

COLEÇÃO Raciocínio
Probatório

Coordenação:
VITOR DE PAULA RAMOS

MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA E JUÍZO DE PERICULOSIDADE NO PROCESSO PENAL

DAIANA RYU

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

2

RACIOCÍNIO INFERENCIAL NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: UTILIZAÇÃO DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA PARA AFERIÇÃO DO *PERICULUM LIBERTATIS*

2.1 PRISÃO PREVENTIVA, LÓGICA E EPISTEMOLOGIA JUDICIÁRIA

Ao longo dos últimos anos, várias modificações foram realizadas no Código de Processo Penal brasileiro para aperfeiçoamento da disciplina das medidas cautelares pessoais.³⁷⁴ Na última reforma do Código, por meio da Lei nº 13.964/2019, foi significativa a introdução de requisitos para motivação das decisões cautelares pessoais, no art.

374. Conforme já abordado, as últimas reformas foram realizadas pela Lei nº 12.403/2011 e pela Lei nº 13.964/2019. A primeira lei fulminou o binômio prisão/liberdade, ao prever um rol com medidas cautelares pessoais alternativas à prisão. Já a segunda lei, entre as várias inovações na matéria das medidas cautelares pessoais, previu um rol de requisitos para motivação das decisões cautelares pessoais no art. 315, §2º, do Código de Processo Penal.

315, §2º, do Código de Processo Penal. Houve, é certo, um grande avanço em relação à observância das garantias processuais penais e direitos fundamentais do acusado preso cautelarmente, em especial a motivação e a presunção de inocência.³⁷⁵ No entanto, ainda não há no nosso ordenamento jurídico regulamentação do método para aferição do *periculum libertatis*, utilizando o magistrado o método intuitivo. Ressalte-se, assim, que o juízo de periculosidade processual tal como o juízo de fato realizado na atividade probatória está à mercê da discricionariedade do órgão julgador.

Ocorre que, no âmbito do raciocínio probatório, a adoção do sistema do livre-convencimento e a lacuna deixada pelo legislador no que tange a regras e critérios a serem empregados no juízo de fato impulsionaram os estudos na doutrina sobre a interpretação do processo como “um instrumento epistemologicamente válido e racional”³⁷⁶ Conter a arbitrariedade do magistrado³⁷⁷ na apreciação das provas tornou-se, ao longo dos últimos anos, tema central no debate das Ciências Criminais.³⁷⁸

375. RYU, Daiana. *Prisão cautelar e direito ao julgamento no prazo razoável*. São Paulo/Belo Horizonte: D' Plácido, 2021, p. 67.

376. Segundo analisa Michele Taruffo: “Parece sensato, de fato, debater sobre uma função epistêmica do processo, considerando-o um conjunto estruturado de atividades com o fim de obter elementos de conhecimento verídicos sobre os fatos relevantes para a solução da controvérsia. Nesse sentido, o processo poderia ser inserido entre os procedimentos *truth-acquiring* de que fala Willians, ou ser considerado (segundo Goldman) um procedimento *veristic*” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid/São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 159).

377. O juízo sobre os fatos, por muito tempo, foi considerado como “produto da consciência dos juízes” (ARANHA, Adalberto José Queiroz. Telles. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987). Antonio Magalhães Gomes Filho, inclusive, adverte que “a relativa indiferença da doutrina e dos aplicadores do direito em relação ao julgamento sobre os fatos, muito embora essa atividade seja não somente tão importante quanto a da escolha da norma, mas sobretudo porque é justamente aqui que se manifesta com maior amplitude a discricionariedade judicial, o que deve ensejar, em consequência, um cuidado maior em relação ao seu controle” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 119).

378. Sobre a utilização da epistemologia para valoração da prova, afirma Gustavo Bardó: “A valoração da prova pode ser realizada intuitivamente, mas também é possível fazê-la de modo racional, seguindo cânones lógicos, com mecanismos de controle intersubjetivos, que permitam verificar o erro ou o acerto do juízo de fato realizado no processo. É na epistemologia que poderão ser obtidas as ferramentas

Há, assim, um movimento na doutrina internacional e nacional³⁷⁹ voltado a desenhar um modelo de valoração racional da prova por meio da aplicação de regras lógicas e epistemológicas adequadas ao raciocínio judicial.³⁸⁰⁻³⁸¹ Jordi Ferrer-Beltrán, por exemplo, na obra *Valoração racional da prova*, a partir de uma concepção racionalista da prova, tomando em consideração o contexto da incerteza em que a decisão judicial sobre os fatos é proferida, realiza análise sobre a valoração da prova e qual deve ser o *standard* a ser atingido para que um enunciado fático seja considerado provado.³⁸² Entre nós, Gustavo Badaró, na obra *Epistemologia judiciária e prova penal*, sob o enfoque da epistemologia, buscando mecanismos para resolver os problemas

para um aprimoramento da atividade cognitiva do juiz na valoração da prova" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 84).

