

COLEÇÃO

Raciocínio
Probatório

Coordenação:
VITOR DE PAULA RAMOS

A METAPROVA NO PROCESSO PENAL

Seu perfil conceitual e
funcional e o controle racional
da fiabilidade da prova

DANIEL DE RESENDE
SALGADO

Apresentação:
Andrey Borges de Mendonça

Prefácio:
Gustavo Badaró

2ª edição
Revista e atualizada

2024



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

2

PERFIL CONCEITUAL E FUNCIONAL DA METAPROVA E O REGRESSO AO INFINITO DA CADEIA DE PROVAS

2.1. METAPROVA: CONCEITUAÇÃO, OBJETO E ESCOPO

2.1.1. Aspectos introdutórios

No primeiro capítulo, por necessário, tratou-se das premissas gerais sobre a prova, analisando a sua relação com a verdade e com o processo. Concluiu-se que o objeto da prova também pode recair sobre proposições que visem a conferir maior fiabilidade à própria prova. Isso porque nem sempre as provas produzidas diretamente para justificar a hipótese acusatória (enunciados corroborativos) ou para desvirtuá-la (enunciados infirmativos)¹

1. MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Técnica probatoria*. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. Barcelona: Praxis, 1967, p. 213.

são suficientes para conferir ao julgador a segurança necessária à tomada de sua decisão. Mister, assim, o exercício de uma atividade probatória destinada a se projetar sobre a fiabilidade, ainda que atomística ou individual, das demais provas produzidas.

Imprescindível, neste capítulo, aprofundar o significado de tal fenômeno probatório, sua natureza e características especiais em relação ao gênero *prova*, ao qual pertence. Não há, ressalte-se, distinção ontológica com a prova em si, uma vez que, no geral, os contextos da atividade probatória permanecem análogos, mesmo que em alguns momentos possam apresentar-se diversos. Deveras, uma prova de outra prova não deixa de ser prova². Assim, uma proposição conclusiva do tipo “*E* é prova para que se creia que E é uma boa prova para a proposição P*”, ou seja, é razoável crer em “P” com base em “E” em razão do reforço à sua fiabilidade dado por “E*”, também é de extrema relevância para o acerto fático, a ponto de a possibilidade dessa subespécie de prova abrir caminho para o estudo e para o debate sobre o seu papel na atividade probatória racional.

Apesar de HELIO TORNAGHI, ao tratar da acareação³, afirmar que Manzini considera que o elemento destinado a avaliar a

-
2. Em uma concepção epistêmica, que se aproxima da jurídica, autores reconhecem que a prova de uma prova também é prova. Vide JUNGES, Alexandre Luís. *Desacordo racional: o debate epistemológico*. 2012. 134 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012, p. 20.
 3. Alguns autores não reconhecem a acareação como meio de prova (vide, por exemplo, RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 508; VARGAS MELÉNDEZ, Rikell. *La prueba penal: estándares, razonabilidad y valoración*. Lima, Peru: Pacífico Editores, 2019, p. 386; MONTERO AROCA, Ruan; VILAR, Silvia Barona; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MOTÓN REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 309). Contudo, a partir das características com as quais se trabalha nesta obra, a acareação tem indubitável natureza meta-probatória: o seu escopo é, justamente, demonstrar o grau de fiabilidade de cada uma das declarações contraditórias por intermédio do cotejo de nova narrativa esclarecedora em relação a outra, para determinar qual delas terá

fiabilidade de uma prova é um *ato instrutório informativo* e não um meio de prova⁴, caso sejam consideradas as questões expostas neste estudo, não há dúvidas de que no processo penal há meios de prova em que se pratica, não para alcançar diretamente a verdade ou a falsidade dos enunciados constitutivos da infração penal que integram o objeto do processo, mas para demonstrar algo que afeta substancialmente, seja de forma positiva ou negativa, a eficácia (qualidade epistêmica) de outras provas que versam sobre o objeto principal do processo⁵. Dito de outra forma, seria um dos instrumentos a serviço do controle racional da fiabilidade probatória. Em suma, durante a atividade probatória é possível produzir outros elementos objetivos que não tenham relação com a hipótese histórica do processo, mas que possam servir, a partir do reforço (ou não) de sua qualidade epistêmica, para aumentar (ou não) a força inferencial da prova.

