

ENTRE O *TOPOI* E A PROVA TARIFADA: SISTEMAS PROCESSUAIS, DIREITO COMPARADO E A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS STANDARDS DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

BETWEEN TOPOI AND FEE-BASED EVIDENCE: ABOUT PROCEDURAL SYSTEMS, COMPARATIVE LAW METHOD AND THE ALLEGED POSSIBILITY OF APPLICATION OF THE EVIDENCE STANDARDS IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

LEONARDO COSTA DE PAULA

Doutor em Direito do Estado (UFPR). Mestre em Direito Público (UNESA).
Professor adjunto de Direito Processual Penal da UFF (Volta Redonda-RJ).
Presidente do Observatório da Mentalidade Inquisitória (Curitiba-PR).
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5471746328944280>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-7203-845X>].
lc paula@id.uff.br

VINICIUS DINIZ MONTEIRO DE BARROS

Doutor e Mestre em Direito Processual Penal (PUC Minas). Pós-doutoramentos em Filosofia Contemporânea e Psicanálise (FAJE) e em Filosofia da Mente (FAJE). Doutorando em Filosofia (UFMG). Professor da graduação e Colaborador do PPGD da PUC Minas.
Defensor Público Federal em Belo Horizonte-MG.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/1681971773663463>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-8961-6669>].
vinicius_dmb@hotmail.com

JOSÉ DE ASSIS SANTIAGO NETO

Doutor em Direito Processual (PUC Minas). Professor de Direito Penal e Processual Penal (PUC Minas). Advogado Criminalista.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6307821152002320>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-1744-6100>].
jose.santiago@terra.com.br

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8380992>].

Recebido em: 01.02.2023

Aprovado em: 30.05.2023

Última versão dos autores: 29.06.2023

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: A diferença epistemológica antiga entre analítica e retórica influencia a concepção epistemológica moderna de racionalidade (Kant). No processo penal, a diferença entre sistema acusatório e sistema inquisitório é analítica, não retórica. A importação do instituto de *standard* probatório, de tradição do *common law*, para o sistema brasileiro, na tradição do *civil law*, ignora a antiga diferenciação epistemológica e reforça o grau de problematização do sistema processual penal brasileiro, cujo princípio unificador é inquisitório. Assim, com o objeto de pesquisa focado em analisar a aplicabilidade do instituto de *standard* probatório no direito brasileiro e a partir de revisão bibliográfica com o método de direito comparado, a conclusão possível é de que não é constitucional considerar nenhuma tendência ascendente do rigor de *standard* probatório sem tornar sem sentido a previsão da presunção de inocência diante da compreensão do conteúdo do sistema acusatório.

PALAVRAS-CHAVE: *Standards* probatórios – Processo Penal brasileiro – Sistema acusatório e sistema inquisitório – Princípio unificador – Epistemologia – Analítica e retórica.

ABSTRACT: The ancient epistemological difference between analytics and rhetoric influences the modern epistemological conception of rationality (Kant). In criminal procedure, the difference between the accusatory system and the inquisitorial system is analytical, not rhetorical. The importation of the institute of standard evidence, from the Common Law tradition, into the Brazilian system, in the Civil Law tradition, ignores the old epistemological differentiation and reinforces the degree of problematicity of the Brazilian criminal procedural system, whose unifying principle is inquisitorial. Thus, with the research object focused on analyzing the applicability of the evidentiary standard institute in Brazilian law and from a bibliographical review with the comparative law method, the possible conclusion that is reached is that it is not constitutional to consider any upward trend of the rigor of the evidentiary standard without making the prediction of the presumption of innocence meaningless in view of the understanding of the content of the accusatory system.

KEYWORDS: Evidence Standard – Brazilian Criminal Processual Law – Adversarial System and Inquisitorial System – Unifying principle – Epistemology – Analytics and rhetoric.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Episteme e epistemologia: noções elementares. 2.1. A *Tópica* como contraponto lógico à *Epistème*. 2.2. *Epistème* na modernidade: uma das contribuições de Kant. 3. Dos sistemas processuais penais: de Kant ao princípio unificador. 4. *Standards* probatórios e a impossibilidade de sua adoção. 5. Considerações finais. 6. Referências. 7. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Desde 2001, começou-se a discutir um critério como parâmetro de ser possível ser aplicável raciocínio probatório aos dados a serem julgados tanto na jurisdição civil quanto na jurisdição penal no Brasil (KNIJNIK, 2001).

A partir da importação da expressão *standard* probatório, estabeleceu-se uma dúvida que precisa ser respondida antes que a importação possa, efetivamente, ser adotada como

critério de elaboração de raciocínio probatório: é possível que se importem sem uma rígida metodologia as identidades de *standard* probatório estrangeiras, especialmente de países de *common law*, as quais estruturalmente se estabeleceram submetidas ao sistema acusatório, para um país com as características brasileiras de manutenção de um código inquisitorial, que ainda contribui para manter a mentalidade inquisitorial na atuação dos julgadores?

Para responder a essa indagação, foi indispensável estabelecer algumas noções preliminares de Epistemologia em que se distingue o discurso (*logos*) da *episteme* em face da tópica de Aristóteles. Ambos são esclarecidos como pressuposto à compreensão da contribuição de Kant para a epistemologia moderna, bem como para confronto com o modelo que é trabalhado, efetivamente, na tradição brasileira, analítica, fundada em Kant.

No segundo capítulo se visitou a separação entre sistema acusatório e inquisitorial. Nele se coloca em dúvida se ainda é necessária a discussão sobre os supostos modelos, que seriam apenas históricos. No último tópico se busca responder à indagação central de discussão deste artigo: a importação das supostas soluções derivadas de países estrangeiros, cujo sistema jurídico e processual penal não tem qualquer semelhança com o brasileiro, pode causar uma justificativa autorreferenciada e suficiente para dispensar a fundamentação, já que na gênese os *standards* servem como uma propositura comparativa de parâmetros entre as partes, mesmo em se tratando de processo penal submetido à ideia de que a condenação fosse acima de qualquer dúvida razoável?

2. EPISTEME E EPISTEMOLOGIA: NOÇÕES ELEMENTARES

Entre os antigos, a *epistème* se caracteriza como uma proposta de constituir um saber irrefutável, absoluto, necessário (SEVERINO, 1986-A, p. 19-25). A *epistème* é colocada como saber inegável e indubitável sobre o Todo, o Uno,¹ que se impõe contra quem pretenda negá-lo, dispensando a explicação do mundo pelo *mythos*:

“Assim se pode compreender a razão pela qual a filosofia não tardou a chamar-se a si mesma *epistème*. Se nós traduzirmos esta palavra por ‘ciência’, esquecemos que ela significa, à letra, o ‘estar’ (*stème*) que se impõe ‘sobre’ (*epí*) tudo aquilo que pretende negar aquilo que ‘está’: o ‘estar’ que é próprio do inegável e do indubitável e que, graças a esta sua inegabilidade e indubitabilidade, se impõe ‘sobre’ todo o adversário que o pretenda negar ou pôr em dúvida. O conteúdo daquilo a que a filosofia não tardará a chamar *epistème* é precisamente aquilo que os primeiros pensadores (por exemplo, Pitágoras e Heráclito) chamam *kósmos* e *physis*” (SEVERINO, 1986-A, p. 25).

A filosofia ocidental, nesse estágio inicial (pré-socráticos a Platão e Aristóteles), decorre da descoberta do grego antigo sobre a insegurança e a falta de veracidade do mito (*mythos*), como guia da experiência. O mito é uma narrativa privada que impõe desde fora um sentido às coisas, impedindo que o real sentido das coisas apareça (CASARA, 2015).

1. Sobre a concepção parmenídica (*logo*, pré-socrática) do Uno, vide: Brochado, 2012.

P., L. C. de; B., V. D. M. de; S. N., J. de. A. Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos *standards* de prova no processo penal brasileiro.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 119-152. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.8380992].

O *logos*, essa enunciação não estranha (desde fora) das coisas, se contrapõe ao mito e pode se estender a todos os que se proponham a investigar a verdade total, una e necessária das coisas mesmas. Pelo *logos* a filosofia cria as formas ou narrativas da *ética* e da *ciência*, ambas vocacionadas a guiarem-se pela verdade. O *logos* se contrapõe ao mito (*mythos*), enquanto a *epistême*, fundamentada na verdade necessária, se contrapõe à instabilidade do *dever*. Apenas no fim do século XIX, a *ciência* (*epistême*) desvincula-se da pretensão da verdade do todo, a fim de melhor modelar o mundo conforme os projetos do homem. E, menosprezando ou mesmo abandonando sua origem filosófica, retorna, autossuficiente, ao mito (SEVERINO, 1986-A, p. 32-36).

Platão concebe a *epistême* como a ciência ou o saber distinguir a ordem e a relação mantidas pelas ideias, que, imutáveis e eternas, constituem o *ser* do mundo sensível, que é *dever*. *Ideia*, na ontologia de Platão, é significado fundador dos entes, que, ao contrário desses, não pode ser sentida, mas apenas pensada, possibilitando a inteligibilidade do mundo – isto é, as ideias não são sensíveis, apenas inteligíveis (SEVERINO, 1986-A, p. 85). A *epistême* platônica é por ele classificada como *dialética* (de *diálogo*, que significa tanto “reúno” quanto “distingo”) e consiste nesse conhecimento que tanto reúne as ideias em uma unidade suprema e absoluta quanto as divide de unidade em multiplicidade, da qual participam os seres sensíveis. A *epistême dialética* de Platão é, pois, o conhecimento sobre as relações entre as ideias (SEVERINO, 1986-A, p. 129-130)², enquanto a *ideia* consiste na inteligibilidade de qualquer determinação, com isso integrando a estrutura que unifica o múltiplo (SEVERINO, 1986-A, p. 95).

O mais proeminente dos alunos de Platão, Aristóteles seguiu o mestre quanto à unidade da *epistême*, fundada na Ontologia. *Epistême* e filosofia em Aristóteles não coincidem. A *epistême* funciona como instrumental da Filosofia Primeira (Ontologia ou Metafísica), porque a complexidade e a multiplicidade da realidade (do “real”) não permitem a compreensão imediata da unidade objetiva do ser. É pela *epistême* (já, no sentido aristotélico, traduzida como ciência) que o filósofo tem acesso a frações da realidade (do “real”), uma vez que a verdade filosófica não se dá a conhecer na sua complexidade e inteireza sem a estruturação epistêmica, apta a recompor, parte a parte, o todo real (BROCHADO, 2012). Para Aristóteles, a verdade do todo não é inatingível sem o instrumental da *epistême*. Precisamente, trata-se não da *epistême*, mas das *epistémai*, ou das várias ciências, guiadas pelas noções de generalidade e especificidade em relações recíprocas (dialéticas, como influência de Platão) de dissecação e reunião (BITTAR, 2003, p. 103-108).

A *epistême* aristotélica tem dois pleitos de verdade: a verdade necessária (*aletheia*) e manifesta dos seus princípios, identificada com o princípio da não contradição; a verdade

2. De grande valia é o exemplo de Severino, na mesma p. 130 da ob. cit., para a compreensão da *epistême dialética* platônica: “Por exemplo, a ideia de ‘animal’ é participada pela ideia de ‘homem’ (o ser homem é ser animal) e a ideia de ‘corpo’ é participada pela ideia de ‘animal’ (o ser animal é ser corpo). Já este exemplo mostra que as diferentes ideias são participadas (e, portanto, participantes) em maior ou menor medida: a ideia de ‘corpo’ é participada pela ideia de ‘animal’ e pelas ideias de todos aqueles corpos que não são animais, enquanto a ideia de ‘animal’ é participada apenas pelas ideias desses corpos que são animais”.

sobre a passagem dialética (de dissecação e reunião) entre as ideias, da unidade à multiplicidade e vice-versa. Em Platão, essa verdade da relação entre as ideias é também necessária, ponto em que dele diverge Aristóteles (SEVERINO, 1986-A, p. 131).

Pelo princípio da não contradição, Aristóteles afirma que as premissas de toda explicação epistêmica (científica) precisam ser verdadeiras. Esse é o primeiro dos quatro requisitos extralógicos que Aristóteles impõe às premissas das explicações científicas na forma de silogismo. Os outros três são a indemonstrabilidade, a necessidade de que sejam mais bem conhecidas do que a conclusão e de que elas sejam a(s) causa(s) das atribuições conferidas na conclusão. Em Aristóteles, toda *epistême* se funda em premissas indemonstráveis para evitar o regresso ao infinito (LOSEE, 2000, p. 20 e 24).

Platão propõe a organização axiomática do conhecimento humano, segundo a qual, a partir de um conjunto de verdades primárias e necessárias, todas as demais verdades poderiam ser deduzidas logicamente. Aristóteles adere à proposta sistemática e axiomática de Platão, porém, é entusiasta da independência (relativa) entre as ciências (*epistêmai*), que, não obstante, poderiam ser unificadas, por *analogia*, “considerando que o aparato conceitual e a estrutura formal das ciências são os mesmos” (BARNES, 2005, p. 45).