379. De se destacar o pioneirismo de Michele Taruffo no estudo da epistemologia jurídica em 1992 por meio de seu livro *La prueba dei fatti giuridici*, publicado em Milão pela Editora Giuffré. Posteriormente: FERRER-BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007; GASCÓN ABBELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010; FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010; VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. *La prueba científica y la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015. Entre nós: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023; MATIDA, Janaína Roland. *O problema da verdade no processo penal: a relação entre fato e prova*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2009; MATIDA, Janaína. *Em defesa de um conceito jurídico de presunção*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal*. Do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. Salvador: Juspodivm, 2023.
380. Epistemologia Jurídica é definida por Miguel Reale como “doutrina dos valores lógicos da realidade social do Direito, ou, por outras palavras, dos pressupostos lógicos que condicionam e legitimam o conhecimento jurídico, desde a Teoria Geral do Direito – que é a sua projeção imediata no plano empírico-positivo – até às distintas disciplinas em que se desdobra a Jurisprudência” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 306).
381. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 84.
382. Na introdução de seu livro, ressalta Jordi Ferrer-Beltrán: “A pergunta fundamental respondida por uma teoria da valoração da prova é ‘qual é a forma racionalmente adequada de valorar a prova?’. E a resposta é normativa, da mesma forma que assim é a epistemologia ou a gramática (COHEN, L. J., 1986:635). A teoria não pretende descrever como decidem os juízes, mas sim indicar como deveriam decidir se se pretende que suas decisões sejam racionais” (FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Tradução de Vitor Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 23).

do juízo de fato no processo penal, propõe a revisão de vários temas probatórios, como a definição de critérios racionais de valoração da prova e de um *standard* de prova controlável intersubjetivamente.³⁸³

Muito embora a decretação da prisão preventiva ocorra, em geral, antes da fase instrutória, considerando a complexidade³⁸⁴ do raciocínio judicial para essa tomada de decisão, bem como sua gravidade para os direitos fundamentais do acusado, é imprescindível a existência de um controle de racionalidade tal como proposto nos estudos sobre epistemologia judiciária.³⁸⁵ O juízo cautelar, em especial a verificação da presença dos requisitos do *periculum libertatis*,

383. Nas palavras de Gustavo Badaró: “O que se busca é, ao final da obra, ter demonstrado a viabilidade de construção de um sistema correto do ponto de vista epistemológico, e que permita ao processo penal funcionar, na melhor medida possível, como um instrumento cognitivo, que tenha na busca da verdade um de seus fins institucionais” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 15).

384. Sobre a estrutura do juízo cautelar, explica Virginia Pujadas Tortosa que: “Como podrá observarse con mayor claridad en breve, el razonamiento que conduce permite afirmar o negar cada uno de los elementos del peligro cautelar se basa en unas premisas que son (1) bien aplicación previa e interpretación, en su caso, de normas relativas al proceso y circunstancias o características del propio proceso (conceptos que englobo en el substantivo «parámetros»); (2) bien circunstancias personales del sujeto, de distinta naturaleza (lo que se ha dado en llamar «indicios cautelares»; (3) bien distintos tipos de generalizaciones, de carácter valorativo, a las que llamamos «máximas de la experiencia judicial»” (PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Girona, 2007, p. 419).

385. Em verdade, é necessário um controle intersubjetivo em relação a todos os modelos de decisão judicial. Nas palavras de Jordi Ferrer-Beltrán: “apesar de que son posibles distintos modelos, creo una exigencia mínima de la racionalidad es que la decisión se base en razones que la justifiquen sobre la base de algún criterio intersubjetivo”. (FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley, 2016, p. 52).

debruça-se eminentemente sobre fatos.³⁸⁶⁻³⁸⁷ Consoante já abordado no capítulo primeiro, o juízo acerca da verificação da presença dos requisitos/fundamentos do *periculum libertatis* consiste na análise do órgão julgador quanto à presença de alguma situação de risco relevante para eficácia do processo penal e/ou execução da eventual futura sentença condenatória.³⁸⁸

De se ressaltar, assim, que a decisão cautelar deve basear-se em dados empíricos e numa análise vertical profunda de todas as questões