Dessa forma, os elementos distintivos dentro da noção geral de prova, aptos a lhe conferirem autonomia conceitual, incidem sobre o seu objeto e a sua finalidade específica de aumentar, diminuir ou anular a eficácia de outro meio ou fonte de prova, influenciando de alguma forma no valor que o julgador venha a dar a determinadas provas, a permitir, com sua prática, incrementar a análise da fiabilidade de uma prova relevante.

prevalência (nesse sentido, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El control de la fiabilidad probatoria: "prueba sobre la prueba"* en el proceso penal. Valencia: Ed. Revista General de Derecho, 1999, p. 118). Em suma, os elementos externos produzidos, a trazer novo conhecimento ao processo, para conferir maior fiabilidade à prova, são, justamente, os classificados neste trabalho como metaprova.

4. TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1991, pp. 429-430 e 435.
5. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El control de la fiabilidad... Op. cit.*, 1999, pp. 10-11.

2.1.2. Aspectos conceituais e as diversas denominações do fenômeno probatório: a opção pela expressão metaprova

A fim de nortear o presente estudo, mister, inicialmente, registrar alguns aspectos conceituais e a melhor locução, entre os diversos termos existentes, da referida subespécie de prova, passível de denotar claramente o seu caráter instrumental.

Com efeito, para MICHELE TARUFFO, as provas que recaem sobre proposições fáticas secundárias são denominadas *provas subsidiárias*. Aduz o professor da Universidade de Pavia que há provas indiretas cujo escopo é formular inferências sobre a credibilidade (fiabilidade) ou aceitabilidade de uma fonte de conhecimento, ou seja, sobre a própria prova que versa sobre um enunciado fático principal⁶. Na mesma linha, GIULIO UBERTIS também denomina *prova subsidiária* o fenômeno relativo a uma prova dirigida a melhorar a valoração de fontes e/ou meios de prova⁷.

MIGUEL FENECH chama o fenômeno de *provas acessórias*, definindo-as como aquelas que não se projetam sobre os fatos do processo, mas sobre outras provas⁸, enquanto LUIS MUÑOZ SABATÉ as denomina *instrumentos heurísticos* ou *probatórios* (assim denomina os meios de prova) para comprovar o instrumento da comprovação⁹.

6. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009, p. 458.

7. UBERTIS, Giulio. *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Tradução de Perfecto Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2017, p. 118, nota de rodapé 70.

8. FENECH, Miguel. *El proceso penal*. Barcelona: JmB, 1956, pp. 130-131.

9. MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Técnica probatoria... Op. cit.*, 1967, pp. 255-256.

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, seguindo a expressão utilizada pelo Tribunal Supremo Espanhol¹⁰, emprega o termo *prova sobre prova*, definindo-a como atividade processual desenvolvida com o escopo de convencer o órgão judicial de que a eficácia probatória que merece determinado meio de prova deve aumentar, diminuir ou desaparecer no processo de valoração da prova¹¹. Essa linha é seguida por JORDI FERRER BELTRÁN, que denomina *prova sobre prova* ou *provas de segunda ordem* aquelas que não versam diretamente sobre os enunciados fáticos principais, mas sobre outras provas, essenciais em muitos casos para escorreita valoração individual de uma prova, com vistas a determinar o seu grau de fiabilidade¹². Há quem denomine de *prova periférica, sobre fatos periféricos ou de corroboração periférica*, aquela prova que, sem se dirigir diretamente a fato delitivo, apresenta algum aspecto fático a aportar verossimilhança às declarações de uma vítima única de delito, conferindo-lhe maior amplitude probatória, como o fazem RIKELL VARGAS MELÉNDEZ¹³ e JORDI NIEVA FENOLL¹⁴. Nesse caso, anote-se que prova so-

-
10. Anote-se, nesse sentido, por exemplo, o seguinte trecho da STS (Roj) 8261/1993, de 1º/12/1993: “*Se produce prueba de varias maneras: para justificar la pretensión procesal (prueba de cargo), para desvirtuar su eficacia (prueba de descargo) o, simplemente, para constatar, verificar otras pruebas aportadas por las partes [...]. En este supuesto, la aportación probatoria (el impulso) tiene sólo como designio la “comprobación” de los hechos. Es decir, no se dirige a probar su existencia, sino a comprobar (contraste, verificación) si la prueba sobre ellos es o no fiable desde el ángulo del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal en que tal precepto se inserta. b) Así, la prueba acordada se presenta como neutral y no supone vulneración alguna del principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación. Se trata de lo que podría denominarse ‘prueba sobre la prueba’.*”
 11. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El control de la fiabilidad... Op. cit.*, 1999, p. 29.
 12. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 88-89.
 13. VARGAS MELÉNDEZ, Rikell. *La prueba penal: estándares, razonabilidad y valoración*. Lima, Peru: Pacífico Editores, 2019, p. 230 e 255.
 14. Jordi Nieva Fenoll apresenta o seguinte exemplo: “*Por ejemplo, en una agresión sexual, la mención de un hecho repentino que la interrumpió, como por*