Para Aristóteles, são três as espécies de conhecimento ou saber, unificadas todas pela Lógica a partir da Metafísica ou Filosofia Primeira: o teórico (*epistême*), no qual se inserem todas as ciências naturais, a matemática, a teologia; o prático (*phronêsis*), que concerne a como os homens devem agir frente às diversas situações individualmente ou coletivamente consideradas, abarcando a ética e a política; o produtivo (*technê*), que engloba qualquer forma de produção de coisas, com resultados úteis, aí incluídas a retórica, a arte, a cosmética e a agropecuária. A Metafísica aristotélica dedica-se tanto ao estudo dos seres *qua* seres (seres em sua condição existencial, isto é, aquilo de que dependem para existir), chamada metafísica geral, quanto aos princípios e às causas das coisas, classificada de metafísica especial (BARNES, 2005, p. 46-49).

Já a Lógica Formal de Aristóteles, reunida no *Organon*, tem como objeto de investigação as proposições, compostas de termos, que afirmam a verdade ou a falsidade de algo, isto é, que afirmam ou negam *algo* de *algo*. Proposições são enunciados elementares da Lógica aristotélica, compostos ao menos de um sujeito e um predicado (proposições simples), que afirmam ou negam, universal ou particularmente, que um predicado (P) se aplica (assertóricas), necessariamente se aplica (apodíticas) ou possivelmente se aplica (problemáticas) a um sujeito (S) (BARNES, 2005, p. 52)³.

Por milênios a lógica aristotélica foi ensinada como suma da verdade lógica, absoluta e perfeita, ideologia que dificultou a percepção das inconsistências e limitações da teoria das proposições de Aristóteles, que contaminam sua teoria da inferência (BARNES, 2005, p. 54-56)⁴. Entre as limitações da teoria das proposições de Aristóteles, pode-se destacar

3. Há uma série de exceções a esse esquema primário da Lógica aristotélica, reconhecidas pelo próprio Aristóteles, cuja abordagem não cabe aqui aprofundar. Remete-se o leitor à muita didática explicação de BARNES, 2005, op. cit., às páginas 53 e seguintes.

4. Para uma leitura mais detalhada e minuciosa sobre os Primeiros Analíticos do *Organon* de Aristóteles, cf. BITTAR, 2003, op. cit., p. 241-261.

sua excessiva simplificação – não à época, por óbvio – das possibilidades de estudo da linguagem, bem resumidas na (hoje) insuficiente teorização da proposição (verdadeira ou falsa) como verbalização (ato declarativo) da correspondência de um ato mental (juízo, em Aristóteles) com a realidade (verdade, em Aristóteles)⁵⁻⁶.

2.1. *A Tópica como contraponto lógico à Epistême*

Entre a maior parte dos juristas, ainda é lugar-comum indagar sobre a cientificidade do Direito. Confrontada com a Lógica de Aristóteles, essa indagação diz respeito ao caráter epistêmico do Direito, isto é, se ele contempla verdades primeiras na base do sistema jurídico, das quais derivam silogística e axiomáticamente conclusões. E não é raro deparar com obras que enaltecem o caráter tópico e não científico do Direito.

A *Tópica* é um dos escritos que compõem o *Organon*, situada após os Analíticos Anteriores e os Analíticos Posteriores. Na *Tópica*, Aristóteles estuda o campo próprio da disputa, ou da arte de disputar, que não guarda comprometimento com premissas primeiras inquestionáveis nem sistemas axiomatizáveis para transmissão de verdades necessárias. É o campo dos retóricos e sofistas, caricaturados por Platão. Enquanto a *epistême* se ocupa da verdade necessária, a *Tópica* aborda a mera opinião. O fato de tanto os Analíticos Anteriores e os Analíticos Posteriores, que tratam da *epistême*, quanto a *Tópica*, que trata da *dialéctica*, constarem do *Organon*, uma obra (reunião de textos) sobre a Lógica de Aristóteles,

5. Vale reproduzir, por seu sintético e altamente informativo conteúdo, as conclusões do artigo de Deus (2001): “[...] A proposição é a verbalização da operação mental na qual o discurso declarativo – conjunto formado por nome e verbo – corresponde a um pensamento. Versa sobre a composição e a divisão, sendo necessariamente verdadeiro ou falso. Podemos concluir, assim, que a verdade é, pois, uma adequação, uma correspondência do juízo à realidade. A proposição, ou o discurso declarativo (*sic*) é a verbalização, oral ou escrita, desta correspondência”. Para um estudo mais detalhado sobre o tema, cf. BITTAR, 2003, op. cit., p. 215-239.
6. O isomorfismo é um caso extremo de analogia, por levar a similaridade até a identidade, sem, no entanto, preocupar-se em explicá-la por meio do processo de constituição dos objetos que vêm a ser isomorfos. O isomorfismo é a cessação de todo impulso ao estudo de processos genético-estruturais. Um exemplo de isomorfismo é a crença na correspondência entre estruturas da língua e o mundo ontologicamente compreendido, prescindindo da pesquisa sobre a formação dessa correspondência e das duas “coisas” que se fazem corresponder (PONZIO; CALEFATO; PETRILLI, 2007, p. 301). Isomorfismo, analogia e homologia são as classificações das similaridades na relação linguagem/mundo. Diante da explicação do problemático isomorfismo aristotélico no corpo do texto e da noção geral que se tem da analogia, resta explicitar que “o método homológico [...], explicitado e teorizado por Rossi-Landi, pretende referir-se aos processos, às práticas de modelação comum entre as diversas línguas, apesar de suas diferenças. Aquilo que constitui o falar comum pode ser estabelecido estudando as condições gerais que tornam possível o significado e a comunicação. [...] [O método homológico] se baseia no ‘falar comum’, entendido como o conjunto de operações relativamente constantes que se pode (*sic*) encontrar nas várias línguas, [...] aquilo que constitui a ‘linguagem’ em confronto com a ‘língua’, uma vez que não se compreenda a linguagem como algo de natural, mas como o conjunto de práticas significantes e comunicativas de ordem histórico-social e exatamente como trabalho, como ‘trabalho linguístico’” (PONZIO; CALEFATO; PETRILLI, 2007, p. 301-303).

indica, desde a perspectiva do próprio autor, além de um desejo de incorporar no estudo da Lógica as corriqueiras disputas paideicas de sua época, a abertura para a possibilidade de várias lógicas, embora com objetos diferentes (respectivamente, a verdade e a mera opinião) (VIEHWEG, 2008, p. 20-22).

A pretensão de Aristóteles, com a *Tópica*, é também metodológica. Diante do problema não solucionável pela via da *epistème*, ele buscou formatar um método acerca de proposições opináveis, para acusar ou defender em um discurso, sem incidir em contradição. Segundo Aristóteles, a diferença entre as conclusões *dialéticas* e as *apodíticas* é apenas de forma e assenta-se na natureza das premissas: nas últimas, proposições contendo verdades necessárias; nas primeiras, *endoxas*, entendidas como proposições que “como tais parecem verdadeiras a todos ou à maior parte ou aos sábios e, também, entre os sábios a todos e à maior parte dos mais conhecidos e respeitados” (VIEHWEG, 2008, p. 23-24)⁷.

Na *dialética* se faz uso frequente da indução e do silogismo como modos de fundamentação dos *topoi*, que consistem em “pontos de vista” manejáveis em vários sentidos, contra ou a favor do opinável, com possibilidade de condução à verdade. Os *topoi* mesmos não têm qualquer definição conceitual, mas um catálogo deles orienta com suficiente utilidade a assunção de conclusões *dialéticas* sobre qualquer círculo de problemas (VIEHWEG, 2008, p. 25-26).

A *Tópica* de Aristóteles não se confunde com a *Tópica* de Cícero, que data de 44 a.C. ou cerca de três séculos depois da primeira. A *Tópica* de Aristóteles tem um manifesto propósito filosófico e lógico, tanto que integrante do *Organon*, enquanto a de Cícero não tem pretensão filosófica, reduzindo-se a um catálogo de opiniões. Cícero não se prende à distinção aristotélica entre o *apodítico* e o *dialético*, mas centra-se em outra distinção no interior da teoria do discurso, entre invenção e formulação do juízo, a primeira das quais seria a *Tópica* propriamente dita (*ars inveniendi*) e, a segunda, a *dialética* ciceroniana. Os *topoi* de Cícero não são organizados teoricamente, pois seu único fim é a utilização prática. A *Tópica* de Cícero é uma prática, que se ocupa dos resultados da enunciação, e não uma teoria acerca dos fundamentos da enunciação, como a concebeu Aristóteles (VIEHWEG, 2008, p. 28-30).

A *Tópica* de Aristóteles anuncia-se como técnica de pensar e organizar os argumentos por problemas para enfrentamento de questões aporéticas, ou sem um caminho sistêmico. Pensar por problemas se contrapõe a pensar por sistema. No *Organon*, há uma complementaridade, e não uma exclusividade, entre sistemas e problemas. Pensar sistematicamente significa selecionar o sistema em primeiro lugar e depois abordar os problemas que naquele sistema podem encontrar solução, excluindo os demais como apenas aparentes ou, de fato, problemas irresolúveis. Já pensar topicamente (por problemas) significa selecionar o problema a ser resolvido e depois confrontar sistemas entre si, aproveitando aquele que possa dar a solução mais adequada de acordo com a opinião qualificada dos (mais) sábios

7. Aristóteles classifica mais dois tipos de conclusões (além das epistêmicas e das dialéticas): as *erísticas* ou sofísticas, quando baseadas aparentemente em opinião ou em opiniões aparentes, mas não efetivas; os *pseudosilogismos*, fundados em proposições próprias de certas ciências (Cf. VIEHWEG, 2008, op. cit., p. 23).

(VIEHWEG, 2008, p. 34-35). A *Tópica* é incompatível com o pensar sistemático e axiomatizado, porque assume um método casuístico. É por essas razões que Kant a rejeita, enquanto Vico a aprecia (VIEHWEG, 2008, p. 50)⁸.

No discurso tópico, “as premissas fundamentais se legitimam [...] pela aceitação do interlocutor. [...] O que tem sido aceito sempre em todas as partes se considera como estabelecido, [...] indiscutível e, ao menos nesse âmbito, evidente” (VIEHWEG, 2008, p. 44). Não é outra a origem da enigmática, mas hoje muito evocada no praxismo forense, expressão “decidir conforme o caso concreto”: eis a herança da *Tópica* em pleno século XXI.

A *Tópica* exerce colossal influência no discurso jurídico da atualidade, mesmo que seus adeptos disso não se apercebam. O primeiro sintoma de radical desconhecimento epistemológico do jurista é a afirmação simplificada de que o direito é uma ciência prática, ou aplicada⁹, não restrito aos aspectos teóricos, como se a prática pudesse ser definida, tão ingenuamente, como o oposto da teoria (VIEHWEG, 2008, p. 50). Afinal, a *Tópica* é, antes de qualquer coisa, desde Aristóteles, uma proposta teórica de método para soluções de problemas não subsumíveis à verdade necessária e seus consectários axiomatizados da *epistémé*. Uma casuística que serve a tornar evidente o sistema, do caso à regra geral, não é *tópica*¹⁰. A *Tópica* é avessa ao dedutivismo, à sistematicidade lógica e, como arte inventiva, ampara-se no mais desabrido indutivismo (VIEHWEG, 2008, p. 54-55).

A legitimação do catálogo de *topoi* que funciona como regras jurisprudenciais fundantes do discurso retórico “advém do fato de que se trata de proposições aceitas por homens respeitáveis”, pessoas dotadas de prestígio social – oriundo, segundo Cícero, de riqueza, idade, sorte, destreza, exercício ou coisa que os valha. Repita-se: prestígio social é o princípio fundamental da legitimação das proposições primeiras da *Tópica* (*topoi*), da Roma Antiga ao século XXI. Ou, o que é o mesmo, a legitimação dos *topoi* para resolver um problema decorre do prestígio social de quem os propõe ou sustenta (VIEHWEG, 2008, p. 57).

Com apoio nos *topoi* ofertados por homens sábios e com prestígio social, o jurista-homem-bom tem diante de si os quatro problemas que perturbam a interpretação da lei: (1) deve-se preferir o teor literal da lei ou a vontade da lei (ou do legislador)? Como fazer se há (2) contradição (antinomia), (3) pluralidade de significados ou (4) lacunas na lei? Para o adepto da *Tópica*, tudo isso estaria entregue à inventividade ou à prodigiosidade artística do jurista (VIEHWEG, 2008, p. 58-60).

