

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

THIAGO TURBAY FREIRIA

**A CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA, A EPISTEMOLOGIA JURÍDICA E
A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA: CONTEÚDO NORMATIVO DA
ORDEM PÚBLICA E *STANDARDS* PROBATÓRIOS**

BRASÍLIA

2023

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

THIAGO TURBAY FREIRIA

**A CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA, A EPISTEMOLOGIA JURÍDICA E
A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA: CONTEÚDO NORMATIVO DA
ORDEM PÚBLICA E *STANDARDS* PROBATÓRIOS**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília.

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição.

Linha: Criminologia, Estudos Étnico-Raciais e de Gênero.

Orientadora: Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende.

BRASÍLIA

2023

THIAGO TURBAY FREIRIA

**A CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA, A EPISTEMOLOGIA JURÍDICA E
A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA: CONTEÚDO NORMATIVO DA
ORDEM PÚBLICA E *STANDARDS* PROBATÓRIOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre no Programa
de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende
(Orientadora)
Universidade de Brasília

Prof^ª. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Prof. Dr. Ademar Borges de Souza

Prof. Dr. Rogério Schietti Cruz

AGRADECIMENTOS

Agradeço àqueles que deram créditos, desde o início, à pesquisa que desenvolvi. Vocês demonstraram resiliência diante da minha assimétrica evolução. Agradeço àqueles que cultivaram a paciência ao ceder diversas exceções a mim, aos que deram apoio e aos que não deram. Ambos tiveram importância crucial para a pesquisa e o meu desenvolvimento. Beirei inúmeras vezes a desistência. Eu agradeço a teimosia, programa inábil de ocupação desnecessária, na maioria das vezes, mas renitente. Celebro minha vocação de persistir diante de possibilidades remotas. Agradeço à poesia, pela companhia que me tem prestado.

Agradeço à minha família, que transmite os valores e dá sustentação aos meus sonhos. Igualmente, celebro o que cresce fora de mim, a quem pertencço integralmente. Agradeço aos que aqui estão, aos que não se fazem presentes e aos que virão, dedico todo meu amor. Ao meu pai, agradeço a bondade com que tem transmitido a beleza da vida. À minha mãe, pela demonstração de garra e presteza em nos levantar a cada tombo com as mãos do perdão. Aos meus irmãos e primos-irmãos, por radiarem minha existência. Aos meus sobrinhos, por me abastecerem de esperança. Aos meus avós, por atracarem em mim traves de boas virtudes e histórias ancestrais que se fundiram. Quero agradecer àquele que não saberá as razões pelas quais me impulsiona o afeto: Lego. Agradeço àquela que tem me amado eticamente e propulsado minha vida e que carregou dentro de si a razão da minha gana: nossos filhos.

Especial agradecimento à Professora Dra. Beatriz Vargas pela sensibilidade, acurácia técnica, potência crítica. Por secar minhas lágrimas e transformar meus anseios teóricos em pomar civilizatório. Agradeço à Professora Dra. Ela Wiecko pelo caridoso salvamento. Agradeço àqueles que aceitaram discutir e debater essa investigação. Agradeço ao meu sempre orientador Ademar Borges. Agradeço àquele que tem assentado os esteios e feltros que calçam os desenvolvimentos civilizatórios em matéria probatória e a quem acresce esperança de justiça cidadã, o Ministro Rogerio Schietti, que foi fonte inestimável para conclusão deste trabalho. Adiciono a admiração à Euzilene, que jogou diversas vezes a corda, para eu sair do penhasco. Agradeço aos meus professores, por promoverem o meu reencontro com as letras e ideias reformadoras. Registro os Professores Benedito Cerezzo, Cristina Zackseski, Debora Bonat e Marcos Faro. Agradeço ao Jordi Ferrer Beltrán e à Carmen Vásquez por dar motor e farol às reflexões que me agasalham e por me permitirem realizar um grande sonho. Agradeço àqueles que me desacreditam, pois tenho imenso gosto em lhes frustrar. Agradeço aos meus colegas de escritório, que estimulam boas reflexões e discussões, teóricas e práticas, o que tem contribuído sobremaneira com meu desenvolvimento.

“Em outras palavras, se admitirmos que o resultado que produzem os elementos de juízo presentes no expediente judicial é a produção de uma determinada atitude proposicional acerca da proposição que se pretende provar, então, frente esta reconstrução em análise, o resultado se poderia formular como ‘creio que p’. Ademais, se o fato de ter uma crença não é justificável por si, resulta que não há possibilidade de justificar esse resultado, ou, o que dá no mesmo, a valoração da prova realizada pelo juiz. Em outras palavras: os que defendem que uma hipótese fática está provada se o julgador alcança um determinado estado mental (a convicção, a crença, etc.) acerca dela, a coerência do raciocínio lhes leva necessariamente a ter que sustentar uma concepção subjetivista da prova, onde a única motivação necessária da decisão adotada é aquela que corresponde ao íntimo convencimento do juiz, que é a sua crença.”

(Jordi Ferrer Beltrán, 2021, p. 179).

RESUMO

A prisão preventiva representa um dos aparatos de poder repressivo e autoritário mais pujantes no Brasil. Havia cerca de 214 mil presos provisórios em 2021, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Dentre as razões incontinentes do desenho institucional e a mentalidade inquisitorial do judiciário, sopesa essa asserção o alto grau de discricionariedade com que se dá a decretação de prisão cautelar, em especial a prisão preventiva. Parte desse problema se dá pela imprecisão dos requisitos autorizadores, notadamente, a ordem pública. A vaguidade e o esvaziamento do conteúdo normativo da locução servem a toda sorte de motivos. A solução, possível, é estabelecer um sistema de controle calcado em bases racionais para fins de exigir a correta motivação das decisões de prisão. Esse sistema é concernente à concepção racionalista da prova, que tem o condão de estabelecer filtros epistêmicos e de controle intersubjetivo da atividade probatória, da valoração dos fatos considerados no processo e da distribuição dos riscos de erros judiciais, visando a arrimar redes de proteção e garantias às partes. Ferramenta essencial para instalar dispositivos racionais de controle são os *standards* probatórios. A conceituação dos *standards* de prova, a sua aplicação e a formulação de *standards* probatórios específicos para a decretação de prisão preventiva são os objetos desta investigação. Ao fim, o estudo sugere soluções viáveis ao problema, sob o ponto de vista prático, que foram sustentadas por uma pesquisa estruturada em revisão bibliográfica.

Palavras-chave: *standards* probatórios; prisão preventiva; concepção racional; prova penal; ordem pública.

ABSTRACT

Preventive imprisonment represents one of the most powerful apparatuses of repressive and authoritarian power used in Brazil. Among the incontinent reasons of the institutional design and the inquisitorial mentality of the judiciary, this assertion is supported by the high degree of discretion that is given to the decree of arrest, especially preventive detention. Part of this problem is due to the imprecision of the authorizing requirements, notably public order. The vagueness and the emptying of the normative content of the locution serve all sorts of reasons. The possible solution is to establish a control system capable of instituting rational bases for the purpose of requiring the correct motivation of prison decisions. This system concerns the rationalist conception of evidence, which has the ability to establish epistemic filters and intersubjective control of the evidential activity, of the valuation of the facts considered in the process and the distribution of the risks of judicial errors, aiming to anchor networks of protection and guarantees to the parties. An essential tool for the installation of rational control devices, on the other hand, are the evidential standards. The conceptualization of evidentiary standards, their application, and the formulation of specific evidentiary standards for the decree of preventive custody, especially when based on the violation of public order, is the object of this investigation. At the end, the study suggests viable solutions to the problem, from a practical point of view, which were supported by research structured on an extensive literature review.

Keywords: evidentiary standards; pre-trial detention; rational design; criminal evidence; public order.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA	12
1.1 A busca pela verdade como objetivo institucional do processo judicial	15
1.2 As razões epistêmicas e a adequação ao modelo racionalista da prova judicial.....	24
1.3 Breves apontamentos teóricos acerca da necessidade de instituir <i>standards</i> probatórios	28
1.4 Os <i>standards</i> probatórios no processo penal	39
1.5 Requisitos metodológicos para formulação de <i>standards</i> probatórios.....	49
2. AS PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: PANORAMA ATUAL E DEMAIS SISMAS DOGMÁTICOS.....	52
2.1 Prisões preventivas: conteúdo da “ordem pública” e <i>standards</i> probatórios	62
2.1.1 O conteúdo normativo da “ordem pública”, uma possível formulação.....	64
2.1.2 Razões subjacentes acerca do conteúdo da “ordem pública” como objeto de prova necessário para fins de decretação da prisão cautelar.....	75
3. STANDARDS PROBATÓRIOS ESPECÍFICOS PARA A PRISÃO CAUTELAR.....	80
CONCLUSÃO.....	92
REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

A formação de um processo criminal cujo sistema de averiguação dos fatos segue postulados epistemicamente validados ilustra um programa civilizatório e constitucional, calcado na prospecção de metodologias e ferramentas que inserem dispositivos de controle e que derrotam juízos subjetivistas, baseados em convicções que fogem à verificação racional. Esse é o interesse substancial da investigação levada a efeito.

Adotarei os argumentos desse matiz, de escopo conectado à concepção racionalista da prova, para aplicar mais restritamente seus pressupostos à decisão que decreta a prisão em um processo judicial e o seu microssistema probatório. Em especial, a investigação se debruça sobre um conectivo normativo de baixa precisão quanto ao seu conteúdo, que consiste em requisito autorizador da prisão preventiva: a ordem pública.

Partindo de um escopo mais amplo, a pesquisa apresenta as bases conceituais da concepção racionalista da prova judicial, o seu desenvolvimento e a classe de problemas que busca enfrentar, bem como as funções as quais se propõe (especificar). Inicialmente, realizo um esboço teórico capaz de localizar as balizas fundantes e os objetivos institucionais que estão incrustados nos modelos racionalistas da prova, em especial, seu objetivo teleológico de busca da verdade.

Para além de supor um modelo sub-ótimo de produção e apreensão do conhecimento, a busca pela verdade no processo judicial assume caráter justificador da aplicação do Direito e, ademais, estabelece um rotor da própria eficácia. Nesse sentido, assume Michele Taruffo¹ ser a busca pela verdade um ideal regulativo e estruturante do próprio Direito.

Adotar um modelo racionalista de prova, ao seu turno, pressupõe a admissão de ferramentas epistêmicas que sustentam racionalmente o grau de confirmação para se considerar suficientemente apoiada a hipótese fática deduzida, condição necessária para motivar a decisão judicial. Deveras, apresento no Capítulo 1 os temas centrais e as discrepâncias entre o modelo racionalista, de maximização do controle epistêmico sobre a averiguação das proposições fáticas, e outros que estimulam a toda sorte a discricionariedade cognitiva do julgador.²

¹ TARUFFO, 2010, p. 89 e ss.

² Ainda que não seja necessário apresentá-los conceitualmente, exemplifico como modelos subjetivistas de averiguação dos fatos no processo o sistema de prova taxada, o livre convencimento motivado, bem como a sana crítica, todos, modelos de decisões sobre os fatos no processo judicial.

Destaca-se, frente a essa perspectiva, a formulação de *standards* probatórios, conforme teorizado por Jordi Ferrer Beltrán.³ A análise das funções, dos entroncamentos político-criminais e dos estamentos metodológicos exigíveis para a tomada de decisões motivadas juridicamente é a matéria-prima deste estudo, focado no resultado de um tipo especial de decisão, a decisão probatória inerente à decretação de prisão preventiva frente ao regulamento normativo brasileiro.

Os *standards* são organizados e teorizados com objetivo de alcançar o ideal racionalista, o que equivale dizer, sem prejuízo conceitual, estabelecer um regime de averiguação de fatos que acerque ao máximo possível a apreensão da verdade, tanto quanto na realização da atividade probatória, da valoração dos fatos, bem como da decisão judicial. São três as funções dos *standards* probatórios:⁴ (i) apelar a critérios de justificação da decisão judicial; (ii) servir de garantia para as partes, quanto às técnicas e aos métodos de correção probatória dos quais dispõe, e (iii) distribuir os riscos de erros entre as partes.

No Capítulo 2, discorro sobre o tópico específico de análise, as prisões cautelares. Parto de um panorama geral, no qual demonstro as características fundamentais das normas que autorizam e regulam a prisão, inscritas nos contornos do ordenamento jurídico nacional.

O mote de investigação, especificamente, fia-se no pressuposto autorizador da prisão “ordem pública”, elemento legitimador da decisão de encarceramento, cujo conflito antitético coloca em lados distintos do plano de análise a presunção de inocência, o sistema de garantias e de liberdades individuais e a prisão cautelar.

A “ordem pública” reivindica um conteúdo normativo claro e desafia a linhagem histórica de evolução e desenvolvimento civilizatório do processo penal, em especial, os novos diplomas legais que regulam e limitam as hipóteses de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, que torna líquido e exigível o título executivo penal.

As reflexões desenvolvidas ao longo do Capítulo 2 são fruto de análise bibliográfica e histórica do instituto jurídico, incrementadas por argumentos de índole filosófica, que resultaram na formulação de um modelo teórico substancialmente válido e razoável sob o ponto de vista da força da argumentação carreada. Esse modelo preconiza a reunião de sintagmas normativos que permitem estabelecer o conteúdo jurídico mínimo da “ordem pública”.

³ BELTRÁN, 2021, p. 29 e ss.

⁴ As três funções dos *standards* de prova são teorizadas por Jordi Ferrer Beltrán, conforme será exposto no desenvolvimento desta dissertação.

O desenvolvimento do modelo permitiu, ademais, projetar a aplicação empírica das suas bases conceituais, sob as quais se assenta um guia de raciocínio capaz de aportar dispositivos limitadores do conteúdo e do âmbito de incidência da locução normativa “ordem pública”.

O desenho do modelo que proponho permitiu estabelecer exigências probatórias, as quais creio serem capazes de justificar, no plano hipotético, a adoção de *standards* dedicados à averiguação da aplicação da ordem pública sob parâmetros racionalistas, com fins de credenciar justificadamente a motivação judicial no âmbito da prisão preventiva.

Os *standards* probatórios são umbrais de suficiência exigíveis para se considerar provada uma hipótese fática, sob a qual recairá um conseqüente jurídico previsto na norma antecedente. No caso das prisões cautelares, há especial destaque no sistema de justiça criminal, em razão do grave quadro de prisões sem condenação,⁵ cujos potenciais numerários de erros judiciais – em razão da deficiência epistêmica e dos postulados autoritários que permeiam a tradição jurídica nacional – exigem esforços multidirecionais para uma correta aplicação de filtros e controle.

Traçado o plano metodológico e dado um esboço ilustrado do desenvolvimento da pesquisa, instala-se uma esperança de que o debate aprofundado e qualificado busque soluções originais, a serem adotadas por via legislativa ou jurisprudencial, objetivando a adoção de *standards* de prova para decretação da prisão preventiva, observados critérios normativos para reconhecer a fundamentação quanto à necessidade da prisão para garantia da ordem pública.⁶

⁵ Tal asserção será demonstrada numericamente no desenvolvimento desta pesquisa.

⁶ Adotarei neste estudo o termo “violação à ordem pública”, em razão de entender que se o objetivo institucional é a garantia da ordem pública, a não realização desse objetivo empreende uma violação ao bem jurídico tutelado.

1. A CONCEPÇÃO RACIONALISTA DA PROVA

Os apontamentos tópicos e conceituais necessários para o desenvolvimento teórico que proporei dependem de uma prévia enunciação acerca da decisiva conexão entre Direito, processo e prova. Em especial, interessa-nos a relação destes com a averiguação da verdade mediante o processo judicial, componente essencial da fundação teórica do presente estudo e objetivo institucional do processo.⁷

Admitirei como corretos, sem que seja necessário desenvolver o tema, alguns pressupostos do Direito: a vocação de ordenador de condutas dirigidas à sociedade⁸ e produto normativo de uma prática social.

A estratégia argumentativa consiste em admitir o Direito como sistema de regras de comportamento, que institui valores substantivos e orienta comandos proibitivos, obrigatórios e permissivos dirigidos à comunidade política na qual está situado. Nessa ordem de ideias, estabelece um conjunto de normas, capaz de ser reproduzido concretamente por meio da conexão racional entre o comando normativo geral obtemperado e a sua aplicação à conduta individual, quando presente o antecedente fático regulado.

O sistema de interpretação que parte de uma norma geral ao caso individual consiste na aplicação de um redutor à especificidade do caso, consecutório formal e substantivo da regulamentação de conduta dirigida à sociedade, que age na ação objetiva-individual violadora, o que atrai a consequência jurídica contida na norma.

É possível empreender que, se o indivíduo realiza a conduta contida na norma geral, alcança o respaldo necessário para o Estado aplicar a consequência prevista na norma. O resultado desse dispositivo de aplicação exprime o moderador do comportamento social, bem como a própria expectativa de vigência da norma.⁹

De outro modo, há normas que exprimem deveres ao aplicador da ação interpretativa, para o qual se exige obediência aos preceitos normativos e aos comandos de procedibilidade e equivalência às normas reitoras do sistema, sob pena de atuar em contraste às garantias e aos valores protegidos pela comunidade política, à qual as normas de regulamentação são direcionadas.

As normas jurídicas contêm descrições de condutas gerais e sanções aplicáveis aos casos objetivos, dado que prescrevem consequências aos que atuam em seu descumprimento. Diego Dei Vecchi qualifica essa vocação de regulador de condutas ao aspecto inerente à

⁷ Nesse sentido, cfr. Taruffo (2010, p. 114 e ss.) e Beltrán (2021, p. 17 e ss.).

⁸ Cfr. Hart (2009); Alchourrón e Bulygin (1991).

⁹ Cfr. Gimbernat Ordeig (2009, pp. 489-514).

“função motivacional do direito”.¹⁰ Caso haja o fracasso da ameaça de sancionar a conduta proibida ou disforme, e como tal essa se realiza, a consequência jurídica se impõe, o que consiste em operação de legitimação interna do ordenamento jurídico, frente a dispositivos metodológicos que visam a estabilizar e validar para a sociedade a aplicação sancionatória.

Dei Vecchi adota a elaboração teórica de Hart para ilustrar os dois conjuntos de normas essenciais ao Direito: as normas primárias, que detêm o conteúdo das condutas gerais dirigidas à sociedade; e as normas secundárias, que se referem à “atividade dos operadores que produzem e aplicam as normas”.¹¹

A análise serve-nos, detidamente, às investigações das funções exercidas pelas normas secundárias, sobretudo, no que diz respeito às regras de adjudicação, responsáveis por regular a atuação dos aplicadores das normas gerais. É precisamente nesse campo que estão contidas as normas processuais.

A adoção de uma penalidade legítima ao descumpridor da norma advém de uma decisão, cuja condição de validade radica em ser fruto de um procedimento dotado de regulação interna, intersubjetivamente controlável. Vale dizer, que essa medida deve conter ingredientes que serão submetidos a outros atores do sistema judicial, sendo que estes detêm competência para verificar a correção formal e substancial da decisão. Essa operação consiste em adotar e dar cumprimento às normas de adjudicação vinculadas às garantias processuais, que amoldam o sistema frente à calibragem racional na execução de consequências jurídicas aos detratores do ordenamento jurídico. Dei Vecchi nomeia essa função de aplicação racional do Direito:¹²

De acuerdo con esa concepción, una decisión judicial puede ser entendida ya sea como una norma individual producto de la aplicación de una norma general (es decir, el “resuelvo” de la decisión), ya sea como el proceso argumental cuya conclusión es esa norma individual.

Com maior relevo, entre as garantias fundantes do sistema está o direito à prova, categoria que realça a legitimidade da operação interpretativa oriunda da apreensão do fato ocorrido no mundo e a posterior adequação ao antecedente contido na norma regulada, aplicando-se a consequência projetada em caso de descumprimento. A prova, nesse sentido, torna-se o objeto central.

¹⁰ DEI VECCHI, 2020, p. 18.

¹¹ Idem, 2020, p. 19.

¹² Ibidem, 2020, p. 20.

O Direito aplica as consequências previstas ao cometimento de uma conduta regulada, vale dizer, extrai o resultado previsto na norma diante dos fatos conjugados¹³ no processo. A bem da verdade, os fatos não são objeto do processo, conseqüentemente, não são elementos constitutivos da decisão judicial. O que há no processo são enunciados acerca dos fatos. Esses são componentes da estrutura argumentativa da decisão.

Os enunciados serão verdadeiros se os fatos que dão apoio à proposição fática (enunciativa) ocorreram no mundo. Portanto, a proposição advém de uma avaliação de correspondência com os fatos ocorridos no mundo e o que foi enunciado.

A norma individual – relacionada à premissa menor –, à qual se refere Dei Vecchi, pressupõe o caráter justificador da aplicação do resultado jurídico. Somente haverá justificação interna da decisão judicial se a norma individual derivar conseqüentemente da conjugação justificada entre a premissa maior do silogismo judicial (a norma) e da proposição fática que limite a demanda.

Previamente, incorreria em erro a atribuição de valor à proposição fática, ainda que legitimada juridicamente, caso não haja uma justificação epistêmica, em si mesma, o que colocaria em dúvida sua correção empírica. Vale dizer, a valoração dos fatos não ocorridos no mundo não pode resultar em operação interpretativa epistemicamente justificada.

Não parece legítimo juridicamente defender uma ação judicante que determine um resultado sancionador se a proposição fática correlacionada à premissa maior não tiver ocorrido no mundo. De igual maneira, não é justificável racionalmente aplicar penas ou sanções que não estejam contidas na norma, ou defraudar operações interpretativas que congreguem a estrutura argumentativa do processo para aplicar normas que não sejam condizentes com a premissa fática, ou que não tenham sido provadas suficientemente.

Para que haja correção acerca da motivação da decisão, é necessário estabelecer outros parâmetros justificativos, que alcancem igualmente a premissa maior, a premissa fática e a conclusão extraída, com fins à legitimação da decisão, à proteção de valores constitucionais e de garantias e de liberdades.

Os parâmetros da motivação judicial adequada são concernentes, também, à justificação externa das decisões, os quais deslocam o eixo hermético da análise jurídica para uma congregação de verificadores, que necessitam ser avaliados racionalmente. Tal tese

¹³ A prova judicial provém da reunião de um conjunto de elementos proposicionais que afirmam ou infirmam a hipótese fática aventada, a qual se busca o correspondente jurídico: a responsabilidade prevista na norma jurídica.

encontra respaldo em Michele Taruffo. A cerca da valoração racional das provas, diz Taruffo:

Esta função da racionalidade pode ser essencialmente explicada de duas maneiras: *ex ante*, na medida em que o juiz controla a base do seu próprio raciocínio sobre a prova, desenvolvendo-a através de critérios racionais ou, em qualquer caso, tomando cada passo, para além do raciocínio completo, com base nestes critérios. *Ex post*, na medida em que a validade do raciocínio do juiz pode ser posteriormente verificada por outros sujeitos, através dos mesmos critérios, através do controle do raciocínio dos julgamentos de fato.

No que diz respeito à individualização dos critérios de racionalidade que podem servir de controle para a avaliação das provas, não é obviamente possível indicar uma lista completa dos mesmos, vinculativa e válida para todos os contextos e para todos os sistemas. [...].¹⁴

É possível extrair que a verdade das proposições fáticas submetidas ao processo opere um critério de correção de julgamento. Ao menos, deve-se garantir a capacidade de se acercar ao máximo possível da verdade,¹⁵ dado que o processo realiza inferências sob um sistema epistêmico deficiente, em razão do tempo restrito de julgamento, do déficit de informações aportadas etc.

A decisão, portanto, a estrutura argumentativa que justifica a premissa fática, deve apelar a um tipo específico de considerações: as razões epistêmicas, o que requer a adoção da concepção racionalista da prova, enquanto estamento eficiente de raciocínio judicial.

1.1 A BUSCA PELA VERDADE COMO OBJETIVO INSTITUCIONAL DO PROCESSO JUDICIAL

A aplicação de uma ordem jurídica que agrega dispositivos de controle e de regulação do agir estatal, como é a ordem constitucional vigente no ordenamento brasileiro,¹⁶ perfaz a exigência de fundamentar as decisões judiciais, que são a expressão do resultado do exercício

¹⁴ Texto original: “*Esta función de la racionalidad puede explicarse esencialmente de dos formas: ex ante, en la medida en que el juez controle el fundamento de su propio razonamiento sobre las pruebas desarrollándolo mediante criterios racionales o, en todo caso, dando cada paso, además del razonamiento completo, sobre la base de estos criterios. Ex post, en la medida en que la validez del razonamiento del juez puede ser verificada posteriormente por otros sujetos, mediante los mismos criterios, a través del control sobre la motivación de los juicios de hecho.*”

Respecto a la individualización de los criterios de racionalidad que pueden servir de controles para valoración de las pruebas, no es evidentemente posible indicar una lista completa de los mismos, vinculativa y válida para todos los contextos y para todos los sistemas.” [...] (TARUFFO, 2011, p. 422, tradução nossa).

¹⁵ Para fins de conceituação de verdade, adotarei neste estudo o conceito de verdade como correspondência, conforme exporei adiante.

¹⁶ Art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

de um poder. Consequentemente, instala-se a exigência de justificar com argumentos fiáveis e suficientes a prestação jurisdicional.

O dever de justificar racionalmente as decisões judiciais é o aporte contextual mais significativo, não obstante, os capacitadores da justificação judicial em termos racionais exijam a conjunção de disciplinas aptas a avaliar a correção da decisão judicial, em especial, a epistemologia, os conhecimentos científicos afiançados, as máximas de experiência e as regras da lógica. Segundo Marina Gascón Abellán, a exigência de justificação racional dos juízes é um “tema incontestável”.¹⁷

A correção da decisão judicial, em termos racionais, deriva da aplicação da norma em decorrência da existência de um fato regulado pelo Direito, o que transporta os aspectos correccionais para além de capacidades interpretativas ou de ajustamento normativo feito pelo juiz, alocando a avaliação, em relevo, à verificação dos fatos por meio de balizas racionais. Marina Gascón formula a seguinte ideia:

A concepção da prova que adotarei pode ser chamada, sem grande esforço, de cognitivista, a qual entende que a prova é uma atividade destinada a conhecer ou averiguar a verdade sobre fatos controvertidos ou litigiosos, sendo um instrumento de conhecimento, um conhecimento que é frágil e cujos resultados são meramente prováveis. De forma concisa, essa concepção entende que a prova é baseada no saber e não no poder, sendo aquele sempre imperfeito e relativo. O cognitivismo se opõe à concepção persuasiva da prova, esta que defende que a finalidade probatória é apenas persuadir o julgador com o objetivo de obter uma resolução favorável [...]. Ao contrário, para o cognitivismo, a valoração da prova é concebida como uma atividade racional, consistente em verificar a verdade dos enunciados à luz das provas disponíveis e, portanto, suscetível de exteriorização e controle.¹⁸

A concepção racionalista da prova, ou o seu equivalente à verificação dos fatos no processo sob uma perspectiva racionalmente controlável, parece esquematizar uma formulação simples: se os fatos enunciados no processo não ocorreram, não estará justificada uma decisão judicial que admita o contrário. Desde já, estabelece-se que o enunciado fático é verdadeiro se está respaldado na verificação do que efetivamente ocorreu na realidade. A concepção cognitivista adota a verdade como correspondência, vale dizer, a similitude entre a realidade e o enunciado fático propositivo alocado no processo. Nesse sentido, vejamos a conclusão de Gascón:

¹⁷ ABELLÁN, 2022, p. 17.

¹⁸ Idem, p. 19.

A concepção cognitivista da prova é particularmente adequada tanto do ponto de vista conceitual quanto valorativo. Conceitualmente, porque o conceito de verdade como correspondência é o que melhor se adapta às intuições dos falantes, e claro, ao objetivo inalienável da prova, que nada mais é do que descobrir aquilo que efetivamente aconteceu: na perspectiva do direito, se entendemos que a função do processo é aplicar a lei e que uma decisão somente é correta/justa se o enunciado que integra a condição de aplicação da norma for verdadeiro, então a averiguação da verdade é um objetivo, um valor instrumental, que deve ser perseguido para garantir o fim principal do processo.¹⁹

Em sentido oposto, José Maria Tesheiner (2018, p. 62) defende uma tese mais radical. Segundo ele, “resta claro, pois, que a prova judicial não se destina à descoberta da verdade. O processo judicial não constitui um método de investigação da verdade, mas instrumento para a produção de uma decisão judicial”.²⁰

Refletindo forte crítica, Salah H. Khaled Jr. também contradiz a hipótese de que a verdade correspondente é a finalidade do processo. O autor apresenta três indagações centrais: (i) o processo exige a proteção de valores outros, muitas vezes contra epistêmicos, por exemplo, invoca a proibição de prova ilícita, o que pode impedir a busca pela verdade; (ii) a capacidade do processo em admoestar garantias individuais para alcançar a verdade, o que propicia métodos autoritários concernentes ao “conservadorismo jurídico”,²¹ próprio do modelo inquisitório, comumente relacionado à busca pela verdade; e (iii) a incapacidade epistêmica de projetar a verdade no processo, sem que os fatos sejam deformados.

Salah afirma que “a ideia de verdade correspondente ao real não corresponde ao desafio que representa a obtenção de conhecimento sobre o passado e é manifestamente inadequada para expressar a dinâmica característica do processo”.²²

As críticas fundadas parecem, todavia, corresponder à propagação de limitadores à consecução da verdade, igualmente admitida pelos racionalistas. Entre eles, há consenso acerca dos limites para se apreender integralmente a realidade,²³ por exemplo: o transcurso cronológico entre o fato e a apuração do fato; o contexto histórico-social; os conhecimentos disponíveis à época dos fatos e aqueles depositados no curso do processo; a dificuldade de apreensão pela memória da dinâmica complexa da realidade; os registros de deformações relativas à psicologia do testemunho; a expiração dos documentos e das fontes informacionais; a dificuldade de autenticar conteúdos informacionais dadas as diversas

¹⁹ Ibidem, p. 20.

²⁰ TESHEINER, 2018, p. 62.

²¹ KHALED JÚNIOR, 2020, p. 169.

²² Idem, p. 169.

²³ Nesse sentido, cfr. Taruffo, 2011, p. 167 e p. 241.

plataformas e meios de difusão possíveis e os problemas relativos à linguagem; e os limites inerentes aos vieses cognitivos, entre outros. Todos, limitadores ao alcance da verdade, sem que isso promulgue uma decisão de abandono da correspondência como método de apuração fiável.

