

Thiago Colnago Cabral

Os critérios lógicos da admissibilidade probatória no processo penal

Tese de doutorado

Orientador: Professora Dr.^a Maria Thereza Rocha de Assis Moura

**Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
São Paulo – SP
2022**

Thiago Colnago Cabral

Os critérios lógicos da admissibilidade probatória no processo penal

Tese de doutorado

Orientador: Professora Dr.^a Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Tese apresentada a banca examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob orientação da Professora Doutora Maria Thereza Rocha de Assis Moura.

**Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
São Paulo – SP
2022**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cabral, Thiago Colnago Os critérios lógicos de admissibilidade probatória no processo penal ; Thiago Colnago Cabral ; orientadora Maria Thereza Rocha de Assis Moura -São Paulo, 2023.

276

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Direito. 2. Processo Penal. 3. Provas. 4. Admissibilidade. 5. Lógica. I. Moura, Maria Thereza Rocha de Assis, orient. II. Título.

*...los jueces podrían también experimentar sorpresa si fueran
plenamente conscientes de la densidad de las cuestiones
epistemológicas y la notable complejidad de los procesos lógicos
implícitos en el más elemental de los razonamientos de que
habitualmente hacen uso*

(Perfecto Andrés Ibáñez)

RESUMO

O exercício da jurisdição em um modelo democrático, adotando-se a distinção estabelecida por Ferrajoli, pressupõe o atendimento a conjunto de regras estabelecidas na definição de um estatuto mínimo de direitos do cidadão que figure como réu, inerentes ao devido processo legal. Tal exigência, entretanto, não é, por si só, suficiente para assegurar a legitimidade do exercício do poder punitivo estatal. É condição de validade ao exercício da jurisdição, ainda, que a decisão do julgador esteja fundada em adequado juízo de valor acerca da verdade dos fatos que integram o objeto da imputação. Independentemente dos critérios que a Filosofia estabelece para a atribuição da condição de verdadeiros a determinados enunciados, é certo que a correspondência entre a conclusão judicial e a efetiva ocorrência no mundo fenomênico, aliada ao conjunto de direitos que compõe o devido processo legal, conformam uma estrutura mínima de legitimação do poder punitivo estatal. Neste contexto, a prerrogativa das partes de influir na formação do convencimento judicial, apresentando evidências que sirvam à demonstração da veracidade de seus enunciados sobre a imputação, constitui efetivo direito subjetivo dos litigantes, o qual, entretanto, comporta limitações. Tais restrições à prerrogativa de produzir provas, especificamente quando fundadas em preceitos lógicos, talvez por não receberem adequado tratamento dogmático, estabelecem notória insegurança na apreciação do tema pelo Judiciário no juízo de admissibilidade das provas. Ademais, o tratamento normativo da questão, em regra atrelado às noções de prova relevante, pertinente, abundante, protelatória, supérflua, inverossímil e inidônea, as quais se marcam por certo grau de subjetividade, acaba por reforçar a falta de elementos confiáveis para a identificação da influência da lógica na delimitação do direito subjetivo das partes de introduzir material probatório. É, destarte, imprescindível que seja devidamente delimitada a influência que a lógica, enquanto faceta do pensamento racional, exerce em relação ao juízo de admissibilidade das provas no processo penal, empregando-se metodologia de pesquisa bibliográfica.

ABSTRACT

The exercise of jurisdiction in a democracy, adopting the distinction established by Ferrajoli, presupposes compliance with a set of rules established in the definition of a minimum statute of citizen's rights who appears as a defendant, inherent in the due process of law. Such requirement, however, is not, by itself, enough to ensure the legitimacy of the exercise of state punitive power. It is a condition of validity to the exercise of jurisdiction even if the judge's decision is based on an adequate judgement of value about the truth of the facts that integrate the object of the imputation. Regardless of the criteria that Philosophy establishes to assign the condition of true to certain statements, it is certain that the correspondence between the judicial conclusion and the actual occurrence in the phenomenal world, allied with a set of rights that make up the due process of law, form a minimal structure of legitimation of punitive state power. In this context, the prerogative of the parties to influence in the formation of the judicial conviction, showing evidence to demonstrate the veracity of his statements about the imputation, constitutes an effective subjective right of the litigants, which, however, has limitations. These restrictions on the prerogative of introduction of the evidentiary material, specifically when grounded in logical precepts, for not receiving adequate dogmatic treatment, which results in remarkable insecurity regarding the evaluation of the topic by the Judiciary, mainly in the judgement of admissibility of the evidence. The logical restrictions of the right to proof, usually dealt by legislation through references to the notions of relevance, pertinence, abundance, postponement, superfluous, implausible and unreliable, that are marked by a certain degree of subjectivity, which ends up reinforcing the lack of reliable elements for the identification of the influence of logic in the delimitation of the subjective right of the parties to introduce evidentiary material. It is essential that the influence that logic, as a facet of rational thinking, practices in relation to the judgement of admissibility of evidence in criminal proceedings, is properly delimited, using bibliographic research methodology.

RIASSUNTO

L'esercizio della giurisdizione in un modello democratico, adottando la distinzione stabilita da Ferrajoli, presuppone il rispetto di un insieme di regole stabilite nella definizione di uno statuto minimo di diritti del cittadino che si configura come convenuto, inerenti al giusto processo. Tale requisito, tuttavia, non è, di per sé, sufficiente a garantire la legittimità dell'esercizio del potere punitivo statale. È altresì condizione di validità per l'esercizio della giurisdizione che la decisione del giudice sia basata su un adeguato giudizio di valore circa la verità dei fatti che costituiscono l'oggetto dell'imputazione. A prescindere dai criteri che la Filosofia stabilisce per l'attribuzione della condizione di vero a determinate affermazioni, è certo che la corrispondenza tra la conclusione giudiziale e l'effettivo verificarsi nel mondo fenomenico, alleata all'insieme dei diritti che compongono il giusto processo, formano una struttura minima di legittimazione del potere punitivo dello Stato. In tale contesto, la prerogativa delle parti di influenzare la formazione della condanna giurisdizionale, presentando elementi atti a dimostrare la veridicità delle proprie affermazioni sull'imputazione, costituisce un effettivo diritto soggettivo dei litiganti, che presenta però dei limiti. Le cosiddette restrizioni alla prerogativa di introdurre materiale probatorio, in particolare quando fondato su precetti logici, per non aver ricevuto un adeguato trattamento dogmatico, il che si traduce in famigerata insicurezza circa la valutazione della materia da parte della Magistratura, soprattutto nel giudizio di ammissibilità delle prove. In particolare per quanto riguarda le restrizioni logiche del diritto alla prova, di regola affrontato dalla normativa attraverso il richiamo alle nozioni di rilevanza, pertinenza, abbondanza, ritardo, superfluo, improbabile e poco raccomandabile, che sono contrassegnate da un certo grado di soggettività, che finisce per rafforzare la mancanza di elementi attendibili per identificare l'influenza della logica nella delimitazione del diritto soggettivo delle parti di introdurre materiale probatorio. È, quindi, essenziale che l'influenza che la logica, in quanto aspetto del pensiero razionale, esercita in relazione al giudizio di ammissibilità delle prove nel procedimento penale sia assolutamente delimitata, utilizzando la metodologia della ricerca bibliografica.

Agradecimentos

Para mim, a obtenção do doutoramento em Direito sempre foi um sonho, e nunca imaginei, de fato, que este sonho pudesse passar pelas Arcadas, parte do imaginário de qualquer pessoa que se dedique ao estudo jurídico no Brasil.

A Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, referência histórica e de ensino jurídico no mundo, é berço de parcela considerável dos maiores juristas do Brasil, assim como de inúmeras personalidades da vida nacional, além de servir de cenário aos mais legítimos e espontâneos movimentos dos brasileiros.

A velha e sempre nova Academia de Direito é efetivamente paradigmática na formação de qualquer pessoa que tenha vivenciado o privilégio de respirar seus ares.

Imprescindível, então, agradecer efetivamente a todos que, em qualquer das etapas desse sonho, participaram do meu projeto de doutoramento.

Os amigos irmãos Lívio Oliveira Ramalho e Luiz César Siqueira Santiago, o cara da nota 11, sempre foram referência de uma formação qualificada, representando parâmetro a ser seguido nas minhas atividades acadêmicas.

No início destas atividades, a propósito, ainda na Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, fundamentais as figuras dos Professores Cleanto Guimarães Siqueira, Fernando Estevam Bravin Ruy, Rodrigo Reis Mazzei e Ricardo Gueiros Bernardes Dias.

Neste mesmo período, as atuações profissionais do Desembargador Arnaldo Santos Souza e de Gustavo Varella Cabral sinalizavam a importância da formação dogmática profunda, enquanto circunstância qualificadora do exercício de qualquer profissão.

Já em Minas Gerais, a partir do exercício da magistratura, este papel coube aos Desembargadores Herbert José Almeida Carneiro, Geraldo Augusto de Almeida, Carlos Henrique Perpétuo Braga, Júlio César Gutierrez, Gilson Soares Lemes, José Arthur de Carvalho Pereira Filho, Luiz Carlos de Azevedo Corrêa Júnior e Maria Luiza de Marilac Alvarenga Araújo; assim como aos Ministros Arnaldo Esteves Lima e Jane Silva, do Superior Tribunal de Justiça.

A convivência com eles sempre foi muito agradável e, sobretudo, relevante na demonstração da importância da solidez da formação acadêmica no exercício do pesado encargo da prestação da jurisdição.

Aliás, sem dúvida alguma, foi o saudoso Desembargador Herbert Carneiro quem plantou a semente de que meus estudos de pós-graduação fossem realizados na Universidade de São Paulo.

Na Universidade de São Paulo, que assumo afetuosamente como minha *alma máter*, precisa ser exaltada a atuação dos Professores Alvinho Augusto de Sá, Antônio Magalhães Gomes Filho, Marta Saad, Mariângela Magalhães Gomes, Gustavo Badaró, Pierpaolo Bottini e Salomão Shecaira, exemplos de uma vida dedicada a estudos profundos e muito qualificados, mas sobretudo de um compromisso sério com a formação de jovens estudantes.

A convivência agradável com todos eles, aliada à atenção que sempre dispensaram aos estudantes, destacam de maneira emblemática suas figuras na cultura jurídica nacional, além de justificar o reconhecimento que todos gozam no cenário internacional.

Neste aspecto, os agradecimentos à Professora Marta Saad e ao Professor Gustavo Badaró pelas valiosas orientações e sugestões no exame de qualificação devem ser ainda mais eloquentes.

Este trabalho não alcançaria, com certeza, esta feição se não fossem os direcionamentos recebidos e os materiais disponibilizados, de forma que os agradecimentos a eles são muito especiais.

A estes nomes se soma, com especial distinção, o da Professora Maria Thereza de Assis Moura, a quem quase sempre chamava apenas de professora, a despeito da liturgia inerente ao cargo que ocupa.

A Professora Thereza, apesar de todas as suas infindáveis e delicadas ocupações, se revelou uma orientadora disponível e preocupada, além de uma pessoa de agradável convivência, a par de uma magistrada qualificada e ética, o que lhe confere o reconhecido *status* de referência nacional na jurisdição penal.

A destacada qualificação profissional da Professora Thereza é diretamente proporcional ao afeto e à atenção que sempre me reservou, o que aumentou em muito a admiração que já mantinha por si, antes mesmo de conhecê-la pessoalmente e de privar de sua convivência.

Meus agradecimentos a você, querida Professora, são os mais sinceros e profundos, em reconhecimento ao seu papel fundamental na construção desta pesquisa e na minha formação humana e profissional.

No período do doutoramento, tive ainda o privilégio de vivenciar estágio de estudos em Girona, na Espanha, junto a Universitat di Girona (UdG), o que diversificou bastante o material pesquisado e enriqueceu profundamente minha expertise acadêmica.

Minha profunda gratidão à Catalunha, sintetizada nas pessoas dos Professores Jordi Ferrer Beltrán, Carmen Vázquez e Vitor de Paula Ramos.

A visão de suas muralhas, as lembranças de suas construções medievais e dos passeios na região estarão sempre comigo, todavia, saber que vivi na mesma rua em que viveu Michele Taruffo sempre foi uma responsabilidade muito grande.

É necessário ainda um agradecimento especial a Ana Carolina Silva, Maria Thereza Starling e Taynara Araújo, que se dedicaram à leitura de parte dos originais. Tal encargo foi, ainda, valiosamente aceito pelos amigos Renzzo Giácomo Ronchi e Lourenço Migliorini Fonseca, cujos comentários e ponderações contribuíram profundamente com a construção do texto.

Todos foram, sem dúvida, muito importantes.

Ainda assim, o desenvolvimento destes estudos só foi possível graças ao amparo e à estrutura que minha família sempre me ofereceu – certamente em prejuízo próprio e, em alguns momentos, da nossa própria convivência.

A vocês, pai, mãe, Diego, vô Edson, vô Ioca, Tia Tânia e Gigi meu mais sincero amor e gratidão.

Vocês são a razão de tudo!

Quanto a Taci e a Alice...

Há tanto que eu gostaria de dizer...

Há tanto que eu precisaria lhes dizer...

Mas não existiriam palavras suficientes!

Nunca existirão!

O sentimento é maior! Muito maior!

Me socorre o fato de que meu olhar sempre denuncia meu amor por vocês!

Girona, verão de 2022.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. FATO LITIGIOSO, VERDADE, EPISTEMOLOGIA E PROVA	24
2.1. UMA QUESTÃO DE SEMÂNTICA	29
2.2. A VERDADE E OS CRITÉRIOS PARA SUA IDENTIFICAÇÃO NO CONTEXTO PROCESSUAL	33
2.2.1. <i>Justifica-se a distinção entre verdade material e verdade formal?</i>	46
2.3. A MOTIVAÇÃO DOS ATOS JUDICIAIS	49
2.3.1. <i>A função da epistemologia no julgamento judiciário</i>	51
2.4. PROVA E COGNIÇÃO JUDICIAL	56
2.4.1. <i>Definições processuais do termo</i>	59
2.4.1.1. Momentos da atividade probatória	65
2.4.2. <i>Objeto do processo, objeto da prova e thema probandum</i>	66
2.5. O DIREITO À INTRODUÇÃO DO MATERIAL PROBATÓRIO	72
2.5.1. <i>Um breve exame das legislações internacionais sobre o tema</i>	76
2.6. ALGUMAS PREMISSAS AO PROSSEGUIMENTO	83
3. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS	85
3.1. AS REGRAS DE EXCLUSÃO PROBATÓRIA	89
3.1.1. <i>Limites extraprocessuais do direito à prova</i>	92
3.1.2. <i>Limites processuais do direito à prova</i>	92
3.2. BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA SOBRE A ADMISSÃO DE PROVAS	93
3.3. A ADMISSÃO PROBATÓRIA NA LEGISLAÇÃO CONTEMPORÂNEA	97
3.3.1. <i>A legislação estrangeira</i>	97
3.3.2. <i>A estrutura normativa brasileira</i>	101
3.3.3. <i>Há um padrão contemporâneo de controle de admissibilidade probatória?</i>	104
3.3.4. <i>Distinção entre os modelos da civil law e da common law</i>	108
3.4. O PRINCÍPIO DA RELEVÂNCIA NA ADMISSÃO PROBATÓRIA	112
3.5. ELEMENTOS ADICIONAIS DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE	119
3.5.1. <i>A idoneidade do meio de prova</i>	120
3.5.2. <i>A economicidade da atividade probatória</i>	126
3.6. ADMISSIBILIDADE PROBATÓRIA E NEUTRALIDADE METODOLÓGICA DO JUIZ	128
3.7. UMA NOVA PERSPECTIVA DE ABORDAGEM DO TEMA	129
4. UMA ABORDAGEM À TEORIA DO CONHECIMENTO NO CONTEXTO PROCESSUAL	132
4.1. NOÇÕES DE LÓGICA CIENTÍFICA APLICÁVEIS AO PROCESSO	134
4.2. A APLICAÇÃO DA TEORIA DO CONHECIMENTO NO CONTEXTO PROCESSUAL	139
4.2.1. <i>Estrutura do raciocínio decisório e da motivação</i>	145
4.2.1.1. Individualização da <i>ratio decidendi</i>	146
4.2.1.2. Individualização da norma	147
4.2.1.3. Apuração dos fatos	147
4.2.1.3.1. Índícios, presunções e máximas de experiência na apuração dos fatos	153
4.2.1.4. Qualificação jurídica do suporte fático	157
4.2.1.5. Decisão	158
4.2.1.6. Racionalidade do raciocínio decisório	158
4.3. O JULGAMENTO EM CONTEXTO PROCESSUAL E A RELEVÂNCIA LÓGICA DAS PROVAS	159
5. RECONSTRUINDO A RELEVÂNCIA A PARTIR DA TEORIA DO CONHECIMENTO	167
5.1. A VISÃO ATUAL SOBRE O TEMA	169
5.2. A NOÇÃO DE RELEVÂNCIA A PARTIR DA LÓGICA	177
5.2.1. <i>Relevância versus pertinência?</i>	186
5.2.2. <i>Relevância e potência epistêmica da prova</i>	189
5.2.3. <i>Relevância e ônus da prova</i>	190
5.2.4. <i>A prova inverossímil</i>	191
5.2.5. <i>Prova inidônea</i>	192
5.2.6. <i>Prova inconcludente</i>	193
5.2.7. <i>Relevância e máximas de experiência</i>	194
5.2.8. <i>Relevância e conhecimento privado do juiz</i>	195
5.2.9. <i>Relevância e best evidence rule</i>	196

5.2.10.	<i>Relevância e standard de provas.</i>	197
5.3.	AS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DA ADMISSIBILIDADE PROBATÓRIA	198
5.3.1.	<i>Prova supérflua, redundante e repetitiva</i>	199
5.3.2.	<i>Prova protelatória</i>	202
5.3.3.	<i>Provas sobre fatos incontrovertidos, notórios e admitidos no processo como verdadeiros</i>	203
5.4.	ADMISSIBILIDADE PROBATÓRIA E PROGNÓSTICO DE RESULTADO	205
5.5.	ABORDAGEM CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA RELEVÂNCIA NO BRASIL	206
5.6.	A RELEVÂNCIA PROBATÓRIA: PREMISSAS PARA UMA CONCLUSÃO	207
6.	A RELEVÂNCIA E OS CASOS ESPECÍFICOS DA LEGISLAÇÃO NACIONAL	213
6.1.	ASPECTOS INERENTES À AÇÃO PENAL E SEUS INCIDENTES	214
6.1.1.	<i>Admissão da denúncia ou queixa</i>	215
6.1.2.	<i>Questões e processos incidentes</i>	216
6.1.3.	<i>Medidas cautelares pessoais</i>	221
6.1.4.	<i>Medidas cautelares reais</i>	225
6.2.	ASPECTOS INERENTES À INSTRUÇÃO PROPRIAMENTE DITA	227
6.2.1.	<i>Cadeia de custódia</i>	229
6.2.2.	<i>Em relação à produção de prova testemunhal</i>	230
6.2.3.	<i>Compartilhamento de provas</i>	231
6.3.	ASPECTOS INERENTES AO JUÍZO DE MÉRITO	232
6.3.1.	<i>A negativa de autoria e de ocorrência do fato</i>	233
6.3.2.	<i>Excludentes de ilicitude e de culpabilidade</i>	233
6.3.3.	<i>Fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito</i>	235
6.3.4.	<i>Aspectos inerentes a figuras típicas específicas</i>	235
6.3.4.1.	Crimes contra a pessoa	236
6.3.4.2.	Crimes contra a honra	237
6.3.4.3.	Crimes contra o patrimônio	238
6.3.4.4.	Crimes contra propriedade imaterial	239
6.3.4.5.	Crimes contra a dignidade sexual	240
6.3.4.6.	Crimes contra a fé pública	241
6.3.4.7.	Crimes contra a administração pública	242
6.3.4.8.	Crimes da Lei de Drogas	243
6.3.4.9.	Crimes contra o sistema financeiro	244
6.3.4.10.	Crimes contra a ordem tributária e econômica	246
6.3.4.11.	Crimes contra as relações de consumo	247
6.3.4.12.	Delito de lavagem de capitais	248
6.3.4.13.	Crimes falimentares	249
6.4.	ASPECTOS INERENTES À SANÇÃO PENAL E SEUS EFEITOS	251
6.4.1.	<i>Dosimetria da pena</i>	251
6.4.2.	<i>Efeitos secundários da sentença</i>	253
6.4.3.	<i>Questões referentes ao cumprimento da sanção penal</i>	254
6.5.	ASPECTOS INERENTES ÀS AÇÕES AUTÔNOMAS DE IMPUGNAÇÃO	256
7.	CONCLUSÕES	258
	REFERÊNCIAS	261

1. Introdução

O exercício da jurisdição penal, especificamente nas hipóteses de imposição de sanção, pressupõe interferência estatal direta na esfera de liberdade do cidadão, fundada na soberania pública com base na observância à legalidade estrita.

Para que se possa conceber, neste sentido, a restrição de direitos individuais de cidadão por força de decisão judicial, esta deverá se fundar em um conjunto, predefinido na lei, de instrumentos que assegurem o resguardo a regras que legitimem o exercício do *jus puniendi* pelo Estado juiz.

Sem a referida estruturação, a jurisdição se reveste de arbítrio.

Tal visão guarda relação direta com a concepção adotada quanto ao processo judicial, enquanto instituto, ficando estabelecida neste trabalho a premissa de que este consiste em método de resolução de conflitos, empregada para pôr termo a litígio, observando os direitos e garantias individuais e coletivos¹⁻².

As regras que compõem este conjunto estruturado constituem, assim, um arcabouço que, ao mesmo tempo, assegura direitos fundamentais ao cidadão e legitima a atuação estatal, distinguindo atos de arbítrio público de uma atuação legítima, fundada na soberania do interesse da coletividade e no primado da legalidade.

De um lado, tais instrumentos de estruturação tangenciam diretamente ao direito material, consoante se identifica, por exemplo, nos dogmas da legalidade estrita, da anterioridade da lei penal e da inadmissibilidade de determinadas espécies de sanções penais, que restringem substancialmente o direito de punir.

Entretanto, de outra banda, a instituição de regramento processual também guarda relação direta com o escopo instrumental de legitimação da jurisdição, exigindo, por exemplo, observância à competência previamente definida, inerente ao princípio do juiz natural, que deve ser também de imparcial e inerte, bem como estabelecendo ditames de processamento conforme o devido processo legal.

¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 109.

² Diego Dei Vecchi atribui certa incongruência à visão do importante professor italiano, indicando que, enquanto método direcionado à resolução de conflitos, se “*identificaria la justicia de la decisión como meramente procedimental, reducida al respeto de las reglas del juego*” (DEI VECCHI, Diego. *La prueba judicial como conocimiento*. In FERRER BELTRÁN, Jordi & VÁZQUEZ, Carmen (coord). **Debatiendo con Taruffo**. Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 273). A crítica, entretanto, não se afigura adequada na medida em que, ao detalhar sua concepção de processo, Taruffo focou-se na sua concepção institucional, sem se dedicar à apreciação do papel da verdade na legitimação da jurisdição.

Logo, à margem das restrições substanciais, apresentam-se outras, de natureza procedimental, que também se prestam à legitimação do *jus puniendi*, apesar de não consistirem, nem as limitações de enfoque material, nem as de conotação processual, por si só elementos que asseguram a justiça da decisão.

Es obvio que a un proceso justo puede seguir una decisión injusta, si el juez se equivoca al interpretar la norma o si los hechos no se determinan correctamente porque el juez valora en modo equivocado el resultado de las pruebas³.

A propósito, a concepção da necessidade de um conjunto estruturado de medidas que tenham a finalidade de legitimar a atuação estatal na prestação da jurisdição foi reconhecida na classificação adotada por Luigi Ferrajoli, no seu *Direito e Razão*, que distingue os modelos processuais em autoritários e democráticos⁴.

Com efeito, não há como se possa conceber uma noção democrática de processo penal em que a soberania estatal seja exercida sem atendimento a um conjunto de regras que estatuem o devido processo legal.

Nesta quadra, compõem-se, então, um feixe de prescrições substanciais e processuais que se prestam, destarte, a legitimar a atuação estatal de imposição de sanções fundada na lei penal, mas que isoladamente não garantem a justiça da decisão.

Assim, o referido arcabouço é puramente estrutural, de forma que o exercício da soberania estatal, ao menos de modo legítimo, não se satisfaz apenas com o atendimento às ditas formalidades. É fundamental, todavia, para que a atuação estatal se revista de legitimidade, que às ditas formalidades se acresça ainda outro requisito.

Tal requisito é, inegavelmente, a verdade dos fundamentos das decisões⁵, enquanto lastro da deliberação estatal pelo Judiciário⁶.

³ TARUFFO, Michele. *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*. **Discusiones**. Buenos Aires, n. 3, 2003, p. 80.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**. 9.ed., Roma: Laterza, 2009, p. 39.

⁵ Interessante perceber que as noções de verdade e justiça envolvem ontologicamente significações diversas, destacando-se, por exemplo, a opção do legislador italiano de, na Lei n.º 287, de 10 de abril de 1951, ao regular o serviço do “*giudici popolari*”, estabelece a exigência do seguinte juramento: “*Con la ferma volontà di compiere da persona d'onore tutto il mio dovere, cosciente della suprema importanza morale e civile dell'ufficio che la legge mi affida, giuro di ascoltare con diligenza e di esaminare con serenità prove e ragioni dell'accusa e della difesa, di formare il mio intimo convincimento giudicando con rettitudine e imparzialità, e di tenere lontano dall'animo mio ogni sentimento di avversione e di favore, affinché la sentenza riesca quale la società deve attenderla: affermazione di verità e di giustizia. Giuro altresì di conservare il segreto*” (art. 30). O legislador brasileiro, na formação do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, exige compromisso solene de julgamento “*de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça*” (art. 472 do CPP), sem referência à exigência da verdade.

⁶ A despeito da flagrante importância da verdade no exercício da jurisdição, não se pode deixar de consignar que “*en el ámbito del Derecho hay al menos tres tipos de razones que se han usado para rechazar el papel de la verdad en el proceso (en su sentido tradicional de verdad como correspondencia con la realidad): la negación de la verdad puede hacerse desde una perspectiva teórica, ideológica o técnica. Las razones teóricas del rechazo de la verdad en el proceso suelen ser consecuencia de un escepticismo filosófico que niega la posibilidad del conocimiento en general (y no sólo del conocimiento en el caso del juez). Las razones ideológicas se basan en la idea de que la verdad no debe ser perseguida en el proceso (normalmente se refieren al proceso civil), y suelen tener detrás alguna concepción del mismo en la que búsqueda de la verdad no cumple un papel relevante o positivo. Las razones técnicas, por último, se basan en la imposibilidad fáctica de encontrar la verdad a través del proceso, bien porque el juez no puede tener un conocimiento directo de la realidad, o bien por limitaciones de tiempo o circunstancias de este estilo*” (GONZÁLES LAGIER, Daniel. *Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el*

Giulio Ubertis adverte que, independentemente do critério que se empregue para definir e avaliar a justiça das decisões⁷⁻⁸, somente quando fundada em uma verdadeira reconstrução do fato originário do processo⁹.

Todo aquele arcabouço de instrumentos e formalidades, enquanto requisito de validade ao exercício da jurisdição, assume inegavelmente o papel de simulacro, de efetivo engodo, na hipótese de a conclusão judicial estar calcada em versão dos fatos dissociada da verdade, ainda mais em tempos em que, muitas vezes, o discurso e a narrativa construídos se prestam à modificação da realidade em efetiva pós-verdade.

Assim, não há como se possa sustentar a legitimidade da atuação estatal que, conquanto cumprindo todas as exigências estruturantes da jurisdição penal, decorra de atividade de subsunção das normas a partir de uma reconstrução dos fatos no processo dissociada da verdade¹⁰.

Conquanto esta percepção possa parecer evidente, não há como deixar de perceber que o problema da verdade dos enunciados judiciais, ao menos até pouco tempo, não ocupava lugar central na dogmática jurídica.

Diego Dei Vecchi atribui tal omissão dos estudiosos do direito a:

concepciones del proceso judicial como procedimiento al cual, o bien le es indiferente tanto la verdad de los enunciados fácticos cuanto su justificación; o bien, aunque no siéndole indiferente la verdad de ellos, no ha de preocuparle especialmente su justificación como verdaderos, dado que se trataría de una cuestión externa, ya resuelta al momento de la decisión.¹¹

Ainda no que toca à referida omissão, Daniel Lagier ressalta que “*se encuentran numerosos estudios sobre la regulación jurídica de la prueba, pero escasos trabajos sobre las conexiones entre prueba y epistemología*”¹², advertindo que “*si queremos un proceso justo,*

razonamiento judicial. **Análisi e Diritto**. Torino, 2000, pp. 1-2).

⁷ Sob outro enfoque, Rosemiro Pereira Leal afirma que “*decisão justa só seria aquela decisão que se adequasse às características e objetivos da teoria democrática processualmente fundacional da normatividade. As decisões, nesta acepção, só se legitimariam pela pré-compreensão teórica do discurso democrático como base da fundamentação da decisibilidade*” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3.ed., Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 81).

⁸ Jordi Ferrer Beltrán já registrou, em várias exposições sobre o tema, inclusive com menção a referências linguísticas do espanhol e do italiano, que o mais adequado seria reconhecer que a verdade é pressuposto a decisão correta, e não justa, notadamente ante a subjetividade inerente às noções de justiça de cada indivíduo. Ainda assim, o professor da Universidade de Girona reconhece a ampla disseminação do emprego da expressão justa na espécie, especialmente a partir da obra de Michelle Taruffo.

⁹ UBERTIS, Giulio. *I criteri di ammissibilità probatoria*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 190.

¹⁰ Relevante registrar que, no âmbito dos Direitos Humanos, é relativamente usual a referência a um *direito à verdade*, incidente nas relações dos cidadãos com os Estados, inerente à condição humana, que exige credibilidade e lastro nas suas relações com as esferas oficiais de poder, tal como se verifica, por exemplo, na atuação das chamadas Comissões da Verdade, instituídas ordinariamente em fases de redemocratização após período de governo ditatorial (NAQVI, Yasmin. *The right to the truth in international law: fact or fiction?* **International Review of the Red Cross**. V. 88, n. 862, June 2006, p. 272).

¹¹ DEI VECCHI, Diego. *Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad*. **Discusiones XIII**. n. 13, Buenos Aires, febrero de 2013, p. 234.

¹² GONZÁLES LAGIER, Daniel. *Hechos y argumentos*. **Jueces para la democracia**. Madrid, n. 47, p. 35.

hemos de asegurarnos de que esté orientado al descubrimiento de la verdad, y para ello debe sujetarse a ciertos requisitos de racionalidad epistemológica”¹³.

Retomando, então, o raciocínio anterior, surge a questão: o que é a verdade¹⁴?

Ora, em sendo a verdade uma condição ao exercício legítimo da jurisdição, é imperiosa a identificação do procedimento de verificação dos argumentos¹⁵ no processo¹⁶, tendente a lhes atribuir a condição de verdadeiros, enquanto valor social fundamental a um processo judicial de feição democrática e, em última razão, a uma decisão justa¹⁷.

No âmbito da Filosofia, no qual a verdade figura como objeto de estudo direto, os critérios para sua identificação, sua verificação, são concebidos a partir das teorias da coerência, semântica, pragmática e da correspondência, as quais se subdividem em vários enfoques específicos.

A despeito da mencionada multiplicidade de enfoques do tema, a ser abordado com maior profundidade no curso da pesquisa, é importante registrar, desde logo, a ampla prevalência da teoria da correspondência, ao menos na concepção judiciária da verdade.

De modo resumido, consideradas as limitações deste estudo, é suficiente sublinhar que, para as teorias da correspondência, *“a verdade de uma proposição consiste não em suas relações com outras proposições”*, em nítida objeção à teoria da coerência, *“mas em sua relação com o mundo, sua correspondência com os fatos”*¹⁸.

Tida a prevalência desta noção de correspondência, afigura-se flagrante a verificação de que cabe ao contraditório, enquanto instrumento inerente ao devido processo legal, servir de ferramenta mais adequada à identificação da verdade no processo, a partir de efetiva intervenção das partes na formação da convicção judicial.

Com efeito, entendido o critério de aferição da verdade a partir da correspondência das alegações com os fatos do mundo, a importância do contraditório reside justamente na

¹³ *Ibid.*, p. 35.

¹⁴ Yasmin Naqvi faz abrangente registro semântico acerca da expressão *verdade*, nos seguintes termos: *“Interestingly, like the German word ‘Recht’, the word for truth in Arabic, ‘al-Īqq’ (al-Haq), also means ‘right’ (i.e., opposed to ‘wrong’, but also in the sense of a legal right) as well as ‘justice’ and even ‘law’ (although, like the German word ‘Gesetz’, there is also a separate word for that: qĀnŪn). This suggests a conception of truth in line with Kant’s summation, although in Islamic theology ‘the Truth’ is one of the inalienable characteristics of God and therefore has an absolute and ‘a-human’ quality”*(NAQVI, Yasmin. *The right to the truth in international law: fact or fiction? International Review of the Red Cross*. V. 88, n. 862, June 2006, p. 250).

¹⁵ Merece registro, já no início do trabalho, a referência de Ubertis, aqui adotada integralmente, no sentido de que, *“para evitar fastidiosas repeticiones, seguiremos empleando como sinónimos términos tales que ‘enunciado’, ‘proposición’, ‘aserción’, ‘aserto’, o ‘afirmación’ (de los que, generalmente, en la literatura sobre el tema, no se hace un uso uniforme), porque esto no incide en nuestras consideraciones, de cuyo contexto debería emerger con facilidad cuando la referencia es a la expresión lingüística o cuando al contenido”* (UBERTIS, Giulio. **Elementos de epistemología del proceso judicial**. Madrid: Trotta, 2017, p. 20).

