

COLEÇÃO

Raciocínio
Probatório

Coordenação:
VITOR DE PAULA RAMOS

Valoração racional da prova

JORDI FERRER-BELTRÁN

Tradução:

VITOR DE PAULA RAMOS

Prefácio: GUSTAVO BADARÓ

3ª edição

Revista e atualizada

2023



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

3.

RECAPITULAÇÃO: TRÊS MOMENTOS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA NO DIREITO

Uma vez identificadas as características que definem o contexto da tomada de decisões jurídicas em matéria de fatos provados, estamos em melhores condições para situar a *especificidade* da prova no direito. Para realizar com maior precisão essa tarefa, convém distinguir três momentos fundamentais nesse processo de tomada de decisões.

Antes de identificá-los, não obstante, devo advertir de que se trata de três momentos logicamente distintos e sucessivos, ainda que nos processos de tomada de decisões reais possam se apresentar entrelaçados. Trata-se de a) a formação do conjunto de elementos de juízo sobre cuja base tomar-se-á a decisão; b) a valoração desses elementos; e c) propriamente, a tomada da decisão.

3.1. A FORMAÇÃO DO CONJUNTO DE ELEMENTOS DE JUÍZO OU PROVAS

Em primeiro lugar, o desenvolvimento do processo judicial, mediante o requerimento e a produção de provas deve permitir formar um conjunto de elementos de juízo que apoiem ou refutem as diferentes hipóteses sobre os fatos do caso.

E aqui dá-se uma das especificidades jurídicas de maior porte, que pode ser resumida na máxima *quid non est in actis non est in mundo*. É dizer, para efeitos da decisão jurídica o conjunto de elementos de juízo que poderá e deverá ser tomado em consideração está formado unicamente pelas provas aportadas e admitidas ao processo²⁴, não se podendo levar em conta, por parte do órgão que decide, informações ou elementos de juízo de que disponha “privadamente” (STEIN, F., 1893: 71 e ss., 150 e ss.; DAMAŠKA, 1986: 30, 138, 170-171) ou que, tendo sido levado ao processo foram excluídos, por exemplo, por seu caráter ilícito (GASCÓN, 2011: 112:113; MARTÍNEZ GARCÍA, 2003: 38 e ss.; MIRANDA ESTRAMPES, 1999: 55 e ss.).

Essa é, insisto, a chave da *especificidade* da prova jurídica. Creio que se pode dizer sem excessivo risco de erro que em todos os demais âmbitos do conhecimento o conjunto de elementos de juízo que pode e deve ser analisado para a tomada de uma decisão racional é igual ao total das informações

24. Às que deverá acrescentar, em seu caso, os fatos admitidos por todas as partes e os denominados “fatos notórios”, dos quais se costuma dizer que não necessitam de prova.

disponíveis e relevantes para o caso²⁵. No caso da prova jurídica, por outro lado, o conjunto de elementos a valorar é um subconjunto do conjunto formado pela totalidade dos elementos disponíveis: aqueles que foram incorporados aos autos judiciais.

Desse modo, adquire uma relevância destacada o estudo dos filtros para admissão de provas no processo. Um primeiro filtro, de ordem epistemológica, prescreve a admissão de qualquer prova que aporte informação relevante sobre os fatos que se julgam (BENTHAM, 1823: 391; TARUFFO, 1992: 337 e ss.; GASCÓN, 1999: 115). Uma prova é relevante se aporta apoio ou refutação de alguma das hipóteses fáticas do caso à luz dos princípios gerais da lógica e da ciência (TWINING, 1990: 179). Pode-se considerar esse filtro, em realidade, como um princípio geral de inclusão. Funcionaria, assim, prescrevendo a admissão de qualquer prova relevante que não deva ser excluída por aplicação de algum dos filtros adicionais impostos pelas regras jurídicas²⁶.

25. Por isso, como justifiquei com maior detalhe em FERRER, 2002: 90 e ss., não se pode explicar o resultado da valoração da prova no direito mediante a noção de convicção judicial ou de crença. A crença, para dizê-lo de um modo simples, é sempre *all things considered*, ao passo que o resultado de valoração da prova é sempre contextual: sua justificação é relativa a esse conjunto de elementos de juízo.

26. Esse é o ponto de vista de THAYER (1898: 266 e ss.), do qual se pode ver uma boa exposição em McNAMARA, 1986. Contra essa tese da concepção racionalista da prova, pode-se ver STEIN, A., 2005: 108 e ss. Na minha opinião, a análise de STEIN sofre da confusão de não distinguir os diferentes momentos da atividade probatória e, conseqüentemente, tampouco os efeitos da regulação jurídica em cada um deles.

A diferença em relação a outros âmbitos da experiência é que nesses outros âmbitos é comum que esse seja o único filtro. A particularidade jurídica é que se acrescenta um bom número de regras jurídicas de exclusão: não se admitem as provas obtidas em violação a direitos fundamentais; não se admitem as testemunhas de referência; não se admitem, com exceções, as provas que não possam ser produzidas no curso do processo com a devida aplicação do princípio do contraditório etc.

Por vezes, explicitam-se listas fechadas de meios de prova admissíveis, não sendo incorporadas as informações que possam ser obtidas mediante as denominadas “provas atípicas”. Ademais, alguns sujeitos contam com o que a doutrina anglo-saxã denomina “*privileges*”: isso é, se lhes exime de aportar informação relevante para o caso (advogados, em relação à informação obtida de seus clientes; sacerdotes, em relação à informação obtida em confissão; qualquer sujeito em relação à informação que possa lhe incriminar, a seus familiares diretos, em relação às informações que podem prejudicar ou beneficiar esses familiares etc.).

