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
4ª Tiragem

2027

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

PRIMEIRA PARTE

O CONTEXTO DA TOMADA DE DECISÕES SOBRE A PROVA NO PROCESSO JUDICIAL

1.

INTRODUÇÃO

Um dos pressupostos habituais nos estudos sobre a prova jurídica, especialmente na doutrina dos países de *civil law*, é considerar que a prova jurídica não poderia ser estudada a partir da perspectiva da noção geral de prova, própria da epistemologia geral e, por exemplo, das ciências naturais. A prova no direito teria tantas e importantes particularidades que tornariam necessário elaborar uma noção especificamente jurídica de prova. Em algumas ocasiões, inclusive, essa fragmentação é levada ao extremo de sustentar a necessidade de contar com uma noção própria e específica de prova jurídico-penal, distinta da jurídico-civil ou administrativa etc.

Como fundamento dessa fragmentação aportam-se normalmente duas razões: a) o processo judicial poder oferecer sustentação unicamente a verdades aproximadas; a informação nesse disponível sobre os fatos a provar é deficiente, tanto

por sua confiabilidade relativa como por seu caráter necessariamente incompleto. Nunca o processo judicial poderá ser um instrumento adequado para a obtenção de informação completa, que possa justificar uma decisão sobre os fatos para além do caráter aproximativo. Por isso, a decisão tomada no processo sobre a prova dos fatos alegados pelas partes caracteriza-se necessariamente por sua produção em um contexto de incerteza.

Por outro lado, b) é comum advertir que o desenvolvimento da atividade probatória é amplamente regrado, isto é, que não estamos diante de uma atividade livre; juízes e tribunais submetem-se a um bom número de regras jurídicas que regulam sua produção[1]. Essa seria uma crucial diferença entre a atividade probatória jurídica e a atividade probatória geral, submetida unicamente aos imperativos epistemológicos. Um clássico defensor dessa última tese e da conseguinte fragmentação da noção de prova é Carnelutti, que sustenta que:

> De forma geral, *provar* significa, com efeito, demonstrar a verdade de uma proposição afirmada. Por outro lado, no âmbito jurídico, o controle dos fatos controvertidos por parte do juiz pode não se realizar mediante a busca da sua verdade, mas sim mediante os procedimentos de fixação formal [...]. Se a lei dá conta desses processos sob o nome de prova, isso pressupõe que o conteúdo próprio do vocábulo na linguagem jurídica se altera e se deforma. Provar, com efeito, já não significará

1. Observa essa mesma tendência geral Taruffo, que lhe atribui a consequência de que os juristas tendam a se preocupar unicamente com o estudo do direito das provas, esquecendo ou abandonando o estudo das noções não especificamente jurídicas do problema. Veja-se Taruffo, 1992: 303, 317-318.

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 processo[24], 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.

4.

UMA ANALOGIA ESTIMULANTE: A TOMADA DE DECISÕES CLÍNICAS

Como já destacado anteriormente, é muito comum propor a analogia entre a atividade do juiz no momento da determinação dos fatos provados e o trabalho investigativo do historiador. Essa analogia não é carente de fundamento, mas também encontra importantes limitações (Rescher-Joint, 1959; Twining, 1984: 106 e ss. e Taruffo, 1992: 310-315) e já foi amplamente explorada. Não insistirei, por isso, nesse caminho.

Se levamos em conta, entretanto, a *ratio* dessa analogia, creio que se possa explorar um outro caminho interessante. Na minha opinião, é central aqui o caráter de ciência ideográfica presente tanto na atividade de determinação judicial dos fatos

como na historiografia. E também, como me proponho a mostrar, na clínica diagnóstica[31].

Para apresentar a analogia da tomada de decisões clínicas sobre a doença que sofre um paciente *p* em um momento *m* com a análise dos fatos no processo judicial, será útil a apresentação realizada anteriormente ao contexto de tomada de decisões. Assim, procederei ponto a ponto observando se cada uma das características que definem o contexto da tomada de decisões na prova jurídica é compartilhada ou não no caso da tomada de decisões clínicas.