386. Ao se debruçar sobre o ordenamento jurídico espanhol, Jordi Ferrer-Beltrán explica que a prolação da sentença não é o único momento em que o órgão julgador toma decisão sobre os fatos do caso concreto. Dentre outros exemplos, aponta que o art. 503.1 da LECrim estabelece que para decretação da prisão preventiva, necessário que “apareçam na causa motivos bastantes para acreditar que a pessoa contra quem será decretada a prisão é responsável criminalmente pelo delito”. (FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoración racional da prova*. Tradução de Vítor Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 269) Ao discorrer sobre o processo civil italiano, Michele Taruffo sustenta que a diferença essencial entre a prova e a informação sumária utilizada para decretação de uma medida cautelar não reside “na determinação do fato ou dos elementos de conhecimento dos quais ele deriva”, mas no grau da profundidade do conhecimento dos fatos que resulte suficiente para prolação da decisão. Afirma o autor italiano: “Parece, entonces, improprio decir que de esta forma se llega siempre a una determinación de los hechos más genérica, superficial e aproximada que la se obtiene en el procedimiento ordinario, pudiendo más bien ser verdadde lo contrario. Otra cosa es, también aquí, el problema de los efectos de la resolución, pero nada excluye que una resolución típicamente provisional, como la cautelar está fundada en una determinación analítica, completa y profunda de los hechos relevantes. Así pues, parece que se puede decir que la sumariedad de las informaciones no equivale necesariamente a la sumariedad de la determinación de los hechos y tampoco a la sumariedad de la resolución que se basa en esa determinación” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 496-497).

387. Sobre a apreciação dos fatos no juízo cautelar, Matheus Andrade Braga adverte: “Ora, no âmbito cautelar, cabe ao julgador tanto uma escorreita investigação dos fatos passados, quanto uma eficiente e segura prognose dos eventos futuros, tarefas desenvolvidas sobre os elementos de informação constantes dos autos. A atividade de determinação dos fatos, consistente na reconstrução ou elaboração dos fatos, deve ser eminentemente racional. Nesse particular, será tanto melhor quanto maior for o seu campo de cognição, daí a importância de se observar o contraditório, garantia que só deve ser diferida em hipóteses excepcionais” (BRAGA, Matheus Andrade. *A decisão cautelar penal*. Uma proposta de modelo lógico-racional. São Paulo/Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 65).

388. SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 124.

fáticas e jurídicas atinentes à cautelaridade.³⁸⁹ No livro *Presunção de inocência e prisão cautelar*, Antonio Magalhães Gomes Filho já ressaltava que o juízo relativo ao exame do *periculum libertatis* “deve resultar de uma avaliação mais profunda das circunstâncias que indiquem a necessidade da medida excepcional”.³⁹⁰

Tendo em vista a complexidade do juízo prognóstico e a inexistência de critérios legais que guiem esse tipo de raciocínio, necessário o recurso à lógica e à epistemologia judiciária para verificação da estrutura e o funcionamento do raciocínio inferencial para aferição do *periculum libertatis*.³⁹¹ Assim, pretende-se, neste capítulo, o estudo do raciocínio judicial utilizado para aferição da periculosidade processual do acusado na decretação da prisão preventiva. Busca-se, assim, neste capítulo, responder às duas primeiras perguntas expostas na introdução, quais sejam: (i) como funciona o raciocínio inferencial para decretação da prisão preventiva? e (ii) qual é o papel das máximas de experiência na aferição do *periculum libertatis*?

De início, serão analisados os contextos da atividade probatória que podem ser aplicados à atividade de decretação da prisão preventiva (investigação, valoração, decisão e justificação), buscando-se ressaltar as peculiaridades atinentes ao juízo cautelar. Na sequência, serão estudados os modelos de raciocínio lógico, verificando-se qual é o modelo adequado para aplicação na decretação da prisão preventiva. Em seguida, essencial é a análise da utilização das máximas

389. VOLPE FILHO, Clovis Alberto; DIAS, Lucas Delefrate da Silva Dias. As formas de cognição na aplicação das medidas cautelares pessoais: o mito da sumariiedade plena. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 67, p. 79-91, ago./set. 2015, p. 89.

390. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 79.

391. Na mesma linha, sobre o raciocínio probatório, afirma Gustavo Badaró: “Sendo o processo essencialmente uma atividade epistêmica, a ele podem ser aplicados os princípios gerais de racionalidade do método cognitivo elaborados no âmbito da epistemologia geral. Evidente que a epistemologia ingressa no processo, não como epistemologia ‘pura’, entendida assim como estudo crítico dos métodos e da validade do conhecimento, mas como epistemologia aplicada ao direito e, mais precisamente, ao processo, entendida assim como epistemologia judiciária. O objeto da epistemologia judiciária compreende os critérios e os instrumentos usados pelo julgador tanto para a obtenção do material quanto para sua valoração, com base na qual realizará a escolha decisória” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 137).

de experiência no juízo cautelar, averiguando-se como o magistrado realiza a valoração dos indícios para aferição do *periculum libertatis*. A partir desse arcabouço teórico, por fim, buscar-se-á propor um modelo de juízo de periculosidade processual para o processo penal brasileiro.