¹⁶ Susan Haack faz anotação importante referente à distinção entre definição de verdade e critérios de verdade, sustentando que, enquanto a definição se refere ao significado da palavra verdadeiro, de noção efetivamente axiológica, seus critérios indicam os testes de verificabilidade dos argumentos, a fim de atribuir, ou não, a eles a noção de verdadeiro (HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: UNESP, 2002, p. 130). Assim, o emprego da expressão verdade no processo refere-se, mais precisamente, aos expedientes de checagem dos argumentos, tendentes a lhe atribuir o caráter de verdadeiro e, assim, à decisão que os julga.

¹⁷ UBERTIS, op.cit, p. 12.

¹⁸ HAACK, op.cit, p. 127.

oportunidade efetiva das partes de se contrapor às alegações e de apresentar argumentos para justificar ou infirmar assertivas, revestindo-se da condição de mais qualificado instrumento à verificação da correspondência.

Muito importante reconhecer que, à margem do contraditório, a aferição da correspondência, enquanto critério de atribuição do *status* de verdade, afigura-se improvável, senão impossível.

Pertinente aqui retomar a menção inicialmente feita: o arcabouço estruturante do processo se presta a assegurar a legitimidade da atuação estatal no exercício jurisdicional, contudo tais regras, isoladamente, não asseguram a regularidade do exercício da soberania.

É imprescindível que tal exercício se funde também na verdade, a qual, noutro aspecto, é alcançada justamente pelo contraditório, enquanto elementar dos vetores de estruturação do processo, notadamente porque *“los jueces sólo aplican, entonces, normas jurídicas a hechos cuando las premisas empíricas de sus sentencias son verdaderas”*¹⁹.

Preveem-se, destarte, elementos de retroalimentação (devido processo legal e verdade), que assumem o nítido papel de servir à validação do exercício da jurisdição.

Se o contraditório é, então, o meio à mais adequada participação das partes na reconstrução dos fatos em juízo para identificação da verdade, enquanto elemento de validação do exercício da jurisdição, a possibilidade de as partes produzirem provas que ratifiquem, que demonstrem, suas alegações, consiste no instrumento que efetiva a prerrogativa de participação na checagem das alegações e de sua correspondência com a realidade, em uma nítida conformação do contraditório.

É nítido, portanto, que, por ser consectário do próprio contraditório, a prerrogativa de produzir provas em juízo, assume a forma de um efetivo direito à introdução de material probatório, superando a relação entre partes e provas tratada tradicionalmente pela doutrina *“em termos de ônus”*²⁰.

Logo, a prerrogativa de introdução do material probatório encontra o mesmo fundamento do direito de ação e de defesa, revestindo-se em *“garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz”*²¹.

¹⁹ CARACCILO, Ricardo. *El problema de los hechos en la justificación de sentencias*. **Isonomia**. N. 38, México, Abril 2013, pp. 19/20.

²⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 83.

²¹ *Ibid*, p. 84.

Não é por outro motivo que, na contemporaneidade, o reconhecimento, seja literal, seja como decorrência do contraditório, de um direito fundamental das partes à produção de provas em juízo, é absolutamente amplo²².

Apesar da amplitude do reconhecimento do direito à produção de provas nos ordenamentos contemporâneos, a dita prerrogativa comporta inúmeras limitações, expressamente definidas na legislação, que habitualmente são classificadas pela doutrina como limitações extraprocessuais e processuais.

A delimitação da prerrogativa de produção de provas se exterioriza, outrossim, mediante regras de exclusão probatória, que restringem a valoração judicial às evidências que “*han sido incorporados al expediente judicial*”²³ de modo válido, o que estabelece uma distinção relevante quanto ao procedimento de identificação da verdade em juízo daqueles próprios das ciências de um modo geral.

É evidente que os limites do direito à prova repercutem em potencial redução dos elementos que servem, no âmbito do processo, à verificabilidade das alegações sob o enfoque da correspondência, para lhes atribuir a condição de verídicos ou falsos, o que não se verifica nas ciências.

No âmbito do processo, entretanto, enquanto os limites extraprocessuais, também denominados políticos, se referem a uma restrição ao direito à prova fundada em outros valores – como por exemplo aquelas atinentes à vedação da prova obtida mediante tortura –, as limitações de cunho processual têm âmbito de atuação adstrito ao próprio processo, como se verifica nas chamadas limitações epistêmicas e lógicas.

No caso das vedações epistêmicas, estabelece o legislador uma efetiva preferência em relação a determinadas evidências, em detrimento de outras, privilegiando aquelas de “*melhor idoneidade e potencial cognitivo*”²⁴, tal como se verifica por exemplo na exigência de provas produzidas sob contraditório judicial para fins de condenação e de exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios (arts. 155 e 158 do CPP).

Nestes casos, mesmo a existência de outros elementos de convicção não se presta a justificar o reconhecimento judicial da correspondência de determinados argumentos com os fatos, mediante atribuição da condição de verdadeiros.

²² Tal constatação pode ser feita, dentre muitos outros exemplos, pelo direito de “*utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*” (art. 24.2 da Constituição da Espanha), de “*di interrogare o di far interrogare*” (art. 111 da Constituição da Itália) e de “*direitos de audiência e defesa*” (art. 32 da Constituição Portuguesa), bem como pelos “*meios e recursos*” inerentes à defesa (art. 5º, LV, da Constituição do Brasil).

²³ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 42.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coord). **Garantismo Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 225.

Já em relação às limitações lógicas, tem-se a incidência dos *consectários* das máximas *quod singula non probante, coniuncta probant*²⁵ e *frustra probatur quod probatum non relevant*²⁶⁻²⁷, que acabam por repercutir na inadmissibilidade das evidências que sejam impertinentes ou irrelevantes à verificabilidade das alegações.

Quanto a estas, Taruffo adverte que tendem a evitar o desperdício de tempo e de atividade processual em relação à produção de uma prova que *prima facie* se verifica inútil²⁸, bem como qualquer atividade probatória destinada ao prolongamento desnecessário do processo com o propósito exclusivo de impor dificuldade ao magistrado ou à outra parte.²⁹

Em outros termos, são inadmissíveis as evidências que se não podem contribuir para a identificação da correspondência entre os argumentos e os fatos.

Neste sentido, conquanto o tema seja objeto de expressa prescrição em diversos ordenamentos³⁰, é perceptível que a incidência da referida regra de limitação probatória decorre diretamente da própria estruturação racional da atividade processual, em que os argumentos das partes se referem a um *thema probandum* específico, a um objeto próprio, de modo que aquilo que transborda os limites desse, alcançando outro tema, afigura-se irrelevante à identificação da verdade, de forma que não é admissível seu debate judiciário³¹.

Destarte, as evidências que não guardam relação com o *thema probandum* ou que para ele não sejam relevantes afiguram-se inadmissíveis no processo.

É perceptível, outrossim, a importância da temática das regras de restrição probatória, na medida em que definem a extensão do direito à introdução do material probatório, faceta do devido processo legal e, assim, da legitimidade do exercício da jurisdição.

No pormenor, as limitações lógicas assumem destaque ainda mais importante na medida em que, diversamente do que ocorre com as limitações políticas e epistêmicas, não comportam uma identificação objetiva, previamente definida pelo legislador, de maneira que sua

²⁵ Tradução livre: “Os fatos que, tomados cada um por si, nada provam, juntos provam”.

²⁶ Tradução livre: “É inutilmente provado aqui que, quando provado, nada conclui”.

²⁷ “*Il primo dei due brocardi, infatti, benché enunci un valido principio direttivo per l’attività valutativa del giudice, appare del tutto insufficiente se considerato come criterio di definizione della rilevanza, in quanto lascia completamente in ombra lo schema dell’operazione logica che dev’essere compiuta dal giudice. Neppure il secondo brocardo soddisfa a tale esigenza, dal momento che si limita a sottolineare la necessità della selezione preventiva delle prove, senza però indicare quali siano le condizioni necessarie perché la prova, della cui rilevanza si discute, possa essere ammessa*” (TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 9).

²⁸ *Ibid.*, p. 4.

²⁹ *Ibid.*, p. 4.

³⁰ Dentre as limitações lógicas do direito à prova, identificam-se a referência às provas “*irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*” das legislações brasileira (art. 400 CPP), chilena (art. 267 CPP) e italiana (art. 190 CPP); “*inconducentes, repetitivas ou supérfluas*” do Panamá (art. 347 CPP) e da Colômbia (art. 359 CPP); a “*inútil ou abundante*” da previsão da Guatemala (art. 350 CPP); a “*innecesaria*” da Costa Rica (art. 320 CPP); a “*superabundante*” da legislação Argentina (art. 356 CPP).

³¹ Não é por outro motivo que se cunharam inúmeras máximas latinas, na tradição romano-germânica, justamente para indicar que a atividade jurisdicional – e as provas produzidas, por *consectário* lógico – é limitada ou bitolada, para se valer da expressão de Fernando Tourinho Filho ao apreciar a relação entre a pronúncia e a matéria submetida ao julgamento plenário no Tribunal do Júri, pela extensão subjetiva e objetiva da questão versada na acusação. Neste sentido, por exemplo, a menção a *sententia debet esse conformis libelo, non valet setentia lata de re non petita e ne eat iudex ultra et extra petitum partium*. O tema da correlação entre acusação e sentença foi objeto de dissertação de mestrado de Gustavo Badaró, em texto publicado originalmente pela editora Revista dos Tribunais em 2000.

verificação pressupõe, em cada caso concreto, uma avaliação racional dos argumentos das partes pelo julgador.

A despeito da dita percepção, especificamente em relação às limitações lógicas ao direito à prova, o tema, apesar de amplamente regulado na maioria dos ordenamentos³², caracteriza por grave omissão da doutrina³³, talvez pela equivocada impressão de que a menção às noções quase coloquiais de *relevância* e *pertinência*, dentre outras tantas³⁴, sirvam ao detalhamento de tal limitação probatória.

As omissões da doutrina sobre a adequada identificação dos limites da admissibilidade lógica das provas, tratada por Taruffo sob o enfoque específico da relevância, não passaram despercebidas pelo professor italiano:

La nostra dottrina non ha in genere affrontato il problema della rilevanza sotto il profilo analitico (...) data implicitamente per nota una nozione univoca del concetto in esame, intuitiva o tratta dal senso comune, senza enunciare una definizione sorretta da adeguata analisi scientifica, giustificata dalla funzione generale di selezione dei mezzi di prova che la legge attribuisce al giudizio di rilevanza.³⁵

A impressão de que a menção às expressões *relevância* e *pertinência*, dentre outras tantas, serve à adequada compreensão de uma delimitação lógica do direito à introdução do material probatório se reveste em inegável engano.

As várias expressões empregadas para retratar a regra de exclusão probatória decorrente da lógica guardam evidente relação com o pensamento racional, enquanto segmento filosófico, de sorte que seu tratamento no Direito não pode se compadecer com leituras que reflitam em efetivo subjetivismo casuístico do julgador.

Com o desenvolvimento da atividade epistêmica no processo – fruto direto da percepção de que a mera referência ao livre convencimento “*tornou-se um processo intelectual e particular de cada julgador e, conseqüentemente, intransferível e incontrolável por outro sujeito*”³⁶, incompatível como uma noção democrática de processo – afigura-se essencial à identificação do percurso racional e dos critérios que serviram à eleição de determinada

³² DUCE J., Mauricio. *La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile*. **Quaestio facti**. Madrid, n. 1, 2020, p. 109.

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coord) **Garantismo Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 178.

³⁴ Já foram mencionadas neste trabalho algumas delas, como os adjetivos protelatório, inconducente, repetitivo, supérfluo, inútil, abundante, inncesaria e superabundante, aqui lembradas em seus idiomas originais referentes a cada um dos vários modelos legislativos, consoante detalhado na nota n.º 22.

³⁵ Tradução livre: “A nossa doutrina em geral não enfrentou o problema da relevância em um perfil analítico (...), adotando implicitamente uma noção unívoca do conceito em exame, intuitivamente atrelada ao senso comum, sem enunciar uma definição analítica científica, justificada a partir da função geral de seleção dos meios de prova que a lei atribui ao juízo de relevância” (TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 9).

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019, p. 75.

hipótese processual como verdadeira, na forma da teoria da correspondência, para fins de julgamento.

Outrossim, será justamente a racionalidade epistêmica o campo de incidência das prescrições referentes ao pensamento lógico para definição das limitações lógicas do direito à introdução de material probatório.

Não há como deixar de constatar, destarte, que a racionalidade epistêmica é requisito de validade não apenas da tomada de decisão por parte do julgador³⁷, eis que também a admissão dos elementos de prova, até mesmo por guardar relação direta com a eleição da hipótese verdadeira para fins de julgamento, deve comportar uma demonstração lógica da sua definição.

A despeito disso, é proclamado historicamente pela doutrina e pela jurisprudência certo grau de discricionariedade judicial na admissibilidade da produção de provas, como se a limitação lógica fosse relacionada mais a uma subjetividade pessoal do que com uma verificação científica, racional e metodológica.

Talvez a causa de tal conclusão seja justamente a carência de tratamento dogmático e científico dos limites lógicos do direito à introdução do material probatório, que pode ser retratada, por exemplo, na assertiva de que, na admissão das evidências, há de se “*confiar no prudente arbítrio do magistrado*” (STF, HC n.º 100.988, Min.ª Rosa Weber).

A própria doutrina incorre na dita visão, como se pode ver na assertiva de Roberta Casiraghi, indicando um “*potere discrezionale del giudice nell’ammissione della prova*”³⁸.

No enfoque indicado, é de se constatar que se vincula a admissão probatória a um quase *bom senso* do julgador, o que é incompatível com o reconhecimento do direito à prova em um regime democrático.

A assertiva, à toda prova, conduz à insólita conclusão de que, de um lado, as partes detêm a prerrogativa, inerente a uma feição democrática do processo penal, de introduzir material probatório para influir, em contraditório, na reconstrução da verdade dos fatos, de modo a fundar a livre convicção do juízo, mas, de outro lado, a admissão destas evidências se sujeita ao prudente arbítrio do magistrado, em que se deveria “confiar”.

Tal cenário é, inequivocamente, de contradição entre os termos da assertiva, na medida em que sujeita determinado direito subjetivo ao arbítrio do Estado juiz, o que sinaliza a inconsistência da afirmação.

³⁷ A racionalidade epistêmica inerente ao julgamento processual “*es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica*” (ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN Eugenio. **Los límites de la lógica y el razonamiento judicial**. Análisis lógico y Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 303), fundado em premissas fáticas e normativas, o que não significa, todavia, a dedução característica das ciências exatas, eis que a verdade das premissas não assegura invariavelmente a verdade das conclusões.

³⁸ Tradução livre: “poder discricionário do juiz na admissão das provas” (CASIRAGHI, Roberta. **La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 380).

É fundamental, então, que o juízo de admissibilidade racional das provas receba tratamento compatível com a lógica, enquanto segmento do conhecimento filosófico, emprestando cientificidade a este aspecto da atividade jurisdicional, imprescindível à superação do grau de subjetividade lhe emprestado ordinariamente, sobretudo porque o juízo de relevância das provas, assim como o mecanismo lógico do procedimento de sua admissão, não é corretamente analisado senão em termos de relação entre fatos³⁹.

Esse é, pois, o problema de pesquisa central do presente estudo: identificar os contornos ao adequado exercício do controle lógico de admissibilidade de provas, o que pressupõe a necessidade de avaliação da extensão do direito à introdução de material probatório e da verificação da logicidade do raciocínio do julgamento, desde a definição do tema controvertido até a influência deste no estabelecimento das provas admissíveis.

As noções de indução, abdução e dedução, os juízos de valor e a verificabilidade das hipóteses, institutos próprios de um raciocínio lógico, assim como as noções de subsunção e inferência, são fundamentais ao tratamento científico da questão, exigindo inegável exame da Filosofia para delimitação da influência na lógica no juízo de admissibilidade das evidências.

Esse é, destarte, o específico âmbito de delimitação do presente estudo, que servirá não apenas à estruturação científica da admissibilidade das provas sob enfoque lógico, mas também à superação da incongruência representada pela assertiva de que a prerrogativa de introdução probatória das partes é condicionada ao prudente arbítrio do Judiciário.

Para consecução do objeto de pesquisa proposto, o presente estudo se vale de metodologia consistente em pesquisa bibliográfica

Uma nota final há de ser apresentada nesta introdução, agora referente à tecnologia redacional aplicada: com a intenção deliberada de facilitar a compreensão do texto, viabilizando um efetivo diálogo com o leitor, fica estabelecida sistemática textual de empregar, tanto no texto direto, quanto em citações textuais, emprego apenas das línguas portuguesa e espanhola.

De outro lado, nas hipóteses em que feita citação em outros idiomas, esta será reservada a notas de rodapé ou, quando necessário, no próprio corpo do texto, mas com tradução livre como comentário adicional.

No desenvolvimento do presente estudo, definindo o percurso de enfrentamento do tema, são de início fixadas premissas teóricas acerca das noções de fato litigioso, verdade, epistemologia e provas, relacionando no cenário processual os ditos institutos de forma a constituir conjunto de fundamentos ao exame da questão de pesquisa proposta.

³⁹ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 188.

Tais institutos, em seguida, serão empregados na aferição dos contornos do juízo de admissibilidade das provas e, ainda, na adequada identificação da influência da lógica na cognição judicial, de modo a viabilizar uma compreensão dogmática e científica do princípio da relevância.

Finalmente, antes de ingressar em uma etapa puramente conclusiva, o caminho metodológico proposto compreende tópico pragmático, em que as conclusões alcançadas são objeto de checagem em situações processuais previstas na legislação nacional.

2. Fato litigioso, verdade, epistemologia e prova

O principal objetivo do presente capítulo é identificar o contexto de relacionamento entre certas noções correntes no processo penal – especificamente referentes ao fato litigioso, à verdade, à epistemologia e à prova – de modo a estabelecer premissas necessárias a um exame uniforme da temática proposta, com adequado grau de cientificidade.

As primeiras linhas do presente estudo detalham, com certa clareza, que o objeto do exame está centrado, sinteticamente, no juízo de admissibilidade das provas – em específico no pormenor do enfoque lógico – sobretudo ante à verificação de que, conquanto reconhecido um direito das partes à prova, ausente tratamento dogmático quanto aos limites que a racionalidade lógica impõe à referida prerrogativa.

Com efeito, o processo penal tem por motivo uma determinada ocorrência do mundo natural, um fato portanto, que seja definido como crime pela legislação, o que acaba por delimitar as fronteiras da controvérsia submetida à jurisdição.

Nesta quadra, é fundamental identificar o que esteja compreendido nesta noção de *fato*, enquanto circunstância essencial à delimitação do debate judicial.

Quanto ao tema, Daniel González Lagier adverte da dificuldade da providência:

Hecho es un término sumamente ambiguo. Algunos autores llaman hechos a todo aquello que existe en el mundo espacio-temporal, distinguiendo como dos tipos de hechos a los eventos y a los objetos. Parece, sin embargo, que el sentido con el cual emplean los juristas la palabra hecho (al menos en la teoría de la prueba) es más restringido y viene a coincidir con la idea de evento⁴⁰.

A distinção anotada por Lagier remonta, claramente, a uma segregação em relação ao emprego da expressão *fato* de um modo mais amplo, quase coloquial, e seu emprego em um cenário processual, em relação ao qual prevalece a concepção de fato como evento, significando restritamente ocorrência de ordem fenomênica, do mundo natural, em contraposição às atividades inerentes ao campo das ideias.

Essa percepção fenomênica dos fatos repercutiria, então, na sua identificação, efetiva constatação, a partir dos sentidos humanos, na forma tratada por Russel⁴¹.

⁴⁰ GONZÁLES LAGIER, Daniel. *Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial*. **Analisi e Diritto**. Torino, 2000, p. 2.

⁴¹ RUSSEL, Bertrand. **Os problemas da Filosofia**. São Paulo: Almedina, 2008, p. 8.

A dita premissa sinaliza um elemento fundamental ao exame da temática proposta, referente à definição de *atos*, enquanto substrato fenomênico que serve de base à atuação normativa, de forma que, para além das questões filosóficas que transcendem aos limites do presente estudo, é esta uma premissa a ser considerada no trabalho.

O substrato fenomênico em questão, vale destacar, para deter relevância jurídica, haverá de ser atribuído necessariamente a um ato humano, não correspondente, assim, ao menos para os fins do presente estudo, a eventos da natureza, ainda que estes possam, em determinadas circunstâncias, ostentar efeitos jurídicos.

Tal concepção, que relaciona a expressão *atos* a um aspecto fenomênico, do mundo natural, externo, é denominada por Daniel Lagier de concepção tradicional, a qual se marca por uma inequívoca ambiguidade, na medida em que compreende não apenas o fato propriamente dito, mas, ao mesmo tempo, a percepção humana acerca daquele evento, com sua respectiva interpretação⁴².

Imagine-se, por exemplo, para melhor situar a distinção, que a ambiguidade pode ser identificada na verificação de certo fato, consistente em uma pessoa sofrer golpe de faca, em contraposição à interpretação que o observador faz do evento material, representada por conjecturas atinentes à prática de um crime ou a um acidente.

Tais conjecturas, que não se confundem com o processo de formação de inferências, o qual será objeto de abordagem específica no presente estudo, são inegavelmente inerentes à percepção do observador quanto ao evento material, entretanto, ainda assim, com ele não se confundem ontologicamente.

Nesse quadro de coisas, o fato em si é uma realidade fenomênica, material, ao passo que sua percepção por um observador, ínsita à própria observação, não se confunde com ele, compreendendo, no mais das vezes, especificamente em relação aos fatos com feição ou consequência jurídica, a própria agregação da classificação jurídica daquele mesmo fato.

Reside, no pormenor, um risco evidente da ambiguidade entre o fato em si e sua interpretação inerente à sua percepção humana.

Conquanto a dita ambiguidade seja cotidiana, não há como deixar de perceber que ela não é compatível com exame efetivamente científico da questão, até mesmo por obstar uma compreensão adequada da exposição.

Absolutamente pertinente, então, a proposta de González Lagier, que intenta superar a ambiguidade mediante emprego de adjectivação à expressão *fato*.

⁴² GONZÁLES LAGIER, Daniel. *Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial*. **Analisi e Diritto**. Torino, 2000, p. 2.

Na proposta de Lagier, ter-se-ia um *fato externo*, correspondendo a um “*acaecimiento empírico, realmente ocurrido, desnudo de subjetividades e interpretaciones*”⁴³, em contraposição ao *fato percebido* – que compreende o “*conjunto de datos o impresiones que el hecho externo causa en nuestros sentidos*”⁴⁴ – e ao *fato interpretado*, correspondente à “*descripción o interpretación que hacemos de tales datos sensoriales, clasificándolos como un caso de alguna clase genérica de hechos*”⁴⁵.

A distinção proposta é absolutamente relevante ao distinguir os acontecimentos propriamente ditos das suas percepções e, sobretudo, das conjecturas e interpretações que o observador promove acerca deste mesmo evento.

Tornando, destarte, ao exemplo proposto, é de se constatar que o fato externo compreende ao próprio golpe de faca, ao passo que o fato percebido se refere à visão do observador quanto à lesão, ao sangramento.

Finalmente, o fato interpretado consistiria justamente na intelecção que o observador faz quanto ao fato percebido, conjecturando acerca de o ferimento haver sido causado por terceiro ou em acidente, avaliando, descrevendo o fato externo.

Tal proposta de Lagier traz a baila uma questão de grande importância na realização de julgamentos, especialmente aqueles realizados no âmbito da jurisdição, referente à existência, ou não, de distinção entre o fato externo, material, objetivo, fenomênico, e o fato interpretado, atinente à reconstrução mental que o observador faz acerca daquele.

A primeira posição possível acerca da questão indica que a percepção e, sobretudo, a interpretação dos fatos externos, e da realidade como um todo, é plenamente objetiva, de maneira que a compreensão que o observador e, no caso do Judiciário, que o julgador, faz acerca do evento objetivo não é contaminada por suas próprias subjetividades.

Segundo tal percepção, os eventos próprios da realidade poderiam ser percebidos e examinados pela racionalidade de modo absolutamente independente, ao que se denomina na Filosofia como realismo ingênuo ou objetividade ontológica, sendo qualificada por Lagier como aquela “*seguramente asumida de manera implícita por la mayoría de los juristas*”⁴⁶.

No âmbito da Filosofia, entretanto, prevalece a concepção de que inexistente independência absoluta entre os eventos da realidade fenomênica e sua interpretação pelo observador racional, de forma que as percepções e interpretações humanas acerca dos eventos

⁴³ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 4.

são permeadas, influídas, efetivamente encharcadas, pela subjetividade inerente ao sujeito observador.

Esse problema metafísico se exterioriza essencialmente a partir da descrição dos fatos, na medida em que, conquanto a percepção seja individualizada e influída pelas concepções prévias do observador, certo é que será a oportunidade de sua descrição pelo referido agente que servirá de parâmetro à aferição e à identificação da mencionada influência.

No enfoque metafísico, se contrapõe ao *realismo ingênuo* ou de objetividade ontológica, posição denominada realista ou objetivista crítica ou não ingênua, para confrontar, respectivamente, aqueles que negam ou reconhecem a interferência das condições pessoais do observador na apreciação que promove dos fatos⁴⁷.

O desenvolvimento cada vez maior de estudos referentes à neurociência e à psicologia, notadamente no enfoque de sua influência no processo de julgamento judicial, sinalizam sem grande divergência para a interferência dos atalhos mentais e dos vieses de interpretação na apreciação dos fatos em juízo, o que diminui gradativamente o reconhecimento de um realismo ingênuo, fazendo com que proporcionalmente se reconheça a prevalência do realismo crítico no pensamento humano.

Daniel Lagier é incisivo ao sustentar tal posição prevalente, ressaltando que “*o bien el mundo no es en absoluto independiente de los observadores (se niega por tanto la tesis de la objetividad ontológica), o bien, siendo independiente, resulta por completo inaccesible a nuestro conocimiento*”⁴⁸.

Para o presente estudo, suficiente ressaltar, em relação à questão metafísica apontada, a prevalência, para fins de referencial teórico, de um realismo crítico, indicativo de que a percepção dos fatos por cada indivíduo, conquanto seja inegavelmente marcada pelas características do próprio observador, comporta uma apresentação, uma descrição, suficientemente real, verdadeira, correspondente às peculiaridades objetivas de sua ocorrência.

É justamente tal possibilidade de identificação de um contexto objetivo suficientemente isento que assegura, ao menos em tese, a verdade das deliberações judiciais mesmo em um cenário de prevalência de um realismo crítico, que pressupõe certa medida de influência das condições pessoais do observador – e sobretudo do julgador – na apreciação dos fatos concretos.

Em relação ao processo, entretanto, são pertinentes apenas aqueles fatos humanos que detenham repercussão jurídica, conforme já registrado, de maneira que no seu exame se opera

⁴⁷ ACCATINO, Daniela. *Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?* **Revus [online]**. 39, 2019, p. 90.

⁴⁸ GONZÁLES LAGIER, Daniel. *Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial*. **Análisi e Diritto**. Torino, 2000, p. 8.

uma determinação seletiva a partir da sua *giuridicità*⁴⁹, os quais são submetidos à apreciação e ao julgamento judicial, tendente a definir sua verdade.

Com efeito, a essência da atividade jurisdicional remonta justamente a, sob a ótica de determinado relato fático, identificar seus aspectos dotados de juridicidade, de repercussão normativa, e aferir a veracidade ou falsidade das respectivas alegações, objetivando então fazer incidir a norma penal ao caso concreto, a partir da conclusão quanto à verdade, com lastro nos critérios de julgamento.

É justamente esse o motivo pelo qual a *U.S. Supreme Court* adverte que “*the basic purpose of a trial is the determination of truth*” (*Tehan v. US*, julgado em 1966)⁵⁰, conquanto no modelo processual estadunidense, por baseado em amplo espaço de consenso no processo penal, a determinação da verdade possa ser relegada a segundo plano.

Neste sentido, a atividade jurisdicional, no que tange à identificação da verdade, compreende 2 enfoques: o primeiro, atinente a uma feição externa, inerente aos critérios metafísicos de identificação da verdade quanto às alegações das partes; e o segundo, que tangencia à formação da convicção do julgador, à sua persuasão, acerca da veracidade de determinados argumentos, em detrimento de outros, corresponde ao estado mental, de conteúdo proposicional, a respeito dos fatos discutidos no processo.

A despeito da mencionada duplicidade de enfoques, Dei Vecchi ressalta que “*la convicción producto de la persuasión y la creencia constituyente del conocimiento tienen la misma dirección de ajuste*”, sublinhando que “*ambas tienden a adecuarse a la realidad*”⁵¹.

Já Ferrer Beltrán, em outro ângulo de abordagem, situa a verdade no contexto processual em 3 enfoques: um semântico, representado pela assertiva de que “*hay elementos de juicio suficientes a favor de la aceptación de p como verdadero*”⁵²; um pragmático, retratado na verificação de que “*el enunciado probatorio tiene fuerza descriptiva, expresando por tanto una proposición verdadera o falsa según sea o no el caso de que haya elementos de juicio suficientes em favor de p*”⁵³; e o último, atinente a uma atitude proposicional, referente ao “*estado mental del decisor em relación a p al afirmar que está probado que p es la de*

⁴⁹ Tradução livre: “juridicidade” (UBERTIS, Giulio. **Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo.** Milano: Raffaello Cortina, 2000, p. 69).

⁵⁰ Tradução livre: “o propósito básico do julgamento é a determinação da verdade” (Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/382/406/>. Consultado em 4 de julho de 2022).

⁵¹ DEI VECCHI, Diego. *La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva.* In FERRER BELTRÁN, Jordi & VÁZQUEZ, Carmen (coord). **Debatiendo com Taruffo.** Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 279.

⁵² FERRER BELTRÁN, Jordi. *Está probado que p.* TRIOLO, L. **Prassi giuridica e controllo di razionalità.** Torino: G. Giappichelli, 2001, p. 84.

⁵³ *Ibid.*, p. 86.

aceptación de la proposición cual si fuera verdadera independientemente de su creencia en p”⁵⁴.

Assim, assume inegável importância a definição dos parâmetros racionais empregados na identificação da verdade das alegações no contexto dos processos judiciais, especificamente porque, se a apreciação da norma penal aplicável ao caso concreto é âmbito próprio da atuação do direito, a apuração da verdade fática a partir de critérios racionais e conectivos lógicos é nítida atribuição da epistemologia⁵⁵.

2.1. Uma questão de semântica

Antes do exame quanto aos critérios racionais de identificação da verdade, um aspecto abordado no tópico anterior exige aprofundamento, notadamente aquele atinente à solução da ambiguidade referente à expressão fato, enquanto evento do mundo real, e sua interpretação decorrente da observação humana, englobando a proposta de Daniel Lagier referente às distintas noções de fato externo, fato percebido e fato interpretado⁵⁶.

Neste aspecto, a compreensão do fenômeno da linguagem, enquanto elementar da percepção e da interpretação dos fatos externos, haverá de ser sempre compreendida ante a noção de que *“os fatos geralmente são carregados de direito e de valor”*⁵⁷.

A proposta de Lagier remonta justamente a este enfoque, intentando promover uma dissociação entre os elementares inerentes à valoração subjetiva dos fatos externos, de sua significação objetiva, de maneira a permitir identificação fática isenta no processo de julgamento judiciário.

Taruffo insiste nesta distinção entre o fato propriamente dito e sua valoração jurídica, relacionando tal segmentação com o papel da prova no processo judicial, especificamente ante sua finalidade de ratificar ou infirmar a veracidade das proposições fáticas, atribuindo a elas valor na fase de julgamento⁵⁸.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 91.

⁵⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana*. **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**, Cartagena, v. IX, n. 18, julio-diciembre 2017, p. 159.

⁵⁶ GONZÁLES LAGIER, Daniel. *Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial*. **Analisi e Diritto**, Torino, 2000, p. 5.

⁵⁷ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 19.

Tal percepção há de ser acrescida, ainda, da constatação de que “os fatos não se incorporam nos procedimentos judiciais na sua realidade empírica ou material”⁵⁹, na medida em que são reconstruídos em juízo, a partir das alegações das partes, conformando a noção de fato interpretado, eis que o processo se realiza no âmbito de um universo linguístico⁶⁰⁻⁶¹.

Logo, na expressão de Taruffo, “o que se prova ou se demonstra no processo judicial é a veracidade ou falsidade dos enunciados acerca dos fatos em litígio”⁶²⁻⁶³, sinalizando com suficiência a percepção de que o julgamento da veracidade dos fatos em processo judicial remonta significativamente a uma questão semântica.

Nesta quadra, importante a constatação de que linguagem corresponde ao “conjunto de elementos – nomes, proposições – que, combinados entre si de uma determinada maneira, têm uma significação”, permitindo que saiam “de si próprios para evocar outros objetos, ou as mais variadas situações que compõe o mundo em geral”⁶⁴.

Wittgenstein atribui especificamente à lógica, aqui referida como sinônimo de racionalidade, o papel de emprestar sentido particular aos elementos linguísticos conjugados⁶⁵, compondo um conjunto de formas proposicionais que permite representar significativamente os fatos⁶⁶.

Tal representação significativa dos fatos decorre de uma convenção, tendo em vista que “la relación entre palabras y cosas o propiedades no es natural (causal), sino artificial”⁶⁷, ou convencional, materializando instrumento de transmissão da realidade fenomênica ao debate judicial.

Por conseguinte, o grau de crença em uma proposição tem relação direta com a disposição subjetiva de acreditar na veracidade da afirmação, e não um valor objetivo atribuível à própria verdade, que é sempre única⁶⁸.

Sob este enfoque, a representação significativa dos fatos expressa uma opção das partes e do magistrado, ao formularem os enunciados que integram suas proposições e seu julgamento,

⁵⁹ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19.

⁶⁰ UBERTIS, Giulio. **La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici**. Torino: Utet, 1999, p. 69.