O método tópico-jurídico, com todas as suas heranças aristotélicas, constitui e acolhe a assunção de um lugar perfeito ao exercício do subjetivismo e da autoritariedade antidemocrática do decisor. A *Tópica* incentiva a que, desde a prática do Direito, se permita a

8. Sobre VICO, cf. LENZI; VICENTINI, 2002.

9. Aqui, ciência prática ou aplicada contrapõe-se à ciência meramente formal, segundo Marçal (2015).

10. “O jurista romano [...] apresenta um problema e trata de encontrar argumentos. Vê-se por ele instado a desenvolver uma correspondência técnica. Ele pressupõe irreflexivamente um nexo que não se intenta de demonstrar, porém dentro do qual se move. Ora, isso é a postura fundamental de atuar a *tópica*. [...] Este modo de pensamento matemático, o que quer dizer rigorosamente sistemático, era completamente distante dos juristas romanos. Estes se moviam num espaço espiritual completamente distinto, que era comum, ao menos em seus pensamentos, com o dos retóricos” (VIEHWEG, 2008, p. 51).

revisão de todos os seus fundamentos e dos correlatos argumentos. Viehweg sustenta que a jurisprudência é uma técnica a serviço da aporia e, portanto, deve corresponder aos pontos essenciais da *Tópica*, como técnica do pensamento problemático. Insista-se que problemático, no sentido tópico de Aristóteles e Viehweg, significa não resolúvel pela lógica da *epistémé* cujos fundamentos primeiros são verdades necessárias; logo, o problemático fica entregue à opinião de sábios e autoridades com prestígio social.

Um clássico exemplo da construção tópica do Direito, segundo Viehweg, se encontra na obra de *Ihering* sobre a categoria do *interesse*, informativo de todo o Direito Civil ou da Civilística. Ao analisar a obra desse e de outros exemplos de juristas adeptos da *Tópica* (como *Josef Esser*), Viehweg ressalta que a ordem (no sentido vulgar, e não no epistemológico que equivale a “sistema”) que o jurista busca não está no direito positivo, mas no conjunto de problemas e perguntas conectados à questão fundamental da *justiça*. Por conseguinte, a regulamentação do caso não é dada pela lei anterior, mas por uma construção posterior ao fato, que considera “a maior parte das singulares proposições do Direito Privado positivo como uma massa de parciais respostas históricas a um conjunto de problemas previamente dado”. Ao cabo, o direito positivo torna-se apenas uma parte da função de resposta aos casos na busca jurídica sobre o pano de fundo de um mais abrangente *direito justo* – a aporia fundamental. Nesse método, o jurista decide de forma “aparentemente arbitrária”, com base nas opiniões de pessoas com prestígio social, o conteúdo dos conceitos jurídicos, em um sedutor e permanente convite ao retorno da *justiça* do direito natural (VIEHWEG, 2008, p. 95-102). E, sob o ponto de vista lógico, vem a conclusão definitiva – a dedução, única forma lógica de transmissão da verdade, não exerce função diretiva nem decisiva alguma na *Tópica*:

“Disso resulta, com especial clareza, que a dedução, que, como é natural, é imprescindível em todo pensamento, aqui não desempenha de nenhum modo um papel diretivo, nem pode exercer o que, às vezes, se poderia pretender para ela e o que lhe corresponderia se existisse um sistema perfeito. Decisiva é antes a especial escolha das premissas, que se produz como consequência de um determinado modo de entender o direito, à vista da aporia fundamental. [...] Produz-se assim uma trama que é ao menos parecida com a axiomática e que, como a princípio recordávamos, Vico descrevia para contrapô-la ao então moderno modo de pensar. [...] Se uma dedução produza alguns resultados que não são satisfatórios como resposta à questão central, é preciso interrompê-la por meio de uma invenção [...]. Todo este procedimento para uma mentalidade lógica constitui um assunto, pois pressupõe uma perturbação da dedução, diante da qual não se pode estar seguro em nenhum momento” (VIEHWEG, 2008, p. 95-103).¹¹

A *Tópica* pressupõe um pacto inicial de ignorância sobre as premissas no raciocínio jurídico, perturbação tal que obriga o jurista-homem-bom (autoridade) a enxertar, inventivamente, novas premissas para a resolução do problema fundamental da *justiça* no caso.

11. As obras a que se refere o trecho transcrito, sobre a admiração de Vico pela retórica e sua rejeição por Kant, são a *Ciência Nova* (VICO, 2005) e a *Crítica da Faculdade do Juízo* (KANT, 2008).

P., L. C. de; B., V. D. M. de; S. N., J. de. A. Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos *standards* de prova no processo penal brasileiro.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 119-152. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.8380992].

Método contrário (dedutivo-sistemático) implicaria petrificação do direito. Conquanto toda a atividade científica tenda a depor em favor do *more geometrico*, afirma Viehweg, a experiência quotidiana do jurista o conduz ao método tópico (VIEHWEG, 2008, p. 104), no qual “os princípios têm que ser quebrados, limitados e modificados”. Porque a Jurisprudência, no sentido de ciência tópica do Direito, tem como tarefa a busca do interesse maior do *justo* ou da *justiça* em uma infinidade de situações, é imprescindível deixar em aberto ou “móvel” uma tomada de postura acerca da aporia fundamental, caso a caso, de sorte a abarcar variados pontos de vista, que sequer deveriam ser chamados de princípios ou regras fundamentais, frente à enganosa nomenclatura científico-epistêmica para o Direito, mas tópicos (VIEHWEG, 2008, p. 104-107).

Certo é que a *Tópica* de Viehweg sequer pode ser classificada como uma teoria, não passando de um mero objeto de investigação, embora interessante para alguns pesquisadores no nível historiográfico do Direito. A respeito da *Tópica* segundo o estudo de Viehweg, não há “base sólida sobre a qual se possa edificar uma teoria da argumentação jurídica”. Trata-se de um conjunto de regras de nível inferencial (indutivo), que inclui as de conhecimento público e aquelas sem conhecimento público, aplicáveis quando não é praticável atingir a solução de um problema com emprego de um procedimento lógico sequencial (ATIENZA, 2014, p. 53-54). É um instrumento ótimo à atuação da autoridade, para cujas decisões oferece blindagem crítica. Assim, desserve à lógica autocrítica do direito democrático (*devido processo*).

Toda essa explicação sobre a diferença entre *Tópica* e *Epistême*, desde Aristóteles, se mostra imprescindível, porque este artigo postula e demonstra que os *standards* de prova no processo penal se assemelham ao método tópico, e não científico. Logo, apesar de se anunciar como novidade, a teoria dos *standards* de prova tem origem pré-moderna e sua adoção implica perda de racionalidade decisória em um sistema jurídico instituinte da democracia constitucionalizada e estruturada em direitos fundamentais para todas e todos.

2.2. Epistême na modernidade: uma das contribuições de Kant

Sob o ponto de vista filosófico e historiográfico, a Modernidade se caracteriza pelo resgate das obras dos clássicos da Antiguidade, em especial Platão e Aristóteles, motivado pela aposição (pretensiosa e improcedente) de um rótulo odioso à Idade Média como período das trevas, em que o pensamento humano pouco ou nada teria evoluído. Desse ponto nasce a pretensão – narcísica? (ROUANET, 1996, p. 290 e ss.) – dos modernos em torno de uma razão iluminada e iluminista, que conduziria à emancipação do homem em relação a um curso causal necessário e aparentemente inescapável da natureza (HUME, 2009). O mais significativo e representativo filósofo da Modernidade é Hegel, que não gozaria desse reconhecimento quase unânime, concorde-se ou não com as propostas teóricas da Modernidade, se sua obra não significasse um considerável avanço ou refinamento epistemológico.

Hegel integra um movimento de extrema importância na filosofia ocidental, conhecido como *Idealismo Alemão*. O *Idealismo Alemão* se inicia com a obra de Kant, desenvolve-se com diversos autores, entre os quais se podem destacar Fichte e Schelling, e encerra-se

P., L. C. de; B., V. D. M. de; S. N., J. de. A. Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos *standards* de prova no processo penal brasileiro.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 119-152. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.8380992].

exatamente com a obra de Hegel. O movimento estende-se cronologicamente, portanto, da publicação da obra *Crítica da Razão Pura*, de Kant, em 1781, até a morte de Hegel, em 1831 (DUDLEY, 2007, p. 13-14).

Aqui se pretende revisitar contribuições de Kant, deixando Hegel para futuros trabalhos. Já ficara claro para Kant, e continua atualíssimo, que “o empecilho mais óbvio à substituição da governança das autoridades tradicionais pelo do autogoverno libertador são as próprias autoridades, que raramente estão inclinadas a perder o poder e a deferência a que estão acostumadas” (DUDLEY, 2007, *idem*).

Se Hume estivesse certo, a crença e a ação humanas seriam baseadas nos costumes ou hábitos, e não na razão; o homem seria guiado pela necessidade natural,¹² pré-implantada em sua mente, que governa a todo o universo; e seria natimorto o sonho de uma autonomia ou emancipação do homem pela via racional. A obra de Hume notabiliza-se pelo somatório de empirismo, proposição de que toda ideia decorre da experiência sensória; determinismo, quanto ao inescapável curso das causalidades que o homem não pode controlar nem evitar; e ceticismo em relação à razão como guia do conhecimento e da ação humanas (DUDLEY, 2007, p. 16-17).

Kant abandonou o positivismo dogmático de Leibniz,¹³ então devastado pela crítica de Hume, e foi o primeiro a enfrentar o desafio da superação epistemológica do determinismo, do empirismo e do consequente ceticismo contra a razão, propondo as condições transcendentais (e viabilizadoras) da experiência. Para Kant, há capacidades preexistentes à experiência que permitem ao sujeito vivenciá-la. O conhecimento das características do objeto que o tornam necessária e universalmente suscetíveis de conhecimento pelo homem é chamado, em Kant, metafísica. Na condução do conhecimento metafísico, é necessário o exame das capacidades do conhecedor para a representação e a experiência. Kant reedita

12. Para uma noção menos inexata sobre o grau de ceticismo de Hume em relação à razão, bem como sua fundamentação para tanto, vale conferir trecho de Hume, 2009, p. 216, parágrafo 7: “Se me perguntassem sinceramente se concordo com esse argumento, que pareço esforçar-me tanto para estabelecer, e se sou realmente um desses cétricos que sustentam que tudo é incerto e que nosso juízo não possui *nenhuma* medida da verdade ou falsidade de *nada*, responderia que essa questão é inteiramente supérflua, e nem eu nem qualquer outra pessoa jamais esposou sincera e constantemente tal opinião. A natureza, por uma necessidade absoluta e incontrolável, determinou-nos a julgar, assim como a respirar e sentir. Não podemos deixar de considerar certos objetos de um modo mais forte e pleno em virtude de sua conexão habitual com uma impressão presente, como não podemos nos impedir de pensar enquanto estamos despertos, ou de enxergar os objetos circundantes quando voltamos nossos olhos para eles em plena luz do dia. Quem quer que tenha-se dado ao trabalho de refutar as cavilações desse ceticismo *total*, na verdade debateu sem antagonista e fez uso de argumentos na tentativa de estabelecer uma faculdade que a natureza já havia antes implantado em nossa mente, tornando-a inevitável”. [grifos do original]

13. Sobre a obra de Leibniz e sua “monadologia”, ou teoria geral das mônadas, ente único, indivisível, simples, átomo da natureza, sem abertura para o exterior, bastante em si, força representacional ou limite da divisão infinita da realidade imaterial, cujo produto é diferente de zero e cuja condição (ser mônada) é o que de comum existe em todos os entes, como repositório da *epistème* (conhecimento certo), vale conferir a sempre didática e concisa explicação de Severino, 1984, p. 107-116.

a classificação das espécies de conhecimento de Hume, restrita à dicotomia “relações das ideias” e “questões de fato”, na qual é impossível o saber metafísico. Na classificação de Kant, há dois pares de conhecimentos com elementos antagônicos: *a priori* e *a posteriori*; analítico e sintético. É *a priori* ou puro o conhecimento que independe da experiência; é *a posteriori* o que dela depende. É analítico o juízo (forma lógica que liga um sujeito a um predicado) em que o predicado atribuído ao sujeito nada mais é do que uma decorrência nele já implícita (tautologia); é sintético o juízo que acrescenta ao sujeito uma característica nele não contida.