Em primeiro lugar, vale a pena destacar que a decisão clínica diagnóstica se refere tipicamente a um fato individual e irrepetível: a presença de uma determinada doença em um paciente. Esse fato individual não é acessível de forma direta para o médico, de modo que esse só pode perceber outros fatos (sintomas, reações a estímulos, provas diagnósticas, declarações do paciente, histórico clínico etc.), a partir dos quais deverá obter inferências a respeito da doença (Sox *et al.,* 1988: 28). E a decisão diagnóstica deve ser adotada também em um contexto de incerteza (entre muitos outros, Weinstein, M. C., *et al.,* 1980: 2; Sox *et al.,* 1988: 27; Petitti, 1994: 20; Eddy, 1996: 308 e ss.). Isso é, a informação disponível para o médico no momento de tomar a decisão não é completa e nem perfeita. Ademais, as provas diagnósticas não oferecem (quase) nunca uma informação concludente, no sentido de que raramente permitem identificar com certeza de que doença sofre

31. A mesma sugestão encontra-se em Igartua, 2003b: 137-141. Uma boa análise das semelhanças e divergências, de autoria multidisciplinar, pode ser vista em Vicenti, 2000.

SEGUNDA PARTE

ELEMENTOS PARA UMA DECISÃO RACIONAL SOBRE A PROVA

1.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste capítulo é apresentar o esboço de uma teoria da valoração racional da prova no processo judicial. Esse objetivo geral, entretanto, exige alguns esclarecimentos iniciais que eu não gostaria de deixar de lado.

Em primeiro lugar, convém advertir que o que aqui direi aplica-se unicamente aos sistemas que acolhem o denominado princípio da livre valoração da prova (e às decisões tomadas sob a égide desse princípio). Substancialmente, creio que esse sistema poderia ser visto como um modelo de julgamento que pressupõe a confiança do legislador no juiz no tocante à decisão sobre os fatos. Por isso, será o juiz – ou, quando for o caso, o jurado – quem decidirá sobre os fatos provados do caso, à luz dos elementos de juízo aportados ao processo; e isso sem indicações legais que lhe prescrevam o resultado que deve ser atribuído à presença de algum elemento de juízo.

A situação é totalmente diferente se nos deparamos com sistemas (ou com decisões tomadas no sistema) de prova legal ou taxada. Nesse modelo, que poderia ser entendido como de desconfiança do legislador em relação ao juiz, é o primeiro, e não o segundo, quem atribui o resultado probatório aos diferentes meios de prova. Isso tem um importante impacto na estrutura do raciocínio: o legislador não pode de forma alguma decidir sobre o caso individual, razão pela qual as regras de prova legal ditadas referir-se-ão sempre a tipos de casos. A decisão judicial tomada sob esse modelo, em consequência, é simplesmente produto do cumprimento da previsão legal[1].

Pois bem, na tradição jurídica continental deu-se destaque à *liberdade* da valoração da prova, dando lugar ao que Ferrajoli (1998: 118) denominou "uma das páginas politicamente mais amargas e institucionalmente mais deprimentes da história das instituições penais"[2]. Assim, concebe-se o

1. Não esqueço aqui de que muitos problemas podem se apresentar no âmbito interpretativo da regra de prova legal; tais problemas podem fazer com que a aplicação dessa não seja um processo formalista mecânico que elimine a discricionariedade judicial. Não obstante, trata-se de um problema que eu gostaria de deixar, por ora, de lado. Importa-me neste ponto unicamente destacar o objeto do raciocínio: no modelo da livre valoração da prova o juiz deverá motivar (expressamente ou não, dependendo dos sistemas) que sua decisão sobre os fatos provados se justifica a partir dos elementos de juízo incorporados ao processo; no modelo da prova legal ou taxada, por outro lado, o julgador unicamente deverá justificar a ocorrência do suporte fático da regra de prova legal, para fins de aplicar sua consequência prevista (por exemplo, se se dispõe de uma confissão, e o legislador prevê como consequência que o que é confessado faz prova plena). Isso talvez mostre, por certo, que um sistema puro de prova legal ou taxada não é possível: o juiz sempre deverá realizar uma atividade de valoração da prova para considerar provada a ocorrência do suporte fático da regra de prova legal.