Por fim, mas não menos importante, e sem ânimo de exaustividade, convém assinalar que os próprios prazos processuais também desempenham um papel de regra de exclusão: exclui-se qualquer informação – ainda que relevante – apresentada mediante provas aportadas fora dos prazos expressamente previstos²⁷.

27. Desenvolverei esse ponto em detalhe na segunda parte, item 2.1. Cfr. DAMAŠKA, 1997: 65 e ss., que adverte sobre as diferenças da organização procedimental do processo judicial em relação a isso, no modelo denominado *day in court*, concentrado em uma só audiência, e no modelo de

Como destacado por BENTHAM (1823: 391, 395), boa parte dessas regras que excluem elementos de juízo logicamente relevantes se justificam na proteção por parte do direito de valores diferentes da apuração da verdade: a intimidade e outros direitos fundamentais, a autonomia individual, as relações familiares etc. Em outros casos, por outro lado, excluem-se elementos de juízo considerados de baixo valor epistêmico, diante do perigo de que uma má valoração tenda a dar-lhes mais valor do que possuem (TWINING, 1997: 14 e ss.). Esse é o caso, por exemplo, da exclusão da testemunha de referência.

O número e o alcance das regras jurídicas que regulam a formação do conjunto de elementos de juízo varia em função dos diferentes ordenamentos, e, dentro desses, em função dos tipos de processo e jurisdição. Quiçá se possa dizer, de forma geral, serem essas mais abundantes e detalhadas nos ordenamentos de *common law*, em relação aos quais se desenvolveu, ademais, uma vasta literatura.

DAMAŠKA (1997: 41-46) sustenta a tese de que a falta de uma exigência jurídica de motivação do juízo sobre os fatos nos ordenamentos de *common law* explica a especial proliferação neste âmbito de regras jurídicas que excluem provas que se considera que aportam informação pouco confiável, para evitar que na valoração dessas lhes seja outorgado um peso excessivo²⁸. Em algum sentido, essas regras pretendem garantir

desenvolvimento em diversas sessões mais alongadas no tempo, que permitiriam uma reapreciação das provas, assim como o aporte de novas provas à luz da análise das já aportadas etc.

28. Entretanto, esse não é o único motivo que explica a tradicional proliferação de regras de exclusão de provas nos sistemas de *common law*.

ex ante uma maior racionalidade geral das decisões sobre os fatos, ao custo de excluir elementos de juízo que, mesmo com um valor relativamente escasso, poderiam aportar informações relevantes.

Nos ordenamentos de *civil law*, por outro lado, o controle da racionalidade da decisão se realizaria *ex post* mediante o controle da motivação (IGARTUA, 2003b: 135). Assim, por exemplo, diante de uma prova ou de um tipo de prova de confiabilidade muito baixa, o controle de racionalidade poderá funcionar *a posteriori* sempre que se exigir daquele que decide sobre os fatos provados que justifique o porquê de ter declarado provados esses fatos e o apoio empírico em que baseou sua decisão. Poder-se-á comprovar, então, se quem decide outorgou um peso excessivo a uma prova cuja confiabilidade é questionada.

Por outro lado, se não se exige motivação da decisão sobre os fatos, o único modo de assegurar normativamente que não se tome a decisão com base em provas pouco ou nada

Há que acrescentar, também, por exemplo, a presença generalizada (quicá em decadência) da instituição do júri composto exclusivamente por leigos (DAMAŠKA, 1997: 53-54) como órgão que decide sobre os fatos do caso e ao que se pretende instruir detalhadamente sobre as regras que devem guiar sua função. PAPADOPOULOS (2003: 128), de seu turno, conclui quicá de um modo excessivamente contundente, que "não é exagero dizer que há no *common law* uma verdadeira fixação nas regras processuais, às quais remete-se para 'encontrar fatos'. O *common law* interessa-se menos na verdade em si do que no *bom método* para chegar a ela".

confiáveis é, diretamente, excluí-las do conjunto de elementos de juízo disponíveis²⁹.

3.2. A VALORAÇÃO DOS ELEMENTOS DE JUÍZO OU PROVAS

A partir daí, chegados ao momento em que se encerra a composição do conjunto de elementos de juízo que deverão ser valorados – com uma simplificação quiçá excessiva, mas eloquente: uma vez considerado o processo pronto para a sentença –, passa-se ao segundo momento.

Deve-se agora proceder à valoração dos elementos de juízo disponíveis no processo. Também essa valoração pode ser guiada juridicamente, e o direito pode até mesmo impor um determinado resultado probatório. Estaremos, nesse caso, diante de um sistema de prova legal ou taxada (que pode ser mais ou menos estrito). Pois bem, se o sistema jurídico prevê para o caso a livre valoração da prova, então dever-se-á valorar o apoio que cada elemento de juízo aporta às hipóteses em conflito, de forma individual e em conjunto. Com isso, dever-se-á obter um resultado que nos permita saber o grau de confirmação de que dispõe cada uma dessas hipóteses.

Devem ser feitas aqui duas observações importantes: em primeiro lugar, o resultado da valoração da prova é sempre

29. Apesar disso, na ausência de motivação detalhada não há forma de comprovar as razões utilizadas para tomar a decisão. Poderá somente controlar-se se, à luz dos elementos de juízo disponíveis no processo, essa decisão resulta suficientemente justificada ou não, realizando para isso uma nova valoração desses.

contextual; isto é, referido a um determinado conjunto de elementos de juízo (MENDONÇA, 1997: 77-78). Se muda o conjunto, por adição ou subtração de algum elemento, o resultado pode perfeitamente ser outro (FERRER, 2002: 92 e ss.). Em segundo lugar, a livre valoração da prova é *livre* somente no sentido de que não está sujeita a normas jurídicas que predefinam o resultado dessa valoração.