2.2 CONTEXTOS DA ATIVIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

No ramo da Filosofia Científica, Hans Reichenbach, no livro *The Rise of Scientific Philosophy*,³⁹² publicado em 1951, na Califórnia, refere que a investigação científica tem dois contextos: (i) descoberta (*context of discovery*) e (ii) justificação (*context of justification*).^{393,394} No contexto da descoberta, por meio da coleta de dados, busca-se a solução para um problema, assemelhando-se à função criativa de um gênio, escapando, assim, da análise lógica.³⁹⁵ Já no contexto da justificação, a preocupação central é o modo pelo qual a hipótese será confirmada. Deverá o cientista explicar a relação entre os dados coletados e as teorias que possam explicá-los.³⁹⁶ A justificação é realizada,

392. REICHENBACH, Hans. *The rise of scientific philosophy*. Berkeley: University of California Press, 1951.

393. REICHENBACH, Hans. *The rise of scientific philosophy*. Berkeley: University of California Press, 1951, p. 231.

394. Nas palavras de Antonio Magalhães Gomes Filho: “Para confirmar a referida diversidade estrutural, tem sido frequentemente invocada a distinção feita pela metodologia lógica e científica entre o *contexto de descoberta (context of discovery)* e o *contexto de justificação (context of justification)*: o primeiro designa o procedimento que conduz a apresentar a solução de um problema; o segundo objetiva demonstrar a validade dessa mesma solução” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93).

395. . “The act of discovery escapes logical analysis; there are no logical rules in terms of which a ‘discovery machine’ could be constructed that would take over the creative function of the genius. But it is not the logician’s task to account for scientific discoveries; all he can do is to analyze the relation between given facts and a theory presented to him with the claim that it explains these facts” (REICHENBACH, Hans. *The rise of scientific philosophy*. Berkeley: University of California Press, 1951, p. 231).

396. “(...) all he can do is to analyze the relation between given facts and a theory presented to him with the claim that it explains these facts. In other words, logic is concerned only with the context of justification. And the justification of a theory in terms of observational data is the subject of the theory of induction” (REICHENBACH, Hans. *The rise of scientific philosophy*. Berkeley: University of California Press, 1951, p. 231).

assim, por meio de uma inferência indutiva, a qual atribui a cada teoria investigada um grau de probabilidade, sendo aceita aquela que for mais provável.³⁹⁷

Sob inspiração da atividade científica, costuma-se dividir a atividade probatória em contextos ou fases, referindo-se à colheita dos elementos de informação até o momento de fundamentação da decisão judicial.^{398_399} Giulio Ubertis dividiu a dinâmica probatória em quatro contextos: (i) descoberta, etapa em que ocorre a formulação de uma hipótese, após realização da investigação primária; (ii) pesquisa, momento de instrução probatória ou secundária, em que as partes apresentam as provas produzidas ao magistrado; (iii) decisão, etapa em que há a valoração do material apresentado pelas partes e (iv) justificação, oportunidade em que o magistrado explicita suas razões de decidir.⁴⁰⁰

397. Afirma Hans Reichenbach: "A simple consideration makes it obvious that the inference by confirmation has a more complicated structure. A set of observational facts will always fit more than one theory; in other words, there are several theories from which these facts can be derived. The inductive inference is used to confer upon each of these theories a degree of probability, and the most probable theory is the accepted. In order to differentiate between these theories obviously more must be known than the deductive relation of the facts, which holds for each of them" (REICHENBACH, Hans. *The rise of scientific philosophy*. Berkeley: University of California Press, 1951, p. 232). Ao analisar a obra de Reichenbach, Gustavo Badaró também explica a formação do contexto da justificação: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 142-143.

398. Nesse sentido, afirma Alexandre Morais da Rosa: "Os indutivistas mais modernos aderiram a uma diferenciação salvadora, consistente na distinção entre descoberta e justificação, onde a descoberta não seria logicamente explicável e a justificação poderia se adequar aos cânones indutivistas" (ROSA, Alexandre Morais. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. 2004. Tese. (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2004, p. 129).

399. Assim procedem: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 196-197; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. "Carpintaria" da sentença penal (em matéria de fato). Tradução de Lédio Rosa de Andrade. *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 134-138; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 92-93; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 137-145.

