Flávio da Silva Andrade

STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL

quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar e condenar?

7ª edição

2027

EDITORA JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

6

Standards probatórios no processo penal brasileiro

Conforme exposto no capítulo anterior, nos países de *common law*, por causa da tradição de julgamentos por júris nas searas cível e criminal, há muito se discute a medida da prova, os critérios ou graus de suficiência probatória destinados a orientar os jurados a respeito do *quantum* de prova é necessário para se considerar provada uma hipótese. Nos sistemas jurídicos anglo-americanos, portanto, é comum traçarem-se distinções entre diversos graus de convicção para se dar um fato por provado; é usual o estudo em torno dos *standards* probatórios, buscando explicitar os parâmetros de suficiência da prova, os quais devem guiar a tomada da decisão judicial quanto à questão fática.

De outro lado, no sistema do *civil law*, conquanto não se desconheçam os *standards* de prova ou modelos de constatação dos fatos ("indícios suficientes", "fundadas razões", "justa causa")[686], relegou-se para um segundo plano de prioridades a pesquisa relativa aos graus ou critérios de suficiência da prova[687]. Noutras palavras, embora os ordenamentos

686. Gustavo Badaró esclarece que a lei brasileira elenca alguns *standards* ou modelos de constatação: "(...) para a prisão temporária bastam 'fundadas razões ... de autoria' (Lei nº 7.960/89, art. 1º, inc. III), enquanto que para a prisão preventiva é necessário 'indício suficiente de autoria' (CPP, art. 312); já para a pronúncia não basta – no singular – indício suficiente, sendo exigidos 'indícios suficientes de autoria' (CPP, art. 413, *caput*); por outro lado, para o sequestro, 'indícios veementes de proveniência ilícita dos bens' (CPP, art. 126). No incidente de insanidade mental, basta a 'dúvida sobre a integridade mental do acusado' (CPP, art. 149, *caput*). Assim, varia o grau de probabilidade exigida, seja uma simples preponderância de uma hipótese sobre a outra, seja uma probabilidade reforçada ou qualificada" (BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 432-433).

687. BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 432-433.

dos países de matriz romano-germânica tenham oferecido balizas para direcionar a determinação dos fatos, não houve tanta preocupação acadêmica em bem retratar *quanta prova* é necessário para se reputar provada uma proposição fática, em apontar qual o grau de confirmação de uma hipótese é exigido para que seja considerada verdadeira[688].

O grau de confirmação das hipóteses fáticas fica exclusivamente a cargo do julgador, muito à mercê de seu prudente arbítrio em vista das circunstâncias do caso concreto, entendendo-se suficiente que ele motive sua decisão[689]. Todavia, como assinalado ao longo deste trabalho, os *standards* de prova precisam ser previamente definidos e explicitados, para balizar a atuação das partes em contraditório, para orientar o julgador e propiciar o controle de sua decisão. Eles funcionam como guias para a valoração racional da prova e devem proporcionar controlabilidade ao ato decisório.

No Brasil, nos últimos anos, assim como noutros países da Europa Continental e na América Latina, nota-se o interesse pela compreensão dos *standards* de prova de países de matriz anglo-americana. Como será visto mais abaixo, na esfera do processo penal, crescentemente se tem invocado o *BARD* como critério de suficiência da prova, o que tornou imperioso o estudo mais detido do tema, buscando não só averiguar a (in)compatibilidade de tal *standard* com o modelo nacional de processo penal, mas almejando um desenvolvimento epistêmico dessa dimensão do direito probatório brasileiro. Não se pode continuar atrelado ao estado mental e subjetivo do julgador.

Porém, antes de discutir o *standard* destinado a guiar o julgamento do mérito da causa penal, impõe-se enfrentar as dificuldades dogmáticas para tentar apontar os níveis de suficiência probatória exigidos para se deferir medidas de obtenção de prova (medidas cautelares probatórias), medidas cautelares penais (pessoais e reais), sobretudo para a decretação da prisão temporária e da prisão preventiva, para se receber a denúncia ou a queixa e para a pronúncia ou impronúncia do acusado (juízo de admissibilidade da acusação). Como afirmado no início deste estudo,

688. Como registrado, uma exceção foi uma obra escrita por Danilo Knijnik (*A prova nos juízo cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007). Há pouco, Gustavo Badaró também publicou um trabalho sobre o tema (*Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019).

689. BELTRÁN, *op. cit.*, 2013, p. 34-35.

há a premente necessidade de uma sistematização clara, didática e consistente da matéria.