A operação consistente em julgar o apoio empírico que um conjunto de elementos de juízo aporta a uma hipótese está sujeita aos critérios gerais da lógica e da racionalidade (entre muitos outros, RESCHER-JOINT, 1959: 565; DAMAŠKA, 1986: 55; *idem*, 1997: 21; TWINING, 1990: 194; TARUFFO, 1990: 429). Pode-se advertir que esse apoio empírico oferecerá um grau de corroboração que, como já destacara POPPER, nunca será concludente, mas, como ele mesmo também adverte, “[a]inda que não possamos justificar uma teoria [...], podemos, às vezes, justificar nossa *preferência* por uma teoria sobre outra; por exemplo, se seu grau de corroboração é maior” (POPPER, 1974: 140).

Se o primeiro dos momentos, a conformação do conjunto de elementos de juízo, acolhe a grande maioria de especificidades jurídicas, esse segundo momento (desde que estivermos no âmbito da livre valoração da prova) é o momento da racionalidade (THAYER, 1898: 275).

Trata-se aqui, insisto, como em qualquer outro âmbito do conhecimento, de avaliar o apoio empírico que um conjunto de elementos de juízo aporta a uma determinada hipótese ou à sua contrária. Se tenho, pois, razão nisso, negar a possibilidade de adotar decisões racionais neste *momento*, apesar

das especificidades jurídicas que possam reger o primeiro e o terceiro dos *momentos* da prova jurídica, pressupõe necessariamente acolher argumentos céticos gerais diante da possibilidade do conhecimento, ou, mais estritamente, da decisão racional. Em outras palavras: não se pode negar a possibilidade de tomar decisões racionais no âmbito da prova jurídica *por razões especificamente jurídicas* quando não há regras jurídicas que limitem a livre valoração da prova.

Assim, pois, as limitações jurídicas que excluem provas relevantes no momento da conformação do conjunto de elementos de juízo fazem com que o conjunto seja epistemologicamente mais rico ou mais pobre. Do mesmo modo, incidem aí boa parte das notas que definem o contexto da prova jurídica, expostas no item anterior. As limitações temporais, as limitações de recursos humanos e materiais, a falta de neutralidade da intervenção das partes ao aportar elementos de juízo etc., fazem, em geral, com que o conjunto de elementos de juízo disponível seja mais pobre. Entretanto, uma vez que esse conjunto já esteja delimitado, a operação de valorar o que dele se pode racionalmente inferir em nada difere da que se pode realizar em qualquer outro âmbito da experiência, submetendo-se aos controles da racionalidade geral (GASCÓN, 1999: 49).

Em diversas ocasiões, já destaquei que a atividade probatória no direito está informada por diversos valores ou objetivos. O principal – porque desse depende a capacidade motivadora do próprio direito – é a apuração da verdade, mas não é o único. Vale a pena, agora, advertir que esses diversos valores desempenham papéis, também, em diversos momentos. E o momento pertinente em que reina sem competição o valor da apuração da verdade é o da valoração da prova, ao passo que

os demais valores ou objetivos desempenham papéis no primeiro e no terceiro momentos³⁰.

3.3. A TOMADA DA DECISÃO SOBRE OS FATOS PROVADOS

Por último, o terceiro *momento* é o que corresponde à tomada de decisão. A valoração da prova terá permitido outorgar a cada uma das hipóteses em conflito um determinado grau de confirmação que nunca será igual à certeza absoluta. Dever-se-á decidir, agora, se a hipótese *h* pode ou não ser declarada provada com o grau de confirmação de que disponha. Isso depende do *standard* de prova utilizado.

Assim, por exemplo, é muito usual sustentar (especialmente na cultura anglo-saxã) que no âmbito civil opera o *standard* de prova prevalente, de modo que uma hipótese está provada se seu grau de confirmação é superior ao da hipótese contrária. Por outro lado, no âmbito penal, operaria o *standard*

30. Por isso, creio que tem razão MIRANDA ESTRAMPES quando sustenta que a vigência do princípio da livre valoração da prova não incide de modo algum na questão de se devem ou não ser utilizáveis no processo as provas ilícitas. A admissibilidade ou não das provas ilícitas é questão que se apresenta no momento da formação do conjunto de elementos de juízo, ao passo que o princípio da livre valoração da prova aparece, precisamente, no momento da valoração do conjunto já formado. A objeção que me parece merecer a tese de MIRANDA ESTRAMPES é que, para sustentar isso, não é necessário em absoluto debilitar ou negar a relação teleológica entre a prova e a verdade, como ele, de seu turno, pressupõe. Basta, isso sim, observar que a apuração da verdade não é o único valor que importa ao direito na hora de regular os filtros que admitem ou rechaçam a incorporação de provas ao conjunto. Veja-se MIRANDA ESTRAMPES, 1999: 53 e ss. e a bibliografia ali citada.

2.

NOVAMENTE SOBRE OS MOMENTOS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA NO PROCESSO

O leitor recordar-se-á de que no início deste livro explicitarei a ideia de racionalidade por trás de todo o trabalho. Trata-se de uma noção de racionalidade teleológica ou instrumental, que julga a adequação de meios a fins. Dois cursos de ação, portanto, podem ser perfeitamente racionais, ainda que absolutamente contrários, se obedecerem à persecução de fins diferentes.

