-se, pois, de uma disciplina do acertamento penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é

[12] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal, Coimbra: Secção de Textos da Faculdade de Direito, Lições coligidas por Maria João Antunes, 1988, p. 145.
[13] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. Ônus da prova no processo penal. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 294-298.
[14] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Rio de Janeiro. 11a edição. Editora Forense. 2014. P. 112-113. 18 Id., P. 112-113.

garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza."[15]

Assim, podemos aqui dizer que a nomenclatura utilizada pela doutrina, ao ser referir a tal princípio, omite a expressão dúvida razoável, pois o princípio deve ter como conteúdo a seguinte ideia: presente dúvida além de um grau razoável acerca da culpa do réu, deve o julgamento ser favorável ao mesmo.

4. A INTERAÇÃO ENTRE O BARD E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS CORRELATOS

No presente tópico iremos analisar dois diferentes standards utilizados na fundamentação de decisões em processos criminais, condenatórias ou absolutórias, quais sejam o BARD, como padrão de condenação anglo-americano e o princípio da presunção de inocência e os seus consectários lógicos. Cabe destacar ainda que os critérios possuem forte semelhança e se relacionam.

O princípio da presunção de inocência e o seu corolário lógico, o princípio do in dubio pro reo, não considera a possibilidade de dúvidas ou questionamentos na mente do juiz, tribunal ou júri, no momento de proferir suas decisões, apenas dita que caso haja qualquer dúvida sobre a culpa do acusado, deve este ser absolvido.

O critério anglo-americano do BARD, largamente analisado pelo professor Larry Laudan, impõe ao órgão acusador o ônus de trazer aos autos evidências e provas que apontem para a culpa do réu além de qualquer dúvida que possamos ter como razoável. Ou seja, assume que não é possível ao juiz concluir em qualquer sentido, pela absolvição ou pela condenação, com um grau de certeza de 100%.

Portanto, este segundo critério admite a falibilidade do sistema, e a impossibilidade de certezas absolutas em processos judiciais criminais, aceitando a possiblidade de termos eventualmente indivíduos condenados mesmo presente algum questionamento sobre o seu estado criminoso, bastando que tal dúvida seja insignificante, posto que alguma dúvida sempre existirá, pois é praticamente impossível o atingimento de um grau de certeza absoluta.

A doutrina destaca a importância deste segundo critério, realçando que essa intangibilidade da certeza indiscutível gera ao sistema jurídico o ônus de criar algum critério que gere segurança jurídica às pessoas.

E como conciliar os dois critérios?

[15] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. Ônus da prova no processo penal. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 294-298.

Diante da "certeza da incerteza", temos que nenhuma decisão estará baseada em perfeições probatórias. Contudo, mesmo sabendo dessa imperfeição do sistema, a doutrina destaca que o juiz deve verificar se a dúvida gerada por aquela imperfeição é significativa ou insignificante. Havendo uma dúvida substanciosa, razoável, deverá o réu ser inocentado, aplicando-se aqui os princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo[16].

5. A APLICAÇÃO PRATICA DO CRITÉRIO PELOS TRIBUNAIS

Inicialmente, cabe a nós destacarmos que o critério da dúvida razoável, ou BARD, mencionado pelo professor Larry Laudan, possui previsão expressa no Estatuto de Roma, que respaldou a criação do Tribunal Penal Internacional, possuindo a seguinte previsão:

> "Artigo 66, 3: para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável"[17].

Neste Tribunal, podemos citar o julgamento Prosecutor v. Milonor Stakic[18], no qual o mesmo entendeu que todos os elementos relacionados à culpa devem ser provados além de uma dúvida razoável.

No âmbito dos tribunais nacionais, optamos por analisar a jurisprudência brasileira e portuguesa, buscando julgados que retratem o entendimento, e analisem a forma que o tema é amparado por cada um destes.

No Brasil, a primeiro ponto a ser observado é se o standard é aceito e utilizado pelos tribunais nacionais, pois o Código de Processo Penal Brasileiro deste país não possui previsão expressa acerca do instituto.

Apesar da ausência de previsão legal, temos que a jurisprudência dos tribunais vem aceitando o standard, embora em muitas decisões, de forma a proteger a imagem da função jurisdicional, e demonstrar a sua força e certeza de infalibidade, ainda afirmam a presença de um juízo de certeza[19].

A jurisprudência da Corte Suprema Brasileira tem adotado o standard em casos

---

[16] DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2015. 1a edição. P. 267.

[17] BRASIL. ESTATUTO DE ROMA. Aprovado pelo Decreto Legislativo 112/2002 e promulgado pelo Decreto 4.388/2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm . Acesso em 10.05.2017, às 10:00hrs.