Os *standards* de prova disponibilizados pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro estão dispostos de forma difusa, fragmentária, parecendo às vezes encobertos por outros elementos ou requisitos relativos à decisão ou ao momento processual, havendo necessidade de que sejam tratados de forma metodológica, organizativa e coordenada. Embora representem graus diversos de probabilidade, de corroboração das proposições fáticas, variando conforme o tipo de provimento jurisdicional ou de bem jurídico tutelado e se tornando mais exigentes à medida que o processo caminha para a fase final, a abordagem sistematizada ajudará a melhor compreender o assunto e sua relevância para o controle de abusos e arbitrariedades, assim como auxiliará no desfazimento de equívocos nos campos doutrinário e jurisprudencial.

Então, nesta parte final do trabalho, a partir da experiência norte-americana e da concepção racionalista de valoração da prova, buscar-se-á a sistematização dos critérios de suficiência probatória existentes no ordenamento jurídico-penal brasileiro com o intuito de responder às indagações que motivaram a pesquisa: quais são os graus de suficiência probatória ou os níveis de confirmação das hipóteses fáticas para que a prisão provisória de um cidadão seja decretada, para que a denúncia contra ele ofertada seja recebida pelo juízo competente, para que seja levado a júri popular e para que seja ele condenado? Quando se pode considerar derrotada a presunção de inocência do acusado? O critério anglo-americano da prova *beyond a reasonable doubt* é aplicável no Brasil?

6.1. *STANDARDS* DE PROVA PARA OS MEIOS DE INVESTIGAÇÃO (MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA OU MEDIDAS CAUTELARES PROBATÓRIAS)

De acordo com Gustavo Badaró[690], "meios de prova são os instrumentos pelos quais se leva ao processo um elemento de prova apto a revelar ao juiz a verdade de um fato". Servem, diretamente, para provar a veracidade da hipótese fática, para convencer o julgador. São exemplos as declarações do ofendido, os relatos das testemunhas, os documentos etc.

690. BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 392.

Já os meios de obtenção de prova são meios de investigação; nas palavras daquele mesmo autor, são "instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova"[691]. Não são provas, mas meios para obtê-las. Servem para recolher elementos que, conforme o resultado da medida, poderão constituir meios de prova. Como exemplos de meios de obtenção de prova, há as "quebras" de sigilos bancário, fiscal ou telefônico, a interceptação de comunicação telefônica, a gravação ambiental e a infiltração de agente. Também são denominadas medidas cautelares probatórias.[692]

O CPP brasileiro tratou da busca e apreensão no título VII como se ela fosse um meio de prova. Entretanto, na realidade, como assentado pela doutrina, a busca e apreensão não é meio de prova, mas um meio de obtenção de prova, uma medida cautelar probatória[693], que pode ser decretada antes (preparatória) ou no curso da ação penal (incidental). Garcez Ramos a classificou como medida cautelar instrutória de urgência, destinada a encontrar pessoas e coisas (resgatar vítimas, localizar e apreender instrumentos ou proveitos do crime etc.).[694]

Pois bem. O art. 240 do CPP dispõe que a busca e apreensão será pessoal ou domiciliar. A primeira diz respeito à "revista", que "consiste em apalpar, tocar com a mão, superficialmente, o perfil corporal de suspeitos", também podendo ser feita por algum meio mecânico, como um detector de metais.[695] Essa medida naturalmente não se confunde com uma intervenção corporal ou com inspeções nas cavidades naturais do corpo humano.[696] Já a segunda (busca domiciliar) refere-se, por óbvio, à busca no domicílio do suspeito (ou investigado), ou seja, em sua residência, casa, local de trabalho ou escritório, assim como num quarto de hotel, *trailer* ou *motorhome*. E sendo inviolável o domicílio da pessoa, há a necessidade uma ordem judicial para o cumprimento da medida (art. 5º, XI, da CF/88).[697]

Para a busca pessoal (exame superficial do corpo, vestes e objetos), aquele dispositivo legal estabelece que terá cabimento "quando houver

691. BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 393.
692. NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 850.
693. NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 851.
694. RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 66 e 72.
695. NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 856.
696. NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 859.
697. NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 852-853.

fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados" no preceito (§ 2º). No que tange à busca domiciliar, a lei só permite sua decretação "quando *fundadas razões* a autorizarem" (§ 1º) (destaques nossos).[698] Noutras palavras, o afastamento do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio clama pela apresentação de "fundadas razões" que justifiquem sua necessidade.[699]