bre enunciados fáticos periféricos (gênero) pode se caracterizar como *prova por indício*, se permitir, por inferência, chegar ao fato principal, ou como *prova sobre outra prova*, se possibilitar o alcance da qualidade de outro meio ou fonte de prova¹⁵.

MANUEL ORTELLS RAMOS as cognomina de *provas auxiliares*, entendendo-as como aquelas cujo objeto são elementos condicionantes da fiabilidade de outro meio de prova¹⁶. CLAUS ROXIN, por sua vez, as denomina de fatos que ajudam a prova, como aqueles que permitem extrair conclusões sobre a qualidade de um meio de prova¹⁷. NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA já vislumbrava a produção da prova sobre a fiabilidade de outra prova no século XIX, taxando-a de *prova das provas*¹⁸, corroborativa ou infirmativa.

TERENCE ANDERSON, DAVID SCHUM e WILLIAM TWINING classificam como prova auxiliar (*ancillary evidence*) ou de relevância indireta (*indirectly relevant evidence*) aquela que confere força ou fraqueza a outra prova ou ao elo de enlaces nas cadeias de raciocínio, estabelecidas pela prova diretamente relevante¹⁹ que, para DAVID SCHUM, seria o elemento de prova que

ejemplo que se oyó el sonido de una puerta, si luego efectivamente aparece la persona que abrió esa puerta y confirma el hecho en ese mismo espacio y tiempo, puede ser un dato a tener muy en cuenta para señalar la verosimilitud de lo que se está dicien" (NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 226-227).

15. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El control de la fiabilidad... Op. cit.*, 1999, p. 32, nota de rodapé 28.
16. ORTELLS RAMOS, Manuel. Nuevas tecnologías y proceso jurisdiccional en el ámbito iberoamericano. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, n. 56, diciembre de 2003, pp. 221-255, p. 250.
17. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 187.
18. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de J. Alves de Sá. Campinas, SP: Servanda, 2013, p. 724.
19. ANDERSON, Terence; SCHUM, David A.; TWINING, William. *Analysis of evidence*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 380.

possibilita formar uma cadeia de raciocínio a partir de tal dado até a hipótese principal²⁰.

Por seu turno, alguns epistemólogos depreendem que, diferentemente do que denominam de *evidência de primeira ordem*, entendida como a prova que recai diretamente sobre determinado enunciado fático, uma prova pode ocasionar a aferição de uma proposição atuando *indiretamente* sobre ela, mais especificamente sobre a relação de confirmação entre a prova original e a própria proposição²¹, impactando a evidência de primeira ordem. Seu viés, entretanto, para eles, é de minar outra evidência²². Em suma, teria o sentido de ser um elemento de prova que potencialmente solapa a conexão entre o elemento “E” e a proposição “P”, apoiada em “E”²³, não sendo diretamente a própria verdade/conclusão sobre a proposição. Tais “evidências de evidências” podem ser tratadas, pelo menos em uma de suas acepções, como aquilo que denominam de evidência de segunda ordem (*second-order evidence*) ou evidência de ordem superior (*higher-order-evidence*)²⁴.

Dessarte, nos dizeres de THOMAS KELLY, a evidência de primeira ordem “E” se relaciona diretamente com a proposição, enquanto a evidência de ordem superior, em uma de suas

20. SCHUM, David. *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*. Tradução de Órion Vargas. Bogotá: Órion Vargas, 2016, p. 173.

21. JUNGES, Alexandre Luis. *Desacordo racional... Op. cit.*, 2012, p. 21.

22. Nessa linha, CHRISTENSEN, David. Higher-Order evidence. *Philosophy and phenomenological research*, v. 81, n. 1, jul./2010, pp. 185-215, pp. 194-195.