Por isso, a qualificação como racional ou não dos diferentes métodos de valoração da prova, das regras que estabelecem imperativamente exigências probatórias ao juiz ou às partes etc. deve sempre ser feita em relação ao fim perseguido pela atividade probatória no processo judicial. Assim, pois,

somente depois de pressupor que o fim último da instituição probatória no processo judicial é o conhecimento da verdade dos enunciados fáticos que descrevem os fatos do caso, podemos julgar as diferentes regras probatórias e os diferentes métodos de valoração da prova como racionais ou irracionais (TWINING, 1994: 185). Tudo isso na medida em que forem ou não adequados para alcançar a finalidade proposta.

Partindo dessa perspectiva, convém retornar à distinção entre os diferentes momentos da atividade probatória, apresentada na primeira parte deste livro¹². Ali propus distinguir o momento da formação do conjunto de elementos de juízo com que será tomada a decisão, o momento da valoração da prova e o momento da decisão sobre os fatos provados. Uma das vantagens dessa classificação é, na minha opinião, que permite mais facilmente observar duas questões que, frequentemente, passam inadvertidas.

Em primeiro lugar, como já destaquei oportunamente, permite perceber a diferente incidência que as regras jurídicas têm sobre a prova em cada um desses momentos ou fases. É habitual enfatizar-se a especificidade da prova jurídica em relação à que é produzida em qualquer outro âmbito da experiência, argumentando-se que a atividade probatória jurídica se submete a um grande número de regras jurídicas, que fazem dessa uma atividade regrada *sui generis* em relação à atividade probatória geral.

Essa apreciação normalmente exagerada (TWINING, 1994: 196 e ss.) pode ser relativizada se se contextualiza a cada um dos

12. Veja-se o item 3.

momentos probatórios indicados. E, assim, pode-se observar como as especificidades jurídicas (produto das regras jurídicas sobre a prova) produzem-se no primeiro e, em menor medida, no terceiro momento. No segundo, por outro lado, opera-se o princípio da livre valoração da prova, carece por definição de especificidades jurídicas. Por isso, no momento da valoração da prova lhe serão de aplicação diretamente as teorias gerais sobre a prova tecidas na epistemologia geral.

Em segundo lugar, essa classificação nos diferentes momentos ou fases da atividade probatória permite também uma aplicação diferenciada de exigências de racionalidade a cada um desses momentos. Visto que a atividade realizada em cada um desses é substancialmente diferente, também serão as exigências que a racionalidade impõe. Vejamos.

2.1. O MOMENTO DA FORMAÇÃO DO CONJUNTO DOS ELEMENTOS DE JUÍZO

2.1.1. A relevância

O princípio fundamental que deveria reger esse momento é o de se obter um conjunto de elementos de juízo (ou provas) o mais rico possível. Para isso, dever-se-á desenhar o processo judicial de modo que esse facilite a incorporação ao processo do número máximo de provas relevantes¹³. Como bem

13. O legislador espanhol e a jurisprudência usam frequentemente o termo "pertinência" para referir-se ao que aqui denomino "relevância" (veja-se, por exemplo, a STC 51/1985, de 10 de abril). Tratando-se, entretanto, de um filtro de caráter epistemológico, é mais assentado o uso do termo "relevância", que conta com minha preferência.

destacado por LAUDAN (2006: 122, 124), os erros judiciais sobre os fatos diminuiriam na medida em que o julgador dispusesse dos elementos de juízo relevantes do caso. Esse parece ser um princípio epistêmico indiscutível: quanto mais informação relevante estiver à disposição de quem deve decidir, maior probabilidade de acerto haverá na decisão¹⁴. Sendo assim, impor-se-ia a necessidade de adotar o critério da relevância probatória como único filtro para a admissão de provas no processo¹⁵ (BENTHAM, 1927, vol. V: 225; THAYER, 1898: 264 e ss.;

-
14. Deve-se estar atento para não confundir o aumento da probabilidade de acerto da decisão com o aumento da probabilidade da hipótese fática que se pretende provar. O incremento de elementos de juízo sobre os quais tomar a decisão corresponde ao que na filosofia da ciência (seguindo a obra de KEYNES, 1921: 71-78) se denomina incremento do peso da prova. "Um argumento tem mais peso do que outro se se baseia em uma quantidade maior de prova relevante. [...] Tem uma maior probabilidade do que outro se o balanço probatório a seu favor é maior do que o balanço probatório do outro" (KEYNES, 1921: 77). KEYNES sustenta que o peso que uma prova E aporta à hipótese H mede a diferença entre um e outro (veja-se, também, COHEN, L. J., 1985: 264). Como será visto mais adiante (veja-se nota 19), um dos problemas das teorias que propõem o cálculo de probabilidades para a análise da prova é que ignoram o peso da prova com base na qual fundam o cálculo de probabilidades.
 15. Mais do que isso, considerando que o juízo sobre a relevância da prova deve ser realizado necessariamente *ex ante* em relação à produção da prova, tratar-se-á de um juízo hipotético sobre seu resultado. É dizer, o juízo consiste em conjecturar se a prova, caso exitosa, afetará ou não a probabilidade da hipótese. Entretanto, se se desconhece o objeto da prova (por exemplo, o que se pretende provar com uma prova testemunhal), pode ocorrer de o julgador ter que tomar uma decisão sobre a relevância da prova sem saber se essa resultará, posteriormente, relevante. Um exemplo claro desse problema apresenta-se no caso das provas testemunhais e é, entretanto, menor no caso das documentais (quando estão à disposição do julgador no momento de decidir sobre sua relevância). Por isso, creio ser conveniente acrescentar ao que foi dito no texto que o filtro de relevância deveria tender à admissão em caso de dúvida sobre a relevância final da prova. Não obstante, esse princípio pró-admissão pode apresentar o problema de que, ao final, se forme um conjunto de elementos de juízo superinclusivo (*i.e.*, que

GASCÓN, 1999: 129; LAUDAN, 2006: 121 e ss., entre muitos outros).