⁶¹ No mesmo sentido: VIEIRA, Marcelo Vinícius. **Direito à admissão probatória no processo penal: limites ao seu exercício**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, pp. 31/32.

⁶² TARUFFO, *op.cit.*, p. 19.

⁶³ Ubertis tem exatamente a mesma conclusão: “La prima concerne l’avvertenza che nel processo si accerta la verità di una proposizione e la prova, dunque, non concerne mai un fatto e riguarda sempre un enunciato: si può parlare di verifica solo in relazione a proposizioni” (UBERTIS, *op.cit.*, pp. 68/69).

⁶⁴ MORENO, Arley R. **Wittgenstein. Os labirintos da linguagem**. 2.ed., São Paulo: Moderna, 2000, p. 14.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 15.

⁶⁶ *Ibid.* p. 25.

⁶⁷ ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN, Eugenio. **Los límites de la lógica y el razonamiento judicial**. Análisis lógico y Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 305/306.

⁶⁸ GARBOLINO, Paolo. **Probabilità e logica della prova**. Milano: Giuffrè, 2014, p. 28.

na medida em que “*formular um enunciado acerca de um fato significa eleger uma descrição desse fato entre um número infinito de suas possíveis descrições*”⁶⁹.

A partir da conclusão judicial acerca da veracidade dos enunciados propostos pelas partes, oportunidade em que o julgador estabelece, ele próprio, sua significação acerca dos fatos do litígio, atribuindo veracidade ou falsidade aos argumentos, incide a norma jurídica aplicável ao caso concreto, promovendo sua definição jurídica, permitindo a aplicação da respectiva consequência.

No tocante à incidência da norma penal no caso concreto, esta se baseia na sistemática da lógica deôntica, caracterizada pela formulação de enunciados em termo de dever⁷⁰, construída a partir dos estudos de Leibniz e von Wright com base nos modelos aléticos do *possível*, do *impossível* e do *necessário*⁷¹, mas, ultimamente, razoavelmente alterada pelo dilema de Jørgensen⁷².

Não há dúvidas de que, efetivamente, na realidade das disputas judiciais, a adequada identificação do fato litigioso nem sempre é apresentada em uma objetividade empírica simples, mas o êxito – no sentido de adequação – da solução da questão remonta justamente à aptidão do processo em promovê-las, a partir da reconstrução, fática em juízo⁷³, viabilizando a incidência da norma penal.

Este segundo enfoque, ao que se soma a providência de atribuir a condição de verdadeiros a determinados fatos versados nas proposições das partes, consiste, portanto, na conformação da norma individual, extraída do contexto normativo geral, aplicando a lei ao caso concreto⁷⁴.

É por este motivo que Ubertis adverte que a verdade não é o objeto último do processo⁷⁵, mas o pressuposto para poder convenientemente decidir qual é a norma aplicável à situação sobre a qual o julgador se pronuncia⁷⁶.

Inegavelmente tais enfoques do processo de julgamento (da definição da verdade e da incidência da norma) são absolutamente interdependentes, notadamente porque a interpretação

⁶⁹ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 19/20.

⁷⁰ BULYGIN, Eugenio. **Lógica deôntica, normas y proposiciones normativas**. Barcelona: Marcial Pons, 2018, p. 13.

⁷¹ *Ibid.*, p. 29.

⁷² O estudo das particularidades do dilema Jørgensen transcende aos limites da presente, destacando-se, entretanto, quanto ao tema, a obra *Lógica deôntica, normas y proposiciones normativas*, publicada pela Marcial Pons, de autoria de Eugenio Bulygin.

⁷³ UBERTIS, Giulio. **La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici**. Torino: Utet, 1999, p. 70.

⁷⁴ CARACCILO, Ricardo. *El problema de los hechos en la justificación de sentencias*. **Isonomía**, n. 38, México, Abril de 2013, p. 20.

⁷⁵ “Many purposes have been ascribed to the criminal process. In Continental legal thinking, the criminal process is said to be geared, alternatively or cumulatively, to enforcing the criminal law, creating the basis for a just and fair judgment, restoring social peace, or simply ‘finding the truth’ about a criminal incident. Anglo-American writers, by contrast, tend to emphasize the conflict-resolving potential of the criminal process” (WEIGEND, Thomas. *Should we search for the truth and who should do it?* **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. XXXVI, 2011, p. 389).

⁷⁶ UBERTIS, *op.cit.*, p. 191.

dos fatos é marcada pela atribuição de valores inerentes à racionalidade humana⁷⁷, de forma que pouco razoável imaginar que tais definições, inerentes à reconstrução dos fatos em juízo a partir da atribuição de veracidade aos enunciados e à identificação da norma aplicável ao caso concreto, possam se realizar de modo segmentado pelo julgador.

Le componenti della coppia rappresentata da fatto e diritto, *quaestio facti* e *quaestio iuris*, giudizio di fatto e giudizio di diritto costituiscono costruzioni intellettuali tra loro inscindibili, dove pensiero e azione sono intimamente fusi e il cui carattere distintivo è fundamentalmente metodologico.⁷⁸

Ubertis avança ainda mais no pormenor, afirmando que, essencialmente, ao menos no enfoque judiciário, o fato no processo não é pensado isoladamente de sua verdade fatural, mas essencialmente em relação a uma norma jurídica⁷⁹.

A partir de tal ponto de vista, a norma jurídica é, destarte, interpretada pelo julgador⁸⁰, aplicando-se a determinada situação concreta⁸¹ sua respectiva consequência jurídica⁸², extraída a partir de suas conclusões, atribuindo veracidade a certas alegações das partes na reconstrução dos fatos.

O método de atribuição da verdade, empregado na fase de valoração das provas, é aquele próprio das ciências empíricas, o qual, aplicado no contexto processual, é denominado por alguns de valoração epistêmica⁸³.

Ainda assim, não se pode perder de mente a advertência de Alchourrón e Bulygin, no sentido de que “*los hechos son lo que son y no lo que los jueces dicen que son*”, posto que “*el procedimiento tendiente a determinar los hechos termine en una decisión del juez (...) no altera el hecho de que este procedimiento pretende determinar la verdad y que el juez está obligado a buscar la verdad*”⁸⁴.

A despeito dessa premissa, Cármen Vázquez sublinha que, apesar das distinções entre fatos e opiniões, ou impressões, “*es difícil hablar de muchísimas cosas como si fuesen hechos sin*

⁷⁷ UBERTIS, Giulio. **La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici**. Torino: Utet, 1999, p. 69.

⁷⁸ Tradução livre: “Os componentes da decisão são representados por fatos e direitos, *quaestio facti* e *quaestio iuris*, juízo de fato e de direito constituem-se na construção intelectual incindível, onde pensamento e ações são intimamente fundidos e cujo caráter distintivo é fundamentalmente metodológico” (*Ibid*, p. 70).

⁷⁹ *Ibid*, p. 70.

⁸⁰ “A atividade interpretativa pode ser decomposta em uma série de operações típicas, entre as quais especialmente as seguintes (i) a análise textual; (ii) a decisão sobre o significado (interpretação no sentido mais estrito); (iii) a argumentação” (GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. v. 1, Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 22).

⁸¹ “Do ponto de vista lógico, uma coisa é se interrogar sobre o sentido de uma sequência de palavras; outra coisa é se questionar se uma determinada hipótese concreta entra (ou não) no campo de aplicação de uma determinada norma, previamente identificada” (*Ibid*, p. 23).

⁸² “Com poucas exceções, uma norma jurídica, qualquer que seja a sua efetiva formulação, pode ser reconstruída – isto é, identificada na sua ‘forma lógica’, eventualmente latente – como um enunciado condicional, o qual estabelece o que se deve fazer ou omitir caso sejam verificadas certas circunstâncias” (*Ibid*, p. 25).

⁸³ ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN, Eugenio. **Los límites de la lógica y el razonamiento judicial**. Análisis lógico y Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 314.

⁸⁴ *Ibid*, p. 313.

que esté implicada en algún grado una inferencia”⁸⁵, de modo que a dita distinção não tenha, de fato, muita utilidade prática.

Somente a partir desta concepção dos fatos e do próprio julgamento judiciário é possível ingressar na sistemática empregada para a atribuição do valor verdade a determinadas proposições fáticas no processo.

2.2. *A verdade e os critérios para sua identificação no contexto processual*

Antes de ingressar no exame das teorias filosóficas quanto aos critérios aplicáveis no julgamento sobre a verdade de enunciados, é de se registrar que não se insere no escopo da presente abordagem um esgotamento da questão ou mesmo sua apreciação puramente escolástica.

Ao contrário, o enfoque da abordagem é eminentemente funcionalista, pragmático, além de ser substancialmente vinculado aos aspectos jurídicos da questão, o que significa dizer que o estudo da intrincada questão da verdade, que tanto atormenta a Filosofia, limitar-se-á à definição de parâmetros necessários à sua compreensão, enquanto elemento de legitimação da prestação da tutela jurisdicional.

Não observar tal premissa induziria, inequivocamente, à ampliação substancial do presente estudo para apreciar questão que, no âmbito do Direito, é acessória, conquanto seja central na Filosofia.

Quanto à noção de verdade e de falsidade, é muito difundida a construção de Aristóteles no seu *Metafísica*, afirmando “*dizer, daquilo que é, que não é, ou dizer, daquilo que não é, que é, é dizer algo falso; dizer, daquilo que é, que é, ou dizer, daquilo que não é, que não é, é dizer algo verdadeiro*”⁸⁶.

Ainda no âmbito dos filósofos clássicos, Platão conclui no *Teeto* que a “*crença verdadeira*” e justificada é aquela que forma o conhecimento⁸⁷, em sentido semelhante à construção de Sócrates, indicativa de que a conjugação da explicação racional com a opinião verdadeira viabiliza a configuração do “*conhecimento perfeito*”⁸⁸.

⁸⁵ VÁZQUEZ, Cármen. *La imparcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos*. **Isonomia**, 48, abril de 2018, p. 82.

⁸⁶ ARISTÓTELES. **Metafísica**. São Paulo: Edipro, 2012, p. 58.

⁸⁷ PLATÃO. **Teeto**. São Paulo: Edições Loyola, 2020, p. 17.

⁸⁸ As ideias e construções de Sócrates são conhecidas a partir da obra *Apologia de Sócrates*, de Platão, publicado no Brasil pela L&PM Editora.

Logo, sob a ótica da racionalidade clássica, a atribuição de condição de verdadeiro a determinado fato – que efetivamente se refere ao reconhecimento desta condição a um enunciado acerca de uma ocorrência fenomênica – está diretamente relacionada com a formação de conhecimento perfeito, adequado.

Esta característica destaca, de modo representativo, o papel da verdade na legitimação da jurisdição, instrumento da formação do conhecimento que serve de base à aplicação da norma geral ao caso concreto.

A apreciação das teorias filosóficas, aplicáveis no âmbito do Direito, demanda, entretanto, considerações iniciais, antecedentes ao efetivo exame de cada uma das visões de abordagem do tema.

Neste aspecto, é necessário reconhecer que, no âmbito filosófico, vigoram posições classificadas como integrantes de uma teoria irracionalista⁸⁹ ou mesmo de uma concepção nihilista desconstrutivista⁹⁰, que rechaçam por completo à própria noção de verdade, o que inviabilizaria seu reconhecimento na esfera judicial.

Para estas concepções filosóficas, não há falar-se em verdade, o que faz ruir a invocação desta elementar como condicionante de validade da tutela jurisdicional.

Especificamente quanto às relações processuais, muitas são as objeções dogmáticas à possibilidade de reconhecimento da verdade, envolvendo, na classificação de Lagier, enfoques de aspecto teórico, ideológico e técnico⁹¹.

A objeção teórica corresponde à própria objeção filosófica indicada, referindo-se a uma consequência do “*escepticismo filosófico que niega la posibilidad del conocimiento en general*”⁹², extensível aos processos judiciais.

Afirmando a incompatibilidade da visão escepticista com a ciência contemporânea, Taruffo denomina tal concepção como irracionalista, vinculando-a a premissas filosóficas que “*rechaçam tanto a ideia de que seja possível alcançar a verdade dos fatos no contexto judicial quanto a própria noção geral de verdade*”⁹³.

Nesse enfoque, haveria uma impossibilidade ontológica de conhecimento da verdade, a todos oponível, o que inviabilizaria qualquer possibilidade de imaginar que um processo judicial, enquanto faceta de uma experiência humana, excepcionasse tal realidade.

⁸⁹ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 25.

⁹⁰ MENESES, Ramiro Délio Borges de. *A desconstrução em Jacques Derrida: o que é e o que não é pela estratégia*. **Universitas Philosophica**. ano 30, Bogotá, enero-junio 2013, p. 180.

⁹¹ GONZÁLES LAGIER, Daniel. *Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial*. **Analisi e Diritto**. Torino, 2000, p. 2.

⁹² *Ibid.*, p. 2.

⁹³ TARUFFO, *op.cit.*, p. 25.

A objeção ideológica apontada por Lagier, entretanto, apresenta reduzida pertinência em relação ao presente estudo, na medida em que se baseia em concepção, própria do processo civil, mas não aplicável especificamente na temática do processo penal, referente à possibilidade de composição das partes enquanto instrumento alternativo à solução das controvérsias.

No pormenor, Daniel Lagier não considera, todavia, o notório avanço dos espaços de consenso no processo penal, tão característico dos ordenamentos contemporâneos, como destacado por Vinícius Gomes de Vasconcelos⁹⁴, mas, verdade seja dita, sublinha situações concretas em que a identificação da verdade nas relações processuais perde evidentemente importância.

Neste particular, entretanto, há de se reconhecer que a objeção do Professor da Faculdade de Direito de Alicante é excessivamente rigorosa, na medida em que as soluções consensuais e seu avanço nos ordenamentos não diminuem a importância da verdade nas relações processuais, conquanto se prestem a, nas específicas situações em que admitidas, privilegiar outro valor jurídico de inegável importância, a celeridade da solução dos conflitos.

A última das objeções suscitadas por Daniel Lagier se refere ao que denomina de empecilho técnico, decorrente da inviabilidade de identificação efetiva da verdade em processos, seja porque o juiz não pode conhecer diretamente a realidade fática, seja em virtude das limitações temporais e circunstâncias incidentes no exame judicial, próprias das preclusões processuais⁹⁵.

Não há como negar, é de se registrar, que a apuração da verdade nos processos judiciais tem particularidades absolutamente próprias, em substantiva diferença com o que se opera nas ciências de modo geral, representadas fundamentalmente pelas limitações probatórias, que restringem os elementos a serem avaliados para conclusão acerca da verdade; às quais se somam a restrição temporal decorrente da duração do processo, que acaba por diminuir a atividade cognoscente; e a circunstância de a verdade no processo ser elemento integrante da formação de um ato de autoridade⁹⁶.

As mencionadas distinções, entretanto, não podem infirmar a constatação de que, no contexto judicial, a identificação da verdade observa a mesma metodologia de “*tantas outras*

⁹⁴ VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2.ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

⁹⁵ GONZÁLES LAGIER, Daniel. *Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial*. **Analisi e Diritto**. Torino, 2000, p. 2.

⁹⁶ ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN Eugenio. **Los límites de la lógica y el razonamiento judicial**. Análisis lógico y Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 311.

áreas da experiência cotidiana e utilizando os mesmos meios que se aplicam em áreas de investigação não jurídica”⁹⁷.

Apesar de pontuar as mencionadas objeções ao reconhecimento da verdade no processo, Daniel Lagier se posiciona pela possibilidade de sua identificação, ressaltando, entretanto, a percepção de que a dita verdade é instrumental, limitada às condições e aos elementos disponíveis ao julgador.

Tal concepção se aproxima da posição de Davidson, indicativa de uma visão realista da verdade, formando um conhecimento objetivo independente da linguagem e das concepções próprias do sujeito, que atribui a condição de verdadeiro a um enunciado⁹⁸.

Daniela Accatino sinaliza que a mencionada concepção é própria da epistemologia objetivista crítica, inerente a uma visão cognoscitivista⁹⁹, enquanto corrente filosófica, havendo cabido a Gascón Abellán sublinhar que o objetivismo reflete a adequação do conhecimento com o mundo real, ao passo que o caráter crítico diz respeito à percepção das limitações inerentes à formação do conhecimento¹⁰⁰.

Taruffo se posiciona sobre o tema, construindo a noção de “verdade judicial”, ressaltando que:

A verdade que pode ser alcançada nesse contexto é definida como “formal” ou “convencional” e é concebida, por várias razões, como uma verdade bastante diferente da verdade não judicial ou extrajudicial: porque os processos judiciais constituem um contexto muito especial: porque as partes e o juiz não podem se valer de qualquer meio possível para buscar a verdade.¹⁰¹

Ubertis também reconhece o que denomina *verità contestualità* – verdade contextualizada – inerente ao julgamento judiciário, que é dependente dos dados disponíveis ao conhecimento do julgador¹⁰².

Neste quadro se comporia, então, o que Accatino detalha como “*una epistemología que mantiene que existen hechos independientes que podemos conocer aunque el conocimiento alcanzado sea siempre imperfecto o relativo*”¹⁰³.

⁹⁷ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 24.

⁹⁸ DAVIDSON, Donald. **Subjective, intersubjective, objective**. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 138.

⁹⁹ ACCATINO, Daniela. *Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?* **Revus [online]**. 39, 2019, p. 90.

¹⁰⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 44.

¹⁰¹ TARUFFO, *op.cit.*, p. 23.

¹⁰² UBERTIS, Giulio. *I criteri di ammissibilità probatoria*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 191.

¹⁰³ ACCATINO, *op.cit.*, p. 90.

É neste contexto que se revela adequada a noção de verdade no julgamento judiciário, vinculada fundamentalmente aos respectivos graus de justificação e ao cenário de sua definição judicial.

Para além destas considerações e ainda antes de ingressar na apreciação das teorias filosóficas da verdade propriamente ditas, é de se registrar a importante ressalva feita por Susan Haack entre definição da verdade e critérios de aferição da verdade.

A dita distinção é de absoluta importância considerando que distingue a definição de verdade, própria da Filosofia e referente ao “*significado da palavra verdadeiro*”, dos critérios de sua identificação, que se referem ao “*teste por meio do qual se diz se uma sentença (ou o que quer que seja) é verdadeira ou falsa*”¹⁰⁴.

A Professora da Faculdade de Direito de Miami ressalta que é possível, “*de um lado, fixar o significado de ‘febril’ como ter uma temperatura mais alta que algum ponto dado e, de outro, especificar procedimentos para decidir se alguém está febril*”¹⁰⁵.

Sendo certo que a definição da verdade é inerente à atividade da Filosofia, não há como deixar de constatar que a eleição e a aplicação dos critérios para sua identificação é questão absolutamente fundamental ao Direito, na medida em que serão estes integrantes obrigatórios da epistemologia judiciária.

Tarski faz a mesma distinção, a partir da noção de critério operativo, enquanto elemento de aferição da verdade ou da falsidade de enunciados¹⁰⁶, instituindo a perspectiva de demonstração desta condição.

Neste cenário, de fato, as chamadas teorias da verdade se prestam a servir de critérios para sua identificação em cada caso concreto, revelando-se, de outro lado, a verdade e a falsidade como valores sociais de conteúdo axiológico.

Estabelecidas tais premissas, é possível ingressar no exame das teorias filosóficas da verdade, não sem antes registrar que, por englobarem, cada uma delas, um conjunto de concepções filosóficas semelhantes, acabam por abarcar ordinariamente, de uma só feita, número representativo de sustentações assemelhadas¹⁰⁷.

Em um primeiro grupo de concepções podem ser encartadas as chamadas *teorias da correspondência*, que são originalmente atribuídas aos trabalhos de Russel e Wittgenstein, tendo por objeto o atomismo lógico.

¹⁰⁴ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: UNESP, 2002, p. 129.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 130.

¹⁰⁶ TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**. São Paulo: UNESP, 2007, p. 221.

¹⁰⁷ Para um detalhamento das teorias de identificação da verdade, com enfoque puramente filosófico, e extenso aprofundamento na questão, destaca-se o estudo de Juan Nicolás e Maria Frápolli, sob o título *Teorias actuales de la verdad*, publicado na Revista Diálogo Filosófico em 1997.

O atomismo é uma concepção da lógica, enquanto segmento da Filosofia, que concebe o mundo a partir da conjugação de várias relações simples, denominadas átomos lógicos, as quais se compõem em arranjos variados e complexos na formação dos fatos, retratados em *“linguagem por símbolos complexos, isto é, proposições”*¹⁰⁸.

A aplicação da mencionada concepção à teoria do conhecimento, campo em que normalmente se inserem os debates filosóficos a respeito da verdade, permitiria identificar a perfeição de um enunciado quando estabelecida efetiva correspondência entre seu significado e o *“arranjo das coisas simples no mundo”*, o que Susan Haack denomina isoformismo estrutural¹⁰⁹.

A teor do trabalho de Russel, a análise lógica da linguagem consistiria em método filosófico que viabilizaria a *“clareza dos pensamentos”*, explicando *“questões sobre a matéria, o tempo, o espaço e as condições de conhecimento do sujeito em relação a estes elementos do mundo”*¹¹⁰.

O isoformismo estrutural, enquanto método de aferição da verdade, significaria justamente a correspondência entre o juízo, formado a partir da análise lógica, e o complexo real dos átomos lógicos nas suas relações, ao passo que a desconformidade deste processo indicaria a falsidade do enunciado¹¹¹.

Na visão de Wittgenstein, os átomos lógicos são retratados em proposições, decorrentes da concatenação entre nomes que retratam estados de coisas, cabendo à lógica significar as características sensíveis e perceptíveis das proposições¹¹².

A diversidade das concepções que integram as teorias da correspondência enseja, todavia, ressalvas quanto à integral aplicação do modelo do isoformismo estrutural a todas as suas vertentes.

...é possível dividir as teorias da correspondência em dois grupos, baseando-se em diferentes noções de correspondência: por um lado, correspondência como congruência e, por outro lado, correspondência como correlação. As teorias da correspondência associadas ao primeiro grupo irão alegar basicamente que há uma espécie de isomorfismo estrutural entre os portadores de verdade e os fatos quando o portador da verdade é verdadeiro (...). A correspondência como correlação, por outro lado, sustenta que todo o portador de verdade está correlacionado com um estado de coisas. Não existe nesse

¹⁰⁸ SILVA, Vanilce Ribeiro da. **Da teoria russeliana das descrições ao atomismo lógico do *Tractatus* de Wittgenstein**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 39.

¹⁰⁹ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: UNESP, 2002, p. 134.

¹¹⁰ SILVA, Vanilce Ribeiro da. **Da teoria russeliana das descrições ao atomismo lógico do *Tractatus* de Wittgenstein**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 15.

¹¹¹ *Ibid*, p. 48.

¹¹² *Ibid*, p. 67.

segundo grupo de teorias da correspondência um isomorfismo estrutural como no anterior.¹¹³

Destarte, a correspondência entre a significação da proposição e as características sensíveis e perceptíveis do objeto do enunciado serviria à identificação da verdade, justamente por retratar o isomorfismo, tanto assim que amplamente conhecido o exemplo de Susan Haack que, objetivando significar a noção de correspondência, ilustra seu trabalho *Filosofia das Lógicas* com o desenho de um gato, à esquerda de um homem, identificando a figura como o fato correspondente à proposição “*o gato está à esquerda do homem*”¹¹⁴.

Em aspecto eminentemente filosófico, a principal crítica que se opõe à teoria da correspondência é a constatação de que, na verdade, ela não qualifica amplamente sua principal ideia, qual seja, a significação da expressão correspondência.

Coube a Austin, em resposta a tal crítica, acentuar que a relação de correspondência, assim como os predicados de verdadeiro e falso, são convenções linguísticas¹¹⁵, de forma a se alocar nas convenções demonstrativas que relacionam determinado fato “*com uma situação que é do tipo com o qual as convenções descritivas o correlacionam*”¹¹⁶.

Os acréscimos de Austin ao critério da correspondência, tendentes justamente à explicação do significado do citado termo, foram objeto de críticas por Susan Haack, que ressaltou que a justificação “*se aplica diretamente apenas a enunciados feitos por sentenças que contêm dêiticos (indexical sentences)*”¹¹⁷.

Assim, em poucas palavras, sob enfoque da correspondência, a verdade consiste em retratar as coisas como elas são¹¹⁸, o que permite qualificar uma decisão como fundada na verdade, quando “*corresponde aos eventos que realmente ocorreram na situação empírica que está na base da controvérsia judicial*”¹¹⁹.

Outra teoria de identificação da verdade remonta à ideia de coerência, cuja construção está calcada na natureza semântica dos discursos, enquanto instrumento de representação da realidade fenomênica.

Sua construção tem origem em concepções filosóficas distintas, afigurando-se como resultado tanto da construção de idealistas como Bradley¹²⁰, quanto dos positivistas lógicos.

¹¹³ GIAROLO, Kariel Antonio. *A crítica de Frege a teoria da verdade como correspondência*. **Philosophos**. Goiânia, v. 18, n. 2, jul-dez 2013, pp. 137/138.

¹¹⁴ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: UNESP, 2002, p. 135.

¹¹⁵ AUSTIN, J. L. *Truth*. LYNCH, M. **The nature of truth**. Cambridge: MIT Press, 2001, p. 31.

¹¹⁶ HAACK, *op.cit.*, p. 136.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 136.

¹¹⁸ DAVIDSON, Donald. **Subjective, intersubjective, objective**. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 139.

¹¹⁹ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 28.

¹²⁰ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: UNESP, 2002, p. 138.

O idealismo, de um lado, refere-se à teoria das ideias, enquanto instrumento de representação da realidade¹²¹, ao passo que o positivismo lógico se presta originalmente a distinguir o discurso científico dos demais, promovendo sua depuração e eliminando “*asserções de conteúdo metafísico do discurso científico*”, eis que desprovidas de “*significado cognitivo*”¹²².

A breve referência filosófica às origens da teoria da coerência indica, com muita clareza, o sentido da construção, na medida em que aponta para a circunstância de que, tanto idealistas, quanto positivistas lógicos, dedicam-se a distinguir e, sobretudo, depurar o discurso científico, extirpando concepções subjetivas do exame racional inerente às ciências, em exaltação da cientificidade.

É justamente neste contexto que se destaca seu papel enquanto critério de identificação da verdade, traçando parâmetros de ampla aplicação à atividade jurisdicional, especialmente ao extirpar subjetivismos dos julgamentos pelo Poder Judiciário.

Susan Haack sublinha que as teorias da coerência e da correspondência, todavia, se desvincularam das visões filosóficas que serviram de lastro à sua construção, assumindo vida própria em relação ao atomismo lógico e ao idealismo¹²³, divorciando-se da “*perspectiva metafísica com a qual ela estava, originalmente, caracteristicamente associada*”¹²⁴.

Sob o enfoque idealista, a realidade, o mundo fenomênico, consistiria invariavelmente em um todo, sempre “*unificado e coerente*”¹²⁵, de maneira que a configuração da verdade decorreria da compreensão, da crença, formada pelo observador, desde que consiga abranger inteiramente esse fenômeno.

Destarte, a verdade decorreria da percepção íntegra e isenta de uma realidade que, em si, já é verdadeira, viabilizando a construção de uma crença e de vários enunciados dela decorrentes, que retratem integralmente o mencionado fenômeno.

Tal percepção introduz uma relação sublinhada por Rescher quanto à vinculação, no âmbito da coerência, entre a teoria das ideias e a epistemologia coerentista, tendo em vista que o fenômeno por si já é verdadeiro, desde que apreciado em sua inteireza, de maneira que cabe à epistemologia, enquanto instrumento racional à sua exposição e avaliação isentas, apenas

¹²¹ ROCKMORE, Tom. *Através do espelho kantiano: observações sobre Fichte e o idealismo (alemão)*. **Revista de Estudos sobre Fichte**. [online], n. 6, 2013, p. 4.

¹²² CAVALCANTE, Carolina Miranda. *Filosofia da ciência e metodologia econômica: do positivismo lógico ao realismo crítico*. **Caderno História, Filosofia e Ciências**. Série 4, v. 1, n. 2, jul-dez 2015, p. 265.

¹²³ HAACK, *op.cit.*, p. 137.

¹²⁴ DAVIDSON, Donald. **Subjective, intersubjective, objective**. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 137.

¹²⁵ HAACK, *op.cit.*, p. 138.

retratá-lo, sem subjetivismos, a partir das ideias da falibilidade, da estimativa da verdade, da plausibilidade e da presunção¹²⁶.

A partir dessas ponderações, a teoria da coerência indica um conjunto de operações a serem retratadas na compreensão do observador, objetivando identificar sua adequação entre si, servindo à definição de sua coerência ou incoerência e, assim, de sua verdade ou falsidade, respectivamente.

No presente estudo, entretanto, tal como se identifica na imensa maioria dos estudos processuais, se estabelece a teoria da correspondência como referencial teórico de definição das diretrizes de apreciação da questão de pesquisa proposta.

Assume, então, inegável importância o papel da epistemologia, na construção da concepção de coerência na identificação da verdade.

É justamente neste cenário que Susan Haack adverte que *“a coerência vai certamente ser uma parte de uma epistemologia satisfatória, mas não vai ser o seu todo”*¹²⁷.

Não há como deixar de perceber como a mencionada ideia é cara ao Direito e à jurisdição, refletindo o sentido de demonstração empregado por Tarski como já detalhado, na medida em que retrata o papel da epistemologia na adequada significação dos enunciados¹²⁸, na condição de refletores dos fatos para fins de identificação da verdade¹²⁹.

Constrói-se, assim, a definição de que, sob enfoque da teoria da coerência, a verdade reside justamente na exposição adequada das compreensões, das crenças acerca do mundo fenomênico¹³⁰, de modo que *“a veracidade ou a falsidade somente pode ser prevista a partir dos enunciados”*¹³¹.

Portanto, os enunciados retratariam convicções cuja veracidade ou falsidade decorreriam da propriedade, da adequação, da coerência, na relação com outras crenças.

Todavia, também a noção de coerência, na condição de critério definidor da verdade, comporta ressalvas, tendo em vista que carente de demonstração efetiva do que seriam *“as relações apropriadas entre as crenças para que elas sejam coerentes no sentido estipulado”*¹³².

Davidson, de seu turno, pontua outra objeção à teoria da coerência, ressaltando que, se esta é aceitável, ela necessariamente será compatível com a teoria da correspondência, que

¹²⁶ RESCHER, Nicholas. **Epistemology: an introduction to the Theory of Knowledge**. New York: State University of New York, 2003, p. 69.

¹²⁷ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: UNESP, 2002, p. 139.

¹²⁸ AMAYA, Amalia. *Coherence, evidence, and legal proof*. **Legal Theory**, Cambridge, 19(2013), p. 3.

¹²⁹ TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**. São Paulo: UNESP, 2007, p. 221.

¹³⁰ HAACK, *op.cit.*, p. 127.

¹³¹ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26.

¹³² HAACK, *op.cit.*, p. 138.

assumiria a condição de prevalente, na medida em que permite a identificação da verdade de modo não relativizado em relação à realidade¹³³, o que já basta a lhe assegurar coerência.

Uma outra concepção atinente aos critérios de identificação da verdade remonta às chamadas teorias pragmáticas, atribuídas originalmente a Charles Peirce, Willian James e John Dewey, tendo por lastro fundamental a distinção entre pragmática e prática, estabelecida por Kant.

Na concepção kantiana, a prática incidiria em relação à moral, compatibilizando-se com suas regras, ao passo que a pragmática retrataria a vivência experimental, aquela inerente à experimentação científica¹³⁴, ao que se opunha Peirce, com a sustentação de que a pragmática, na verdade, compreende a conexão entre cognição e os propósitos racionais, para além da pura experimentação¹³⁵.

Apesar da pontual divergência, a noção pragmática, aplicada à metafísica, Peirce conclui que os enunciados, as palavras, ostentam o propósito racional de retratar relações concebíveis com a vida real, fenomênica¹³⁶.

Tal se retrata, com muita eloquência, no título dado por Peirce a seu ensaio inicial sobre o tema: *How to make our ideas clear*¹³⁷.

A essência do pensamento de Peirce é de que somente os métodos experimentais, tão comuns nas ciências naturais, serviriam à adequada identificação do significado dos enunciados, o que é fundamental à verificação de sua verdade.

Coube a James e a Dewey justamente o aprofundamento da relação entre a noção experimental própria de Peirce e a metafísica, o que empresta maior importância do pragmatismo à atividade jurisdicional.

A par de ontologicamente estruturado com concepções próprias, o pragmatismo se reporta justamente aos métodos da coerência e da correspondência¹³⁸, tão adequados aos métodos científicos, o que acaba por compreender os critérios pragmáticos nas concepções autônomas da coerência e da correspondência.

Outra concepção amplamente empregada acerca dos critérios de identificação da verdade nos processos é a chamada teoria semântica, constituída a partir do trabalho de Tarski.

Tarski destoa das demais concepções acerca do tema ao estabelecer como premissa de seu estudo uma definição de verdade, vinculando-a a uma compreensão materialmente

¹³³ DAVIDSON, Donald. **Subjective, intersubjective, objective**. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 140.

¹³⁴ KANT, Immanuel. **Fundamental principles of the metaphysics of morals**. New York: Publications, 2005, p. 106.

¹³⁵ PEIRCE, Charles Sanders. *O que o pragmatismo?* In GUINSBURG, J. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 12.

¹³⁶ KINOCHI, Renato Rodrigues. *Notas introdutórias ao pragmatismo clássico*. **Scientiae Studia**. São Paulo, v. 5, n. 2, 2007, p. 216.

¹³⁷ Tradução livre: “como tornar nossas ideias claras”.