Essa "fundada suspeita" e essas "fundadas razões" consistem em rebaixados *standards* de prova ou modelos de constatação dos fatos. Evidentemente, distinguem-se de uma simples suspeita, de uma pura intuição ou desconfiança. Elas vão além disso, devendo estar conectadas a fatos objetivos, apresentando-se consistentes, realmente fundadas. São parâmetros menos exigentes, que podem ser traduzidos por uma suspeita razoável (*reasonable suspicion*), por um motivo aceitável que, nas circunstâncias, sejam suficientes para justificar a busca a fim de se esclarecer fatos e eventualmente colher provas. O STJ tem apresentado oscilações quanto a considerar, ou não, o nervosismo ao avistar policiais como fundamento idôneo para a busca pessoal.[700]

Todavia, a busca domiciliar, calcada em "fundadas razões" (e não em "fundada suspeita"), exige mais do que a busca pessoal, tanto que reclama autorização judicial escrita e fundamentada, "salvo em caso de flagrante

698. A compressão ou restrição de direitos fundamentais deve se dar nos termos da lei, em respeito à dignidade da pessoa humana "enquanto núcleo fulcral dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados". Como bem salienta Leal, "as formalidades previstas na lei como requisitos/pressupostos de compressão desses direitos (...) são de *observância obrigatória,* sob pena de a restrição daquele direito se revelar violadora dos ditames constitucionais por não cumprir a autorização legislativa (LEAL, Rui da Silva. Eu sou arguido...amanhã. Os direitos de garantia. *In*: MONTE, Mário Ferreira (Org). *Que futuro para o processo penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 119).

699. "Não se desconhece que a busca e apreensão domiciliar pode ser de grande valia à cessação de crimes e à apuração de sua autoria. No entanto, é de particular importância consolidar o entendimento de que o ingresso na esfera domiciliar para apreensão de drogas em determinadas circunstâncias representa legítima intervenção restritiva apenas se devidamente amparada em justificativas e elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, sem o que os direitos à privacidade e à inviolabilidade do lar serão vilipendiados" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 598.051/SP. Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021, p. 22. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/02032021%20HC598051.pdf. Acesso em: 01/04/2021).

700 Ver: HC 888.216-GO, relator Min. Og Fernandes, Sexta Turma, por maioria, julgado em 16/9/2025; REsp n. 2.215.874/MT, relator Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 12/11/2025.

delito ou desastre, ou para prestar socorro" (art. 5º, XI, da CF/88). Numa situação ou noutra (hipótese de flagrância de delito permanente)[701], ela deve estar justificada por elementos concretos que a legitimem.[702] A casa ou moradia de alguém é reservada à vida íntima, à privacidade do indivíduo, é geralmente compartilhada por outras pessoas, de modo que a lei cobra mais que a "fundada suspeita", exigindo "fundadas razões", isto é, indícios mais consistentes de que a pessoa ou objeto procurado esteja naquele local preservado constitucionalmente. Sobre este aspecto, vale registrar a seguinte observação de Schietti Cruz:[703]

> (...), ao contrário do que se dá em relação a outros direitos fundamentais, o direito à inviolabilidade do domicílio não protege apenas o alvo de uma atuação policial, mas todo o grupo de pessoas que residem ou se encontram no local da diligência. Ao adentrar uma residência à procura de drogas – pense-se na cena de agentes do Estado fortemente armados ingressando em imóveis onde habitam famílias numerosas – são eventualmente violados em sua intimidade também os pais, os filhos, os irmãos, parentes em geral do suspeito, o que potencializa a gravidade da situação e, por conseguinte, demanda mais rigor e limite para a legitimação da diligência".

Ainda, em março de 2021, o Superior Tribunal de Justiça, pensando exatamente em melhor salvaguardar a inviolabilidade de domicílio e a

701. Sobre esse ponto, o Supremo Tribunal Federal, no tema 280, definiu o seguinte: "A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados".

702. No Tema n. 1163, o STJ definirá a seguinte questão: "Saber se a simples fuga do réu para dentro da residência ao avistar os agentes estatais e/ou a mera existência de denúncia anônima acerca da possível prática de delito no interior do domicílio, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, constituem ou não, por si sós, fundadas razões (justa causa) a autorizar o ingresso dos policiais em seu domicílio, sem prévia autorização judicial e sem o consentimento válido do morador" (REsp nº 1990972/MG).

703. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 598.051/SP. Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021, p. 22. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/02032021%20HC598051.pdf. Acesso em: 01/04/2021.

intimidade das pessoas, sobretudo em comunidades mais carentes, em relação às quais exsurgem mais notícias de agir abusivo por parte de agentes policiais, entendeu que a diligência devia ser filmada, sobretudo quando lastreada no consentimento do morador. Schietti Cruz[704] aduziu que é "de fundamental importância que se registre, em vídeo e áudio, toda a diligência, máxime nas situações em que, por ausência justificada do formulário ou por impossibilidade qualquer de sua assinatura, seja indispensável comprovar o livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar". Esse comando foi revogado pelo STF em dezembro daquele ano (RE n. 1.342.077 – SP. Relator: Min. Alexandre de Moraes), por se entender que inexiste respaldo constitucional/legal para tanto. Todavia, em 26/12/2024, na Suspensão de Liminar n. 1.696 – SP, o Ministro Luís Roberto Barroso, como presidente da Corte Suprema, deliberou, em relação ao Estado de São Paulo, no sentido de que:

> "(i) o uso obrigatório das câmeras corporais aplica-se às seguintes operações policiais-militares, desde que realizadas em regiões em que haja disponibilidade dos equipamentos: a) às operações de grande envergadura para restauração da ordem pública, conforme definição do Ofício GABSEC nº 175/2024 (doc. 192, fls. 3), b) às operações que incluam incursões em comunidades vulneráveis para restaurar a ordem pública; e c) às operações deflagradas para responder a ataques praticados contra policiais militares; e (ii) as câmeras deverão ser estrategicamente distribuídas para regiões com maior índice de letalidade policial."

A referida corte nacional também assentou ser indispensável que o mandado de busca e apreensão em domicílio deve ter "objetivo certo e pessoa determinada, não se admitindo ordem judicial genérica".[705] Foi refutada a ideia de busca e apreensão coletiva, definindo-se que "não é possível a concessão de ordem indiscriminada de busca e apreensão para a entrada da polícia em qualquer residência".

704. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 598.051/SP. Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021, p. 47. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/02032021%20HC598051.pdf. Acesso em: 01/04/2021.

705. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 435.934/RJ. Relator(a): Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 20/11/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800269307&dt_publicacao=20/11/2019. Acesso em: 01/04/2021.

Assim, para decretar uma busca e apreensão domiciliar ou para que seja realizada sem mandado, em situação de flagrância de crime permanente, é necessário mais do que o exigido para uma busca pessoal. É preciso que a autoridade requerente demonstre uma suspeita razoável, razões fundadas que efetivamente justifiquem a medida. A autoridade policial ou o órgão de acusação precisa apontar razões concretas, isto é, base empírica, objetivamente verificável, que indiquem a probabilidade, ainda que menor, de envolvimento da pessoa-alvo numa prática criminosa. Em contrapartida, justamente porque o propósito da medida é a obtenção de prova, o *standard* de prova para a busca domiciliar ("fundadas razões") não deve ser tão exigente como uma justa causa reclamada para o recebimento da denúncia, mas deve retratar mais que a "fundada suspeita", de forma a não se dar azo a medidas arbitrárias ou totalmente injustificadas.

O importante é que, num caso e noutro (e especialmente no que toca à busca domiciliar), tal probabilidade de prática delitiva ou de envolvimento criminoso não seja remota, expressando mera conjectura, mas que seja real, ainda que diminuta, apoiada em elementos fáticos concretos, capazes de justificar o ato[706], evitando-se abusos e vexames desnecessários por parte de quem sofre a busca.[707]

Luciano Dutra[708] assinala que, invariavelmente, os alvos dessas intervenções policiais "são pessoas de nível econômico-social mais baixo, de pouca escolaridade, que moram em favelas e que, via de regra, desconhecem os limites da autoridade pública (...)". Assim, "a exigência de razões seguras que possam ser justificadas e devidamente fundamentadas não pode ceder espaço ao subjetivismo do policial". Os motivos das buscas devem, pois, estar presentes e serem capazes de legitimar tais intromissões na esfera íntima do cidadão, sob pena de abuso de autoridade.[709]

706. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 444.024/PR. Relator(a): Min Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz. 6ª Turma, data do julgamento: 02/04/2019, DJe 02/08/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800782456&dt_publicacao=02/08/2019. Acesso em: 01/04/2021.

707. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 399.

708. DUTRA, Luciano. *Busca e Apreensão Penal*. Da legalidade às ilegalidades cotidianas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 146.

709. DUTRA, *op. cit.*, 2007, p. 147.

A realização da busca (pessoal, veicular ou domiciliar) precisa estar calcada em um juízo de probabilidade de ilícito, devidamente justificado e aferível de modo objetivo, devendo ser rejeitadas as buscas desacompanhadas de elementos indicativos de prática criminosa ou buscas realizadas como "abordagem de rotina" (STF. ARE 1.562.900. Relator: Min. Nunes Marques. Data do julgamento: 1º/09/2025).