Ao se comparar as classificações do conhecimento propostas por Kant e Hume, percebe-se que a diferença entre eles está na descrença de Hume na possibilidade de existência de conhecimento analítico *a posteriori* (porque, se é uma tautologia, dispensa a experiência) e sintético *a priori* (como fantasia dos metafísicos racionalistas). Assim é que *Crítica da Razão Pura*, a primeira obra do idealismo alemão, visa a estabelecer as condições de possibilidade da experiência, pelo exame das características do conhecedor que lhe permitem experimentar os objetos do mundo. Essas condições são chamadas *transcendentais* e o estudo a elas dedicado *filosofia transcendental*. A *filosofia transcendental* distingue a aparência com o termo fenômeno (acessível ao homem) das coisas em si, ou *noumena* (a que o homem não tem acesso). Não se trata de dois mundos apartados, mas duas maneiras de abordagem do mesmo mundo (DUDLEY, 2007, p. 32-37). Em Kant, portanto, ao contrário de Aristóteles, não se fala mais em essências como verdades necessárias e autoevidentes do objeto de estudo, fundadoras de toda ciência.

Segundo Kant, tempo e espaço são formas *a priori* da sensibilidade. Não apenas tempo e espaço, nos quais os objetos se situam, sem, no entanto, revelar o que sejam, mas constituem categorias também não derivadas da experiência, originárias da própria mente do sujeito conhecedor; logo, conhecimento sintético *a priori*: unidade, pluralidade, totalidade, realidade, negação, limitação, substância/acidente, causa/efeito, interação recíproca, possibilidade, existência e necessidade. Sem essas categorias (ideias, ou conceitos puros da razão, como elementos lógicos que decorrem apenas da mente, sem qualquer experiência), defende Kant, não é possível tomar parte de qualquer experiência nem formular qualquer juízo (DUDLEY, 2007, p. 44-45). A razão humana, nesse cenário categorial, é a capacidade (inata e em potência no homem) de fazer inferências que ligam julgamentos mediante silogismos, para explicar um julgamento ou um conjunto de julgamentos. A racionalidade ou razão é algo como uma criança que sempre pergunta “por quê?”, visando a explicar um complexo causal até o ponto em que não mais se necessita de explicações: o incondicionado. Para Kant, discutir as categorias da razão é perda de tempo e não produz qualquer conhecimento (aqui está uma característica central do pensamento dos filósofos do idealismo alemão), porquanto se cuida de conceitos puros, que transcendem a experiência discursiva (DUDLEY, 2007, p. 52-53).

A condição de possibilidade da liberdade, em Kant, é a superação do determinismo causal. Sem liberdade, não há responsabilidade, pois o ente que é e age como mero produto de uma sequência causal (pré)determinada não tem culpa do que é nem do que faz, tampouco responsabilidade por essas condições. A partir da diferença entre fenômeno (aparência,

acessível ao homem) e *noumena* (coisa em si, não acessível ao homem), a teoria de Kant não permite provar que o homem seja livre nem que não seja, mas abre uma proposta a que o homem pense a si mesmo como tal (DUDLEY, 2007, p. 55-56). E é essa possibilidade de liberdade que encaminha a possibilidade de responsabilidade e responsabilização jurídicas do homem por seus atos, inclusive os de natureza criminal, com a imposição de penas por autoridades constituídas.

Já em *Crítica da Razão Prática*, Kant equipara a determinação da vontade, ou faculdade de controlar causalidades em objetos correspondentes às representações, com a liberdade. A determinação da vontade ou do desejo pode ser racional ou irracional. Será racional se, e somente se, envolver a tomada de decisões com objetivos completamente livres de fatores empíricos, isto é, baseados exclusivamente na própria razão, logo universalizáveis, ou reproduzíveis por qualquer agente racional na mesma situação. Esse fundamento da determinação da vontade ou do desejo que decorre unicamente da razão Kant chama de *lei*. *Leis* são fins em si mesmos. Por isso, unificam categoricamente a razão pura. É a consciência dessas *leis* – mais importantes ou valiosas do que qualquer elemento natural ou convencional, absolutas, em nome das quais se renuncia a tudo, inclusive à própria vida – que assegura a liberdade como tal e como guia da prática humana (DUDLEY, 2007, p. 57-59).

O estudo da moralidade em Kant interessa ao Direito. Moralidade em Kant é dependente da universalidade. Não se fala em princípio moral por causa de seu conteúdo nem em face das consequências que sua adoção, na prática, gera. Só é moral, obrigatório e exigível de todos o princípio universal. O *imperativo categórico* assim se define pela recusa à ação, a menos que ela possa aspirar à universalidade. No mesmo sentido, é imoral agir por uma forma ou de acordo com um princípio que não se possa desejar como balizador ou informativo necessário à conduta do outro, na medida em que esse agir criaria uma exceção injustificável ao comportamento do agente, em detrimento dos demais sujeitos. Máximas que não ultrapassam o teste da universalização sem autodestruição são para Kant absolutamente imorais. Diante delas, o homem moral tem um “dever perfeito” de não atuação. A contraface do “dever perfeito” é o direito fundamental absoluto: “O direito mais fundamental é o de se ter respeitada a liberdade de alguém por outros seres livres, uma vez que a liberdade é a condição derradeira de possibilidade da moralidade, direitos e deveres” (DUDLEY, 2007, p. 60-62).

Em Kant, a *reflexão* consiste na observação cuidadosa do objeto em princípio desconhecido e outros similares (busca de regularidades) com que o sujeito se depara em direção a um conceito universal adequado. Em síntese, a existência do homem como ser livre, ou ao menos capaz de agir livremente, decorre da organização da natureza por um ser inteligente (razão objetiva da natureza) para gerar seu objetivo final: o homem. O fechamento da filosofia transcendental de Kant se dá pela aceitação da providência divina atuante pela e na natureza (DUDLEY, 2007, p. 67-75).

Eis que se pode ter em mente as diferenças entre episteme e epistemologia na Antiguidade e na Modernidade. Se os chamados *standards* probatórios, formados de acordo com o caso ou crime, seguem a metodologia do raciocínio tópico e retórico da Antiguidade, na racionalidade moderna o instituto também não se justifica, em razão da seguinte questão:

como entender a possível adoção de elementos e estruturas de um sistema para outro sistema, em concepção jurídica moderna? Nesse ponto, Kant também se fará indispensável.

3. DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: DE KANT AO PRINCÍPIO UNIFICADOR

Muitas pessoas poderiam se ancorar, ao tratar das distinções entre sistema acusatório e inquisitório, em Motero Aroca (2015, p. 69-71), que diria que a diferença entre ambos os sistemas processuais penais seria, basicamente, *slogan* político. O autor faz essa alusão comparando sistemas jurídicos completamente distintos sem demonstrar se há ou não necessidade de discussão em um ou outro sistema. Além disso, a preocupação de Montero Aroca parte da comparação do que a doutrina estadunidense trata sobre sistema acusatório – que nunca sofreu influência do sistema inquisitório – com a própria estrutura de pensamento – Espanha –, a qual já operacionalizou reformas que não mantêm a estrutura do código como estrutura inquisitorial disfarçada.

Justamente pela imprecisão política e jurídica que se deve partir de uma definição própria, autônoma e bem esclarecida sobre sistema acusatório. Quem melhor fez essa análise, em terras brasileiras, é Coutinho (2018, p. 113-134). O primeiro ponto a se esclarecer é que nenhum sistema seguirá de forma pura. Para explicar o ponto, Coutinho analisa parte do princípio unificador kantiano. Com isso, definir princípio, antes de tudo, é entender o “motivo conceitual sobre o(s) qual(is) funda-se a teoria geral do processo penal” (COUTINHO, 2019, p. 25).

Segundo Warat (1995, p. 84), é importante que as palavras tenham significação segundo seu contexto histórico, possibilitando-se a devida compreensão do texto que será desenvolvido. O estudo dos sistemas processuais penais deve partir da compreensão adequada e separada do que é um sistema. Nesse contexto será desenvolvida a noção kantiana de sistema como conjunto.

É com a obra de Kant que a teoria dos sistemas tomou forma articulada destinada ao salto de desenvolvimento que se teve no século XIX. Para Kant “o sistema é o ideal para o qual deve tender toda ciência; o sistema é um conjunto de proposições deduzidas de um único princípio” (LOSANO, 2008, p. 115). Para Kant, é a unidade do princípio que fundamenta o sistema, considerando que sistema é “um todo organizado finalisticamente, sendo, portanto, uma articulação” (ABBAGNANO, 2012, p. 1076). Sobre o conceito kantiano de sistema, Tercio Sampaio Ferraz Júnior afirma que sistema, para o filósofo alemão, seria uma “relação entre o todo e as partes, onde a retirada de uma só parte destrói ou modifica o todo como unidade orgânica” (FERRAZ JR., 1976, p. 12).

Em sua obra “Crítica da Razão Pura”, o próprio Kant afirma que entende por sistema “a unidade dos conhecimentos diversos sob uma ideia”. É, portanto, a unidade que forma o sistema (KANT, 2015, p. 600). Os sistemas, segundo o filósofo alemão, são gerados pela confluência de conceitos acumulados que, com o tempo, se aproximam na busca de se completar (KANT, 2015, p. 601), sendo a filosofia o sistema de todos os sistemas (KANT, 2015, p. 603).

Em Kant, o sistema “não é apenas um conjunto dedutivo de proposições, mas um conjunto de proposições que deve ser deduzido de um princípio único” (LOSANO, 2008, p. 128). Para Kant, sistema seria um conjunto organizado de proposições que se aproximam visando a se complementar e que podem ser representadas por um princípio único, o princípio reitor. Na seara do direito processual penal, Coutinho ensina:

“Por elementar, os diversos ramos do Direito podem ser organizados a partir de uma idéia básica de sistema: conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade” (COUTINHO, 2001, p. 28).

Por sua vez, Poli afirma:

“O sistema se origina, primeiramente, da acumulação de dados (conceitos) não especificamente ligados entre si, que constituem o material de construção que possibilita traçar arquitetonicamente um todo, de acordo com os fins da razão. Posteriormente, sobre esse acúmulo de dados, intervém o autor do sistema, organizando cada elemento segundo uma ideia” (POLI, 2016, p. 42).

O traço comum do conceito de sistemas passa por um conjunto. Assim, sistema seria um conjunto de elementos que se aproximam e aglutinam por possuírem características comuns, unidos por um elemento central, que Kant denomina de princípio reitor. Sistema jurídico seria o conjunto de normas jurídicas, regras e princípios, que se ajuntariam pela identificação de seu conteúdo por meio de um eixo central que, como um ímã, atrairia para si todas as normas que convergissem em relação a ele e repeliria aquelas a si contrárias.

O sistema jurídico é integrado por normas, que se aproximam para construir um todo comum, unidas pela aproximação de suas características. A formação dos sistemas e sua adoção acabam por ser reflexo direto dos interesses que se encontram por detrás da formação das normas, de modo a se adotarem sistemas mais ou menos democráticos, mais ou menos garantidores de direitos fundamentais, mais ou menos respeitadores da pessoa humana. Os sistemas totalitários que representaram as maiores violações dos direitos humanos se configuram como sistemas jurídicos; de outra parte, os sistemas democráticos, que buscam assegurar os direitos fundamentais, também são sistemas jurídicos. Nos dois exemplos, trata-se da aproximação das normas jurídicas que buscam a formação de um todo comum, restando claro que os sistemas não são em si positivos ou negativos, o que os faz bons ou maus são as normas que os compõem, e, evidentemente, os interesses que levaram à construção dessas normas jurídicas.

Como as normas que fazem parte do sistema são criação humana, isso permite que sejam escolhidas segundo as conveniências e os interesses políticos de época, pela adoção de um sistema mais democrático ou mais repressivo. As normas que formarão o sistema, elaboradas em atendimento a interesses de grupos que detêm o poder político, acabam sendo manipuladas para a construção de um sistema no formato que seja interessante a quem determinou sua construção.

P., L. C. de; B., V. D. M. de; S. N., J. de. A. Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos *standards* de prova no processo penal brasileiro.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 119-152. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.8380992].

A construção e a estruturação dos sistemas processuais penais, acusatório e inquisitório também são construções humanas, desenvolvidas ao longo da história de forma não linear, ou seja, os sistemas não se constituíram de forma pronta e acabada como um invento. Pelo contrário, a construção de cada um dos modelos, acusatório e inquisitório, se deu de modo a atender às necessidades de cada momento histórico. A construção de cada um dos sistemas processuais penais se deu por razões principalmente políticas, mas também econômicas, filosóficas e jurídicas (COUTINHO, 2018, p. 113).

Enquanto as raízes embrionárias do sistema inquisitório podem ser encontradas na velha Roma no período do Reinado, o sistema acusatório possui origens também em Roma, sobretudo no período da República, com a separação das funções de acusar, julgar e defender (SANTIAGO NETO, 2018). Entretanto, o julgamento por jurados, característica da República, acabou perdendo espaço em decorrência do crescimento de Roma e do consequente aumento da violência, que levou a concentração gradual dos poderes de julgar às mãos dos Pretores, com o esvaziamento dos delitos privados, que marcou a retomada inquisitória na fase do Principado (MOMMSEN, 1905, p. 229-235; KUNKEL, 1994, p. 53-55).