¹³⁸ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: UNESP, 2002, p. 140.

adequada e formalmente correta, a qual, entretanto, comporta inúmeras segmentações, conforme seja o objeto do respectivo enunciado:

A noção de verdade ocorre em muitos diferentes contextos e há várias categorias distintas de objetos aos quais o termo “verdadeiro” é aplicado. Em uma discussão psicológica, alguém pode falar em emoções verdadeiras, bem como crenças verdadeiras; num discurso de domínio da estética, pode-se analisar a verdade inerente a um objeto de arte.¹³⁹

A linguagem segmentada, categorizada, identificada por Tarski¹⁴⁰, conquanto seja fundamental à sua ideia de verdade, não inviabiliza a formação de uma noção ampla, geral, de verdade e falsidade a partir de seu ponto de vista, com a ressalva de que “*decidir em que casos determinada sentença é verdadeira é objeto da própria ciência e não da lógica ou da teoria da verdade*”¹⁴¹.

Com lastro na citada premissa, a proposta de Tarski é de que caberia à metafísica definir “*critérios parciais de verdade e desenvolver procedimentos que permitam determinar ou negar a verdade*”¹⁴², os quais haveriam de ser empregados por cada uma das ciências autonomamente.

É justamente nesta medida que se destaca o emprego da teoria semântica na identificação da verdade, enquanto premissa à atividade jurisdicional legítima, ao instituir critérios e procedimentos aplicáveis com o fito de atribuir a condição de verdadeiros aos enunciados das partes em juízo.

Os critérios a serem empregados são denominados por Tarski como “*critérios operativos*”, incidindo a partir de um procedimento demonstrativo da verdade, no que se exalta, uma vez mais, o papel da epistemologia¹⁴³.

Tal como se verifica nas teorias pragmáticas, Tarski indica, ele próprio, a correspondência como critério prevalente para tal propósito, o que acaba por reafirmar, ao menos no âmbito da identificação judicial da verdade, o papel da teoria da correspondência¹⁴⁴.

A última das teorias que detalha critérios à identificação da verdade é a da redundância, instituída a partir dos estudos de Ramsey, que define a verdade a partir da assertiva de que “*lo*

¹³⁹ TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**. São Paulo: UNESP, 2007, p. 203.

¹⁴⁰ Tarski menciona em suas publicações algumas categorias de linguagem, que fixariam semânticas que são próprias de cada uma delas, podendo ser reconhecidas a linguagem cotidiana ou coloquial, a linguagem do cálculo de classes, a linguagem de ordem finita e a linguagem de ordem infinita. A partir daí, o professor polonês da Universidade de Berkeley define noção de sentença verdadeira para cada uma das linguagens (*Ibid.*, p. 205).

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 222.

¹⁴² *Ibid.*, p. 222.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 221.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 222.

más cierto acerca de la verdad es que 'p es verdadero' y 'p' son, sino idénticos, equivalentes"¹⁴⁵.

Esta percepção identifica, em certa medida, ao menos naquilo que interessa à sua aplicação no âmbito processual, relativa sobreposição entre a teoria da redundância e a teoria da correspondência, tendo em vista a flagrante sinonímia entre as expressões idêntico, equivalente e correspondência.

Tanto assim que o próprio Ramsey reconhece que a teoria da correspondência "*concuerta con nosotros en lo fundamental: una creencia de que A es B es verdadera si y sólo si A es B, y nuestra opinión pertenece sin duda a la clase de las teorías de la correspondencia, aunque no hayamos usado aún el término correspondencia*"¹⁴⁶.

A distinção, de inegável importância metafísica, apesar de pouca pertinência aos debates acerca de sua aplicação judicial, entre as teorias da correspondência e da redundância é apontada por Haack, ao identificar que, na visão de Ramsey, "*os predicados verdadeiro e falso são redundantes no sentido de que eles podem ser eliminados de todos os contextos sem perda semântica*"¹⁴⁷.

É intuitivo, a partir da advertência de Susan Haack, que a aplicação da teoria da redundância no âmbito judicial é amplamente pertinente, na medida em que ostenta identidade em relação à teoria da correspondência, contudo, a ressalva metafísica de Ramsey, apesar de importante nas discussões filosóficas, é visivelmente inaplicável na atividade judiciária, em que a atribuição de predicados verdadeiro e falso aos enunciados é inerente à própria atividade judiciária.

Devidamente detalhadas, ao menos na medida em que aplicáveis à atividade judiciária, as teorias de identificação da verdade, cumpre situar qual a posição prevalente acerca do procedimento filosófico aplicável à atividade jurisdicional.

No pormenor, se adota aqui a expressão *verdade no contexto judicial* tão somente para distinguir o resultado da atividade epistêmica do processo judicial do mesmo procedimento no âmbito filosófico, eminentemente metafísico, de modo a tornar a abordagem da questão suficientemente compreensível.

Quanto ao tema, Badaró acentua a prevalência da "*premissa epistemológica que aceita um conceito de verdade como correspondência*"¹⁴⁸, sendo relevante examinar o motivo da referida prevalência.

¹⁴⁵ RAMSEY, F. **On truth**. Netherlands: Kluwer, 1991, p. 118.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 119.

¹⁴⁷ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: UNESP, 2002, p. 177.

¹⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*.

Destarte, é de se registrar que as teorias da redundância, semântica e pragmáticas fazem, elas próprias, em complementação às suas concepções metafísicas, menção expressa à adoção dos critérios traçados pela teoria da correspondência para identificar a verdade e a falsidade de enunciados.

De outro lado, como bem acentua Davidson, a estrutura da teoria da coerência, fundada no entrelaçamento entre crenças que se apoiam reciprocamente no escopo de identificação da verdade, também pressupõe, ela própria, a correspondência como critério de aferição da veracidade dos enunciados¹⁴⁹.

Estes elementos, próprios da Filosofia, serviriam inegavelmente à indicação do motivo de prevalência da teoria da correspondência.

Mas há ainda outras questões a serem consideradas.

Conforme já acentuado, Guastini sublinha que a lógica das normas jurídicas, com raras exceções, se marca por “*enunciado condicional, o qual estabelece o que se deve fazer ou omitir caso sejam verificadas certas circunstâncias*”¹⁵⁰, o que indica, com muita veemência, a ampla compatibilidade da noção de correspondência ao procedimento judicial de identificação da verdade.

Com efeito, é da própria essência das normas jurídicas a verificação da correspondência entre dados fáticos e a descrição do enunciado condicional da norma, de maneira a viabilizar a incidência da respectiva sanção penal.

É neste quadro de coisas que deve ser justificada a ampla prevalência da teoria da correspondência como critério à identificação da verdade nos processos judiciais, sempre permeada pela constatação de que “*não se pode sustentar racionalmente que uma verdade absoluta possa ou deva ser estabelecida em qualquer domínio do conhecimento humano*”¹⁵¹, servindo a correspondência e a epistemologia para, em conjunto, estabelecer “*com base em uma probabilidade lógica prevalecente, um enunciado é preferível ao outro*”¹⁵².

Há, portanto, flagrante relação teleológica entre a verdade e a prova, servindo-se essa de instrumento àquela.

Importante registrar, destarte, que no presente estudo se adota a teoria da correspondência como premissa metodológica do estudo, enquanto critério de identificação da verdade nos processos judiciais, com a já mencionada ressalva à ampliação dos espaços de

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coords). **Garantismo processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 220.

¹⁴⁹ DAVIDSON, Donald. **Subjective, intersubjective, objective**. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 140.

¹⁵⁰ GUASTINI, Ricardo. **Interpretar e argumentar**. v. 1, Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 25.

¹⁵¹ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 25.

¹⁵² BADARÓ, *op.cit.* p. 220.

consenso no processo penal como circunstância de diferenciação do papel da verdade no exercício da jurisdição estatal¹⁵³.

2.2.1. Justifica-se a distinção entre verdade material e verdade formal?

As extensas referências feitas à verdade e ao seu papel no processo judicial exigem que se aprecie a dicotomia, ainda feita por alguns, entre verdade material e verdade formal, a qual traz, em certa medida, relativa incongruência.

Com efeito, a noção de verdade apresentada pela Filosofia, campo próprio para seu estudo, estabelece concepção incompatível com as adjetivações promovidas nas sustentações jurídicas que qualificam a verdade como real ou formal.

É certo que, tanto Taruffo¹⁵⁴, quanto Ubertis¹⁵⁵, também adjetivam a noção de verdade, qualificando-a como judicial ou contextualizada, entretanto, o fazem com nítido escopo de contextualização, e não de distinção, tendente a promover a segmentação entre a apuração da verdade de enunciados em contexto processual, do mesmo procedimento empregado em outros ramos do saber.

A distinção entre verdade material e verdade formal é, historicamente, invocada para sinalizar o parâmetro de suficiência probatória para julgamento judicial, sendo usual – a despeito de antiquada – a correlação entre a verdade material e o processo penal, em oposição à prevalência da verdade formal no âmbito do processo civil¹⁵⁶.

Essa referência é bastante à demonstração do equívoco da adjetivação, tendo em vista, inicialmente e sob enfoque puramente metafísico, que absolutamente inviável se imaginar que possam existir níveis distintos de verdade.

¹⁵³ “The traditional associations of consensus theory with the adversarial process, and of correspondence theory with the inquisitorial model, capture indisputable affinities but do not reflect the diversity and differentiation of attitudes toward ‘truth’ in various present-day legal systems” (WEIGEND, Thomas. *Should we search for the truth and who should do it?* **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**. v. XXXVI, 2011, p. 398).

¹⁵⁴ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 23.

¹⁵⁵ UBERTIS, Giulio. *I criteri di ammissibilità probatoria*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 191.

¹⁵⁶ No âmbito da metafísica, é usual uma distinção entre verdade material e verdade formal, a partir da obra de Kant, empregada de maneira distinta daquela cotidiana no âmbito do Direito, assim detalhada: “a partir de aqui, se perfilará claramente la distinción entre verdad formal, como corrección y consistencia del procedimiento lógico, y verdad material, como correspondencia y realidad del contenido del juicio (de los conceptos, principios y premisas con los cuales opera. La lógica general, al ocuparse exclusivamente del aspecto formal de la verdad, deja fuera de su mirada toda referencia posible a objetos, toda relación entre el conocimiento y su objeto, para contentarse con la corrección y coherencia puramente formal del pensamiento consigo mismo” (PIEDRA ARENCIBIA, Rogney. *Kant y la lógica dialéctica*. **Hybris**. v. 8, mayo 2017, pp. 42/43).

Enquanto valor social fundado na correspondência entre certo enunciado e a realidade fática, não há como se possa imaginar que eventual incompletude desta relação não conduza necessariamente à configuração de uma inverdade.

Com efeito, o enunciado que não corresponda necessariamente à concretude da realidade fática inegavelmente repercutirá em uma inverdade, metaforicamente qualificada como meia verdade.

Sobre o tema, já advertiu Barbosa Moreira, em trabalho publicado em língua espanhola:

No existen, ni pueden existir, dos verdades, una material y otra formal: la verdad, en relación a los hechos, es una sola. Lo que ocurre – además de las notorias dificultades de aprehensión – es que las legislaciones procesales, por diversas razones de política jurídica, renuncian con frecuencia a una investigación integral, que por otra parte, en este mundo y desde el punto de vista práctico, nunca se podría dar por rematada.¹⁵⁷

Ademais, há ainda outra circunstância indicativa do equívoco da distinção.

A menção à verdade formal e material como indicadores dos níveis de suficiência probatória para a realização de julgamento judicial – sinalizador de que, para cada tipo de tutela, o nível de convencimento acerca da correspondência seja distinto – indica efetivamente particularidade do processo de apreciação da veracidade dos enunciados, atinente aos standards probatórios.

Tal diversidade de níveis de suficiência probatória, amplamente empregada nos ordenamentos a partir de opções políticas do legislador, retrata apenas uma faceta do julgamento judiciário, a qual não infirma a necessidade da verdade dos enunciados como requisito de sua legitimação.

Essa assertiva retrata, justificadamente, a histórica relação feita entre verdade material e processo penal, em oposição à verdade formal e ao processo civil.

Por ora, basta registrar que é amplamente disseminada nos ordenamentos contemporâneos a exigência de que, no âmbito do processo penal, a imposição de preceito sancionatório pressuponha conclusão para além de qualquer dúvida razoável acerca da prática da infração penal, o que indica que, ao formar seu convencimento a respeito dos enunciados, o nível de suficiência probatória é o mais elevado possível.

O quadro de dúvidas, assim, favorece ao acusado, justamente porque não configurado contexto de convencimento irremediável, incontornável.

¹⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 86, abril-junho de 1997, p. 198.

Esse patamar de suficiência probatória, entretanto, não assegura, até mesmo em virtude da falibilidade humana, a absoluta correspondência entre os enunciados fáticos e sua ocorrência no mundo natural.

Há, e sempre haverá, risco de equívoco inerente ao fator humano, até mesmo porque *“la conformidad de un pensamiento con los principios de la lógica tradicional es condición necesaria, pero no suficiente para garantizar su verdad”*¹⁵⁸.

No âmbito do processo civil, de outro lado, até mesmo pela prevalência, de regra, de interesses privados de natureza disponível, as prescrições processuais são bem menos exigentes em relação à definição do nível de suficiência probatória, o que viabiliza que o julgamento se aperfeiçoe mesmo em contexto de dúvida, inclusive por influência do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A mencionada circunstância, entretanto, não permite afirmar que o julgamento no âmbito do processo civil não esteja atrelado à verdade, enquanto elemento de legitimação do exercício da jurisdição, tampouco que este possa ser lastreado em uma verdade distinta daquela incidente na órbita do processo penal, a única aliás existente.

É nesse cenário que se retrata a absoluta inadequação das expressões verdade material e verdade formal, notadamente quando empregadas para estabelecer relação com este ou aquele âmbito da tutela jurisdicional, exaltando, em objeção, a felicidade da já citada contextualização promovida por Taruffo¹⁵⁹ e Ubertis¹⁶⁰, identificado uma verdade judicial, cuja definição haverá de observar exatamente os mesmos critérios traçados na Filosofia¹⁶¹.

Assim, a verdade judicial, que justamente por interferência da falibilidade humana poderá incorrer em erro acerca da correspondência entre os enunciados fáticos e a realidade fenomênica, deverá atender às opções políticas do legislador na definição, para cada caso específico, dos níveis de suficiência probatória, o que não justifica sua gradação ou qualificação em níveis distintos.

¹⁵⁸ PIEDRA ARENCIBIA, Roney. *Kant y la lógica dialéctica*. **Hybris**. v. 8, mayo 2017, pp. 42/43.

¹⁵⁹ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 23.

¹⁶⁰ UBERTIS, Giulio. *I criteri di ammissibilità probatoria*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 191.

¹⁶¹ TARUFFO, *op.cit.*, p. 24.

2.3.A motivação dos atos judiciais

No enfoque da verdade, enquanto elemento de legitimação da prestação da jurisdição, é inegável o destaque da motivação, especificamente como aspecto do ato judicial em que demonstrado o processo lógico mental que conduziu à decisão¹⁶², se prestando a descrever o processo intelectual de solução da controvérsia.

Tal aspecto exige o detalhamento das noções de motivação, de explicação, de fundamentação e de justificação¹⁶³, as quais são estabelecidas a partir de enfoques psicologista e racionalista da motivação as decisões judiciais.

Quanto ao viés psicologista, a motivação dos atos judiciais corresponde à expressão linguística dos motivos que conduziram o procedimento intelectual de decisão, ao passo que no viés racionalista a motivação corresponde à justificação de uma decisão, de forma que em qualquer das hipóteses corresponde, ambigualmente, à noção de explicação¹⁶⁴.

É certo que a noção de causas de uma decisão compreende a ideologia, o contexto social, o estado de ânimo, os prejuízos, a cultura jurídica e outras tantas circunstâncias do julgador, as quais, apesar de influir na sua convicção, não se confundem com a demonstração do procedimento intelectual de tomada de decisão¹⁶⁵.

A fundamentação, então, compreende a exteriorização da motivação, especificamente distinguindo “*entre tener razones para x y dar razones para x*”¹⁶⁶.

Conquanto MacCornick faça referência a que, em casos mais simples, tal processo intelectual detalhado na motivação se retrata especificamente em operação de silogismo de incidência da norma no caso concreto o mesmo pesquisador, exalta ainda que, na maioria das situações, o julgamento pressupõe deliberação baseada em 4 enfoques básicos: problemas de provas, de relevância fática, de qualificação jurídica dos fatos e de interpretação das normas¹⁶⁷, aos quais se regressará no presente estudo.

Em seu aspecto histórico, o dever de motivação dos julgamentos judiciários tem origem no direito germânico, que restou fortalecido na Europa Continental a partir do *ius commune*,

¹⁶² ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La motivación de las resoluciones judiciales**. Barcelona: Marcial Pons, 2011, p. 68.

¹⁶³ *Ibid*, p. 85.

¹⁶⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la Corte IDH. Quaestio facti*. v. 1, Madrid, 2020, p. 373.

¹⁶⁵ *Ibid*, p. 373.

¹⁶⁶ *Ibid*, p. 375.

¹⁶⁷ MACCORMICK, Neil. **Razonamiento jurídico y teoría del derecho**. Pueblo Libre: Palestra editores, 2019, p. 57.

prevalente com a queda do Império Romano¹⁶⁸, de maneira que “*no es heredero directo del Derecho romano, sino indirecto a través del tratamiento*” dos glosadores e dos canonistas¹⁶⁹.

A partir da mencionada origem, é possível caracterizar o processo como atividade racional do qual se extrai um resultado – julgamento – impregnado de racionalidade, a qual se retrata na motivação apresentada pelo julgador, servindo de parâmetro à aferição de sua vinculação à lei¹⁷⁰.

Y para que dicha racionalidad pudiera manifestarse en la decisión naturalmente se entendió, como veremos, la necesidad de garantizar que la propia decisión estuviese motivada (...) que la actividad de juzgar fuese resultado natural del conjunto de inferencias obtenidas a propósito de lo actuado y probado durante el proceso.¹⁷¹

Nesse cenário, é possível reconhecer que a motivação dos atos judiciais exerce função para além do processo, efetivamente extraprocessual, tendo em vista que exterioriza o procedimento racional do julgamento, atrelando o resultado à legislação aplicável ao caso concreto, de modo a implementar o controle político e democrático decorrente da influência da Revolução Francesa¹⁷².

Há, entretanto, também um papel endoprocessual, decorrente da percepção de que, ao externar o procedimento intelectual, racional, de julgamento, a motivação viabiliza o reexame e o controle do resultado alcançado pelo julgador no processo¹⁷³.

É justamente por essa razão que a motivação precisa externar, de modo válido, uma justificação plena da decisão judicial adotada, compreensiva de seus aspectos fáticos e normativos, permitindo o entendimento do processo intelectual do julgamento, o que não corresponde necessariamente a um esgotamento da motivação, bastando que a mesma seja correta e aceitável¹⁷⁴.

A concepção de motivação correta e aceitável, que Taruffo denomina *buenas razones*¹⁷⁵, enquanto justificação válida de uma decisão judicial, é o parâmetro frente a determinados preceitos normativos que impõem a invalidade de atos judiciais cuja fundamentação não aborde suficientemente os contornos da controvérsia¹⁷⁶.

¹⁶⁸ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La motivación de las resoluciones judiciales**. Barcelona: Marcial Pons, 2011, p. 45.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 55.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 65.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 58.

¹⁷² *Ibid.*, p. 71.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 70.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 83.

¹⁷⁵ TARUFFO, Michele. *La cultura de la imparcialidad en los países del common law y del derecho continental*. **Estudios de derecho judicial**. 56, 2008, p. 118.

¹⁷⁶ Código de Processo Civil de 2015, art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos

Merece destaque nesse pormenor precedente da Corte Constitucional do Equador, instituindo o que denominou *teste de motivación*, fundado em critérios de razoabilidade da interpretação da legislação vigente, de lógica retratada na coerência entre as premissas do julgamento e de compreensibilidade para o “*gran auditorio social*”, no sentido de compreensão pela comunidade em que proferida¹⁷⁷.

Assim, a confrontação entre a motivação dos atos judiciais e os standards probatórios definidos pelo legislador, enquanto umbral de suficiência probatória estabelecido para cada situação processual, deve permitir compreensão adequada do procedimento intelectual do julgador da solução jurídica no caso concreto, viabilizando seu controle intersubjetivo.

2.3.1. A função da epistemologia no julgamento judiciário

Forma-se um contexto de notória correlação entre a noção filosófica de verdade e a legitimação da tutela jurisdicional, exaltando inegavelmente o papel da epistemologia no julgamento judiciário, sobretudo a partir da compreensão do contraditório como garantia fundamental integrante do devido processo legal em um regime jurídico democrático¹⁷⁸.

A epistemologia, também tratada como teoria do conhecimento, consiste essencialmente no ramo do conhecimento filosófico dedicado ao estudo da cientificidade racional, compreendendo, para além de cada um dos saberes humanos, a própria estruturação científica, a partir de seus fundamentos lógicos, enquanto elementar de sua validação¹⁷⁹.

O reconhecimento da ontológica relação entre a legitimidade da tutela jurisdicional, enquanto ato de poder estatal, e a verdade acerca dos fatos em julgamento faz, justamente, prevalecer em importância o papel da reconstrução histórica da situação litigiosa no ato decisório, premissa à adequada identificação da norma aplicável ao caso concreto.

Il vocabolo “verità” – quando correlato a quelli di “ricerca”, “accertamento” o simili – attenga essenzialmente alla ricostruzione del fatto, non vanno ignorate almeno due precisazioni: per un verso, non può escludersi un impiego del termine anche con riguardo alla soluzione del problema concernente

no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹⁷⁷ Disponível em <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=227-12-SEP-CC>. Consultado em 23 de agosto de 2022.

¹⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 86, abril-junho de 1997, p. 196.

¹⁷⁹ FUMERTON, Richard. **Epistemologia**. São Paulo: Vozes, 2015.

l'individuazione della norma applicabile al caso concreto (...); per l'altro, non può ignorarsi l'inevitabile connessione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*.¹⁸⁰

Não por outro motivo Tulio Ascarelli consignou que a justiça da sentença está no caminho percorrido para alcançar o resultado¹⁸¹.

Assim, a justiça de determinada decisão – empregada a expressão polissêmica no sentido de sua correção – será retratada em enfoque duplo, referente, de um lado, da adequação do processo racional empregado pelo julgador na reconstrução dos fatos e, de outro, da definição da norma jurídica aplicável ao caso concreto¹⁸².

Mais recentemente, Gustavo Badaró detalhou ainda mais a questão, vinculando a justiça da decisão judicial a três condições, correspondentes ao “*correto juízo de fato, à correta escolha e interpretação das regras jurídicas e, por fim, ao emprego de um procedimento válido*”¹⁸³.

É patente, pois, a correlação entre este processo de raciocínio do julgador e a epistemologia, enquanto ciência do pensamento lógico, a ser demonstrada na fundamentação do ato decisório, de maneira a viabilizar seu amplo controle intersubjetivo em sede recursal¹⁸⁴.

Cabe justamente à epistemologia, mediante detalhamento do processo racional de construção lógica do conhecimento aplicável ao julgamento judiciário, a atribuição de conferir idoneidade à decisão – “*un'idoneità anche epistemologica*”, na expressão de Ubertis –, mediante exigência de que o material probatório conhecido seja apreciado de tal modo a permitir o controle das partes e da coletividade quanto ao exercício da jurisdição¹⁸⁵.

A despeito da evidência da percepção em questão, é de se anotar que até muito recentemente as discussões dogmáticas referentes ao julgamento judiciário se restringiam ao debate acerca da norma aplicável ao caso concreto, devendo ser reconhecido o papel de Taruffo de, a partir de 1979¹⁸⁶, promover “*giro epistemológico entre juristas y filósofos del derecho*”.¹⁸⁷

¹⁸⁰ Tradução livre: “o vocábulo verdade – quanto relacionado àqueles de pesquisa, de julgamento ou de similares – atende essencialmente à reconstrução de um fato, devendo observar ao menos 2 considerações: de um lado, não se pode excluir um emprego do termo ainda como sentido de solução de problema concernente à individualização da norma aplicável ao caso concreto (...); de outro lado, não se pode ignorar a inevitável conexão entre *quaestio facti* e *quaestio iuris*” (UBERTIS, Giulio. *I criteri di ammissibilità probatoria*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 190).

¹⁸¹ ASCARELLI, Tullio. *Processo e democrazia*. **Rivista trimestrale di diritto processuale civile**. 1958, p. 858.

¹⁸² “Fallar, en efecto, significa en último análisis aplicar una norma jurídica a un hecho; por consiguiente, al juez no le es menos imprescindible la aprehensión del hecho que el conocimiento de la norma” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 86, abril-junho de 1997, p. 196).

¹⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019, p. 71.

¹⁸⁴ “Ésta es, insisto, la clave de la especificidad de la prueba jurídica. Creo que puede decirse sin excesivo riesgo de error que en todos los demás ámbitos del conocimiento, el conjunto de elementos de juicio que puede y debe ser analizado para adoptar una decisión racional es igual al total de las informaciones disponibles y relevantes para el caso. En el caso de la prueba jurídica, en cambio, el conjunto de elementos a valorar es un subconjunto del conjunto formado por la totalidad de los elementos disponibles: aquellos de ellos que han sido incorporados al expediente judicial” (FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 42)

¹⁸⁵ UBERTIS, *op.cit.*, p. 202.

¹⁸⁶ UBERTIS, Giulio. **La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici**. Torino: Utet, 1999, p. 68.

¹⁸⁷ DEI VECCHI, Diego. *La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva*. In FERRER BELTRÁN, Jordi & VÁZQUEZ, Carmen (coord). **Debatiendo com Taruffo**. Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 270.

Não há, destarte, como deixar de identificar que o raciocínio epistêmico, conquanto seja exteriorizado nos atos decisórios do julgador, mantém na verdade relação direta com a regulamentação normativa das prerrogativas probatórias das partes e, em última instância, com o próprio contraditório, na medida em que, ao estabelecer os instrumentos das partes para influenciar na formação da verdade em juízo, acaba por detalhar sua interferência na conformação da conclusão judicial.

A mencionada atividade epistêmica, pela qual o julgador analisa, à luz da teoria do conhecimento, as proposições e as evidências trazidas ao processo pelas partes, haverá de ser exteriorizada, efetivamente detalhada, na etapa da motivação do julgamento¹⁸⁸, demonstrando o raciocínio realizado para alcançar a conclusão encampada acerca dos fatos em que se funda a aplicação das normas promovida na sentença¹⁸⁹.

É importante que a citada exigência, referente a um julgamento validamente epistêmico no exercício da jurisdição, não se confunde com a prerrogativa da livre convicção do julgador, em oposição à instituição de uma tarifação probatória.

Badaró advertiu que a cultura pós-iluminista, na medida em que consolidou uma concepção de liberdade de valoração probatória, acabou por estabelecer “*um processo intelectual particular de cada julgador e, conseqüentemente, intransferível e incontrolável por outro sujeito*”, reconhecendo uma indevida margem à “*pura arbitrariedade judicial*”, retratando efetiva “*anarquia cognitiva*”¹⁹⁰, concluindo que o “*convencimento é livre das regras da prova legal, mas não é livre para deixar de adotar regras e critérios racionais de determinação da verdade dos fatos*”¹⁹¹.

No mesmo sentido, Ramirez Ortiz reconhece que se formou “*un proceso opaco que subjetivizó el criterio indicador de cuándo se había conseguido la prueba del hecho a través de la doctrina de la íntima convicción*”, convertendo-se em efetiva “*irracionalidad e intuicionismo*”¹⁹².

¹⁸⁸ Ferrer Beltrán detalha que existem duas concepções acerca da motivação dos atos judiciais decisórios, “*las concepciones psicologista y racionalista de la motivación. La primera de ellas identifica a la motivación con la expresión lingüística de los motivos que han llevado a una decisión. La segunda, en cambio, entiende la motivación como justificación: una decisión motivada es, pues, una decisión que cuenta con razones que la justifican (...). Las causas que motivan la decisión de un juez incluyen su ideología, contexto social, estado de ánimo, prejuicios, cultura jurídica, etc. Del mismo modo que ocurre con las decisiones ordinarias que tomamos cada uno de nosotros*” (FERRER BELTRÁN, Jordi. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. **Isonomía**. México, n. 34, abril 2011, pp. 89/90).

¹⁸⁹ “*si motivar es expresar lingüísticamente los motivos, los factores que han causado la decisión, habrá que dar cuenta del iter mental que ha llevado al juez al convencimiento respecto de los hechos (y de las normas, añadiría yo)*” (Ibid, pp. 93/94).

¹⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019, p. 75.

¹⁹¹ Ibid., p. 76.

¹⁹² RAMIREZ ORTIZ, Jose Luis. *El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género*. **Quaestio facti**. n. 1, 2020, Madrid, p. 207.

Cabe justamente à epistemologia clarear a opacidade decorrente da livre convicção, pelo que Susan Haack adverte peremptoriamente que o Direito está mergulhado até o pescoço na epistemologia¹⁹³⁻¹⁹⁴.

No pormenor, há de ser situada justamente a importância da epistemologia, tendo em vista que cabe a ela, e não à legislação, “*preencher o vazio negativo deixado pelo livre convencimento*”, instituindo um “*método racional para utilizar na valoração da prova*”¹⁹⁵⁻¹⁹⁶.

Não por outro motivo as regras processuais acerca da produção das provas retratam um efetivo espelhamento das construções epistêmicas aplicáveis às ciências de forma geral, sobretudo porque as prescrições probatórias servem à verdade, enquanto valor social¹⁹⁷, como se pode identificar, dentre muitos exemplos, na regulamentação da cadeia de custódia de evidências e no *cross-examination*.

A despeito de certa divergência filosófica acerca da justificação epistêmica¹⁹⁸, no âmbito da decisão judiciária é flagrante a constatação do papel das provas, na medida em que são justamente as evidências produzidas em contraditório que viabilizam a verdadeira reconstrução histórica dos fatos para permitir a adequada incidência das regras de conduta previstas em lei.

É inegável o papel das provas de, demonstrando a veracidade de enunciados, indicar ao julgador a fidedignidade de certa versão dos fatos, o que lhe confere papel de persuasão¹⁹⁹, o qual, todavia, não desnatura sua função epistêmica, de legitimação de tutela²⁰⁰.

¹⁹³ HAACK, Susan. **Evidence matters**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 28.

¹⁹⁴ Sobre a epistemologia nos modelos de justiça negociada, consulte-se *The epistemology of Plea Bargaining*, de Richard B. Miller. MILLER, Richard B. The epistemology of Plea Bargaining. In **Social Epistemology**, 2020.

¹⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy., **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019, p. 77.

¹⁹⁶ Especificamente acerca da valoração das provas no âmbito judiciário, Gustavo Badaró registra o emprego de “*probabilidade indutiva ou lógica, de tipo baconiano, (não matemática), nos moldes expostos por Jonathan Cohen*”, cuja apreciação transcende aos limites do presente estudo (*Ibid.*, p. 77). Accatino esclarece acerca da questão: “*A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las matemáticas, donde el razonamiento procede a través de inferencias deductivas, en el ámbito del conocimiento empírico procedemos sobre todo a través de inferencias inductivas. Mientras tratándose de las primeras, la verdad de las conclusiones se sigue necesariamente de la verdad de las premisas, en el caso de las inferencias inductivas aun siendo verdaderas las premisas, la conclusión puede resultar falsa*” (Trecho de texto ainda não publicado, de autoria de Daniela Accatino, disponibilizado como parte dos materiais do *Máster de Razonamiento Probatorio*, da *Universidad di Girona*, no qual a autora figura como docente).

¹⁹⁷ LEITER, Brian. *The epistemology of admissibility: why even good Philosophy of science would not make for good Philosophy of evidence*. **Brigham Young University Law Review**. 803 (1997), p. 805.

¹⁹⁸ Para fins do presente estudo, é de se ver, de um lado, que a visão fundacionista se baseia na assertiva de que a racionalidade comporta determinadas crenças fundamentais, gerais, de ampla aceitação, das quais se extraem outras tantas, de natureza derivada no processo epistêmico de cada julgamento concreto. De outro lado, na concepção coerentista ou fundeherentismo não existiriam crenças fundamentais inerentes à racionalidade, assim como não há relação de preponderância de dadas convicções em detrimento de outras, mas sim uma relação conjunta, de efetiva conjugação de premissas, construindo conclusões justamente a partir desta relação de mutualidade.

¹⁹⁹ DEI VECCHI, Diego. *La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva*. In FERRER BELTRÁN, Jordi & VÁZQUEZ, Carmen (coord). **Debatiendo con Taruffo**. Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 280.

²⁰⁰ “*La concepción racionalista de la prueba se suele contrastar con la persuasiva, que entendería a la prueba solamente como un instrumento de persuasión, en cuanto el criterio de decisión acerca de lo probado consistiría únicamente en la convicción juzgador, libre de justificación y controles (...). Lo que ocurriría es que de acuerdo a la literatura que asume una concepción persuasiva de la prueba, la prioridad atribuida desde el punto de vista de los fines del proceso a la búsqueda de eficiencia en la resolución del conflicto y a la deferencia respecto de la autonomía de las partes, desplazaría y volvería de algún modo irrelevante la verdad como fin de la prueba, quedando entonces en un vacío conceptual aquello que sería objeto de la convicción del juzgador*” (ACCATINO, Daniela. *Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?* **Revus [online]**. 39, 2019, p. 91).

Assim, é a conjugação das evidências produzidas com as alegações das partes que viabiliza a identificação da verdade pelo julgador, com objetividade compatível com o controle intersubjetivo, o qual servirá como instrumento à formação do conhecimento em relação à reconstrução dos fatos submetidos a julgamento²⁰¹, o que acentua a relação entre prova e verdade na cognição judicial²⁰².

Esta visão, a propósito, exalta a tradição racionalista das provas, na expressão cunhada por Twining a partir da obra de Bentham²⁰³, que corresponde a um “*modelo racionalista de adjudicación*” do conhecimento, “*algo semejante a lo que Bentham llamaba rectitud of decision*”.²⁰⁴

Tal constatação, fundada na premissa de que tanto as partes quanto o juízo objetivam formar conhecimento a respeito da verdade das proposições, acaba por superar, como percebeu Dei Vecchi, uma distinção filosófica que se tentou transplantar para o Direito, referente “*una dicotomía entre prueba como conocimiento y prueba como persuasión*”²⁰⁵.