Explicar-me-ei melhor: uma vez assumido que a finalidade da instituição probatória no processo judicial (qualquer que seja a jurisdição) não pode ser outra senão a apuração da verdade, podemos julgar a racionalidade (no sentido de adequação de meios a fins) das diferentes regras jurídicas sobre a prova que operam no momento da formação do conjunto de elementos de juízo. Uma regra sobre a prova será, então, irracional como meio para lograr a finalidade da apuração da verdade se não for adequada para maximizar as possibilidades de alcançar essa finalidade¹⁶.

inclua elementos de juízo que não deveriam estar, por irrelevantes). Quando essa superinclusão for mínima, não será importante, visto que o julgador poderá perfeitamente ignorar o elemento de juízo irrelevante na hora de valorar a prova. Entretanto, se a superinclusão for muito grande – o que poderia ocorrer, por exemplo, por conta de uma estratégia de alguma das partes – correr-se-á o risco de promover confusão por sobrecarga de informação. Por isso, autores clássicos como THAYER (1898: 429) propunham um princípio inverso àquele aqui defendido: em caso de dúvida sobre a relevância da prova, inadmissão. Quiçá um procedimento adequado para evitar essas tensões seria prever legislativamente uma audiência no processo, em que as partes deveriam requerer a prova justificando o que se esperaria obter de cada uma das provas requeridas, de modo que a decisão do juiz sobre a relevância pudesse ser tomada com maior informação. Esse é, precisamente, o esquema do *preliminary hearing* anglo-saxão.

16. GASCÓN (1999: 125-134) distingue, nesse sentido, regras jurídicas sobre a prova com fundamento epistemológico de regras contraepistêmicas, em função de se têm como fundamento ser coadjuvantes na apuração da verdade ou se pressupõem, por outro lado, um obstáculo para esse fim. Pelo esforço de completude, dever-se-iam agregar à classificação, em qualquer caso, as regras jurídicas sobre a prova que são neutras do ponto de vista epistêmico.

Tendo isso por base, muitos dos autores clássicos pertencentes à tradição racionalista, como BENTHAM, THAYER ou WIGMORE, foram muito críticos com o direito probatório (DAMAŠKA, 1997: 149; SWIFT, 2000: 2437), que fundamentalmente pode ser visto (especialmente no mundo anglo-saxão) como um conjunto de regras que excepcionam o princípio geral de que qualquer prova relevante deve ser admitida no processo (TARUFFO, 1992: 332, 341)¹⁷. Em resumo, o argumento forte sustenta que a existência de qualquer regra jurídica de exclusão que excepcione o princípio geral de admissão¹⁸ de qualquer prova relevante não está justificada epistemologicamente (TILLERS-WIGMORE, 1983: 630 e ss. Sobre o tema, veja-se STEIN, A., 2005: 108 e ss., que fala, criticamente, do movimento abolicionista do direito probatório).

17. Veja-se uma boa apresentação disso em TWINING, 1990: 186-196; também, entre os clássicos hispano-americanos, SENTÍS MELENDO, 1979: 336. Como destaquei nos primeiros itens deste capítulo, poderiam ser encontradas, quiçá, duas grandes tendências no tratamento que o legislador dá ao problema da valoração da prova: um sistema de confiança no juiz e outro de desconfiança. Esse último pode expressar-se de muitas maneiras, mas duas são seguramente as principais: na tradição própria dos países de *civil law*, o legislador, "desconfiado", recorreu tradicionalmente ao ditado de regras de prova legal que subtraem a valoração da prova das mãos do juiz. Nos países de *common law*, por outro lado, a solução mais utilizada foi a de excluir do conjunto de elementos de juízo passível de valoração pelo juiz ou jurado as provas que poderiam levar mais facilmente a erros em sua valoração (por supervalorização da sua confiabilidade, normalmente), mesmo quando se trata de provas relevantes em sentido estrito (TILLERS-WIGMORE, 1983: 679 e ss.; DAMAŠKA, 1997: 41-46; entre muitos outros). Veja-se, nesse sentido, muito claramente o previsto pela regra 403 das *Federal Rules of Evidence* norte-americanas. O que os dois sistemas possuem de comum é a desconfiança na valoração que o juiz ou jurado pode fazer das provas do caso. Veja-se GIULIANI, 1959: 244, n. 35.

18. Muitas vezes denominado "princípio de inclusão".

Para dizê-lo em poucas palavras, um elemento de juízo é relevante para a decisão sobre a prova de um enunciado fático se, e somente se, permite fundar em si (por si mesmo ou conjuntamente com outros elementos) uma conclusão sobre a verdade do enunciado fático a provar (TARUFFO, 2007a: item 20)¹⁹. Isso inclui, como resultado claro, tanto a prova direta