No processo penal republicano, as características do sistema acusatório se consolidaram por meio de julgamentos públicos e por jurados, mas, sobretudo, com clara separação das funções de acusar, julgar e defender, principalmente nos processos de acusação privada. Posteriormente, no século XIII, na Inglaterra, o sistema acusatório se conformou sob o reinado de Henrique II (1154-1189), que estruturou os julgamentos pelo júri (*trial by jury*), desde o juízo de admissibilidade pelo *grand jury* composto por 23 jurados até o julgamento pelo *petty jury* composto por 12 membros, sendo o júri um grande debate entre acusador e acusado, entre acusação e defesa.

Desde o rompimento do modelo acusatório, o sistema inquisitório começou a se formar, com a gradual concentração de poderes nas mãos do responsável pelo julgamento e a supressão do acusador. Foi no século XIII que todas as características do sistema inquisitório se reuniram, atingindo a condição de puro (em sentido kantiano), sobretudo pela união entre a Igreja Católica e os reis e a divisão do processo secular (Estatal) e eclesiástico, com a perseguição dos hereges e a eleição de inimigos. Nesse tempo, o Papa Inocêncio III teve grande importância com a bula *Vergentis in senium* (1199), e o IV Concílio de Latrão (1215) equiparou a heresia ao crime de lesa-majestade, proibiu os juízos de Deus e os substituiu por um modelo de prova tarifada, no qual a confissão preponderava sobre as demais provas, em especial pela instituição da obrigatoriedade da confissão, verdadeiros tribunais da consciência (PROSPERI, 2013). Em síntese, o inquisidor aglutinava os poderes de investigar, acusar e julgar.

No modelo inquisitório, o juiz passou de um espectador à protagonista do sistema. Não há debate em contraditório: o procedimento *prima pelo segredo*, colocando o investigado em posição central como mero objeto do processo e que, sendo ou não culpado, sabe de algo que deve dizer. Nesse modelo, a tortura ganha protagonismo como principal meio de obtenção de uma verdade que existia preconcebida na cabeça do inquisidor, que elaborava sua hipótese dentro de um marco paranoico e passava a buscá-la a qualquer custo (CORDERO, 2000, p. 19).

Com o fim da Idade Média e a Revolução Francesa, vigoravam na França as Ordenações de Luís, de 26 de agosto de 1670, que seguia a cartilha das compilações medievais e adotava o modelo inquisitorial em todas suas características (CORDERO, 1986, p. 54-60). Exatamente por ser inquisitorial, não poderia permanecer vigorando após a revolução, por contrariar todos os valores que ensejaram a ruptura de 1789. Já em 7 de novembro de 1790 os tribunais soberanos foram extintos e em setembro de 1791 as Ordenações de Luís foram derogadas, mediante adoção do modelo acusatório semelhante ao da Inglaterra desde o século XIII. O julgamento passou a ser pelo júri integrado por oito jurados, e a acusação era exercida tanto por acusadores públicos como privados (CORDERO, 2000, p. 35).

Entretanto, o Código de 1791 teve vida curta, sendo substituído já em 1795 pelo Código de Delitos e Penas (25 de outubro de 1795), que representa verdadeiro regresso ao modelo inquisitório. Nele, a acusação pública detém o monopólio da ação, a instrução é escrita e secreta, e o julgador tem poderes amplos destinados a “descobrir a verdade”, trabalhando sozinho fora de todo o debate em contraditório (CORDERO, 2000, p. 35-36).

Já em 17 de novembro de 1808 é editado o Código de Instrução Criminal francês, ou Código Napoleônico, em que o processo resulta dividido em duas fases, a instrução e o debate (ou juízo). Na primeira, o instrutor trabalha sozinho, de forma inquisitorial e em busca de elementos que comprovem o fato. Na segunda, por sua vez, “se passa da escuridão à luz plena”, por meio da adoção de um julgamento público, com debates orais, ampla defesa e ampla discussão, em um modelo aparentemente acusatório. Assim se estabeleceu o chamado processo misto, composto por amplas instruções no molde inquisitório e alguns expedientes em contraditório e debates orais (CORDERO, 1986, p. 73-74).

O modelo napoleônico exerceu influência em diversos modelos de processo penal mundo afora, com seu modelo bifásico, entre eles o Código de Instrução Criminal de Primeira Instância brasileiro de 1832 e o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, ainda hoje vigente.

Ao contrário do que se pode pensar, um sistema processual penal não é misto apenas pela soma de elementos dos sistemas puros (COUTINHO, 2018, p. 120). Atualmente não existem mais sistemas puros, tanto o modelo acusatório como o inquisitório na sua essência pura são modelos históricos. Principalmente após o Código de Napoleão (1804), todos os sistemas possuem características que congregam elementos de ambos os modelos puros. Mas nem por isso se pode dizer que existe um sistema misto. Isso se dá porque o que determina um sistema não é o conjunto de seus elementos, mas seu princípio unificador, consoante ensina Kant (COUTINHO, 2018, p. 121). Pode-se exemplificar pelo sistema solar, que possui um conjunto de elementos (planetas, estrelas etc.) que são aglutinados em torno de um elemento principal, o sol. O que difere o sistema acusatório e o sistema inquisitório também é o seu princípio reitor: enquanto no sistema acusatório o princípio reitor é o princípio dispositivo (ou acusatório), no sistema inquisitório o princípio reitor é o princípio inquisitivo; ou seja, enquanto no sistema acusatório a gestão das provas pertence às partes, no sistema inquisitivo a gestão das provas pertence ao juiz, não comportando a existência de um sistema misto, uma vez que não existe um princípio unificador misto (COUTINHO, 2018, p. 123).

Os sistemas que derivam do Código Napoleônico, entre eles o brasileiro, que divide o processo em uma fase acusatória e outra inquisitória, não são mistos. Daí a importância de se definir de fato qual sistema foi adotado por esses modelos. O grande problema do Código Napoleônico foi permitir que o produto da fase inquisitória passasse à fase instrutória, constituindo um sistema inquisitório travestido, sendo a divisão em duas fases apenas uma forma inteligente de se camuflar a manutenção do princípio inquisitório (SANTIAGO NETO, 2020, p. 108).

A simples existência de partes não denota ser o sistema acusatório. O modelo criado pelo Código Napoleônico possui partes, mas mantém a inquisitorialidade viva. O modelo brasileiro, dele derivado, também possui partes, entretanto, manteve-se vinculado ao sistema inquisitório, uma vez que manteve a gestão da prova nas mãos do juiz, que goza de autorização legal para produzir provas de ofício (artigo 156 do CPP). Ainda no Brasil, o produto da fase inquisitória acompanha a denúncia ou a queixa sempre que servir a ela de base (artigo 12 do CPP). Passados mais de dois séculos do Código Napoleônico (1804), ele continua a gerar efeitos e a fazer-se vivo em outros ordenamentos jurídicos, acompanhado da inquisitorialidade.

A importação de elementos de um sistema processual para outro é válida ou não? Para responder a essa pergunta, é preciso analisar justamente o elemento que se pretende importar.

4. *STANDARDS* PROBATÓRIOS E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA ADOÇÃO

Há muito, alguns teóricos que se baseiam em autores internacionais já citam a ideia de *standards* probatórios para fins de comprovação de um fato A ou B. Inclusive, Shecaira e Struchiner informam que *standards* de prova é:

“[uma] palavra inglesa que diz respeito ao grau de probabilidade com que deve ser estabelecida uma conclusão factual em diferentes áreas do direito. Nem todo sistema jurídico estabelece tais *standards*, mas eles são comuns nos países da *common law*” (2016, p. 151).

Ao se partir do pressuposto de que *standards* de prova são de origem do *common law*, com influência direta, inclusive, da língua inglesa, estabelecem-se muitas indagações e discussões sobre a possibilidade ou não de aplicação da ideia de *standards* para o Brasil do século XXI e em qualquer das áreas do Direito, já que se está diante de um país de estrutura e tradição jurídicas profundamente diversas.

Usualmente se percebe que o Brasil não utiliza na linguagem corrente o estrangeirismo, como ocorre em Portugal (paulatinamente se deve também evitar o latinismo, entre outros) ou em alguns países cujo idioma é o espanhol. Portanto, a primeira ressalva é à necessidade de pensar o porquê de se importar uma palavra que carrega tradição somente em língua estrangeira, que se refere, somente, ao grau de probabilidade de algo. Como traduzir um termo com toda uma estrutura que não se alcança similar na língua e nas tradições do Brasil? *Standard* significa parâmetro, padrão e, nesse caso, remete justamente a uma

medida de comparação. Em consulta aos textos especializados sobre o termo, na tentativa de reduzir o grau de subjetividade de que se reveste, não se verifica unanimidade e nem mesmo concordância sobre quais são os padrões ou parâmetros que são utilizados para uma suficiência probatória nem sobre como controlar, descartar ou impor a não utilização de certos elementos de prova para a formação do juízo decisório no momento da sentença.

Em princípio, parece existir, para esses países de estrutura de *common law*, uma diferenciação bem clara dos padrões nas várias áreas do direito. Então, no processo penal, o padrão seria acima de qualquer dúvida razoável, enquanto, no campo da responsabilidade civil, como as consequências de condenação são menos graves, o padrão se torna comparativamente menor (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 151).

Quase todos os juízos do *common law*, historicamente, nascem com a ideia de julgamento pelos seus pares, os quais, destaca-se, não fundamentam sua decisão. Esse dado é indispensável para se ter em mente que os jurados – definitivamente – compararão o conjunto probatório de ambas as partes e decidirão entre uma e outra no processo civil, enquanto no Processo Penal o tal parâmetro autorreferenciado seria acima da dúvida razoável. Explica-se: autorreferenciado porque jurados não fundamentam suas razões de convencimento.

Em estruturas adversariais e acusatoriais as partes podem decidir, antes, se vão ou não a *trial by jury*. Quando os autores estrangeiros distribuem os custos e os riscos sobre a prova, deve-se ter em mente a possibilidade efetiva de barganha, que acompanha a própria ideia do princípio dispositivo. Laudan (2016, p. 103) informa justamente a distribuição desses riscos e custos sobre a prova e, nesse caso, antes de se pensar que há a análise efetiva dos jurados ou de outro tipo de julgador, estabelece-se a fase de barganha entre as partes e a discussão envolve até mesmo a pretensão ou não de se estar em juízo, propriamente, de acordo com o conjunto probatório que cada um tem. No Brasil, entretanto, o princípio reitor é inquisitorial e a probabilidade de resolução do processo em barganha é limitadíssima.

Há que pensar como se deu a identificação do que é, então, *standard* de prova e como isso passou a permear as discussões em um país em que não existe qualquer tradição sobre quais seriam ou não os parâmetros para um grau de probabilidade sobre alguma prova. A partir de Massena (2021, p. 1634-1635) nota-se que os trabalhos tidos como marcos, no Brasil, para o estudo de *standard* de convencimento teriam sido os textos de Knijnik (2001) em relação ao Direito Processual Civil e Baltazar Jr. (2008) no caso do Processo Penal.

Em síntese, Knijnik (2001) se propõe a analisar o princípio da persuasão racional. Busca vencer a diferença entre opinião e verdade. Informa o autor que há dois *standards* jurídicos ligados à tradição da *common law*, o “evidence beyond a reasonable doubt” (BARD) para a área criminal e o “preponderance of evidence” – preponderância da prova, nas palavras do autor.

O ponto central, que deve ser revolido por força do estudo aqui traçado, é: há uma estrutura que se pretende implementar para o Brasil que apenas distingue os critérios entre a análise da prova para o Processo Penal e Processo Civil entre acima da dúvida razoável ou a preponderância da prova? Além de derivado de um sistema em que a base estruturante de pensamento é a do sistema adversarial e com formação do acusatório historicamente demarcado, o *standard* probatório poderia ser implementado no Brasil sem a demonstração

de nenhum método de Direito Comparado entre esses sistemas? Apesar do esforço de Knijnik (2001), não se percebe como as soluções paradigmáticas de direito comparado poderiam vir a surtir algum efeito no método e no sistema brasileiro – nem tampouco como é feito o método de controle do padrão ou parâmetro probatório para excluir ou impedir a análise de determinada prova.

Motivado pelos estudos de Knijnik (2001), Baltazar Jr. (2008) propõe os estudos, em obra organizada pelo primeiro, sobre os *standards* probatórios no processo penal. Referido autor informa que a busca da verdade é uma constante na atividade judicial, já que abarcaria a necessidade de solução de conflitos.¹⁴ Além disso, Baltazar Jr. (2008, p. 163) informa que se tem de ir além do subjetivismo dado somente pela livre apreciação ou persuasão racional, já que inexistem critérios rígidos como na prova legal, o que denota um sistema de íntima convicção. Diz o autor que o sistema da prova legal teria por fim diminuir os poderes do julgador e estaria diante do entrelaçamento das questões de fato e questões de direito, o que gera uma perda na segurança, já que “nem sempre fica claro o caminho percorrido pelo julgador para adotar uma versão dos fatos” (BALTAZAR JR., 2008, p. 164).