É nesse contexto que Taruffo delinea a função da prova na construção epistémica do julgamento judiciário, que consiste em “*oferecer ao julgador conhecimento fundado empírica e racionalmente acerca dos fatos do caso*”²⁰⁶, o que acaba por remeter o raciocínio probatório do juiz a uma origem evidencialista, que se marca pelo *duty to reflect* e pelo *no duty to inquire*²⁰⁷.

Não por outra razão a atividade judicante é diretamente relacionada com a atuação científica, de maneira que a imparcialidade do julgador não atende apenas uma função moral, mas, sobretudo, ao escopo de assegurar um processo racional e logicamente válido de aquisição de conhecimento pelo Judiciário²⁰⁸.

As provas são justamente este elemento de ligação entre as proposições e as hipóteses normativas, na medida em que viabilizam a reconstrução dos fatos em juízo²⁰⁹, ostentando tanto função de justificação, quanto de averiguação, com a ressalva de que o objeto último da prova,

²⁰¹ A partir do modelo da *common law*, em que instituída a figura do julgamento leigo pelo júri, Leiter detalha a conformação de duas espécies de regras epistêmicas “*primary epistemic rules take into account the epistemic shortcomings of jurors, such as their susceptibility to confusion and prejudice or their generally modest level of intellectual ability. Secondary epistemic rules take into account the epistemic shortcomings of judges, such as their general lack of expertise in scientific matters*” (LEITER, Brian. *The epistemology of admissibility: why even good Philosophy of science would not make for good Philosophy of evidence*. **Brigham Young University Law Review**. 803 (1997), p. 814).

²⁰² ACCATINO, Daniela. *Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?* **Revus [online]**. 39, 2019, p. 89.

²⁰³ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 152.

²⁰⁴ ACCATINO, *op.cit.*, pp. 86/87.

²⁰⁵ DEI VECCHI, Diego. *La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva*. In FERRER BELTRÁN, Jordi & VÁZQUEZ, Carmen (coord). **Debatiendo con Taruffo**. Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 281.

²⁰⁶ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 28.

²⁰⁷ O *duty to reflect* reflete o dever epistémico de refletir sobre as evidências disponíveis, ao passo que o *no duty to inquire* se refere à investigação sobre a inexistência de outros elementos capazes de refutar as conclusões alcançadas racionalmente (AGUILERA, Edgar. *Justificación epistémica. Evidencialismo robusto y prueba jurídica*. **Quaestio facti**. n. 3, 2022, p. 88).

²⁰⁸ GOMEZ MARTINEZ, Carlos. **La imparcialidad judicial**. Consejo General del Poder Judicial. Madrid: Escuela Judicial, 2008, p. 59.

²⁰⁹ ANDERSON, Terence; SCHUM, David & TWINING, William. **Análisis de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2015, p. 95

é normalmente composto por uma diversidade de proposições, que demandou sua própria demonstração em juízo, mediante uma cadeia de raciocínio²¹⁰ própria²¹¹:

Un *probandum final* es o bien (raramente) una proposición simple o bien (usualmente) una proposición compuesta que puede ser dividida en proposiciones simples, cada una de las cuales necesita ser probada para así probar el *probandum final*. Estas proposiciones simples son llamadas *probanda penúltimas*²¹².

Frente ao que foi exposto, é inegável a relação entre as figuras da prova e da verdade no processo²¹³, na medida em que aquela se presta a sustentar os argumentos das partes, a partir de julgamento que lhe atribua correspondência à verdade.

2.4. Prova e cognição judicial

Estabelecidas as premissas referentes ao papel da epistemologia e das provas no exercício legítimo da jurisdição, é inequívoca a constatação de que a produção das evidências na relação processual, em materialização do contraditório, tem um papel fundamental na reconstrução da verdade.

Há de se ver que a prerrogativa do julgador de atribuir a noção de verdade a certos enunciados em julgamento compreende certa discricionariedade, que precisa ser compatibilizada com uma concepção democrática de processo.

Assim, o raciocínio probatório do julgador deve ter “*sempre um referencial empírico identificável*”, passível de checagem mediante “*comprovação e refutação dos enunciados fáticos por meio de provas e contraprovas*”, viabilizando que a “*escolha da hipótese tida como*

²¹⁰ ANDERSON, Terence; SCHUM, David & TWINING, William. **Análisis de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2015, p. 96.

²¹¹ “El razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas a un caso particular (...). Esto no significa que una decisión puede ser efectivamente deducida de las premisas; la decisión es un acto de voluntad y como tal no está determinado por la lógica” (ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN, Eugenio. **Los límites de la lógica y el razonamiento judicial**. Análisis lógico y Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 303).

²¹² ANDERSON, SCHUM & TWINING, *op.cit.*, p. 96.

²¹³ “Las tesis sobre la prueba en el derecho pueden sintetizarse en dos: a) la tesis de la búsqueda de la verdad como fin preferente de la prueba jurídica, que reconoce a la averiguación de la verdad respecto de los hechos del caso prioridad como fin de la actividad probatoria y de la regulación jurídica de la prueba, y b) la tesis, derivada de la anterior, de la justificación probatoria como caso especial de la justificación epistémica general, que afirma la debida aplicación a la valoración de la prueba de los criterios de la racionalidad epistémica general, mediante la construcción de inferencias inductivas basadas en generalizaciones empíricas que permiten justificar conclusiones de carácter probabilístico. Se trata de dos tesis normativas, que identifican las bases de un derecho y un razonamiento probatorio racionales en tanto instrumentalmente funcionales a la averiguación de la verdad y la minimización del riesgo de error” (ACCATINO, Daniela. *Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?* **Revus [online]**. 39, 2019, p. 92).

provada seja fruto de aplicação de regras e métodos que sejam lógica e racionalmente controláveis”²¹⁴.

Logo, o devido processo legal, especificamente na faceta do contraditório, materializa-se não apenas pela prerrogativa de manifestação dialética das partes, exigindo, ainda, a possibilidade efetiva de – em reflexo do direito de ação ou da prerrogativa de defesa – influir na decisão judicial.

É importante registrar, entretanto, que no cenário da formação da verdade judicial a partir do raciocínio probatório dialeticamente construído com lastro nas provas produzidas, perde importância a noção de convencimento próprio do julgador, na medida em que a incidência da norma no caso concreto se baseia em formação lógica de conhecimento acerca do substrato fático do litígio.

A citada influência, diversamente do que pode parecer, não decorre apenas da prerrogativa de apresentar seus argumentos e hipóteses, já que não basta a observância às formalidades ritualísticas para legitimação da jurisdição.

Qualquer atuação processual de viés democrático exige, ainda, que a decisão proferida seja justa, aqui significando aquela que se funda em critérios válidos de aferição da verdade²¹⁵.

Se é certo que a filosofia indica os procedimentos científicos de identificação da verdade, também é certo que, no caso concreto, em cada relação processual específica, será o contraditório, propriamente no viés de apresentar elementos de convicção sobre suas hipóteses e argumentos, que servirá de instrumento à construção racional da decisão justa.

Portanto, é especificamente nesse ponto que as provas assumem papel fundamental enquanto meio de legitimação do exercício da jurisdição, na medida em que servem de marco demarcatório dos argumentos e hipóteses articulados, definindo assim a rota a ser cumprida pelo raciocínio epistêmico de identificação da verdade no processo de decisão.

As provas e sua apresentação ao julgador representam, portanto, a essência do direito de ação, que se reflete ontologicamente no direito de defesa, eis que retratam a sujeição dos argumentos das partes ao juiz, assim como de seus fundamentos de acreditação.

Entretanto, para além desse papel de viabilizar a fundamentação da posição de cada uma das partes na relação processual, tendo por referência sua respectiva pretensão ou resistência, as provas têm a atribuição de lastrear a conclusão jurisdicional, que só se legitima quando amparada em uma conclusão adequada acerca da realidade dos fatos.

²¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019, p. 72. No mesmo sentido, Michele Taruffo (TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 216).

²¹⁵ UBERTIS, Giulio. **Elementos de epistemología del proceso judicial**. Madrid: Trotta, 2017, p. 12.

Não é por outro motivo que Dinamarco sublinha que a expressão *prova* “vem do adjetivo latino *probus*, que significa bom, correto, verdadeiro; conseqüentemente provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade”²¹⁶.

Essa relação de compatibilidade entre a conclusão judicial e a percepção fenomênica acerca do contexto fático do julgamento, correspondente a uma noção de verdade, é, ademais, requisito de legitimação do exercício da jurisdição, dado que se presta à identificação de que o poder estatal está calcado em conclusão válida, verdadeira, acerca dos fatos.

Tal vinculação entre prova e verdade, entretanto, “*no hace de la segunda un requisito conceptual de la primera*”, podendo ser detalhada a partir de uma noção procedimental, de forma que “*un enunciado será aceptable como verdadero si tiene suficientes elementos de juicio a su favor o, más estrictamente, se está suficientemente corroborado por los elementos de juicio existentes en el expediente judicial*”²¹⁷.

Destarte, a verdade não é, em si, um fim próprio do processo, mas sim pressuposto de uma decisão justa, a qual assume a condição de direito fundamental do cidadão, consistente na garantia processual a um processo equitativo, conforme versão em língua portuguesa da Convenção Europeia de Direitos Humanos, traduzida para a língua italiana pela noção de *giusto processo*.

Apesar do caráter estrutural da relação entre o *giusto processo* e as provas, a análise deste instituto pelos processualistas vem, em grande medida, se limitando a “*una serie de distinciones relativas al término prueba (i.e. elemento, objeto, procedimiento, medio, sujeto)*”, bem como a debater os “*distintos sistemas de valoración actuales o históricos*”²¹⁸, sem promover apreciação adequada em relação a seu aspecto epistêmico.

A formatação de um processo democrático pressupõe que o julgamento tenha por lastro uma reconstrução histórica válida dos fatos, em procedimento cognitivo lógico compatível com a apuração racional da verdade, o que exalta justamente a relevância do papel epistêmico das provas.

Neste sentido, é imprescindível que o exercício da jurisdição esteja lastreado em exercício epistêmico, fundado em exame cognitivo, racional, e não heurístico, das provas, viabilizando e sobretudo legitimando uma atividade jurisdicional fundada na verdade, elemento imprescindível de validação do exercício da jurisdição.

²¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III, 4.ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58.

²¹⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 20.

²¹⁸ DEI VECCHI, Diego. *Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad*. **Discusiones XIII**. n. 13, Buenos Aires, fevereiro de 2013, p. 234.

Quanto a esse particular, o processo se vale da epistemologia, enquanto teoria filosófica da cognição, para a reconstrução histórica dos fatos a partir das hipóteses processuais²¹⁹, o que Taruffo denomina de heterointegração da sentença²²⁰, sobretudo porque “*a decisão racionalmente orientada permite que a escolha da hipótese fática tida como verdadeira, por encontrar maior suporte nas provas dos autos, possa ser intersubjetivamente controlável*”²²¹.

São justamente tais fundamentos epistêmicos que legitimam, juntamente com os demais requisitos ao exercício válido da jurisdição, o exercício do poder estatal, na medida em que indicam as razões da escolha desta ou daquela hipótese fática pelo juiz, a par de viabilizar o controle intersubjetivo da decisão, requisito fundamental da faceta democrática de processo.

De outro lado, o procedimento epistêmico de reconstrução fática tem por parâmetro uma definição da suficiência probatória de validação de cada hipótese estabelecida pelo legislador no enfoque dos standards de prova.

Em outros termos, o viés democrático de um dado ordenamento não pode ser garantido apenas pela previsão de direitos aplicáveis à tramitação da ação penal, sendo imprescindível que se viabilize instrumento eficaz de controle intersubjetivo das decisões judiciais, conjugando um procedimento epistêmico e parâmetros de acreditação de cada hipótese fática no processo.

Tal cenário exige, então, um considerável aprofundamento no tema das provas, de modo a definir parâmetros a serem observados no curso do presente estudo, pontualmente no particular da relação entre o mencionado instituto e a cognição judicial.

2.4.1. Definições processuais do termo

A primeira percepção extraível da referência ao termo *prova*, a qual nem mesmo demanda grande esforço, remonta à constatação de seu sentido polissêmico, na medida em que absolutamente comum seu emprego no âmbito jurídico com significações diversas.

É possível perceber, por exemplo, na jurisprudência nacional, como quando a Suprema Corte faz referência à “*prova obtida por meio de abertura de encomenda postada nos Correios*” (RE 1.116.949, Min. Marco Aurélio, DJe 05/02/2020), significando claramente um

²¹⁹ Quanto ao tema, adverte Gustavo Badaró a prevalência do procedimento valorativo a partir de uma probabilidade indutiva ou lógica, do tipo baconiano, mas não matemático, a partir dos moldes de Cohen (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019, p. 77). No mesmo sentido, FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 182.

²²⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 247.

²²¹ BADARÓ, *op.cit.*, p. 76.

elemento de convicção trazido ao processo, mas também menciona “*provas produzidas sob o contraditório demonstram que servidor publico ocupante de cargo em comissão, nomeado pelo réu, dividiu seu salário com terceiro*” (AP 976, Min. Roberto Barroso, DJe 13/04/2020), indicando claramente uma conclusão extraída a partir das evidências.

É flagrante a percepção de que nos casos mencionados, colhidos aleatoriamente dentre inúmeros outros exemplos, a expressão prova é empregada, ao mesmo tempo, se referindo a coisas distintas: um elemento e uma conclusão extraída do dito elemento.

A polissemia, entretanto, não é fruto, importante registrar, de um descompromisso com o rigor das definições científicas, tendo em vista que amplamente disseminada também na doutrina.

Tampouco tal particularidade é privativa da língua portuguesa, enquanto idioma base do presente estudo, na medida em que identificável, ainda, no espanhol, no inglês e no italiano, conquanto nessas realidades jurídicas seja mais comum, se comparadas com o sistema brasileiro, a aposição de expressão complementar para adjetivação e, sobretudo, esclarecimento da questão tratada.

Então, no direito norte-americano, é comum o emprego da expressão *right of evidence* para se referir à atividade das partes de apresentar provas de seus argumentos, ao passo que a expressão *evidence* é mais específica para os elementos em relação aos quais se exerce o referido *right*.

Esse mesmo quadro se identifica em relação ao termo *prueba*, do espanhol, em relação ao *derecho a la prueba*, assim como em relação às expressões *prova* e *diritto alla prova*, tão comuns no italiano.

Tanto assim que, referindo-se à realidade hispânica, Gascón Abellán, para além de ressaltar o sentido polissêmico do vocábulo prova, resalta que, tanto doutrina, quanto jurisprudência, não se atentam habitualmente para as diversas significações do termo, causando “*un enorme caos terminológico donde reina la incoherencia*”²²².

Sob a ótica da língua italiana, Ubertis diagnostica a mesma situação, identificando a importância de estabelecer convicção sobre ponto de incerteza, referente ao fato origem da controvérsia judiciária, compreendendo não só a atividade como o respectivo elemento que lhe confere lastro²²³.

²²² GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 83.

²²³ UBERTIS, Giulio. *Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova*. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. v. 36, n. 1, gen/mai 1993, p. 195.

A grande distinção, portanto, é que na língua portuguesa o mais comum é o emprego polissêmico e indistinto da expressão prova, sem substituição pelas noções de direito à prova, atividade probatória e raciocínio probatório, dentre tantos outros.

É fundamental, para assegurar a cientificidade do presente estudo, situar adequadamente as noções referentes à expressão prova, de modo a estabelecer com necessária clareza as ideias em debate.

No pormenor, à margem da percepção da polissemia da expressão prova, não há como deixar de constatar que, a despeito das distintas significações, todas elas mantêm relação direta com uma noção fenomênica, independentemente de concepções propriamente jurídicas, o que faz com que Sentis Melendo sublinhe o que denomina aspecto metajurídico do termo, afirmando que, no processo, prova não *“puede ser cosa distinta de lo que es en la vida corriente”*, concluindo que *“su concepto jurídico no puede ser distinto o, al menos, no puede ser opuesto, al concepto filosófico”*²²⁴.

Destarte, para além das significações do vocábulo no âmbito jurídico, a noção de *prova*, de fato, transcende tal realidade, na medida em que se presta à reconstrução de relação de correspondência entre determinada narrativa, um enunciado, tratado no âmbito jurídico como alegação, e seu respectivo lastro fenomênico, representado pela realidade, portanto.

Ainda no âmbito metajurídico, a noção de prova compreende a conjugação de dois elementos: o primeiro, alusivo a um fenômeno constatável ou perceptível pelos sentidos humanos; e o segundo, referente à sua aptidão inferencial, decorrente da possibilidade de seu emprego como premissa de um raciocínio que conduz à conclusão a respeito de dado assunto de interesse.

Logo, a noção de prova ou evidência, aqui tratadas como sinônimos, indica um elemento aferível pelos sentidos humanos – como golpe de soco sofrido ou um acidente entre veículos vivenciado – e uma conclusão inferida a partir da mencionada percepção, a qual serve à identificação da correspondência entre o elemento aferível e um dado enunciado.

A aptidão de tal elemento para viabilizar a formação de conclusão, a partir de inferência²²⁵, acerca de determinado fato, indica um dos empregos do vocábulo prova no âmbito jurídico, referente a elemento perceptível pelos sentidos humanos que é utilizado no processo com o propósito de viabilizar julgamento acerca de um assunto em debate, representado por uma alegação.

²²⁴ SENTIS MELENDO, Santiago. **La prueba**. Buenos Aires: EJEA, 1979, p. 142.

²²⁵ O processo lógico da inferência vai ser objeto de aprofundamento no presente estudo, em tópico próprio, especificamente dedicado à apreciação da lógica nos julgamentos judiciais.

Destarte, a noção de prova se vincula ao objeto de uma ostensão, correspondente à atividade de mostrar, exibir, vinculada a algo material, ou perceptível, por alguém que esteja no mesmo contexto²²⁶.

Com efeito, a significação da expressão *prova* – até mesmo em virtude da teoria da correspondência em relação à verdade – retrata justamente a demonstração da compatibilidade da correspondência entre os acontecimentos do mundo fenomênico e os argumentos das partes no processo.

Quanto às relações jurídicas propriamente ditas, especificamente na realidade do direito processual, o termo comporta, todavia, ainda, outros empregos, com significações diversas, o que estabelece a exigência científica da adequada definição do vocábulo.

Sobre o tema, Magalhães Gomes Filho detalha:

Na terminologia processual, o termo prova é empregado como variadas significações: indica, de forma mais ampla, o conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo (meios de prova); e, ainda, dá o nome ao resultado dessas atividades. As duas primeiras acepções correspondem aos aspectos objetivos antes mencionados, enquanto a última também está relacionada aos efeitos subjetivos que decorrem da atividade probatória.²²⁷

Adotando, então, as ponderações de Magalhães Gomes Filho como referencial teórico²²⁸, é viável identificar as seguintes acepções do termo prova: (1) significando uma atividade, exercida pelas partes e pelo próprio juiz no processo, objetivando a reconstrução dos fatos submetidos à jurisdição a partir dos argumentos articulados; (2) correspondendo a cada um dos instrumentos, dos meios, empregados para a validação judicial dos fatos alegados pelas partes em juízo, quando pode ser substituído pela expressão meios de prova; e, finalmente, (3) se referindo ao resultado da atividade probatória na relação processual, correspondendo às conclusões acerca dos fatos e das alegações das partes, construídas a partir da atividade racional epistêmica de julgamento.

²²⁶ TUZET, Giovanni. **La prueba razonada**. Puno: Editorial CJI & Zela, 2020, p. 52.

²²⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997, pp. 41/42.

²²⁸ Michele Taruffo detalha, entretanto, que a noção polissêmica de *prova* pressupõe uma posição acerca das teorias da verdade judicial, advertindo que “os conceitos de meios de prova e prova podem ter diferentes significados em função das teorias da verdade judicial e da decisão judicial que as sustente. Por exemplo, partindo-se da ideia de que nenhuma verdade judicial pode ser alcançada, toda definição de meio de prova e prova vinculada ao conceito de verdade judicial carece de significado. Sob uma perspectiva distinta, aqueles que comungam da teoria bayesiana da prova dirão que ‘meio de prova’ somente se define em termos de ‘probabilidade a priori’, e que ‘prova’ indica um resultado de um grau superior a 0,5, obtido por meio de inferências estatísticas. Por outro lado, a teoria da evidence and inference parece oferecer uma interessante moldura conceitual vinculando os meios de prova à verdade judicial em termos de conhecimento racional, probabilidade lógica e inferências argumentativas. Em tal contexto, os ‘meios de prova’ constituem a base para as inferências lógicas cujo objetivo é dar suporte a conclusões acerca dos fatos em litígio; ‘prova’, por sua vez, refere-se aos resultados positivos de tais inferências; e, por fim, a ‘verdade judicial’ dos fatos significa que os enunciados acerca desses fatos em litígios estão apoiados em inferências racionais baseadas em elementos de prova relevante e admissíveis” (TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 34).

O mesmo detalhamento é promovido por Ferrua, que ressalva, em relação ao termo prova, ser preciso distinguir (1) as proposições probatórias ou provas em sentido próprio; (2) o enunciado a ser provado ou objeto da prova; (3) o ato de provar, correspondendo à solução racional de sanar dúvida, que relaciona a primeira e a segunda hipótese²²⁹.

No último enfoque, a expressão prova se refere à atividade de demonstração, de aferição, de comprovação, valendo aqui a redundância para a adequada compreensão do sentido, das hipóteses integrantes do contexto fático de uma relação processual, objetivando viabilizar a aplicação da norma ao caso concreto.

Nas palavras de Ubertis, consiste na atividade através da qual é introduzida no procedimento ao menos um elemento de convicção um meio de prova²³⁰.

Destarte, a conduta de apresentar relatório de necropsia ou laudo de eficiência e prestabilidade de artefato para demonstrar a ocorrência de disparo de arma de fogo, bem como a indicação de testemunhas que tenham presenciado os disparos, são exemplos da atividade probatória, habitualmente mencionada como prova apenas, em um dos significados polissêmicos do termo.

Já em relação à feição instrumental do termo prova, ele tangencia cada um dos instrumentos, dos meios, dos elementos, que se prestam a viabilizar a atividade probatória no processo, correspondendo às testemunhas, aos laudos periciais e aos documentos apresentados pelas partes.

Tal feição é chamada por Ubertis como principal e mais importante, referindo-se ao elemento de prova, representando aquilo que, introduzido no procedimento, pode ser utilizado como premissa de inferências probatórias²³¹.

Finalmente, também é viável identificar o emprego da expressão prova correspondendo à noção de demonstração, de efetiva comprovação, enquanto resultado da atividade inferencial exercida em relação às hipóteses fáticas debatidas.

Nesse aspecto, a expressão prova se refere, portanto, a uma conclusão extraída das provas, aqui significando tanto meios de prova quanto atividade probatória, resultado do que Ubertis denomina procedimento intelectual ou de inferência, cujo êxito é representado por uma proposição constituída ao final, propriamente denominada resultado da prova²³².

²²⁹ FERRUA, Paolo. *Ammissibilità della prova e divieti probatori*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, pp. 216.

²³⁰ UBERTIS, Giulio. *Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova*. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. v. 36, n. 1, gen/mai 1993, p. 196.

²³¹ *Ibid*, p. 195.

²³² *Ibid*, p. 196.

À margem de tais significações inerentes ao termo prova, é de se anotar, ademais, que são comuns as menções à expressão fonte de provas, significando a origem dos elementos de convicção que são carreados ao processo.

Na referida concepção estão compreendidos, portanto, elementos exteriores ao processo, especificamente pessoas ou coisas²³³, dos quais as partes se servem, a partir da atividade probatória, para demonstração de suas hipóteses e argumentos em juízo.

Tornando ao tema das acepções do termo prova, há de ser reconhecido que não há como deixar de perceber que, enquanto atividade e meio, o vocábulo prova retrata faceta objetiva da própria instrução processual, ao passo que na condição de resultado, a expressão assume concepção subjetiva, própria da construção mental firmada a partir da instrução processual, que é exteriorizada pelo julgamento²³⁴.

É fundamental, assim, que as distintas acepções do termo sejam rigorosamente observadas em qualquer exame científico que se proponha a respeito da matéria.

A aptidão das provas – aqui empregado o termo significando meios de convicção – para integrar, em enfoque contraditório, o processo racional epistêmico de reconstrução dos fatos em juízo, para definição das hipóteses verdadeiras no exame da subsunção da norma penal sancionatória, indica a noção daquilo em que reside o objeto da atividade probatória.

A consequência natural, portanto, é que a noção de prova implica necessariamente no conceito de verdade²³⁵, fazendo com que Dei Vecchi ressalte que se tratam de figuras “*contra-intuitivas*”²³⁶.

Na abordagem do tema, é muito corriqueiro o emprego de expressões distintas para significar justamente este conjunto de fatos que são objeto da atividade probatória – destacando-se inequivocamente as referências ao objeto do processo, ao *thema probandum* e ao objeto da prova – conquanto tecnicamente as mencionadas figuras não se refiram ao mesmo fenômeno²³⁷.

É fundamental, portanto, estabelecer de modo criterioso e sobretudo claro o sentido em que adotadas as referidas expressões no presente estudo, a fim de assegurar sua inequívoca compreensão.

²³³ Ao tratar da origem material ou pessoal do elemento de convicção, Ubertis introduz a noção de fonte de prova nos seguintes termos: “*Il soggetto o l’oggetto da cui può derivare al procedimento almeno un elemento di prova è la fonte di prova, che a sua volta può essere tanto personale (come nel caso del teste) quanto reale (come nell’ipotesi del documento)*” (UBERTIS, Giulio. **Elementos de epistemología del proceso judicial**. Madrid: Trotta, 2017, p. 196).

²³⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 42.

²³⁵ TUZET, Giovanni. *Le prove dell’abduzione*. **Diritto e Questioni Pubbliche**, n. 4, p. 287.

²³⁶ DEI VECCHI, Diego. *Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad*. **Discusiones XIII**, n. 13, Buenos Aires, fevereiro de 2013, p. 247.

²³⁷ Quanto ao tema, Taruffo adverte: “*nell’uso corrente, le espressioni ‘oggetto della prova’, ‘fatti da provare’, ‘thema probandum’, e simili, appaiono in sostanza adoperate come sinonimo, intesi ad indicare il complesso di fatto di cui è necessario dimostrare in giudizio l’esistenza perché il giudice possa fondarvi la decisione*” (TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 34).

2.4.1.1. Momentos da atividade probatória

Estabelecida a premissa referente à acepção da introdução de prova em juízo, é viável desde já inferir que a integração dos meios de prova ao julgamento pode ser segmentada em etapas referentes à sua admissão e à sua produção em juízo, às quais se segue a valoração dos elementos de prova pelo julgador e seu emprego para fins de tomada de decisão, mediante aplicação da norma legal ao caso concreto.

Ferrer Beltrán faz referência justamente a esses momentos, identificando-os, todavia, como etapa da formação do acervo, que engloba a admissão e a produção da prova em juízo; a fase da valoração judicial dos elementos de convicção; e, finalmente, o momento da tomada de decisão judicial, aplicando a lei ao caso concreto a partir das conclusões probatórias²³⁸.

Carmen Vázquez, referindo-se especificamente à prova pericial, dimensiona os momentos da atividade probatória com a mesma segmentação²³⁹.

Gustavo Badaró, de seu turno, tratando mais detidamente da valoração das provas em juízo, promove a distinção, ainda, entre o contexto da valoração da prova e contexto da justificação, o que permite concluir por uma visão conjugada das etapas da valoração da prova e da tomada de decisão pelo juízo²⁴⁰.

Já Daniela Accatino se refere aos momentos como *etapa de investigación*, em que as informações relevantes são identificadas e obtidas; a *etapa do juicio*, em que as informações obtidas pelas partes são introduzidas no processo e submetidas ao contraditório, após prévia sujeição às regras de admissibilidade; e *etapa de deliberación y decisión*, em que a figura do juiz assume protagonismo para extrair conclusões a partir dos dados empíricos²⁴¹.

A divergência identificada – referente à fase de investigação extrajudicial pelas partes dos meios de prova ser ou não uma etapa da atividade probatória – não interfere, entretanto, na percepção de que, de modo amplo, podem ser reconhecidos os seguintes momentos de produção de evidências: (a) identificação e proposição pelas partes dos meios de prova; (b) sua admissão em determinado processo específico; (c) valoração judicial das provas produzidas; (d) tomada de decisão judicial frente à imputação e às provas produzidas; e (e) justificação da decisão pelo julgador.

²³⁸ FÉRRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 61.

²³⁹ VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. **Prova pericial**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 373.

²⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019, p. 73.

²⁴¹ ACCATINO, Daniela. *Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?* **Revus [online]**. 39, 2019, p. 94.

Assim, é possível identificar que a atividade probatória pressupõe um juízo prévio de admissibilidade referente a dado processo específico, que é necessariamente antecedido pela identificação do elemento de prova pela parte interessada e pela sua proposição em juízo.

Admitida a prova, se seguem as etapas de sua produção em juízo, sob contraditório das partes, de valoração e de tomada de decisão pelo juízo, seguida da justificação epistêmica do processo de julgamento.

Apesar da mencionada segmentação das etapas do procedimento probatório, construída para fins didáticos, Ferrer Beltrán sinaliza que os procedimentos de valoração e da tomada de decisão, na verdade, se exercem em contexto único, com as mencionadas fases intimamente relacionadas²⁴².

Dadas as limitações temáticas do estudo proposto, que se refere diretamente à etapa da admissão dos elementos de convicção em juízo, e estabelecida a premissa dogmática atinente à identificação das acepções da expressão *prova*, relevante promover aprofundamento acerca do direito à introdução do material probatório, especificamente no enfoque da admissibilidade lógica das evidências.

Para tanto, fundamental identificar previamente as noções de objeto do processo e da prova, além de *thema probandum*.

2.4.2. Objeto do processo, objeto da prova e *thema probandum*

Partindo do início, é de se reconhecer que a disseminação do estudo de uma teoria geral do processo, a partir de uma visão de autonomia da relação processual em relação ao direito material controvertido, ampliou a percepção de que, tanto no processo civil, quanto no processo penal, o objeto do processo corresponde à pretensão²⁴³.

A aplicação desta premissa ao processo penal, de seu turno, conduz normalmente ao emprego da conhecida expressão pretensão punitiva, enquanto exercício pelo titular da ação penal objetivando a imposição do preceito penal secundário em determinada situação concreta.

Tal esclarecimento, entretanto, permite identificar que a pretensão punitiva corresponde, na verdade, à própria pretensão material que, em virtude da autonomia da relação processual quanto ao direito material, não se confunde com a pretensão processual.

²⁴² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 41.

²⁴³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

Em outras palavras, se a pretensão punitiva se refere à imposição do preceito sancionatório em determinado caso concreto, ela corresponde à pretensão material, e não à processual, não se confundindo, pois, com o objeto do processo.

A pretensão punitiva, na verdade, corresponde justamente à materialização do objeto do processo penal, que recai especificamente em relação ao reconhecimento judicial a ocorrência da conduta típica, ilícita e culpável, a qual integra uma hipótese de incidência do poder sancionatório.

Logo, o objeto do processo penal remonta ao reconhecimento judicial da ocorrência concreta do preceito primário da norma típica, e não à própria pretensão punitiva, viabilizando, assim, a aplicação da respectiva sanção penal no caso, correspondendo na definição da hipótese verdadeira *“a respeito de um fato ou um complexo de fatos e a sua relevância jurídico-penal”*²⁴⁴.

Destarte, o objeto do processo penal é justamente o reconhecimento judicial da verdade da imputação, concluindo pela efetiva ocorrência da conduta típica no mundo real, o que viabiliza a incidência da norma sancionatória no caso concreto.

Essa assertiva, entretanto, deve ser permeada pela percepção de que *“os fatos não se incorporam nos procedimentos judiciais”*, sendo tomados em consideração *“na forma de enunciados acerca do que ocorreu faticamente”*²⁴⁵, conforme já consignado.

Logo, o objeto do processo penal é o julgamento acerca da veracidade dos enunciados das partes a respeito dos fatos passados que integram a imputação, o qual viabilizará, ou não, a incidência do preceito sancionatório no caso concreto, materializando, como dito, a pretensão punitiva²⁴⁶.

No pormenor, Taruffo adverte que a qualificação jurídica dos fatos não é inteiramente proposta pelas partes, na medida em que cabe ao julgador estabelecer quais os fatos jurídicos que devem ser provados com base em *“projeto de subsunção dos fatos à norma que parece aplicável ao caso concreto”*²⁴⁷.

Assim, a formulação do *thema probandum* pelas partes é nitidamente provisória, estando fadada *“a ser retificada e modificada no curso da pesquisa sobre os fatos”*, à medida

²⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019, p. 98.

²⁴⁵ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19. No mesmo sentido, Marcelo Vieira: *“Quando se fala em fato, porém, não se quer dizer o evento concreto, mas sim uma proposição”* (VIEIRA, Marcelo Vinícius. **Direito à admissão probatória no processo penal: limites ao seu exercício**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 31).

²⁴⁶ *“Por conseguinte, o que se prova ou se demonstra no processo judicial é a veracidade ou falsidade dos enunciados acerca dos fatos em litígio (...). As proposições acerca da dimensão empírica de um fato podem e devem ser distinguidas das valorações e qualificações jurídicas sobre esse fato. As proposições fáticas podem ser verdadeiras ou falsas: portanto, são o objeto apropriado da prova judicial, esta concebida como o meio de estabelecer a verdade dos fatos em litígio”* (TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19).

²⁴⁷ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 215.

que cada um dos enunciados é submetido a procedimento de checagem e novas circunstâncias são conhecidas, o que é próprio da estrutura fundamentalmente dialética do raciocínio probatório²⁴⁸.