-
19. A regra 401 das *Federal Rules of Evidence* norte-americanas define a relevância da prova nos seguintes termos: "*Relevant evidence' means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less than it would be without the evidence*". Uma definição desse tipo recorre claramente à estrutura probabilística e relacional do juízo de relevância. Uma prova não é relevante ou irrelevante em si, mas sim em relação a um enunciado fático que se pretende provar (JAMES, 1941: 689, 696; ANDERSON-SCHUM-TWINING, 1991: 90; GÄRDENFORS, 1993: 37; SCHUM, 1994: 69). Em termos probabilísticos (sobre os quais voltarei mais adiante) isso pressupõe que estamos diante de uma probabilidade condicionada, de modo que se se poderia dizer que um elemento de juízo E é irrelevante para a prova de um fato F se a $P(F)$ é igual à $P(F/E)$ e é relevante quando essas duas probabilidades não são coincidentes (FRIEDMAN, 1996: 1814-1815). POPPER mostrou alguns dos paradoxos a que dá lugar uma interpretação da relevância em termos de cálculo de probabilidades subjetivas. Assim, por exemplo, suponha-se que se queira conhecer a probabilidade de que saia cara no lançamento de uma moeda equilibrada (F). Por hipótese, a probabilidade absoluta de F atribuída a priori é de 0,5 (no sentido de grau de confiança de que saia cara). Suponha-se, agora, que nos oferecem um informe estatístico (E) baseado na observação de milhões de lançamentos, segundo o qual para cada milhão de lançamentos o resultado foi cara em 500.000 (± 20 casos). Pois bem, podemos agora determinar que a $P(F/E)$ é de 0,5. Sendo assim, o informe E seria irrelevante. Entretanto, "isso é pouco surpreendente: pois quer dizer [...] que o chamado 'grau de crença racional' na hipótese [H] não teria que ser afetado de modo algum pelo conhecimento proporcionado pelos dados [E] que obtivemos: a ausência de qualquer dado estatístico [...] justifica precisamente o mesmo 'grau de crença racional' que o peso dos dados gerados por milhões de observações que, *prima facie*, apoiam ou confirmam nossa crença". (POPPER, 1935: apêndice IX, 379-380). Pode-se ver uma discussão dos diferentes modos de definir probabilisticamente a noção de relevância e seus problemas em GÄRDENFORS, 2003.

(*i.e.*, a prova que versa sobre enunciados existenciais do fato a que o direito atribui consequências jurídicas) como a prova indireta (*i.e.*, a prova que versa sobre enunciados existenciais de outros fatos, dos quais se podem realizar inferências sobre os primeiros)²⁰.

Pois bem, talvez essa tese forte admita algumas exceções. Com efeito, há ocasiões em que o legislador, por exemplo, pretende impedir certo abuso estratégico da posse de certa informação. Assim, pode excluir a prova que se apresente na segunda ou posteriores instâncias se essa estava disponível para a parte no momento processual oportuno durante o juízo de primeira instância (veja-se, por exemplo, o art. 795.3 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*). Desse modo, busca-se incentivar a apresentação de todas as provas disponíveis pelas partes (ou ao menos daquelas que poderiam lhes favorecer) no procedimento de primeira instância. É dizer, paradoxalmente, a *ratio* dessa regra de exclusão é enriquecer o conjunto de elementos de juízo desde o início do procedimento. Sendo assim, poder-se-ia quiçá aceitar que estamos diante de uma regra de exclusão justificada cujo fundamento é epistemológico.

Entretanto, não é esse o único tipo de regras que produzem efeitos parecidos. Alguns dos denominados, no âmbito

É importante advertir de novo que o juízo de relevância da prova não pressupõe em absoluto uma valoração prévia da prova. A estrutura do raciocínio deve partir da pressuposição de que a prova seja produzida de maneira exitosa e conjecturar se, nesse caso, terá alguma incidência na probabilidade da hipótese a provar.

20. Essa distinção reflete, respectivamente, o que no âmbito anglo-saxão se denomina *materiality* vs. *relevancy*. Sobre o tema, veja-se, por todos, TARUFFO, 1970: 23 e ss.; TILLERS-WIGMORE, 1983: 655 e ss.

anglo-saxão, *privileges* podem funcionar de maneira análoga. É o caso, por exemplo, do direito do jornalista de não revelar suas fontes. Qual é o fundamento de um direito como esse, reconhecido em muitos países democráticos?²¹ Na minha opinião, pode-se dar também uma justificação epistêmica a esse privilégio do jornalista de não revelar suas fontes em um processo, penal ou civil, em que esse atue como testemunha²². É claro que a negativa do jornalista de aportar dados sobre a fonte de alguma informação relevante para o caso empobrece o conjunto de elementos de juízo com que a decisão deverá ser tomada.

Nesse sentido, obrigar o jornalista a revelar suas fontes de informação (como ocorre com qualquer outro cidadão) pareceria a regra epistemologicamente adequada. Pois bem, se adotamos um ponto de vista dinâmico (levando em conta o efeito sobre possíveis fatos futuros) e não estático (que levaria

21. A regulação jurídica desse direito, seu reconhecimento e seu alcance são muito diferentes em função dos países. Na Espanha trata-se de um direito reconhecido expressamente pelo art. 20.1.d) da Constituição de 1978. Nesse artigo ordena-se um tratamento legislativo que não foi levado a cabo. Isso cria alguns problemas graves de concreção do direito. Em especial, a falta de tratamento legal do sigilo profissional do jornalista atinge a *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, que não exige o jornalista do dever de depor como testemunha em um processo penal. Não obstante, isso não retira a vigência desse direito, por efeito da eficácia direta da Constituição. Veja-se CARRILLO, 1993: 175 e ss.

O valor que o exemplo pode ter, em todo caso, não se deve a seu reconhecimento específico nesse ou naquele ordenamento jurídico. Trata-se, isto sim, de avaliar se situações como essas são possíveis conceitualmente, bem como seu impacto no princípio geral de inclusão de todas as provas relevantes para o processo.