23. JUNGES, Alexandre Luis. *Desacordo racional... Op. cit.*, 2012, p. 23.

24. Nesse sentido, David Christensen reconhece as duas denominações com mais ou menos o mesmo significado. *Higher-order-evidence*, a que aderiu, cunhada por Thomas Kelly, e *second-order evidence*, utilizada por Richard Feldman (CHRISTENSEN, David. Higher-Order evidence... *Op. cit.*, 2010, p. 186).

acepções²⁵, é a prova sobre o caráter de “E” em si mesmo²⁶. Assim, por exemplo, a prova de que uma testemunha ingeriu um psicotrópico quando teve contato com o fato enunciado por ela no processo, mesmo sem saber se a droga causou efeito e se pode haver coerência interna em sua narrativa, é um derrotador à fiabilidade de tal fonte de prova, em face do possível mau funcionamento de seu processo cognitivo a ponto de a creditação nas respostas por ela apresentadas ser reduzida drasticamente, diminuindo, assim, a sua autoridade epistêmica.

SUSAN HAACK chama de *metaprova (meta-evidence)* a prova relativa à fonte de outros tipos de prova²⁷, mesma expressão utilizada por RICHARD FRIEDMAN²⁸. Em sentido análogo, JULIANA DE AZEVEDO SANTA ROSA CÂMARA e DELTAN MARTINAZZO DALLAGNOL as intitulam *provas de segundo grau* ou *metaprovas*²⁹ – expressão idêntica utilizada por

-
25. A evidência de ordem superior não se limita ao que ora se estuda. Também é estudada nos casos de análises divergentes (desacordo) entre pessoas que possuem acesso ao mesmo material probatório e que o avaliam de forma racional. Em resumo, a análise racional conflitante das evidências realizadas pelo par epistêmico pode influenciar na força da análise racional sobre determinado fato, a ponto de diminuir a creditação dessa avaliação (vide, nesse sentido, JUNGES, Alexandre Luis. *Desacordo racional... Op. cit.*, 2012, pp. 37-38), sendo o desacordo, portanto, para alguns filósofos, um tipo de evidência de ordem superior.
 26. KELLY, Thomas. Evidence. In: ZALTA, Edward. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/evidence/>. Acesso em: 21 out. 2020.
 27. HAACK, Susan. Provar a causa: o holismo da justificação e o atomismo de Daubert. In: HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da Filosofia do Direito*. Tradução de André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 2015, pp. 282-322, pp. 296-298.
 28. FRIEDMAN, Richard. Still photographs in the flow of time. *Yale Journal of Law and the Humanities*, v. 7, n. 1, 1995, pp. 243-265, p. 255.
 29. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 529-566, p. 530.

ANTONIO DO PASSO CABRAL ao apresentá-la como *meta-evidence* ou a prova produzida sobre a própria prova³⁰. Na mesma linha, GHEORGHE TECUCI, DORIN MARCU, MIHAI BOICU, em conjunto com o já mencionado DAVID SCHUM, introduzem a *meta-evidence* como sinônimo da anteriormente referida prova auxiliar (*ancillary or auxiliary evidence*) ou de relevância indireta (*indirectly relevant evidence*)³¹. A expressão metaprova é a escolhida para este estudo, uma vez que, vista como “prova sobre provas”³², parece ser a que mais se amolda ao caráter instrumental do fenômeno ora descrito, assim como o é caracterizado em outras áreas do saber³³.

-
30. CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos. *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, pp. 83-109, pp. 94-95.
 31. TECUCI, Gheorghe; SCHUM, David; MARCU, Dorin; BOICU, Mihai. *Intelligence Analysis as Discovery of Evidence, Hypotheses, and Arguments: Connecting the Dots*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 63.
 32. Há, entretanto, acepções de metaprova em certos aspectos diversas da ora exposta. Maggie Wittlin, por exemplo, aparentemente introduz um conceito de metaprova como uma espécie de prova, apresentada em uma fase preliminar ao julgamento, utilizada para demonstrar quais provas serão apresentadas no *trial* (WITTLIN, Maggie. *Meta-Evidence and Preliminary Injunctions*. *Uc Irvine Law Review*, v. 10, 2021, pp. 1331-1394).
 33. A metalógica é entendida como o estudo dos sistemas de lógica, ou seja, é a lógica da lógica (GENSLER, Harry J. *Introdução à lógica*. Tradução de Christian Marcel de Amorim Perret Gentil Dit Maillard. São Paulo: Paulus, 2016, p. 402). A disputa na filosofia da filosofia é chamada de metafilosofia (FUMERTON, Richard. *Epistemologia*. Tradução de Sonia Inês Albornoz Stein e Ramon Felipe Wagner. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 23). “Uma metacrença ou crença de segunda ordem é uma crença acerca de outra crença. Por exemplo, dada a minha crença “p” de que o céu está cinzento, a metacrença acerca de “p” é a crença de que acredito que o céu está cinzento” (DINIS, Pedro. *A teoria fundarentista da justificação epistêmica de Susan Haack*. 2013. 178 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 71, nota de rodapé 79).