Esse quadro estabelece premissas à definição de outro dos mencionados termos, mais precisamente do *thema probandum*, na medida em que a relação de pertinência entre os enunciados aventados no processo e o objeto da imputação, acaba por delimitar, por efetivamente restringir, os limites do objeto deduzido em juízo, o qual reflete, por conseguinte, uma limitação ao objeto do que será provado.

Não há, em outros termos, o que justifique o debate e, portanto, a tentativa de demonstração da verdade dos respectivos argumentos, relativamente a enunciados que não integram o objeto do processo, o que traz à lume a noção de *thema probandum*.

O *thema probandum*, portanto, é justamente esse conjunto de fatos que integram o objeto do processo, servindo assim à delimitação da decisão²⁴⁹, que serve como “*guia para a atividade probatória pois as balizas desta são justamente por ele estabelecidas*”²⁵⁰.

Relevante sublinhar a referência a que o *thema probandum* corresponde ao conjunto de fatos, e não a um fato único, que serve de objeto ao processo penal, mesmo no caso de imputação de infração penal única.

Um exemplo detalhará melhor a afirmação: em uma imputação de furto simples (art. 155 do Código Penal), o *thema probandum* será integrado por fato correspondente à própria ocorrência da subtração, à circunstância desta haver recaído em relação a coisa alheia móvel e à sua destinação para assenhoreamento do autor do fato ou de terceiro, assim como a quaisquer outros enunciados pertinentes que sejam trazidos a exame.

Destarte, enquanto o *thema probandum* corresponde a este feixe de fatos a serem demonstrados em juízo, o objeto da prova é circunscrito justamente a um âmbito fático limitado, efetivamente restrito, referindo-se a cada um dos vários eventos que integram o contexto fático²⁵¹.

Assim, para cada um dos fatos que integram o *thema probandum*, podem ser apresentadas evidências, aqui referidas como meios de provas, tendentes à demonstração da verdade dos seus respectivos enunciados fáticos, de maneira que seriam estes os objetos das respectivas provas.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 221.

²⁴⁹ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 35.

²⁵⁰ VIEIRA, Marcelo Vinícius. **Direito à admissão probatória no processo penal: limites ao seu exercício**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 37.

²⁵¹ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 36.

la distinzione ora accennata no si pone tanto sul piano, per cosi dire, quantitativo, ma sotto un profilo funzionale o strutturale: altro è considerare un fatto in relazione a ciò che è necessario provare in giudizio, altro è considerarlo come oggetto di quel particolare procedimento conoscitivo che va sotto il nome di prova. La prima considerazione determina il *thema probandum*, cioè l'insieme dei fatti che è necessario accertare come fondamento della decisione; la seconda determina l'oggetto della prova, cioè il fatto particolare che la singola prova tende a dimostrare.²⁵²

Há, por óbvio, flagrante correlação entre as noções de *thema probandum* e de *thema decidendum*, na medida em que a questão submetida à decisão judicial corresponde exatamente aos limites objetivos e subjetivos da controvérsia deduzida em juízo, o que lhes confere relação direta e imediata, a qual poderá assumir forma mediata quando atinente a “*una circostanza da provare può essere pertinente per stabilire la credibilità di un teste*”²⁵³.

Destarte, tornando a uma abordagem da questão a partir de exemplos, o objeto de um relatório de necropsia é a comprovação da morte da vítima e do meio de prática do fato, ao passo que o objeto de laudo de constatação de entorpecentes é a demonstração da veracidade do enunciado quanto a tráfico ilícito de entorpecentes. Já nos laudos de eficiência e prestabilidade de arma de fogo, o objeto da prova remonta à demonstração do potencial ofensivo de artefato.

Estes são os objetos destas provas.

É flagrante a percepção de que tais exemplos são singelos, entretanto se prestam a demonstrar o critério de distinção entre os termos objeto de prova, em seu aspecto restrito, e *thema probandum*, na condição de um espectro mais amplo.

Em outros termos, o objeto da prova corresponde ao objetivo geral que certa evidência pretende alcançar, tendente a demonstrar, quanto ao accertamento dos fatos da causa²⁵⁴, ocorrência ou circunstância vinculada a ele mediante enunciado descritivo²⁵⁵.

O objeto da prova recebeu expresso tratamento pelo *Codice de Procedura Penale* da Itália:

Art. 187 (Oggetto della prova) - 1. Sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o

²⁵² Tradução livre: “A distinção ora apontada não se põe em plano quantitativo, mas em perfil funcional ou estrutural: uma coisa é considerar um fato em relação àquilo que é necessário provar em juízo, outra é considera-lo como objeto daquele particular procedimento cognitivo desenvolvido a partir da prova. A primeira consideração determina o *thema probandum*, que é o conjunto de fatos cujo accertamento é necessário acertar como fundamento da decisão; já a segunda determina o objeto da prova, que é o fato particular que a prova individual tende a demonstrar” (*Ibid.*, p. 35).

²⁵³ Tradução livre: “Isso ajuda a precisar como a relação entre *thema probandum* e *decidendum* é direto e imediato, podendo contudo ser mediato, quanto uma circunstância a ser provada pode ser pertinente a estabelecer a credibilidade de um teste, esta última tem pertinência à admissão de uma prova considerada subsidiária” (UBERTIS, Giulio. *I criteri di ammissibilità probatoria*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 199).

²⁵⁴ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 36.

²⁵⁵ VIEIRA, Marcelo Vinícius. **Direito à admissão probatória no processo penal: limites ao seu exercício**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 31.

della misura di sicurezza. 2. Sono altresì oggetto di prova i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali. 3. Se vi è costituzione di parte civile, sono inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato.²⁵⁶

O preceito, a propósito, acentua uma particularidade não referida anteriormente: podem ser objeto da prova não apenas os fatos que se refiram diretamente à conduta típica, mas também aqueles relativos a outros tantos elementos e circunstâncias que podem influir na ilicitude do fato principal (imputado), mesmo na culpabilidade do agente ou na extensão da pena ou da medida de segurança.

Em outras palavras, o *thema probandum* abarca toda a compreensão da figura típica, alcançando quaisquer aspectos da norma penal que possam repercutir na situação jurídica do imputado, de forma que todas as mencionadas circunstâncias, isoladamente ou em conjunto, poderão ser objeto de prova.

É neste contexto que Frederico Marques aponta o objeto da prova como “*a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrado no processo*”²⁵⁷, que é tratado por Dinamarco como “*alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa*”²⁵⁸.

De seu turno, Taruffo acentua que a definição de objeto da prova tem dúplice função, referente à indicação e à definição do fato a que se refere, individuando seus aspectos particulares delimitados no *thema probandum*²⁵⁹, além de estabelecer, por perspectiva, o resultado que a parte pretende obter pela prova²⁶⁰.

Ora, se o *thema probandum* indica o conjunto de fatos que integra o próprio julgamento e o objeto das provas se refere a enunciado vinculado a uma das circunstâncias específicas que compõem o *thema decidendum*, é nítida a percepção de que a própria atividade probatória, por atrelada ao *thema probandum* e ao objeto das provas, estará adstrita ao contexto fático que compõe a imputação.

²⁵⁶ Tradução livre: “Art. 187 (Objeto da prova) – 1. São objeto da prova os fatos que se referem à imputação, à punibilidade e à determinação da pena ou da medida de segurança. 2. São ainda objeto da prova os fatos dos quais depende a aplicação da norma processual. 3. No enfoque dos efeitos cíveis, são também objeto de prova os fatos inerentes à responsabilidade civil derivada do ilícito” (Disponível em https://www.imolin.org/doc/amliid/Italy/Italy_Codice_di_Procedura_Penale.pdf. Consultado em 24 de março de 2021).

²⁵⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. II, 2.ed., Campinas: Millennium, 2000, p. 331.

²⁵⁸ É flagrante a constatação de que a expressão adotada por Dinamarco (“*alegações controvertidas*”) tem relação direta com o processo civil, em que é amplamente mais admitida a desnecessidade de produção de provas, afetando diretamente o objeto da prova de determinada relação processual, a falta de controvérsia dos litigantes acerca de determinado fato ou circunstância. O tema no processo penal, todavia, demanda maior debate, no qual tornaremos neste estudo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III, 4.ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58).

²⁵⁹ Referindo-se a um modelo próprio do processo civil, regido essencialmente pelo princípio dispositivo (TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 215).

²⁶⁰ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 38.

Gascon Abellán detalha, a partir do exame da conformação habitual das normas penais punitivas, que os fatos comportam classificação entre externos e internos, também chamados psicológicos, conforme promovam, ou não, alteração na realidade fática sensível²⁶¹.

Nesta quadra, a conduta de falsificar materialmente, de adulterar, documento retrata fato externo, tal como ocorre na subtração patrimonial e na prática de lesão corporal, na medida em que modificam substancialmente a realidade natural, enquanto a apropriação indébita de bem cuja posse se detém, em sentido oposto, configura fato interno ou psicológico.

Acentua, todavia, Gascon Abellán serem relativamente comuns, na construção das figuras típicas, a adoção do que classifica como fatos específicos, que dependem de “juízos de valor”²⁶², os quais se qualificam na dogmática penal como elementos normativos do tipo.

Um exemplo comum na doutrina acerca desta específica categoria de fatos remonta à noção de obscenidade, adotada pelo art. 233 do Código Penal para descrever a conduta típica do delito de ato obsceno.

Já Marcelo Vinícius Vieira propõe a distinção dos fatos que integram a atividade probatória entre fatos primários e secundários, sendo aqueles os “*idôneos a produzir os efeitos da norma penal*”, dizendo respeito ao fato típico, antijurídico e culpável, ao passo que os últimos serão os que tangenciem à demonstração de enunciado que infirme a ocorrência do fato imputado, à fiabilidade de determinada evidência e a fatos processuais, como os que repercutem na ilicitude na obtenção de determinada prova²⁶³.

A despeito da arbitrariedade inerente à adoção de qualquer classificação, dado o subjetivismo próprio da providência, reputa-se mais adequada aquela que promove a distinção dos fatos entre primários ou secundários, por ser mais compreensiva do fenômeno no seu enfoque processual.

Fato é que, independentemente da classificação adotada (fatos externos e fatos internos *versus* fatos primários e fatos secundários), todos os acontecimentos e circunstâncias que integram o *thema decidendum* admitem atividade probatória das partes, servindo à integração do objeto das provas.

É, destarte, este mesmo feixe de fenômenos fáticos que integram o *thema probandum*, definidos pelas partes a partir das proposições que deduzem em juízo, as quais irão compor o raciocínio epistêmico exercido pelo julgador ao resolver o *thema decidendum*, mediante

²⁶¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 67.

²⁶² *Ibid.*, p. 70.

²⁶³ VIEIRA, Marcelo Vinícius. **Direito à admissão probatória no processo penal: limites ao seu exercício**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, pp. 31 e 36.

estabelecimento da verdade dos enunciados a ele referentes e submissão dos mesmos às regras de condutas estabelecidas no ordenamento.

Assim, a prova judicial será sempre objeto de inferências, integrando a apreciação do mérito dos fatos em julgamento, seja como conteúdo de uma premissa, seja como componente de uma conclusão decorrente das premissas fixadas pelo julgador²⁶⁴.

Logo, a identificação da compreensão das figuras do *thema probandum* e do objeto probatório mantém nítida pertinência com a atividade probatória, na medida em que restringe os contornos da atividade cognitiva judiciária, havendo contudo de ser permeada pela constatação de que, de regra, a “*da individualização do thema decidendum realizada pelo juiz, podem resultar mais modelos de thema probandum, diferentes entre si quanto à determinação das circunstâncias de fato que devem ser provadas em juízo*”²⁶⁵.

2.5. O direito à introdução do material probatório

A identificação da diversidade das acepções do termo prova viabiliza constatar, destarte, a relação direta entre a possibilidade das partes de produzir provas, corroborando seus argumentos no processo, e o próprio julgamento de cada uma das questões submetidas à jurisdição.

Tal percepção, que viabiliza identificar a prova como instrumento dialético de construção da verdade na relação processual, conformando o contraditório e afirmando a prerrogativa de introdução do material probatório como efetivo direito das partes do processo, superando sua tradicional visão como ônus²⁶⁶.

Estabelece-se, outrossim, o princípio da ampla possibilidade de introdução de provas no processo²⁶⁷, ao que se denomina *total evidence principle* na realidade da *common law* e princípio da inclusão na tradição jurídica romano-germânica, indicativo da maior aptidão do procedimento para a adequada reconstrução da verdade na relação processual, o que enseja, em contrapartida, a excepcionalidade das hipóteses de exclusão probatória²⁶⁸.

²⁶⁴ TUZET, Giovanni. **La prueba razonada**. Puno: Editorial CJI & Zela, 2020, p. 59.

²⁶⁵ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 215.

²⁶⁶ Tradicionalmente, mas também em grande parte da produção dogmática contemporânea, a questão da prova no processo é tratada especificamente com enfoque em suas regras locais de produção e na definição da parte encarregada do ônus de produção de cada prova, o que desconsidera a relevância dos meios de prova na conformação da verdade ínsita à aplicação da lei ao caso concreto.

²⁶⁷ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 54.

²⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coords). **Garantismo processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 223.

Assim, o direito à prova compreende “*las reglas de adquisición probatoria*”, viabilizando aquelas “*actividades procedimentales reputadas necesarias para la reconstrucción del hecho*”²⁶⁹, assumindo outrossim foro constitucional, ainda quando não expressamente previsto na respectiva carta política²⁷⁰.

Ante o reconhecimento da existência de um direito fundamental das partes à produção probatória, é inevitável concluir pela necessidade de que o ordenamento disponha de instrumentos necessários a torná-lo efetivo²⁷¹, o que desautoriza a assertiva de que a admissão das evidências esteja subordinada ao prudente arbítrio do julgador.

Destarte, o direito à prova possui, de um lado, uma dimensão subjetiva extensível igualmente às partes do processo, de modo a assegurar paridade de armas, assim como, de outro lado, uma dimensão objetiva, referente “*a todo tipo de experimento gnosiológico*” eficiente e adequado à demonstração de fato processualmente relevante²⁷².

Em poucas palavras, quanto maior for a possibilidade de introdução do material probatório pelas partes, proporcionalmente maior será a aptidão de alcançar correspondência entre a verdade identificada no processo e a realidade do mundo naturalístico.

É justamente esta a premissa da concepção de que a ampliação do material disponível para valoração em contraditório aumenta, em proporcionalidade direta, a eficiência do processo para alcançar a verdade por correspondência, como adverte Carmen Vázquez²⁷³.

Daniela Accatino adverte, contudo, que a ampla admissibilidade das provas, como premissa a um processo justo, não guarda relação direta com a valoração de cada um dos elementos de convicção:

Libertad en la admisión y en la valoración probatoria, de modo que, en principio, toda prueba epistémicamente relevante pueda ser admitida y su valor o fuerza probatoria pueda ser evaluada por el juez sin sujeción a otros criterios que los de la racionalidad epistémica.²⁷⁴

É esta quadra que viabiliza o reconhecimento de um efetivo direito das partes à introdução do material probatório.

Taruffo é bastante incisivo quanto ao reconhecimento do direito à inclusão do material probatório, sublinhando que “*as garantias processuais das partes seriam meramente formais*

²⁶⁹ UBERTIS, Giulio. **Elementos de epistemología del proceso judicial**. Madrid: Trotta, 2017, p. 124.

²⁷⁰ BADARÓ, *op.cit.*, p. 220.

²⁷¹ CASIRAGHI, Roberta. **La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 380.

²⁷² UBERTIS, *op.cit.*, p. 125.

²⁷³ “*El principio fundamental resultante, llamado principio de inclusión, impone que entre al proceso la mayor cantidad de pruebas relevantes, de tal modo que aumente la probabilidad de que la decisión fáctica del juez sea correcta, i.e., acorde con la verdad sobre los hechos*” (VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. *La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales*. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, 38 (2015), p. 102).

²⁷⁴ ACCATINO, Daniela. *Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?* **Revus [online]**. 39, 2019, p. 96.

e vazias se a elas fossem proibidas apresentar todos os meios de prova relevantes para embasar suas versões dos fatos em litígio”²⁷⁵.

Tanto assim que Badaró conclui que o direito à introdução do material probatório é “*um dos mais significativos elementos da transformação de um regime processual autoritário para um regime processual democrático*”²⁷⁶.

Com efeito, a prerrogativa das partes de uma atuação em contraditório na relação processual, consequência do direito de ação e ao seu correspondente direito de defesa, tem por corolário o reconhecimento do direito à prova, instrumento de materialização da dialética processual imprescindível à possibilidade mais eficiente de identificação da verdade.

Para a estruturação de um processo equitativo, democrático ou *giusto*, na expressão da legislação italiana, é imprescindível que se reconheça o direito à introdução do material probatório pelas partes, assegurando-lhes uma efetiva oportunidade de exercício da dialética processual.

Tanto assim que Ubertis adverte que o método dialético representa aquele mais adequado de que dispõe o homem para estabelecer a veracidade dos enunciados fatuais, em qualquer campo do conhecimento, especificamente no âmbito judiciário²⁷⁷.

A relação entre a prerrogativa das partes de introdução de material probatório e o contraditório, enquanto instrumento ao direito fundamental a um processo equitativo, acaba por constituir a prerrogativa de apresentar evidências acerca de seus argumentos como um direito fundamental em si mesmo.

Com efeito, se o direito de ação e de resistência são reflexos da inércia da jurisdição, conquanto lhe sejam autônomos, a construção da verdade contextualizada mediante dialética probatória das partes também é independente, conquanto pressuponha, o direito à prova pelas partes, enquanto elemento fundamental ao devido processo legal²⁷⁸.

Tal direito, como sói acontecer, evidentemente não é absoluto, incumbindo-se ao devido processo legal a sua respectiva limitação, mediante controle judicial quanto à “*correcta aplicación de las reglas epistemológicas y jurídicas sobre la admisión de la prueba*”, à “*práctica de la prueba de forma contradictoria*”, à “*posibilidad de proponer pruebas*”

²⁷⁵ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 54.

²⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coords). **Garantismo processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 220.

²⁷⁷ UBERTIS, Giulio. *Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova*. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. v. 36, n. 1, gen/mai 1993, p. 313.

²⁷⁸ A legislação chilena, após a Reforma Processual de 2000, passou a detalhar expressamente o direito à introdução do material probatório com consequente liberdade das provas, prescrevendo: “*Artículo 295. Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley*”. Disponível <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>. Consultado em 23 de março de 2021.

contrarias a las ofrecidas por la otra parte procesal” e à “*posibilidad de proponer pruebas de segunda orden (o pruebas sobre la prueba)*”²⁷⁹.

Nesse cenário, o contraditório não apenas é parte fundamental à instituição de um direito fundamental como, noutro enfoque, é instrumento significativo na definição dos limites do direito subjetivo à introdução do material probatório.

Essa conformação do direito à introdução do material probatório repercute justamente no reconhecimento pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos de que o mesmo assume a faceta de direito inerente à personalidade do cidadão.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos apreciou o tema no caso *Zegarra Marín v. Perú*, julgado em 2017, quando afirmou que “*la posibilidad de aportar contraprueba es un derecho de la defensa para invalidar la hipótesis acusatoria, contradiciéndola mediante contrapruebas o pruebas de descargo compatibles con hipótesis alternativas (contra-hipótesis), que a su vez la acusación tiene la carga de invalidar*” (item 140)²⁸⁰.

No Tribunal Europeu de Direitos Humanos a questão foi objeto de apreciação ainda em 1989, no *case Kostovski v. Países Baixos*, quando se decidiu que “*estos derechos requieren que el acusado tenga una oportunidad adecuada de objetar y cuestionar un testigo de cargo, ya sea en el momento en que el testigo realizaba su declaración o en una etapa posterior de los procedimientos*” (item 41)²⁸¹.

Finalmente, a Corte Africana de Direitos Humanos apreciou a questão especificamente no *case Mohamed Abubakari v. Tanzania*, quando concluiu pela violação ao direito ao *fair trial* porque “*implicit in the right to a fair trial is the need for a defense grounded on possible alibi to be thoroughly examined and possibly set aside, prior to a guilty verdict*” (item 192)²⁸².

O estudo da jurisprudência internacional de Direitos Humanos acerca do direito à introdução do material probatório ratifica, portanto, amplamente a posição da doutrina, ressaltando, assim, que todas as espécies probatórias devem ser, ainda que nas hipóteses de contraditório diferido, produzidas em dialética probatória, materializando integralmente o contraditório com o escopo de viabilizar a adequada participação das partes na reconstrução da verdade e, assim, na conformação de um processo equitativo, direito fundamental do cidadão.

²⁷⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 87.

²⁸⁰ Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf. Consultado em 30 de maio de 2022.

²⁸¹ Disponível em https://www.boe.es/legislacion/derechos_fundamentales.php?id_articulo=24.2&id_concepto=617&tipo=JC. Consultado em 30 de maio de 2022.

²⁸² Tradução livre: “é implícita no direito a um julgamento justo a necessidade de que o defensor examine a possível existência de álibi que possa ser apresentado, sobretudo perante um veredito condenatório. Neste sentido, o Estado respondente não pode justificar sua negativa invocando regras do direito doméstico e tecnicidades para subverter perante comitês internacionais de direitos humanos” (Disponível em <https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5f5/625/39c/5f562539c9699123223321.pdf>. Consultado em 22 de maio de 2022).

Destarte, o reconhecimento do direito à prova, em sua autonomia como instrumento à reconstrução dialética da verdade, estabelece a consequência de que não lhe sejam oponíveis limitações, salvo aquelas compatíveis com seu regime normativo.

...sebbene possa apparire ovvio, che diritto alla prova non significa diritto all'ammissione di ogni prova. Come (quasi) sempre accade in ambito processuale, l'affermazione di un diritto della parte si inquadra nella dinamica del procedimento e va vista in funzione dello scopo di attuare la legge nel caso concreto: senza dimenticare che l'indagine non può che svolgersi nell'ambito delle coordinate definite dagli strumenti gnoseologici riconosciuti come tali, dato che pure l'orizzonte istruttorio ha come l'epistemologia dominante²⁸³.

É neste contexto que Vitor de Paula Ramos identifica como integrantes do núcleo essencial do direito à prova um enfoque dúplice, referente à admissão de qualquer prova lícita, desde que relevante, e ao subsequente momento de sua valoração²⁸⁴.

O direito à introdução do material probatório, então, afigura-se como instrumento fundamental ao *fair trial*, que comportará limitações, todavia, expressamente previstas em lei, tal como nas hipóteses de elementos de convicção inadmissíveis e nas hipóteses, que integram o cerne do presente estudo, decorrentes da própria estruturação racional do debate processual.

2.5.1. Um breve exame das legislações internacionais sobre o tema

No escopo de promover uma adequada compreensão do direito fundamental à produção probatória, relevante promover, a este tempo, um breve exame de parte da legislação internacional de regência do tema.

É evidente que, seja em virtude da limitação temática do presente estudo, seja em razão da vastidão da regulamentação nos países, serão aqui colhidas referências normativas de caráter puramente exemplificativo, objetivando compreender as principais estruturas de regulamentação do tema, sem pretensão de exaustão.

Tampouco é objeto do presente tópico identificar as condições ao exercício da atividade probatória em si, mas apenas assentar a constatação de que tal prerrogativa é própria de um

²⁸³ Tradução livre: “ainda que possa aparecer óbvio, o direito à prova não significa direito à admissão de qualquer prova. Como quase sempre acontece no âmbito processual, a afirmação de um direito da parte se enquadra na dinâmica do procedimento e é vista em função do propósito de aplicar a lei no caso concreto, sem esquecer que a investigação não pode desenvolver-se no âmbito definitivo dos instrumentos gnosiológicos reconhecidos como tal, dado que o horizonte instrutório há como a epistemologia dominante” (UBERTIS, Giulio. **Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo**. Milano: Raffaello Cortina, 2000, p. 491).

²⁸⁴ RAMOS, Vitor de Paula. *Direito fundamental à prova*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 224, out/2013, p. 45.

direito fundamental do cidadão ao devido processo legal²⁸⁵, no viés do contraditório²⁸⁶, inerente à formatação da já mencionada concepção democrática do processo penal.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, delimita o direito à prova no capítulo referente ao direito a um processo equitativo, estabelecendo que “*o acusado tem, no mínimo, os seguintes direitos (...) interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação*” (cláusula 3ª, alínea d).

A prescrição tem seu conteúdo praticamente repetido no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, agora na cláusula 3ª, alínea e.

Já a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969, estabelece as prescrições referentes ao direito à prova na cláusula 8ª, atinente às garantias judiciais, prescrevendo que “*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*”, estabelecendo premissa da qual se extraem várias prerrogativas específicas, dentre elas, a do “*direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos*” (cláusula 8ª, item 2, alínea f).

Importante a constatação de que os instrumentos internacionais vinculam, diretamente, o direito à prova à prerrogativa de inquirir as testemunhas da acusação, assim como de fazer comparecer ao órgão judicial e inquirir as suas próprias, o que não significa, todavia, sua limitação a esta modalidade probatória.

Com efeito, as demais modalidades probatórias estão incluídas na prerrogativa das partes de sustentar suas posições mediante apresentação de provas, subentendidas na mesma garantia processual²⁸⁷.

Neste contexto, apesar de os instrumentos convencionais fazerem referência expressa à prova testemunhal, é de se reconhecer sua ampla extensão às demais modalidades probatórias, sobretudo porque os reflexos em relação à dialeticidade são inerentes a todos os tipos de provas.

²⁸⁵ É justamente este motivo pelo qual, mesmo à míngua de prescrição constitucional expressa, o direito à prova é considerado fundamental aos cidadãos nos mais variados sistemas normativos, consoante destaca Gustavo Badaró: “*no direito estrangeiro dos países da chamada civil law, predomina o entendimento de que direito à prova tem natureza constitucional, mesmo não havendo previsões expressas nas Constituições de um direito à prova ou direito de produzir provas em juízo. No sistema processual anglo-americano, o right of evidence é conatural ao estilo competitivo do processo, em que a iniciativa probatória das partes, sendo reconhecida como direito fundamental de ser ouvido em juízo, engloba o direito a apresentar provas e interrogar as testemunhas trazidas pelo adversário*” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019, p. 42).

²⁸⁶ Giulio Ubertis também relaciona o contraditório e o direito à prova, ressaltando: “*hay de señalar que el reconocimiento a las parte del derecho de investigación probatoria es presupuesto instrumental del pleno ejercicio del derecho a la prueba (distinto de él, por tanto)*” (UBERTIS, Giulio. **Elementos de epistemología del proceso judicial**. Madrid: Trotta, 2017, p. 125).

²⁸⁷ UBERTIS, Giulio. **Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo**. Milano: Raffaello Cortina, 2000, p. 489.

Ademais, o direito à prova é tratado, então, como a prerrogativa de se defender apresentando provas²⁸⁸, o que retrata, uma vez mais, sua interface com o contraditório.

Especificamente no tocante à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o direito à prova é reconhecido particularmente como uma faceta da presunção de inocência, o que revela tratamento diverso daquele adotado na Convenção Europeia, mas que não deixa de conduzir à mesma conclusão, indicativa de que às partes deve ser reconhecido o direito fundamental à introdução do material probatório.

Também se insere o direito à prova no âmbito do Tribunal Penal Internacional, instituído pelo Estatuto de Roma²⁸⁹ para processo e julgamento dos crimes de genocídio, contra humanidade e de guerra (art. 5º do Estatuto).

O regulamento do Tribunal Penal Internacional estabelece expressamente a possibilidade de as partes apresentarem as provas que “*interessem ao caso*”, além de acentuar a possibilidade de a própria Corte “*solicitar de ofício a produção de todas as provas que entender necessárias para determinar a veracidade dos fatos*” (art. 69 (3)).

De regra, então, o direito à introdução do material probatório é concebido como direito fundamental do cidadão, integrante do devido processo legal, no enfoque do contraditório, que se presta a instrumentalizar o modo de intervenção das partes na formação da verdade na relação processual.

Essa condição do reconhecimento do direito à atividade probatória, enquanto viés do contraditório, na condição de direito fundamental do cidadão, faz com que, de regra, a atividade probatória esteja resguardada também no âmbito constitucional de cada um dos Estados nacionais.

Na abordagem aqui proposta, será considerada a distinção fundamental, tão empregada nos estudos dogmáticos da atualidade, referente a ordenamentos vinculados ao modelo da *civil law*, que tem como característica mais marcante a adoção de instrumentos de prescrição de comportamentos codificados²⁹⁰, e outros atrelados à estrutura da *common law*, que se marca pela prevalência dos precedentes na constituição da estrutura normativa²⁹¹.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 489.

²⁸⁹ O Estatuto de Roma foi incorporado ao ordenamento brasileiro pelo Decreto n.º 4.388, de 2002.

²⁹⁰ Glenn detalha outras características atuais do sistema da *civil law* nos seguintes termos: “*So we now have in place the visible elements of what we know as a civil law tradition – codes of law, large resident judiciaries, procedure which is controlled by the judge (let’s call it investigative), denial of judicial law-making, historical prestige of law professors (pace Jesus, on ‘the teachers of the law’)*” (GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world**. 2.ed., New York: Oxford University Press, 2004, p. 136).

²⁹¹ Em importante demonstração histórica da formação da *common law*, destacando a constituição de suas características contemporâneas, Glenn ressalta que “*so the common law grew through the accumulation of precedent, thought no concept of stare decisis – binding authority attaching formally to each decision – could possibly have existed throughout most of its history. Cases were part of a body of common experience, to be used in further reasoning, but in no way constituting unalterable law*” (*Ibid.*, p. 236). A despeito dessa marca característica da *common law*, Glenn sinaliza um processo, cada vez mais comum em países deste modelo, consistente na edição de regramentos escritos, mediante citação específica do Estado da Califórnia (*Ibid.*, p. 248).

No âmbito da *civil law*, iniciando a apreciação pelo modelo da Espanha, é de se ver que prescreve o art. 24 da *Constitución Española*²⁹²:

Artículo 24

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

No exemplo espanhol, constata-se que a prescrição constitucional reconhece um direito “*a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*”, o que indica que a prerrogativa de produção probatória foi atrelada ao contraditório, enquanto oportunidade de se opor à imputação.

É inegavelmente aplicável na espécie a premissa, já fixada em relação às normativas internacionais, de que, conquanto cunhada em referência expressa à defesa, a possibilidade de apresentar evidências acerca de suas alegações, é também aplicável à parte autora.

Em Portugal²⁹³, a regulamentação também adota a mesma estruturação, conquanto o faça sem indicar objetivamente a produção de provas como elemento integrante do contraditório:

Artigo 32.º

Garantias de processo criminal

1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.

(...)

10. Nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

No pormenor, a prescrição é mais abstrata, mencionando o direito à introdução do material probatório pelas figuras gerais da prerrogativa de audiência e de defesa.

Também na Itália a *Costituzione della Repubblica*²⁹⁴ proclama o direito à introdução do material probatório, relacionando-o ao contraditório:

Art. 111. (1) La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un

²⁹² Disponível: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con). Consultado em 23 de março de 2021.

²⁹³ Disponível: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Consultado em 23 de março de 2021.

²⁹⁴ Disponível: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Consultado em 23 de março de 2021.

reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore (...)²⁹⁵.

O modelo italiano, consoante se infere, exemplifica modos de exercício da prerrogativa de produzir provas, fazendo expressa menção à possibilidade de promover a convocação e o interrogatório de pessoas, bem como de apresentar qualquer evidência a seu favor.

A estruturação do direito à prova na normatização alemã²⁹⁶ também se funda em exemplificação de modalidade probatória, em evidente metonímia, referindo-se à prerrogativa de ser ouvida em juízo como uma demonstração do direito de produzir provas.

Artikel 103

(1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör²⁹⁷.

Aplica-se, assim, aqui, a mesma premissa referente à legislação espanhola, reconhecendo a prerrogativa de inserção de material probatório em relação a quaisquer meios admissíveis.

Finalmente, ainda no enfoque do ramo romano-germânico dos sistemas jurídicos, a Constituição Federal do Brasil prescreve²⁹⁸:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O modelo brasileiro, consoante se pode identificar, é bem amplo, na medida em que prescreve não apenas a necessidade do contraditório mas, também, de modo literal, do que denomina ampla defesa, a ser conformada por todos os meios e recursos a ela inerentes.

²⁹⁵ Tradução livre: “A jurisdição é exercida mediante um processo justo regulado na forma da lei. Todo processo se desenvolve em contraditório das partes, em condições de paridade, perante juiz terceiro e imparcial. A lei assegura sua duração razoável. No processo penal, a lei assegura que a pessoa acusada seja, no menor prazo possível, informada reservadamente da natureza e dos motivos da acusação; disponha de tempo e condições necessárias à preparação de sua defesa; disponha da faculdade de, perante o magistrado, ser interrogada e fazer interrogar pessoas que possam prestar declarações a seu respeito; de obter a convocação e o interrogatório de pessoas para a defesa nas mesmas condições que a acusação e produzir qualquer outro meio de prova em seu favor”.

²⁹⁶ Disponível https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_09-245142. Consultado em 23 de março de 2021.

²⁹⁷ Tradução livre: “Todos tem o direito de serem ouvidos em tribunal”.

²⁹⁸ Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Consultado em 23 de março de 2021.

A questão referente à sua amplitude comporta debate ainda mais específico em relação aos processos de competência do tribunal do júri, em relação aos quais a Constituição Federal assegura o que denomina “*plenitude de defesa*” (art. 5º, XXXVIII, alínea *a*).

É evidente que a nítida opção do constituinte de, em geral, assegurar a ampla defesa aos litigantes (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal), mas, em relação aos delitos submetidos à competência do tribunal do júri, prescrever que a defesa haverá de ser plena, retrata conceitos diversos.

A regra da máxima efetividade das prescrições constitucionais²⁹⁹ ratifica, ademais, que a opção do constituinte, retratada na adoção de expressões diferentes, indica extensões diversas para a amplitude da defesa conforme o rito procedimental aplicável³⁰⁰, conquanto não seja simples identificar com clareza a distinção prática dos preceitos³⁰¹.