2. O mesmo vale, na minha opinião, para qualquer outra jurisdição.

2.

NOVAMENTE SOBRE OS MOMENTOS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA NO PROCESSO

O leitor recordar-se-á de que no início deste livro explicitei 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 livro[12]. 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.

APÊNDICE

PROLEGÔMENOS PARA UMA TEORIA SOBRE OS *STANDARDS* PROBATÓRIOS. O *TEST CASE* DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR PRISÃO PREVENTIVA ERRÔNEA[1]

Tradução[2]: ***DANIEL DE RESENDE SALGADO***[3]
LUÍS FELIPE SCHNEIDER KIRCHER[4]

---

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.

1.

INTRODUÇÃO

A tradicional tendência de abandono do raciocínio probatório e da teoria geral da prova que caracterizou, em nossa cultura jurídica, tanto os estudos processuais clássicos como os de Filosofia do Direito, alterou-se claramente nas duas últimas décadas.

Mesmo assim, ainda existe uma grande lacuna na teoria geral da prova, bem como nas teorias do garantismo penal e processual. Todas essas concepções, de alcances distintos (mas evidentemente relacionadas entre si), são bastante incompletas se não abordarem o problema de como determinar os graus de suficiência probatória para cada fase do procedimento e para cada tipo de processo. E essa falta de teorização, quando transladada para a legislação, face à ausência de *standards* de prova, converte-se no calcanhar de Aquiles de um desenho processual que pretenda limitar arbitrariedades e fomentar o controle das decisões probatórias.

Um sistema sem *standards* probatórios é um sistema sem regras de justificação das decisões sobre os fatos, o que faz com que se tornem inúteis vários dos direitos processuais – *in itinere* – do procedimento (como a presunção de inocência) e até mesmo o dever de motivação. Por essa razão, neste trabalho será apresentado um primeiro esboço teórico sobre a forma como devem ser formulados os *standards* de prova, analisando-se, a seguir, como *test case,* a necessária operatividade dos *standards* em diferentes níveis, a regulação legal e o tratamento jurisprudencial do direito à reparação em face de uma prisão preventiva *indevida.*

Atualmente, são lugares comuns para a concepção racionalista da prova[5] os seguintes pressupostos, que serão, desde logo, tomados como premissas:

1) Há uma relação teleológica entre a prova e a verdade, de modo que a verdade é um objetivo institucional a ser alcançado pela prova no processo judicial.[6]

2) O conceito de verdade útil para dar conta dessa relação teleológica é o de verdade como correspondência, de maneira que se pode dizer que um enunciado fático (formulado no marco de um processo judicial e submetido à prova) é

5. Pode-se ver uma caracterização dessa concepção em: FERRER-BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba,* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 64-66.

6. Para um maior aprofundamento e justificação dessa premissa, ver: FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho.* Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 55 e ss. (Há tradução para o português: FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e Verdade no Direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.).

Prisão provisória. Artigo 503.1 da LECrim: "Para decretar a prisão provisória serão necessárias as seguintes circunstâncias:

(…)

2. Que apareçam na causa *motivos bastantes para acreditar* que a pessoa contra quem será decretada a prisão é responsável criminalmente pelo delito."

Absolvição sumária.[35] "Art. 637, da LECrim: Proceder-se-á à absolvição sumária:

1. Quando não existirem indícios razoáveis de perpetração do fato que deu motivo à formação da causa.

(…)

3. Quando aparecerem excludentes de responsabilidade criminal em relação às pessoas processadas como autores, cúmplices ou acobertadores."

Art. 640 da LECrim: "No caso do parágrafo 3º do artigo 637, limitar-se-á a absolvição aos autores, cúmplices ou acobertadores que *parecerem indubitavelmente isentos de responsabilidade criminal*, continuando-se a causa em relação aos demais que não se encontrarem na mesma situação (…)."

35. NT: Decidimos traduzir "sobreseimiento libre" como "absolvição sumária", em razão de ser uma espécie de extinção antecipada (antes da prolação da sentença) do processo pela ausência de pressupostos necessários para dar continuidade à ação penal, sendo equivalente a um arquivamento definitivo.