400. *In verbis*: "In conclusione, e schematicamente, mentre la sequenza scientifica (dove manca un 'giudice' ed è quindi chi 'scopre' che deve pure giustificare) è: 1) contesto di scoperta e formulazione dell'ipotesi; 2) contesto di giustificazione ed eventuale

A proposta de Giulio Ubertis, contudo, é incompleta. Consoante bem assinalado por Gustavo Badaró, o contexto da decisão confunde dois momentos distintos do raciocínio judicial, quais sejam a valoração das provas e a decisão.⁴⁰¹ O modelo proposto por Jordi Ferrer-Beltrán, por sua vez, aperfeiçoa a proposta de Ubertis, ao dividir a dinâmica probatória em três contextos: “(i) a formação do conjunto de elementos de juízo sobre cuja base tomar-se-á a decisão; (ii) a valoração desses elementos e (iii) propriamente, a tomada da decisão”.⁴⁰² Tal divisão mostra-se mais adequada, pois o momento da valoração da prova é guiado por regras puramente epistemológicas ao passo que a decisão, em sentido estrito, depende de um critério normativo para averiguação do atingimento ou não do *standard* de prova aplicado ao caso, verificando-se, assim, se a hipótese fática foi provada.⁴⁰³

Gustavo Badaró, por sua vez, divide a dinâmica probatória em cinco contextos, quais sejam: (i) investigação; (ii) instrução; (iv) valoração; (v) decisão e (vi) justificação⁴⁰⁴. Trata-se de modelo ainda mais abrangente do que aquele formulado por Ferrer-Beltrán, ao contemplar os momentos da “instrução” e da “justificação”. O contexto da instrução assemelha-se ao momento da pesquisa apontado por Giulio Ubertis, tratando-se de fase destinada à produção das provas em

convalida; la sequenza giudiziaria è: 1) contesto di scoperta e formulazione dell'ipotesi (è il momento dell'istruzione primaria, in cui peraltro, se il suo risultato è 'ipotesi' per il giudice, per la parte - privata o pubblica - che la formula è già 'decisione': non a caso si è sostenuto che, per chi attiva il processo, la 'domanda' equivale al 'modello' dell'auspicata sentenza; 2) contesto di ricerca (è il momento dell'istruzione probatoria o secondaria, che si sviluppa davanti al giudice); 3) contesto di decisione; 4) contesto di giustificazione” (UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè, 2015, p. 30). Acerca da decisão, explica Giulio Ubertis que se trata do momento em que se realiza a “valutazione (le cui cadenze diventano pure oggetto di studio epistemologico) - del materiale fattuale, sul cui fondamento compiere le scelte decisorie” (UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè, 2015, p. 28-29).

401. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 144.

402. FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Tradução de Vitor Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 61.

403. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 144, nota de rodapé n. 37

404. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 145.

contraditório, na presença do juiz, para uma ou outra narrativa.⁴⁰⁵⁻⁴⁰⁶ Já no contexto da justificação, após decidir, o juiz deverá justificar as circunstâncias fáticas e jurídicas que determinaram as razões de decidir, de modo a possibilitar o controle do ato jurisdicional não só pelas partes, mas pela sociedade.⁴⁰⁷

É certo que, no âmbito das medidas cautelares, tende-se a trabalhar com acervo probatório ainda incompleto ou antes do início da produção probatória – na maioria das vezes, a decretação da medida cautelar ocorre na fase inquisitorial. Além disso, enquanto o raciocínio probatório, em regra, é essencialmente retrospectivo, envolvendo a análise de fatos passados, no juízo cautelar, o magistrado deverá realizar um raciocínio preditivo baseado nos dados do momento presente.⁴⁰⁸ Não obstante tais diferenças, a atividade da decretação da prisão preventiva envolve um juízo de fato, o qual não se exaure numa única etapa e requer um controle de racionalidade.⁴⁰⁹ Assim, dada

405. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 147.

406. Para Giulio Ubertis, o contexto de pesquisa corresponde: “il momento dell’istruzione probatoria o secondaria, che si sviluppa davanti al giudice” (UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 2021, p. 30).

407. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 145. Sobre o contexto de justificação, adverte Giulio Ubertis: “la motivazione non è altro che il discorso con cui si intende giustificare il comando, che il discorso con cui si intende giustificare il comando, utilizzando gli argomenti che si ritengono maggiormente idonei a difendere la sentenza di fronte alle parti e al giudice nei a difendere la sentenza di fronte alle parti e al giudice dell’eventuale impugnazione, nonché al popolo nel cui nome la giustizia è amministrata ai sensi dell’art. 101 comma 1 Cost” (UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 2021, p. 26).