Quem, então, entende que com a ideia de *standard* probatório, mesmo se adotado no Direito Processual Penal brasileiro, se alcançaria um avanço em relação à falta de uma identidade de prova legal, cujo escopo é diminuir a arbitrariedade do julgador, parece não perceber que a presença e a existência de prova legal estão, a bem da verdade, como algo bem estruturado em um modelo inquisitorial.

Para Langbein (2017, p. 133-134), é possível perceber que a substituição das provas por ordálias, no sistema inquisitorial, foi feita pela eleição de um sistema de prova tarifada. A título de exemplo, citado pelo referido autor: para condenar quem negasse a acusação, deveria apresentar a palavra de, pelo menos, duas testemunhas. Então, o sistema de tarifas foi criado para justamente colocar o ponto de contato a ser perseguido pelos inquisidores: ou se buscava a condenação por duas testemunhas ou se alcançava a condenação por meio de confissão via tortura, que também perfazia a tarifa para a condenação – aqui nem haveria conflitos de interesse, já que o fato confessado justificaria uma condenação.

Baltazar Jr. (2008), quem primeiro começou a projetar a aplicação do tal *standard* probatório para o Direito Processual Penal brasileiro, diz que o sistema de provas tarifadas foi adotado para retirar a subjetividade do julgador, o que é no mínimo questionável, já que a

14. É perceptível que, ao se identificar que a função jurisdicional é a solução de conflitos, a matriz de pensamento do autor tende a ser uma matriz de pensamento generalista entre processo civil e processo penal cujas críticas no Brasil já foram traçadas em COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do Processo Penal*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998, em que mesmo na inexistência de conflitos há que se manter, ainda, a decisão e jurisdição penal, já que – de acordo com Coutinho – o processo penal trata, antes de tudo, do caso penal e não de qualquer ideia de conflito de interesses ou solução de conflitos entre as partes; já que pode não ter conflito algum e mesmo assim ser obrigado a passar pela jurisdição. Como o assunto transborda os limites do desenvolvimento, fica, também: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teoria dualista e a cera de abelha. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano XV, n. 62, p. 79-102, 2016.

tortura perpetrada pelo inquisidor é tudo menos algo objetivo, já que é operada subjetivamente pelo indivíduo que pretende alcançar a prova da condenação. A pergunta que resta é: como será feita a redução de subjetividade ao se importar um raciocínio probatório que dispensa fundamentação na sua gênese de *common law*?

Baltazar Jr. (2008, p. 165 e ss.), a partir de Knijnik (2001), repete a separação entre o “além da dúvida razoável”, que não tem qualquer compreensão semântica autoaplicável no processo penal brasileiro, e a preponderância de prova. Ambos, frise-se, de matriz e tradição do *common law*.

Baltazar Jr. (2008, p. 167) em poucas palavras apresenta o que seriam os principais modelos de Direito Comparado. Não é possível, entretanto, perceber a metodologia de Direito Comparado que foi utilizada, mas, aparentemente, há a referência ao sistema estadunidense, sem demonstração, no referido artigo, daquilo que, em relação aos EUA, poderia ter correlação com o Brasil. É dizer, trata-se de um parâmetro pelo qual não é possível perceber como seu uso afeta ou gera a exclusão da prova por quem julga.

Baltazar Jr. (2008, p. 167-168) se utiliza da definição do centro judicial federal de instruções para o júri, ou seja, para julgadores leigos que são escolhidos entre o povo e que não tem qualquer semelhança com o júri brasileiro. Lá, os jurados necessitam alcançar a unanimidade para a condenação no processo penal, enquanto no Brasil há a incomunicabilidade dos jurados. Mas a aplicação do parâmetro, apresentado aos jurados no espaço estadunidense, não tem qualquer reflexo com o julgamento comum no Brasil, uma vez que a unanimidade é que pode retirar a dúvida razoável, enquanto aqui os julgamentos só servem para os julgadores em casos de crimes dolosos contra a vida e podem estabelecer condenação mediante maioria simples.

Baltazar Jr. (2008, p. 178) apresenta que tradicionalmente no Brasil haveria o modelo de separação entre verdade real e verdade formal. Afirma o referido autor que no processo penal busca-se a verdade real e que no civil busca-se a verdade formal. Ora, para além de qualquer formulação originária da separação entre verdade formal e real que ultrapassa o que Carnelutti gerou, há que ter em mente que ele desconstrói a própria dicotomia imprópria no clássico texto “Verdade, Dúvida e Certeza”, em que o próprio autor revê essa infeliz passagem de sua trajetória.¹⁵

É notável a pretensão de todos que se arvoraram a iniciar a discussão sobre critérios mínimos sobre o estabelecimento do que seriam os modelos de constatação, termo adotado por Baltazar Jr. (2008) para substituir *standards* probatórios. Não se questiona a sincera tentativa de todos e todas que pretendem reduzir a subjetividade e o subjetivismo que permeia a identidade da convicção do magistrado.

Badaró Massena (2021, p. 1634-1635) menciona o aumento da discussão sobre o discurso probatório e como o nome de *standards* passou a ser debatido na Europa e em países

15. Sobre o texto, recomenda-se a leitura das glosas realizadas por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti para os operadores do direito. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; MURATA, Ana Luiza Maria Lumi Kamimura; AZEVEDO, Gabriella Saad. *Observações sobre a propedêutica processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 159-188.

da América Latina e no Brasil. Mas é necessário ressaltar que toda a América Latina, com exceção do Brasil, passou por reforma processual em que se alterou substancialmente o sistema para adotar-se um modelo adversarial e acusatório propriamente dito; enquanto no Brasil, como ressaltado no tópico anterior, continua-se diante de um sistema cujo princípio unificador é inquisitivo. A comparação e as inserções e interseções entre diversos tipos de modelos processuais penais dependem da identificação de premissas, antes de tudo, histórico-geográficas, e não universais.

Ferrer Beltrán é derivado de outra matriz jurídica, ou seja, parte de uma estrutura processual bem diferente daquela a que se direciona o presente estudo, de um modelo que não instruiu a lógica dos juristas brasileiros. Há muito se sabe que a estrutura processual brasileira tem origem nos desenvolvimentos processuais italianos. Ferrer Beltrán (2018, p. 402) toma como ponto de partida que há uma relação teleológica entre prova e verdade, de modo que a verdade se configura como o objetivo institucional a se alcançar mediante a prova no processo judicial. O conceito de verdade em jogo, útil para tal relação teleológica, é verdade como correspondência, ao que se sucedeu no mundo externo ao processo; nenhum elemento de juízo, mesmo que muito extenso e confiável, gerará certezas racionais nem psicológicas subjetivas, e o raciocínio probatório é necessariamente probabilístico. Mas isso tudo é indicação realizada para outro ordenamento jurídico. Eis o que explica o de partida do presente estudo.

No cenário pátrio, embora a origem da língua venha de um mesmo eixo em comum, nossa ideia de certeza, ainda nutrida por toda a construção de Direito Processual, tanto penal quanto civil, deriva das ideias originadas na Itália. No Brasil se adota decerto a estrutura apresentada por Carnelutti (COUTINHO, 2018, p. 159-182), acerca da origem etimológica da palavra certeza, do latim *cernere*, que é derivado de escolha. Ao que tudo indica, como a estrutura processual adotada no Brasil é a de escolha do dado probabilístico mais adequado entre o autor e o réu de um processo, o parâmetro de decisão estará definido entre essas duas teses que serão contraditadas em juízo. Há que destacar que o juiz nunca poderia ser totalmente livre para decidir o que não está contido no processo, mas para escolha daquilo que está no processo. Daí que a importação e o suposto desenvolvimento de institutos, instituições e estruturas estrangeiras no processo penal brasileiro, que não passem nem perpassem pelos vícios e problemas nos quais a doutrina e a prática dos tribunais brasileiros ainda estão engendradas (como a persistência de uma sobrevida da teoria generalista de processo penal), em tentativa de adequar os parâmetros probatórios (bases apresentadas para jurados que desde sua origem sempre dispensaram fundamento), passam a apresentar ainda mais problemas na estrutura processual brasileira, haja vista estar-se diante de um processo supostamente demarcado como ramo do direito processual civil e, ainda, com estrutura inquisitorial.

A partir de Ferrer Beltrán (2021, p. 29-32) nota-se a identificação de, ao menos, três requisitos para formar o *standard* de prova: a capacidade de justificativa a partir do conteúdo probatório sobre as hipóteses em conflito; a determinação de como uma hipótese será considerada provada; a definição de critérios qualitativos submetidos a uma probabilidade não matemática.

Badaró Massena (2021, p. 1642) identifica quase como um quarto requisito, na estrutura de pensamento de Ferrer Beltrán, para a formulação de um parâmetro de prova, a relação entre os distintos “*standards* de prova” previstos para as diversas decisões sobre os fatos que são tomados ao longo do processo. Nesse sentido, entende-se que os *standards* de prova devem seguir uma “*tendência geral ascendente*” (BADARÓ MASSENA, 2021, p. 1642).

A visão de que parâmetros probatórios devem seguir uma tendência geral ascendente durante o processo parece preocupar no processo penal brasileiro. O estabelecimento dos critérios está pautado não em termos retóricos sem tradição valorativa, como “além de uma dúvida razoável”, mas estruturalmente o processo penal brasileiro se estabelece pelo princípio da inocência e o de não se tratar ninguém como se fosse culpado antes do trânsito em julgado (artigo 5º, LVII, da CRFB). A partir do conteúdo lógico desse princípio constitucional (Monteiro de Barros, 2020), não faz sentido supor que as provas são ou têm “tendência geral ascendente” (FERRER BELTRÁN, 2021, p. 102), já que o elemento prova deveria ser vinculado ao que se pleiteia em juízo. Se há a pretensão de alcançar uma cautelar de prisão, o elemento de prova deve dirigir um juízo cautelar. Mais à frente, para se condenar, a prova deve estar vinculada ao conteúdo certo e inquestionável de uma conduta típica, ilícita e culpável; do contrário, não se pode aplicar uma sanção penal. Então, não há no processo penal brasileiro qualquer “tendência” que possa ignorar a complexidade do que a parte pleiteia sob os princípios constitucionais do processo penal.

Uma falsa leitura do instituto da coisa julgada pode confundir e induzir à ideia de que o caminho probatório do processo teria um caráter de desenvolvimento ascendente, o que não se compatibiliza com uma estrutura acusatória efetiva, já que a condução das provas vai alcançar a sentença como momento em que a jurisdição se estabelecerá; não necessariamente um momento mais propício à condenação. A tendência ascendente muda ao se alcançar outro nível jurisdicional? A resposta, em um sistema acusatório, só pode ser negativa; então, nem o momento nem a vinculação ao grau mudam o quanto um elemento deve ou não estar provado. A suficiência probatória deve ter o mesmo grau de vinculação racional e epistêmica em qualquer instância ou hierarquia jurisdicional.

Pode-se ter em mente que o risco é o de já se considerar, a cada etapa avançada do processo, a ideia de que a pessoa não é presumidamente inocente até o trânsito em julgado, mas de que é cada vez menos presumidamente inocente ao avançar do processo. E isso passaria a ser a forma mais abrupta e absurda de se revogar o texto constitucional, ao submetê-lo a um requisito de um *standard* probatório que valerá mais do que a própria Constituição da República Federativa do Brasil.

Para Bayón (2010, p. 17), ninguém discute que não é possível alcançar a verdade de uma hipótese, já que o raciocínio probatório funciona por meio de natureza indutiva. Ao se verificar os problemas de formular *standards* de prova, na tentativa de se reduzir o erro, o problema recai na distribuição dos riscos do erro para as partes. Aponta-se a problematização de que se esses *standards* deveriam ser apresentados pelos juízes ou pelo legislador (BAYÓN, 2010, p. 26). Acontece que Bayón não se apercebeu de que no Brasil há autores e o próprio CPP autoriza o juiz a condenar quando a acusação pede absolvição (artigo 385).

P., L. C. de; B., V. D. M. de; S. N., J. de. A. Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos *standards* de prova no processo penal brasileiro.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 119-152. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.8380992].

Ora, não pensou Ferrer Beltrán, quando tratou de tendência ascendente, que no Brasil o magistrado pode determinar, sem qualquer pedido cautelar, a prisão de um indivíduo no silêncio do acusador, ou até diante sua expressa manifestação de dispensa da prisão.¹⁶

Desde 2007 Ferrer Beltrán propõe *standards* de prova para o processo penal espanhol. Na busca desses *standards*, precisa estabelecer noções de probabilidade segura (probabilidade indutiva). Também pretende estabelecer um umbral a partir do qual se aceitará uma hipótese como provada. Para tanto, o exercício que o autor percorre é o de identificar cada tipo de pedido/decisão jurisdicional com o que está definido na própria lei espanhola. E como isso é diferente da análise sobre o preenchimento dos critérios legais? Quem ou como se definem os próprios parâmetros probatórios que não os submetidos aos próprios princípios e lei – o que já era, desde sempre, o critério definido?