Marina Gascón Abellán defende que há três razões que explicam o caráter relativo e falível do resultado jurisdicional:²⁴ (i) as razões epistemológicas, (ii) as razões institucionais e (iii) as razões humanas.

As razões epistemológicas se fundam nas incapacidades que as inferências judiciais apresentam, dado que correspondem a processos de obtenção de conhecimento quase prioritariamente realizados por métodos indutivos, calçados em normas probabilísticas que correspondem a enunciados gerais, de modo que não se pode atestar a veracidade irrefutável, havendo apenas um grau de certeza atribuível ao enunciado. Os problemas inerentes à institucionalidade advêm de outros valores defendidos pelo Direito e pela instrumentalidade do processo e dos rigores formais, o que lhes confere caráter de engessamento frente à liberdade de investigação e pesquisa livre. As razões humanas colocam em relevo as variabilidades do pensamento e da percepção, bem como os vieses cognitivos subjetivos.

O que se prioriza, em realidade, adotando-se as premissas da concepção racionalista da prova, é a apuração mediante métodos inferenciais racionalizáveis, capazes de aperfeiçoar a decisão por meio da probabilidade indutiva acerca da ocorrência dos fatos.

Daniel González Lagier²⁵ formulou doze critérios epistêmicos que permitem aportar credenciais de maior ou menor grau de confirmação das hipóteses fáticas, que amplia a probabilidade de correção das inferências. São eles: (I) quanto mais elementos de juízo há em favor de uma hipótese, mais bem estará confirmada; (II) quanto mais variados sejam os elementos de juízo (que agregam informação que permitam eliminar hipóteses alternativas), mais bem confirmada estará a hipótese; (III) quanto mais pertinentes sejam os elementos de juízo (quanto mais bem relacionados estiverem com a hipótese por meio de generalizações empíricas fiáveis), mais bem confirmada estará a hipótese; (IV) quanto mais fiáveis sejam os elementos de juízo (quanto mais bem fundados estiverem em outros elementos de juízo, inferências prévias ou em observação direta, ou conhecimentos sólidos), mais bem confirmada estará a hipótese; (V) quanto mais bem fundadas estiverem as máximas de experiências em generalizações indutivas, mais sólida será a hipótese; (VI) quanto maior for a probabilidade indutiva expressada na máxima de experiência, mais sólida será a hipótese (as

²⁴ ABELLÁN, 2022, p. 21.

²⁵ LAGIER, 2020, pp. 83.

máximas de experiência têm a seguinte estrutura: “se p , então provavelmente q ?”; o grau de probabilidade com que se relacionam ambos tipos de fatos é relevante para confirmar a hipótese); (VII) a hipótese não pode ter sido refutada diretamente (não deve restar provado um fato incompatível com a hipótese), tampouco, indiretamente (não devem ser refutadas as hipóteses que seriam verdadeiras se aceitarmos como verdadeira a hipótese principal); (VIII) se as hipóteses derivadas da principal (as hipóteses que seriam verdadeiras se a hipótese principal for verdadeira) podem se confirmar, mais bem confirmada estará a hipótese principal (por meio de um argumento de abdução); (IX) quanto mais coerente desde o ponto de vista narrativo for a hipótese, mais bem estará confirmada; (X) quanto mais elementos de juízo restarem explicados pela hipótese, mais bem confirmada estará; (XI) quanto menos fatos não comprovados exijam a verdade da hipótese, mais bem confirmada estará; e (XII) menos hipóteses alternativas incompatíveis com a hipótese confirmam a correção da hipótese principal.

Atendidos os critérios epistêmicos que aportam o grau de confirmação da hipótese fática deduzida, haverá maior correção – em termos epistêmicos – das hipóteses fáticas, o que equivale a presumir que assentam maior probabilidade de a hipótese ser verdadeira. Tal asserção advém da depuração da capacidade justificativa das proposições, que traduz o grau de validação, ou confirmação, resultante das inferências e das cadeias de inferências realizadas, o que importa em consentir que as hipóteses fáticas com maior grau de justificação têm maior peso na tomada de decisão.

A busca pela verdade, nesse sentido, não está apartada dos ideais de promover garantias aos que respondem processos judiciais, ao contrário. Jordi Ferrer Beltrán defende que há uma “relação teleológica entre prova e verdade, de modo que a verdade se configura como objetivo institucional a alcançar mediante a prova no processo judicial”.²⁶ O fundamento consiste em a correção da resposta judicial ser alcançada a partir da máxima probabilidade de se refletir nas hipóteses fáticas aquilo que ocorreu.

Acerca da justificação pela opção teórica elegida, Jordi Ferrer Beltrán diz que:

[...] o conceito de verdade em jogo, que resulta útil para dar conta dessa relação teleológica (*sic*), é o da verdade como correspondência, de modo que diremos que um enunciado fático (formulado dentro de um marco de um processo judicial e submetido à prova) é verdadeiro se, somente, se corresponder com o que sucedeu no mundo.

²⁶ BELTRÁN, 2021, p. 17, tradução livre.

Jordi Ferrer Beltrán rechaça a tese de que a verdade obtida pelo processo é apenas relativa, em razão das deficiências cognitivas, institucionais e epistêmicas que mencionei nos parágrafos anteriores. O autor defende que a verdade é sempre absoluta, ou o fato ocorreu ou não.²⁷ O que há de relativo é a apreensão de conhecimentos sobre o fato, o grau de corroboração que as provas aportam em termos de averiguação do evento ocorrido, o que não modifica sua existência no mundo. Beltrán defende que a relatividade, portanto, é “epistemológica e não ontológica”.²⁸

Nunca um conjunto de evidências, por mais rico e confiável que seja, jamais nos permitirá alcançar uma certeza racional, não psicológica ou subjetiva, em relação à ocorrência de um fato, de modo que qualquer afirmação factual seja necessariamente verdadeira ou falsa, mas nossas limitações epistêmicas sempre nos colocam diante de decisões que devem ser tomadas em contextos de incerteza.

O raciocínio probatório é, portanto, necessariamente um raciocínio probabilístico. Dizer que uma proposição fática está provada, equivale a afirmar que ela é provavelmente verdadeira (em um nível que deverá ser determinado), dada as provas disponíveis.²⁹

A afirmação de que o objetivo institucional do processo é a busca pela verdade indica que se deve operar, naquele âmbito, inferências probatórias capazes de avaliar a veracidade ou falsidade da proposição fática, submetida a juízo. Caso não haja correspondência entre aquilo que ocorreu no mundo e o enunciado fático correlacionado, não se deve aplicar o consequente jurídico previsto na norma. Se o fato não ocorreu, conforme deduziu a proposição fática aventada, não haverá justificativa epistemicamente válida que dê guarida à confirmação da hipótese jurídica submetida à análise. O objeto de prova, aquilo que se quer provar, não estará motivado.

Exemplo de aplicação do raciocínio pode ser formulado da seguinte maneira: se a hipótese fática assevera que “Carlos atropelou Pedro”, a hipótese não será verdadeira se o atropelamento não ocorreu. O enunciado fático “Pedro foi atropelado” não é verdadeiro. Havendo a norma jurídica “não atropete”, se Carlos for responsabilizado juridicamente em

²⁷ A tese aplicada por Jordi Ferrer Beltrán (2021, p. 17) corresponde à ideia de verdade aristotélica. Sobre o tema, veja Lucas Angioni (2006, p. 12).

²⁸ *Idem*, p. 18.

²⁹ Texto original: “*Nunca un conjunto de elementos de juicio, por rico y fiable que este sea, permitirá alcanzar certezas racionales, no psicológicas o subjetivas, respecto de la ocurrencia de un hecho, de modo que todo enunciado fáctico es necesariamente verdadero o falso, pero nuestras limitaciones epistémicas nos sitúan siempre ante decisiones que deben adoptarse en contextos de incertidumbre.*”

El razonamiento probatorio es, pues, un razonamiento necesariamente probabilístico. Decir que un enunciado fáctico está probado es afirmar que es probablemente verdadero (a un nivel que habrá que determinar), dadas las pruebas disponibles”. (*ibidem*, trad. livre).

razão da hipótese fática “Carlos atropelou Pedro”, haverá a aplicação de uma consequência jurídica cabível, exclusivamente, à hipótese verdadeira, incorrendo em erro. A resposta jurídica relacionada ao fato só estará devidamente motivada se o fato regulado pela norma houver ocorrido, merecendo aplicação da consequência jurídica prevista.

O problema acerca da busca da verdade não é exclusivamente jurídico. Outros ramos de conhecimento, em especial filosofia e ciências, enfrentaram grande problematização. Michele Taruffo³⁰ nomeia de paradoxos da verdade, que subverteram o debate em razão da suposta necessidade de se atrelarem conhecimentos a fatos percebidos, de acordo com uma percepção subjetiva cambiante. Diz Taruffo:

[...] se sustentou, por exemplo, que a ciência e os conhecimentos científicos deviam ser deixados de lado para serem substituídos pela sociologia da ciência, como se as conotações sociais do cientista fossem o único critério para avaliar a validade das descobertas. Por outro lado, os construtivistas radicais reduziram os resultados das investigações científicas a meras construções mentais dos cientistas, negando, desse modo, que tais resultados poderiam ter qualquer conexão com os fenômenos empíricos a que faziam referência. Por outra parte, construções simplistas da teoria kuhniana das revoluções científicas terminaram por favorecer um ceticismo e um relativismo radicais, em razão dos quais, dado que os paradigmas científicos podem mudar, então qualquer paradigma vale o mesmo que outro e nenhum pode reclamar particulares pretensões de veracidade. O paradoxo inerente a essas concepções é evidente: cada um tem a sua própria verdade.³¹

Todos os exemplos, que não são exaustivos, vindicam um distanciamento entre o conhecimento e o mundo, atrelando-se a verdade a conceitos e contextos pelos quais o conhecimento se instala, o que nega qualquer conhecimento acerca do objeto que seja dissociado do sujeito que analisa. Essa perspectiva, ao seu turno, favorece concepções de verdade subjetivistas.

Taruffo associa essas teorias à “embriaguez”,³² que foi se transfigurando com o passar do tempo, em direção ao reconhecimento de que o mundo ontológico existe e deve ser considerado como objeto de observação. Diz o pensador italiano:

[...] ninguém diz sobre verdades ou certezas absolutas, que são “privilégios do fanático”, e que, de fato, se encontram somente em algumas metafísicas e religiões. Ninguém pensa, tampouco, em correspondências automáticas entre o pensamento e o mundo, ou entre a linguagem e o mundo, que seriam

³⁰ TARUFFO, 2010, p. 90, tradução nossa.

³¹ TARUFFO, 2010, p. 90, tradução nossa.

³² Idem, p. 94.

típicas de um realismo ingênuo insustentável ou de um fiscalismo radical que está há muito tempo superado.

Há a assunção do que Taruffo chama de “ideia alética” da verdade, a qual defende que os enunciados acerca dos acontecimentos ocorridos no mundo são verdadeiros ou falsos em função da existência desses eventos: “é a realidade que determina a verdade ou falsidade das narrativas que a descrevem”.³³ Tal perspectiva adota a verdade como correspondência, que serve de critério de referência acerca da determinação dos fatos, sujeitos a serem conhecidos e averiguados.

Ravi Peixoto³⁴ expressa concordância com a tese de Taruffo, asseverando que “abandonar qualquer utilidade do conceito de verdade não é adequado”. Para o autor, a verdade atua como “farol-guia”, discordando quanto ao objetivo do processo em relação à verdade. Para Ravi Peixoto, a busca pela verdade não é o objetivo, dado que pode ser alcançada por acaso, sendo necessário buscar “melhores mecanismos” para que a decisão acerca dos fatos seja precisa. O autor, nesse sentido, vincula a verdade à verificação dos fatos empíricos.

Adotando a premissa de que a verdade funciona como guia do conhecimento sobre o objeto, ganham relevo as reflexões acerca dos mecanismos de averiguação da realidade, que se acoplam ao conceito de verdade. Nesse sentido, a verdade a respeito de um objeto está atrelada ao conhecimento sobre ele, mediante uma pretensão de validade, a qual se verifica a partir de um predicado que determina ou distingue o objeto, em função da sua existência objetivada. A verificação da verdade decorre, notadamente, da capacidade de conhecer o objeto de análise. Juarez Tavares apresenta fio condutor dessa ideia, ao defender que:

[...] atendendo a que o conceito de verdade deriva de uma reflexão acerca de objetos, e não simplesmente de uma simples descrição de seus elementos, tem-se que esse conceito está também condicionado à forma como se procede, historicamente, à análise e investigação desses objetos.³⁵

Dessa forma, o conceito de verdade se atrela a uma tradição cognitivista, que vincula a forma de investigação ao conhecimento acerca do objeto investigado. O respaldo que a busca pela verdade dá ao processo, para voltar ao nosso campo de pesquisa, é a atribuição de encampar metodologias fiáveis de verificação do objeto de análise em decorrência da sua

³³ Ibidem.

³⁴ Sobre a formulação feita por Ravi Peixoto, cfr. Peixoto, 2020, p. 36.

³⁵ TAVARES, 2020, p. 96.

existência, sobre a qual se formula a pretensão de validade expressa pelo juízo que radicará, ao final, a condição de falso ou verdadeiro. Nesse sentido, a admissão da teoria da correspondência como critério válido de verificação da verdade revela inegável utilidade ao processo. Juárez Tavares aduz que:

[...] a conjugação da teoria da correspondência com a teoria da coerência faz com que a determinação da verdade acolha tanto os postulados das teorias epistêmicas (teoria da coerência), quando das teorias não epistêmicas (teoria da correspondência). A adoção da teoria da correspondência vincula o enunciado ao fato empírico, a fim de não permitir devaneios ou ficções. A remissão à teoria da coerência faz com que o enunciado ganhe legitimidade e possa ser justificado.³⁶

Jordi Ferrer Beltrán conclui o raciocínio acerca da imprescindibilidade de se adotar a verdade como critério operativo do Direito da seguinte forma:

A ideia fundamental é que o cidadão tem direito a “demonstrar a verdade dos fatos em que se funda sua pretensão” processual e a obter uma resolução judicial justificada, baseada nas provas aportadas no processo. Isso tem sérias implicações a respeito do tema abordado no trabalho, pois é somente através de uma concepção racionalista da prova (que rechace a vinculação entre prova e convencimento psicológico do julgador) é possível efetivar o direito a prova e todo seu alcance, consequentemente, o direito ao devido processo.³⁷

A verdade, apesar da assunção da potência de falibilidade e da incapacidade de apreensão, constitui dispositivo útil ao processo, ideal regulativo, e objetivo institucional, cujo respaldo justificativo está no interesse de atribuir pretensão de correção à verificação do fato, tal como ocorrera. Daniel González Lagier, fazendo remissão às ideias de Carmen Vázquez, sintetiza: “*debemos alcanzar cierto grado de convicción sobre la corrección de las conjeturas, si queremos tomar las decisiones sobre bases sólidas*”.³⁸

O argumento central, que nos parece apresentar boas razões, é de que a busca pela verdade no processo potencializa o ideal operativo de motivação das decisões judiciais. O direito não deve aplicar a norma substantiva ao fato, o qual devemos pressupor ser verdadeiro, se ele não ocorreu, considerando que a hipótese de incidência da norma é adstrita a sua ocorrência empírica. Exemplo, adotando a premissa teórica que esbocei neste capítulo, se o regulamento jurídico prevê a aplicação da norma X em caso de ocorrência do fato F, a não

³⁶ Idem.

³⁷ BELTRÁN, 2021, p. 62.

³⁸ “Devemos alcançar certo grau de convicção sobre a correção das conjeturas, se queremos tomar decisões com bases sólidas”. (LAGIER apud VÁZQUEZ, 2018, tradução livre)

ocorrência de F torna a aplicação de X injustificada juridicamente. De igual maneira, se o fato X é falso, a aplicação de X é juridicamente injustificada.

Finalmente, o critério de verificação da ocorrência do fato por meio de proposições jurídicas formuladas no processo, em razão de expressar enunciados que guardam pretensão de verdade – os quais pretensamente descrevem fatos ocorridos no mundo –, deve dispor de raciocínios capazes de justificar racionalmente a decisão sobre os fatos. O raciocínio probatório deve incorporar metodologias capazes validar racionalmente a atribuição de verdade sobre os fatos, o que equivale a admitir que os fatos ocorreram frente uma realidade cognoscível.

A adoção da concepção racionalista da prova, portanto, prescreve exigências dirigidas ao raciocínio probatório a ser realizado, tornando inarredável o aporte de metodologias de averiguação que obedeçam a critérios epistêmicos, às regras da lógica, os conhecimentos científicos afiançados por comunidade de especialistas, às máximas de experiências e toda ordem de inferências acreditadas racionalmente. Isso permite estabelecer os graus de confirmação que as proposições fáticas produzem frente à hipótese aventada, mediante o cotejo dos elementos de corroboração admitidos no processo.

1.2 AS RAZÕES EPISTÊMICAS E A ADEQUAÇÃO AO MODELO RACIONALISTA DA PROVA JUDICIAL

Em termos conceituais, a averiguação racional dos fatos no processo pressupõe a correção epistêmica da premissa menor do silogismo judicial, que consiste em adotar considerações de um tipo específico: as razões epistêmicas que se acercam, ao máximo possível, do que ocorreu. Nas palavras de Marina Gascón Abellán:

Que a premissa maior do raciocínio judicial deva estar formada precisamente por fatos, por uma realidade factual que ao menos se supõe comprovada como qualquer fenômeno histórico ou natural e não por misteriosos desígnios divinos ou de sorte, sem dúvida há de representar uma transformação importante, ainda que paulatina: das ordálias ao sistema de prova taxada, até o modelo de livre valoração, que assenta uma concepção probabilística do conhecimento, em alguns aspectos revela um processo de continuidade em que cada novo período conserva resíduos do anterior. Seja como for, uma vez assentado que a constatação de certos fatos constitui o fundamento de aplicação da norma, o problema surge na hora de determinar possibilidades ou limites do conhecimento, ou seja, o que poderíamos chamar de epistemologia judicial dos fatos.³⁹

³⁹ ABELLÁN, 2010, pp. 16-17, tradução livre.

A justificação interna do raciocínio judicial, notadamente, exige a justificação externa das proposições fáticas, sob pena de vulnerar o objetivo institucional do processo: a busca da verdade, como estamento de justiça e correção da decisão judicial. De outro modo, a mensagem passada à cidadania é de que o Direito serviria à decomposição de normas, em razão do exercício do domínio público injustificável e arbitrário. As deformações do sistema, então, passariam a ser métodos de realização dele.

Certamente, as dificuldades inerentes à epistemologia geral explicam que não é possível acobertar toda ordem de justificação racional das decisões. O mesmo ocorre nas decisões judiciais. Entretanto, deve-se considerar a capacidade justificativa da amostragem fática – o conjunto de elementos informacionais admitidos no processo –, o que perfaz um selo de creditação ao esforço dos empiristas⁴⁰ em demonstrar que a fatia de observação e de verificação de fatos por meio de inferências válidas pode resultar em conhecimento necessário e seguro sobre a realidade. É o que ocorre no processo.

O modo de interpretar os fatos no processo, adicionalmente, carece de modelos normativos. Jordi Ferrer Beltrán⁴¹ defende que a busca pela verdade é um ideal regulativo do processo, condizente com seu caráter teleológico. Se esse ideal não for satisfeito, não pode haver a função motivadora do Direito.

O caráter normativo que condiciona a justificação da decisão à correta conjugação da premissa normativa frente a uma determinada premissa fática é o que consiste na motivação da decisão judicial, apenas, se houver uma justificação externa, de índole epistêmica que lhe dê suporte.

Agrupando os argumentos que lancei até aqui, infere-se que a concepção racionalista prescreve a consideração de razões epistêmicas que dão apoio à decisão judicial, o que condiciona a justificação racional e jurídica da estrutura de argumentos que conectam as premissas normativas e fáticas. Tal razão subjacente é corolário ao objetivo institucional do processo: a busca pela verdade, admitida em termos de probabilidades indutivas, não sistematizadas por meio de fórmulas matemáticas e gráficas.

⁴⁰ Nesse sentido, cfr. Gascón (2010, p. 18). A autora recorre ao grau de apoio empírico ofertado pelas proposições derivadas dos fatos. Em especial, são úteis as formulações de Hempel acerca do “método das hipóteses” (2010, p. 21) para justificar a confiança dos dados empíricos de modo a fundamentar racionalmente o conhecimento acerca dos fatos havidos, em termos da capacidade de inferir proposições fáticas correspondentes aos fatos ocorridos no mundo, utilizando-se métodos de raciocínio indutivo, ou seja, partindo-se de informações incompletas acerca do objeto para generalizações válidas, ainda que concernentes às condições precárias do alcance do conhecimento.

⁴¹ BELTRÁN, 2007, pp. 29-30.

A probabilidade de o enunciado fático proposicional ser verdadeiro deve conter razões adequadas para crer justificadamente que as proposições foram ou não suficientemente corroboradas no processo judicial. Isso equivale a afirmar que as proposições estão suficientemente apoiadas em fatos, o que sustentará a decisão *a posteriori*, em termos de garantias inerentes à obrigação de motivá-las racionalmente.

Para Michele Taruffo, a verdade está circunscrita à atribuição de valor à realidade, para qual se averigua a ocorrência empírica ou não. Taruffo sustenta que a verdade é concebida como “entidade metafísica”,⁴² qualificadora das proposições descritivas contidas no processo, que enunciam os fatos havidos. As proposições fáticas contêm o “grau de confirmação” estabelecido com a realidade.

Esse grau de confirmação se dá mediante o grau de apoio indutivo que a proposição fática expressa acerca da ocorrência empírica dos fatos, o que permite afirmar se a proposição é verdadeira ou falsa. Tal raciocínio é condizente com o caráter teleológico da busca pela verdade no processo, defendido por Jordi Ferrer Beltrán.⁴³

A verdade ou falsidade das proposições fáticas, por sua vez, é respaldada pela correção das inferências realizadas, que informam o grau de confirmação que as proposições oferecem à hipótese fática deduzida no processo, o que implica a exigência de se adotarem modelos de raciocínio válidos, os quais aportam razões suficientes para confirmar ou rejeitar racionalmente a hipótese aventada. O grau de confirmação racionalmente verificável permite inferir a correção do raciocínio probatório realizado, a partir da avaliação intersubjetivamente controlável da capacidade justificativa que as proposições fáticas aportam às hipóteses sobre os fatos.

Se prescindirmos das razões epistêmicas ao conformar a estrutura argumentativa relacional existente entre premissa normativa e fática, não se poderá defender que tais decisões estão suficientemente motivadas, em termos de satisfação da função da adjudicação das normas do processo e, não obstante, não poderá impulsionar comportamentos aderentes à norma geral, ou, não podem regular legitimamente a conduta social. Diego Dei Vecchi assevera que “a busca da verdade se converte em uma espécie de necessidade técnica para o êxito do direito, em razão da sua finalidade de guia de condutas”.⁴⁴

⁴² TARUFFO, 2020, p. 189.

⁴³ BELTRÁN, 2021, p. 17.

⁴⁴ Texto original: “*la búsqueda de la verdad se convierte en una especie de necesidad técnica para el éxito del derecho en su finalidad de guía de conducta*”. (DEI VECCHI, 2020, p. 29, trad. livre)

Se a decisão judicial não está devidamente motivada, deve ser objeto de revisão pelo sistema judicial, cujo acervo de reformas deve considerar a determinação dos fatos conformados no processo. O apontamento que exponho é de que a incorreção epistêmica desemboca na ilegitimidade da decisão judicial, sobretudo, em razão de não poder haver em seu favor a declaração de que foi tomada servindo-se de ferramentas epistemicamente acreditadas.

A decisão epistemologicamente⁴⁵ insustentável arvora dúvidas consideráveis acerca da legitimidade da estrutura argumentativa do silogismo judicial, impactando a sua validade jurídica. Não parece aceitável renunciar as razões epistêmicas⁴⁶ na determinação dos fatos no processo, dado que esse é critério de validade racional das proposições fáticas. Caso contrário, não há de se falar em motivação.

A decisão que não expõe sua estrutura argumentativa, para ser verificada no plano institucional quanto a sua racionalidade, impede, inclusive, o controle intersubjetivo posterior, o que demarcaria um sistema jurídico imóvel e sem sua dotação de acreditação suficientemente capaz de operar normas de conduta e de regulação de comportamentos na sociedade, bem como justificar o resultado alcançado frente à aplicação de sanções.

Considerar provado determinado fato, por essa ótica, equivale a atestar ter havido um exame racional, ordenado por exigências cumulativamente epistêmicas e normativas, que produziu um resultado que superou o grau de suficiência para considerar verdadeira a hipótese probatória. Constitui a aceitação justificada racionalmente de que os fatos são verdadeiros, o que requer a aplicação da sanção prevista na norma antecedente.

A decisão judicial passa a dotar-se de garantia de cumprimento de exigências racionais em termos probatórios, o que lhe confere qualidade de fiável. Essas exigências agregam credenciais de análise epistêmicas, substanciais, formais e valores protegidos⁴⁷ pelo Direito.

O esquema teórico que profilei, creio, fornece uma conclusão inicial de que a concepção racionalista involucra um sistema de garantias aos destinatários das decisões

⁴⁵ Salutar referendar a insuficiência dos critérios epistêmicos em favor de realizar a valoração dos fatos em todas suas dimensões empíricas ou normativas, o que prescreve adicionar, para efeitos da racionalidade acreditada indutivamente, regras da lógica, máximas de experiência e conhecimentos científicos afiançados. Nesse sentido, cfr. Lagier (2020, pp. 39-74).

⁴⁶ Daniel González Lagier (2020a, pp. 419-420) propõe doze critérios de correção epistêmica para inferir o grau de confirmação que uma hipótese fática detém. Admito a sua adoção, para fins de validação do grau de confirmação que a proposição fática aporta à hipótese. Exporei os doze critérios no tópico seguinte e as reflexões cabíveis no tópico subsequente.

⁴⁷ Valores cuja essencialidade decorre do próprio estamento do sistema jurídico e da ordem constitucional, por exemplo, a observância das dimensões da presunção de inocência e da obrigação de motivar as decisões judiciais (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988).

probatórias, elevando as redes de proteção contra arbítrios⁴⁸ e desvios procedimentais que não permitiriam o controle acerca da averiguação dos fatos no processo e a revisão das decisões, no tocante às cadeias inferenciais e à estrutura de argumentos que prescrevem a justificação interna e epistêmica das proposições normativas e fáticas levadas a efeito.

A epistemologia serve-nos como sistema de ordenação e apreensão de conhecimento válido acerca dos eventos ocorridos no mundo, no tocante à averiguação da justificação racional das crenças havidas como verdadeiras.⁴⁹ Especificamente no âmbito jurídico, a epistemologia se funde a outros deveres jurídicos, dotados de um gênero comum de garantia, o que parece condizente com a aplicação de normas visando a realizar os fins pretendidos pelo ordenamento jurídico instruído a partir da concepção racionalista da prova, no âmbito do devido processo constitucional.

1.3 BREVES APONTAMENTOS TEÓRICOS ACERCA DA NECESSIDADE DE INSTITUIR *STANDARDS* PROBATÓRIOS

Para fins de alcançar os três blocos de apontamentos teóricos iniciais que julgo necessários adentrar, com vistas a dar apoio argumentativo à pesquisa, falta conceituar e expor os requisitos de aplicação de graus de suficiência necessários para fins de se considerar justificadamente provada uma hipótese fática admitida como verdadeira no processo, apta a gerar consequência jurídica legítima.

Os *standards* probatórios expressam o referido grau de suficiência, caso existam elementos de prova suficientes para aceitarmos como verdadeira a hipótese acerca da determinação dos fatos,⁵⁰ balizando as proposições fáticas concernentes ao processo quanto ao grau de apoio, ou de correspondência, entre as proposições e os fatos havidos no mundo que elas ilustram. Trata-se de normas capazes de estabelecer qual o grau de confirmação necessário para considerar provada a hipótese fática, em termos de fiar sua correspondência com a realidade. Os *standards* probatórios referem o padrão de suficiência.

Há três momentos centrais da atividade probatória:⁵¹ (i) a conformação do conjunto de elementos informacionais no processo; (ii) a valoração das proposições fáticas; e (iii) a

⁴⁸ No mesmo sentido, Jordi Ferrer Beltrán (2021, p. 55) discorre acerca da necessidade de se adotarem regras gerais para prescrever o grau de acreditação da hipótese considerada provada, o que permite situar o “poder de decisão da autoridade emissora da regra” e o “controle da correção na aplicação da regra”. Tal dispositivo serve de proteção à realização de arbítrios.

⁴⁹ No mesmo sentido, cfr. Beltrán (2007, p. 97 e ss.).

⁵⁰ BELTRÁN, 2021, p. 22.

⁵¹ A proposta foi desenvolvida por Jordi Ferrer Beltrán (2021, p. 28).

decisão sobre os fatos no processo. O primeiro diz respeito à reunião das proposições fáticas admitidas no processo, portanto, aquelas que ultrapassam o filtro de admissibilidade previsto na norma processual cogente.

O desenho institucional deve promover o ingresso do maior número de provas relevantes no processo, em razão do objeto de prova, o que se quer provar. Deve-se admitir elementos informacionais consistentes, em razão da sua coerência e pertinência, o que permitirá a realização de inferências vinculadas à proposição fática deduzida. Os enunciados acerca dos fatos devem ser capazes de aportar informações necessárias para a averiguação daquilo que ocorreu empiricamente, bem como devem-se instituir barreiras de admissão capazes de proteger interesses inerentes ao Direito, visualizados no âmbito do sistema jurídico respectivo. Por exemplo: deve-se proibir o ingresso de proposições obtidas mediante tortura ou ilícitos.

A valoração das provas ocorre, em primeira linha, a partir de inferências que se debruçam a cada proposição, individualmente, o que equivale à análise quanto à fiabilidade da prova – sua correção epistêmica – e à corroboração de que as proposições fáticas individuais aportam às hipóteses fáticas deduzidas. Posteriormente, atribui-se valor às inferências probatórias que dão apoio ao conjunto de hipóteses deduzidas, o que se faz mediante investigação acerca da cadeia de argumentos deduzidos no processo, os quais afirmam ou infirmam a pretensão judicial, determinando qual o grau de justificação que as provas conjuntamente aportam às hipóteses fáticas que se vinculam à pretensão. A valoração dos fatos estipula o grau de corroboração da hipótese, mas nada diz acerca de que grau será suficiente para considerar provada a hipótese, apta a ensejar a aplicação da norma jurídica que a regula.