Com o intento de reforçar a inviolabilidade dos escritórios de advocacia, o Congresso Nacional aprovou, em maio de 2022, a Lei nº 14.365, que acrescentou disposições ao Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/1994) voltadas a elevar o *standard* de prova para o deferimento de busca e apreensão em locais de trabalho de advogados. Ao sancionar a nova lei, o Presidente da República, entendendo que tais preceitos contrariaram o interesse público, vetou-os, mas, no mês de julho daquele ano, o veto foi derrubado pelo Parlamento, de maneira que foram promulgados os seguintes dispositivos acrescidos ao art. 7º do EOAB:

> *§ 6º-A. A medida judicial cautelar que importe na violação do escritório ou do local de trabalho do advogado será determinada em hipótese excepcional, desde que exista fundamento em indício, pelo órgão acusatório.*
>
> *§ 6º-B. É vedada a determinação da medida cautelar prevista no § 6º-A deste artigo se fundada exclusivamente em elementos produzidos em declarações do colaborador sem confirmação por outros meios de prova.*

Essa inovação, segundo consta do projeto de lei[710], tem o objetivo de conferir tratamento compatível com a dignidade da advocacia, que constitui um *múnus* público, e evitar deturpações e abusos que levem à devassa ilegal na vida de advogados e de seus clientes.[711] A medida deve ser reservada a situações excepcionais, quando se mostrar imprescindível para a apuração criminal. O pleito cautelar precisa estar amparado em vestígio ou sinal de fato delitivo, sendo vedada a sua concessão apoiada

710. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 5.284/2020. Brasília/DF, 11/05/2022. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/152257#tramitacao_10257967https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2265631. Acesso em: 08/03/2023.

711. Além do próprio advogado cujo escritório esteja sendo investigado, também deverá haver sempre um representante da OAB para acompanhar a diligência.

apenas na palavra de um colaborador/delator. Esses novos contornos visivelmente ergueram o grau de exigência para o deferimento de buscas em escritórios de advocacia, não se podendo dizer que é exatamente o mesmo da busca domiciliar. O *standard* passou a ser mais exigente, não devendo, porém, ser alçado a um patamar que obste a descoberta de eventuais práticas delinquenciais ocorridas ou que estejam em curso nesses espaços.

Por seu turno, as quebras de sigilos bancário, fiscal ou telefônico (informações sobre chamadas pretéritas, tais como data, horário da ligação, número do telefone chamado e duração) também são meios ordinários de investigação, de obtenção de prova. O sigilo dos dados bancários, garantido pela Constituição Federal (art. 5º, X), pode ser afastado judicialmente, consoante a Lei Complementar nº 105/2001, "quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial" (art. 1º, § 4º).

O sigilo fiscal, também assegurado pela Carta Magna (art. 5º, X, e art. 145, § 1º) e pelo art. 198, § 1º, I, do Código Tributário Nacional, pode ser quebrado pela autoridade judicial "no interesse da justiça", assim como não é vedada a divulgação dos dados se o desiderato é formular ao Ministério Público a denominada representação para fins penais nos casos em que as autoridades fiscais identificarem indícios de práticas criminosas contra a ordem tributária e a Previdência Social. Já o afastamento judicial de sigilo de dados telefônicos (detalhamento ou histórico das ligações) pode se dar sempre que necessário para se tentar elucidar fatos atinentes ao cometimento de um ilícito penal.

Nesses casos, em que se almeja a quebra dos sigilos de dados, são bem leves os parâmetros de exigência para se autorizar tais medidas, bastando que seja retratada a "necessidade para a apuração" ou o "interesse da justiça" e a disposição de elucidar os fatos a partir de indícios[712] de possível prática delitiva. Esses são critérios que devem orientar a tomada da decisão no sentido do deferimento ou do indeferimento da medida cautelar voltada à colheita de elemento de prova. Note-se que, malgrado as referidas leis silenciem, é evidente que tal necessidade ou interesse deve estar calcado em indícios da materialidade delitiva e em indícios,

712. Os indícios, como visto no item 2.3, são elementos que, por meio de um raciocínio lógico ou por inferência, podem comprovar uma proposição fática e, por isso, são considerados prova indireta (TONINI, *op. cit*., 2002, p. 53).

ainda que tênues, de autoria ou da participação na prática criminosa.[713] Não fosse assim, estaria aberta uma perigosa janela para a violação de direitos fundamentais sem uma justificativa plausível.

Por outro lado, em relação às interceptações de comunicações telefônicas ou de comunicações via sistemas de informática e telemática para fins de investigação ou instrução criminal, a Lei nº 9.296/1996 exige que a autoridade requerente da medida aponte "indícios razoáveis da autoria ou participação" em infração penal punida com reclusão. Essa exigência "não pode ser confundida com a mera suspeita, que pode decorrer, *v.g.*, de uma simples conjectura pessoal, sem amparo em nenhum dado objetivo de conhecimento".[714] Também é necessário que a prova dos fatos não possa ser produzida por outros meios (caráter de subsidiariedade).