Não há espaço para repetir neste artigo todos os pontos de que se Valeu Ferrer Beltrán (2007) em estudo próprio sobre a lei espanhola e os requisitos para se definir cada uma das medidas jurisdicionais. O fato é que, ao que tudo indica, a própria parametrização é a baliza legal que, no caso, seria o recurso para retirar a própria subjetividade. Porém, o estudo ainda deixa claro o caráter extraordinariamente vago das regras de juízo e os *standards* de prova mencionados pela lei. Os *standards* de prova, tratados anteriormente, teriam o condão de demonstrar que a hipótese apresentada teria um alto nível contrastante com a apresentação dos dados disponíveis e predizer novos dados que foram corroborados, bem como refutar todas as demais hipóteses plausíveis, explicativas dos mesmos dados, que sejam compatíveis com a inocência.

Em qualquer das medidas, o que se percebe é uma necessidade, na verdade, de controle e adequação do parâmetro, padrão, *standard*, modelo ou método de constatação em relação à fundamentação e argumentação dos dados apresentados, e não bem os dados propriamente ditos. No fim, o problema persiste ainda sendo o mesmo: o patamar e a qualidade da fundamentação.

Em processos adversariais em que a decisão parte de um júri, definir um parâmetro para condenação em processo penal – que dispensa fundamentação da decisão – poderia contribuir para alguma compreensão. Acontece que são pouquíssimos casos em que o júri decide no processo penal brasileiro. A eles pode se pensar e apresentar um parâmetro, um padrão para decidir. Porém, há que destacar que esse padrão nasceu da ideia de se salvar até além da dúvida razoável e, ainda, com a unanimidade dos jurados. Será que no processo penal brasileiro bastaria dizer ao decisor togado: não releve a pergunta feita pela acusação/defesa? Por isso que se parte, antes, de explicar a questão do princípio unificador e do primado das hipóteses sobre os fatos – que será tratado no final deste tópico. É indispensável acentuar que até mesmo o parâmetro mais bem definido e esclarecido – o da não utilização da prova

16. No HC 597.536/GO, o Relator Ministro Rogério Schietti Cruz informa que “não há nulidade na conversão da prisão em flagrante em custódia cautelar, de ofício, pelo Magistrado singular, diante da urgência com que deve ser tratada essa hipótese”. Como, nesse caso, se poderia falar em prova sendo que não há, sequer, pedido jurisdicional? (BRASIL, 2020, p. 1).

obtida por meio ilícito – serve ao quadro mental paranoico caso o julgador que teve contato com o elemento de prova seja o mesmo que vai condenar.¹⁷

Há vozes que tentam definir *standards* de prova para o processo penal brasileiro. Merece destaque Nardelli (2018), ao denunciar a ausência de um *standard* probatório aplicável ao processo penal que teria o condão de dar ao julgador o grau de constatação exigido para que se aceite uma hipótese como válida. Informa a autora, ainda, que o julgador estaria totalmente livre para interpretar o que considera o nível elevado de prova para condenar. Nardelli (2018) se ancora em autores estrangeiros para apresentar três possíveis hipóteses: há prova para condenar, há prova para absolver ou, ainda, não há prova suficiente para condenar.

Acontece que no Brasil não se operou uma efetiva reforma processual nem quebra da tradição e mentalidade inquisitórias. A redução do *standard* probatório a três hipóteses apenas não considera o caso do Brasil. Muito embora seja elogiável o esforço de Nardelli (2018) no sentido de tentar reduzir a subjetividade da formulação dos *standards* de prova para entender provados os dados do processo, a autora acaba por recorrer ao sistema autorreferencial do “além da dúvida razoável” como âncora para a situação de inocência.¹⁸

Matida e Vieira (2019) já identificam que o critério do “além da dúvida razoável” (BARD), apesar de ganhar espaço na doutrina e na jurisprudência, representa um *standard* com nenhum avanço genuíno para que haja decisões menos subjetivas. Inclusive, identificam o tal *standard* como retórico e persuasivo. E é justamente o que esse *standard* e muitos outros podem ser, já que o apego ao que o próprio conteúdo das palavras diz pode passar a ser mais autorreferencial do que propriamente um argumento.

Há uma questão importante a se lembrar sobre padrão, *standard*, parâmetro, critério, batente, entre qualquer outro termo similar: um metro, um quilo, entre diversos outros dados de medida, todos são referenciais. O padrão internacional do quilograma, por exemplo,

17. Para além da simples identificação do vetado § 4º do artigo 157 do CPP, que impedia que o magistrado que teve contato com a prova obtida por meio ilícito proferisse sentença, há que se ressaltar que o magistrado não pode ser lobotomizado (retirar parte da memória ou do cérebro responsável pela lembrança) em relação àquilo que teve contato; e, então, como pensar em estabelecer outros parâmetros quando na verdade nem na ausência de vagueza da lei há cumprimento dos parâmetros? Sobre a opinião em relação à impossibilidade de lobotomizar o magistrado, recomenda-se a fala de: GALLARDO, Eduardo. Entrevista do juiz de garantias Eduardo Gallardo (Chile) ao Observatório da Mentalidade Inquisitória. *Observatório da Mentalidade Inquisitória*, Youtube, 26.02.2018. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=-8Fjp2zcO44]. Acesso em: 30.01.2023.

18. Tema por demais denso a presunção de inocência, e por isso se faz referência aos dados de PAULA, Leonardo Costa de. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa*: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; e NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência*: violência, cidade e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, dos quais nenhum deles tem reflexo nas construções e formulações derivadas do *common law* para nutrir a tradição jurídica brasileira.

era feito de cilindros metálicos, platina e *iridium*, para diminuir a incidência de oxidação. O quilo, padrão referencial de comparação, ficava guardado na caverna da sede do Comitê Internacional de Pesos e Medidas,¹⁹ perto de Paris. Até 2019 o padrão era todo baseado nesse cilindro, que teve réplicas compartilhadas em vários países. Assim, caso alguém meça uma barra de um metro em determinado metal e volte a medir essa mesma barra de metal em outra temperatura, perceberá uma diminuição ou aumento dessa barra. Inclusive, essa ideia serviu de estrutura para pensar o princípio de retributividade para Kelsen (1986, p. 15). Então, quando se está diante de todos os trabalhos citados neste estudo, é de perguntar: como fazer o efetivo controle sobre o raciocínio probatório ao se usar um parâmetro? Como é efetivamente feita a comparação? A comparação é simplesmente argumentativa? Como o padrão, usado em qualquer instância superior, não seria mais do revolvimento das matérias de fato e de Direito para verificar o raciocínio mais básico do silogismo lógico no Direito e, por fim, poder ser definido solipsisticamente nas instâncias superiores?

Em que medida a tentativa de importar o nome de *standard* probatório, modelos de constatação, métodos de constatação, parâmetro, padrão, critérios, ou seja, de todos esses termos não seria mais do mesmo em torno da adequação do silogismo lógico que remete ao início deste artigo? O uso retórico da argumentação derivado de um modelo de *common law*, em que a visão é uma identificação casuística dos *topoi*, poderia solucionar situações de um sistema regido pelo *civil law*, romano-germânico, em que a base é analítica, derivada da lógica de Kant, avessa à retórica? O grau de complexidade da importação realizada por muitos sem a necessária adequação ou utilização de metodologia de Direito Comparado próprio para uma suficiente demonstração de aplicabilidade indica muitos problemas não enfrentados, porque sequer diagnosticados no campo primeiro da Lógica.

Sampaio (2022) tenta incorporar à estrutura processual penal brasileira alguns *standards* probatórios para a decisão (para além da dúvida razoável, princípio ético de prudência, prudência à imposição), a fim de buscar um modelo de constatação rigoroso. Não se percebe, ainda, como se poderia incorporar na estrutura constitucional brasileira algo de que sequer se tem compreensão, como “dúvida razoável”.

Para compreender a densidade apresentada por Coutinho (2018, p. 113-134), quando trata do princípio unificador, é preciso focar nesse ponto. Tudo o que se importar de um sistema para outro vai passar a ter a percepção ou atuação como se do sistema aplicado fosse. Explica-se: em se estando em um Processo Penal cuja base é definida por um princípio unificador inquisitivo, tudo o que estiver inserido dentro daquele sistema responderá com sua função a partir daquele princípio unificador no qual foi implementado. Mesmo que o elemento importado acabe por parecer ter a natureza do sistema originário do qual foi importado, a atuação daquele instituto vai responder à razão e à lógica geral do sistema no qual foi implementado, por força da lógica do princípio unificador daquele sistema. Apesar disso, quem entende ser possível aplicar a ideia de *standards* probatórios no Brasil assim se manifesta:

19. NOVO padrão para definição universal do quilograma entra em vigor. *Observador*, 20.05.2019. Disponível em: [https://observador.pt/2019/05/20/novo-padroao-para-definicao-universal-do-quilograma-entra-em-vigor/]. Acesso em: 31.01.2023.

“As formulações que buscam meramente apresentar um significado claro para a ideia de dúvida razoável, portanto, diante da qual estaria o julgador desautorizado a condenar, permanecem subordinadas a uma apreciação subjetiva. Esse é um conceito demasiado vago e a discrepância entre as diversas instruções aos jurados no direito norte-americano sobre o tema são a prova de o quão variável essa definição pode se tornar. Evidentemente que, no contexto do júri, tal alternativa ganha sentido ante a decisão imotivada dos cidadãos. No universo de uma decisão fundamentada, por outro lado, a atenção deve se direcionar para o ato de motivação, no qual o que importa não é a explicação do processo psicológico que levou o julgador ao convencimento, mas sim uma justificação racional do atendimento ao standard de prova pela hipótese que considerou provada, paralelamente à consideração de que as hipóteses alternativas não lograram obter a corroboração necessária” (NARDELLI, 2018).

Embora a preocupação sobre a epistemologia jurídica possa dizer respeito tanto ao que se entende por Direito como ao que se entende por conhecimento dos fatos (MATIDA; NARDELLI, 2019, p. 133-134) – uma epistemologia jurídica aplicada –, tendo como condão o “estudo sobre o sistema jurídico como uma prática institucional que tem como um de seus objetivos a busca pela verdade” (ibidem, p. 134), o ponto que demonstra incompatibilidade nessa identificação é a impossibilidade de revolvimento de matéria fática em grau de recurso especial (AgRg 1.422.649-DF – Relator Rogerio Schietti Cruz). Como explicar, a partir de *standards* probatórios, que o STJ faça o revolvimento de matéria fática e, ainda, determinar que o termo “fundada suspeita” gere, propriamente, algo que não é mais do que pura subjetividade do próprio policial, como no caso do RHC 158.580-BA (STJ, relator Rogerio Schietti Cruz), convalidada ou não pelo julgador?²⁰ Não havendo clareza sobre o que quer dizer *standard*, já que o termo da própria lei é colocado como *standard*, o padrão pode variar com outra opinião (*doxa*), reforçando-se, em vez de atenuar, a importância do subjetivismo do julgador no ato de julgar. Eis a volta ao discurso retórico baseado em *topoi*, como manifestação opinativa de vários autores e julgadores sobre a tentativa de afirmar que o tal padrão, parâmetro, *standard*, modelo ou método de constatação não seria prova tarifada.

O uso dos termos legais adicionado ao anglicismo “*standard*” não altera o subjetivismo da decisão. Na verdade, a tentativa de afastar elementos subjetivos presentes em decisões tomadas por humanos com grau de objetividade já era o que se esperava do regime de provas legais (LANGBEIN, 2017, p. 134).

O *standard*, método, modelo de constatação, em si, sempre será o que foi e o que continuará sendo em um sistema inquisitório – argumento retórico autopoiético de justificação. Mais uma forma do *topoi* que agora se traveste de um estrangeirismo. Por isso, para além de muito pensamento eurocentrado, importar supostas soluções estrangeiras não é, necessariamente, algo epistemologicamente correto no Brasil, ainda mais em um tipo de Processo Penal que não enfrentou minimamente a troca dos juízes e das suas práticas, menos ainda

20. Metodologicamente só se utilizou de caso que ficou conhecido como um dos exemplos de uso de *standards* probatórios para confrontar com a posição de uso do mesmo julgador e demonstrar que o termo utilizado parece apenas autorreferencial. É um topo validando outro *topoi*.

a perpetuidade de um código de processo penal fascista de mais de 80 anos com princípio unificador inquisitorial. O uso de qualquer dos termos, traduzidos ou não, de *standard* probatório, em um sistema claramente inquisitorial como o brasileiro atual, causa um problema maior ainda, já que os termos esconderão a ausência de fundamentação e do caminho de julgamento racional pelo qual o julgador precisa passar para simplesmente justificar alguma medida ou condenação como: as provas das folhas tais e tais alcançaram “o meu *standard* probatório”, ou “o parâmetro probatório”, ou “o meu método de constatação”; o batente, o sarrafo, a medida, o padrão, o *standard*, o método ou modelo de constatação com suficiência para condenar não resiste ao critério mais claro que é a necessidade de fundamentação e de demonstração dos pontos de percurso do raciocínio jurídico, com balizas nas teses apresentadas. Simplesmente porque o sistema a que se pretende adicionar um novo termo é um sistema inquisitório.