A despeito do grau de corroboração que a hipótese sustenta, é no último momento que o julgador decide se as hipóteses fáticas, submetidas ao crivo das inferências validadas epistemicamente, estão suficientemente provadas, o que autoriza o julgador a proferir decisão acerca dos fatos, considerando a aplicação de norma que regula a incidência do fato no Direito. O último momento probatório é aquele em que se verifica se o grau de confirmação da hipótese é suficiente para considerá-la provada. Portanto, é o momento em que se aplica o *standard* de prova.

Ravi Peixoto conceitua *standard* probatório ao fazer remissão à tese desenvolvida por Jordi Ferrer Beltrán,⁵² como sendo “o grau de suficiência probatória mínima exigida pelo

⁵² BELTRÁN, 2003; 2007; 2021.

direito, para que uma hipótese fática possa ser considerada provada”.⁵³ Ademais, o autor assevera que em qualquer campo de aplicação prática “a existência de um *standard* probatório aparece como um fator de redução de complexidade, por haver a inserção de quais os critérios exigidos para que uma determinada hipótese fática seja considerada provada”.

A rigor, os *standards* probatórios não contêm exigências metodológicas de averiguação orientadas pela epistemologia, mas as pressupõem, o que equivale dizer que essas exigências foram observadas no momento anterior, na valoração dos fatos. No processo judicial, as decisões acerca dos fatos são alcançadas por meio de operações cognitivas – raciocínios – realizadas mediante inferências racionalizáveis⁵⁴ e intersubjetivamente controláveis⁵⁵ e pressupõem, ao fim, ter satisfeito o grau de confirmação inferencial capaz de justificar a decisão sobre os fatos, asseverando que a hipótese está provada ou que houve correspondência entre as proposições fáticas deduzidas no processo e aquilo que ocorreu na realidade empírica.

Diego Dei Vecchi,⁵⁶ ao seu turno, reforça o vínculo conceitual que os *standards* possuem com a valoração da prova.⁵⁷ Tal asserção se sustenta em razão de a avaliação de suficiência requerer a validação das proposições fáticas mediante um filtro qualificador, epistemicamente justificado. Nesse sentido, os *standards* probatórios assumem a função de decisão sobre os fatos, expressados por proposições submetidas à prova, por sua vez, avaliadas quanto aos graus de confirmação que ofertam à consecução das hipóteses deduzidas, o que remete à ideia de aplicação de metodologia decisória que pressupõe a valoração racional dos fatos, em consonância com determinada escolha de política judicial.⁵⁸

A tese encontra – novamente – constância, se considerarmos as reflexões de Jordi Ferrer Beltrán, para quem a formulação dos *standards* de prova, no tocante à definição do

⁵³ Nesse sentido, o autor não apresenta inovação, se considerarmos a formulação feita por Jordi Ferrer Beltrán, mencionada no item anterior. (PEIXOTO, 2020, p. 43)

⁵⁴ Refiro-me a “racionalizáveis” no sentido de promover metodologias de análise que passaram por crivos da epistemologia, das regras da lógica, dos conhecimentos científicos afiançados por comunidades de especialistas acreditadas, das máximas de experiência e dos conhecimentos cuja categoria pode ser avaliada em razão do seu rigor metodológico.

⁵⁵ Beltrán (2021, p. 58) assevera que o controle intersubjetivo permite a outro investigador interessado avaliar a correção do argumento, a partir do teor e da metodologia aplicados.

⁵⁶ DEI VECCHI, 2020, p. 129.

⁵⁷ Dei Vecchi (op. cit., p. 129) defende haver uma interrelação entre os sistemas de valoração probatória e os graus de suficiência para considerar provada uma hipótese fática (os *standards* de prova). Os *standards*, explica o autor, são critérios normativos que fixam umbrais de suficiência acerca das razões pertinentes que autorizam aceitar justificadamente um determinado enunciado fático como verdadeiro. Os sistemas de valoração dos fatos, notadamente, determinam a índole de fatores que aportam critérios justificadores aos enunciados, sobre os quais se opera a barragem da suficiência dado o grau de confirmação epistêmica alcançado.

⁵⁸ O grau de suficiência probatória para considerar provada ou não uma hipótese fática é de ordem política, em razão de o poder de punir derivar da concepção de monopólio persecutório do Estado, ou seja, da realização de um poder de aplicar uma responsabilidade jurídica vinculada ao fato.

grau de satisfação para se considerar provada uma hipótese fática, expressa fundamentos políticos-morais, não dependendo apenas dos critérios epistêmicos, que se presumem atendidos para fins de validade dos argumentos inferidos racionalmente, na sua justificação externa.⁵⁹

Dei Vecchi⁶⁰ formula uma criativa explicação acerca da interrelação constituída entre sistemas de valoração dos fatos e *standards* probatórios. O autor utiliza o exemplo de um sistema monetário imaginado, que contém leis que determinam quais são as moedas correntes. A unidade de medida é necessária para precificar as coisas e os serviços naquele determinado tempo histórico. Não havendo o emprego dessas moedas, a precificação ficará à toda sorte vinculada às oportunidades de transações, o que conferiria insegurança à cidadania. Não é possível, nessas circunstâncias, atestar que determinado serviço custará “X” unidades da referida moeda, por exemplo.

Já o emprego das referidas moedas permitiria justificar o preço, de acordo com um sistema contábil verificável. A atribuição de valor pressupõe um sistema de averiguação (lastro) da unidade de valor concernente ao bem, coisa ou serviço, ao passo que a cumulação dos valores estabelecida no preço permitirá atestar se a quantidade é suficiente para adquirir determinado objeto, serviço ou bem. A fixação do preço consiste na formulação do *standard* probatório.

Para satisfazer a operação cognitiva realizada na valoração dos fatos, mediante metodologias inferenciais com pretensão de correção, é necessário estabelecer o grau de confirmação que as proposições fáticas aportam à hipótese, caso contrário, não haverá uma decisão justificada epistemicamente.⁶¹ Para além disso, é necessário estabelecer a partir de que grau de corroboração probatória considerar-se-á provada a hipótese fática. O grau de corroboração, ou de suficiência, consiste no *standard* probatório.

⁵⁹ Jordi Ferrer Beltrán (2021, p. 35 e ss.) admite haver dificuldades concernentes à averiguação da verdade no processo, o que não desautoriza a formulação de *standards* probatórios. Tal empreendimento prescreve a adoção de critérios políticos-morais que contribuam para fixação do umbral de suficiência frente aos argumentos que servem de apoio à hipótese fática circunscrita ao processo. Todavia, há de se exigirem critérios metodológicos para que uma determinada norma prescreva a adoção de *standards*, a saber: (i) a adoção de critérios relativos à capacidade justificativa do conjunto de provas sobre as hipóteses controvertidas; (ii) a capacidade de determinar o grau mínimo de confirmação para uma hipótese ser considerada provada; (iii) a adoção de critérios de probabilidade indutiva; e (iv) a necessidade de prescrever diferentes *standards* probatórios que respondam as diversas decisões processuais, considerando os momentos e as fases processuais vinculados e os valores que devem proteger.

⁶⁰ DEI VECCHI, 2020, p. 129 e ss.

⁶¹ Tal afirmação implica reconhecer que a correção acerca dos fatos incide avaliação quanto à motivação da decisão judicial. Não se pode aplicar justificadamente uma norma abstrata sobre o fato, se o fato não ocorreu.

As razões jurídicas para formulação de *standards* probatórios, notadamente, radicam argumentos em defesa da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões judiciais. Jordi Ferrer Beltrán aprofunda a crítica, ao defender que a ausência de *standards* probatórios afeta o próprio Direito. O autor argumenta que a ausência desses *standards* fomenta decisões vinculadas apenas à discricionariedade do julgador, o que concederia uma “excessiva liberdade sobre a prova”.⁶² Se o objetivo do processo é dotar de critérios racionalizáveis e intersubjetivamente controláveis à decisão judicial, passa a ser exigência metodológica e procedimental averiguar os fatos a partir do grau de corroboração que eles expressam em razão da sua correspondência ao máximo possível com o que ocorreu no mundo. Todavia, quando será considerada suficientemente corroborada para ser considerada provada a hipótese? A exigência de formulação de *standards* probatórios metodologicamente validados visa a instituir normas gerais que permitam justificar a decisão quanto à suficiência do grau de confirmação exigido.

Jordi Ferrer Beltrán assevera que “a epistemologia pode ajudar-nos a delinear um *standard* de prova que reflita corretamente o nível de suficiência probatório que decidimos exigir, mas nada nos diz sobre qual é o nível adequado”.⁶³ A decisão acerca de quando se considerará provada a hipótese é político-institucional.⁶⁴ Se haverá menor ou maior exigência probatória, será uma decisão que traduz o quanto a comunidade política está disposta a considerar provada a hipótese, apta a ensejar a aplicação do consequente previsto em norma jurídica. Um homicídio poderá ter um *standard* probatório mais exigente que uma contravenção penal, em razão do custo que uma decisão errada pode acarretar.

Beltrán defende que a formulação de *standards* probatórios é condizente com uma distribuição do poder frente a um modelo de decisão judicial referenciado em regras e um modelo particularista. A exigência de decidir mediante regras gerais e metodologicamente afiançadas deixa de situar uma concentração de poder na mão do decisor, o que possibilita o controle da correção da aplicação da regra. Nas palavras do autor, tal exigência limitaria o “poder arbitrário dos órgãos jurisdicionais”.⁶⁵

Os critérios de decisão instituídos a partir de *standards* probatórios tornam possível prever o resultado da decisão judicial, se considerarmos satisfeitas as exigências epistêmicas e institucionais quanto à admissibilidade das provas contidas no acervo probatório disponível,

⁶² BELTRÁN, 2021, p. 28.

⁶³ BELTRÁN, 2021, p. 31, tradução livre.

⁶⁴ Se tratarmos de *standards* probatórios aplicados ao processo penal, falar-se-á de política criminal.

⁶⁵ Idem, p. 59.

se houver critérios racionais e intersubjetivamente controláveis da valoração da prova e aplicação dos graus de suficiência probatórios, o que permite aos sujeitos do processo “tomar decisões racionais autônomas”.⁶⁶ Jordi Ferrer Beltrán⁶⁷ elenca quatro vantagens em favor da aplicação de *standards* probatórios no processo judicial: (i) iniciar um processo havendo previsibilidade quanto à solidez das provas disponíveis a favor ou contra a pretensão submetida a juízo, o que permite estabelecer uma probabilidade de ganhar ou perder o caso; (ii) auxiliar no desenho de estratégia processual probatória adequada para satisfazer o nível de suficiência probatório exigido; (iii) realizar acordos entre as partes, em razão das probabilidades claras de que cada um tem a seu favor; e (iv) exercer o direito a recurso, alegando erros na valoração da prova e quanto aos critérios de suficiência aplicados ao caso concreto.

Adotando as premissas teóricas e conceituais de Beltrán, Ravi Peixoto resume a ideia asseverando que “o *standard* probatório é um conceito que exige um grau de corroboração mínimo da hipótese fática para que ela seja considerada provada; esse grau mínimo varia conforme o contexto”.⁶⁸ A variação a que se refere o autor diz respeito aos contextos políticos e institucionais de cada ordenamento jurídico, o que reforça a tese de Beltrán acerca da divisão de poderes de decidir sobre a prova, caso haja *standards* probatórios metodologicamente validados. A sua conceituação apresenta formulações semelhantes, como em Larry Laudan,⁶⁹ que defende ser um limiar mínimo para determinar a comprovação de uma hipótese.

Cumprе salientar que o *standard* probatório não é a única ferramenta de decisão sobre os fatos no processo, havendo decisões probatórias que se referem ao ônus da prova e às presunções. Todavia, não se prescinde dos *standards* para aplicar outros critérios de decisão, ao contrário, deve-se supor satisfeito o grau de suficiência, para que a determinação dos fatos não se dê de maneira autoritária. Os ônus probatórios, ou quem perde se não aportar prova suficiente, exigem que se tenha definido quando é suficiente a prova, caso contrário tornar-se-ia vazio de significado adotar regras de fixação de ônus. De igual maneira, as presunções⁷⁰ sobre os fatos são regras que permitem concluir que os fatos se deram de maneira predefinida, caso não haja prova suficiente em contrário. Novamente, é necessário que se estabeleça quando há prova suficiente, apta a derrotar a presunção.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ FERRER BELTRÁN, 2021, p. 59.

⁶⁸ PEIXOTO, 2020, p. 45.

⁶⁹ LAUDAN, 2006, p. 64.

⁷⁰ Refiro-me, neste tópico, às presunções *iuris tantum*, que admitem prova ao contrário.

Em termos de aportar critérios de correção da decisão judicial, os *standards* probatórios pressupõem a validação racional das inferências probatórias. Exige-se que as proposições fáticas sejam validadas por inferências probatórias epistemicamente justificadas, o que pressupõe o atendimento de metodologias inerentes à verificação dos fatos mediante análise quanto às exigências da epistemologia, das máximas de experiência, das regras da lógica e da ciência alicerçada por comunidade de especialistas acreditada. Todas essas estratégias, por óbvio, apontam certificadores de correção. Todavia, é necessário estabelecer qual gradação de razões justificadoras será suficiente para motivar adequadamente a decisão judicial.

Os graus de confirmação da hipótese fática, objeto do raciocínio judicial realizado por meio de inferências que adotam as bases conceituais da concepção racionalista da prova, admitem um escalonamento. Há níveis de corroboração, em razão do grau de confirmação que as proposições fáticas aportam à hipótese deduzida. Não se trata, todavia, de um escalonamento mensurado a partir de grandeza matemática, mas do resultado do raciocínio formulado em termos de probabilidade indutiva, capaz de justificar racionalmente um avanço ou uma retração quanto ao grau de confirmação da hipótese fática em função daquilo que ocorreu no mundo. O raciocínio probatório deve ser capaz de responder se a hipótese fática detém a maior probabilidade de expressar aquilo que ocorreu.

O grau de confirmação da hipótese é expresso em termos de probabilidade indutiva,⁷¹ não numérica ou matemática,⁷² o que requer estabelecer qual marcador-base deve ser superado para fins de motivar a decisão judicial adequadamente, observando as exigências probatórias encetadas. Janaina Matida e Alexandre Moraes da Rosa fazem alusão ao esporte salto com varas, para ilustrar a explicação: “um *standard* probatório funciona como o sarrafo no salto com vara, podendo ser posicionado mais baixo ou alto”.⁷³

A outorga de credenciais epistemicamente válidas permite inferir um maior ou menor grau de confirmação da hipótese fática, mas nada diz a respeito do mínimo necessário para a tomada de decisão judicial, que balizará a motivação da decisão. É preciso estabelecer, para esse fim, um umbral de suficiência, que pressupõe, previamente, estarem atendidas as

⁷¹ BELTRÁN, 2021, p. 65 e ss.

⁷² A par do objetivo deste trabalho, admitirei como suficiente a asserção que refuta a aplicação aritmética ou matemática para medir a probabilidade de que um fato tenha ocorrido ou não, conforme deduzido no processo. Trata-se da inaplicabilidade das razões matemáticas às probabilidades indutivas, circunscritas à complexidade de fatos e variáveis cujos cálculos não são capazes de expressar numericamente, sendo suficiente a demonstração racional de que a hipótese “A” é mais provável que “B”, em razão do grau de apoio com que sustenta a ocorrência ou não de “A”, em detrimento de “B”.

⁷³ MATIDA; ROSA, 2020.

exigências metodológicas para se formular um *standard* probatório, bem como haver atendido a proficiência dos argumentos, quanto a sua correção. O *standard* probatório é o ponto mínimo que se deve alcançar para superar a incerteza no processo.

Giovanni Tuzet e Canale definem os *standards* probatórios como “umbrais de justificação de uma premissa fática”,⁷⁴ o que equivale à definição de limiares que consistem no grau mínimo que determinada hipótese deve assentar para se considerar provada.

Para além de compreender o que são os *standards* probatórios, Beltrán aduz as funções essenciais que possuem:⁷⁵ (i) aportam critérios de justificação à decisão judicial; (ii) servem de garantia para as partes, quanto às técnicas e aos métodos de correção probatória dos quais dispõem; e (iii) distribuem os riscos de erros entre as partes, contingencialmente.

Dois condicionantes fazem-se operantes: (i) a existência de diversos momentos probatórios progressivos que exigem a superação de graus de suficiência (*standards*) distintos; e (ii) a suficiência probatória aporta critérios de justificação às decisões judiciais e promove garantias às partes, atuando de maneira contextual⁷⁶ frente à distribuição dos riscos de erros no processo.

Servem-nos, para os fins dedicados à investigação levada a cabo, as duas funções iniciais. Os *standards* aportam critérios de validade e correção à justificação racional da decisão judicial, o que equivale a atestar que estão presentes os pressupostos de validade da decisão, quanto às exigências metodológicas que prescrevem motivação racionalmente adequada.

Perfecto Andrés Ibáñez⁷⁷ assevera que “provar” significa colocar sob averiguação o valor explicativo da proposição fática, atividade que se sujeita à colação das razões que apoiam a tomada de decisão e o seu caráter justificador. Esse é precisamente o objeto da motivação judicial.

Em termos práticos, os *standards* probatórios são critérios de decisão que estabelecem o grau de confirmação que a hipótese fática precisa para ser considerada provada, o que permite operacionalizar a verificação epistêmica das proposições fáticas submetidas a juízo,

⁷⁴ CANALE; TUZET, 2021, p.71.

⁷⁵ BELTRÁN, 2021, p. 109.

⁷⁶ Beltrán (op. cit., p. 121) justifica sua asserção em favor da contingência dos *standards* de prova para fins de diminuição de erros judiciais, em razão dos fatores múltiplos a serem considerados que não se esgotam na superação do grau de suficiência probatória. Entre eles, destaco o desequilíbrio do poder probatório entre as partes e a assimetria de poderes probatórios e informações, notadamente, quando se vislumbra os acordos de culpabilidade. O autor recomenda duas estratégias que impactam os erros judiciais: (i) a diminuição dos riscos de erros frente à adoção de estratégias que maximizem a inclusão de provas relevantes e fiáveis no processo; e (ii) a distribuição do risco de erro entre as partes.

⁷⁷ IBÁÑEZ, 1992, p. 284.

dado que o caráter de suficiência só poderá ser verificado se estiverem justificadas as proposições, vale dizer, se estiverem qualificadas por critérios válidos de averiguação, somado à inferência probabilística, em termos indutivos, que oferta à hipótese.

Basta asseverar que a verificação de que há inferências não justificadas racionalmente ou que, após sopesadas mediante critérios inferenciais válidos, não tiverem sua ocorrência corroborada, não poderá haver decisão judicial que confirme o grau de suficiência necessário para considerarem provadas as proposições fáticas.

Quanto à garantia para as partes, o fundamento essencial é de que não basta a conclusão de que as hipóteses fáticas encontram respaldo frente à verificação da sua ocorrência no mundo, é preciso estabelecer o umbral de suficiência referente ao grau de apoio ou confirmação exigível para validar racionalmente os argumentos que sustentam a hipótese fática deduzida, a fim de que toda a cadeia de decisões inferenciais tenha possibilidade de controle revisional, ou, como prefere Jordi Ferrer Beltrán, o controle intersubjetivo da decisão judicial. Nesse sentido, aportam-se boas razões em favor da tese de que os *standards* funcionam como lastros à adequada motivação da decisão judicial e da sua verificação posterior.

Essa asserção apela aos critérios pelos quais se deve operar as metodologias de averiguação das proposições fáticas, sobretudo, quanto ao alcance necessário para se considerar justificada, racionalmente, a estrutura argumentativa da decisão judicial acerca dos fatos, a cadeia de argumentos que dá, ou não, sustentação à hipótese.

Concernente às funções elencadas por Beltrán,⁷⁸ que nos parece ofertar boas razões para sua adoção, os *standards* servem para testar a força e a consistência, em termos racionais, dos elementos de corroboração e do suporte inferencial de validação dos argumentos exarados na decisão judicial, o que é suficiente para refutar os principais argumentos que vindicam contra a utilidade de se estabelecerem graus de suficiência probatória, vale dizer, formularem *standards* probatórios.

Os dois argumentos centrais dos detratores da necessidade de se estabelecerem *standards* probatórios podem ser agrupados em dois planos: (i) a ambiguidade e (ii) a vagueza acerca da definição do umbral de suficiência. Os dois tópicos encontram respaldo na literatura jurídica pelos qualificadores “imprecisão”⁷⁹ e “falta de objetividade”.⁸⁰

⁷⁸ BELTRÁN, 2021, p. 62.

⁷⁹ Sobre o tema, cfr. Dei Vecchi (2020, p. 188), Taruffo (2011, pp. 115-126) e Beltrán (2021, p. 35).

⁸⁰ LAGIER, 2013, p. 15 e ss.

A tese da imprecisão está calcada na dificuldade de se estabelecer um número mínimo de critérios que devam ser cumpridos para formular um *standard* probatório cujo conteúdo seja compreendido pela sociedade. Ainda, por haver dificuldades inerentes à formação de um subconjunto prevalente de critérios que se devem cumprir, em detrimentos de outros, para se considerar suficientemente provada uma proposição fática.

Quanto à falta de objetividade, o argumento detrator central se funda no esforço linguístico necessário para informar adequadamente o conteúdo da norma que estabelece o grau de suficiência aplicável: o *standard* probatório, o que supõe o reconhecimento social dos critérios a serem aplicados e a certificação da justificação externa desses critérios por outras áreas de conhecimento. A inexistência desse esforço incidiria na ausência de cobertura justificativa das hipóteses fáticas, o que autorizaria um sistema de valoração da prova consentido em bases particularistas, à sorte de todo arbítrio e subjetivismo, o que dificultaria, sobremaneira, o controle intersubjetivo das decisões probatórias.

Ademais, o argumento de falta de objetividade que advoga em favor da deficiência quanto à formulação de normas gerais, incapazes de atender a complexidade das demandas judiciais, esbarra na indicação de que se devem formular diversos *standards* probatórios, progressivamente instituídos, que obedecem à fase procedimental em que a decisão judicial sobre os fatos se situa, respeitando-se a intensidade da afetação dessas decisões quanto à hipótese inculpatória e aos bens juridicamente protegidos, bem como as particularidades dos diversos tipos de procedimentos probatórios existentes no processo judicial. Vale dizer, devem-se respeitar os distintos momentos processuais e as diversas decisões probatórias existentes no curso do processo.

O argumento de imprecisão e de falta de objetividade parece reforçar, ao contrário de rechaçar, a necessidade de se estabelecerem umbrais de suficiência probatória, que pressupõem vencer os critérios epistêmicos capazes de aferir a validade das proposições fáticas para fins de acreditar o valor de verdade atribuído a elas. Vencer os critérios metodológicos, como, por exemplo, aqueles propostos por Lagier,⁸¹ vindica esforços que podem ser visualizados como garantia de correção epistêmica, de obediência às regras da lógica, da adoção de conhecimentos científicos afiançados e da avaliação dos fatos mediante conformação dos eventos ocorridos com as máximas de experiência, que são valores culturais, históricos e sociais admitidos como verdadeiros pela sociedade política, o que concerne a maior vantagem rumo à correção da decisão judicial, e não, o contrário.

⁸¹ Cfr. nota de rodapé nº 25.

Passamos a analisar, a seguir, um terceiro argumento contrário à formulação de *standards* probatórios no processo judicial, menos prevalente na literatura jurídica: a falta de utilidade, considerando a utilidade no escopo de correção da decisão judicial ou a sua motivação. Contradiz o argumento contrário, a exigência de definição de graus de suficiência de instituir múltiplos controles acerca da averiguação da capacidade justificativa das hipóteses fáticas, o que obriga o emissor da decisão a contrapor as hipóteses fáticas com proposições alternativas faticamente razoáveis, considerando o conjunto de elementos probatórios submetido à análise, nos diversos momentos processuais em que se dá a decisão judicial, o que permite a operacionalização de *standards* probatórios diferidos e autorreguláveis.

Por exemplo, a formulação de *standards* probatórios que atendam a critérios justificadores para decisões cautelares, como as prisões antes do cumprimento da pena, quando não há, necessariamente, a conformação integral do conjunto de elementos probatórios que serão submetidos a juízo. Tal expediente deve obrigar o julgador a formular, ainda que artificialmente, proposições fáticas possíveis, a fim de descartar aquelas que não possuem grau de confirmação suficiente para balizar a hipótese fática deduzida.

A gradação da avaliação de suficiência em patamares distintos torna o dispositivo útil e de facilitada aplicação, em termos gerais, frente às hipóteses fáticas que apresentam um conjunto probatório organicamente baixo, pobre em elementos pertinentes e relevantes, por exemplo, devido à ausência de hipóteses fáticas submetidas ao contraditório. Ademais, permite a correção no estágio posterior, uma vez que a aplicação de *standards* probatórios requer, como já dissemos, a aplicação de graus de suficiência consecutivos e progressivos, em termos de exigências.

Outro argumento conceitualmente afiançável é de que a aplicação de um umbral de suficiência, circunstanciado por gradação de decisões probatórias progressivas, ostenta capacidade de contribuir com o fortalecimento das garantias às partes e de distribuir contingencialmente as cifras de erros judiciais entre os envolvidos no processo, conforme a capacidade probatória de cada qual e sua posição no processo.⁸² Anderson, Schum e Twining asseveram que os *standards* probatórios servem como guias, vejamos: “seja como estiverem articulados, os *standards* de decisão estão formulados usualmente em termos que pretendem guiar tanto a avaliação como a análise”,⁸³ especialmente, da decisão judicial.

⁸² O argumento deduzido tem íntima conexão com a carga da prova. Tal asserção traduz a decisão probatória que responde quem perde se não aportar prova suficiente no processo. Óbvio, só é possível justificar uma decisão que dê conta dessa arguição se soubermos qual é o grau de suficiência necessário. Nesse sentido, veja Jordi Ferrer Beltrán (2019, p. 53 e ss.).

⁸³ ANDERSON; SCHUM; TWINING, 2015, p. 284.

Ainda, o argumento em favor da disfuncionalidade dos *standards*, em razão da imprecisão linguística acerca dos critérios justificadores necessários para considerar adequadamente motivada uma decisão judicial, parece emplacar uma análise sobre a verificação da força justificativa – força probante – da cadeia de argumentos lançados sobre as hipóteses fáticas, bem como a respeito da verificação da coerência entre as distintas hipóteses. Isso não macula a necessidade de se estipular um umbral de suficiência para considerar provada uma hipótese, dado que a definição política-moral acerca do ponto a ser considerado suficiente permanecerá, mesmo com todos os rigores metodológicos para vencer a fiabilidade e a relevância das proposições fáticas em juízo.

Nesse sentido, a formulação de *standards* probatórios assume seu caráter contextual, não em razão de flexões metodológicas particularistas – o que autorizaria, conceitualmente, abdicar de critérios racionais da decisão, afastando as discricionariedades subjetivas –, fragilizando a base justificadora do grau de apoio necessário, mas em razão de admitir padrões de suficiência que estabeleçam rigores escalonados de exigência, prescritos a cada momento processual e de acordo com cada ramo de Direito aplicável. Outra vez, a tese de rechaço parece reforçar a necessidade de se formular um umbral de suficiência, e não, o contrário.

Com esses argumentos, creio ter apresentado um panorama suficiente que reproduz os conceitos essenciais para compreensão e problematização da pesquisa. Em decorrência de ser necessário avançar do plano de discussão à hipótese aventada neste trabalho, passarei a analisar a necessidade de se aplicarem *standards* probatórios ao processo penal, em seguida, alongando a análise para as decisões cautelares, em matéria penal. Em especial, para a prisão cautelar.

1.4 OS STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL

A decisão judicial penal, em termos de categorias normativas, expressa um exercício do poder de punir a partir da conclusão justificada de que há provas suficientes para considerar culpado ou inocente o autor do fato. Tal asserção é passível de ser formulada da seguinte forma: considerando a conduta “A”, havendo norma proibitiva antecedente e válida que prescreve a punição em caso de incidência de “A”, aplica-se a norma “X”, a qual prescreve a pena “P”. O modelo ilustra a aplicação da norma que prescreve o consequente jurídico “P” para o fato “A”.

A pena “P” cominada em razão de “X” requer a ocorrência de “A”, sendo necessário frisar que deve haver provas suficientes de que “A” ocorreu, para que a aplicação de “X” e de “P” esteja adequadamente motivada. Desnecessário, todavia, reprisar os argumentos em favor da aplicação de *standards* de prova, esboçados no capítulo anterior, tendo em vista que a condução teórica e conceitual faz chegar a mesma ordem de argumentos já expostos.

Basta, para referendar o raciocínio de que é necessário formular *standards* probatórios no processo judicial, reprisar o seguinte argumento: para haver uma decisão judicial motivada, é necessário que o raciocínio judicial tenha inferido racionalmente, o que deve ser demonstrado de maneira pública e minuciosa, que há provas suficientes. Falta decidir quando será suficiente, para fins de considerar provada a hipótese ensejadora da aplicação da norma jurídica. Explicando de maneira ilustrada, considere que o fato “A” ocorreu, atraindo a incidência da norma “X”, a qual determina a aplicação da pena “P”. A afirmação de que há provas suficientes de que o fato “A” ocorreu, critério necessário para motivar a decisão judicial adequadamente, deve-se estabelecer quando se consideraram suficientes as provas: o *standard* de prova.

Em relevo, deve-se alertar para o fato de que o processo judicial requer a formulação de diversos *standards* probatórios, em razão dos vários momentos processuais em que há decisão sobre os fatos. Ainda, os *standards* devem ser formulados de maneira a promover níveis de exigência distintos e progressivos. Tal circunstância é necessária em razão de crescer risco de erro, à medida que o processo se aproxima da resolução da causa. Dessa maneira, instituir um *standard* probatório unicamente para condenação é insuficiente.