408. Nesse sentido, afirma Jonatan Valenzuela: “Lo que se afirma es la verdate de esos enunciados de hecho que han tenido lugar en el pasado. Este punto queda fuertemente comprometido en el caso de la decisión acerca de las medidas cautelares. En muchos casos las medidas cautelares requieren afirmar la verdate (en términos probatórios) de ‘hechos’ que tendrán lugar en el futuro. El juez debe enfrentar un razonamiento predictivo en evidencias. Esto quiere decir que en términos estrictos no parece razonable abandonar la pretensión de racionalidad de toda decisión judicial en el ámbito de las medidas cautelares por el desafío que se plantea a propósito de la existencia de identificar con datos del presente el acaecimiento de hechos futuros” (VALENZUELA, Jonatan. Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Revista Política Criminal*, v. 13, n. 26, pp. 836-857, Dec./2018, p. 842).

409. Sobre o controle da racionalidade das decisões cautelares, aduz Jonatan Valenzuela: “Esto obliga a entender a la decisión judicial en materia cautelar como una clase

sua complexidade, entende-se possível a aplicação – com as devidas adaptações – dos contextos da atividade probatória à atividade da decretação da prisão preventiva. Em artigo específico, Jonatan Valenzuela adverte que o procedimento adotado na atividade probatória poderá ser aplicado em “qualquer campo racional de decisões”. Para o autor, a renúncia da aplicação dos parâmetros da atividade probatória no âmbito das medidas cautelares corrobora para decisão cautelar arbitrária.⁴¹⁰

Com efeito, o juízo cautelar consiste num conjunto de raciocínios desenvolvidos pelo magistrado, cujo objeto é a decisão pela aplicação ou não de uma medida cautelar pessoal, o que necessariamente dependerá da validação ou não da hipótese formulada pela parte interessada com base nos elementos geralmente colhidos durante a fase inquisitorial.⁴¹¹ O juízo de fato na decretação da prisão preventiva envolve, dessa forma, diversos momentos que vão desde a colheita de elementos de informação até a decisão que impõe a medida cautelar ao acusado, a qual deverá ser justificada, em observância à garantia da motivação.⁴¹²

de decisión que, necesariamente, se ampara en evidencias. Así, pueden establecerse criterios objetivos de evitación y distribución del error en materia de esta clase de decisiones. Esta perspectiva, sobre todo, puede proveernos de criterios de evaluación para el uso de las medidas cautelares de manera tal de verificar su corrección. De esta manera podemos reducir el campo que la falta de control sobre los enunciados de hechos abre a la irracionalidad en el terreno procesal” (VALENZUELA, Jonatan. Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Revista Política Criminal*, v. 13, n. 26, pp. 836-857, Dec./2018, p. 842).

410. “Esto ocurre en el proceso penal en diversos casos, y por cierto, en la decisión de adopción de una determinada medida cautelar en la medida en que pretendamos que esa decisión sea racional y permita verificar sus razones. Renunciar a la actividad probatoria en este ámbito para situarlo tan sólo en el contexto de juicio oral supone convertir la decisión cautelar en una decisión arbitraria” (VALENZUELA, Jonatan. Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Revista Política Criminal*, v. 13, n. 26, pp. 836-857, Dec./2018, p. 842).
411. BRAGA, Matheus Andrade. *A decisão cautelar penal*. Uma proposta de modelo lógico-racional. São Paulo/Belo Horizonte: D’Plácido, 2022, p. 67.
412. O juízo cautelar é assim explicado por Matheus Andrade Braga: “Poder-se-ia afirmar, de uma maneira abreviada, que o juízo cautelar inicia com a aceitação e a acumulação de elementos de informação; a isso se segue o processo de avaliação e, bem assim, de atribuição de um peso para cada elemento. Depois de avaliados e sopesados todos os elementos de juízo, deve-se decidir sobre a sua suficiência,

A decretação da prisão preventiva, portanto, trata-se de um procedimento cuja complexidade justifica a inspiração nos contextos criados para dinâmica probatória. Por tal razão, com base no modelo desenvolvido por Gustavo Badaró, propõe-se a divisão do procedimento que envolve a decretação da prisão preventiva em quatro momentos (ou contextos): (i) investigação; (ii) valoração; (iii) decisão e (iv) justificação.

O contexto da investigação, tal como a descoberta no âmbito da Filosofia da Ciência, tem como objeto a colheita de elementos destinados a testar a hipótese inicialmente formulada pelo investigador.⁴¹³⁻⁴¹⁴ A partir dos elementos disponíveis acerca de um fato – instrumentos do crime e depoimento de uma testemunha, por exemplo –, o investigador formula uma hipótese explicativa da ocorrência do fato desconhecido.⁴¹⁵

No juízo cautelar, os elementos de informação de onde se extraem os indícios de autoria, a prova de materialidade do delito e os indícios

consignando se a(s) hipótese (s) formulada (s) pela parte interessada restou (aram) ou não provada (s). Ao fim e ao cabo, deve-se demonstrar, clara e satisfatoriamente, as razões para decretar-se ou não a providência requerida” (BRAGA, Matheus Andrade. *A decisão cautelar penal*. Uma proposta de modelo lógico-racional. São Paulo/Belo Horizonte: D’Plácido, 2022, p. 68).

413. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 145-146. Segundo Gustavo Badaró: “Assim, diante de um conjunto de elementos E, E1, E2 e E3, formula-se a hipótese H. Para verificar a probabilidade de tal hipótese ser verdadeira, é necessário utilizar uma probabilidade indutiva, que pode ser formulada: $P(H, K) = R$. Isto é: a probabilidade indutiva P da hipótese H tem um grau de confirmação ou de resistência à falsificação R, que é proporcional à quantidade de informação coerente com a hipótese mesma. Quanto mais aumenta K, torna-se mais difícil imaginar uma outra hipótese que harmonize com todos os elementos que constituem K, oferecendo a estes um predicado conectivo unitário. E para aumentar K, o único caminho é um acurado trabalho de investigação que parta da hipótese formulada e busque outros elementos que dela decorreriam”.
414. Aury Lopes Junior define a investigação preliminar como: “o conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não-processo) (LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40).
415. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 150-151.

que configuram o *periculum libertatis* são geralmente colhidos na fase preliminar da persecução penal.⁴¹⁶ É por meio da investigação que se torna possível a configuração do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* para decretação da prisão preventiva.⁴¹⁷ Trata-se do momento em que são recolhidos os dados que serão analisados na fase do diagnóstico do juízo da periculosidade processual.⁴¹⁸

Assim, na investigação, além de colher elementos que digam respeito à prova da materialidade do delito e aos indícios suficientes de autoria, a autoridade policial poderá verificar a presença de elementos que demonstrem o perigo gerado pela liberdade do acusado para o desenvolvimento da persecução penal ou para prática de novos crimes: depoimentos de testemunhas a indicar que o acusado esteja dilapidando provas do delito; depoimentos de testemunhas apontando a fuga do acusado do distrito da culpa; documentos relativos ao histórico criminal pretérito do acusado, etc.. A partir do conjunto coligido aos autos, a autoridade policial ou o Ministério Público, então, pleitearão ao magistrado a decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 313, do Código de Processo Penal.

No âmbito do juízo cautelar, a valoração dos indícios do *periculum libertatis* requer uma atividade racional, consistente na eleição da hipótese mais provável dentre todas as respostas existentes no mesmo contexto fático-probatório. Com base na probabilidade lógica ou indutiva, o magistrado deverá concluir pela confirmação ou não da

416. Frise-se que a prisão preventiva pode ser decretada ao longo de toda persecução penal (art. 311, do Código de Processo Penal: Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente). Assim, não é somente na fase preliminar que podem ser colhidos elementos para decretação da prisão preventiva, podendo-se fazê-lo durante desenvolvimento de toda marcha processual.

417. De se ressaltar, contudo, que é possível a decretação da prisão preventiva antes da instauração de investigação preliminar. Consoante defende a doutrina tradicional, basta a existência de elementos a demonstrarem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Nesse sentido, ver: SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 108.

418. PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoria general de medidas cautelares penales*. Peligrosidad del imputado y protección del proceso. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 205.

hipótese apresentada pela parte interessada.⁴¹⁹ Verificará, assim, se tal hipótese fática provavelmente ocorreu ou se é a mais provável diante das hipóteses alternativas existentes nos autos. Por exemplo, diante do pleito de prisão preventiva para conveniência da instrução criminal formulado pelo Ministério Público, deverá o juiz verificar a probabilidade do risco à instrução criminal oferecido pelo acusado, por meio dos indícios trazidos à sua apreciação pelos elementos de informação colhidos durante a investigação criminal. Analisará, dessa forma, se há elementos de informação que demonstrem se o acusado, por exemplo, está destruindo provas ou ameaçando testemunhas.

É na valoração dos indícios que ocorre o raciocínio inferencial, no qual o magistrado utiliza as máximas de experiência para aferir a periculosidade do acusado. Trata-se, contudo, de matéria esquecida pelo legislador e pouco explorada na doutrina. Por tal razão, o escopo do item 2.3 é analisar, com maior profundidade, a estrutura e o funcionamento do raciocínio inferencial para aferição do *periculum libertatis*.

Após valorar as provas, o magistrado decidirá qual hipótese fática poderá ser considerada provada segundo o grau de confirmação que tenha atingido com base nas provas produzidas.⁴²⁰ Aduz Jordi Ferrer-Beltrán que, no momento da decisão sobre os fatos, o juiz avaliará as diferentes hipóteses apresentadas, as predições que essas permitem formular, a constatação do cumprimento ou descumprimento das predições, a fim de determinar a probabilidade da veracidade da hipótese, ao considerar os elementos disponíveis nos autos.⁴²¹ Para tanto, é necessário o estabelecimento de “critérios de decisão, *standards* de prova ou modelos de constatação de fatos”.⁴²²

419. BRAGA, Matheus Andrade. *A decisão cautelar penal*. Uma proposta de modelo lógico-racional. São Paulo/Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 91.

420. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 240.

421. FERRER-BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 139.

422. SALGADO, Daniel de Resende. *A metaprova no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 113.

Os *standards* de prova correspondem a regras que determinam o umbral a partir do qual será aceita uma hipótese como provada.⁴²³ É por meio deles que se afere o grau de probabilidade suficiente para comprovação da hipótese. No raciocínio probatório, é comum utilizar o *standard* “para além de qualquer dúvida razoável”. Por escolha puramente política de manutenção da garantia da presunção de inocência, sustenta-se a utilização do *standard* de que a hipótese da acusação deve se confirmar “para além de qualquer dúvida razoável”.^{424, 425}

No Código de Processo Penal brasileiro, o art. 312⁴²⁶ dispõe sobre modelo de constatação diverso do “para além da dúvida razoável”, ao exigir prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e do perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado.⁴²⁷

Quanto ao *fumus comissi delicti*, verifica-se que o legislador requer alto grau de confirmação empírica, o qual se aproxima da exigência probatória para prolação de sentença penal condenatória. A princípio, o grau exigido pareceria exagerado em razão do caráter precário da medida cautelar. No entanto, a fixação do *standard* deve

423. FERRER-BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 139.

424. Conforme Larry Laudan, já em 1850, a culpabilidade do acusado era estabelecida pelo BARD nas regiões que seguiam o *common law*. Afirma que: “En el caso de los Estados Unidos, el criterio BARD ya era el estándar al que debían ajustarse las condenas en materia penal en la mayoría de los tribunales estatales y federales” (LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. Un ensayo sobre epistemología jurídica. Tradução de Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 64-65).

425. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 257. Em posicionamento diverso, afirma Jordi Ferrer-Beltrán que a presunção de inocência, como regra de juízo, estabelece apenas que em caso de dúvida se presume a inocência do acusado, mas não implica um *standard* de prova específico. Para o autor espanhol, na realidade, a garantia da presunção de inocência é compatível com *standards* de prova diferentes, que expressem diferentes níveis de exigência probatória (FERRER-BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 145).

426. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

427. SALGADO, Daniel de Resende. *A metaprova no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 116, nota de rodapé nº 299.

levar em conta a gravidade do erro.⁴²⁸ Assim, por constituir a prisão cautelar uma severa intervenção nos direitos fundamentais do acusado, justifica-se, por razões de ordem política, a opção de umbral mais elevado para sua decretação. Além disso, cumpre lembrar que *standard* de prova mais exigente para afirmação da existência do crime, antes mesmo do início da produção probatória, mostra-se em consonância com o caráter excepcional da prisão cautelar.⁴²⁹⁻⁴³⁰

No que tange à autoria, o Código de Processo Penal exige *standard* mais baixo do que aquele para materialidade, eis que o art. 312 faz menção a “indícios suficientes de autoria”. Na doutrina, alguns autores interpretam que tal expressão exige “probabilidade” da existência de autoria,⁴³¹ o que dispensa juízo de certeza que só deverá ocorrer ao final do processo com a prolação da sentença. Nesse sentido, Odone Sanguiné afirma que “indício suficiente de autoria” corresponde a “elemento cognoscitivo de natureza lógica adquirido durante a investigação no sentido de *prova incompleta* ou *semiplena* da autoria, *prova leve com menor valor persuasivo*”.⁴³²

No que diz respeito ao *periculum libertatis*, o art. 312 do Código de Processo Penal exige o mesmo nível de suficiência probatória usado para autoria no *fumus comissi delicti*, enunciando que a prisão preventiva deverá ser decretada ante a presença de “indício suficiente de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. Em que

428. MASSENA, Caio Badaró. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1631-1668, set./dez. 2021, p. 1655.

429. MASSENA, Caio Badaró. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1631-1668, set./dez. 2021, p. 1655. Afirma, ainda, o mesmo autor: “(...) a dificuldade de se cumprir um *standard* de prova altamente exigente acerca da existência do crime, antes até da própria instrução probatória, parece-nos adequada à excepcionalidade da prisão preventiva.”

430. Sobre a excepcionalidade da prisão preventiva: RYU, Daiana. Encarceramento provisório na pandemia do coronavírus (Sars-CoV-2) na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: prisão preventiva como *ultima ratio*?. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 1, p. 443-486, jan./abril 2022, p. 452.

431. V.g., SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 118; LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares: Lei n. 12.403/2011*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 88.

432. SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 122.