[18] SCHOMBURG, Wolfgang. Acórdão de Apelacao do Tribunal Penal Internacional com o número IT-97-24-A, de 22 de maio de 2006 [Em Linha]. [Consult. 03 mai. 2017]. em http://www.icty.org/x/cases/stakic/cis/en/cis_stakic.pdf.

[19] LÚCIA, Carmem. Acórdão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal n. 470, julgado em 13/03/2014, [Em Linha]. [Consult. 05 mai. 2017]. Em http://www.stf.jus.br.

emblemáticos de corrupção, julgando procedentes os pleitos acusatórios diante da presença certeza além de uma dúvida razoável:

> "Dentre as provas e indícios que, em conjunto, conduziram ao juízo condenatório, destacam-se as várias reuniões mantidas entre os corréus no período dos fatos criminosos, associadas a datas de tomadas de empréstimos fraudulentos junto a instituições financeiras cujos dirigentes, a seu turno, reuniram-se com o organizador do esquema a participação, nessas reuniões, do então Ministro-Chefe da Casa Civil, do publicitário encarregado de proceder à distribuição dos recursos e do tesoureiro do partido político executor das ordens de pagamento aos parlamentares corrompidos; (...) tudo isso, ao formar um sólido contexto fático probatório, descrito no voto condutor, **compõe o acervo de provas e indícios que, somados, revelaram, além de qualquer dúvida razoável, a procedência da acusação quanto aos crimes de corrupção ativa e passiva." (STF - AP: 470 MG, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/03/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014)**

> "1. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. **Como regra de prova, a melhor formulação é o "standard" anglo-saxônico - a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável -, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.** 2. **À falta de prova suficiente** da participação do acusado, Deputado Federal, nos crimes licitatórios praticados com verbas decorrentes de emendas parlamentares de sua autoria, bem como do recebimento de vantagem indevida em decorrência das emendas parlamentares e, ainda, de associação a grupo dedicado à prática de fraudes e peculatos na aquisição de ambulâncias com recursos federais, **impõe-se a absolvição.** 3. Ação penal julgada improcedente." (AP 521, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 05-02- 2015 PUBLIC 06-02-2015);

Em outro tribunal brasileiro, qual seja o Superior Tribunal de Justiça, também encontramos a aplicação do standard com o mesmo sentido que o dado pela Suprema Corte:

> **"O estado jurídico de inocência, corolário da dignidade da pessoa humana, exige para a condenação a certeza além da dúvida razoável, não sendo admissível sequer a alta probabilidade.** Ausentes elementos de prova aptos a demonstrar os fatos imputados, devem os réus ser absolvidos com fundamento no art. 386, II, do CPP. Ação

penal julgada improcedente, absolvendo-se os acusados com fundamento no art. 386, II, do CPP." (APn 719/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/11/2014, DJe 18/11/2014);

"3. A inexistência de dolo específico é questão que deve situar-se no âmbito da instrução probatória, por não comportar segura ou precisa análise nesta fase processual, que é de formulação de um simples juízo de delibação. Caso em que as condutas em foco se amoldam, em tese, aos delitos invocados na peça acusatória, **sendo que a defesa apresentada pelo querelado não permite concluir, de modo robusto ou para além de toda dúvida razoável, pela improcedência da acusação**" (APn 712/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/11/2013, DJe 08/04/2014).

Partindo para uma análise dos tribunais portugueses sobre o tema, constatamos que os mesmos seguem o mesmo raciocínio dos já mencionados órgãos jurisdicionais, aplicando o standard da dúvida razoável como critério basilar em seus julgados:

"As particularidades da vida real, quando sujeitas ao crivo da apreciação judicial, reclamam e impõem, as mais das vezes, o apelo e recurso ao raciocínio lógico. **Isto é, aquele raciocínio que, para além de qualquer dúvida razoável, parte de factos conhecidos e revelados para a extracção de factos desconhecidos mas que são, na normalidade do acontecer, a sua natural envolvência, sua experimentada vivência, sua inelutável consequência**. Ou seja, da conjugação de provas materiais, concretizadas e objectivadas, com outras indirectas e de cariz meramente indiciário, mostra-se então possível e legítimo formular uma conclusão em termos de determinar o modo como o pedaço da realidade em equação efectivamente sucedeu, sua motivação e intencionalidade e quem são os seus agentes, sem que, com isso, sejam postergadas as regras aplicáveis ao processo subjectivo de formação da convicção do julgador, por um lado, e as garantias constitucionais do arguido, por outro. (...) Esta operação intelectual não é uma mera opção voluntarista sobre a certeza de um facto, e contra a dúvida, nem uma previsão com base na verosimilhança ou probabilidade, mas a conformação intelectual do conhecimento do facto (dado objectivo) com a certeza da verdade alcançada (dados não objectiváveis). Para a operação intelectual contribuem regras, impostas por lei, como sejam as da experiência, a da preparação da personalidade do depoente (impondo-se por tal a imediação e a oralidade), a da dúvida inultrapassável (conduzindo ao princípio do in dúbio pro reo)." (BRÍZIDA, Martins. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com o número 1058/08.0TACBR.C1, de 25 de março de 2010 [Em Linha]. [Consult. 22 mar. 2017]. em http://www.dgsi.pt.)