Inferir racionalmente a ocorrência do fato “A” não exprime quando será considerado suficiente o aporte de proposições que corroboram a hipótese fática inculpatória, que atrai a incidência de “X”, o que justificaria legitimamente a aplicação da pena “P”. Para isso, é preciso estabelecer *standards* probatórios formulados metodologicamente por umbrais de suficiência, que expressam uma decisão político-criminal que responde quando será considerado provado o fato, o que consiste em credenciar a decisão judicial sobre os fatos como legitimamente justificada. Daniel González Lagier define *standards* probatórios como “o critério que nos permite dizer quando uma prova é conclusiva, o suficiente para condenar”.⁸⁴

A inexistência de umbrais de suficiência probatória, de *standards* de prova, que pressupõem estarem atendidas as exigências epistemológicas, as regras da lógica, as máximas

⁸⁴ Texto original: “*el criterio que nos permite decir cuándo una prueba es concluyente, o suficiente para condenar.*” (LAGIER, 2013, p. 109, tradução livre).

de experiência e os conhecimentos científicos devidamente alicerçados, permitiria toda sorte de argumentos para justificar uma decisão judicial acerca da determinação dos fatos. Isso conduziria a uma permissão de se apelar para critérios subjetivos não controláveis (crenças morais e individuais), dando absoluto poder discricionário ao emissor da decisão.⁸⁵

Tal circunstância, de inexistência de *standards* probatórios metodologicamente formulados, reforça o âmbito de atuação íntima do juiz, movido por crenças não justificadas racionalmente e por seus desejos.⁸⁶ Caso concreto é a adesão ao sistema de decisões sobre as provas no processo judicial conhecida por íntima convicção do juiz, que autoriza o emissor da decisão judicial argumentar em razão – preponderantemente – do seu convencimento subjetivo. Jordi Ferrer Beltrán assevera que a íntima convicção do juiz “tem a indesejável consequência de transformar o juiz em um sujeito infalível, a respeito da determinação dos fatos (visto que estes são, judicialmente, o que o juiz afirma que são)”.⁸⁷ Aduz o autor que:

*[...] en mi opinión, la formulación de un estándar de prueba con el que se quiera cumplir esa función debe, en primer lugar, evitar vincular la prueba con las creencias, convicciones o dudas del sujeto decisor acerca de los hechos. El grado de corroboración de una hipótesis no depende de la posesión de determinadas creencias por parte del decisor, sino de las predicciones verdaderas que se puedan formular a partir de la hipótesis y de las dificultades para dar cuenta de las mismas predicciones a partir de hipótesis rivales.*⁸⁸

Um segundo critério técnico defendido pelo doutrinador espanhol é a precisão necessária para que se possa exercer o controle das decisões que declaram o fato provado ou

⁸⁵ Nesse sentido, cfr. Beltrán, 2021, p. 138 e ss.

⁸⁶ A asserção acomoda uma reflexão adicional, sendo necessário recorrer à criminologia crítica, que incorpora, em sua análise, os movimentos proibicionistas, dentre os quais é recorrente o empreendedorismo moral. Tal conceito foi explorado pela professora Beatriz Vargas Rezende (2011, p. 6), que assevera haver no empreendedorismo moral uma atividade de criação de normas impostas em razão de uma preferência comportamental censora, habilitada por escolhas morais, com pretensão de imposição aos indesejados. Citando Becker (2008, p. 153, apud REZENDE, 2011, p. 6), a professora Beatriz Vargas ressalta que os empreendedores morais são comumente aqueles com posição hierárquica superior, que detêm meios e exercitam o poder, como o são os juízes. Coloco em relevo o seguinte trecho da obra citada, que sintetiza a ideia: “não é nova a afirmação de que o poder socioeconômico anda junto com o poder de impor convicções morais por meio de regras de conduta”.

⁸⁷ No original: “*tiene la indeseable consecuencia de constituir al juez en un sujeto infalible respecto de la determinación de los hechos (puesto que estos son, judicialmente, lo que el juez afirma que son.*” (BELTRÁN, 2007, p. 144).

⁸⁸ “Em minha opinião, a formulação de um *standard* de prova que cumpre essa função deve, em primeiro lugar, evitar vincular a prova com as crenças, convicções e dúvidas do sujeito que decide acerca dos fatos. O grau de corroboração de uma hipótese não depende da posse de determinadas crenças por parte do julgador, e sim das previsões verdadeiras que podem ser formuladas a partir da hipótese formulada e as dificuldades para afirmar previsões a partir de hipóteses alternativas.” (BELTRÁN, 2007, p. 144, tradução livre)

não provado, com objetivo de distribuir o risco de erro judicial entre as partes.⁸⁹ Há um critério político preferente, que comumente é empregado nas jurisdições criminais de tradição ocidental e nos países de *common law*,⁹⁰ de adotar a formulação de *standards* probatórios que estabeleçam um grau de exigência de tal ordem que sejam preponderantes os erros negativos – mais absolvições de culpados – que os erros positivos (condenação de inocentes). O pacto político, por assim dizer, estabelece que a formulação de *standards* probatórios no Direito Criminal deve estabelecer critérios mais exigentes à acusação do que aqueles exigidos pela defesa.⁹¹

Exemplo de *standard* probatório mais exigente, em matéria penal, foi objeto de investigação realizada por Nathália Zugaibe:⁹² o *standard* conhecido como “prova além da dúvida razoável”, cuja literatura jurídica vem assentando severas críticas quanto à imprecisão⁹³ e à falta de objetividade. A autora faz o seguinte apontamento:

Em se tratando de hipóteses jurídicas, inúmeros são os autores que formularam teorias probatórias a respeito do tema. Quase a totalidade, porém, diz respeito aos *standards* que beiram à certeza, isto é, da prova além da dúvida razoável. Variadas são as teorias acerca do tema na tentativa de desvendar o seu real significado, confrontando-o com a possibilidade de obter a busca da certeza, apesar da impossibilidade de sua obtenção.

Em realidade, o uso do critério de decisão acerca dos fatos reconhecido como “prova além da dúvida razoável” passa ao largo da formulação de um *standard* probatório, nos contornos do marco teórico⁹⁴ assentado. Os argumentos que corroboram essa afirmação são: (i) não há norma que conceitue objetivamente o que seria a dúvida; e (ii) com igual imprecisão, não há definição objetiva do que deverá ser considerado como razoável. Esses defeitos são suficientes para impedir o reconhecimento de que o critério de decisão em análise seja considerado um *standard* probatório.

⁸⁹ BELTRÁN, 2021, p. 115 e ss.

⁹⁰ Idem, p. 144.

⁹¹ A mesma ordem de argumentos serve à defesa da presunção de inocência como regra de tratamento, o que se concilia com a necessidade de formularem *standards* probatórios no processo penal. Sobre o assunto, Ademar Borges apresenta panorama completo, cfr. Sousa Filho (2020, p. 203 e ss.).

⁹² ZUGAIBE, 2019, p. 31.

⁹³ Sobre a imprecisão do termo e as diversas tentativas de conceituação jurisprudencial formuladas pela doutrina, destaco a obra de Vinicius Vasconcellos (2020, p. 12), que apresenta esse apanhado. Entre as formulações construídas, a título de exemplo, está a conceituação de que a dúvida razoável seria aquela baseada no senso comum e na razão. Outras formulações chegaram a defender que o termo é “autoevidente”, conforme assevera Laudan (2006, p. 48).

⁹⁴ Refiro-me à formulação proposta por Jordi Ferrer Beltrán (2021, p. 29 e ss.).

Vinicius Vasconcellos argumenta haver um vazio normativo sobre *standard* probatório no Brasil, asseverando que “o ordenamento processual penal brasileiro não possui previsão expressa de *standard* probatório para a condenação”.⁹⁵ Percebe-se um cenário de “confusões e divergências na doutrina estrangeira”, o que afeta o quadro nacional. Vasconcellos defende que essa lacuna normativa e jurisprudencial implica reconhecer não haver critérios mínimos de decisão⁹⁶ sobre os fatos regulados por fontes de direito formais.

A consolidação publicitária do *standard* além da dúvida razoável não acompanha o rigor técnico necessário para conceituação teórica do que vem a ser. No mesmo sentido, Vasconcellos tece críticas ao modelo:

Todavia, embora consolidada a necessidade de atenção ao *standard*, ainda restava pendente a definição do seu conteúdo de modo mais concreto. E, nesse sentido, aponta-se que a doutrina e a jurisprudência estadunidenses apresentaram posicionamentos confusos e divergentes em muitos momentos.⁹⁷

Para formular um *standard* probatório, é necessário estabelecer os critérios de decisão acerca dos fatos, necessários para considerar a hipótese fática provada, de maneira objetiva e precisa. No mesmo sentido, posiciona-se Larry Laudan.⁹⁸ Com maior ênfase, Jordi Ferrer Beltrán assevera que:

[...] se a formulação do *standard* de prova tem um nível de imprecisão que não cumpre minimamente a função de estabelecer um umbral de suficiência probatória, a partir do qual uma hipótese pode e deve se considerar provada, não merece o nome de *standard* de prova.⁹⁹

Sobre o tema, Ademar Borges dialoga com a aplicação do critério de decisão conhecido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰⁰ como prova além da dúvida razoável. O autor

⁹⁵ VASCONCELLOS, 2020, p. 2.

⁹⁶ Vinicius Vasconcellos (2020, p. 13) faz correta diferenciação quanto à necessidade de se estabelecer *standard* probatório para fins de condenação, empreendendo esforço teórico para ajustá-lo além da dúvida razoável às modulações de critérios de decisão existentes no Brasil. Tal comentário é necessário em razão de haver diversos *standards* probatórios, desenhados em razão dos diversos momentos em que há decisões sobre os fatos no processo. No tópico seguinte, desenvolverei o tema, sendo suficiente afirmar que deve haver *standards* probatórios distintos e progressivos, em relação ao nível de exigência estabelecido.

⁹⁷ VASCONCELLOS, 2020, p. 11.

⁹⁸ LAUDAN, 2006, p. 106 e ss.

⁹⁹ Texto original: “si la formulación del estándar de prueba tiene un nivel tal de imprecisión que no cumple mínimamente la función de establecer un umbral de suficiencia probatoria a partir del cual una hipótesis pueda (y deba) considerarse probada, no merece el nombre de estándar de prueba.” (BELTRÁN, 2021, p. 26, trad. nossa).

¹⁰⁰ BRASIL, 2016.

reconhece a vaguidade do tratamento do tema na jurisprudência brasileira, fazendo constar a diferença entre considerar que houve a superação de um estado de incerteza e a definição de critérios objetivos de decisão acerca da suficiência para considerar provada a hipótese inculpatória. Borges assevera que:

A jurisdição constitucional brasileira, nesse campo, tem emprestado adesão, em linhas gerais, ao *standard* da prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) como condição para a superação do estado de inocência do acusado. Apesar das numerosas referências a esse parâmetro pela jurisprudência do STF, permanece presente o risco de que sua invocação apresente um caráter retórico, expressando, não raramente, um mero recurso a um *topos*, sem caráter sistemático ou conteúdo definido. A utilização da estrutura argumentativa da prova além de qualquer dúvida razoável pode esconder uma nova forma de reprodução de indesejável subjetivismo no campo da justiça penal: se afirma que a condenação só é válida se passar pelo filtro da prova para além da dúvida razoável, sem que isso represente um efetivo controle sobre a racionalidade da sentença condenatória.¹⁰¹

Dois argumentos são necessários para opor a tese de incorporação de *standard* probatório pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁰² A exigência de aportar conhecimento capaz de superar o estado de incerteza inicial aduz a aceitação de critérios epistêmicos capazes de assentar a afirmação de que as provas aportam informações que prescrevem um juízo de probabilidade lógica em favor da hipótese fática ter ocorrido, o que se traduz no grau de corroboração da hipótese. Tais credenciais, todavia, dizem respeito à valoração da prova, nada dizendo a respeito de serem suficientes para considerar provada a hipótese.

Tampouco, é absolutamente insuficiente dispor enunciados normativos que realizam a mera menção de que se aplica a “dúvida além do razoável” como critério de decisão. As normas¹⁰³ que reproduzem a necessidade de se observar a dúvida além do razoável não instituem *standards* probatórios, somente fazem alusão a critérios ínsitos à valoração da prova. Sem embargos, o Supremo Tribunal Federal não faz aplicação¹⁰⁴ do *standard* probatório, apenas faz referência àquilo que ele pressupõe. Ora, pressupor uma circunstância que possui relação com o objeto de análise não incorpora propriedades capazes de determinar o próprio objeto.

¹⁰¹ SOUSA FILHO, 2022, p. 194.

¹⁰² Tal afirmação, notadamente, observa a delimitação deste trabalho em razão do marco teórico adotado, conforme exposto anteriormente.

¹⁰³ Sem pretender esgotar as inúmeras normas que tratam do tema, destaco a Observação Geral nº 13 e a Observação Geral nº 32 do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas.

¹⁰⁴ BRASIL, 2017a; 2017b.

O Supremo Tribunal Federal,¹⁰⁵ indene de dúvidas, furta-se em estabelecer critérios objetivos capazes de inferir quando são suficientes as provas aportadas, deixando como recomendação, apenas, a exigência de estabelecer critério mínimo para condenar, sem discriminar quais são esses critérios. Afirmar que deve haver critérios mínimos para considerar provada uma hipótese probatória não institui um *standard* probatório, todavia, certifica que eles são necessários. Vejamos o exemplo extraído da jurisprudência:

Como sabido, na presença da dúvida razoável não pode haver condenação criminal sob pena de violação da presunção de inocência, princípio cardenal no processo penal em um Estado Democrático de Direito.

[...] A presunção de inocência, no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o *standard* anglo-saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), o qual foi construído durante os séculos XVIII e XIX na Inglaterra e nos Estados Unidos [...]. Tal *standard* também foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (para proferir sentença condenatória o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável).

Isso impõe a necessidade de um quadro probatório robusto, com provas de todos os elementos de acusação. As provas devem ser aptas a gerar a responsabilidade criminal do acusado, com o afastamento de todas as hipóteses contrárias, desde que razoáveis, a essa convicção.¹⁰⁶

Ademais, é necessário retomar a investigação acerca do critério de decisão da “íntima convicção”. Tal postulado fixa atribuição de aportar elementos de informação pela acusação, estabelecendo exigência probatória que promova “convicção firme do julgador”,¹⁰⁷ a respeito de conformar a ocorrência de fato constitutivo do delito. Jordi Ferrer Beltrán elenca três problemas quanto à formulação de *standards* desse jaez: (i) apela à construção de certezas pelo julgador, o que sugere admitir certezas morais e subjetivas; (ii) estabelece uma relação necessária e suficiente entre a crença do julgador e a prova do fato; e (iii) possui caráter eminentemente subjetivo, o que impossibilita seu controle subjetivo.

Um esforço jurisprudencial que visa a apartar a íntima convicção do juiz da decisão sobre os fatos pode ser visualizado em julgado da Corte Constitucional de Portugal, no Acórdão nº 391, de 2015.¹⁰⁸ Na ocasião, o Tribunal arguiu os problemas de admitir critérios de decisão que apelam às crenças do julgador, ou que não são submetidos às exigências

¹⁰⁵ BRASIL, 2020.

¹⁰⁶ BRASIL, 2017a.

¹⁰⁷ BELTRÁN, 2007, p. 144.

¹⁰⁸ PORTUGAL, 2015.

racionais. Tal fundamento, todavia, não se convola em estabelecer umbrais de decisão acerca do grau de suficiência necessário para considerar provada uma hipótese. De igual sorte, referente ao caso brasileiro¹⁰⁹ de aplicação do critério de decisão acerca da prova além da dúvida razoável, a Corte Constitucional de Portugal apenas reforça a necessidade de estabelecer critérios objetivos de decisão, sem fixar quais são.

O Acórdão n.º 391, de 2015, faz menção à adoção de critérios racionais de decisão, o que requer observância às “regras comuns da lógica, da razão, das máximas de experiências e dos conhecimentos científicos”.¹¹⁰ Apesar de não formular *standards* probatórios, o Tribunal reforça implicitamente a necessidade de fazê-lo. Vejamos:

Conforme refere Figueiredo Dias (cfr. ob. cit., págs. 202-203) o princípio da livre apreciação da prova «não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável – e portanto arbitrária – da prova produzida», acrescentando ainda que «a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada “verdade material” –, de tal sorte que a apreciação há de ser, em concreto, reconduzível a critérios objetivos e, portanto, em geral suscetível de motivação e de controlo».

Neste mesmo sentido, Castanheira Neves (Cfr., Sumários de Processo Criminal (1967-68), Coimbra, 1968, págs. 50-51), escreve que «a liberdade de que aqui se fala não é, nem deve implicar nunca o arbítrio, ou sequer a decisão irracional, puramente impressionista-emocional que se furte, num incondicional subjetivismo, à fundamentação e à comunicação. Trata-se antes de uma liberdade para a objetividade – não aquela que permita uma “*intime conviction*”, meramente intuitiva, mas aquela que se determina por uma intenção de objetividade, aquela que se concede e que se assume em ordem a fazer triunfar a verdade objetiva, i. é, uma verdade que transcenda a pura subjetividade e que se comunique e imponha aos outros».

Também o Tribunal Constitucional em várias decisões em que estava em causa a constitucionalidade do artigo 127.º do Código de Processo Penal disse o seguinte:

“...O atual sistema da livre apreciação da prova não deve definir-se negativamente pela ausência das regras e critérios legais predeterminantes do seu valor, havendo antes de se destacar o seu significado positivo. [...]

A livre apreciação da prova não pode ser entendida como uma operação puramente subjetiva, emocional e, portanto, imotivável. Há de traduzir-se em valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objetivar a apreciação dos factos, requisito necessário para uma efetiva motivação da decisão. [...]

A regra da livre apreciação da prova em processo penal [...] não se confunde com apreciação arbitrária, discricionária ou caprichosa da prova, de todo em todo imotivável» (cfr. Acórdão n.º 1164/96, acessível em www.tribunalconstitucional.pt)”.

¹⁰⁹ Idem, pp. 73-74.

¹¹⁰ Ibidem, p. 30.

Anderson, Schum e Twining vão de encontro à preocupação em limitar o espaço de discricionariedade do julgador, no tocante às decisões probatórias levadas a cabo em um processo judicial: “conforme se articulam, os *standards* para a intervenção judicial em tais circunstâncias estão claramente desenhados para proteger a discricionariedade de quem deve decidir acerca dos fatos e para limitar as oportunidades de intromissão”.¹¹¹

A necessária limitação da discricionariedade do julgador, contudo, perfaz uma das exigências para formular *standards* de prova, qual seja, a exigência de aportar critérios relativos à capacidade justificativa das proposições fáticas, respeito às conclusões que se estabelecem. Novamente, cumprir um dos requisitos metodológicos para a formulação de um *standard* não o converte nesse critério de decisão.

A par de escassos enunciados normativos que estipulam umbrais de suficiência para considerar provada uma hipótese fática no processo penal, deve-se notável reconhecimento acerca da jurisprudência portuguesa, dado que efetivamente desloca o eixo de análise dos fatos, distanciando-o das certezas subjetivas do julgador. O expediente crítico, entretanto, carece de utilidade para fins de averiguar empiricamente o uso de *standard* probatório no processo penal, em razão de não se tratar de *standard* de prova, mas de critério de valoração dos fatos.

Para sanar o vazio normativo, Beltrán propõe a formulação de *standard* probatório aplicável ao processo penal, baseado em duas cláusulas. As exigências necessárias para provar a hipótese acusatória são: (i) a hipótese deve ser capaz de explicar os dados fáticos disponíveis, integrando-os de forma coerente, e a previsão de novos dados informacionais que a hipótese permita formular devem ser confirmados; e (ii) as demais hipóteses alternativas plausíveis¹¹² devem ser refutadas, considerando aquelas que são compatíveis com a inocência dos acusados, desconsiderando-se as hipóteses *ad hoc*.

As duas cláusulas que resistem quanto às intentadas críticas doutrinárias, somadas aos critérios metodológicos propostos por Beltrán, parecem ofertar conteúdo útil e atualmente contundente, demonstrando que o *standard* probatório formulado para o processo penal tem plena viabilidade.

¹¹¹ No original: “*Como sea que se articulen, los estándares para la intervención jurídica en tales circunstancias están claramente diseñados para proteger la discreción de quien debe decidir acerca de los hechos y para limitar las oportunidades de intromisión.*” (ANDERSON; SCHUM; TWINING, 2015, p. 301)

¹¹² Jordi Ferrer Beltrán (2007, p. 148) entende como plausível aquela hipótese incompatível com o estado atual de conhecimento possível, ou aquela que não tem nenhuma base racional para se sustentar. Quanto às hipóteses *ad hoc*, o doutrinador alerta para a carência de fiabilidade das hipóteses formuladas posteriormente à formação da pretensão punitiva.

No Brasil, Vinicius Vasconcellos esboça pertinente sugestão, para fins de adoção do *standard* além da dúvida razoável no âmbito das decisões condenatórias oriundas do processo penal. A tese sugere que deve haver dois momentos para a sua definição: (i) inicialmente, deve-se regular que a acusação precisa comprovar todos os elementos da sua hipótese incriminatória, de modo consistente, a partir de provas admitidas no processo; (ii) posteriormente, deve-se afastar eventuais hipóteses explicativas alternativas para os fatos provados, o que perfaz uma análise da falseabilidade da hipótese. Vasconcellos sugere,¹¹³ ainda, proposição legislativa com vistas a regular o uso do *standard* no país:

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

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

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

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

Categoricamente, não vislumbro objeções significativas à norma, se considerarmos o marco teórico que adotei na investigação, consubstanciado pela formulação realizada por Jordi Ferrer Beltrán.¹¹⁴ Todavia, cumpre salientar a necessidade de expurgar as hipóteses *ad hoc*, tidas como aquelas formuladas depois da conformação do conjunto de elementos informacionais deduzidos no processo e da valoração das proposições agrupadas, o que impede que se argumente em favor da suficiência de elementos probatórios encetados após a realização da valoração das provas admitidas no processo, ou que se formulem argumentos novos, artificialmente construídos para justificar a hipótese defeituosa.

Tal expediente não é incipiente, devido ao rigor metodológico necessário para avaliação da cadeia de inferências probatórias, em especial, para disposição do grau de confirmação que as hipóteses fáticas aportam à decisão probatória. Dessa maneira, não caberia à acusação ziguezaguear hipóteses. Deve-se assentar uma proibição de ingresso de

¹¹³ VASCONCELLOS, 2020, p. 19.

¹¹⁴ BELTRÁN, 2007, p. 147.

novos elementos após a valoração das provas, o que exige uma revisão quanto às disposições dos art. 231 e art. 569¹¹⁵ do Código de Processo Penal brasileiro, o qual permite a qualquer tempo a juntada de elementos novos, o que favorece a incisão de hipóteses *ad hoc*.

1.5 REQUISITOS METODOLÓGICOS PARA FORMULAÇÃO DE *STANDARDS* PROBATÓRIOS

A formulação de *standards* probatórios, considerando sua função de aportar elementos justificadores à decisão judicial, prescreve a adoção de um sistema que instala dispositivos de autocontrole e de regulação da averiguação dos fatos, operados mediante uma certificação de validade racional, intersubjetivamente controlável, a valoração fática.

Larry Laudan defende a tese de regulação racional por meio dos *standards* probatórios ao estabelecer que se deve operar frente a uma necessária estrutura regulatória os processos de averiguação, e, igualmente, instituir metodologias de aperfeiçoamento de um modelo epistemologicamente ótimo de valoração dos fatos no processo, ainda que contingencialmente. Laudan assevera que “*aparentemente la idea es que una condena está justificada sólo si la teoría del caso ofrecida por el fiscal es plausible y no existe alguna teoría alternativa plausible que sea compatible con la inocencia del acusado*”.¹¹⁶

Os *standards* probatórios supõem a existência de elementos justificadores racionais, que apresentam metodologicamente pressupostos verificáveis, os quais devem ser validados por normas procedimentais relativas à epistemologia, à lógica, aos conhecimentos cientificamente afiançados e às máximas de experiências, efetivamente reconhecidas pela comunidade, como saberes transmitidos culturalmente e com forte apelo simbólico.

Aduz Husserl¹¹⁷ que a possibilidade de se adotarem razões científicas baseadas em evidências não dá sustentação exclusiva à fundamentação racional. É preciso gerar atos de conhecimento, verificáveis após o refazimento do percurso lógico e a aplicação das regras subjacentes, sendo injustificável a coexistência de juízos contraditórios, o que tem a ver com o compromisso de confiança e de segurança das decisões judiciais. Husserl defende que o processo de investigação lógica deve conter três critérios: (i) o conteúdo deve apresentar estruturas rígidas; (ii) a existência de uma lei reguladora que permita conectar a

¹¹⁵ Sobre o tema, cfr. Boaventura e Freiria (2020, p. 214 e ss.). Na ocasião, defendi que os dispositivos são inconstitucionais, por romperem a procedibilidade lógica do processo, em razão de assumir o marco teórico da concepção racional da prova.

¹¹⁶ “Aparentemente, a ideia é que uma condenação estará justificada, somente, se a hipótese oferecida pela acusação é plausível e não existe alguma hipótese alternativa plausível que seja compatível com a existência do acusado.” (LAUDAN, 2011, p. 71, tradução livre)

¹¹⁷ HUSSERL, 2014, p. 9.

fundamentação à hipótese; e (iii) a possibilidade de universalizar as inferências por meio de regras gerais de experiência e lógica. A tal lei reguladora defendida por Husserl, precisamente, se enquadra no conceito de *standard* probatório, se trasladarmos a análise para o raciocínio judicial, ou, a determinação dos fatos no processo.

Os aparatos de controle e regulação referidos pelo autor se condensam em raciocínios que contêm capacidade justificativa: as inferências probatórias. Três pontos distintivos são caracterizadores da inferência probatória: (i) o fundamento, os requisitos para correção da cadeia de raciocínio; (ii) a finalidade, a conexão entre os fatos probatórios e a hipótese; e (iii) a força, o grau de solidez do argumento. A inferência é um enunciado que expressa uma regularidade, que tem como fundamento a associação mais ou menos regular entre os fatos e a hipótese. Ao seu turno, a conclusão das inferências deve ser sempre expressa mediante um grau de probabilidade lógica, ou indutiva.

Tem-se, portanto, uma cifra gradual, instituída por cadeias de argumentos que estruturam o raciocínio judicial, conformando um umbral de suficiência. Acerca da gradação da justificação possibilitada pelas inferências probatórias, Daniel Lagier assevera que “*permiten una comparación y ordenación del grado de justificación de diferentes hipótesis particulares, pero no una cuantificación numérica de su probabilidad*”.¹¹⁸

A função dos *standards* probatórios é, em realce: predizer quando a gradação é suficiente para considerar provada a hipótese. Três condições são necessárias: (i) não apelar a estados mentais (preferência de critérios objetivos); (ii) ser intencionalmente preciso; e (iii) enfrentar o problema da gradação do grau de confirmação não quantificável numericamente, adotando-se a probabilidade indutiva.

Jordi Ferrer Beltrán¹¹⁹ defende que, para se considerar provada uma hipótese fática decorrente de um processo penal, é necessário estabelecer um modelo explicativo coerente, composto pelos fatos disponíveis, ordenados e qualificados de acordo com as hipóteses confirmadas por elementos informacionais fiáveis, aportados ao processo. Não só, é preciso que as hipóteses alternativas plausíveis se apresentem incompatíveis com a inocência do acusado.

Dentre os critérios políticos, o autor defende que a formulação de *standards* probatórios deve coexistir com o relativo risco de erro judicial, o qual deve ser suportado pelas partes.¹²⁰ Para tanto, propõe a seguinte reflexão: (i) da gravidade dos erros judiciais

¹¹⁸ LAGIER, [s.d.], p. 87.

¹¹⁹ BELTRÁN, 2021, p. 29.

¹²⁰ Idem, p. 116.

(condenar inocentes ou absolver culpados), para que se possa distribuir os erros de acordo com o procedimento específico e direcional; e (ii) da dificuldade probatória inerente à averiguação da verdade.

Estabelecidas as premissas substanciais para formulação dos *standards* probatórios, passo a referendar os requisitos metodológicos¹²¹ apontados por Jordi Ferrer Beltrán, os quais suportam o rigor técnico necessário para os fins de estabelecer um marco de controle da averiguação da verdade, mediante o conjunto de elementos disponíveis no processo. São quatro os requisitos metodológicos apresentados por Jordi Ferrer: (i) a formulação deve apelar à capacidade justificativa do acervo probatório; (ii) os *standards* probatórios devem estar formulados de tal maneira que seja possível estabelecer um umbral de corroboração, que institua progressivos graus de exigência para cada momento probatório¹²² ocorrido no processo; (iii) para formular o nível de exigência probatória, não é possível apelar a critérios probabilísticos matemáticos; e (iv) os *standards* probatórios devem ser formulados a fim de permitir uma escala de exigência progressiva, crescente.

Os argumentos em favor da necessidade de se fixarem umbrais de suficiência probatória, crescem-se, ademais, a cinco recomendações extras, as quais compõem os fundamentos pelos quais se deve formular um *standard* de maior ou menor nível de exigência, o que se faz mediante conjugação de fatores político-criminais.

As cinco recomendações, segundo Jordi Ferrer Beltrán¹²³ são: (i) definir a gravidade da ocorrência de erro em caso de condenações de inocentes, com a devida observância do bem jurídico afetado ou da gravidade da sanção, por exemplo, a liberdade ou o patrimônio; (ii) definir o custo social das absolvições falsas; (iii) considerar as dificuldades probatórias relativas ao caso específico, tendo em vista a capacidade probatória das partes; (iv) considerar conjuntamente as diferentes classes de distribuição de erros, por exemplo, as regras de ônus probatório e as presunções normativas, com vistas a equalizar eventuais vantagens probatórias; e (v) definir os momentos probatórios para aplicação dos *standards*.

Esposadas as condições de ordem político-criminal e metodológica para formulação de *standards* probatórios, bem como seu objetivo institucional, requer atenção a diferenciação necessária dos diversos procedimentos de averiguação e de produção de conhecimento ocorridos no processo, notadamente as prisões cautelares, que merecem tratamento especial.

¹²¹ BELTRÁN, 2021, pp. 29-100.

¹²² Jordi Ferrer Beltrán (2007, p. 41 e ss.) distingue três momentos da atividade probatória: (i) conformação dos elementos de juízo; (ii) valoração das provas; e (iii) decisão judicial sobre as provas.

¹²³ Idem, p. 262.

2. AS PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: PANORAMA ATUAL¹²⁴ E DEMAIS SISTEMAS DOGMÁTICOS

Faz-se necessário dar um passo atrás do esboço normativo que estabelece os tipos de prisões cautelares para esclarecer um ponto essencial para fins de organizar os distintos tipos de prisões em categorias. Considerarei elemento central a pretensão¹²⁵ cautelar, que produz filtros que limitam a decisão judicial, adstrita ao pedido e à causa de pedir, restritivamente.