Como essa medida cautelar probatória é mais invasiva, representando uma maior restrição a direitos fundamentais, a lei estabelece um *standard* um pouco mais pesado, mais exigente, reclamando que a autoridade policial ou o agente do MP indiquem "indícios razoáveis" de que o representado está cometendo determinado delito e que não há outra maneira de coletar as provas da ilicitude que está em andamento.[715]

---

713. Como assinala Madeira Dezem, o "indício", o "indício suficiente" e o "indício razoável" são *standards* probatórios "que não são de fácil diferenciação" (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 832). Porém, pode-se notar que os adjetivos têm o propósito de retratar o maior grau de corroboração da hipótese fática que é esperado em determinada situação ou contexto.

714. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta, 2013, p. 516.

715. Como aduziu Schietti Cruz, "com efeito, a interceptação telefônica atinge uma das liberdades mais importantes do indivíduo, que é a livre expressão do pensamento externado durante a comunicação, que pode portar os segredos mais íntimos da pessoa humana ou, como explicita José Afonso da Silva, "confissões íntimas, na confiança que se deu pura confidência" (Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 104). Diversamente ocorre com o sigilo bancário, cujas informações pessoais são estáticas, em regra unipessoais, referentes a movimentações financeiras e de conhecimento das instituições financeiras e de inúmeras pessoas (funcionários, gerentes, escriturários etc.), cujo acesso somente não é franqueado ao público de maneira geral" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 349.945/PE, Relator(a): Min. Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 02/02/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600498873&dt_publicacao=02/02/2017. Acesso em: 03/04/2021).

Esse padrão de suficiência probatória está acima do que é exigido para a decretação das quebras de sigilo referidas nos parágrafos anteriores, mas, claramente, aquém da justa causa, que é o *standard* que orienta o juízo de admissibilidade da denúncia, como será visto adiante.

Da mesma forma, a gravação ambiental (captação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos), prevista no art. 3º, II, da Lei nº 12.850/2013, reclama "indícios razoáveis" da prática de crime, não havendo como entender que o modelo de constatação fática seja diverso ou menos exigente que aquele que norteia a interceptação de comunicação telefônica. Num caso e noutro, deve haver mais que uma suspeita fundada, deve haver "indícios razoáveis" a retratarem uma maior probabilidade de autoria ou participação em práticas criminosas.

No tocante à figura da infiltração de agentes policiais, também prevista na Lei nº 12.850/2013 (arts. 3º, VII, e 10), "será admitida a infiltração se houver *indícios de infração penal* de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis"[716] (§ 2º do art. 10) (sem destaque no original). Aqui, a lei já não faz a exigência de que os indícios sejam razoáveis, contentando-se que eles sejam apontados para justificar o emprego dessa ferramenta de enfrentamento e combate à criminalidade organizada. Nesse contexto, não se vê diferença significativa entre um padrão e outro, isto é, não se divisa uma gradação que os diferencia em termos de probabilidade lógica. O certo é que o emprego desses meios especiais de obtenção de prova reclama mais que "fundada suspeita" ou "razões fundadas", sendo necessário também que os elementos probatórios não possam ser amealhados de outra forma.

Em todos esses meios de investigação ou de obtenção de prova, os padrões de verificabilidade fática ou os modelos de constatação não são tão exigentes exatamente porque o que se almeja é a coleta de provas. No entanto, eles não podem ser ignorados, mas precisam ser adequadamente observados, para que as medidas não venham a ser deferidas sem lastro, a partir de alegações vazias, ao talante dos órgãos de persecução penal, com

716. Marllon Sousa esclarece que "(...) a medida de infiltração policial, por ser a mais gravosa atividade de investigação, seja do ponto de vista do investigado ou do infiltrado, somente pode ser deferida se nenhuma outra medida investigatória tiver resultado em sucesso para a elucidação de fatos relacionados aos crimes possivelmente cometidos pelo grupo organizado" (SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial*: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 84-85).

enveredamento para o campo das arbitrariedades ou dos abusos, com violação gratuita de direitos fundamentais de quem é suspeito ou investigado.