2.1.2.1. *O objeto e o escopo da metaprova*

Em princípio, não há meios de provas que possuem, em abstrato e *a priori*, maior fiabilidade que outro³⁴. Somente analisando as circunstâncias, entretanto, se conseguirá chegar à conclusão quanto ao aproveitamento da prova para confirmar determinado enunciado fático em caso concreto específico e a necessidade ou não de corroborações periféricas externas.

Dessarte, o objeto da metaprova são enunciados (probatórios) colocados ao conhecimento do julgador, mas, diferentemente da atividade probatória ordinária, a metaprova não se encontra projetada diretamente sobre os enunciados fáticos principais, ou seja, aqueles constitutivos da infração penal.

A metaprova, como um (mas não o único) instrumento a serviço do controle da fiabilidade probatória, entretanto, não deixa de ser uma espécie do gênero *prova*, uma vez que, reitere-se, o elemento que a distingue não é a atividade probatória em si, mas o seu escopo específico de somente influenciar no valor a ser dado pelo juiz a determinada prova. Dito de outra forma, a metaprova tem o condão de aumentar, diminuir ou retirar a qualidade de outra prova. E, como tal, pode ser derivada de qualquer fonte de prova.

Não versa a metaprova, portanto, diretamente sobre hipóteses fáticas que integram o objeto do processo, mas visa a robustecer ou debilitar a eficácia de outros enunciados considerados, dentro do contexto processual, como provas. Assim o é, por exemplo, a produção de elementos de prova que demonstram que a testemunha possuía sentimentos negativos relativos ao acusado, e que tinha interesse em prejudicá-lo, sendo, portanto, tendenciosa (metaprova relacionada à *objetividade e veracidade/honestidade* do testemunho); documentos que demonstrem condenações

34. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración...* Op. cit., 2010, p. 264.

anteriores por crimes de falso testemunho, mormente quando dados sobre o comportamento passado de uma pessoa podem, em aferição lógica, ter relação probabilística sobre o seu comportamento em uma ocasião particular (metaprova relacionada à *veracidade* do testemunho); perícia que demonstre que a testemunha não poderia ter enxergado o fato em razão de sua má acuidade visual (metaprova relacionada à *sensibilidade observacional* da testemunha). Nesses casos, a prova testemunhal não é nula, mas a sua força inferencial, em avaliação valorativa individual, poderá diminuir em razão das metaprovas. Da mesma forma, o documento demonstrando o histórico de agressão de um marido à sua esposa pode servir para elevar a fiabilidade de uma testemunha que afirma ter ela falecido devido a um empurrão causado por ele, não por uma queda acidental de escada, por exemplo. Assim, afirma-se que a metaprova é diretamente relacionada à aferição da fiabilidade de uma prova específica: sua relevância é derivada da relevância de outra prova³⁵.

Em síntese, as metaprovas são dados que visam a colocar em relevo a ausência de fiabilidade ou, ao contrário, corroborar a qualidade e a conseqüente eficácia do material probatório permitindo ao julgador valorá-lo adequadamente. São as metaprovas, portanto, elementos utilizáveis para auxiliar, em uma determinada fase ou contexto, na valoração das provas diretamente relacionadas às hipóteses fáticas apresentadas no processo.

Dessa forma, vislumbra-se que uma parte da atividade probatória pode ser destinada a demonstrar o grau de fiabilidade de outras provas³⁶ individualmente consideradas. Busca atingir, repisa-se, não os enunciados fáticos principais em si, mas conferir

35. Já para David Schum, a prova auxiliar (o que se denomina de metaprova), por estar relacionada diretamente a uma prova relevante à proposição fática principal, passa a ter relevância indireta em relação à hipótese fática principal (SCHUM, David. *Los fundamentos... Op. cit.*, 2016, p. 176).

36. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El control de la fiabilidad... Op. cit.*, 1999, p. 35.

um suporte incremental periférico a outra prova. Em suma, seu objeto é a própria prova, enquanto seu escopo é auxiliar na análise do grau de fiabilidade, influenciando, em consequência, na valoração dessa prova considerada individualmente.

Dessarte, no processo penal, em que se tem a verdade como indicador epistêmico e, sobretudo, sendo ele o caminho para possível restrição da liberdade do indivíduo, mister que a atividade probatória seja ampla, a viabilizar, dentro de um procedimento dialético, o maior acúmulo de informações, incluindo aquelas que possam resultar necessárias à valoração adequada da eficácia probatória dos elementos individualmente produzidos³⁷. Para se alcançar o melhor conjunto probatório possível, é de extrema relevância a qualidade do material probatório, a ser aferida, inclusive, por meio da prática de outras provas que coloquem em relevo maior ou menor grau de fiabilidade das provas diretamente dirigidas aos enunciados fáticos, objeto do processo³⁸, conferindo, assim, a mais elevada segurança epistêmica ao julgador. Noutros termos, é necessário um esforço do sistema de justiça pela melhor prova possível³⁹, fato que reflete na necessidade de excelente investigação e da preparação cuidadosa e completa dos elementos de informação e das provas, com o escopo de superar a presunção de inocência⁴⁰, mormente em face da escolha axiológica em privilegiar a liberdade.

As provas, entretanto, como suporte e garantia de que um enunciado possa ser aceito como provavelmente verdadeiro, se

37. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El control de la fiabilidad... Op. cit.*, 1999, pp. 36-37.

38. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El control de la fiabilidad... Op. cit.*, 1999, p. 16.

39. RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal*. Do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 27.

40. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 38; TWINING, William. Freedom of proof and the reform of criminal evidence. *Israel Law Review*, v. 31, n. 1-3, 1997, pp. 439-463, p. 461.

organizam em uma espécie de cadeia de justificação. Se a prova é um enunciado que, em determinado contexto, tem a função de confirmar outro enunciado e se, em princípio, todo enunciado deve ser provado, a consequência é que aquele enunciado sobre a prova também deveria ser provado, bem como os enunciados sobre tal enunciado, e assim por diante, em um espiral de prova sobre prova. Ora, se sempre for legítimo que se continue a fornecer indefinidamente razões para demonstrar os enunciados, ou se alguém, antes de tomar uma decisão, quer ter *todos os fatos* a partir de outras metaprovas que justificam a metaprova, surge, então, a ameaça de um *perigo de desborde* ou regresso *ad infinitum* das cadeias de provas⁴¹. Há de existir, contudo, pontos de parada legítimos⁴². É o que se analisa a seguir.

2.2. A METAPROVA E O PROBLEMA EPISTÊMICO DO REGRESSO *AD INFINITUM* DA CADEIA DE PROVAS

O regresso ao infinito da cadeia de provas no processo se assemelha ao que a epistemologia chama de *regresso ao infinito da*

41. Tal problema também foi identificado por Gheorghe Tecuci, Dorin Marcu, Mihai Boicu e David Schum ao discutirem, sob a perspectiva das operações de inteligência, a incompletude probatória e a metaprova. Relatam que James J. Angleton, da CIA, se deparou com diversas situações nas quais diferentes fontes pessoais forneciam provas contraditórias e divergentes sobre a fiabilidade uma das outras, o que demandaria, justamente, a possibilidade de produção de prova sobre prova em cascata. A situação foi por ele descrita como semelhante àquela de estar num “deserto de espelhos” (vide TECUCI, Gheorghe; SCHUM, David; MARCU, Dorin; BOICU, Mihai. *Intelligence Analysis...* Op. cit., 2016, p. 159).

42. Inclusive, aduz Alfred Tarski que “na verdade, demonstramos cada sentença com base em outras sentenças, demonstrando outras sentenças com base em mais outras sentenças, e assim por diante. Se quisermos evitar tanto um círculo vicioso como uma regressão infinita, o processo deverá ser descontinuado em algum ponto” (TARSKI, Alfred. *Verdade e demonstração*. In: TARSKI, Alfred (Orgs.). *A concepção semântica da verdade*. Textos clássicos de Tarski. Tradução de Celso Reni Braida et al. São Paulo: Ed. Unesp, 2007, pp. 203-233, pp. 223-224).

*cadeia de justificação*⁴³. Mister, assim, valer-se de aportes teóricos ligados à epistemologia para iluminar, dogmáticamente, a resolução de tal problema, mormente quando, no dizer de SUSAN HAACK, expressão repetida por GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “o direito está até o pescoço mergulhado na epistemologia”⁴⁴.