Tal asserção visa a empreender um estatuto jurídico de observância necessária em prol das categorias essenciais do processo e a sua aplicação nas demandas cautelares. A distinção é salutar, pois demonstra não haver, necessariamente, para fins de conformação do processo, o conflito de interesses qualificados pela pretensão resistida do réu, a lide judicial. Basta que a pretensão tenha sido formulada validamente para que o processo se estabeleça. Tal modelo avoca, para o topo da pirâmide deontológica da teoria do processo, a pretensão, vinculando seus elementos formadores: o pedido delimitado pela causa de pedir.¹²⁶ Tal característica, notadamente, gera impacto no raciocínio probatório, uma vez que limita o objeto de prova à fusão entre as duas categorias essenciais.

Cumprе salientar, noutrо plano, que a relação jurídica não se confunde com o processo. Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior afirmam¹²⁷ que criador e criatura não são o mesmo. Portanto, a relação jurídica controvertida não se confunde com o processo, do mesmo modo que o controle intersubjetivo não carece de afetação a um processo definitivamente conjugado, bastando a existência do procedimento cautelar para que se instale o sistema de garantias e liberdades protegidas pelo Direito. Nesse ponto, insta frisar que as exigências probatórias devem consentir em acervos probatórios empobrecidos pela ausência

¹²⁴ Um panorama denso e organizado acerca da prisão preventiva e seu uso desmesurado durante a denominada Operação Lava-Jato foi objeto de pesquisa desenvolvida por Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves. O compilado de decisões analisadas sob uma perspectiva qualitativa, discriminando cada bloco de argumentos utilizados para decretação das prisões, constitui rico material e foi considerado nesta investigação. (CHAVES, 2021)

¹²⁵ Fio-me à tese defendida pelos Professores Afrânio e Pierre Souto Maior (JARDIM; AMORIM, 2016, p. 267) acerca da pretensão como elemento essencial do processo, em detrimento do destaque semântico dado à lide. Os autores argumentam que há processo sem o conflito de interesses e a resistência de uma das partes. Nesse sentido, havendo classes processuais em que não há resistência obrigatória, destaca-se a pretensão como agente limitador da demanda e do objeto de investigação, bem como qualificador da regularidade do processo, em razão do vínculo entre pedido e causa de pedir. A reflexão serve-nos, precisamente, à decantação das categorias essenciais dos processos cautelares, dos quais não há resistência manifestada obrigatoriamente. Obviamente, reproduz-se um argumento presuntivo de que não há aquele que concorde com a cautelar, em especial a prisão. Todavia, havendo interesse em cautelares menos incisivas, poderá a parte não apresentar resistência à pretensão.

¹²⁶ No mesmo sentido, cfr. Jardim (1995, p. 24 e ss.).

¹²⁷ JARDIM; AMORIM, 2016, p. 70 e ss.

de proposições fáticas defensivas, que naturalmente apresentam hipóteses alternativas à pretensão.

A relevância do argumento, para os fins tratados nesta análise, está em sedimentar que a pretensão expressa pelo pedido e limitada pela causa de pedir constitui elemento central do processo cautelar, doravante, está sujeito às exigências probatórias pertinentes. O sistema microprocessual cautelar penal estabelece uma relação de continência com a pretensão punitiva, não podendo haver por meio cautelar a satisfação última da pretensão condenatória, que deverá ocorrer ao final do processo. Por outras vias, as decisões cautelares penais, em especial, não visam ao reproche sancionador da norma penal substantiva, mas à proteção do processo.

Entretanto, a pretensão punitiva se expressa como condicionante da prisão cautelar, notadamente as prisões focais cuja fundamentação recai sobre a necessidade de se garantir a ordem pública. A própria formulação teórica é contrastante, em razão de a cautelaridade afetar prognoses processuais, mas atingir a pretensão punitiva. Por exemplo, permite-se que seja decretada a prisão em razão da “gravidade em concreto da conduta”,¹²⁸ o que decorre das razões justificadoras da aplicação da pena, portanto, alocada na pretensão punitiva projetada (que será deduzida na ação penal) e, nas circunstâncias do delito, o que diz respeito à norma substancial. O processo cautelar apresenta, nessa contrariedade conceitual, seu maior espaço vazio epistêmico, no tocante à averiguação dos fatos. Isso porque não há – necessariamente – procedimento dialético que realize o contraditório. Só uma versão dos fatos é levada a efeito, para fins de decretação da prisão, o que exige do julgador maior rigor decisório.

Cumprido o passo inicial, passamos à apresentação da sistemática das prisões cautelares no processo penal brasileiro, em especial dos parâmetros normativos alocados no art. 282,¹²⁹ incisos I e II, do Código de Processo Penal.

Em linhas gerais, o comando normativo obriga a observância de três critérios para decretação das medidas cautelares: (i) aplicar a lei penal; (ii) garantir a higidez da investigação e instrução criminal; e (iii) evitar a prática de infrações penais reiteradas. Ainda,

¹²⁸ Nesse sentido, a Tese nº 12, contida na publicação *Jurisprudência em Teses*, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), está formulada da seguinte forma: “a prisão cautelar pode ser decretada para garantia da ordem pública potencialmente ofendida, especialmente nos casos de: reiteração delitiva, participação em organizações criminosas, gravidade em concreto da conduta, periculosidade social do agente, ou pelas circunstâncias em que praticado o delito”. (BRASIL, 2015)

¹²⁹ “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.”

deve-se observar: (i) a adequação da medida à gravidade da conduta típica;¹³⁰ (ii) as circunstâncias fáticas concernentes;¹³¹ e (iii) as condições pessoais do acusado.

A norma legislada configura os requisitos substantivos que, estratificados em camadas probatórias, indicam o objeto ao qual se deverá produzir a prova para fins de validação jurídica da medida, ao tempo em que se socorre de atributos de ordem valorativa e fática, obrigando a realização de análise quanto ao grau de apoio necessário, ou ao grau de corroboração, dos fatos conformados no processo cautelar frente à hipótese fática deduzida, calibrando a decorrente afetação do caso concreto aos parâmetros do art. 282 do Código de Processo Penal, o que justifica *per se* a formulação de *standards* probatórios específicos para fins de decretação de cautelares penais, em especial de prisão.

Duas características são inerentes às cautelares: seu caráter provisório¹³² e acessório, o que afasta a modulação operativa de fundamentos justificadores da prisão cautelar assentados em pressupostos inerentes à aplicação da pena, que possuem caráter definitivo. Tal afirmação encontra respaldo nas normas contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos, em especial, no art. 8, item 2.

Certo que as restrições de liberdades e garantias individuais estão ancoradas na proteção de outros valores de calibre constitucional, como a presunção de inocência e o devido processo, as prisões cautelares são matérias notáveis em termos de disfunção operativa dos direitos fundamentais. De um lado, radicam a proteção da dignidade e seus corolários, de outro, a proteção penal eficiente. Como salienta Rogério Schietti Cruz:

[...] entre esses direitos sobressai o direito à segurança, colocado ao lado do direito à liberdade, em igual estatura e importância, logo no *caput* do artigo 5º da Carta Magna, o que implica afirmar que o Estado está obrigado a assegurar tanto a liberdade do indivíduo contra ingerências abusivas do próprio Estado e de terceiros [...].¹³³

¹³⁰ Tal fundamento apresenta encaixe ao conteúdo do pressuposto material da prisão denominado *fumus commissi delicti*, razão pela qual não os diferenciarei.

¹³¹ As circunstâncias fáticas e as condições pessoais do acusado, outrora, se combinam ao pressuposto material do *periculum libertatis*, concernente à decretação de prisão. Dessa feita, tomá-los-ei como semanticamente congruentes, ainda que operem conteúdos normativos diferentes. Jordi Nieva Fenoll (2017, p. 255), ao seu turno, defende que o *periculum* nem sequer é um pressuposto cautelar, mas bem se confunde com a característica da cautelaridade.

¹³² Exige-se, para fins de atender os critérios de proporcionalidade da prisão, uma dupla análise, quanto à adequação da medida e à sua duração. Nesse sentido, cfr. Sanguiné (2014, p. 630).

¹³³ CRUZ, 2021, pp. 90-91.

O modelo interoperativo¹³⁴ das cautelares, que prescrevem a perda de liberdade de ir e vir, outrora, deve concatenar argumentos suficientes para derrotar a proteção às garantias individuais frente ao Estado. Notadamente, deve-se considerar as diversas facetas da presunção de inocência, corolário do princípio reitor da dignidade humana, no tocante às dimensões processual e extraprocessual,¹³⁵ para fins de afetação de direitos fundamentais pelas prisões cautelares.

A liberdade como valor estruturante do Estado Democrático de Direito e guia normativo das garantias processuais penais requer o hasteio de redes de proteção rígidas e ativas, o que circunscreve um comportamento estatal vinculado às normas que radicam especial atenção quanto às exigências probatórias para derrotar a presunção de inocência. Na prática, esse modelo deôntico enfrenta um forte descaso. Perfecto Andrés Ibáñez assinala que:

*[...] ocupa un lugar privilegiado en la economía real del sistema penal. Ello quiere decir, cuando menos, dos cosas. La primera, es que desborda funcionalmente los límites que le están asignados en tal caracterización formal, marcados en apariencia por las notas de provisionalidad y accesoriedad, puesto que no sólo cumple fines procesales, sino que en su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata.*¹³⁶

Na contramão do desuso da presunção de inocência como norma reativa à imprescindibilidade das cautelares de prisão, está sua função de princípio informador do processo penal, qual seja, é vocacionado a oferecer conteúdo normativo às diversas decisões, no sentido de estimular maior rigor frente ao raciocínio probatório e excepcionalidade à cautelar.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Constitucional da Espanha, acerca do princípio informador da presunção de inocência, asseverou que “serve de base a todo procedimento

¹³⁴ Refiro-me à interoperabilidade em razão de as cautelares penais se situarem no campo processual e substancial, conforme vimos. De um lado, estabelecem proteção ao processo, doutro radicam ofensa a direitos fundamentais, substantivos.

¹³⁵ Jordi Ferrer Beltrán (2010, pp. 5-23) afirma que há distintas facetas da presunção de inocência, atingindo dimensão extraprocessual e endoprocessual, dentre as quais, notabilizam-se: (i) presunção de inocência quanto à sua dimensão processual; (ii) como princípio informador do processo; (iii) como regra de tratamento processual; (iv) como regra probatória; e (v) como regra de julgamento. Ademar Borges (2022, p. 203 e ss.), por sua vez, elabora imbricado estudo sobre presunção de inocência e *standard* probatório, concluindo que a faceta de garantias para as partes, função precípua da formulação de graus de suficiência para considerar provada a hipótese, deve obtemperar exigências que são capazes de superar o estado de inocência, protegido pela presunção de não culpabilidade.

¹³⁶ IBÁÑEZ, 2009.

criminal e condiciona sua estrutura, constituindo um dos princípios cardiais do Direito Penal contemporâneo, em suas facetas substantivas e formal”.¹³⁷

Ademais, exige-se que a medida seja proporcional, o que perfaz decisão acerca do período estabelecido e de duração da prisão, em confronto com o tipo penal capitulado em perspectiva. Adiciona-se às características aclimatadas pela acessorialidade,¹³⁸ provisoriedade e proporcionalidade, a necessidade de adequação da medida, para fins de lhe conceder validade. Tais pressupostos deslocam a análise para uma perspectiva de modelo de *ultima ratio*.

Deve-se realizar um exercício justificador extra em favor da hipótese de não aplicação da medida cautelar mais grave, em detrimento de outras medidas, para fins de validade da prisão. Para tanto, não basta defender serem inaplicáveis as cautelares alternativas à prisão, mas é necessário demonstrar faticamente a necessidade mediante inferência probatória submetida a filtros de averiguação racional, o que deve estar contido – exposto objetivamente – na decisão judicial.

Outrossim, os filtros aquiescentes para decretar medidas cautelares de prisão devem aditivar a exigência de fundamentação específica quanto à suficiência da medida, o que requer a virtualização – esquematização de uma ação interruptiva hipotética – que ofereça dados seguros em prol da probabilidade indutiva que expresse alta segurança de que haverá cessação do curso delitivo reiterado caso a prisão seja decretada. Em outras palavras, deve-se operar um argumento que corrobore a hipótese de marco de interrupção imaginativo da conduta, o que cumpre com a exigência de motivação da decisão.

Igualmente, não se admitem argumentos *ad hoc*, que não estão sustentados por bases empíricas concretas, ou que são formulados *a posteriori* da pretensão cautelar deduzida. O decreto prisional deve ter precisão, ser concreto e carrear inferências demonstráveis, mediante exposição coerente da cadeia de argumentos submetidos epistemicamente válida e intersubjetivamente controlável.

Não obstante, verifica-se, comumente, a formulação de hipóteses *ad hoc* para derrotar a presunção de inocência – refiro-me a argumentos que expõem genericamente a alegação da prova da descontinuidade da empreitada criminosa mediante a interrupção dos fatos típicos em decorrência da prisão, o que deve ser rechaçado, devido à debilidade epistêmica,

¹³⁷ ESPANHA, 1999.

¹³⁸ Quanto à acessorialidade, é salutar colocar relevo à proibição de sacrifício excessivo de direitos fundamentais, o que justifica ontologicamente o caráter subsidiário da prisão. Cfr. Cruz (2021, p. 26 e ss.), acerca da necessária ponderação frente à decretação de prisão cautelar.

argumentativa. Por óbvio, a prisão acarreta topicamente a interrupção da conduta imediata. Todavia, o que o critério de decisão em conformidade com as exigências epistêmicas prescreve é avaliar o grau de corroboração da hipótese alternativa.

Nesse sentido, a exigência que se instala frente ao raciocínio probatório requer a verificação racional de que a conduta delitiva não será interrompida, caso não seja decretada a prisão. Deve-se desenvolver argumento a contrário *sensu*, consentindo em formular – ainda que virtualmente – hipótese fática alternativa em favor da liberdade. Todavia, esse caráter parece mascarado na jurisprudência, ainda quando há expressa menção às normas limitadoras da prisão e à formulação de exigências racionais. Caso ilustrativo é o da Corte Constitucional da Espanha, sentença 30/2019. Vejamos:

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dicha previsión no da cobertura a decisiones de prevención general dirigidas contra un individuo o una categoría de individuos que se estime constituyan un peligro debido a su continua tendencia al crimen; sino que, más limitadamente, en el contexto de la persecución de un delito, los arts. 5.1 c) y 5.3 del Convenio, interpretados conjuntamente, permiten a los Estados contratantes imponer y mantener en el tiempo una privación cautelar de libertad previa al juicio como medio de prevención de una concreta y específica infracción penal, finalidad que ha de venir fundamentada en hechos o informaciones concretas basadas en datos objetivos (SSTEDH de 6 de noviembre de 1980, caso Guzzardi c. Italia, § 102; de 27 de mayo de 1997, caso Eriksen c. Noruega, § 86; de 17 de diciembre de 2009, caso M. contra Alemania, §§ 89 y 102; de 13 de enero de 2011, caso Haidn c. Alemania, §§ 89 y 90; de 7 de marzo de 2013, caso Ostendorf c. Alemania, §§ 67 a 69, y 28 de octubre de 2014, caso Urtans c. Letonia, § 33).¹³⁹

A leitura de trecho da sentença revela que o apelo a critérios objetivos e racionalizáveis de decisão frente à continuação delitiva carece de norma que estabeleça graus de suficiência para considerar provada a hipótese, não havendo rigor epistêmico quando a formulação de hipótese alternativa em favor da liberdade. De igual sorte, o raciocínio probatório deve radicar exigências epistêmicas capazes de aportar critérios de justificação quanto ao risco de fuga,¹⁴⁰ mormente deduzido de juízos hipotéticos, fundamentados a partir de crenças morais e íntimas do julgador, sem o aporte de dados concretos e fiáveis que confirmem a versão deduzida. Na prática, a matéria sofre toda sorte de distorções. Basta para confirmar tal alegação a leitura de trecho da sentença n. 30/2019, do Tribunal Constitucional

¹³⁹ ESPANHA, 2019.

¹⁴⁰ O risco de fuga é elemento essencial para decretação de prisão cautelar, o que se sustenta em razão da necessidade de proteger a instrução processual e a aplicação da pena.

da Espanha, que pode ser facilmente reproduzida em diversos ordenamentos jurídicos. Vejamos:

Por tanto, y teniendo en cuenta que el objeto exclusivo del presente recurso de amparo es la adopción inicial de la medida de prisión provisional, el argumento relativo al tipo de delito y a la gravedad de la pena, puede ser suficiente para inferir del mismo razonablemente la existencia de riesgo de fuga (por todas, STC 8/2002, de 14 de enero, FJ 4).¹⁴¹

Dando seguimento ao argumento esposado na sentença, a inferência lógica deduzida atesta que a prática de delitos com penas altas, que merecem alto reproche social, é suficiente para formular juízo positivo do risco de fuga. O critério de decisão sobre os fatos pode ser assim ilustrado: se A praticou o delito B (com pena alta), a hipótese fática que aporta elementos suficientes acerca da ocorrência de B por A confirma haver provas suficientes de que há risco de fuga. Indene de dúvidas, esse critério sofre de grave defeito epistêmico.

Deve-se exigir, adicionalmente, que a decretação de cautelares, em especial das cautelares de prisão, contenha argumentos aptos a demonstrar concretamente a falibilidade de medidas alternativas, o que cumpriria – em tese – a obrigação de demonstração de adequação em termos probatórios. A análise acerca da adequação¹⁴² da cautelar requer um juízo de ponderação (proporcionalidade) que assume precipuamente ter ocorrido o fato, ou seja, que o fato típico se considera suficientemente provado, sendo necessário projetar virtualmente seu curso empírico, o que constitui embrionariamente uma sanção lançada ao futuro. Trata-se, portanto, de um modal de características presuntivas, que não se parece conciliar com a presunção de inocência, a qual estipula comandos em sentido contrário.

O princípio da proporcionalidade denota a consideração da força normativa dos direitos fundamentais, o que deve ser observado como medida de regulação à ação estatal. Odone Sanguiné afirma que o princípio da proporcionalidade “constitui, portanto, fundamento autônomo para a declaração de inconstitucionalidade das medidas limitativas de direitos fundamentais de modo que tolhe toda a ação ilimitada do poder de Estado”.¹⁴³ O autor complementa sua asserção afirmando que:

¹⁴¹ “Para tanto, e tendo em conta que o objeto exclusivo do presente recurso de amparo é a adoção inicial da medida de prisão provisória, o argumento relativo ao tipo de delito e a gravidade da pena, podem ser suficientes para inferir, mesmo racionalmente, a existência de risco de fuga (STC 8/2002, 14 de janeiro, FJ 4).” (ESPAÑA, 2019, tradução livre)

¹⁴² Odone Sanguiné (2014, p. 631) classifica a adequação como subprincípio, o qual denomina de idoneidade. Para ele, a idoneidade constitui critério empírico de verificação, o que serve para averiguar se a medida é ou não apropriada aos fins perseguidos e à realização dos direitos fundamentais protegidos.

¹⁴³ SANGUINÉ, 2014, p. 623.

[...] é indispensável que a medida limitante do direito fundamental esteja prevista na lei, que seja adotada por decisão judicial especialmente motivada e que seja idônea, necessária e proporcional em relação com um fim constitucionalmente legítimo.¹⁴⁴

Em outras linhas, a atribuição de valor de verdade projetada à ocorrência do fato ensejador da prisão parece provocar grave confronto com a dimensão da presunção de inocência, a qual prescreve regra de tratamento processual em favor da não culpabilidade. Tudo isso, frente a uma averiguação fática epistemicamente insubsistente, em razão de não haver – comumente – a realização do contraditório e do necessário confronto com hipóteses fáticas alternativas, o que debilita sobremaneira as inferências baseadas em razões epistêmicas realizadas durante os procedimentos cautelares.

Justifico meu argumento com uma asserção simples: para pensar uma hipótese razoável de interrupção da ocorrência do injusto penal punível, necessariamente, deve-se admitir como suficientemente provada a ocorrência do fato típico, não havendo necessariamente a formação do conjunto de elementos informacionais necessários para declarar vencedora a hipótese inculpatória. As decisões cautelares, nesse sentido, se travestem de embriões inculpatórios, que poderão eclodir em vieses cognitivos invencíveis, por parte do juiz.¹⁴⁵

O que pretendo demonstrar é que o juízo de ponderação quanto à adequação da decretação de prisão cautelar esconde uma antecipação do juízo valorativo da conduta, mediante virtual operação cognitiva que estabelece como verdadeira a proposição fática inculpatória. Tal expediente, por óbvio, abre margens perigosas à discricionariedade do juiz, dado que calcifica no balanço valorativo elementos de índole moral e de convicção íntima.¹⁴⁶

Exemplo ilustrado da aplicação de critérios de decisão insuficientes para fins de decretar a prisão cautelar, em termos de consistir em raciocínios probatórios que não recorrem a hipótese alternativa, estão as decisões sobre os fatos elencados na sentença n. 95/2019, do Tribunal Constitucional da Espanha. Os argumentos que deram ensejo à prisão foram assim deduzidos:

¹⁴⁴ *Idem*, p. 624.

¹⁴⁵ Esse argumento nos parece suficiente para a defesa da implantação necessária do juiz de garantias no bojo dos inquéritos, ou dos procedimentos apuratórios incidentais no processo, que ensejam decisões de prisão. Sobre o tema, consulte artigo de minha autoria, que trata da contenção de vieses cognitivos pelo juízo de garantias. (FREIRIA, 2019).

¹⁴⁶ A dissonância cognitiva explora as dificuldades que o julgador tem de abandonar concepções prévias incrustadas por conhecimentos antecipados sobre o objeto de análise. A dissonância prevê que o julgador adotará como decisão aquela que lhe deixa mais confortável, ou aquela que lhe pareça mais convincente, ainda que se radiquem razões suficientes para rejeitar a hipótese preferencial. (FESTINGER, 1975, p. 245 e ss.)

En relación con los fines perseguidos con la medida cautelar, la fiscal alegó (i) riesgo de reiteración delictiva, pues la puesta en libertad permitiría a estos cuatro detenidos persistir en una actividad delictiva que habrían venido desarrollando de modo permanente y estable durante, al menos, la última década, hasta el punto de constituir su modus vivendi; aludió, asimismo, al (ii) riesgo de alteración y/o destrucción de fuentes de prueba, estimando necesario continuar una investigación aún en ciernes y evitar que, con su puesta en libertad, se frustraran futuras fuentes de prueba o bien los resultados de ciertas diligencias pendientes de conclusión, lo cual sería factible en caso de tener conocimiento de lo ya investigado y declarado secreto; finalmente, indicó (iii) riesgo de fuga resultante no solo de la gravedad de las penas asociadas a los ilícitos objeto de investigación, sino también de su situación personal, pues el arraigo que efectivamente cabe apreciar resulta contraproducente en este caso, al constatarse que ese sólido vínculo familiar entre los detenidos favorecería la propia mecánica delictiva; a ello cabría sumar una considerable solvencia económica, deducible de la incautación de 400.000 € no justificados en el domicilio particular de uno de estos hermanos, que evidencia capacidad para eludir la acción de la justicia ocultándose en paradero desconocido. Estimó la fiscal, en suma, que la medida cautelar interesada resultaba proporcionada, razonable y ajustada a la imputación efectuada y a los fines perseguidos.¹⁴⁷

Em primeira linha, o argumento acerca da reiteração delitiva se funda na prática supostamente delitiva conjugada com a família do investigado, a qual extrai sua renda e patrimônio exclusivamente da prática de delitos. Ainda, a sentença menciona a existência de antecedentes criminais de alguns membros da família. No segundo argumento, acerca da destruição de provas, destaca a sentença que há possíveis diligências não realizadas, que são imprescindíveis à investigação. Último, o risco de fuga se depreende da gravidade das penas e ilícitos objeto de investigação, bem como da existência de valores encontrados durante a apreensão, que não foram devidamente justificados, o que apoiaria a conclusão de que a soma de valores fora do sistema bancário é fundamento suficiente apto a provar o risco de fuga concreto. Tal asserção ofertaria apoio suficiente para considerar provada a hipótese ensejadora da prisão.

A baixa qualidade epistêmica das inferências deduzidas torna prescindível fiar diversas formulações de hipóteses alternativas, dado que as generalizações esposadas sequer estabelecem um critério lógico indutivo. O raciocínio probatório ensimesmado coloca em relevo a fragilidade argumentativa, quanto à destruição de provas e ao risco de fuga. Todavia, o recurso é zeloso em aventar outro argumento essencial: a disposição de todos os dados informativos do conjunto de proposições probatórias reunidas, impedindo a defesa de formular hipóteses compatíveis com a inocência dos acusados e, ademais, acerca da

¹⁴⁷ ESPANHA, 2019.

fiabilidade dos dados aportados. O argumento decisório, nesse ponto, é percuciente e condizente com uma perspectiva racionalista da prova. Vejamos:

*La conexión entre el derecho a conocer las razones de la privación de libertad y el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnarla explica en gran medida el contenido de esta segunda garantía, puesto que a partir de la información recibida, y para contrastar su veracidad y suficiencia, el privado de libertad puede solicitar acceso a aquello que recoja o documente las razones aducidas (STC 21/2018, FJ 7), activando con ello su derecho.*¹⁴⁸

A sentença ilustrativa esboça clara orientação do Tribunal Constitucional da Espanha quanto à titularidade do direito de o acusado vindicar acesso a todo o conjunto de elementos informacionais conformado no processo. Isso lhe permitirá apontar falhas inferenciais que derrotem as inferências que avançaram sobre o grau de suficiência para considerar provada a hipótese inculpatória, o que instituiria, hipoteticamente, um procedimento probatório em que a hipótese exculpatória seja objeto de raciocínio judicial, o que implica arvorar-se de métodos de determinação dos fatos no processo mediante uma valoração epistemicamente justificada.

Jordi Ferrer Beltrán¹⁴⁹ destaca três exigências para se considerar justificada a prisão cautelar, considerando-se adequada frente a uma análise de proporcionalidade. Em primeiro lugar, dever-se-á assumir que o fato ensejador do delito deve merecer alto reproche, para fins de balizar a violação a direito fundamental à liberdade, de vencer a presunção de inocência. Em segundo, os elementos de juízo que apoiam a decisão devem ser suficientemente satisfatórios e consistentes racionalmente, reduzindo a probabilidade indutiva de haver uma absolvição e, finalmente, a existência de um grave risco processual, sendo necessário acreditar esse risco mediante proposições fáticas que detenham alto grau de corroboração. Ademais, Ferrer Beltrán ressalta o caráter subsidiário da medida.

No mesmo sentido, a Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁵⁰ estabelece os requisitos para justificação da prisão preventiva: (i) deve ser medida de caráter cautelar e não punitiva; (ii) deve fundar-se em elementos probatórios suficientes que permitam concluir razoavelmente que a pessoa submetida ao processo realizou o delito; (iii) deve estar sujeita à revisão periódica, evitando prolongamento ilegal; e (iv) não pode ser arbitrária, exigindo-se

¹⁴⁸ “A conexão entre o direito a conhecer as razões da prisão e de acessar os elementos essenciais para impugnação dos atos, explica em grande medida o conteúdo dessa segunda garantia, posto que a partir da informação recebida, e para contrastar sua veracidade e suficiência, o preso pode solicitar acesso àquele que recolheu o documento com as razões deduzidas (STC 21/2018, FJ 7), ativando com isso seu direito.” (ESPANHA, 2019, tradução livre)

¹⁴⁹ BELTRÁN, 2017, p. 115 e ss.

¹⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2016, parágrafo 122.

uma decisão motivada nas circunstâncias do caso concreto, sendo necessário apontar o perigo de liberdade à consecução do processo.

Curiosamente, em que pese haver expressa ordenação de realizar raciocínio probatório capaz de superar o grau de suficiência para considerar provadas as hipóteses fáticas condenatórias, para fins de decretação da prisão, a CIDH se furta de estabelecer requisitos metodológicos mínimos consistentes de quando se considerarão suficientes, não havendo qualquer indicador acerca dos critérios de decisão aplicáveis. Ainda, sendo necessário formular *standards* consecutivos e progressivamente mais exigentes, não se poderá adotar como suficiente o grau de confirmação da hipótese exclusivamente para condenação em decisões sobre os fatos que entremeiam o procedimento probatório, mas que não encerram a pretensão deduzida terminativamente: as decisões interlocutórias. Consequentemente, a vaguidade quando critério de decisão acerca do fato ensejador da decisão cautelar esvazia o conteúdo da recomendação.

Apresentados os caracteres gerais das cautelares, sobretudo, das prisões cautelares, concentrarei a análise teórica na prisão preventiva, reservando especial atenção ao conteúdo do pressuposto material “ordem pública”, necessário para consecução da medida. O objetivo não é outro, senão argumentar em favor da maior exigência quanto à justificação motivada dos pressupostos autorizadores da prisão cautelar, bem como estabelecer *standards* probatórios capazes de definir precisamente quando será considerada suficiente provada a hipótese cautelar para fins de motivar validamente a decisão de prisão preventiva.

2.1 PRISÕES PREVENTIVAS: CONTEÚDO DA “ORDEM PÚBLICA” E STANDARDS PROBATÓRIOS

Um tipo especial de prisão cautelar receberá maior dedicação analítica, em razão dos pressupostos materiais concernentes à sua legitimação interna e externa, bem como a aparente prevalência¹⁵¹ frente às outras modalidades.¹⁵²

Para além de instituir um esboço caricatural das condições, das circunstâncias autorizadas ou dos pressupostos materiais para decretação da prisão preventiva, analisarei a

¹⁵¹ O Cadastro Nacional de Presos, publicação franqueada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0), aponta que, em 6 de agosto de 2018, 171.873 presos cumpriam penas sem condenação em primeiro grau, mantendo-se presos por menos de 180 dias. Outros 28,71% excediam esse prazo.

¹⁵² Dados estatísticos ofertados pelo Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões (BNMP 3.0), regulado pela Resolução nº 417, de 20 de setembro de 2021, do CNJ, dão conta de que há 835.643 pessoas privadas de liberdade no Brasil, das quais 27,4% em caráter provisório. (BRASIL, 2023a)

decretação da prisão preventiva frente a um desses requisitos: a ordem pública. Destacarei o conteúdo normativo da locução linguística que empresta sentido à força justificadora da decretação da prisão preventiva, desatendendo a análise sobre os outros aspectos.¹⁵³

A prisão preventiva está atualmente regulada pelo art. 312 e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro, o qual requer necessária conjugação, no tocante à interpretação conjuntiva, ao art. 283 do referido Código.