Retornando à temática da regulamentação do direito à prova na legislação contemporânea, agora tratando especificamente da realidade da *common law*, é destacada a posição da 6ª Emenda da *Constitution of the United States*³⁰²:

Amendment VI (1791)

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense.³⁰³

A regra da 6ª Emenda, então, também vincula a prerrogativa de produção de provas à possibilidade de indicar testemunhas e de inquirir as arroladas “*against him*”, o que exalta o papel do contraditório e sua relação com o direito à introdução do material probatório.

²⁹⁹ O Supremo Tribunal Federal vem adotando, em diversas oportunidades, o princípio da máxima efetividade como diretriz à exegese de regras constitucionais, de modo a lhes assegurar a maior abrangência possível, sobretudo em relação a preceitos referentes a direitos e garantias fundamentais do cidadão (STF, RE 602827/CE, Rel. Min. Eros Grau, DJ. em 26.10.10).

³⁰⁰ À margem da referida controvérsia, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, decidiu que “*a legítima defesa da honra é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988. 3. Tese violadora da dignidade da pessoa humana, dos direitos à vida e à igualdade entre homens e mulheres (art. 1º, inciso III, e art. 5º, caput e inciso I, da CF/88), pilares da ordem constitucional brasileira. A ofensa a esses direitos concretiza-se, sobretudo, no estímulo à perpetuação da violência contra a mulher e do feminicídio. O acolhimento da tese tem a potencialidade de estimular práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção. 4. A “legítima defesa da honra” não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri, a qual não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas*” (ADPF 779 MC-Ref, Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 20-05-2021).

³⁰¹ Fernando da Costa Tourinho Filho, por exemplo, se reporta à distinção semântica entre os termos *ampla* e *plena* para tratar da extensão da amplitude da defesa a depender do rito procedimental aplicável, enfrentando nítida dificuldade em distinguir na prática a distinção (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16.ed., São Paulo: RT, 2013, p. 778).

³⁰² Disponível https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_5_1791. Consultado em 23 de março de 2021.

³⁰³ Tradução livre: “Emenda VI: Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento célere e público, por um júri imparcial do Estado e distrito em que o crime tiver ocorrido, distrito esse que deverá ser previamente determinado por lei, e de ser informado da natureza e causa da acusação; ser confrontado com as testemunhas contra ele; dispor de meio cogente para obtenção de testemunhas a seu favor, e ter a assistência de advogado para a sua defesa”.

A realidade é bem semelhante na Inglaterra, que estabelece o direito à introdução ao material probatório estabelecendo a necessidade de que todo o acervo probatório seja compartilhado entre as partes, por iniciativa delas próprias, antes do *trial*³⁰⁴.

No modelo da *common law*, portanto, o direito à prova é parte do direito à confrontação que compreende mais do que a própria presença física do defensor na produção das provas, de modo a englobar o “*the right of cross-examination*”³⁰⁵.

O exame comparativo dos modelos – romano-germânico ou *civil law* e da *common law*³⁰⁶ – revela que, apesar das distinções estruturais de tais sistemas jurisdicionais, não existe grande divergência na regulamentação do direito à introdução de material probatório, notadamente porque nos dois sistemas a jurisprudência pressupõe um julgamento justo como necessário a alcançar a verdade, protegendo a sociedade e assegurando os direitos do acusado³⁰⁷.

Apesar da constatação de que o direito à prova não comporta grandes distinções entre os modelos romano-germânico e da *common law*, Taruffo reconhece tendência de “*investir o órgão jurisdicional de um papel central e ativo na administração das provas e na busca da verdade, em outros sistemas do civil law*”³⁰⁸, em oposição à ampliação dos espaços de consenso.

A dita distinção procedimental, que não interfere diretamente na própria configuração do direito à introdução do material probatório, é sublinhada por Joseph Snee e Kenneth Pye, destacando seu papel na composição do *due process*³⁰⁹.

O modelo procedimental vigente na Federação Russa³¹⁰, que tem constituição muito particular³¹¹, não destoia dos modelos da *civil law* e da *common law*, na medida em que

³⁰⁴ Criminal Procedure Rules 3.19.—(1) This rule applies where— (a) a magistrates’ court sends the defendant to the Crown Court for trial; and (b) the prosecutor serves on the defendant copies of the documents containing the evidence on which the prosecution case relies. (2) The prosecutor must at the same time serve copies of those documents on the Crown Court officer. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2020/759/article/3.19/made>. Consultado em 31 de maio de 2022.

³⁰⁵ Tradução livre: “direito ao exame cruzado” (SNEE, Joseph M. & PYE, A. Kenneth. *Due process in criminal procedure: a comparison of two systems*. **Ohio State Law Journal**. v. 21, Autumn 1960, n. 4, p. 489).

³⁰⁶ “Two major systems of law are in existence – the civil law system and the common law system. The United States, the British Commonwealth of Nations, and many of the newly emerging nations of the world which were formerly governed in the common law. The remaining nations of Europe, the nations of Latin America, Turkey, and the former Belgian, French and Dutch colonial possessions, have systems based on the civil law. Japan has a civil law background, upon which many American concepts have been engrafted. Nationalist China likewise looks to the civil law for the structure of its criminal procedure” (*Ibid.*, p. 467).

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 490.

³⁰⁸ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 113.

³⁰⁹ SNEE, Joseph M. & PYE, A. Kenneth. *Due process in criminal procedure: a comparison of two systems*. **Ohio State Law Journal**. v. 21, Autumn 1960, n. 4, p. 502.

³¹⁰ Disponível: https://publicofficialsfinancialdisclosure.worldbank.org/sites/fdl/files/assets/law-library-files/Russian%20Federation_Constitution_1993_EN.pdf. Consultado em 14 de agosto de 2021.

³¹¹ “The current Russian judicial system is based on European continental civil law, or the inquisitorial system. The Soviet criminal justice system had its roots in the inquisitorial system. In addition, the Russian judicial system still contains authoritarian aspects from its Soviet and Imperialist past. Whether under the Bolshheviks or Bolsheviks, the Russian courts have always been part of a repressive system. In the inquisitorial system, as distinguished from the adversarial practice employed in the United States, the judge assumes the primary role as the weigher of evidence and determines the truth and veracity of testimony. A trial under the inquisitorial system that predominates criminal trials in Russia

estabelece a prerrogativa probatória das partes a partir da garantia de que “*nobody may be deprived of the right to have his case heard in the court and by the judge*”³¹² (art. 47.1), conjugando-a com a presunção de não-culpabilidade do acusado (art. 49).

Não há dúvidas, destarte, que os ordenamentos reconhecem expressamente o direito à introdução do material probatório como fundamental ao litigante, vinculando-o ao devido processo legal, o que exalta a importância do juízo de admissibilidade das evidências enquanto elemento de restrição à dita prerrogativa.

2.6. *Algumas premissas ao prosseguimento*

O julgamento judiciário tem a verdade da definição dos fatos como requisito de validade da tutela prestada, a qual haverá de ser definida no processo a partir das hipóteses apresentadas pelas partes na disputa judiciária.

A definição da verdade no enfoque processual, entretanto, se vale dos critérios e métodos empregados pela filosofia, na medida em que cabe a essa ciência a averiguação da prevalência das hipóteses sob enfoque racional, a partir da teoria do conhecimento.

No pormenor, há considerável prevalência do critério da correspondência entre as hipóteses debatidas e a realidade do mundo fenomênico, a qual é aferida justamente a partir das provas que, a despeito da multiplicidade de significações, correspondem nesse enfoque às evidências apresentadas para justificar as alegações das partes.

É justamente nesse cenário que se estabelece um direito subjetivo das partes à produção de provas aptas a viabilizar a formação de convicção acerca das hipóteses submetidas ao debate processual.

Nesse enfoque, o reconhecimento da verdade no caso concreto se baseia justamente no procedimento intelectual, de natureza epistêmica, do julgador que, à luz das provas produzidas pelas partes e das hipóteses aventadas acerca dos fatos, define a melhor explicação possível, atribuindo a condição de verdadeiros a determinada versão que serve de base à incidência da norma geral no caso específico.

today” (BOYLAN, Scott P. *The status of judicial reform in Russia*. **American University International Law Review**. v. 13, n. 5 (1998), p. 1330).

³¹² Tradução livre: “Ninguém pode ser privado do direito de ter seu caso ouvido perante um tribunal e um juiz”.

A motivação dos atos judiciais é, destarte, especificamente o campo em que o julgador, exteriorizando suas razões de decidir, preenche o vazio da livre convicção racional com operações intelectuais passíveis de demonstração dos motivos justificantes do julgamento.

Nesse sentido, a motivação dos atos judiciais deve recair quanto aos fatos objetivamente determinados que integram os limites da controvérsia, desde que os mesmos sejam controvertidos e relevantes à solução do litígio³¹³.

Tais colocações conformam um conjunto de premissas fundamentais ao enfrentamento do problema de pesquisa proposto.

³¹³ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2008, p. 299.

3. O juízo de admissibilidade das provas

Estabelecida a premissa da existência de um direito subjetivo das partes à inclusão de material probatório, como corolário do direito de ação e de defesa, tal constatação se contrasta com a existência de um juízo de admissibilidade das evidências.

A questão que se impõe, destarte, é identificar a extensão, os contornos, do juízo de admissibilidade das provas, na medida em que este acaba por restringir o direito subjetivo das partes à introdução do material probatório, notadamente porque o juiz atua essencialmente de duas maneiras:

a) excluindo dal *thema probandum* i fatti che, nell'insieme delle allegazioni, risultano non contestati; b) determinando, in base alla loro qualificazione giuridica, quali dei fatti contestati sono giuridicamente rilevanti per la decisione ed hanno quindi bisogno di prova.³¹⁴

Justamente neste particular, reside o ponto central do presente estudo, representado pela imprescindibilidade de se identificar dogmaticamente, com emprego de métodos científicos rigorosos, os limites ao exercício legítimo do juízo de admissibilidade das provas, até mesmo para superar a equivocada noção de que este haveria de estar submetido ao um determinado arbítrio judicial³¹⁵.

Quanto ao tema, Taruffo adverte que *“todos os sistemas incluem regras e critérios que tem por objeto estabelecer uma seleção preliminar das provas”*³¹⁶, ressaltando que tal tarefa é reservada ao magistrado com o *“objetivo de evitar a desordem e a indevida perda de tempo”*³¹⁷.

A despeito das particularidades inerentes a cada um dos ordenamentos, a seleção preliminar de provas é realizada de acordo com dois critérios básicos: a relevância dos elementos de prova e as normas que determinam quais provas são juridicamente admissíveis, conforme fixou Taruffo³¹⁸.

³¹⁴ Tradução livre: “O juiz atua essencialmente em 2 modos: a) excluindo do *thema probandum* os fatos que, no contexto das alegações, resultam não contestados; b) determinando, com base na qualificação jurídica, quais dos fatos contestados são juridicamente relevantes para a decisão e então necessitam de prova” (TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 47).

³¹⁵ Quanto ao tema, Giulio Illuminati ressalta que a admissibilidade das provas não se refere ao exame do atendimento aos requisitos legais à sua produção, como por exemplo em relação à observância ao prazo de indicação de testemunhas a serem inquiridas (FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M.; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. **La prova nel dibattimento penale**. 4.ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2020, p. 76).

³¹⁶ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 35.

³¹⁷ *Ibid*, p. 35.

³¹⁸ Tradução livre: “O juiz atua essencialmente em 2 modos: a) excluindo do *thema probandum* os fatos que, no contexto das alegações, resultam não contestados; b) determinando, com base na qualificação jurídica, quais dos fatos contestados são juridicamente relevantes para a decisão e então necessitam de prova” (TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 47).

Para estabelecer a premissa necessária ao exame do tema, é de se ressaltar ampla admissibilidade dos elementos de convicção, de maneira que as condições de admissibilidade ostentam a função de standard de admissão probatória, evitando influências adversas na apuração da verdade³¹⁹.

Destarte, a premissa é de que a admissão de provas considera, de um lado, as vedações probatórias, bem como, de outra banda, a constatação da utilidade da evidência, de sua relevância, na solução da questão fática subjacente.

A essência do juízo de admissibilidade remonta, assim, à premissa de que prova possível de ser introduzida no processo é qualquer dado que possa ser legitimamente obtido e avaliado pelo magistrado sob enfoque de determinada proposição³²⁰, em relação à qual seja relevante³²¹.

No pormenor, é de se identificar que o tratamento das hipóteses de exclusão probatória – por sua vedação legal – são habitualmente tratadas no mesmo enfoque do requisito de admissibilidade probatória, como se as situações de descabimento das evidências por vedação legal correspondessem ao requisito legal de sua admissão.

Tal solução, a ser apreciada em tópico específico no presente estudo, não se afigura a mais adequada.

Para além deste particular, por ora, é de se ver que admitir certa prova em dada relação processual pressupõe reconhecer, à luz das proposições que integram o *thema probandum*, sua importância para resolução da questão em julgamento, o que não se confunde com a ausência de circunstância legal de seu descabimento.

Paolo Ferrua, justamente no pormenor da admissão das provas, faz distinção entre as provas inadmissíveis por vedação legal e aquelas que se relevam não influentes³²² à solução da controvérsia, “*perché manifestamente irrilevante o superflua non è inammissibile nel senso appena specificato*”³²³.

A questão é detalhada com ainda maior vagar por Kuczynska:

In order to eliminate undesired evidence from criminal trial four different mechanisms can be used: rules of exclusion (which forbid gathering certain evidence or in a certain way); admissibility rules (which dictate what types of evidence can be admitted at trial), nullity of procedural actions (which treats

³¹⁹ JASINSKI, Wojciech & KREMENS, Karolina. *Editorial of dossier “Admissibility of evidence in criminal process. Between the establishment of the truth, human rights and the Efficiency of Proceedings.”* **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 19.

³²⁰ FERRUA, Paolo. *Ammissibilità della prova e divieti probatori.* **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 217.

³²¹ *Ibid.*, p. 217.

³²² Registra-se que o emprego da expressão *desinfluente* no texto é, no pormenor, amplamente deliberada, justamente com o propósito de evitar a menção aos termos irrelevante ou impertinente, objetivando assim postergar a apreciação destas figuras para a tópico do trabalho referente à sua utilização pelo legislador.

³²³ Tradução livre: “porque manifestamente irrelevante ou supérflua não é inadmissível no sentido especificado” (*Ibid.*, p. 221).

evidence as if it did not exist, as the consequence of violations of the rules in procedural actions taken by the state authorities), and finally the evaluation of the general fairness of a trial by a judge, performed through free assessment.³²⁴

É neste cenário que Taruffo estabelece a premissa da relevância, enquanto princípio informativo do procedimento de admissibilidade probatória, destinado a identificar as provas úteis, importantes, relevantes, influentes na apreciação do litígio, evitando perda de tempo e de atividade valorativa quanto a evidência que *prima facie* se revela imprestável e, assim, que as partes compliquem e prolonguem ao seu bel prazer o andamento do processo, deduzindo evidências, com o propósito de criar dificuldade ao magistrado ou à outra parte³²⁵.

A relevância probatória é, ademais, amplamente extraída das tradicionais regras do *quod singula non probant coniuncta probant*³²⁶ e do *frustra probatur quod probantum non relevant*³²⁷, as quais, conquanto amplamente invocadas pela doutrina, não se prestam a definir adequadamente o princípio da relevância da admissão das provas³²⁸.

É evidente, então, que o princípio da relevância, incidente no juízo de admissibilidade probatória, serve justamente a assegurar a pertinência e a economia da atividade processual, o que estabelece como ponto fundamental a definição de que coisa se deva entender por relevante, em função da seleção das provas admissíveis no processo³²⁹.

A noção de relevância amplamente adotada é vinculada a concepção pouco científica³³⁰, identificada como a relação entre o fato sobre o qual versa a prova e aqueles de cujo acerto depende a decisão da controvérsia³³¹.

Mesmo considerando a referência quase coloquial feita à noção de relevância, é viável concluir desde logo que o objeto da prova condiciona diretamente a decisão da causa³³², tanto quando diz respeito ao próprio fato principal da demanda, quanto na hipótese de tangenciar a fatos secundários, relacionados marginalmente com o objeto da controvérsia³³³.

³²⁴ Tradução livre: “Com o objetivo de eliminar evidências indesejadas no julgamento criminal, 4 mecanismos podem ser empregados: regras de exclusão (que vedam certas evidências obtidas de determinadas formas), regras de admissibilidade (que ditam quais tipos de evidências podem ser admitidas no julgamento), ações de nulidade processual (que trata evidências como se não existissem, como consequência da violação de regras processuais definidas com autoridade estatal), e finalmente a avaliação adequada no julgamento pelo juiz, em exteriorização do livre convencimento” (KUCZYNSKA, Hanna. *Mechanisms of elimination of undesired evidence from criminal trial: a comparative approach*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 51).

³²⁵ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 4.

³²⁶ Tradução livre: “o que não se prova individualmente, se prova em conjunto”.

³²⁷ Tradução livre: “é provado em vao o que foi provado e não é relevante”.

³²⁸ *Ibid.*, p. 9.

³²⁹ *Ibid.*, p. 7.

³³⁰ Quanto ao tema, Michele Taruffo adverte: “La nostra dottrina non ha in genere affrontato il problema della rilevanza sotto il profilo analitico (...) data implicitamente per nota una nozione univoca del concetto in esame, intuitiva o tratta dal senso comune, senza enunciarne una definizione sorretta da adeguata analisi scientifica, giustificata dalla funzione generale di selezione dei mezzi di prova che la legge attribuisce al giudizio di rilevanza” (*Ibid.*, p. 9).

³³¹ *Ibid.*, p. 157.

³³² *Ibid.*, p. 29.

³³³ A distinção entre o fato primário e o fato secundário será, mais adiante, objeto de aprofundamento no presente estudo, valendo por ora a referência a que enquanto aquele se refere diretamente ao objeto da ação penal, este diz respeito a aspectos indiretos, periféricos ao fato principal, mas que permitem, por suas características e circunstâncias, conclusões em relação ao objeto central do conhecimento.

É neste contexto que Taruffo conclui que a prova é relevante quando responde à função que lhe é própria, o que consiste em apresentar elemento utilizável para a definição de um *factum probandum*³³⁴.

O juízo de relevância se encarrega, então, da função de verificar se, a partir da hipótese de existência do fato posto no objeto da prova, é possível estabelecer conclusão relativa a proposição útil à decisão do objeto da demanda

O conhecido professor das Universidades de Girona e de Pavia acentua que a relevância se refere à “*conexão lógica [dos elementos de prova] com os fatos em litígio*”³³⁵, com aptidão para apresentar informação sobre estes com importância superior a zero³³⁶, objetivando a exclusão de evidências que “*não teriam qualquer utilidade para o estabelecimento da verdade dos fatos em litígio*”³³⁷.

A premissa da relevância, destarte, define a essência da admissão das provas, a qual é complementada pelos critérios de exclusão jurídica de provas abundantes como corolário da relevância, cuja incidência pode determinar, inclusive, que elementos de prova de notória importância não possam ser introduzidas no processo³³⁸.

Interessante sublinhar que Ferrua distingue as provas vedadas em lei daquelas supérfluas ou irrelevantes, conquanto ambas não sejam admitidas na fase valorativa das evidências, ao argumento de que em relação às últimas “*il giudice formula una valutazione anticipata delle conseguenze giuridiche che deriverebbero dalla ipotetica ammissione delle prova*”³³⁹, concluindo pela desnecessidade de ambas, eis que “*nel primo caso, che già altre prove prefigurano a sufficienza il medesimo risultato; o, nel secondo caso, che l’esito delle prove non avrebbe comunque influenza sui fatti oggetto del processo*”³⁴⁰.

À margem da importante distinção entre a inadmissão probatória por irrelevância e a exclusão da evidência por vedação probatória, Ferrua pontua ainda que a avaliação hipotética e antecipada das provas para aferição de sua relevância é procedimento “*rebus sic stantibus e va revocato quando la prova, già esclusa, possa rivelarsi utile alla luce degli sviluppi dell’istruttoria dibattimentale*”³⁴¹.

³³⁴ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 54.

³³⁵ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36.

³³⁶ GRAHAM, Michael. **Evidence Law Mastery**. Saint Paul: West Academic Publishing, 2016, p. 78.

³³⁷ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36.

³³⁸ *Ibid.*, p. 39.

³³⁹ Tradução livre: “o juiz formula uma valoração antecipada das consequências jurídicas que seriam derivadas da hipotética admissão das provas”.

³⁴⁰ Tradução livre: “no primeiro caso, que outras provas já configuram a suficiência do mesmo resultado; ou, no segundo caso, que o resultado da prova não tem resultado influente em relação ao objeto da prova” (FERRUA, Paolo. **La prova nel proceso penale**. v. 1, Torino: G. Giappichelli, 2017, p. 122).

³⁴¹ Tradução livre: “rebus sic stantibus e é revogado quando a prova, já excluída, possa revelar-se útil à luz do desenvolvimento da instrução em contraditório” (*Ibid.*, p. 123).

Na esteira da abordagem proposta no presente estudo, passa-se ao exame das regras de exclusão probatória, ou pelo menos de parte daquelas hipóteses assim tratadas pela doutrina, para em seguida situar – ao que se pensa com maior rigor técnico – os limites entre as hipóteses de inadmissão e a relevância como pressuposto de inserção de material probatório.

3.1.As regras de exclusão probatória

A despeito da notória relação entre o juízo de admissibilidade das evidências no processo judicial e a racionalidade e a utilidade da atividade jurisdicional, é de se reconhecer que, especificamente no âmbito do processo penal, há ainda uma outra vertente a delimitar a prerrogativa de inclusão de material probatório.

É que, para além da restrição da prerrogativa de inclusão de evidências fundada nos limites do *thema probandum*, há notória restrição fundada nos direitos fundamentais do cidadão, prestando-se a efetiva garantia ao mesmo, de modo a inviabilizar sejam admitidos e, assim, valorados elementos de convicção obtidos mediante violação a direitos fundamentais do cidadão.

Neste aspecto, então, se é verdade que o juízo de admissibilidade probatória apresenta faceta relacionada aos contornos da imputação, não é falso que esta atividade jurisdicional também serve à reafirmação de direitos fundamentais do cidadão, impedindo que provas ilícitas sejam objeto de valoração judicial.

Neste sentido, as regras de admissibilidade probatória são importante garantia, indicando que os fatos relevantes para a determinação do julgamento só são admitidos se obtidos em conformidade com a lei, assegurando como os procedimentos criminais devem ser conduzidos³⁴².

Tal papel de garantia do cidadão inerente ao juízo de admissibilidade probatória é amplamente adotado nos ordenamentos nacionais, como mecanismo de eliminação de evidências em reação sistêmica a violações às prescrições legais de interesse público quanto ao procedimento de obtenção de provas³⁴³.

³⁴² SKORUPKA, Jerzy. *The rule of admissibility of evidence in the criminal process of continental Europe*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 96.

³⁴³ KUCZYNSKA, Hanna. *Mechanisms of elimination of undesired evidence from criminal trial: a comparative approach*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 45.

Por corolário, o juízo de admissibilidade probatória, na medida em que afasta a inclusão de elementos de convicção indevidos na cognição processual, tem também a finalidade de assegurar uma mínima potência epistêmica às evidências admitidas, assegurando sua aptidão, ao menos em tese, de concorrer para a formação de conhecimento judicial.

Nesse cenário, afigura-se evidente que a limitação do direito à introdução do material probatório assume caráter legítimo, conquanto não possa assumir forma tal que acabe por esvaziar por completo a prerrogativa das partes de concorrer para a formação do convencimento judicial.

Ademais, dada sua natureza de controle de admissibilidade de evidências, é de se ver que as regras de exclusão de provas incidem independentemente do eventual valor ou importância das conclusões extraídas do elemento de convicção.

É justamente nesse cenário que Larry Laudan atribui às causas de exclusão probatória a condição de “*obstáculo en la búsqueda de la verdad*”³⁴⁴, revelando-se como uma consequência jurídica ao emprego de determinados elementos de convicção como substrato à formação da convicção judicial acerca dos fatos em apreciação, fazendo prevalecer outro valor jurídico, em substituição à busca da verdade enquanto valor dirigente da atuação jurisdicional³⁴⁵.

Tais vedações se exteriorizam, então, mediante prescrições de caráter intrínseco à própria relação processual, objetivando assegurar uma adequada apuração da verdade, ou em outras, alheias, efetivamente externas ao objeto do processo propriamente dito, como ocorre na proteção de valores não conexos com a reconstrução dos fatos em um litígio específico, denominando-se no âmbito da *common law*, respectivamente, como *intrinsic policy* e *extrinsic policy*³⁴⁶. As mesmas expressões são empregadas por Damaska³⁴⁷.

São nítidos exemplos de aplicação das restrições extrínsecas aquelas que vedam a admissão de provas obtidas mediante violação à intimidade e direitos fundamentais de modo geral, ao passo que as restrições internas servem para vedar a inclusão de evidências de baixo valor epistêmico³⁴⁸.

As mencionadas regras de exclusão podem assumir um caráter absoluto, de ampla aplicação, de forma a nunca serem admissíveis, como aquelas obtidas mediante tortura, bem

³⁴⁴ LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law: an Essay in Legal Epistemology**. Cambridge University Press: Cambridge, 2008, pp. 264 e 312.

³⁴⁵ CÓRDOBA, Gabriela E. *Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de pasividad?* **Estudios sobre Justicia Penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 279.

³⁴⁶ Tradução livre: “política intrínseca e política extrínseca” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coords). **Garantismo processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 223).

³⁴⁷ DAMASKA, Mirjan. **Derecho probatorio a deriva**. Barcelona: Marcial Pons, 2015, p. 30.

³⁴⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana*. **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**. Cartagena, v. IX, n. 18, julio-diciembre 2017, p. 156.

como podem se restringir a circunstâncias processuais específicas, como nas hipóteses em que sua inadmissão se aplica apenas em determinada circunstância fática.

Paolo Ferrua, mencionando a dita classificação, faz menção à inadmissibilidade relativa da declaração colhida na fase investigativa, de emprego inviável para fins de valoração isolada na fase do *dibattimento*³⁴⁹.

Tal característica, ademais, inviabiliza não apenas a admissão do elemento de convicção como alcança o próprio enunciado que a ele se refere³⁵⁰.

As restrições podem estar atreladas a opções sistêmicas, tais como as representadas por regras de ilicitude de dadas condutas (v.g. vedação à tortura), por opções políticas (como as que se referem a limitações do emprego de certas provas, v.g. como na interceptação telefônica e no agente infiltrado) e por restrições inerentes à própria racionalidade da reconstrução da verdade do no processo, como aquelas referentes a fatos irrelevantes³⁵¹.

A essência, então, é que as regras de exclusão, cujo reconhecimento autônomo ocorreu inicialmente nos ordenamentos da *common law*, repercutam na inviabilidade de se introduzir legitimamente no processo o conteúdo decorrente da referida evidência³⁵², na medida em que produzida com violação a direito fundamental do cidadão³⁵³.

Situada a questão, ingressa-se no exame das hipóteses de exclusão probatória, habitualmente classificadas como políticas ou extraprocessuais, epistemológicas e lógicas, optando-se deliberadamente, consoante analisado adiante, pela não apreciação daquelas classificadas como lógicas, que não, ao que se sustenta na espécie, de ser situadas no próprio conceito de relevância.

³⁴⁹ FERRUA, Paolo. *Ammissibilità della prova e divieti probatori*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 218.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 218.

³⁵¹ Ubertis sublinha quanto aos critérios da pertinência e da relevância: “*un primo criterio per così dire restrittivo del diritto alla prova è dato quindi dall’esigenza che la allegazione (positio) del fatto proveniente dalla parte che chiede di essere ammessa a provarlo e che lo afferma come storicamente già avvenuto risponda a criteri di verosimiglianza, la cui sussistenza è evidentemente necessaria anche riguardo agli oggetti di prova eventualmente posti dall’organo procedente attraverso l’esercizio dei suoi autonomi poteri di ricerca della verità attribuitigli dall’ordinamento. L’oggetto di prova, cioè, deve sempre essere almeno ipoteticamente verificabile (...) trattasi dell’applicazione del criterio di pertinenza, in base al quale la richiesta di parte viene accolta quando si riconosce come sussistente la relazione (legislativamente individuata dall’art. 187 c.p.p.) tra singolo oggetto di prova e regiudicanda: è quindi una valutazione a carattere ipotetico nel senso che dà per provati i fatti, di cui si chiede la prova, e si concentra nel controllare se sarebbero idonei a produrre le conseguenze giuridiche vagheggiate delle parti (...) In ogni caso, va evidenziato come i giudizi sia di verosimiglianza che di pertinenza risentano anche del momento procedimentale in cui vengono formulati. Non può invero negarsi che un’eventuale richiesta probatoria sia da respingere quando esprime delle circostanze già sufficientemente accertate... (oppure) ritenute inadeguate a dare un nuovo indirizzo all’indagine, cosicché l’esperibilità di nuove indagini diminuisce progressivamente col procedere l’accertamento verso la decisione (...) la fonte e/o il mezzo di prova debbono superare una valutazione di rilevanza prima che sia consentita una loro inserzione nel materiale conoscitivo dell’organo procedente. Occorre cioè riconoscere le loro idoneità e necessità con riferimento alla verificabilità dell’affermazione probatoria anteriormente ritenuta verosimile e pertinente” (UBERTIS, Giulio. **La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici**. Torino: Utet, 1999, p. 491).*

³⁵² DALIA, Gaspare. **Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio**. Milano: Wolders Kluwer, 2018, p. 188.

³⁵³ *Ibid.*, p. 188.

3.1.1. Limites extraprocessuais do direito à prova

Os limites extraprocessuais, também chamados de políticos, são aqueles que incidem por razões que transcendem à relação processual em si, referindo-se a motivos de direito substancial, material, o que faz com que sejam denominados como substanciais por Giulio Ubertis³⁵⁴.

Tais restrições retratam a opção legislativa de proteger valores jurídicos diversos do objeto do processo, em detrimento da identificação da verdade no caso concreto, sobretudo porque, apesar de seu caráter fundamental para a legitimação da prestação da tutela jurisdicional, a mesma não pode assumir a condição de fim a ser buscado a qualquer custo³⁵⁵.

Nesse cenário se inserem as diversas hipóteses de definição de ilegalidade probatória, como aquelas obtidas mediante tortura ou violação à intimidade alheia.

3.1.2. Limites processuais do direito à prova

Em paralelo às regras de exclusão probatória de lastro extraprocessual, que salvaguardam valores alheios a uma relação processual especificamente considerada, existem hipóteses de admissão inerentes ao próprio processo em relação ao qual afastado certo meio de prova.

Normalmente, a doutrina subdivide tais restrições em limitações epistemológicas e limitações lógicas, sendo que no presente estudo se propõe uma completa readequação das regras de exclusão classificadas como lógicas, consoante se demonstrará adiante.

Assim, assegurando congruência dogmática às ideias propostas, neste tópico serão examinadas apenas as chamadas restrições epistêmicas, reservando-se abordagem específica à questão das restrições lógicas, quando não apenas estas, mas também sua alocação na estrutura teórica do tratamento das limitações probatórias, serão extensamente apreciadas.

³⁵⁴ UBERTIS, Giulio. *I criteri di ammissibilità probatoria*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 192.

³⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coords). **Garantismo processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 225.

As restrições epistêmicas à atividade probatória se fundam, então, essencialmente em motivação intrínseca ao processo, vetando a inclusão de elementos de convicção que sejam aptos à inexata reconstrução dos fatos³⁵⁶.

Há, em relação aos referidos casos, expressa delimitação legislativa fundada na verificação do potencial epistêmico dos elementos de prova, como nas situações em que se exige o respectivo registro civil para comprovação do estado de pessoa, inclusive seu óbito (arts. 62³⁵⁷ e 155³⁵⁸, parágrafo único, do CPP); que condiciona a realização de exame de corpo de delito em relação aos delitos que deixam vestígios (art. 158 do CPP³⁵⁹); e a vedação ao *hearsay evidence* (rule 801 das *Federal Rules of evidence*³⁶⁰).

Assim, as regras epistêmicas de exclusão probatória acabam estabelecendo um guia a ser observado pelo magistrado na reconstrução dos fatos em juízo³⁶¹, baseado na premissa de que determinados elementos probatórios, ao menos em situações específicas, apresentam melhor idoneidade e potencial cognitivo³⁶², de maneira a não ser possível a demonstração do respectivo enunciado fático por elemento menos qualificado.

Nesse cenário, as limitações epistêmicas estabelecem uma restrição à ampla liberdade probatória, exigindo, especificamente nas situações que indicam, que dados enunciados só possam ser demonstrados pelos meios de provas expressamente indicados pelo legislador.

3.2. Breve retrospectiva histórica sobre a admissão de provas

Ainda que sem o propósito de esgotar uma abordagem propriamente histórica da questão referente ao juízo de admissibilidade probatória, a qual transborda os limites do presente estudo,

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 224.

³⁵⁷ Código de Processo Penal, art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

³⁵⁸ Código de Processo Penal, art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

³⁵⁹ Código de Processo Penal, art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva: I - violência doméstica e familiar contra mulher; II - violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.

³⁶⁰ *Federal Rules of Evidence. Rule 801. Definitions The following definitions apply under this article: (a) Statement. A "statement" is (1) an oral or written assertion or (2) nonverbal conduct of a person, if it is intended by the person as an assertion. (b) Declarant. A "declarant" is a person who makes a statement. (c) Hearsay. "Hearsay" is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted.*

³⁶¹ CALAMANDREI, Piero. *Il Giudice e lo storico*. **Rivista di diritto procedure civile**. 1939, p. 115.

³⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coords). **Garantismo processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 225.

não há como deixar de identificar que uma verificação retrospectiva da questão detém importante papel na compreensão do reconhecimento do tema.