Geralmente, para demonstrar um enunciado, recorre-se a outros enunciados, pois raramente as proposições existem no vazio. Quando uma hipótese é formulada, ela se conecta com outras e, assim, sucessivamente. Por exemplo, ao afirmar que “Mévio não virá ao trabalho” e alguém questiona a base para tal afirmação, pode-se dizer que é porque “Mévio está doente”. O alicerce para se acreditar nisso pode residir no envio do atestado médico, o qual, entende-se fiável, a partir da crença de que os médicos não mentiriam ou de que um documento médico é presumidamente verdadeiro. Tem-se, portanto, uma cessação no

-
43. É clássica a discussão sobre o regresso infinito das cadeias de justificação na teoria do conhecimento. Vão nesse sentido as palavras de Michael Pardo: “[...] a classic problem arises: the infinite regress of justification (and of reasons and of evidence). To be epistemically justified in believing a proposition, an agent must have some reason or evidence for believing the proposition to be true. But then why is the agent justified in believing the underlying reason or evidence to be true? It must itself be based on further reasons or evidence. And so on, and on, and on. The traditional response, from Descartes through to the early-twentieth-century movement known as “logical positivism”, was to ground knowledge on some kind of given, self-evident, or otherwise indubitable foundation. Various candidates were put forth, from Descartes’ cogito and other incorrigible experiences to the classical empiricists’ sense data to the logical positivists’ combination of verifiable propositions and analytic statements” (PARDO, Michael. *The field of evidence and the field of knowledge*. *Law and Philosophy*, n. 24, 2005, pp. 321-392, p. 333).
44. BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê “prova penal”: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./abr. 2018, pp. 43-80, p. 44. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4.138>; HAACK, Susan. Epistemology and the law of evidence: problems and projects. In: HAACK, Susan (Org.). *Evidence matters: science, proof and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014, pp. 1-26, p. 4. Segundo Michael Pardo, o filósofo Jeremy Bentham, ainda no século XIX, já teria identificado a relação entre o direito probatório e a epistemologia (vide PARDO, Michael. *The field of evidence... Op. cit.*, 2005, p. 325).

regresso de justificação. Caso assim não o fosse, provavelmente se entraria em uma espiral de razões, em que a hipótese “X” necessitaria de um suporte pela hipótese “Y” que, por seu turno, seria justificada pela “Z”, que também precisaria ser justificada para que a hipótese original “X” estivesse provada, e assim por diante até o infinito. Se houver um ponto falho nessa cadeia de provas, como, por exemplo, proposições injustificáveis ou questionáveis do ponto de vista epistêmico, então toda a cadeia passa a ruir.

Afastada da concepção cética infinitista⁴⁵, a estruturação desse processo probatório/justificacional, a neutralizar epistemologicamente a regressão ao infinito, passa a ser explicada classicamente pelas concepções epistêmicas denominadas *fundacionalismo* e *coerentismo*. A primeira teoria, em resumo, reza que a hipótese final é justificada pela experiência do indivíduo ou por derivações dessas experiências, enquanto a segunda predica que uma hipótese está provada quando se encontra inserida no conjunto coerente de enunciados⁴⁶. Tais alternativas, consideradas mais plausíveis pelos epistemólogos, serão adiante apresentadas.

45. Em apertada síntese, segundo Igor Danilevicz, a teoria infinitista de justificação epistêmica “caracteriza-se pelo conjunto encadeado de razões de número infinito e não repetidas disponíveis para o sujeito epistêmico formar uma determinada crença [...] o fundacionismo, o coerentismo e o infinitismo disputam entre si o *status* de ser a pretensão que melhor explica a estrutura da justificação” (DANILEVICZ, Igor. *Introdução ao evidencialismo em epistemologia*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 44). O mesmo autor esclarece que o infinitismo era bem conhecido na época aristotélica, mas fora rejeitado pelo estagirita. Os filósofos empiristas e racionalistas do século XVII e XVIII também afastaram tal teoria e, hoje, em suas palavras, “o infinitismo permanece claramente no início do século XXI uma visão distintamente minoritária sobre a estrutura das razões” (DANILEVICZ, Igor. *Introdução ao evidencialismo... Op. cit.*, 2018, p. 39, nota de rodapé 62).