Os dispositivos que instrumentalizam a norma que autoriza a prisão preventiva somam-se àqueles de caráter geral, inerentes às cautelares, os quais tratei no capítulo anterior. O aspecto diferenciador está, nos termos do art. 312, na aplicação mediante: (i) “garantia da ordem pública”; (ii) garantia da ordem econômica; (iii) conveniência da instrução criminal; e (iv) garantia da aplicação da lei penal. Todos os pressupostos devem ser sujeitados à averiguação racional da proposição fática que apoia suficientemente a asserção em favor da hipótese que assevera ter havido violação daquilo que merece proteção do direito: a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal e a aplicação da lei (expectativa legítima de vigência da norma proibitiva). Ainda, deve ser objeto de prova para fins de justificar uma decisão cautelar de prisão o grau de corroboração suficiente para consentir que o demandado praticou o delito e a sua liberdade é geradora de perigo.¹⁵⁴

Evidentemente, há uma sobreposição de fundamentos autorizadores contidos nos art. 283 e art. 312 do Código de Processo Penal, o que coloca em relevo a necessidade de lhes conceder maior atenção para fins de motivar a decisão judicial calcada em cada qual. Tal asserção se sustenta em razão de a repetição de expressões em enunciados normativos consistir, tal qual na prática linguística habitual, em dispositivo de reforço, sendo impróprio tomá-la como desimportante.

Desagregando os tópicos equivalentes, sobrarão os requisitos da “ordem pública” e da “ordem econômica”, o que constitui o motivo de interesse desta pesquisa em focalizar a

¹⁵³ Destaco que, desde a exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, a ordem pública assume papel central para fins de autorizar a decretação da prisão preventiva. Fica claro o interesse em avocar o clamor social e a repressão como método e exercício de poder estatal. Vejamos: “A prisão preventiva, por sua vez, desprende-se dos limites estreitos até agora traçados à sua admissibilidade. Pressuposta a existência de suficientes indícios para imputação de autoria de crime, a prisão preventiva poderá ser decretada toda vez que o reclame o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal. Tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado”. (CAMPOS, 1941)

¹⁵⁴ No capítulo anterior, expus a semelhança semântica dos enunciados normativos aqui lançados, com aqueles denominados *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, sendo desnecessário reprisar os argumentos. De todo modo, o perigo a que faço referência está na conduta desviada com capacidade operativa de vulnerar bens jurídicos, o que delimita a aplicação semântica.

expressão mencionada primeiro, dado que a ordem econômica¹⁵⁵ encontra forma e conteúdo normativo prescritos na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional sem os percalços da vaguidade¹⁵⁶ que afligem os intérpretes quando da decupagem do conceito e do conteúdo do que é a “ordem pública”.

2.1.1 O conteúdo normativo da “ordem pública”, uma possível formulação

As iniciativas jurisprudenciais e doutrinárias que buscam desvendar o conteúdo normativo da “ordem pública” predizem um regimento estruturado de análises tópicas de outros ramos de investigação social e conteúdos subjacentes, o que equivale dizer que não é possível decupar da legalidade estrita da norma inscrita no art. 312 do Código de Processo Penal um sentido semântico claro. Pela leitura do enunciado, é difícil extrair a compreensão do conteúdo e o âmbito normativo da expressão linguística autorizadora da decretação de prisão preventiva. É preciso mais esforço e uma tarefa combinada de articulação argumentativa.

Patrick Mariano Gomes,¹⁵⁷ imbuído da tarefa de promover uma historiografia do termo, faz uma rica e engenhosa verificação dos pressupostos normativos, históricos e políticos acerca da ordem pública, oportunidade em que assevera ser um conceito “multifacetado”, transitando em vários ramos do Direito, que lhe empresta significado múltiplo. O autor promove uma desagregação da locução, estabelecendo em apartado os conceitos, unindo-os, em seguida, como categoria léxica, aberta e absolvente.

Em primeira linha, destacando a formulação de Moreira Neto,¹⁵⁸ o autor faz referência ao conceito de ordem como um conjunto de elementos sociais que se interrelacionam regularmente e de maneira estável, compreendendo que a ordem é “pré-requisito funcional da organização”¹⁵⁹ de uma sociedade. A fundação do que seria um qualificador da ordem, a

¹⁵⁵ É possível assimilar, sem maiores dificuldades interpretativas, o conteúdo normativo do que é a “ordem econômica”, nos termos do art. 170 da Constituição Federal de 1988, bem como as condutas proibidas que afetam hipoteticamente o ambiente regulado de proteção ao bem jurídico delimitado, nos termos da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Cabe alertar, todavia, que a incidência de violações típicas aos bens jurídicos congregados sob a classificação de ordem econômica não autoriza automaticamente a decretação de prisão preventiva, sendo necessário averiguar os outros pressupostos.

¹⁵⁶ Realço, todavia, que a garantia da ordem econômica carece de explicitação quanto ao seu conteúdo normativo e âmbito de aplicação, em grau menor que a garantia da ordem pública.

¹⁵⁷ GOMES, 2013, p. 21.

¹⁵⁸ MOREIRA NETO, 1988, p. 139 APUD GOMES, 2013.

¹⁵⁹ Moreira Neto (1988 apud GOMES 2013, p. 143) conceitua a ordem pública como “um conjunto de valores, de princípios e de normas que se pretende ‘devam’ ser observados numa sociedade, impondo uma disposição ideal de elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório

pública, amalha conteúdo que dispõe sobre ajustes fundacionais para o livre exercício da estrutura do Estado. Essa interpretação, em razão do conjunto operativo de conceitos manejados, parece rescindir com a paz social detratora da tranquilidade individual, comumente adotada como conteúdo do que seja ordem pública, o que prescreve ser violadora da ordem pública a ação perturbadora do conjunto de estamentos da vida social. A vida social a que se refere, se adotarmos tal fundamento, é aquela regulada pelo Direito e exercida pelo Estado.

Tal formulação converge com aquela de Norberto Bobbio,¹⁶⁰ para quem a ordem pública material¹⁶¹ disciplina o funcionamento do Estado e da sociedade, categorizando o termo como promotor de segurança pacífica, equilibrada e harmônica do viver em comunidade. A ordem pública, doravante, pertence à classe mutável de composição normativa, sendo passível de alteração em razão de “inspiração ideológica e dos princípios orientadores”.

Igualmente profícuo, Rogério Schietti Cruz¹⁶² avulta os estudos sobre o tema, em densa análise da questão, dos problemas inerentes à interdisciplinaridade da expressão e os seus usos semânticos, coligados com as razões teleológicas que converteram historicamente a prisão preventiva em razão da violação da ordem pública em medida de segurança, o que se assemelha com as formulações feitas por Frederico Marques¹⁶³ e Gomes Filho.¹⁶⁴

O uso da locução normativa “ordem pública”, ao coligar seus pressupostos à paz social e à segurança pública, favorece o escape de sua natureza jurídica cautelar, de preservação da relação jurídica processual, para o da tranquilidade social e do funcionamento do Estado, dando margens à aplicação contra pessoas perseguidas ou indesejadas.

Patrick Mariano Gomes,¹⁶⁵ após realizar um completo trilha histórico da expressão, assevera os programas normativos fundacionais da ordem pública, em razão do uso no direito processual penal, como elementos suficientes para justificar a prisão. Parece não haver

da liberdade de cada um”. Portanto, destaca a liberdade individual como objeto de afetação. Tal formulação, todavia, parece contradizer a construção estamental de funcionamento e regulação da vida coletiva.

¹⁶⁰ BOBBIO, 1998, p. 851.

¹⁶¹ Bobbio (op. cit., pp. 851-852) distingue ordem pública material e constitucional. A ordem pública constitucional, ao seu turno, representa um limite ao exercício de direitos, que guarda especial convergência com a proteção de liberdades e garantias que conservam o “conjunto de princípios fundamentais de um ordenamento”. Portanto, a ordem pública constitucional não poderia impor limites outros que aqueles já regulados pelo âmbito da disciplina constitucional de cada um dos direitos e princípios fundamentais componentes de um situado ordenamento.

¹⁶² CRUZ, 2021, p. 263.

¹⁶³ MARQUES, 1965, p. 49.

¹⁶⁴ GOMES, 2010, p. 68.

¹⁶⁵ GOMES, 2013, pp. 29-43.

escape, se considerarmos a evolução – ou involução¹⁶⁶ – processual penal nacional, todos referendam a ordem pública como elemento indicador do controle social, de índole autoritária, utilizada para o controle de indesejados.¹⁶⁷

Plasmado o cariz autoritário, indubitável, recobra-se o art. 2º da Lei nº 88.777, de 30 de setembro de 1983, promulgada pelo ditador João Figueiredo, que conceitua a ordem pública como:

Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum.¹⁶⁸

Concernente à visão de admoestar a realização do delito cujo reproche é especialmente maior, a prisão preventiva calcada na ordem pública assumiria uma autorização indiscriminada, cujo fundamento-guia é essencialmente circunstancial. Há construções argumentativas forjadas em modulações empíricas particularistas – por exemplo, aquelas em que há apelo a argumentos relativos à comoção pública¹⁶⁹ – que entrelaçam o interesse de interromper a conduta típica e a sua conseqüente perturbação social, o que merece ressalvas quanto ao abandono da estrutura processual e probatória aderente à concepção racionalista, conforme ressaltai no Capítulo 2. A comoção pública gera óbice relativo à capacidade de formular proposições fáticas que denotem validamente o que seria, seu conteúdo informador, tendo em vista que o conceito abrange um espectro psíquico sobre o qual dever-se-á corresponder a realidade, ou não, sendo de difícil objeto de prova.

A primeira crítica, portanto, diz respeito à necessidade de delimitar o conteúdo e estabelecer a dimensão e os âmbitos de incidência das normas jurídicas que prescrevem dados informativos capazes de revelar o que consiste a “ordem pública”, credenciando o empreendimento semântico como passível de apreensão geral, expresso na premissa maior do

¹⁶⁶ O Brasil tem seu sistema processual atual ancorado no Código Processual Penal de Francisco Campos, com inspiração fascista, promulgado em 1941. É precisamente a codificação processual penal brasileira que consolida a ordem pública como pressuposto da prisão cautelar. (BRASIL, 1941)

¹⁶⁷ Historicamente, o país atravessava um período político autoritário, denominado Era Vargas (1930-1945). No âmbito penal, a normatização estava ancorada em promover dispositivos de perseguição de indesejados, à época, identificados como estrangeiros e nacionais subversores da ordem política e social, ou que não se aplicavam ao modelo social e político vigente: capitalista, classista, machista, racista, xenófobo e discriminatório. (MENEZES, 1996, p. 264)

¹⁶⁸ BRASIL, 1983.

¹⁶⁹ No Brasil, o Código de Processo Penal de 1832, no art. 131, admitia o clamor público como fundamento suficiente para execução de prisões. (BRASIL, 1832)

silogismo, sob pena de vulnerar a capacidade de justificação racional das decisões probatórias concernentes ao caso individual.

No mesmo sentido, Rogério Schietti Cruz reflete sobre toda sorte de argumentos que buscam jurisprudencialmente¹⁷⁰ preencher o vazio normativo da norma regente, ao passo em que afirma: “[...] em princípio, se apoiam em fundamentos e objetivos estranhos ao processo penal e não se mostram idôneos para autorizar a segregação cautelar de uma pessoa”.¹⁷¹

Guilherme Silva Araújo,¹⁷² em outro prisma, evidencia haver produções conceituais que superam as dificuldades acerca de se adotar o modelo semântico do conteúdo da ordem pública, sendo necessário vencê-las a partir de ferramentas da criminologia crítica. O autor justifica a abordagem analisando a aparelhagem do sistema criminal como instrumento orientador de políticas de repressão e de apartação social. Nesse sentido, salutar a seleção do pensamento criminológico de Eugenio Raúl Zaffaroni:

Se nos países centrais, o discurso jurídico-penal pode sustentar-se por certo tempo sem maiores variantes, ignorando a crítica criminológica ou sociológica, para o penalismo latino-americano essa situação revelou-se particularmente insustentável, em razão da gravidade dos resultados práticos da violentíssima operacionalidade dos sistemas penais.¹⁷³

Araújo coloca em relevo a crítica quanto à ideologia da “defesa social”,¹⁷⁴ cujo entroncamento teórico e prático visa a manter as relações de poder e a estrutura social-liberal. A antessala da adoção do conteúdo normativo da “ordem pública”, nesse contexto, detém forte ingrediente de dominação e de seletividade por parte do sistema de justiça criminal, o que encontra ressonância na formulação de Maurício Dieter. Vejamos: “o sistema de justiça criminal é, em última análise, instrumento de dominação de classe, sendo seu objetivo final a manutenção da ordem econômica por meio da gestão diferencial da criminalidade”.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Exemplo contundente da vaguidade da expressão “ordem pública” encontra-se no julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22 de setembro de 2016), que deduz o seguinte argumento: “a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito e da periculosidade do agente, evidenciada por dados da sua vida pregressa, notadamente por ter sido condenado, com sentença transitada em julgado, por furto e roubo qualificados (plurireincidente) e possuir passagens criminais por tráfico ilícito de entorpecentes, corrupção de menores, receptação e porte de armas. **Assim, fica evidenciado ser a prisão preventiva indispensável para conter a reiteração na prática de crimes e garantir a ordem pública.**” (BRASIL, 2016).

¹⁷¹ CRUZ, 2021, p. 268.

¹⁷² ARAUJO, 2022, p. 93 e ss.

¹⁷³ ZAFFARONI, 2011, p. 34.

¹⁷⁴ ARAUJO, 2022, p. 95.

¹⁷⁵ DIETER, 2013, p. 225.

Encaixar-se-ia na tese de Dieter, perfeitamente, a conceituação de ordem pública, até o momento exposta no trabalho.

A perspectiva é de controle de criminalidade como aparato de opressão e “destruição dos grupos marginalizados”, o que teria baliza das agências interoperativas do sistema de justiça criminal. A tese fundamental consiste na ideia de que a paz social é intransigente, o que constitui ostensivo apoio à defesa social como dispositivo regulador do sistema, sob aparato de exercício de poder formal e informal.

Vera Regina de Andrade realça o aspecto da seletividade da justiça criminal, o que traduz a severa primazia da “ordem pública” como elemento pré-conceitual justificador do aparato de controle.¹⁷⁶ Diz a autora que:

[...] seletividade é, portanto, a função real e a lógica estrutural de funcionamento do sistema penal, comum às sociedades capitalistas patriarcais. E nada simboliza melhor a seletividade do que a clientela da prisão, ao revelar que a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade – a criminalização incide seletiva e de modo estigmatizante sobre a pobreza e a exclusão social, majoritariamente de cor não branca e masculina, e apenas residualmente (embora de forma crescente) feminina.¹⁷⁷

O aparato de poder punitivo fabrica ordens pelas agências persecutórias capazes de “canalizar a vingança”, nos termos defendidos por Zaffaroni.¹⁷⁸ O autor faz referência ao espectro de decisões persecutórias que assentam as prisões como dispositivo de controle e de dominação. Em suas palavras:

Ademais, não há país que tenha seus cárceres cheios de gênios maléficos nem de poderosos; em sua imensa maioria, eles estão habitados por infratores mais rudes e primitivos, por ladrões bobos e pelos violentos mais próximos do manicômio e que, além disso, estão pelas ruas portando pouco menos do que um uniforme de delinquente, pois ostentam seu estereótipo.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Na tese de doutorado, convertida em livro, Marcelo Semer revela que a média nacional de prisões provisórias está por volta de 40%, atingindo o patamar de 89,86% nas prisões cautelares por tráfico de drogas, o que reforça a análise criminológica que expus. Semer (2019, p. 429) assevera que “com o tráfico, e não propriamente o réu em julgamento, a prisão cautelar toma ares de obrigatoriedade”. O autor conclui a tese acerca do uso de metodologias e ferramentas de pânico moral para justificar decisões judiciais de repressão e de responsabilização frente ao tráfico de drogas, o que condiz com a análise da criminologia crítica assentada neste trabalho.

¹⁷⁷ ANDRADE, 2012, p. 23.

¹⁷⁸ O autor formula o conceito de agência persecutória atribuindo aos diversos agentes, classificando-a como específicas – aquelas formatadas dentro do exercício do poder punitivo, em especial as agências executivas (policiais) – e não específicas, que são detentoras de poderes que operam a formação e a organização da sociedade política e cultural. (ZAFFARONI, 2012, p. 418)

¹⁷⁹ ZAFFARONI, 2012, p. 421.

Um guia jurisprudencial que buscou traduzir a expressão encontra-se em decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida pelo Ministro Ayres Britto, no *Habeas Corpus* nº 111.244/SP.¹⁸⁰⁻¹⁸¹ O voto paradigmático destaca um possível conteúdo informador da “ordem pública”, distinguindo-a das incolumidades pessoais e do patrimônio, conforme disposto no art. 144 da Constituição Federal de 1988. A ordem pública, conforme se pode extrair da decisão, consistiria em norma catalizadora de comportamentos garantidores da paz social, que carregam a função de “acautelamento do meio social”.

Ayres Britto ressalta, todavia, que nada há de conexão entre a paz social e o sentimento generalizado de insegurança. A ordem pública refere-se, segundo ele, à potência do comportamento típico frente a uma “ambiência fática”, o que permitirá averiguar se houve insegurança objetiva das pessoas.

O engenhoso argumento avocado por Ayres Britto, ainda que pareça convencer integralmente quanto à distinção da incolumidade pessoal e patrimonial, inferida a partir da observação de que o enunciado normativo inscrito na Constituição Federal de 1988, no art. 144, as declara apartadamente, incorre na negação, talvez por desatenção, da estrutura argumentativa que sustenta a conclusão exarada.

Ao conectar a ordem pública à paz social, Ayres Britto funde os conteúdos semânticos particulares dos dois enunciados distintos, o que implicaria desconsiderar a diferença inscrita no art. 136 da Constituição Federal de 1988, que as distingue como propriedades de bens juridicamente protegidos de caráter distintos. A conjugação constitucional, portanto, mostra-se como condição insuficiente, ainda que necessária, para apreensão do conteúdo normativo da “ordem pública”. Ademais, a formulação jurisprudencial sobredita repete os mesmos sintagmas de controle social por meio de um exercício do poder opressivo e autoritário.

Ela Wiecko Volkmer parece conformar a designação da ordem pública como atributo coletivo, ao distingui-la da paz pública, que detém caracteres particulares. Reprisando suas palavras: “paz pública nada mais é do que ordem pública considerada subjetivamente, indicando o sentimento de tranquilidade pública e a convicção da segurança social”.¹⁸² Nesse sentido, a ordem pública conserva seu esboço normativo tradicional, de regência cumulada de exercício de poder opressivo.

¹⁸⁰ Idem, p. 272.

¹⁸¹ BRASIL, 2012.

¹⁸² CASTILHO, 1998.

Rogério Schietti Cruz defende, ao seu turno, uma posição conciliadora,¹⁸³ creditando à ordem pública a validação de uma espécie de dispositivo de regulamentação da paz social, havendo, adesivamente, a necessidade de se conjugarem os outros requisitos autorizadores da prisão cautelar para fins de instituir uma inferência com grau de confirmação suficiente acerca da asserção de que a prisão conformaria uma barragem da conduta delitiva, que se mostra especialmente reprovável em razão da maneira de execução e do comportamento do autor do delito, em prol da pacificação social.

Os argumentos se comunicam com aqueles sustentados por Zanoide de Moraes,¹⁸⁴ para quem a ordem pública deve ser submetida a considerações acerca: (i) da pena elevada da conduta hipotética; (ii) das circunstâncias e da forma de cometimento, que devem denotar reproche elevado; e (iii) da existência de pequeno lapso temporal entre a realização do delito e a prisão. De igual maneira, as formulações de Schietti Cruz e Zanoide de Moraes, sobreditas, se conciliam com os julgados aos quais fiz referência no capítulo anterior, em especial, àqueles da Corte Constitucional da Espanha¹⁸⁵ e da Colômbia,¹⁸⁶ bem como às formulações sugeridas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁸⁷

No mesmo plano interpretativo, Rodrigo Capez¹⁸⁸ formula a tese acerca da natureza da ordem pública, afastando-a de seu caráter meramente cautelar. O autor afirma que a ordem pública se presta a regular condições de ordem material, deduzidas no fundamento de se opor às condutas proibidas pelo Direito. Todavia, Capez cede à manutenção do conceito de ordem pública atrelado à paz social. Segundo o autor, é “um mal necessário, como instrumento imprescindível de preservação da segurança e da tranquilidade pública”, o que obriga compatibilizá-la com a presunção de inocência e torná-la “intersubjetivamente controlável”. Capez aduz, ainda, que há uma zona de certeza positiva quanto ao conteúdo da ordem pública, qual seja: “a necessidade de se evitar a prática de infrações penais, ou mais precisamente, impedir a reiteração criminosa”.¹⁸⁹ Tal expediente, segundo Capez, soma-se à necessidade de que a violação a ordem pública se dê mediante inferência do tempo em que o fato delituoso ocorreu e o interesse de prender o autor material do delito. Por fim, o autor deduz sua tese: “a gravidade concreta do crime, revelada por suas circunstâncias e particular forma de execução,

¹⁸³ CRUZ, 2021, pp. 276-277.

¹⁸⁴ ZANOIDE DE MORAES, 2010, p. 389.

¹⁸⁵ ESPANHA, 2019.

¹⁸⁶ COLÔMBIA, 2002.

¹⁸⁷ CIDH, 2016.

¹⁸⁸ CAPEZ, 2015, p. 306.

¹⁸⁹ Idem, p. 309.

demonstra, concretamente, a periculosidade do agente, e permite um prognóstico de reiteração criminosa assentado em dados fáticos, e não em suposições”.¹⁹⁰

No plano conjugado de conceitos jurídicos e sociológicos, o voto paradigmático no *Habeas Corpus* nº 111.244/SP aloca a ordem pública numa categoria coletiva de bens afetados, havendo, *per se*, um predicado coletivo à ordem violada, não havendo a repressão penal em decorrência da garantia da ordem pública na conduta que realiza o risco a bem jurídico individual, ou de uma comunidade isolada, que não estabelece um risco concreto à sociedade firmada no tempo histórico atual para a qual a norma se dirige. Tal formulação prescreve o alicerce da ordem pública também como regra de adjudicação, à qual fiz referência no Capítulo 1.

Para tanto, a valoração quanto à vulneração da ordem pública passa a exigir a definição de risco não permitido e o seu alcance dentro de uma moldura jurídica aclimatada no tempo histórico, o que reforça a mutabilidade prevista por Bobbio.¹⁹¹ Para violar a ordem pública, portanto, não bastará que a conduta seja ensejadora de um reproche especial, com fins exclusivos de salvaguardar a paz pública. A conduta haverá de produzir um abalo substantivo nas interações sociais reguladas pelo Direito, ou seja, na conjugação estratificada de relações coletivas e conjunturais que arregimentam a sociedade e estabilizam o próprio comportamento permitido pelo Direito.

A ordem pública, portanto, pressupõe o sustentáculo da estruturação social regulada pelo Direito, conquanto o caráter coercitivo da norma não esteja exclusivamente na sanção aplicável (possibilidade de se decretar a prisão em razão da gravidade do delito), mas na função motivadora da norma. Adotando essa perspectiva, a ordem pública afiançará preocupações ordenadoras do caráter processual da medida, desidratando os apelos à segurança social repressiva e à perseguição de indesejados. Tal asserção parece alinhar o conteúdo da ordem pública aos anseios político-criminais que radicam oposição à sistemática autoritária e intensamente persecutória.

De outro ângulo, o argumento de que a ordem pública estatui uma convergência de conceitos jurídicos e de outro gênero prescreve um respaldo interpretativo que afeta, indubitavelmente, o grau de justificação necessário para motivar a decisão cautelar. Tal condição nos parece razoável frente à proteção de garantias e liberdades individuais plasmada

¹⁹⁰ Ibidem, p. 311.

¹⁹¹ Idem, p. 92.

pela Constituição Federal de 1988, subscritora das dimensões da presunção de inocência,¹⁹² de âmbito funcional e interoperativa.

Deslocando o eixo de análise e agregando outros argumentos em favor da decodificação do conteúdo da ordem pública, afiançarei argumentos de índole filosófica, que nos servem à análise levada a cabo, para propor uma aproximação conceitual que possa auxiliar a definição do conteúdo de ordem pública ao sistema de proteção preponderante de garantias e liberdades individuais. Partirei da ideia de ordem jurídica como efeito contingencial à realização da paz social.

Byung-Chul Han defende haver uma espécie de caráter informador da ordem jurídica como capacitador das relações sociais, portanto, das relações de poder e das interações públicas subjacentes. Segundo Han:

[...] o que mantém viva a ordenação do direito não são apenas as ameaças de violência ou as sanções negativas; a violência nada mantém coeso. A partir dela não se alcança estabilidade; pelo contrário, sua existência é sinal de instabilidade interior. Uma ordem jurídica que só pudesse se manter pelo emprego da violência seria muitíssimo frágil. O que assegura a estabilidade constante é tão somente a afirmação da ordem jurídica.¹⁹³

A ordem jurídica, nesse sentido, incorpora pressupostos que estabilizam a esfera pública, que vem a ser o espaço de convergências dedicado à realização das relações sociais, fruto da ação política do indivíduo no campo dialógico e de convivência e, notadamente, donde se dão as relações de poder, orientadas no sentido de consentir à realização da dignidade humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito. É nesse espaço que estão as relações sociais protegidas e limitadas pelo Direito. Tal premissa teórica contrasta com o que Habermas¹⁹⁴ identifica como fundamentos do Estado liberal.

Em decorrência de se atrelar indubitavelmente à esfera pública, a “ordem pública” carrega projeções conceituais que circunscrevem a realização do viver comunitário, o que se relaciona aos bens sociais, se considerarmos as formulações teóricas adotadas neste trabalho. Portanto, a proposição que formulo requer que a ordem pública deva ser interpretada a partir da concepção dos bens sociais. Para tanto, adoto o conceito de bens públicos formulado por Ferrajoli, para quem os bens sociais são aqueles cujo “[...] caráter público e fundamental

¹⁹² Nesse sentido, recobro a formulação de Jordi Ferrer Beltrán (2010, p. 3 e ss.) quanto às múltiplas facetas da presunção de inocência, no caso, a sua dimensão processual.

¹⁹³ HAN, 2017, p. 104 e ss.

¹⁹⁴ O autor concentra sua análise a partir da impossibilidade de o Estado consentir com uma ordem natural que assegure à totalidade dos indivíduos oportunidades indistintas. (HABERMAS, 1999, p. 194 e ss.)

[deve ser reconhecido] na medida necessária para satisfazer os direitos sociais à subsistência”.¹⁹⁵

Tal construção teórica se arvora na ideia de bens fundamentais, formulada por Luigi Ferrajoli,¹⁹⁶ o que transpõe o marco conceitual ao conteúdo material do que proponho. Decompondo os conceitos agregados no léxico jurídico “bens sociais”, Luigi Ferrajoli formula sua tese, inicialmente, instituindo o conteúdo do que são bens, dividindo-os em duas categorias – no que interessa a essa análise –, nas quais nos deteremos apenas aos bens fundamentais. São bens aqueles objetos de direitos, ou como prefere Ferrajoli, “aquilo que pode ser objeto de uma situação jurídica”.¹⁹⁷ Bens fundamentais, especificamente, são objeto de direitos fundamentais, sobre os quais recai uma “proibição de fato violável”, uma proibição de disposição, portanto, de tipo deôntico. Por fim, bens fundamentais são aqueles assumidos “como vitais e por isso merecedores de tutela”.¹⁹⁸

Os bens fundamentais, notadamente, se dividem em três categorias: bens personalíssimos, bens comuns e bens sociais. Ferrajoli argui que os bens sociais são “direitos fundamentais que consistem em prestações, como a alimentação básica e a assistência sanitária”.¹⁹⁹ Ao largo de insinuar haver um rol taxativo de bens sociais,²⁰⁰ deve-se objetivar, como faz Ferrajoli, o conteúdo normativo, com fins à aplicação prática da tese. Bens sociais são aqueles “objeto dos direitos sociais à sobrevivência estipulados nas cartas constitucionais e internacionais”.²⁰¹

Os argumentos esposados radicam a conclusão – a partir da tese que proponho – de que a ordem pública deva ser compreendida no sentido de realização da subsistência social digna, instituindo o âmbito de incidência e o conceito de ordem pública concernente à prestação necessária para a consecução da vida comunitária, considerada a partir da estrutura e da estabilidade das relações públicas e privadas reguladas pelo Direito. Dessa forma, a ordem pública será afetada quando violar direitos que instituem o acesso e a realização dos bens sociais, condizentes com aqueles que promovam a subsistência digna da sociedade.

Aproveitando-se dessas reflexões, pode-se argumentar, sem prejuízos conceituais, que a ordem pública está atrelada à paz social somente naquilo em que o Direito regula como

¹⁹⁵ FERRAJOLI, 2011, p. 76.

¹⁹⁶ FERRAJOLI, 2011, p. 49 e ss.

¹⁹⁷ Idem, p. 50. O autor distingue os bens patrimoniais: em que há livre disposição e que servem ao mercado, e bens fundamentais: são os bens objetos de direitos fundamentais primários, formalmente inseridos nas normas constitucionais.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 53.

¹⁹⁹ FERRAJOLI, 2011, p. 73.

²⁰⁰ Exemplo ilustrativo é o art. 6º da Constituição Federal brasileira de 1988.

²⁰¹ Idem, p. 74.

estamento indispensável à vida comunitária, sendo as afetações e os sentimentos de clamor insuficientes para informar seu conteúdo, dado que não têm o condão de desestabilizar as relações comunitárias que caracterizam sua subsistência digna.

Alinhado à reflexão de vínculo formal e substancial entre as interações sociais reguladas pelo Direito e os emolumentos normativos que vindicam a sobrevivência comunitária, percebem-se noutros diplomas aportes significativos, que refletem um possível alcance de conteúdo para o enunciado “ordem pública”. Destaco o art. 13, item 2, “b”; o art. 15 e o art. 16, item 2; e o art. 22 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

Outra vez, a regulação jurídica da subsistência comunitária e as interações sociais parecem ser os valores modais. Tal asserção é justificável em razão de as normas prescreverem deveres protetivos à liberdade de pensamento e de expressão; direito de reunião e de associação e direito de circulação e de residência, conquanto sejam categorias que se articulem corretamente com os bens sociais teorizados por Ferrajoli. Esses, por sua vez, são os bens jurídicos os quais se poderiam considerar componentes – partículas informativas – da ordem pública, segundo minha formulação.