6.2. *STANDARDS* PROVA PARA AS MEDIDAS CAUTELARES REAIS OU PATRIMONIAIS

Denominadas pelo legislador de 1941 de "medidas assecuratórias", 03 (três) são as medidas cautelares reais ou patrimoniais previstas no Código de Processo Penal brasileiro: o sequestro de bens imóveis (art. 125) e de bens móveis (art. 132); a especialização e o registro da hipoteca legal (art. 134); e o arresto (arts. 136 e 137). São medidas cautelares que, como se percebe, recaem sobre coisas e não sobre pessoas. A primeira recai sobre bens de procedência ilícita e as outras duas alcançam patrimônio de origem lícita. Essas cautelares têm o propósito de assegurar a perda do produto ou proveito do crime em favor da União, assegurar a reparação do dano causado ao ofendido ou terceiro de boa-fé, assim como o pagamento da pena de multa e das despesas processuais. Elas podem ser requeridas pelo Ministério Público, pelo ofendido ou, ainda, mediante representação da autoridade policial.

Apesar do laconismo do texto do CPP, dois pressupostos iniciais devem estar presentes, como exigido por toda medida cautelar penal: a) o *fumus comissi delicti*, representado pela prova da materialidade delitiva e pelos indícios de autoria, assim como pelos indícios de proveniência ilícita dos bens, quando for o caso; e b) o *periculum in mora*, consubstanciado em elementos informativos indicadores de que o patrimônio será dilapidado, transferido ou ocultado[717]. Nos casos, porém, em que se almeja a constrição de bens que constituam produto ou proveito do delito, o perigo na demora é indicado pela própria natureza da infração e pelas circunstâncias dos fatos.[718]

---

717. Nesse ponto, de um lado, Lopes Jr. argumenta que a parte requerente deve demonstrar, concretamente, a real necessidade da medida, "jamais se admitindo que se presuma o perigo de perecimento do bem ou ainda que o réu irá fraudar a (futura) execução" (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1101). Por outro prisma, Pacelli e Fischer pontuam que o perigo da demora repousa exatamente "nas dificuldades de recuperação do bem, quando houver a sua alienação, propiciando o repasse e o incremento de uma cadeia de terceiros de boa-fé" (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 293).

718. Sobre esse aspecto, João Gualberto Garcez Ramos assinala que, "tendo o agente cometido um crime patrimonial doloso (...) motivado por cobiça, por exemplo, é razoável pensar-se

A medida de sequestro visa a alcançar bens imóveis ou móveis[719], "adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro" (art. 125). O *standard* probatório estabelecido pelo art. 126 consiste em "*indícios veementes* da proveniência ilícita dos bens" (sem destaque no original). Note-se que, "embora a lei se refira apenas aos indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, a aludida norma contém, implicitamente, a referência aos indícios do próprio crime, a ser objeto de ação penal futura, se adotada a medida ainda na fase de investigação".[720]

De acordo com Hélio Tornaghi[721], "indícios veementes são os que levam à grave suspeita, os que eloquentemente apontam um fato, gerando uma suposição bem vizinha da certeza". Não se está a falar, destarte, de quaisquer indícios, mas de indícios fortes, vigorosos, que ensejam alta probabilidade da prática do delito.

Ao comentar esse ponto, Badaró[722] assinala que os indícios veementes não se confundem com uma "simples suspeita" ou uma "mera suposição", devendo haver "elevada probabilidade" de que os bens sejam de origem ilícita. Ele sustenta que, havendo outra hipótese provável para a origem dos bens, não afastada pelos indícios, eles não podem ser considerados veementes e o pleito cautelar deve ser denegado.

Por sua vez, a especialização e o registro da hipoteca legal recaem sobre bens imóveis que licitamente integrem o patrimônio do acusado.[723] Quanto a essa medida, a lei explicitou o *fumus comissi delicti* ao mencionar, no art. 134 do CPP, a necessidade de se demonstrar "certeza da infração e indícios suficientes da autoria", termos que também retratam o grau de constatação fática exigido para o seu deferimento. Noutras palavras, em termos de suficiência probatória, são exigidos prova da materialidade delitiva e indícios razoáveis, consistentes, de autoria. Se

---

que, uma vez consumado o crime, seu objetivo passe a ser o *status quo* alcançado com a prática da infração penal; talvez até com a repetição de ações moralmente reprováveis. Nisso também reside a potencial inutilidade das medidas patrimoniais do processo penal se desvestidas de urgência" (RAMOS, *op. cit.*, 1998, p. 287).

719. Naturalmente, só cabe o sequestro de bens móveis quando eles não puderem ser apreendidos a partir de uma medida de busca (art. 132 do CPP).