22. Ainda que não seja a única justificação possível, nem, quiçá, a mais habitual.

em conta unicamente o fato em julgamento neste caso), é interessante observar os efeitos previsíveis das diferentes regras. Assim, uma regra que obrigasse o jornalista a revelar suas fontes poderia desestimular que no futuro outros sujeitos revelassem ao jornalista informações relevantes que permitissem não só tornar públicos o cometimento de determinados delitos, mas também a sua persecução penal.

Dessa forma, essa regra estaria epistemologicamente justificada do ponto de vista estático (de um procedimento concreto), mas não justificada do ponto de vista dinâmico (que pretende maximizar a informação disponível no conjunto dos casos possíveis). Uma regra que outorgue, por outro lado, o direito ao jornalista de não revelar suas fontes de informação produziria os efeitos contrários: empobreceria o conjunto de elementos de juízo disponíveis para o juiz no presente caso, mas poderia incentivar a que, no futuro, outros cidadãos confiassem a informação de que dispusessem a um jornalista, a fim de que essa se tornasse pública e, assim, que fosse possível conhecer a prática de delitos que, de outro modo, permaneceriam ocultos²³.

23. Devem ser entendidos como excluídos os casos em que a própria ação de revelar uma informação ao jornalista é um delito, como no caso da revelação de segredos de Estado. A justificação epistêmica do sigilo do jornalista exige, a rigor, algumas condições adicionais. Em primeiro lugar, é condição necessária que estatisticamente a informação aportada aos jornalistas por suas fontes e publicada seja majoritariamente verdadeira. Em segundo lugar, é necessário também que não disponhamos de outra forma de conseguir os mesmos efeitos, do ponto de vista dinâmico, sem pagar o custo de empobrecer o conjunto de elementos de juízo do processo concreto *p*. Esse último ponto será esclarecido em seguida.

Para além da discussão sobre os exemplos concretos mencionados, e de sua aplicação no todo ou em parte aos diferentes ordenamentos jurídicos, minha pretensão nesse ponto é unicamente mostrar que o princípio geral de que nenhuma regra de exclusão se justifique epistemologicamente, salvo a regra da relevância, deve ser matizada. Para isso, pode ser útil a distinção entre promover e honrar um valor ou um princípio, proposta no âmbito da filosofia política por PETIT (1989: 117).

Um valor ou um princípio são honrados se se atua de acordo com esses em cada caso individual. Por outro lado, é perfeitamente possível promover um valor ou um princípio vulnerando-os em um caso concreto, se com isso se consegue maximizar sua aplicação no futuro. A distinção, que corre paralela às teorias deontológicas e consequencialistas, pode ser ilustrada com um exemplo: o valor da paz (ou o princípio de evitar as guerras) é respeitado se, e somente se, se evita declarar ou participar de uma guerra; por outro lado, pode ser promovido com a declaração de uma guerra, se com isso se conseguisse diminuir as guerras futuras – aumentando, assim, o *quantum* de paz global.

Seguindo essa ideia, poderíamos dizer que uma regra de exclusão de prova relevante (ou um sigilo) estaria também justificada epistemologicamente se fosse possível mostrar sua tendência a maximizar a informação relevante disponível nos processos, ainda que tenha o efeito de empobrecer a informação disponível em algum processo concreto. Isso, claro está, sob a condição de que não se possa alcançar o mesmo *quantum* de informação “global” de algum outro modo que não produza tais efeitos negativos no processo concreto.

Por outro lado, pode ocorrer de uma prova ser relevante se analisada de forma isolada, mas ser redundante diante de outras provas já incorporadas ao conjunto de elementos de juízo (aos autos, se se preferir). Poder-se-ia falar, nesses casos, de irrelevância por superfluidade²⁴, o que levaria à exclusão da prova em questão. Pois bem, é conveniente, de novo, observar o problema em maior detalhe.

Por que uma prova redundante deveria ser excluída? Sempre? Para responder a essas perguntas deveremos atender aos efeitos que esse tipo de provas pode produzir no raciocínio decisório. Uma primeira situação de redundância dá-se quando duas ou mais provas versam sobre o mesmo enunciado fático, aportando corroboração direta ou indiretamente a esse. Assim, por exemplo, uma prova testemunhal poderia ser considerada redundante em relação a uma prova pericial se ambas tiverem por objeto provar que João disparou. Nesse caso a testemunha declara ter visto que João disparou, e a prova pericial confirma que as mãos de João possuem rastros de pólvora próprios de quem disparou uma arma. Ambas as provas aportam corroboração²⁵ e, nesse sentido, poder-se-ia dizer que são redundantes. Em uma segunda situação, por outro lado, além de versarem sobre o mesmo fato, acrescenta-se que as provas sejam do mesmo tipo. O caso mais habitual é o da reiteração de provas testemunhais. Assim, requer-se o depoimento de

24. Apresentam-se aqui os mesmos problemas analisados na nota 15.

25. Nesse sentido estrito, a primeira aporta corroboração a que João disparou, e a segunda a que ele possui rastros de pólvora nas mãos, mas essa última é utilizada para provar indiretamente que João disparou.

duas ou mais testemunhas do mesmo ocorrido, para declarar que viram João disparar.

Para dar resposta a essas situações, dever-se-á encontrar um adequado ponto de equilíbrio entre duas ideias em tensão. A primeira indica que o grau de corroboração de uma hipótese aumenta com o número de resultados favoráveis obtidos a partir da contrastação. E isso nos conduz à admissão da prova redundante, visto que superaria o teste da relevância. A segunda ideia é de que a abundância de informação pode produzir o denominado “perigo de transborde” em seu tratamento²⁶, tornando muito difícil a tomada de decisões.