Conseqüentemente, tratando-se de bens sociais juridicamente protegidos, os quais geram uma força normativa constitucional consistente de direitos fundamentais, é razoável defender que são geradores de dever de cuidado, ou proteção. Os deveres de proteção, por sua vez, instituem outros de sinal oposto, que vindicam sanção ao comportamento desviado. A ordem pública, nesse sentido, assume o componente gerador de uma obrigação de cuidado para com os bens sociais, sendo o comportamento desvirtuado frente ao direito gatilho da sua aplicação. A violação à ordem pública, nesse sentido, comporia a violação aos bens sociais.

Sustento, com essa base argumentativa, que a afetação à ordem pública se dá mediante a realização da hipótese fática violadora de bens sociais, nos termos do que defendi, somada ao descumprimento de um dever de cuidado que atinja uma comunidade concreta, identificada, bem como opõe dever de decifrar motivadamente a lesão objetiva dentro daquela comunidade política, determinada no tempo histórico atual.

Portanto, a ordem pública não deve ser analisada sob uma perspectiva de comportamento juridicamente injustificado frente à realização do delito, exclusivamente, o que diz respeito aos componentes e às propriedades inerentes à aplicação do preceito secundário inscrito na norma incriminadora. Nada teria a ver, portanto, com a gravidade em abstrato da conduta, regulada pelo tipo penal.

Sem embargos, a afetação à ordem pública deve configurar um comportamento violador adicional, cuja causa é aditiva à averiguação do cometimento do injusto penal e dos

requisitos processuais para decretação da prisão cautelar. Essa formulação desloca a ordem pública das propriedades do delito. Por exemplo: se “B” matou “C” em razão de uma dívida contraída e não paga e “B” empreendeu fuga, a incidência da norma é “proibido matar” alcança apenas a conduta típica perfilhada, nada dizendo a respeito da afetação à sobrevivência comunitária de “B” ou do conjunto social do qual faz parte, no tocante à proteção dos bens sociais, não havendo violação necessária da ordem pública apta a ensejar a prisão preventiva. A sobrevivência comunitária de C é interrompida pela conduta ilícita regulada, disciplinada pelo tipo penal ensejador da proibição contida na norma. A sobrevivência comunitária de C se encerra com o comportamento proibido de B, nada dispondo, concretamente, sobre a sobrevivência comunitária digna do conjunto social à qual C pertencia.

2.1.2 Razões subjacentes acerca do conteúdo da “ordem pública” como objeto de prova necessário para fins de decretação da prisão cautelar

Vencida a tentativa de aplacar a vaguidade da expressão “ordem pública” por meio da conjugação de razões subjacentes que informam minimamente seu conteúdo e seus planos de incidência, pende instituir rigores probatórios inerentes ao raciocínio judicial, para fins de exigir concreta ofensa à subsistência comunitária digna e aos direitos sociais. Deve-se considerar, notadamente, o dever de estabelecer um grau de confirmação racional da proposição fática de violação à ordem pública para fins de decretação da prisão preventiva, o que perfaz obrigação de aportar elementos que apoiam suficientemente a hipótese aventada.

A ordem pública, conforme defendi, compreende um desvalor ao agir individual que denota risco injustificado (não permitido) à interação comunitária expressa nas relações sociais, regulada pelo Direito, cuja afetação consiste na violação de um dever de proteção aos bens sociais, de acordo com a formulação feita por Ferrajoli.

Nesse sentido, o conteúdo da norma que denota a preservação da ordem pública como condição de manutenção da liberdade – que não derrota a presunção de inocência – abrange os direitos inerentes à sobrevivência comunitária, nos limites instituídos pelo Estado Constitucional, devendo-se especial atenção às convenções de direitos humanos e à força normativa dos direitos fundamentais.²⁰² Não só!

²⁰² Acerca da força normativa dos direitos fundamentais, cfr. Hesse (1991, p. 19 e ss.).

É necessário constituir prova suficiente de que a afetação do bem jurídico conjugado à conformação da ordem pública tenha ocorrido mediante descumprimento de um dever imposto por norma juridicamente válida,²⁰³ sendo necessário provar essa relação causal de maneira fundamentada. A motivação da decisão que decretar a prisão preventiva lastreada na violação à ordem pública deve especial atenção à concreta afetação aos bens sociais, consistindo objeto de prova necessário, cuja inferência argumentativa consiste em demonstrar suficientemente o risco evidenciado pelo estado de liberdade aos bens sociais lesados. Não basta, notadamente, fazer menção à violação de normas de proteção aos bens sociais, é preciso demonstrá-la concretamente. Jordi Ferrer Beltrán assevera o caráter especial da decisão que decreta a prisão:

*Una vez se asume la incompatibilidad entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia como regla de trato, es decir, que al someterlo a prisión preventiva se está tratando al ciudadano de forma incompatible con su inocencia, ello nos impone un especial deber de motivación, mediante el que debemos mostrar que hay otros derechos (en particular, los derechos de los demás ciudadanos que el derecho penal protege) que deben primar sobre el derecho del acusado a ser tratado como inocente, y por tanto a no ser sometido a prisión, hasta que no haya sentencia condenatoria.*²⁰⁴

Feitas as considerações de ordem conceitual, insta reforçar que é necessário demonstrar suficientemente o comportamento contrário à ordem pública, o que exige a realização de inferências probatórias autônomas, de ordem a depurar se as proposições fáticas que validam a hipótese de violação contêm o grau de confirmação exigido, alta probabilidade de ter havido a lesão sustentada, o que atrai a consequência jurídica precedente: a incidência da norma que prescreve sanção – prisão preventiva.

Tem-se, todavia, uma ordem de problemas quanto à facticidade da ocorrência do fato gerador da violação no plano futuro, ou hipotético. Não há maiores dificuldades quando é possível inferir concretamente o descumprimento do dever concernente ao conteúdo que defendi ser configurador da ordem pública.

Caso diferente ocorrerá quando a conduta restar projetada no plano da possibilidade.²⁰⁵ Sendo assim, o raciocínio judicial a ser aplicado deverá conjugar metodologias inferenciais

²⁰³ Quanto à existência de um dever de cuidado (proteção) dirigido à comunidade política que a norma regula, defendo que, sendo a ordem pública estamento da sobrevivência comunitária regulada pelo direito, há um dever de obediência imanente, exigível juridicamente.

²⁰⁴ BELTRÁN, 2017, p. 144.

²⁰⁵ Nesse sentido, Rogerio Schietti Cruz (2021, p. 274) defende ser possível o enquadramento de condutas virtuais, de caráter prospectivo: “[...] o Direito Penal quanto o Processual podem, sim, legislar tendo como perspectiva a provável ocorrência de fatos no futuro, a partir de dados do passado. No terreno do Processo Penal

capazes de estabelecer a probabilidade indutiva da ocorrência da proposição fática modal (ensejadora do conseqüente jurídico) e, ademais, a probabilidade de que o fato havido como suficientemente provável seja realizador da conduta que viola o dever de proteção dos bens sociais indispensáveis à vida comunitária.

Haverá, portanto, a necessidade de se justificarem racionalmente três camadas de proposições fáticas: (i) de que há probabilidade segura da existência de um marcador fático potencialmente ensejador da violação aos bens sociais; (ii) de que o marcador fático potencial tenha o condão de violar²⁰⁶ o bem jurídico no caso concreto, sendo indispensável a prisão para fins de resguardar a realização digna da vida comunitária; e (iii) de que a violação se deu mediante descumprimento de dever de cuidado à proteção dos bens sociais.

A perspectiva apontada revela a existência de caráter presuntivo em face da decodificação da ordem pública, nesse caso particular, o que consiste em admitir que se considerará suficientemente provado o marcador fático virtualizado (violador da norma) se presentes as condições operativas que denotam o conteúdo normativo da “ordem pública”, o qual sustentei ser válido.

Tal presunção,²⁰⁷ todavia, pode ser derrotada caso haja proposições fáticas alternativas, que revelem a insuficiência do grau de justificação para que se produza o resultado normativo descrito na norma presumida, invalidando legitimamente a decretação da prisão com fundamento na violação à ordem pública.

Dessa forma, instala-se um dever inferencial de índole epistêmica ao julgador e ao requerente da ordem de prisão. Tal asserção se deve à obrigação de predicar argumentos em favor da não ocorrência de violação aos bens sociais que enseja lesão à ordem pública, tendo em vista que o resultado da inferência hipotética deve radicar vetor negativo em prol da não ocorrência, de maneira que o resultado da inferência supra satisfatoriamente a ausência de contraditório, o que ocorre comumente nas decisões cautelares. O requerente deve

cautelar essa possibilidade é quase a própria justificativa da sua existência”. Todavia, Beltrán destaca inconvenientes teóricos e práticos, dado que a conduta não realizada não permite provas inferenciais sistematicamente justificadas em termos probabilísticos. As provas probabilísticas não são capazes de afirmar seguramente a ocorrência de um fato concreto, apenas expressam razões numéricas que interagem com possibilidades, vale dizer, enunciados gerais. Para Beltrán, será necessário provar proposições fáticas que predizem suficientemente ações coligadas logicamente com o risco processual, devendo-se colmatar lacunas fáticas com inferências relacionais que expressam risco concreto, por exemplo, tentativas de fuga ou capacidades verificáveis no plano não presuntivo (presunção *juris et de jure*), com exigência de prova de carga.

²⁰⁶ Nesse sentido, defendo ser necessário que o marcador fático potencial seja capaz de demonstrar indene de dúvidas o acréscimo de risco ao bem jurídico tutelado, sendo o critério dogmático aplicável o da imputação objetiva. Nesse sentido, cfr. TEIXEIRA; LEITE; GRECO (2014, p. 122 e ss.).

²⁰⁷ Cumpre salientar que não se trata propriamente de uma presunção, mas de um caráter presuntivo. Sobre os pressupostos substanciais das presunções, cfr. Dei Vecchi (2019, p. 3 e ss.).

demonstrar, suficientemente, que a hipótese fática da violação dos bens sociais vence indutivamente a hipótese virtual de não violação.

A primeira escala de argumentos, portanto, propulsará a consideração de ter havido violação da ordem pública caso estejam presentes elementos concretos que demonstrem vinculação da conduta ilícita aos bens jurídicos protegidos: os bens sociais e a sobrevivência comunitária. Adicionalmente, deve-se provar que a violação particular consiste em não atuar conforme o dever de cuidado, vale dizer, de que houve o descumprimento desse dever.²⁰⁸

Em segunda ordem, será necessário comprovar racionalmente a concreta afetação da ordem pública, considerando o grau de suficiência probatório exigido para se admitir como provada a hipótese fática regulada pela norma, ou seja, superado o grau de suficiência probatório específico, considerar-se-á provada no caso concreto a violação à ordem pública. Nos dois casos, é necessário predizer qual é o grau de suficiência para considerar provada a hipótese, tarefa dos *standards* probatórios.

Salutar destacar que a afetação da ordem pública, nesse plano, não diz respeito ao desvalor dos elementos do delito, mas a uma classe especial de fatos coligados, evitando-se a antecipação de julgamento da hipótese inculpatória. Portanto, a premissa menor deve ser analisada sob uma ótica especial, de afetação dos bens sociais, indispensáveis à vida comunitária digna.

Os fatos configuradores do delito são condição necessária, mas não suficiente, para fins de decretação de prisão preventiva, devendo-se provar apartadamente a afetação da ordem pública. Portanto, desloca-se o eixo probatório e de valoração aos caracteres processuais, em maior valência, derogando os argumentos sumariamente vencedores que costumam desatar a instrumentalidade da prisão cautelar para o desvalor substantivo da norma penal incriminadora, antecipando um julgamento material acerca da ocorrência do delito.

Outrossim, não basta que haja a superação do grau de suficiência probatória para considerar provada a hipótese de violação à ordem pública, devendo-se argumentar motivadamente a afetação processual no caso concreto, o que a doutrina nomeia de causais de risco processual.

As ações causais de risco processual são reguladas, ao seu turno, pelo óbice à realização procedimental da relação jurídica processual.²⁰⁹ A identificação das referidas

²⁰⁸ Os bens sociais, na qualidade de agremiações normativas aderentes aos direitos fundamentais, ativam um dever de cuidado propositivo. Sobre o tema, cfr. Ferrajoli (2011, p. 73 e ss.).

²⁰⁹ O termo “processual” não deve restringir a interpretação, no sentido de excluir a fase inquisitorial, ou de investigação, das quais comumente se operam as prisões cautelares.

causas, sem embargos, é matéria já enfrentada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Vejamos as causas de risco processual deduzidas pelo tribunal europeu: (i) o risco de que o acusado deixe de comparecer em juízo;²¹⁰ (ii) o risco de destruição de provas ou a dificuldade de sua obtenção;²¹¹ (iii) o risco de que o acusado reincida;²¹² e (iv) o risco de que o acusado possa causar desordem pública.²¹³⁻²¹⁴

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos²¹⁵ define como causas de risco processual dois condicionantes: (i) o perigo de que o acusado destrua provas ou dificulte a obtenção de provas, impedindo a ação da justiça; e (ii) o perigo de fuga do acusado.

Não é demais reprimir que o grau de suficiência probatório exigível para fins de decretação da prisão preventiva não é o mesmo que o grau necessário para justificar motivadamente uma condenação, dado que haveria – se assim proceder – a antecipação da decisão final. Igualmente, não deve operar o mesmo grau de suficiência para recebimento da denúncia, visto que a prisão sufraga em maior grau a presunção de inocência e os direitos fundamentais do preso que o recebimento da inicial condenatória.

²¹⁰ Caso *Khudobin v. Rússia* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR), 2006, § 104.)

²¹¹ Caso *Wenhoff v. Alemanha* (ECHR, 1968, § 14); e Caso *Smirnova v. Rússia* (ECHR, 2003, § 59).

²¹² Caso *Matznetter v. Áustria* (ECHR, 1964, § 9); e Caso *Smirnova v. Rússia* (ECHR, 2003, § 59).

²¹³ Caso *Letellier v. França* (ECHR, 1991, § 51); e Caso *Khudobin v. Rússia* (ECHR, 2006, § 104).

²¹⁴ A tese de desordem está estabelecida nos precedentes como ações que visam à perturbação pública. Creio ter apresentado, neste estudo, razões adequadas para rechaçar a tese.

²¹⁵ Cfr. as sentenças da CIDH no Caso *Argüeles e outros v. Argentina*, de 20 de novembro de 2014, e no Caso *Norín Catrimán e outros v. Chile*, de 29 de maio de 2014, § 312.

3. STANDARDS PROBATÓRIOS ESPECÍFICOS PARA A PRISÃO CAUTELAR

O problema²¹⁶ acerca de como determinar umbrais de suficiência probatória em cada fase do processo encontra maior densidade quando localizado nos âmbitos das prisões provisórias, integrantes do subsistema de decisões cautelares. Jordi Ferrer alerta que um sistema sem *standards* probatórios é um sistema sem regras para justificar as decisões sobre os fatos, o que coloca em maior relevo a capilaridade de decisões desse gênero à sorte de arbítrios e perseguições, em razão do efeito da liberdade na construção do Estado Democrático de Direito.

Jordi Ferrer Beltrán revela especial preocupação quanto à definição de umbrais mais ou menos exigentes dos *standards* probatórios, no tocante às decisões cautelares que decretam a prisão:

É importante, ademais, destacar que o grau de corroboração da hipótese de culpabilidade, em razão de justificar a medida de prisão preventiva, não pode ser o mesmo que se exija para a condenação, porquanto suporia a antecipação da sentença condenatória, entretanto não pode ser reduzido ao grau de corroboração exigido para iniciar a ação penal por parte da acusação. Trata-se, portanto, de uma corroboração reforçada a respeito desta última, de modo que a acusação deveria aportar elementos de provas suficientes para certificar que é muito provável que haja o cometimento do delito e que é atribuível ao imputado, não podendo basear-se em meras conjecturas.²¹⁷

A aplicação de *standards* probatórios corretamente formulados, inclusive, capacita o sopesamento sistêmico de outros direitos probatórios, como a presunção de inocência e o dever de motivar as decisões judiciais. Tal asserção advém das exigências metodológicas, as quais se arvoram na aplicação de um umbral de suficiência probatória que atende os pressupostos da epistemologia, da lógica, dos conhecimentos cientificamente afiançados e das máximas de experiência. A aplicação do grau de suficiência, ademais, pressupõe rigor técnico para a averiguação dos fatos no processo.

²¹⁶ Para fins de desenvolvimento da dissertação, utilizei a construção teórica e as considerações analíticas que realizei no bojo da publicação, sendo despidendo desenvolvê-las em repetição (FREIRIA, 2022, p. 18 e ss.).

²¹⁷ BELTRÁN, 2017, p. 122, tradução livre.

Para Jordi Ferrer Beltrán, os *standards* probatórios possuem três funções primordiais:²¹⁸ (i) aportam critérios de justificação às decisões judiciais; (ii) cumprem a função de garantia para as partes; e (iii) distribuem o risco de erros judiciais entre as partes.

As duas primeiras, que já foram objeto de análise neste estudo, capacitam a avaliação de desvalor do fato, dado que exigem o cumprimento de regras relativas aos usos dos argumentos e das inferências no raciocínio judicial, objetivando a busca pela verdade. A rigor, a aplicação de umbrais de suficiência para considerar provada uma hipótese predica testes de fiabilidade e correção das proposições fáticas em relação ao que ocorreu empiricamente, o que se faz por meio da verificação do grau de apoio, ou corroboração, que os fatos conjugados no processo ofertam em prol da hipótese fática deduzida. Ainda, cumprem a função de garantia entre as partes, em razão de permitirem avaliação da cadeia de inferências realizada, dado que a exposição dos argumentos acarreta a possibilidade de contradizer o resultado inferencial intersubjetivamente, vale dizer, permite o controle racional do raciocínio judicial por pares ou júzos revisionais.

A terceira função, por sua parte, permite um escalonamento de estratégias jurídicas²¹⁹ que provisionam aparatos de regulação das cifras de erros judiciais, que podem ser falsos positivos (condenação de inocentes) ou falsos negativos (absolvição de culpados), ainda que contingencialmente, em razão dos níveis de exigências estabelecidos. Por óbvio, se estabelecermos níveis mais altos para considerar provada uma hipótese fática condenatória, haverá mais dificuldade em condenar. Distintamente, se abaixarmos o nível de exigência, haverá mais culpados sendo inocentados.²²⁰ Transpondo o debate às prisões cautelares, um umbral de suficiência mais elevado atuará contingencialmente com a diminuição do risco de erros judiciais, e propiciará menos prisões de inocentes, dado que distribuirá à acusação, ou ao requerente da prisão, o risco de rejeição da pretensão se não aportar provas suficientes.

Em razão de aprimorar a análise levada a efeito, esboçarei uma análise de decisões judiciais, que servirão para ilustrar os percalços de se adotar um *standard* probatório para prisões cautelares, em razão do grau de vaguidade comumente aplicado e da dificuldade de objetivar os critérios de decisão elegidos, o que torna a aplicação de *standard* probatório um

²¹⁸ BELTRÁN, 2021, p. 109 e ss.

²¹⁹ Jordi Ferrer Beltrán (op. cit., p. 121) assevera que os *standards* probatórios não são a única estratégia possível e adequada para a distribuição dos riscos de erros judiciais entre as partes. O autor destaca que um desenho institucional que priorize o aporte de provas relevantes e fiáveis no processo somado à adoção de políticas-criminais que definem quem deverá suportar o dever de aportar provas suficientes, o que reproduz conseqüência lógica no sentido de que o descumprimento desse dever acarretará rejeição da sua pretensão jurídica.

²²⁰ No caso em estudo, a formulação poderá ser alterada sem prejuízos teóricos, se considerarmos falsos positivos a prisão de inocentes e, falsos negativos a soltura de culpados.

desafio. Como exemplo do que assevero, trago decisão paradigmática do Tribunal Constitucional da Espanha, sentença n. 30/2019:

Desde el parámetro externo de control en que se sitúa este Tribunal debe reconocerse que el relato histórico en que se sustenta la resolución cuestionada y la calificación provisional de índole jurídico-penal que extrae alcanzan el nivel argumentativo que nuestra doctrina requiere para tener por suficientemente motivado el presupuesto de la referida medida.²²¹

Apesar da menção expressa de guia de critérios de decisão acerca dos fatos para considerar provada a hipótese fática ensejadora da decisão cautelar, nada há na sentença que informe quais critérios foram adotados, para além de recursos retóricos. Tampouco, está claro na decisão judicial qual metodologia foi aplicada para fins de atendimento ao critério estabelecido pela doutrina, conformando a formulação de *standards* probatórios às funções precípuas que atendem e, em maior extensão, os critérios metodológicos para sua formulação.

Exemplo relevante da jurisprudência, oriundo da Corte Constitucional da Colômbia, sentença n. C-805/02,²²² dispõe sobre os critérios de decisão para justificação, em termos de raciocínio probatório, da prisão preventiva. De início, o julgado apresenta necessária vinculação à verdade, para fins de consecução da justiça, o que nos parece condizente com a perspectiva racionalista da prova. Ademais, a sentença estabelece como marco o controle judicial das medidas com objetivo de estabelecer a garantia de proteção dos direitos fundamentais. Quanto aos marcos probatórios, a sentença argumenta que:

el juez debe evaluar si se reúnen los requisitos probatorios y de necesidad y proporcionalidad para la adopción de la medida. Las hipótesis referentes a los falsos juicios de existencias, a los falsos juicios de identidad y a los errores jurídicos a la aducción y valoración de la prueba, no son taxativos. En consecuencia, bien puede el juez realizar el control de legalidad, cuando se encuentre frente a errores ostensibles de otra naturaleza. No puede sacrificarse la justicia material, ante la evidencia de errores protuberantes en la restricción de un derecho fundamental como la libertad.²²³

O controle exercido pelo juiz no âmbito da decisão cautelar, conforme assevera a sobredita sentença, requer que a medida seja revogada caso haja “*eventos en que existe un error ostensible en la valoración de los medios probatorios que tuvo en cuenta la fiscalía para dictar la medida de aseguramiento*”. No trecho mais contundente acerca da garantia das

²²¹ ESPANHA, 2019, p. 31117.

²²² COLÔMBIA, 2002.

²²³ Idem.

partes e da observância de exigência probatórias que afastem as convicções íntimas do juiz, a sentença reconhece que:

Al respecto, la Corte señaló en la sentencia C-774 de 2001,^[6] que esta medida de aseguramiento debía sujetarse a fines constitucionalmente admisibles, como son “los de asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal,” (...) “impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción,” o también “para proteger a las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso” y a “la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual”. Dijo entonces la Corte: (...) la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de los personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana (preámbulo, artículos 1º y 2º).

A Corte Constitucional colombiana, ademais, vincula a decisão acerca da autorização da prisão cautelar ao necessário afastamento das hipóteses alternativas, que radicam argumentos contrários à hipótese acusatória. Vejamos: “No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.”²²⁴

A sentença perfilhada denota a necessidade de estabelecer requisitos metodológicos para fixar o grau de suficiência da hipótese fática detentora dos requisitos da prisão, sem, contudo, apresentá-los. Não há dúvidas de que a sentença sobredita reconhece a exigência de critérios de aplicação de grau de suficiência, sem esclarecer quais sejam:

El control de legalidad material de la prueba mínima para asegurar al que se refiere el artículo 392 en los eventos en que procede la detención preventiva (artículo 357, Ley 600 de 2000), está relacionado, por lo tanto, (i) con la suficiencia de la prueba a la luz del cumplimiento del requisito probatorio establecido en el artículo 356, así como, (ii) con la necesidad constitucional de la medida, de conformidad con los fines legítimos que establece el artículo 355 según la doctrina constitucional sentada por esta Corporación en la sentencia C-774 de 2001.

Formalmente, a sentença parece cumprir a exigência de prova concreta acerca dos riscos de fuga, de continuidade delitiva e de obstruir a atividade probatória, o que é

²²⁴ Ibidem.

condizente com o que Rodrigo Capez²²⁵ aduz ser uma zona de certeza ou “núcleo fixo” do conteúdo da ordem pública, em especial, a evitação da reiteração delitiva. Vejamos o que disse a Corte Constitucional Colombiana:

Por ello, en el evento en que el procesado se haya presentado voluntariamente al proceso, no haya indicios claros de que vaya a ocultarse, o a continuar con la actividad delictual, ni existan razones para creer que destruirá o deformará elementos probatorios importantes, o de que entorpecerá la actividad probatoria, la medida de aseguramiento de detención preventiva no procedería por no ser necesaria a la luz de los fines constitucionales que la justifican. Lo mismo ocurre en el evento en que la necesidad, que justificó la adopción de la medida, desaparezca⁹¹. Una vez impuesta la medida, si sobrevienen pruebas que la desvirtúen, procederá su revocatoria, según lo que establece el artículo 363 de la Ley 600 de 2000.¹⁰¹

Os argumentos alinhavados nos parágrafos antecedentes, todavia, demonstram bom guia à correção epistêmica dos argumentos dispostos na sentença 805/02 da Corte Constitucional da Colômbia, evocando critérios para valoração das provas. Todavia, ao contrário dos exemplos aos quais fiz referência nesse trabalho, a Corte Constitucional avança para a definição de *standards* de prova, com argumentos alinhados com a doutrina estabelecida neste trabalho como marco teórico.

Adicionalmente, a pesar de la referencia a “una prueba mínima”, los tres numerales no establecen en realidad un estándar probatorio material, sino criterios generales relativos a identificación, validez y valoración de las pruebas que fundamentan la decisión de detener provisionalmente a una persona o de adoptar determinadas medidas relativas a la propiedad, posesión, tenencia o custodia de bienes. No obstante, la norma señala que dicha prueba mínima tiene que ser suficiente para un fin, v.gr., “para asegurar”. Además, señala el criterio para que proceda la revocación de la medida puesto que exige que ésta “desaparezca”. Pasa entonces la Corte a precisar el contenido material de la prueba mínima para asegurar a un nivel general, puesto que su contenido específico solo puede ser identificado y apreciado caso por caso.

El criterio material de prueba mínima que fundamenta la medida de aseguramiento se delinea en otras disposiciones. Tal es el caso, por ejemplo, de la detención preventiva y del embargo y secuestro de bienes, respecto de los cuales el parámetro probatorio específico se encuentra en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, que establece que se impondrá la medida de detención preventiva “cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso” y no exista “prueba indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.”

Por lo tanto, los eventos señalados en el artículo 392 de la Ley 600 de 2000, deben entenderse referidos a las normas que regulan la detención

²²⁵ CAPEZ, 2015, p. 309.

*preventiva y que establecen parámetros probatorios definidos por el legislador. No obstante, como las normas penales y de procedimiento penal deben interpretarse en el contexto de la Constitución, la Corte examinará si del ordenamiento constitucional se deducen también criterios materiales mínimos para asegurar.*²²⁶

A evolução é consistente com os avanços da concepção racionalista da prova, em especial, com a necessidade de fixar umbrais de suficiência para considerar provada a hipótese fática. Todavia, há duas críticas necessárias: (i) o conteúdo acerca do grau mínimo para considerar provado o enunciado acerca dos fatos não é casuístico, apenas as inferências fáticas concretas o são, o que não se confunde com os critérios de decisão, os quais devem ser normas gerais; (ii) a formulação de *standard* inadmitte a estipulação de grau numérico de “indícios”, no caso dois, o que não atende à exigência de se adotarem critérios da probabilidade indutiva, não expressada matematicamente.²²⁷

A categorização dos critérios de suficiência probatória e o balizamento jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia indicam o fundamento material do que se considera mínimo suficiente para provar a hipótese. Vejamos a sentença n. 805/2002:

Además de estos dos elementos, hay un tercero: el criterio de convicción acerca de la probabilidad de que el procesado sea el autor de la conducta punible investigada. Así, en principio y por regla general, para que las decisiones del fiscal sobre medidas de aseguramiento se basen en motivos fundados, deben obrar en el acervo probatorio dos indicios relativos a hechos objetivos que indiquen con una alta probabilidad, más allá de la simple sospecha o de la mera constatación de una plausible vinculación de la persona con los hechos investigados, que la persona es responsable, es decir, que realizó una conducta típica, antijurídica y culpable.

Por ello, el grado de convicción requerido se encuentra entre lo meramente plausible y la certeza para condenar, y éste ha de apreciarse caso por caso a partir de situaciones objetivas, no de temores o especulaciones, teniendo en cuenta la totalidad de las pruebas, ponderadas en su conjunto. La valoración integral evita que lo que indica un hecho se tome como cierto cuando en realidad obre otro, también probado, que desvirtúa la conclusión a la que se llegaría por un análisis fragmentado del acervo;^[43] así como para corroborar que el mayor peso de lo demostrado se inclina en contra del investigado, no a su favor. Por eso, el artículo 356 citado exige que no exista otra “prueba indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.”²²⁸

²²⁶ COLÔMBIA, 2002, grifo nosso.

²²⁷ Apesar dos critérios esboçados na sentença, sobredita na nota de rodapé n. 142, a própria Corte Constitucional da Colômbia faz ressalva contra ao uso da probabilidade matemática, ao afirmar que a inferência probabilística adequada “*trata de una simple ponderación lógica que permite ao funcionario judicial asignar el calificativo de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado*”.

²²⁸ Idem, grifo nosso.