720. PACELLI; FISCHER, *op. cit.*, 2017, p. 293.

721. TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 216.

722. BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 1157.

723. BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 1173.

os indícios forem fracos, frágeis, indicando uma baixa probabilidade de o acusado ter cometido a infração, a medida não pode ser autorizada. A presunção de inocência impede que, sem se ter alcançado o grau de constatação fática exigido pelo *standard*, sejam impostas restrições aos direitos do acusado.

Já o arresto, que também recai sobre patrimônio de origem lícita, pode ser de duas espécies: a) arresto de bens imóveis, prévio à especialização da hipoteca legal (art. 136), hipótese em que não passa de uma medida destinada "a preservar bens especializáveis, possibilitando, assim, a inscrição da hipoteca"[724]; b) arresto subsidiário de bens móveis (art. 137), que será, na fase de execução, convertido em penhora. Nessas duas modalidades de arresto, embora a lei tenha omitido, também se reclama prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, aplicando-se as observações acima no que tange ao nível de suficiência probatória exigido para que a medida possa ser deferida. Não pode ser diferente, pois essa medida também afeta o direito de propriedade, constitucionalmente assegurado.

Ainda, o Decreto-Lei nº 3.240/1941[725] permite, no seu art. 1º, o sequestro de bens das pessoas indiciadas ou denunciadas por crimes que resultem em prejuízo para a Fazenda Pública ou por crimes que acarretem locupletamento ilícito em benefício próprio. Para a decretação dessa medida, exigem-se "indícios veementes de responsabilidade" penal (art. 3º), sendo que o bloqueio "pode recair sobre todos os bens do indiciado", independentemente de sua origem, "e compreender os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave" (art. 4º).

724. NICOLITT, *op. cit.*, 2016, p. 849.

725. Parte da doutrina entende que o sequestro do Decreto-Lei nº 3.240/1941 foi revogado em função da disciplina que o CPP deu ao instituto, revogação que teria se tornado ainda mais explícita a partir das alterações promovidas pela Lei nº 11.435/2006 no que toca às medidas assecuratórias em questão (BADARÓ, *op. cit.*, 2018, p. 1171-1172). Todavia, no Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que tal decreto-lei "não foi revogado pelo Código de Processo Penal, tendo sistemática própria o sequestro de bens de pessoas indiciadas ou denunciadas por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, sendo certo, outrossim, que o art. 4º do mencionado diploma dispõe que o sequestro pode recair sobre todo o patrimônio dos acusados e compreender os bens em poder de terceiros, contanto que estes os tenham adquirido com dolo ou culpa grave. 2. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp 1530872/BA, Relator(a). Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015).

De outro lado, no que concerne ao crime de tráfico de drogas, a Lei nº 11.343/2006, alterada pela Lei nº 13.840/2019, dispõe, no art. 60, que o juiz, a requerimento do MP, do assistente de acusação ou mediante representação do delegado, "poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias nos casos em que haja *suspeita* de que os bens, direitos ou valores sejam produto do crime ou constituam proveito dos crimes" (sem destaque no original). Ao substituir, na recente mudança legislativa, "indícios suficientes" por "suspeita", fica nítido que o legislador estabeleceu, para esse tipo de delito, um critério de verificabilidade fática de baixíssimo grau para admitir a decretação do sequestro de bens do que o exigido pelo CPP.

Um indicativo da incongruência dessa alteração é que, em relação aos crimes de terrorismo tipificados na Lei nº 13.260/2016, nitidamente mais graves, o legislador manteve o mesmo *standard* probatório ("indícios suficientes")[726]. De todo modo, ainda que o tráfico de drogas seja uma infração penal grave, odiosa, essa "suspeita" evidentemente não pode ser vaga, uma mera suposição, mas precisa estar alicerçada em elementos concretos, capazes de dar base à restrição patrimonial em comento.

No caso dos crimes de lavagem de dinheiro, a Lei nº 9.613/1998 exige "indícios suficientes de infração penal" para que se possa decretar o sequestro de "bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes". Note-se que nessa lei a exigência "indícios suficientes" refere-se à "infração penal", não se fazendo menção a "indícios veementes da proveniência ilícita dos bens", como consignado no art. 126 do CPP. Tal redação da lei de branqueamento de capitais denota a opção por um menor grau de constatação fática, por um *standard* de prova de menor exigência, se comparado com o requisito mais rigoroso traçado no CPP como regra geral para o sequestro de bens.[727]

De todo modo, ressalvada a adoção de critério de constatação dos fatos extremamente rebaixado pela Lei de Drogas, a exigência de "indícios suficientes" de autoria do crime ou de "indícios veementes da prove-

726. Veja-se: "Art. 12. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes de crime previsto nesta Lei, poderá decretar, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei".

727. ALENCAR; TÁVORA, *op. cit.*, 2018, p. 558.