Pirsig (1984, p. 77-78), para explicar a visão sistemática kantiana, mostra que a motocicleta é um sistema. Esse sistema tem um princípio unificador – o de ser um meio de transporte sobre duas rodas. Como o sistema unificador define tudo o que se coloca no sistema, acaso se adapte um carburador de carro para o sistema “moto”, isso não transformará a moto em carro, mas o carburador atuará em prol do sistema atendendo à definição do princípio unificador. Essa analogia é importante para que se entenda que, independentemente de qualquer que seja a importação de elementos estrangeiros para o Brasil, mesmo que os problemas sejam os mesmos, sem uma metodologia prévia de adaptação, o elemento estrangeiro responderá pelo princípio unificador ao qual se vincular. Qual o elemento que mais se assemelha aos *standards* probatórios – trazidos de países de *common law*, nos quais submetidos a princípio unificador dispositivo, adversarial – para o princípio unificador inquisitivo brasileiro? Certamente o que mais se assemelha ao padrão, parâmetro, *standard*, modelo ou método de constatação no Brasil é a prova tarifária, não mais estabelecida em lei, mas, pior, na decisão judicial.

A análise das decisões em um processo penal fundado na Constituição da República tem de permitir que se dê aplicação ao primado, em qualquer decisão, do inciso IX do artigo 93 da CRFB. Esse é o método; talvez sobre isso esse seja o fundamento. No entanto, quanto mais se avança, parece menos se estar diante de uma decisão que analisou as questões apresentadas pelas partes, e é isso que deveria importar. Na falta de linguagem sempre haverá mais e mais linguagem: “como entender, assim, o prejudgamento que alguns fazem? O decidir antes e depois sair à cata da prova para justificar a decisão, como sempre lembrou Franco Cordero? O primado das hipóteses sobre os fatos?” (COUTINHO, 2015).

Quando o termo, *per se*, não tem qualquer significado, ele pode vir a ser usado para preencher a ausência de significado ou de compromisso da decisão. Estando certa ou não, boa ou não a decisão, é necessário que se tenha em mente o percurso pelo qual o julgador passou para chegar à conclusão, suas inferências e formas de compreender o que se percebeu. Fora isso, o que se pretende usar como *standard* acabará assumindo a forma a qual se identifica com o princípio unificador do sistema no qual se está tentando aplicar o termo. Num sistema inquisitorial, o termo *standard* probatório vai parecer estar cumprindo a ideia de prova tarifada, judicialmente definida. Falar em tendência ascendente de suficiência

P., L. C. de; B., V. D. M. de; S. N., J. de. A. Entre o *topoi* e a prova tarifada: sistemas processuais, direito comparado e a impossibilidade de aplicação dos *standards* de prova no processo penal brasileiro.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 199. ano 31. p. 119-152. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.8380992].

probatória para o Processo Penal brasileiro, sem considerar o quadro mental paranoico instalado sobre o julgador ao tomar contato com os atos de investigação de uma única parte, só revalida a condenação sucessivamente com a ideia de que, a cada passo que se dá no processo, menos inocente o réu seria. E isso não tem qualquer convalidação no sistema jurídico em que se pensou ser possível importar *standard* de prova.

É por isso que o carburador não transforma a moto em carro e o *standard* probatório não transforma o atual processo penal em democrático nem constitucional, apenas convalida o próprio princípio unificador do sistema no qual se pretende realizar a importação. Essa importação será a nova forma de transpor os *topoi*, do início do estudo, para ser a nova roupagem da prova tarifária, agora judicialmente estabelecida, com perda do princípio da reserva legal em matéria processual (artigo 22, I, da CRFB), já que submetido em um processo penal cujo princípio unificador é inquisitivo. Assim, independentemente de prova, poderá o julgador decretar a prisão de ofício, condenar quando a parte acusadora pedir a absolvição ou entender que a palavra da vítima tem especial relevância – tarifariamente adotada – para argumentativa e abstratamente condenar por meio do novo *topus*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, partiu-se das concepções antiga e moderna da episteme e da epistemologia para compreendermos a adequação do sistema jurídico brasileiro. A discussão entre o *topoi* e a retórica, de um lado, e a analítica, de outro, teve especial relevância para que se compreendam as diversas formas lógicas de fazer a adequação da lei ao caso.

No segundo capítulo se identificou a separação entre o sistema acusatório e sistema inquisitório. Com a pretensão de resposta, defendeu-se que em um país cuja identidade do princípio unificador ainda está demarcada pela inquisitorialidade, em que as funções de acusar, defender e julgar jazem em um único ser, é tormentoso importar institutos estrangeiros, ainda mais de sistemas cujo princípio unificador é distinto, para pensar ser solução para um sistema que há décadas simula democraticidade, mas, no mínimo, reflete autoritarismo.

Em seguida, expôs-se o que os adeptos da importação de *standards* de prova, modelos ou método de constatação pensam sobre esses tais parâmetros, padrões, balizas ou batentes, na tentativa de aplicá-los no sistema processual penal brasileiro. Após, concluiu-se que a importação de elementos autorreferenciais utilizados para esclarecer os jurados de língua inglesa ou espanhola dos parâmetros para julgar (em se tratando de processo penal, a “dúvida razoável” – que não tem reflexo com a nossa definição constitucional de inocência) e a ideia de tendência ascendente de rigor do *standard* probatório se travestem, na verdade, de etapas de uma clara revogação do princípio de inocência.

Além de não terem adequação ao sistema processual penal brasileiro, os parâmetros probatórios se identificam, a bem da verdade, como uma nova roupagem da prova tarifária, judicialmente estabelecida e com perda da reserva legal em matéria processual (artigo 22, I, da CRFB), já que esse é o único elemento do sistema inquisitorial que tentava retirar a subjetividade das decisões do julgador. Como onde falta linguagem, mais linguagem se usa,

na ausência de fundamentação judicial constitucionalmente adequada (artigo 93, IX, da CRFB), o recurso a um suposto *standard* de prova – escolha de anglicanismo sem sentido nem tradição na linguagem e na cultura jurídicas brasileiras – permitirá que o subjetivismo do julgador se concentre em um argumento autorreferencial, um novo *topus*.

6. REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. 2. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- BADARÓ MASSENA, Caio. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 1631-1668, set.-dez. 2021.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards Probatórios no Processo Penal. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 363, p. 127-144, 2008.
- BARNES, Jonathan. *Aristóteles*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2005.
- BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. *O conteúdo lógico do princípio da inocência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- BAYÓN MOHÍNO, J. C. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, [s.l.], v. 2, n. 4, p. 6-30, 2010.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. São Paulo: Manole, 2003.
- BROCHADO, Mariah. Resenha: Parmênides, ou das Ideias. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 104, p. 291-312, jan.-jul. 2012. Disponível em: [https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2012v104p291/154]. Acesso em: 21.09.2023.
- CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CORDERO, Franco. *Guida ala procedura penale*. Torino: UTET, 1986.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000. t. I.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do Processo Penal*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Barbárie do processo penal não pode ser enfrentada apenas com retórica. *ConJur*, 25.09.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-set-25/limite-penal-barbarie-processo-penal-nao-enfrentada- apenas-retorica]. Acesso em: 30.01.2023.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; AZEVEDO, Gabriella Saad (Org.).

- Observações sobre a propedêutica processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. In: SILVEIRA, Marco Aurélio; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- DUDLEY, Will. *Idealismo alemão*. Trad. Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2007.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito*. São Paulo: Ed. RT, 1976.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, [s.l.], n. 15, p. 1-6, 2007.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira (Ed.). *Filosofía del derecho privado* (en prensa). Madrid-Barcelona-São Paulo-Buenos Aires: Marcial Pons, 2018.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- GALLARDO, Eduardo. Entrevista do juiz de garantias Eduardo Gallardo (Chile) ao Observatório da Mentalidade Inquisitória. *Observatório da Mentalidade Inquisitória*, Youtube, 26.02.2018. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=-8Fjp2zcO44]. Acesso em: 30.01.2023.
- HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002.
- HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. 2. ed. Trad. Déborah Danowski. São Paulo: Unesp, 2009.
- KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade do juízo*. 2. ed. Trad. Valério Rohden e Antônio Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. Primeira Parte disponível em: [https://www.afoiceomartelo.com.br/posfsa/Matérias/Sociologia%20e%20Filosofia%20da%20Arte%20I/Immanuel%20Kant_crítica%20do%20juízo.pdf]. Acesso em: 21.09.2023.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabis Editor, 1986.
- KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 15-52, 2001.
- KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. 9. ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994.
- LANGBEIN, John H. Tortura e plea bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobson (Org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- LAUDAN, Larry. *The Law's Flaws. Rethinking Trial and Errors?* Milton Keynes: College Publications, 2016.

- LENZI, Eduardo Barbosa; VICENTINI, Max Rogério. Vico e a história como ciência. *Acta Scientiarum*, Maringá, v. 24, n. 1, p. 201-210, 2002. Disponível em: [http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHumanSocSci/article/download/2436/1707]. Acesso em: 21.09.2023.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: WNF Martins Fontes, 2008. v. 1.
- LOSEE, John. *Introdução Histórica à Filosofia da Ciência*. Belo Horizonte: Itatiaia, 2000.
- MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 156, ano 27, p. 221-248, jun. 2019.
- MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Madrid: La España Moderna, 1905. v. I.
- MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 66-87, 2015.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- NARDELLI, Marcella A. M. Presunção de inocência, standard de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo R.; MALAN, Diogo R.; MADURO, Flávio M. (Org.). *Crise no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.
- NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PAULA, Leonardo Costa de. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.
- PIRSIG, Robert M. *Zen e a Arte da manutenção de motocicletas: uma investigação sobre valores*. Trad. Celina Cardim Cavalcanti. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.
- POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- PONZIO, Augusto; CALEFATO, Patrícia; PETRILLI, Susan. *Fundamentos de Filosofia da Linguagem*. Trad. Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2007.
- PROSPERI, Adriano. *Tribunais da consciência*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.
- ROUANET, Sérgio Paulo. A Deusa Razão. In: NOVAES, Adauto. *A Crise da Razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- SAMPAIO, Denis. *Valoração da prova penal*. Florianópolis: Emais, 2022.

- SANTIAGO NETO, José de Assis. *A formação inquisitória do processo penal brasileiro: análise a partir da construção legislativa do direito processual no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: [www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NetoJASa_1.pdf]. Acesso em: 28.12.2022.
- SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- SEVERINO, Emanuele. *A Filosofia Antiga*. Trad. José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1986(A).
- SEVERINO, Emanuele. *A Filosofia Contemporânea*. Trad. José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1986(B).
- SEVERINO, Emanuele. *A Filosofia Moderna*. Trad. José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1984.
- SHECAIRA, Fabio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; Contraponto, 2016.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teoria dualista e a cera de abelha. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano XV, n. 62, p. 79-102, 2016.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5. ed. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

7. JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Habeas Corpus* 597.536/GO. Sexta Turma, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, j. 27.10.2020, DJe 12.11.2020.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A aplicabilidade dos *standards* probatórios ao processo penal brasileiro, de Luis Irapuan Campelo Bessa Neto, Luiz Eduardo Dias Cardoso e Rodolfo Macedo do Prado – *RBCCrim* 165/129-158;
- O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro, de Guilherme Brenner Lucchesi – *RBCCrim* 156/165-188;
- O *standard* probatório necessário ao oferecimento da denúncia em face de agentes públicos e privados pelo tipo penal do art. 90 da Lei 8.666/93, de Lucas Nogueira Rodrigues da Silva e Luiz Fernando Kazmierczak – *RDPEC* 5/123-145;
- *Standards* probatórios: remédio ou veneno? É uma questão de lugar!, de Vitor Paczek Machado e Carlos Hélder C. Furtado Mendes – *RBCCrim* 171/351-388; e
- Suficiência probatória no direito criminal brasileiro: descaracterização do *standard* probatório *beyond a reasonable doubt*, de Sebastián Borges de Albuquerque Mello e Alana Stefanello Gonçalves – *RBCCrim* 167/303-328.