Adota-se o *standard* probatório relacionado ao limiar de superação de um estado de dúvida, ou de “*libre sospecha o de la mera constatación de una plausible vinculación de la persona con los hechos investigados*”. Acerca do grau de suficiência necessário para superar a hipótese acreditada, a sentença dispõe de quatro requisitos: (i) deve haver pelo menos dois indícios concretos de responsabilidade; (ii) não exista hipótese fática alternativa que indique ausência de responsabilidade; (iii) que os fatos sejam graves; (iv) que haja provas de que o fato é típico, antijurídico e culpável, ainda, que as provas tenham sido legalmente produzidas. Quanto ao que se deve considerar suficientemente provado, a Corte Constitucional da Colômbia estabelece que:

*La connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador. Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de **grave o vehemente** al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de leve, cuando se revela sólo como una entre varias causas probables, y podrá darle la menguada categoría de **levísimo** cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado.*

As hierarquias mencionadas na sentença expressam, precisamente, os umbrais de suficiência dos quais dispõe a Corte Constitucional, acerca dos *standards* probatórios aplicados. Para Jordi Ferrer Beltrán,²²⁹ a gravidade dos erros que cada decisão sobre os fatos pode produzir é um indicador necessário para adotar umbrais contextuais, que respeitem aquilo que o direito deseja proteger, no caso das prisões cautelares, a liberdade, o devido processo e a presunção de inocência. O umbral de suficiência, portanto, é contextual.²³⁰ A Corte Constitucional, no caso da prisão cautelar, deduz norma que perfilha os diversos graus de suficiência, umbrais, admitindo aquele que apresenta maior aproximação ao grau de certeza frente à hipótese deduzida, sendo necessário observar o peso que a hipótese oferece em razão da conclusão acerca da hipótese fática, o grau de confirmação que se apresenta frente às várias hipóteses prováveis.

²²⁹ BELTRÁN, 2021, p. 139.

²³⁰ Tal fundamento é suficiente para defender a tese de que os *standards* de suficiência aplicados à prisão preventiva e à prisão temporária devem ser distintos, em razão do grau de proteção dos quais se deve dispor. Defendo que a prisão preventiva requer maior exigência probatória, em razão de o risco de erro ser absolutamente mais danoso àquele que se vê submetido à prisão sem marco temporal de encerramento.

Não obstante os avanços significativos presentes na decisão judicial da Corte Constitucional da Colômbia, considerando os julgados a que fiz referência neste trabalho, deve-se arrazoar a crítica acerca do *standard* probatório apoiado em graus de certeza, o que incorpora notável vagueza aos critérios estabelecidos. Jordi Ferrer Beltrán faz alerta acerca da impossibilidade de fixar umbrais de suficiência relacionados a estados de certeza, visto que não há possibilidade de se consentir com a existência de tal formulação. Segundo o autor:

[...] *nunca un conjunto de elementos de juicio, por rico y fiable que este sea, permitirá alcanzar certezas racionales, no psicológicas o subjetivas, respecto de la ocurrencia de un hecho, de modo que todo enunciado fáctico es necesariamente verdadero o falso, pero nuestras limitaciones epistémicas nos sitúan siempre ante decisiones que deben adoptarse en contextos de incertidumbre.*²³¹

O estado de certeza deve ser substituído pelas exigências necessárias para considerar o enunciado fático verdadeiro, em razão das provas conformadas em juízo, estabelecendo qual será o grau suficiente para considerar provada a hipótese fática. A Corte Colombiana,²³² sem embargos, parece adotar um *standard* menos exigente do que aquele enunciado – a prova mais além da dúvida razoável –,²³³ já que formula uma tese que se amolda às exigências concernentes ao *standard* da prevalência, que radica critérios de decisão acerca dos fatos em razão do confronto entre as hipóteses que confirmam os fatos, em detrimento daquelas que não o fazem. Todavia, nada diz acerca do limiar que deve ser alcançado para que a causa “*mais probable*” seja suficiente para considerar provada a hipótese. Dessa forma, considero que não está adequadamente formulado o *standard* aplicado.

Os exemplos de sentenças que apresentei neste estudo revelam a incorporação do debate público sobre a necessidade de formular *standards* de prova, não havendo, todavia, formulações que respeitam os critérios metodológicos formulados por Jordi Ferrer Beltrán²³⁴ e Larry Laudan.²³⁵ Parece-me, com maior correção, que as decisões do Tribunal Constitucional Colombiano e Espanhol expõem raciocínios aderentes às exigências de incorporar critérios racionais, intersubjetivamente controláveis, de valoração da prova, não fixando critérios de suficiência para considerar provada uma determina hipótese fática. Tal asserção coloca as

²³¹ BELTRÁN, 2021, p. 18.

²³² COLÔMBIA, 2002.

²³³ A afirmativa que fiz considera, para fins didáticos, a classificação de *standard* probatório como critério de decisão conhecido como “mais além da dúvida razoável”, o que não adoto como verdadeiro neste trabalho, em razão do marco teórico admitido.

²³⁴ BELTRÁN, 2021, p. 29 e ss.

²³⁵ LAUDAN, 2006, p. 64.

Cortes Constitucionais que mencionei neste estudo em estado mais avançado, se considerarmos a adoção de critérios de decisão sobre os fatos que não apelam exclusivamente a critérios subjetivos do julgador, se comparada aos precedentes brasileiros a que fiz menção.

Feitas essas considerações, convém baixar a especificidade da análise levada a efeito: as prisões cautelares justificadas em razão da garantia da ordem pública. Jordi Ferrer Beltrán resume a classe de fundamentos que vindicam maior cautela à fixação de *standards* às prisões provisórias. O autor defende que “a existência de um grave risco processual deve exigir alto grau de corroboração”,²³⁶ o que equivale dizer que o risco deve ser provado com probabilidade alta de ocorrência no mundo fenomênico. Tal asserção parece bem acomodada à exigência de maior grau de suficiência probatória para derrotar a presunção de inocência, ainda que em caráter intermitente.²³⁷

Outra questão, autônoma à regência dos *standards* de provas, é a sua carga, ou como prefere Jordi Ferrer Beltrán: quem perde se a hipótese probatória não for considerada suficiente. Admitindo que a prisão cautelar ocorre sem o aporte de provas pela defesa, caberá ao requerente da prisão demonstrar as hipóteses fáticas alternativas à pretensão deduzida, o que exigirá maior esforço probatório e argumentativo. Não basta asseverar apenas a ocorrência do fato ensejador da prisão, o que resultará em nível de exigência maior.

O espectro probatório condizente com um sistema racional de averiguação de fatos relevantes no processo toma contornos ainda mais importantes no âmbito da pretensão cautelar. De antemão, é razoável admitir a ideia de que um *standard* probatório para decretação de prisões cautelares sofrerá necessariamente de inanição se não considerarmos a obrigação de se admitirem todas as proposições fáticas, inculpatórias ou exculpatórias à disposição do julgador. Assim, há razões epistêmicas para defender a permissão de que sejam aportadas proposições probatórias pela defesa, ou definir a obrigação de aportar hipóteses fáticas alternativas à pretensão inculpatória para a decretação ou a manutenção de medidas cautelares, bem como a necessidade de se vincular a proficiência dos *standards* probatórios à revisão das decisões vigentes.²³⁸

²³⁶ BELTRÁN, 2021, p. 236. (Tradução livre).

²³⁷ Conforme exposto neste estudo, defendi a tese de que a prisão preventiva é incompatível com a presunção de inocência, no que acompanho o jusfilósofo espanhol. (BELTRÁN, 2017, p. 144)

²³⁸ Tal asserção é condizente com a necessidade de reavaliar os pressupostos autorizadores da decretação da prisão cautelar após 90 dias, conforme preconiza a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, art. 316, parágrafo único. Há apenas um acréscimo necessário. Para fins de averiguação probatória dos fundamentos da prisão, há dois parâmetros de decisão a serem observados, são eles: a atualidade dos fatos ensejadores da prisão e a originalidade destes, frente ao conjunto de dados conformados no processo, nos termos do art. 312, § 2º, do Código de Processo Penal brasileiro.

A questão-chave, que parece clara, é que o domínio único da atividade probatória pela acusação faz padecer a função de apelar à capacidade justificativa das hipóteses probatórias mediante o confronto com as hipóteses alternativas, o que deságua no desatendimento dos critérios metodológicos propostos por Jordi Ferrer Beltrán para formular *standards* de prova.

Uma solução aparente advoga em favor da necessidade de instituir um procedimento probatório cautelar, capaz de reunir um conjunto de dados que serão conformados ao processo incidentalmente, cujo substrato subscreve os fundamentos ensejadores da prisão e as proposições que contradizem a hipótese que reforça a necessidade da prisão, o que supõe melhora no quadro epistêmico das informações ofertadas ao júízo. Um bom modelo parece ser o de adoção no rito previsto no art. 310 do Código de Processo Penal, sendo a audiência de custódia o marco inicial do procedimento probatório cautelar.

Esse modelo prescreve a realização de procedimentos que instalam uma atividade probatória diferida, momento processual adequado para aplicação de duas etapas em que será necessário averiguar a superação do grau de suficiência para considerar provada a hipótese ensejadora da prisão:²³⁹ (i) aplicação de *standard* vinculado à hipótese fática inculpatória, que justifica a prisão; e (ii) aplicação de *standard* probatório específico e subsequente, no bojo da revisão da medida após 90 dias,²⁴⁰ necessariamente mais exigente que o primeiro.

Fundamentalmente, a formulação e a aplicação de *standards* probatórios, supondo o atendimento dos requisitos metodológicos e políticos institucionais relacionados, permitirão maior controle acerca da capacidade justificativa dos fatos que derrotam a presunção de inocência cautelarmente e, com igual pertinência, cumprem a função de garantia entre as partes.

Adicionalmente, os *standards* probatórios serão capazes de distribuir o risco de erros entre as partes, sendo suficiente constatar que há maiores custos estatais e sociais relacionados à prisão de inocentes que a liberdade de culpados. Caio Badaró, em sentido igual, assevera que “a tendência ascendente dos *standards* probatórios deve ser contrabalanceada com a gravidade do erro para cada tipo de decisão”.²⁴¹

Transpassadas as vantagens para instituir e aplicar graus de suficiência para considerar provada a hipótese inculpatória, deve-se estabelecer quais formulações deverão ser aplicadas. Notadamente, não há pretensão neste estudo de esgotar o modelo metodológico e funcional

²³⁹ Não há necessidade de distinguir os dois tipos de prisões provisórias reguladas no Brasil, em razão de haver prazos estabelecidos em cada qual. Basta, portanto, ajustar a aplicação do *standard* ao prazo legal estabelecido.

²⁴⁰ O prazo de 90 dias está disposto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal brasileiro.

²⁴¹ MASSENA, 2021, p. 1655.

dos *standards* de prova para a prisão preventiva fundamentada na violação da ordem pública, mas iniciar a propagação de um modelo viável.

Dois alarmes fundacionais são necessários antes de propor um modelo adequado. Os *standards* de prova enfrentam duas principais objeções: imprecisão e subjetividade. Em primeiro, o controle da subjetividade opera-se formulando umbrais de suficiência que não apelam à convicção íntima do julgador ou a crenças estabelecidas, que reproduzem vieses cognitivos indutores de decisões injustificadas acerca dos fatos. A formulação estabelecida visa a conjurar um guia de interpretação, o que reduzirá o campo de preferências subjetivas do julgador. Já a falta de objetividade deve ser enfrentada por meio de estratégias de calibragem da linguagem e dos comandos normativos, com vistas a estabelecer métodos de formulação e de aplicação controláveis.

Jordi Ferrer Beltrán assevera que há quatro recomendações essenciais para estabelecer adequadamente *standards* de prova, o que se faz com arrimo nos preceitos metodológicos que o doutrinador espanhol elegeu. São eles:

- 1) Os estândares de prova devem se estabelecer sobre a base de critérios que apelam a capacidade de justificação das provas, em respeito às hipóteses que tratam de provar; 2) devem fixar de modo mais preciso possível um umbral de suficiência probatório; 3) deve observar os critérios para estabelecer inferências probatórias indutivas – portanto, não expressadas em caracteres numéricos; 4) deve formular *standards* de prova sobre as distintas decisões acerca dos fatos ocorridas no processo, que terão que seguir uma tendência progressiva de exigência.²⁴²

Adotando as recomendações de Jordi Ferrer²⁴³ e admitindo a observância de um sistema pretensamente acusatório, ajustado à concepção racionalista da prova, no tocante à determinação dos fatos havidos e incorporados ao processo, proponho a seguinte formulação de *standard* probatório, com pretensão de servir à formulação legislativa ou para ser adotada pela jurisprudência, visando estabelecer critérios de decisão sobre os fatos que estipulam o grau de suficiência para decretação da prisão preventiva, ordenada em razão da garantia da ordem:

- i) a hipótese fática deve ser capaz de explicar os fatos disponíveis, integrando-os de forma coerente, havendo a necessidade de conformar todos os dados disponíveis decorrentes da hipótese aventada, aptos a confirmar a existência dos pressupostos materiais exigíveis para decretação da prisão cautelar;

²⁴² BELTRÁN, 2021, p. 204, tradução livre.

²⁴³ BELTRÁN, 2007, p. 146.

- ii) as hipóteses alternativas dedutíveis racionalmente dos mesmos fatos, que sejam compatíveis com a não ocorrência dos pressupostos da prisão preventiva e concernentes às regras de tratamento decorrentes da presunção de inocência, determinam serem refutadas as hipóteses acusatórias;
- iii) os dados disponíveis devem ser capazes de confirmar concretamente os causais de riscos processuais, sendo necessário refutar meras conjecturas presuntivas, não amparadas por provas;
- iv) a hipótese fática deve ser capaz de explicar a utilidade, a acessoriedade e a proporcionalidade da medida, sendo necessário refutar concretamente a adoção de medidas cautelares alternativas à prisão;
- v) a hipótese deve ser capaz de explicar as proposições fáticas disponíveis, asseverando haver a violação concreta da disponibilidade de bens sociais, inerentes à realização da vida comunitária digna, em razão da conduta delitiva, sendo necessário refutar todas as hipóteses alternativas, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*;²⁴⁴ e
- vi) a hipótese será submetida à reanálise, após o período regulado pela legislação, devendo ser capaz de confirmar os dados havidos em conformidade ao decurso temporal, justificando-se a existência contemporânea dos motivos ensejadores da prisão, prescritos nos itens anteriores.

A construção proposta atende ao requisito de estabelecer umbrais de suficiência escalonados e gradativos. A partir dessas considerações, portanto, suponho que serão atendidas as exigências metodológicas para formulação e, ademais, cumprirão as funções essenciais dos *standards* probatórios.

²⁴⁴ Hipóteses formuladas posteriormente, que não oferecem razões pretéritas, aptas a justificar a hipótese.

CONCLUSÃO

O esforço teórico para fins de contribuir com a compreensão, ou a aproximação conceitual, sobre o conteúdo da norma “ordem pública” visa a empreender um ajuste em direção à justiça criminal que desidrata prisões arbitrárias, bem como ordena uma classe de exigências político-criminais e metodológicas capazes de ampliar a capacidade justificativa da decisão judicial sobre os fatos e estabelecer garantias às partes, avocando ferramentas deferentes ao controle acerca da averiguação da verdade e da motivação adequada da decisão judicial cautelar.

O estudo pretendeu esmiuçar os critérios para efetivação da atividade probatória estabelecida mediante filtros racionais e informar acerca das exigências necessárias à aplicação de dispositivos que contenham metodologias que visam ao controle do raciocínio probatório no bojo das decisões que decretam prisões baseadas na violação da ordem pública.

Nesse sentido, defendi a formulação de *standards* probatórios cuja aplicação deva ser específica às prisões preventivas, especificamente, quanto à necessidade de provar a hipótese de garantir a ordem pública, considerando que o raciocínio probatório, lastreado na concepção racionalista da prova, pressupõe a correção epistêmica, a validação lógica dos argumentos, a acreditação das inferências probatórias em razão dos conhecimentos cientificamente aprofundados e das máximas de experiência, aumentando, contingencialmente, a correção das decisões de prisões provisórias. Ademais, assevero que os *standards* de prova prescrevem o controle posterior (intersubjetivo) do raciocínio judicial, o que confere garantia às partes.

Sem embargos, a fim de propor um modelo adequado de exigências probatórias para considerar provada a hipótese fática que enseja a decretação das prisões, esbocei um conjunto de argumentos capazes de colmatar as imprecisões semânticas e linguísticas do termo “ordem pública”, prescrevendo uma solução prática. A ordem pública deve ser objeto de prova, obedecendo ao rigor metodológico aventado e à averiguação racional dos fatos, o que instala um freio de contenção arbitrária nas decisões cautelares de prisão preventiva. A delimitação do conteúdo da locução ordem pública torna exequível a propositura de *standard* apto a definir o grau de exigência necessário para considerar provada a hipótese inculpatória.

Tal acervo argumentativo se convola com os problemas empíricos, ao passo que propõe um aperfeiçoamento do desenho institucional. Se confrontarmos a urgência do debate ao cenário nacional, percebe-se intensa acumulação de prisões, superando a cifra de 820.689 presos no país em 2021, com 27,4% desse contingente de presos provisórios, conforme dados

divulgados pela Secretaria Nacional de Políticas Penais do Ministério da Justiça e Segurança Pública.²⁴⁵

A adoção de um modelo de raciocínio probatório que vindica adoção de critérios de suficiência para considerar provada a hipótese fática inculpatória atua contingencialmente frente à distribuição do risco de erros judiciais, ajustando as cifras de decisões incorretas, priorizando a adoção de graus de suficiência que vindicam menores cifras de prisão de inocentes, em detrimento de soltura de culpados.

Em maior relevo, defrauda o desenho institucional que maximiza a permissão de realizar prisões preventivas autoritárias, que apelam a critérios subjetivos do julgador, impossibilitando o controle intersubjetivo do raciocínio judicial e do método inferencial empregado.

Outrossim, não há um dever absoluto de punir que justifique a ampliação quântica de prisões provisórias, devendo-se puxar o trilho à constitucionalização do processo penal. Não é possível estabelecer uma justificação juridicamente válida no plano normativo que permita baixar as redes de proteção à liberdade e restringir as garantias das partes.

Por conseguinte, propus a formulação de *standard* probatório específico às prisões preventivas baseadas na garantia da ordem pública, o que realizei em obediência aos critérios metodológicos estabelecidos na doutrina, o que contribui para a formulação de uma solução prática adequada. Em especial, a formulação aventada prescreve rigor quanto à capacidade de justificação das decisões probatórias, determina a realização de inferências racionais que visam a diminuir o déficit informacional comum aos processos cautelares, em que não há aporte informacional do sujeito passivo da medida, aprimorando as exigências epistêmicas para se considerar provada uma hipótese fática. Adicionalmente, estabeleci critérios que conformam a necessidade de avaliar o caráter acessório da prisão, a proporcionalidade e a necessidade da medida.

O *standard* probatório proposto, sobretudo, estabelece exigência de provar concretamente a garantia da ordem pública, bem como fixa exigência de proceder reanálise periódica dos motivos ensejadores da prisão preventiva, conduzindo uma análise acerca da atualidade dos pressupostos autorizadores da constrição pessoal.

Por fim, assevero que a justiça criminal não deve admitir o “desleixo dogmático”,²⁴⁶ como forma de, a qualquer custo, proceder à perseguição de indesejados, valendo-se da aparente frouxidão ao não promover exigências racionais frente à atividade probatória.

²⁴⁵ BRASIL, 2023b.

REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. 3 ed. Madri: Marcial Pons, 2010.
- ABELLÁN, Marina Gascón. **O problema de provar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.
- ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora? **Revus**, n. 39, 2019. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/5559>. Acesso em: 12 mar. 2023.
- AGUILERA, Edgar. Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito. In: BELTRÁN, J. F.; VÁZQUEZ, C. (ed.). **Del Derecho al razonamiento probatorio**. Madri: Marcial Pons, 2020.
- ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y Derecho**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AMADO, Juan Antonio García; BONORINO, Pablo Raúl. (coord.). **Prueba y razonamiento probatorio en Derecho**: debates sobre abducción. Granada: Comares, 2014.
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Análisis de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2015.
- ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires; SEIÇA, Alberto Medida de. (coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. v. 2. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009.
- ANDRADE, Vera Regina de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ANGIONI, Lucas. **Introdução à Teoria da Predicação em Aristóteles**. Campinas/SP: Editora Unicamp, 2006.
- ARAUJO, Guilherme Silva. **Prisão preventiva como garantia da ordem pública**. Florianópolis: Emais, 2022.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2007.
- BELTRÁN, J Ferrer.; IGLESIAS, M. " Introduction ." Law, Politics, and Morality: European perspectives I. Globalisation, Democracy and Citizenship. Prospects for the European Union / Jordi Ferrer Beltrá. Berlín (DEU): Duncker & Humblot, 2003.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba sin convicción**. Marcial Pons: Madrid, 2021.

²⁴⁶ O professor Alaor Leite cunha o termo em crítica às propostas de criminalização do sistema de financiamento eleitoral. (TEIXEIRA; LEITE, 2017).

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y racionalidad de las decisiones judiciales**. Pachuca de Soto: CEJI, 2019.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Presunción de inocencia y prisión preventiva. *In*: MELLADO, J. M.; ALVA, J. L. C. (ed.) **Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba**. 1. ed. Lima: Universidad de Alicante, 2017.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. **Revista de la Maestría en Derecho Procesal**, v. 4, n. 1, 2010. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2393>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BELTRÁN, Jordi Ferrer; FENOLL, Jorgi Nieva; GIANNINI, Leandro J. **Contra la carga de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2019.

BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen. (ed.). **Del Derecho al razonamiento probatorio**. Madri: Marcial Pons, 2020.

BOAVENTURA, João Paulo de Oliveira; FREIRIA, Thiago Turbay. Controle epistêmico da prova penal e os limites probatórios inerentes à inserção de novos elementos no processo. *In*: MATTOS, D. M. de; ROCHA, M. R. da S.; INCOTT, P. (org.). **Direito Penal e processo penal contemporâneos: discussões a partir da Escola Alemã de Ciências Criminais na Universidade de Göttingen**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. v. 2. Brasília: UnB, 1998.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP)**. 2023a. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/pesquisa-peca>. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10/02/2023. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d88777.htm. Acesso em: 11 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **SISDEPEN**: dados estatísticos do sistema penitenciário. 2023b. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1982. Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em: 1º fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 962.731/SC**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 22 set. 2016. Santa Catarina, 30 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Prisão preventiva. **Jurisprudência em Teses**, Brasília, n. 32, abr. 2015. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20teses%2032%20-%20PRIS%C3%83O%20PREVENTIVA.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 111.244/SP**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. DJ: 10 abr. 2012. São Paulo, 26 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Ação Penal nº 676/MT**. Relatora: Min. Rosa Weber. DJ: 17 out. 2017a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300838>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Ação Penal nº 694/MT**. Relatora: Min. Rosa Weber. DJ: 31 ago. 2017b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501194>. Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Ação Penal nº 1.015/DF**. Relator: Min. Edson Fachin. DJ: 10 nov. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755376502>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Ação Penal nº 512/BA**. Relator: Min. Teori Zavascki. DJ: 27 abr. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810152>. Acesso em: 18 mar. 2022.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 13 set. 2022.

CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni. **La justificación de la decisión judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2021.

CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. 2015. 358 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CASTILHO, E. W. V. de. Ordem pública: subsídios para sua interpretação. In: VARELLA, M. D. **Revoluções no campo jurídico**. Joinville: Oficina Comunicações, 1998.

CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. **Prisões preventivas da Operação Lava-Jato (2014-2017):** pesquisa empírica e crítica garantista. 2021. 249 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença nº C-805/02, de 1º de outubro de 2002,** expediente D-3973. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-805-02.htm>. Acesso em: 15 mar. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Pollo Rivera y Otros v. Peru.** DJ: 21 out. 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_319_esp.pdf. Acesso em: 10 fev. 2023.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar:** dramas, princípios e alternativas. Salvador: JusPodivm, 2021.

CUMIZ, Juan; DEI VECCHI, Diego. **Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos:** una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Madri: Marcial Pons, 2019.

CUMIZ, Juan; TUZET, Giovanni. **La prueba en el marco del procedimiento penal.** 1. ed. Lima: Palestra Editores, 2021.

DEI VECCHI, Diego. El carácter presuntivo de las presunciones absolutas. **Revus**, n. 38, dez. 2019. Disponível em: <http://journals.openedition.org/revus/5333>. Acesso em: 12 mar. 2023.

DEI VECCHI, Diego. **Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio.** Lima: Zela, 2020.

DIDIÉ, Fredie. *et al.* (coord.). **Direito Probatório.** 3 ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIETER, Mauricio Stegemann. **Política criminal atuarial:** a criminologia do fim da história. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional (2. Turma). **Sentença nº 111, de 14 de junho de 1999.** Disponível em: <https://vlex.es/vid/sstc-atc-j-117-lotc-fa-15354635>. Acesso em: 13 mar. 2023.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **Sentença nº 30, de 28 de fevereiro de 2019.** DJ: 26 mar. 2019a. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25874>. Acesso em: 14 mar. 2023.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional da Espanha. **Sentença nº 95, de 12 de agosto de 2019.** Boletín Oficial del Estado, n. 192, sec. TC, Lunes 12 de agosto de 2019b. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-11907. Acesso em: 15 mar. 2023.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). **Letellier v. França.** DJ: 26 out. 1991.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). **Khudobin v. Rússia**. DJ: 26 out. 2006.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). **Matznetter v. Áustria**. App n° 2178/64. DJ: 10 nov. 1969.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). **Wenhoff v. Alemanha**. DJ: 24 jul. 2003.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). **Wenhoff v. Alemanha**. DJ: 27 jun. 1968.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FREIRIA, Thiago Turbay. A trapaça cognitiva e o juiz de garantias. Blog do Fausto Macedo. **Estadão**, 4 dez. 2019. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/a-trapaca-cognitiva-e-o-juiz-de-garantias/>. Acesso em: 31 jan. 2023.

FREIRIA, Thiago Turbay. Os *standards* de prova necessários para decretação de prisões provisórias em delitos econômicos. In: CALEGARI, A.; FONTENELE, M.; TURBAY, M. **Temas atuais de Direito Penal Econômico**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

FRICKER, Miranda. **Epistemic injustice**: power and the ethics of knowing. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

FRISCH, Wolfgang. Libre valoración de la prueba y estándar probatorio. Fundamentos históricos y de teoría del conocimiento. **Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania**, Göttingen, v. 1., n. 1, pp. 53-81, 2016.

FUMERTON, Richard. **Epistemologia**. Petrópolis: Vozes, 2014.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?** Lima: ARA Editores, 2009.

GOMES, Patrick Mariano. **Discursos sobre a ordem**: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública. 2013. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: UNESP, 2002.

HAACK, Susan. The whole truth and nothing but the truth. **Midwest Studies in Philosophy**, n. 32, v. 1, pp. 20-35, set. 2008.

- HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa (tomo I)**. Madrid: Taurus, 1999.
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Petrópolis: Vozes, 2017.
- HART, Hebert. Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos. *In: PENA y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.
- HEMPEL, C. G., Filosofía de la ciencia natural, Alianza Universidad, Madrid, 1973.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HUSSERL, Edmund. **Investigações lógicas: prolegômenos à lógica pura**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v. 12, pp. 257-300, 1992.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andres. Presunción de inocencia y prisión sin condena. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, a. 10, n.13, fev. 2009.
- JARDIM, Afonso Silva. **Direito Processual Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- JARDIM, Afonso Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal: estudos e pareceres**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- KHALED JÚNIOR, Salah. H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 3. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.
- KOCH, Ingedore G. Villaça. **Desvendando os segredos do texto**. São Paulo: Cortez, 2002.
- LAGIER, Daniel González. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, n° 23, 2020, pp. 79-97.
- LAGIER, Daniel González. **Quaesti facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción**. Coyoacán: Editorial Fontamara, 2013.
- LAGIER, Daniel González. Inferencias, incertidumbre y estándares en el ámbito probatorio. *In: VÁZQUEZ, C. (coord.). Hechos y razonamiento probatorio*. Pachuca de Soto: CEJI: 2018.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”. En: **La argumentación jurídica en el Estado Constitucional**. Pedro Grández y Félix Morales (editores). Palestra Editores, Lima, 2013.

LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**: un ensayo sobre epistemología jurídica. Madri: Marcial Pons, 2013.

LAUDAN, Larry. **El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal**. [s.l.]: Titivillus, 2011.

LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law**: an essay in legal epistemology. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**, v. 2. Rio de Janeiro: Saraiva, 1965.

MASSENA, Caio Badaró. Prisão preventiva e *standards* de prova: propostas para o processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 3, pp. 1631-1668, set./dez. 2021.

MATIDA, Janaina; ROSA, Alexandre Moraes da. Para entender *standards* probatórios a partir do salto com vara. **Consultor Jurídico**, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>. Acesso em: 12 mar. 2023.

MENEZES, Lená Medeiros de. **Os indesejáveis**: desclassificados da modernidade. Protesto, crime e expulsão na capital federal (1890-1930). Rio de Janeiro: EdUERJ, 1996.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no Direito Processual brasileiro**. 2020. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional (2. Seção). Processo nº 526, de 2015. **Acórdão nº 391, de 2015**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150391.html>. Acesso em: 12 mar. 2023.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo *et. al.* **Prova penal**: Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Empório do Direito, 2015.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo**: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal. 2011. 143 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2011.

RISINGER, D. Michael. Innocents convicted: an empirical justified factual wrongful conviction rate. **Journal of Criminal Law & Criminology**, v. 97, n. 3, pp. 761-806, 2007.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTIAGO, Mir Puig. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: USP, 2019.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, pp. 189-234, jan./abr. 2022.

STEIN, Alex. The refoundation of evidence law. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, v. 9, jul. 1996.

STEIN, Alex. Contra la “prueba libre”. **Revista de Derecho**, v. XXVI, n. 2, dez. 2013.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Milão: Editorial Trotta, 2002.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad**: el juez y la construcción de los hechos. Madri: Marcial Pons, 2010.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Madrid: Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Hacia la decisión justa**. 1 ed. Lima: CEJI, 2020.

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

TEIXEIRA, Adriano; LEITE, Alaor. (org.). **Crime e política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

TEIXEIRA, Adriano; LEITE, Alaor; GRECO, Luis. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Prova penal. *In*: PRADO, Geraldo; SILVEIRA, Edson Damas da; GIACOMOLLI, Nereu José. **Estado Democrático de Direito**. [s.l.]: Empório do Direito, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 2, 2020.

VÁZQUEZ, C. (coord.). **Hechos y razonamiento probatorio**. 1. ed. Hidalgo: CEJI, 2018.

VIEIRA, Antonio. Riesgos y controles epistémicos en la delación premiada: aportaciones a partir de la experiencia en Brasil. *In*: BELTRÁN, J. F.; VÁZQUEZ, C. (ed.). **Del Derecho al razonamiento probatorio**. Madri: Marcial Pons, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferência de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZUGAIBE, Nathália Cassola. **Valoração dos indícios nas decisões penais**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica**. Temas para uma perspectiva crítica do Direito – Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v..1, p. 727-749.