"A **dúvida razoável (a doubt for which reasons can be given) poderá consistir na dúvida que seja "compreensível** para uma pessoa racional e sensata", **e não "absurda"** nem apenas meramente "concebível" ou "conjectural". Nesta óptica, o convencimento pelo tribunal de que determinados factos estão provados só se poderá alcançar quando a ponderação conjunta dos elementos probatórios disponíveis permitirem excluir qualquer outra explicação lógica e plausível. (...) **A doutrina tem acolhido e densificado o critério prático de origem anglo-saxónica, decorrente do princípio constitucionalmente consagrado da presunção de inocência e com base no qual o convencimento do tribunal quanto à verdade dos factos se há-de situar para além de toda a dúvida razoável.** Embora se reconheça a dificuldade, senão impossibilidade, na definição dos parâmetros objectivos em que deve assentar este standard probatório, entende-se que a dúvida razoável poderá consistir na dúvida que seja "compreensível para uma pessoa racional e sensata", e não "absurda" nem apenas meramente "concebível" ou "conjectural"." (FERREIRA, João Carlos Lee. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa com o número 679/06.0GDTVD.L1 -3, de 04 de julho de 2012 [Em Linha]. [Consult. 22 mar. 2017]. em http://www.dgsi.pt.)

5. CONCLUSÃO

Diante da análise feita no presente estudo, tendo por base o estudo realizado pelo professor Larry Laudan, acerca do standand anglo-americano do BARD, nos foi possível melhor compreender e questionar algumas falhas conceituais presente nos diversos sistemas jurídicos.

Exploramos fortemente a ideia de que a busca de uma certeza absoluta acerca da verdade dos fatos é praticamente inalcançável endoprocessualmente, e o sistema jurídico necessita da criação de métodos e critérios que aceitem este fato, e reduzam ao máximo o grau de insegurança jurídica ocasionada por essa potencialidade latente de falhas.

Diante deste panorama, e de forma a contextualizar o tema com a nossa realidade, em estudo detido sobre o standand anglo-americano do BARD, já amplamente utilizado em países da common law, pudemos perceber que tal critério está bastante presente nas decisões dos tribunais brasileiros e portugueses, mesmo que haja uma ausência normativa e conceitual do critério da dúvida razoável nos mencionados ordenamentos jurídicos, e restando clara a sua harmonia com os princípios processuais penais correlatos.

6. BIBLIOGRAFIA

6.1. GERAL

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 978-857-420-872-5.

ANTÓN, Tomás Vives. **El Processo Penal De La Presunción de Inocência**, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, Coimbra, 2004.

BELTRAN, Jordi Ferrer, **Los estándares de prueba en el proceso penal español**, in www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf (consultado em 18/4/2017).

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2015. 1 edição. ISBN: 978-85-7438-975-0.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal.** 1a Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, Reimpressão, ISBN: 972-32-1250-1.

EIRAS, Henriques. **Processo Penal Elementar**. 4a Edição Atualizada, Lisboa: Quid Juris Editora, 2003, ISBN: 972-724-179-4.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal, Lições coligidas por Maria João Antunes, Polic**., Coimbra, 1988.

LAUDAN, Larry. **Is reasonable doubt reasonable? Legal Theory. n. 9.** Estado Unidos da América: Cambridge University Press. 2003.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Livraria Clássica Editora. 1927. v. 2, p. 21. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/flavio/malatesta.pdf. Acesso em: 03 mai. 2017.

MARQUES DA SILVA, Germano. **Curso de Processo Penal- Vol. I.** 3a Edição Revista e Atualizada, Lisboa/São Paulo: Verbo Editora, 2009, ISBN: 978-972-22-1636-4.

MARQUES DA SILVA, Germano. **Curso de Processo Penal- Vol. II**. 5a Edição Revista e Atualizada Lisboa: Verbo Editora, 2011, ISBN: 978-972-22-3043.