Para evitar esse perigo é aconselhável, também, epistemologicamente excluir as provas supérfluas. Pois bem, são supérfluas todas as provas redundantes? A resposta claramente é negativa. Quando uma segunda testemunha declara ter visto o mesmo que uma testemunha anterior, sua declaração aumenta a confiabilidade do que foi dito pela primeira, *i.e.*, que viu João disparar. A terceira testemunha acrescenta, de seu turno, um novo grau de corroboração. E assim sucessivamente. Entretanto, vale destacar que se produz uma curva no grau de corroboração aportado, de maneira que é possível falar de um rendimento decrescente das novas provas: a partir da primeira prova, cada nova prova aporta um grau de corroboração menor (POPPER, 1935: 251; HEMPEL, 1966: 58; SCHUM, 1994: 126 e ss.).

Sendo assim, para evitar o perigo de transbordamento da informação, parece epistemologicamente razoável colocar

26. Causado pela básica limitação humana para o processamento de informação, assim como pela necessidade específica jurídico-processual de decidir em um prazo limitado de tempo.

algun limite à admissibilidade de provas redundantes desse tipo²⁷. Algo diferente disso é determinar o ponto em que esse limite deve se situar, para o que não creio que se possa dar uma resposta geral. Dever-se-á, pois, atentar ao caso concreto, em que o julgador terá que determinar em que ponto se situará o equilíbrio entre as exigências de comprovação da hipótese e a economia processual.

A situação é, por outro lado, diferente quando a redundância se dá entre provas de diferente tipo²⁸. Nesses casos entra em jogo uma regra epistemológica diferente, que nos indica que “a confirmação de uma hipótese não depende somente da quantidade de dados favoráveis de que se dispõe, mas também de sua variedade: quanto maior for a variedade, maior será o apoio resultante” (HEMPEL, 1966: 58). A razão que sustenta essa regra é bastante simples. Quanto maior a variedade de experimentos aos quais se submete uma hipótese, maiores as possibilidades de que essa seja refutada caso seja falsa. E, por isso, outorga maior nível de comprovação caso o resultado das diferentes provas for positivo para a hipótese.

Sendo assim, a questão é se cabe a exclusão da prova pela redundância em relação a outras já requeridas e/ou produzidas, quando as provas forem de tipo diferente. A resposta, na minha opinião, é conceitualmente a mesma que na situação

27. De novo aqui aparecem os problemas resumidos na nota 15. Como poderá o juiz determinar que duas provas testemunhais são redundantes antes de que as declarações sejam produzidas se não se exige que a parte que as requer justifique seu pedido e a utilidade dessas?

28. Obviamente, nesse caso somente pode ter redundância do ponto de vista do resultado probatório das diferentes provas e não do ponto de vista da atividade.

anterior (na qual as provas eram do mesmo tipo). Produz-se um rendimento decrescente das novas provas. A diferença, segundo entendo, é que a curva que representa esse rendimento alcança mais tarde seu nível máximo, a partir do qual decresce.

Se a corroboração de uma hipótese nunca é absoluta, então novas provas confirmatórias (e refutadoras, claro) podem ser sempre relevantes. Entretanto, a partir de um determinado ponto de equilíbrio, a incorporação de novas provas confirmatórias pressupõe um grau adicional de corroboração muito pequeno, ao passo que cresce o perigo de transborde no manejo da informação por parte do julgador²⁹. Nesse ponto, justificar-se-á epistemologicamente a exclusão da prova.

2.1.2. A admissibilidade

No item recém-concluído pretendi mostrar a vigência, com algumas exceções, do princípio geral de que qualquer elemento de juízo relevante para a tomada de uma decisão deve ser admitido como prova no processo judicial. Entendo que esse princípio geral se justifica epistemologicamente na medida em que garante a maior probabilidade de que os enunciados considerados provados coincidam com a verdade. Há uma razão adicional, dessa vez jurídica, que justifica a adoção desse princípio: o direito à prova, como parte do direito de defesa,

29. SCHUM (1994: 127 e 129) distingue redundância corroborativa de acumulativa. A primeira não pressupõe um problema de relevância da prova redundante, ao passo que a segunda sim.

APÊNDICE

PROLEGÔMENOS PARA UMA TEORIA SOBRE OS *STANDARDS* PROBATÓRIOS. O *TEST CASE* DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR PRISÃO PREVENTIVA ERRÔNEA¹

Tradução²: **DANIEL DE RESENDE SALGADO**³

LUÍS FELIPE SCHNEIDER KIRCHER⁴

-
1. O texto original está em: 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 y PEREIRA FREDES, Esteban (eds.). *Filosofía del Derecho Privado*. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 401-430.
 2. Os tradutores agradecem a Vitor de Paula Ramos pela criteriosa revisão do texto.
 3. Procurador da República. Mestrando em Processo Penal pela USP. Ex-secretário de Pesquisa e Análise do Gabinete do Procurador-Geral da República (2013-2017). Foi membro auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público (2011-2013). Ex-membro do Grupo de Trabalho com objetivo de auxiliar o Procurador Geral da República na análise dos desdobramentos das investigações relacionadas à Lavajato (2016-2017). Foi membro do Conselho Penitenciário no Estado de Goiás. Ex-coordenador do Núcleo Criminal e de Controle Externo da Atividade Policial no MPF/GO. Professor e orientador pedagógico de cursos da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Coorganizador das obras "prova no enfrentamento à macrocriminalidade" e "controle externo da atividade policial pelo Ministério Público", ambas lançadas pela Juspodivm.
 4. Procurador da República. Mestre em Direito pela UFRGS. Doutorando em Processo Penal pela USP. Ex-Defensor Público Federal. Palestrante.