46. HAACK, Susan. Uma teoria fundaherentista de la justificación empírica. *Agora, papeles de filosofía*. Facultad de Filosofía da Universidade de Santiago de Compostela, v. 18, n. 1, 1998, pp. 35-53, p. 37.

2.2.1. O fundacionalismo

Para o fundacionalismo clássico, há duas espécies de crenças/hipóteses: as chamadas *crenças básicas* ou *fundacionais*, consideradas inatas, autoevidentes (indubitáveis) e incorrigíveis, caracterizadas por não serem justificáveis/corrobóáveis por meio de outras crenças/enunciados e, assim, sustentam todo o edifício de crenças; e as *crenças não básicas* ou *derivadas*, resultantes de uma justificação inferencial a partir das crenças básicas ou de outras crenças derivadas justificadas pela crença básica. Outra característica dessa corrente epistêmica é que as *crenças básicas* transferem justificação para as *crenças não básicas*, mas não o contrário⁴⁷. As *crenças básicas*, portanto, são uma espécie de ponto de parada legítimo na cadeia de provas, uma vez que seria justamente a hipótese ou crença que não necessita de justificação inferencial porque por si mesma é justificada. Essas seriam, dessa forma, a fundação que serve de suporte para todo o resto da cadeia de crenças.

Em relação ao tipo de crença admitida como indubitável, há duas versões clássicas do fundacionalismo. A primeira, chamada de *fiscalista*, serve de suporte às demais crenças e se encontra em percepções observacionais externas imediatas e diretas de objetos físicos. Por exemplo, o fato de você, leitor, estar, neste momento, sob boas condições de observação, diante desta obra. Já a segunda, denominada *fenomenalista*, possui impressões fenomênicas, oferecidas por dados diretamente conhecidos via experiência pelo agente cognitivo, que serviriam de alicerce básico⁴⁸, como o seriam, por exemplo, a experiência de dor, as percepções geométricas, a percepção de cores e a experiência de emoção. Nesse

47. FERREIRA COSTA, Cláudio. Arquiteturas justificacionais. *Revista Dissertatio de Filosofia*. Pelotas: Universidade Federal de Pelotas, v. 25, 2007, pp. 41-60, pp. 43-44.

48. FERREIRA COSTA, Claudio. *Arquiteturas justificacionais... Op. cit.*, 2007, p. 44.

sentido, o conteúdo da experiência já informa os dados, ou seja, se o indivíduo está experienciando dor, a própria experiência lhe confirma o fato.

Já SUSAN HAACK apresenta três versões ao que denomina de *fundacionalismo empírico*: em sua versão *experientialista*, as crenças básicas estão fundadas, não no apoio em outras crenças, mas na experiência sensorial e/ou na consciência introspectiva dos próprios estados mentais do sujeito (aparentemente, é a versão que mais atrai a autora, mas, mesmo assim, inaceitável por si só⁴⁹); em sua versão *extrínseca*, as crenças básicas estão justificadas pela existência de uma conexão causal ou semelhante à lei entre a crença do indivíduo e o estado das questões do mundo que a fazem verdadeiras; e, em sua versão *intrínseca* ou *autojustificativa*, o próprio conteúdo das crenças básicas é a garantia de sua justificação⁵⁰.

Aparentemente, as crenças fundacionais básicas não inferenciais podem ser soluções epistêmicas para o problema do regresso ao infinito. Assim, por exemplo, se o indivíduo vai ao médico e lhe diz que acredita estar com Covid-19, o médico pode lhe perguntar o motivo. Nessa hipótese, o suposto paciente pode responder que sente dor na garganta e no peito, mas se o médico lhe questionar o motivo pelo qual acredita estar com dor de garganta e no peito, tal pergunta, na visão fundacionalista, é irrazoável, porquanto o indivíduo sabe que está com dor porque sente dor, não havendo a necessidade de apontar, por inferência, para outras razões. O mesmo ocorre se o juiz perguntar à testemunha o motivo de ela acreditar ter visto o que relatou. Nesse caso, as percepções da pessoa, a consciência introspectiva de suas atividades mentais e os

49. HAACK, Susan. Una teoría fundaherentista... *Op. cit.*, 1998, p. 40; DINIS, Pedro. *A teoría fundarentista... Op. cit.*, 2013, p. 83.

50. HAACK, Susan. *Evidencia e investigación: hacia la reconstrucción en epistemología*. Tradução de Maria Ángeles Martínez García. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 31-32.