MARQUES DA SILVA, Germano. **Direito Processual Penal: Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto**. 7a Edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, ISBN: 978-972-54-0399-0.

MARQUES DA SILVA, Germano. **Direito Processual Penal Português: Do Procedimento: Marcha Do Processo-Vol. III.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, ISBN: 978-972- 54-0427-0.

MENDES, Paulo De Sousa. **Lições de Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina Edições, 2014, ISBN: 978-972-40-5205-2.

NEVES, Castanheira. **Sumários de Processo Criminal**. Coimbra: Dactilog. 1968.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro. 11a edição. Editora Forense. 2014.

GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M.. **Criminal evidence principles and cases**. 7a edição. Estados Unidos, Wadsworth Publishing, 2010. ISBN: 128-545-90-08

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo Penal- Tomo I.** 3a Edição Revista, Atualizada e Aumentada, Lisboa: Almedina Edições, 2010, ISBN: 978-972-40-4207-7.

6.2. FONTES NORMATIVAS

BRASIL. ESTATUTO DE ROMA. Aprovado pelo Decreto Legislativo 112/2002 e promulgado pelo Decreto 4.388/2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em 18.04.2017, às 15:33.

CÓDIGO de Processo Penal. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-724-672-4.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de agosto. 2ª ed. reimp. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2012. ISBN 978-972-724-586-4.

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos Humanos. Disponível em:_http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 03 mai. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, adoptada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização da Nações Unidas (ONU), na sua Resolução 217a (III), de 10 de Dezembro de 1948.

ONU. Protocolo Facultativo relativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.._Disponível_em:_<_http://www.cedin.com.br/site/pdf/legislacao/tratados/protocolo_facultativo_relativo_ao_pacto_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf>.

Acesso em: 24 abr. 2017.

6.3. FONTES JURISPRUDENCIAIS

6.3.1. JURIPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

SCHOMBURG, Wolfgang. **Acórdão de Apelacao do Tribunal Penal Internacional com o número IT-97-24-A, de 22 de maio de 2006** [Em Linha]. [Consult. 03 mai. 2017]. em http://www.icty.org/x/cases/stakic/cis/en/cis_stakic.pdf

6.3.2. JURIPRUDÊNCIA BRASILEIRA

FUX, Luiz. **Acórdão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal n. 470, julgado em 13/03/2014,** [Em Linha]. [Consult. 05 mai. 2017]. Em http://www.stf.jus.br.

MARTINS, Humberto. **Acórdão do Tribunal Pleno do Superior Tribunal de Justiça, na Ação Penal n. 719, julgado em 05/11/2014,** [Em Linha]. [Consult. 05 mai. 2017]. Em http://www.stj.jus.br.

MELLO, Celso de. Acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na Habeas Corpus 88.875, julgado em 07/12/2010, [Em Linha]. [Consult. 05 mai. 2017]. Em http://www.stf.jus.br.

TOFFOLI, Dias. **Acórdão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no Inquérito 2.968, julgado em 19/05/2011,** [Em Linha]. [Consult. 05 mai. 2017]. Em http://www.stf.jus.br.

VAZ, Laurita. **Acórdão do Tribunal Pleno do Superior Tribunal de Justiça, na Ação Penal n. 712, julgado em 06/11/2013,** [Em Linha]. [Consult. 05 mai. 2017]. Em http://www.stj.jus.br.

WEBER, Rosa. **Acórdão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal n. 521, julgado em 02/02/2014,** [Em Linha]. [Consult. 05 mai. 2017]. Em http://www.stf.jus.br.

6.3.3. JURIPRUDÊNCIA PORTUGUESA

MONTES, Custodio. **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número SJ200701110042237, de 11 de janeiro de 2007** [Em Linha]. [Consult. 22 mar. 2017]. em http://www.dgsi.pt.

BARROS, Soreto de. **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número SJ200903120017693, de 12 de março de 2009** [Em Linha]. [Consult. 22 mar. 2017]. em http://www.dgsi.pt.

MOURA, Neto de. **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa com o número 518/08.7PLLSB.L1-5, de 14 de dezembro de 2010** [Em Linha]. [Consult. 22 mar. 2017]. em http://www.dgsi.pt.

BRÍZIDA, Martins. **Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com o número 1058/08.0TACBR.C1, de 25 de março de 2010** [Em Linha]. [Consult. 22 mar. 2017]. em http://www.dgsi.pt.

FERREIRA, João Carlos Lee. **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa com o número 679/06.0GDTVD.L1 -3, de 04 de julho de 2012** [Em Linha]. [Consult. 22 mar. 2017]. em http://www.dgsi.pt.