Na Grécia antiga³⁶³, o controle de introdução de material probatório se exercia fundamentalmente sob o enfoque de pessoas que não poderiam ser admitidas como testemunhas³⁶⁴.

A doutrina passa a reconhecer uma maior amplitude da prerrogativa probatória a partir do Direito Romano³⁶⁵, especificamente porque ausente uma delimitação objetiva das evidências admissíveis, o que permitia reconhecer a inexistência de restrições à admissão de provas³⁶⁶.

A matéria passa a receber tratamento diferenciado a partir do Imperador Augusto, que perdurou de 27 a.C. até o ano 14 da Era Cristã, quando retomada a sistemática de excluir classes de pessoas da condição de fonte de provas³⁶⁷.

Com a derrocada do Império Romano e a conformação da Idade Média, emergiram inúmeros regimes jurídicos locais, o que estabelece considerável dificuldade de identificação de uma realidade uniforme³⁶⁸, conquanto a instituição das ordálias possa ser reconhecida como característica marcante do período.

Foi justamente a adoção das ordálias que mais marcou a regulamentação do direito às provas à época, na medida em que a consequência absoluta emprestada aos critérios de julgamento por sua relação com uma representação de divindade estabelecia prejudicialidade à admissão de quaisquer elementos de convicção³⁶⁹.

Com a subsequente formação dos estados nacionais, principalmente a partir do Direito germânico³⁷⁰, se iniciou a construção da noção de *prudens opinio*, baseada na lógica da probabilidade, fundada justamente na verificação da validade e da limitação do conhecimento racional, o que implicava na liberdade de o juiz pesquisar e valorar, no enfoque dos argumentos das partes, os elementos que pudessem servir de fundamento à decisão³⁷¹.

³⁶³ Acerca da realidade jurídica da Grécia antiga, adverte José Reinaldo de Lima Lopes: “A Grécia clássica conhece várias formas de organização e institucionalização. Basta citar a profunda diferença entre Atenas e Esparta. O nosso interesse aqui concentra-se na tradição ateniense porque ela é mais reconhecível e sobre ela voltarão os filósofos e juristas ocidentais” (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad: 2002, p. 33).

³⁶⁴ SKORUPKA, Jerzy. *The rule of admissibility of evidence in the criminal process of continental Europe*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, pp. 100/101.

³⁶⁵ Para fins do presente estudo, a referência ao Direito Romano é feita a partir da separação promovida por José Reinaldo de Lima Lopes, para fins pedagógicos, referindo-se especificamente ao período do processo formular. (LOPES, *op.cit.*, p. 43).

³⁶⁶ SKORUPKA, *op.cit.*, p. 100.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 103.

³⁶⁸ “Foi um período de crise social, econômica, política. O império com sua burocracia e seu exército já não se sustentava. Houve uma barbarização crescente e cotidiana, não apenas pelo número de povos que ocuparam o território (que segundo alguns não chega a ser tão expressivo) como também pelo abandono do padrão clássico da vida civil” (LOPES, *op.cit.*, p. 65).

³⁶⁹ SKORUPKA, *op.cit.*, p. 106.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 106.

³⁷¹ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 90.

Estabelece-se, assim, nesse cenário, um contexto favorável à formação da teoria da relevância, permitindo progressivamente a formação da imagem do juiz como árbitro do debate entre as partes, vinculado à regra da lógica do provável, em substituição progressiva a um magistrado completamente passivo frente à alegada “*probata partium*”³⁷².

Avançando em relação aos antigos modelos de tratamento específico da questão da inadmissão de determinadas pessoas como testemunhas, assumiu inegável destaque a instituição da *Constitutio Criminalis Carolina*, no idioma alemão tratado como *Halsgerichtsordnung*, por Carlos V em 1532.

A *Constitutio Carolina* é amplamente reconhecida como o primeiro instrumento do direito penal alemão, incumbindo-se de unificar o sistema jurídico, que até então era amplamente desordenado por reflexo das inúmeras realidades locais.

No âmbito do juízo de admissibilidade das provas, a questão foi objeto de tratamento absolutamente diferenciado ao típico da época, na medida em que passou a prever expressamente outros meios de prova além das testemunhas³⁷³, primeiro passo à conformação de uma noção de direito à prova, na visão de Skorupka.

According to the Carolina, not only witness statements and documents but also circumstantial evidence, suspicions and conjectures could be accepted as evidence.³⁷⁴

A partir deste instrumento, para além das limitações subjetivas a que determinadas pessoas pudessem servir como testemunha, que se mantém em inúmeros instrumentos normativos até a contemporaneidade, se institui a admissibilidade de outros elementos de convicção passíveis de influir no julgamento, o que é a semente de uma noção de relevância probatória.

Essa noção da relevância probatória, enquanto critério de admissibilidade das evidências, sofre substancial modificação ao final do século XVIII, por influência jusnaturalista e iluminista, a partir da constituição de regime de prova tarifada³⁷⁵.

³⁷² *Ibid.*, p. 93.

³⁷³ Por exemplo, ao tratar do processamento de delitos patrimoniais, a *Constitutio Carolina* prescreve “§43. When the stolen property is found with the suspect, or when it is discovered that it was, in whole or in part, possessed, sold, dispersed, or squandered by him, and he refuses to name his seller or supplier, he has raised a legally sufficient indication of the crime against himself, so long as he does not establish that he brought the said property upon himself in an undecentful, noncriminal manner in good faith”, prevendo claramente a validade de outros elementos de convicção, como as presunções (Disponível em <https://pages.uoregon.edu/dluebke/Witches442/ConstitutioCriminalis.html>. Consulta em 4 de dezembro de 2022).

³⁷⁴ Tradução livre: “De acordo com a Carolina, não apenas declarações de testemunhas e documentos mas também evidências circunstanciais, suspeitas e conjecturas podem ser aceitas como evidências” (SKORUPKA, Jerzy. *The rule of admissibility of evidence in the criminal process of continental Europe*, **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 107).

³⁷⁵ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 95.

Nesse quadro, Taruffo ressalta que a noção de relevância não retratava incompatibilidade lógica com o sistema da prova tarifada³⁷⁶, apesar da flagrante influência desta na atividade cognoscente do juiz, fazendo com que sua incidência perdesse grande parte da importância anterior³⁷⁷.

A despeito desse novo contexto, a noção da relevância não chegou a ser totalmente eliminada, sendo mantida como exigência sistêmica, de senso comum, segundo a qual evidentemente inútil o conhecimento de elemento que não guarda relação com a questão a ser resolvida³⁷⁸.

A evolução do direito processual, entretanto, fez com que o sistema tarifário das provas fosse superado, renovando-se a noção de livre valoração judicial das evidências, o que fez revigorar a importância da relevância da admissibilidade probatória.

Com a evolução da sociedade europeia e as consequentes adaptações dos ordenamentos jurídicos, instituiu-se com ainda mais detalhamento um juízo de admissibilidade probatória, ao qual se acresceram várias prescrições referentes a proibições probatórias.

Tal se verifica, por exemplo, na prescrição do art. 254 do *Code Procédure Civile* da França, instituído em 1806, nos seguintes termos³⁷⁹:

Art. 254. S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé³⁸⁰.

Ainda no enfoque histórico, é de se sublinhar que na realidade normativa dos países socialistas, apesar de suas particularidades políticas, ideológicas e econômicas, o princípio da relevância também assumiu inegável importância³⁸¹.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 95.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 96.

³⁷⁸ Tradução livre: “Não se conseguiu, entretanto, a total eliminação do princípio da relevância, que continuou mantido como regra de caráter geral, correspondente a uma exigência, agora mais de senso comum do que sistemática, pela qual é evidentemente inútil para resolver a questão o conhecimento de elemento que não tenha relevância” (*Ibid.*, p. 96).

³⁷⁹ Disponível em http://data.legilux.public.lu/file/eli-etat-leg-code-procedure_civile-20020101-fr-pdf.pdf. Consultado em 5 de fevereiro de 2022.

³⁸⁰ Tradução livre: “se houver motivo legítimo para preservar ou estabelecer, antes de qualquer julgamento, a prova dos fatos de que possa depender a resolução de um litígio, as medidas de investigação legalmente admissíveis podem ser ordenadas a pedido de qualquer interessado, por requerimento ou súmula”.

³⁸¹ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 139.

3.3.A admissão probatória na legislação contemporânea

Sem pretensão de esgotamento, o objeto do presente tópico remonta fundamentalmente à identificação do tratamento do tema da admissibilidade dos elementos de convicção na legislação internacional e nacional, neste caso inclusive com enfoque da evolução histórica.

A abordagem não é, outrossim, própria de uma comparação entre institutos jurídicos, como exige o direito comparado, mas sim de identificação da regulamentação da admissibilidade das provas na realidade mundial.

A premissa, entretanto, do dito estudo reside justamente na verificação de que, ante a natureza de fundamental do cidadão reservada à atividade probatória, há uma presunção de admissibilidade das evidências indicadas pelas partes, de modo que eventuais motivos de racionalidade ou economia processual devem ser suficientemente demonstrados para justificar a inadmissão de provas³⁸².

3.3.1. A legislação estrangeira

No âmbito da tradição romano-germânica, voltando os olhos para o continente americano, o *Código Nacional de Procedimientos Penales del México* prescreve³⁸³:

Exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate

Artículo 346. Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el Juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos:

- I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser: a) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones; b) Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o c) Innecesarias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos;
- II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales;
- III. Por haber sido declaradas nulas, o
- IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo. En el caso de que el Juez estime que el medio de prueba sea sobreabundante, dispondrá que la parte que la ofrezca reduzca el

³⁸² CASIRAGHI, Roberta. *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 381.

³⁸³ Disponível em http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_190221.pdf. Consultado em 25 de abril de 2021.

número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias con la materia que se someterá a juicio. Asimismo, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, el Juez excluirá la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima. La decisión del Juez de control de exclusión de medios de prueba es apelable.

A legislação do Panamá é também bem ampla no detalhamento da inadmissibilidade probatória, prescrevendo-a aos “*medios de prueba ofrecidos por impertinentes, inconducentes, repetitivos, superfluos o ilícitos*” (art. 347 do *Código Procesal Penal do Panamá*)³⁸⁴.

O modelo chileno não destoa muito desta estrutura normativa, definindo, ainda que mais sinteticamente, que “*el juez de garantía (...) ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios*”³⁸⁵ (art. 276 do *Código Procesal Penal del Chile*).

No artigo 356 do *Código Procesal Penal de la Nación Argentina* também consta expressamente determinação de que o “*tribunal podrá rechazar, por auto, la prueba ofrecida que evidentemente sea impertinente o superabundante*”³⁸⁶.

Já no âmbito da Província de Buenos Aires, a legislação prescreve expressamente que “*todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquiera de los medios de prueba*”, ressaltando a inadmissibilidade daqueles “*manifiestamente superabundantes*” ou referentes a um “*hecho notorio*” (art. 209 do *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*)³⁸⁷.

³⁸⁴ “Artículo 347. Una vez decididas las cuestiones señaladas en la nueva audiencia o bien solucionadas en ella, si no se recurrió, el Juez de Garantías le dará la palabra al Fiscal para que haga un resumen de su acusación y su prueba, luego al querellante y al final a la defensa, con los mismos objetivos. Se discutirán en primer término las proposiciones de acuerdos o convenciones probatorias que hiciera el defensor o el Juez, en los términos señalados en el artículo 343 de este Código. A continuación se debatirá sobre la exclusión e inadmisibilidad de los medios de prueba ofrecidos por impertinentes, inconducentes, repetitivos, superfluos o ilícitos. La decisión de admisibilidad o de la exclusión probatoria deberá motivarse oralmente. La exclusión de pruebas por razones de ilicitud solo será apelable por el Fiscal, y las demás exclusiones de pruebas solo serán susceptibles de recurso de reconsideración. En el caso de la apelación se suspenderá la audiencia y el superior jerárquico deberá resolverla dentro de un plazo de diez días siguientes al recibo del recurso” (Disponível em https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_pan_ley63.pdf. Consultado em 4 de fevereiro de 2022).

³⁸⁵ “Artículo 276. Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios. Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseare acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal. Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral”. Disponível em <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>. Consultado em 23 de fevereiro de 2021.

³⁸⁶ “Art. 356. - El presidente del tribunal ordenará la recepción oportuna de las pruebas ofrecidas y aceptadas. El tribunal podrá rechazar, por auto, la prueba ofrecida que evidentemente sea impertinente o superabundante. Si nadie ofreciere prueba, el presidente dispondrá la recepción de aquella pertinente y útil que se hubiere producido en la instrucción”. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/textact.htm#15>. Consultado em 20 de janeiro de 2021.

³⁸⁷ “Artículo 209. Libertad probatoria. Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquiera de los medios de prueba establecidos en este Código. Además de los medios de prueba establecidos en este Código, se podrán utilizar otros siempre que no supriman garantías constitucionales de las personas o afecten el sistema institucional. Las formas de admisión y producción se adecuarán al medio de prueba que resulte más acorde a los previstos en este Código. Se podrán limitar los medios de prueba cuando ellos resulten manifiestamente superabundantes. Cuando se postule un hecho notorio, con el acuerdo de todos los intervinientes se

A regulamentação do tema pelo *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* não diverge, também prevendo a inadmissibilidade das evidências por superabundância e por notoriedade (art. 107)³⁸⁸.

A legislação costa-riquenha segue a mesma linha, prescrevendo a inadmissibilidade “*evidentemente abundante o innecesaria*”³⁸⁹.

O *Código Procesal Penal Colombiano* é mais amplo, detalhando a exclusão dos meios de provas “*inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba*” (art. 359)³⁹⁰.

A prescrição normativa na Guatemala é bastante assemelhada, prescrevendo a inadmissibilidade da evidência “*ilegítima, manifestamente impertinente, inútil o abundante*” (art. 350 do *Código Procesal Penal*)³⁹¹.

Ainda no âmbito da tradição romano-germânico, mas tendo por referência o continente europeu, destaca-se a previsão do *Code de Procédure Pénale* da França que prescreve a admissibilidade de “*tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité*”³⁹².

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola observa a mesma diretriz, atribuindo a condição de inadmissível às provas impertinentes e inúteis³⁹³.

podrá prescindir de la prueba ofrecida para demostrarlo, declarándolo como comprobado” Disponível em https://www.mseg.gba.gov.ar/directorios/marco_normativo/codigos%20provinciales/codigo_procesal_penal_de_prov_de_buenos_aires.pdf. Consultado em 5 de fevereiro de 2022.

³⁸⁸ “Art. 107. Admisibilidad de la prueba. Los elementos de prueba sólo serán admisibles cuando sean obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código. Se podrán limitar los medios de prueba ofrecidos cuando resulten manifestamente sobreabundantes y prescindir de la prueba cuando sea ofrecida para acreditar un hecho notorio. Las partes podrán acordar que circunstancias determinadas, que no integren los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal o sean cuestiones de interés público, no necesitan ser probadas. Ello constará en acta que podrá incorporarse por lectura a cualquier audiencia y al debate a pedido de cualquiera de las partes concurrentes, si hubiera sido firmada por todas ellas y sus defensores”. Disponível em <https://inecip.org/wp-content/uploads/C%3B3digo-Procesal-Penal-CABA-1.pdf>. Consultado em 5 de fevereiro de 2022.

³⁸⁹ “Art. 320. El tribunal del procedimiento intermedio admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso, y ordenará de oficio la que resulte esencial. Rechazará la que considere evidentemente abundante o innecesaria. De oficio podrá ordenar que se reciba prueba en el debate, sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas. Contra lo resuelto sólo procede recurso de revocatoria, sin perjuicio de reiterar la solicitud de recibo de prueba inadmitida, como prueba para mejor resolver, ante el tribunal de juicio” Disponível em http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=96385&strTipM=TC. Consultado em 5 de fevereiro de 2022.

³⁹⁰ “Artículo 359. Exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba. Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba. Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello. Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios”. Disponível em http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20190708_03.pdf. Consultado em 5 de fevereiro de 2022.

³⁹¹ “Artículo 350. El tribunal resolverá, en un solo auto, las cuestiones planteadas: 1) Admitirá la prueba ofrecida o la rechazará cuando fuere ilegítima, manifestamente impertinente, inútil o abundante, disponiendo las medidas necesarias para su recepción en el debate; en su caso, señalará los medios de prueba que se incorporarán al debate para su lectura”. Disponível em http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/pdf/gt/decreto_congresional_51-92_codigo_procesal_penal.pdf. Consultado em 5 de fevereiro de 2022.

³⁹² “Article 81. Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge”. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006167421/#LEGISCTA000006167421. Consultado em 10 de fevereiro de 2022.

³⁹³ “Artículo 283. Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria. 1. No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente. 2. Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según

Na Itália, o *Codice procedura penale* trata do tema no art. 190, quando estabelece o *diritto alla prova*, prescrevendo a inadmissibilidade das evidências que são manifestamente supérfluas ou irrelevantes³⁹⁴.

A regulamentação instituída pela *Strafprozeßordnung* (Código de Processo Penal) da Alemanha também estabelece o descabimento das provas supérfluas por obviedade, por irrelevância, por inadequação e por inatingibilidade³⁹⁵.

No particular da admissibilidade das provas, o tratamento normativo da *common law* não diverge substancialmente do modelo romano-germânico, tal como se constata do *Criminal Justice Act 2003*, do Reino Unido, que estabelece expressamente que a introdução de determinada evidência pressupõe relevância ou valor probante para identificação da verdade³⁹⁶.

Nos Estados Unidos da América, as *Federal Rules of Evidence* detalham ainda mais a questão, consignando a ampla admissibilidade das provas, salvo as irrelevantes³⁹⁷, instituindo inclusive um teste padrão de relevância das provas³⁹⁸, a ser empregado quando “(a) *it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and; (b) the fact is of consequence in determining the action*”³⁹⁹.

Mesmo nos ordenamentos mais peculiares, que não se incluem propriamente nas realidades da *common law* e romano-germânica, a questão da admissão das provas é de alguma forma concebido.

Na China, por exemplo, as regras de produção de prova ainda não compõem um sistema lógico e integrado⁴⁰⁰, apesar de haver uma restrição expressa à validade das confissões para fins

reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos”. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>. Consultado em 23 de fevereiro de 2021.

³⁹⁴ “Art. 190 (*Diritto alla prova*). 1. *Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti*”. Disponível em https://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf. Consultado em 13 de janeiro de 2021.

³⁹⁵ “*Strafprozeßordnung – StPO. §244. Im Übrigen darf ein Beweis Antrag nur abgelehnt werden, wenn: 1. eine Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig ist, 2. die Tatsache, die bewiesen werden soll, für die Entscheidung ohne Bedeutung ist, 3. die Tatsache, die bewiesen werden soll, schon erwiesen ist, 4. das Beweismittel völlig ungeeignet ist, 5. das Beweismittel unerreichbar ist oder, 6. eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr*”. Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html. Consultado em 10 de fevereiro de 2022.

³⁹⁶ *Criminal Justice Act 2003*. “109. *Assumption of truth in assessment of relevance or probative value, a reference in this Chapter to the relevance or probative value of evidence is a reference to its relevance or probative value on the assumption that it is true. In assessing the relevance or probative value of an item of evidence for any purpose of this Chapter, a court need not assume that the evidence is true if it appears, on the basis of any material before the court (including any evidence it decides to hear on the matter), that no court or jury could reasonably find it to be true*”. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>. Consultado em 10 de fevereiro de 2022.

³⁹⁷ Rule 402. *General Admissibility of Relevant Evidence*. “*Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: the United States Constitution; a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible*”. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>. Consultado em 12 de dezembro de 2020.

³⁹⁸ Rule 401. *Test for Relevant Evidence*. “*Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action*”. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>. Consultado em 12 de dezembro de 2020.

³⁹⁹ Tradução livre: “(a) dispõe da possibilidade de demonstrar que o fato é mais ou menos provável do que se não se dispusesse da evidência; (b) o fato é consequência de determinada ação”.

⁴⁰⁰ Situando a conformação do sistema, para melhor compreensão da sua estrutura, o autor esclarece: “*The Supreme People’s Court has issued four Provisions on evidence. Facing the resistance against the evidence legislation, the Provisions on Evidence in Civil Procedure by the supreme People’s Court (...) and Provisions on Evidence in Administrative Procedure by the Supreme People’s Court (...) were promulgated in 2002 to meet the needs of judicial practice. In May, 2010, the Supreme People’s Court, the Supreme People’s Procuratorate, together with the Ministry of Public Security, the Ministry of State Security and the Ministry of Justice jointly promulgated the Provisions on Several Issues Concerning the Review of Evidence in Death Penalty Cases (...) and the Provisions on Several Issues Concerning the Exclusion of illegal*

de imposição de penas capitais, ao passo que nos Países Nórdicos⁴⁰¹ o princípio fundamental que governa a legislação acerca das provas é a livre admissão e a livre avaliação das evidências⁴⁰².

Mesmo os instrumentos normativos internacionais que dizem respeito ao processo e julgamento de imputações se dedicam a regulamentar o juízo de admissibilidade de provas, tal como se identifica no Estatuto de Roma, que institui o Tribunal Penal Internacional, ao qual se atribui o julgamento de crimes contra a humanidade, de guerra e de genocídio⁴⁰³.

No pormenor, “o Tribunal poderá decidir sobre a relevância ou admissibilidade de qualquer prova, tendo em conta, entre outras coisas, o seu valor probatório e qualquer prejuízo que possa acarretar para a realização de um julgamento equitativo” (artigo 69, item 4), com a ressalva de que, quanto a este particular, “não poderá pronunciar-se sobre a aplicação do direito interno desse Estado” (artigo 69, item 8).

O cenário, portanto, dos instrumentos internacionais, tanto aqueles referentes aos instrumentos transnacionais, quanto aqueles próprios de cada Estado, independentemente de suas origens estarem vinculadas ao direito romano-germânico ou à *common law*, permite identificar uma ampla regulamentação do juízo de admissibilidade das provas.

3.3.2. A estrutura normativa brasileira

O ordenamento nacional não destoa, mesmo que com enfoque retroativo, da realidade mundial, acompanhando a perspectiva de, inicialmente, reconhecer apenas hipóteses de pessoas que não poderiam assumir a condição de testemunha para, só mais tarde, estabelecer uma sistemática de afastamento de determinadas evidências a partir de um juízo de admissibilidade.

O Código de Processo Penal do Império, de 1832, é exemplo de previsão normativa que se dedicava apenas a listar pessoas que não poderiam servir como testemunha, estabelecendo que o juízo lhe emprestaria o crédito que entender adequado⁴⁰⁴.

Evidence in Criminal Cases. As of today, judicial interpretations by the Supreme People's Court on evidence rules in criminal procedure, civil procedure and administrative procedure have been formulated respectively” (ZHANG, 2015, p. 5).

⁴⁰¹ Detalhando o funcionamento do modelo sueco, Wong detalha que “*the criminal process in Sweden is divided into two distinct phases: the investigative phase or preliminary investigation (förundersökning) and the trial (rättegång), with the indictment (åtals väckande) serving as the dividing line between these two phases*” (WONG, Christoffer. *Overview of Swedish Criminal Procedure*. **Lund University Faculty of Law**. January 2012, p. 1).

⁴⁰² *Ibid*, p. 1.

⁴⁰³ O Estatuto de Roma, que institui o Tribunal Penal Internacional, foi promulgado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002.

⁴⁰⁴ “Art. 89. Não podem ser testemunhas o ascendente, descendente, marido, ou mulher, parente até o segundo grau, o escravo, e o menor de quatorze anos; mas o Juiz poderá informar-se delles sobre o objecto da queixa, ou denuncia, e reduzir a termo a informação, que será assignada pelos informantes, a quem se não deferirá juramento. Esta informação terá o crédito, que o Juiz entender que lhe deve dar, em

A realidade não foi substancialmente alterada com o início da vigência dos Códigos Estaduais, como se constata do *Código de Processo Civil e Commercial de São Paulo*⁴⁰⁵, promulgado em 1930, com a ressalva de que passou a se prever expressamente que “*as partes e testemunhas só poderão ser inquiridas sobre os factos articulados por quem requereu o depoimento*” (art. 265).

Na sequência, com o advento do Código de Processo Civil de 1939, a par da ampla admissibilidade de provas (art. 208), passou-se a prescrever expressamente a incontrovérsia (art. 209⁴⁰⁶) e a notoriedade (art. 211⁴⁰⁷) como circunstâncias que estabeleceriam a desnecessidade de provas.

O Código de Processo Penal promulgado no ano subsequente, em 1940, não dispôs expressamente acerca do juízo de admissibilidade das provas, conquanto tenha prescrito, tal como a maioria das legislações, as pessoas a quem não se poderia admitir o compromisso de dizer a verdade na condição de testemunha.

No âmbito específico da legislação processual penal, a realidade foi alterada apenas com o advento da Lei n.º 11.719, de 2008, que emprestou nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal, especificamente para, no parágrafo 1º incluído no preceito, estabelecer de forma literal a inadmissibilidade de provas irrelevantes, impertinentes e protelatórias⁴⁰⁸⁻⁴⁰⁹.

A prescrição é bastante semelhante àquela adotada pela Lei n.º 9.099, de 1995, referente ao processamento dos crimes de menor potencial ofensivo, que admite a exclusão das evidências “*excessivas, impertinentes ou protelatórias*”⁴¹⁰.

atención às circunstâncias”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm#:~:text=LEI%20DE%2029%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201832.&text=Promulga%20o%20Codigo%20do%20Processo,da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a%20Civil.&text=1%C2%BA%20Nas%20Provincias%20do%20Imperio.Paz%2C%20Termos%2C%20e%20Comarcas. Consultado em 18 de fevereiro de 2022.

⁴⁰⁵ Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1930/lei-2421-14.01.1930.html>. Consultado em 18 de fevereiro de 2022.

⁴⁰⁶ “Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Consultado em 18 de fevereiro de 2022.

⁴⁰⁷ “Art. 211. Independência de prova os fatos notórios”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Consultado em 18 de fevereiro de 2022.

⁴⁰⁸ “Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. § 1º. As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”.

⁴⁰⁹ A prescrição foi quase integralmente repetida na dicção do art. 411 do CPP, com redação da Lei n.º 11.689, de 2008, que ao dispor sobre o rito de processamento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, afirmou que “*as provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*” (§2º).

⁴¹⁰ “Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença. § 1º. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias”.

Já na regulamentação do processo civil, o Código de Processo Civil de 1973 já estabelecia a inadmissibilidade de diligências probatórias “*inúteis ou meramente protelatórias*”⁴¹¹.

A redação do Código de Processo Civil vigente, promulgado em 2015, é exatamente a mesma (art. 370)⁴¹².

Não bastasse isso, o Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009, referente à proposta de novo Código de Processo Penal concebido por comissão de juristas⁴¹³, propõe a manutenção do tratamento normativo do tema, prescrevendo a inadmissibilidade das provas vedadas pela lei, bem como das impertinentes e irrelevantes⁴¹⁴.

Tal exame, que alcança não apenas o contexto normativo vigente, tendo em vista que abarca, ainda, aspectos históricos da legislação nacional, além de projeto de lei em tramitação referente ao juízo de admissibilidade probatória, permitem inferir uma síntese do modelo nacional da introdução de provas no processo.

Com efeito, se historicamente as prescrições legais se restringiam a estabelecer a prerrogativa probatória e a indicar as pessoas que não poderiam depor como testemunhas, com o passar dos anos passaram a prever, expressamente, que o juízo de admissão de evidências no processo judicial haveria de afastar aquelas que, por inutilidade, impertinência, por seu caráter protelatório ou excessivo, não detenham aptidão de contribuir para a formação da convicção judicial a respeito da verdade dos fatos da imputação.

É este, então, um inegável modelo brasileiro de juízo de admissibilidade probatória.

A despeito da relevância deste exame da realidade normativa nacional, é de se exaltar que, antes mesmo dos diplomas legais estabelecerem a inadmissibilidade dos elementos de convicção inservíveis, a jurisprudência já exaltava o controle judicial de admissão de provas, ainda que sem definir com clareza os critérios a seu exercício.

Neste sentido, por exemplo, precedente do extinto Tribunal Federal de Recursos, que retrata julgamento ocorrido ainda em 1981:

PROCESSUAL CIVIL. PROVAS. SUA NECESSIDADE EM CERTOS TIPOS DE AÇÃO. LIMITES AO ARBÍTRIO DO JUIZ.

⁴¹¹ “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

⁴¹² “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

⁴¹³ A comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal foi presidida pelo Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, sendo integrada ainda por Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Correa, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

⁴¹⁴ “Art. 163. O juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes ou irrelevantes”. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4574315&ts=1594032503518&disposition=inline>. Consultado em 12 de março de 2021.

A feitura de provas é, em princípio, direito processual impostergável da parte, que o juiz deve assegurar, salvo se consideradas irrelevantes ao deslinde da causa. O conceito de irrelevância não é, contudo, arbítrio, pois o indeferimento imotivado importa cerceamento de defesa. Nas ações que versam direitos previdenciários concernentes a benefícios oriundos de condições de trabalho perigosas, insalubres ou penosas, a prova pericial se faz indispensável, pois sem ela não será possível a apuração e tipificação das atividades relacionadas nos repositórios oficiais (Decreto n.º 72.771/73). Recurso provido. Sentença reformada.

(TFR, AC n.º 51335-SP, Min. Gueiros Leite, DJ 01/10/1981)

Também no Supremo Tribunal Federal a questão não comportava dúvidas, mesmo antes das prescrições legais que alteraram o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal, conforme se constata de acórdão de 1991:

Defesa prévia: omissão irrelevante, quando imputável à defesa, que não a ofereceu, apesar de intimados o réu e seu defensor constituído. Prova: indeferimento de inquirição de testemunha, que, além de requerida extemporaneamente, seria irrelevante, se não se destinava a elidir a descaracterização do crime e o réu foi condenado a pena mínima.

(STF, HC 68811, Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 14/11/1991)

A verificação ampla dos sistemas normativos sobre o tema permite constatar que as hipóteses de vedação probatória, retratadas nas circunstâncias legais de sua inadmissão, são regidas no mesmo enfoque das exigências normativas de sua admissão, o que será objeto de apreciação específica adiante.

3.3.3. Há um padrão contemporâneo de controle de admissibilidade probatória?

O exame das regulamentações, tanto do Brasil, quanto de outros ordenamentos, viabiliza a apreciação de questão interessante, referente à existência, ou não, de um padrão contemporâneo atinente à admissibilidade probatória.

É esta a questão a que se dedica neste particular.

A primeira e mais evidente constatação é a de que os ordenamentos contemporâneos efetivamente dispõem de um instituto que serve de filtro de admissibilidade probatória, o qual de fato restringe os elementos de prova que podem ser valorados na atividade judicante.

Assim, independentemente da origem continental ou insular, é possível afirmar a existência de um modelo uniforme de estabelecimento de controle da introdução de elementos de prova nos processos judiciais.

Quanto ao padrão de admissibilidade das evidências, Taruffo estabelece importante premissa ao acentuar que todos os sistemas incluem regras de seleção preliminar das provas que as partes podem apresentar, acentuando que ao juiz cabe o emprego de critérios para evitar a desordem e a indevida perda de tempo no curso do processo⁴¹⁵.

Portanto, há sim um padrão contemporâneo de estabelecer regras de restrição da atividade probatória baseada na delimitação das evidências passíveis de inclusão na relação processual, com o objetivo de racionalizar a atividade judicante, evitando a perda de tempo e ordenando o exame do litígio.

Não bastasse isso, é possível afirmar ainda que ordinariamente não se estabelece distinção entre o critério de inclusão de provas no processo e as regras de vedação probatória, aqui denominadas regras de exclusão, emprestando-se aos institutos tratamento conjunto.

O mencionado tratamento conjunto, não há como deixar de intuir, muito provavelmente decorre da circunstância de que ambos os instrumentos – aquele de controle de acesso das evidências no processo e aquele de proibição de atividade probatória em dadas circunstâncias – tem idêntico resultado sobre a atividade do julgador, definindo quais provas não podem ingressar na etapa de valoração judicial.

Tal contexto permite, então, uma outra constatação: apesar da identidade de efeitos entre os critérios de admissão de evidências e as regras de exclusão probatória, ao menos em relação à atividade processual, não há como deixar de constatar que são figuras ontologicamente distintas, na medida em que a primeira serve à definição das provas admissíveis no processo judicial, enquanto a segunda sinaliza as provas vedadas.

Essa identidade de efeitos não permite a uniformidade de tratamento dogmático de questões ontologicamente diversas, o que sinaliza uma aparente inadequação do tratamento conjunto de institutos tão distintos.

Esse aspecto será objeto de apreciação específica, em outro tópico da pesquisa.

Para além de acentuar a uniformidade da existência de controle de admissibilidade das provas no processo, incidente tanto no processo penal, quanto no processo civil, Taruffo vai além, ressaltando que tal atividade está fundada em dois parâmetros básicos “*a relevância dos*

⁴¹⁵ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 35.

elementos de prova e as normas que determinam quais provas são juridicamente admissíveis”⁴¹⁶.

As conclusões do professor italiano se comprovam amplamente pela leitura dos dispositivos legais indicados, revelando que, de novo, tanto no âmbito do direito continental, quanto no enfoque do direito insular, há nítido estabelecimento de um critério de admissão das evidências.

Não fosse isso o suficiente, é também perceptível que o critério eleito nos ordenamentos é, de regra e uniformemente, fundado na premissa da relevância da evidência para o julgamento do litígio.

Destarte, é possível afirmar que há um padrão contemporâneo quanto ao critério reitor da admissão das provas.

Logo, em outras palavras, de maneira uniforme, o padrão contemporâneo é que os sistemas de controle de acesso de evidências sejam compostos, de um lado, pelo critério da relevância, que serve de diretriz principal à atividade cognitiva do julgador, bem como, de outro lado, pelas regras de inadmissão de provas, que estabelecem as provas vedadas, dirigida precipuamente às partes.

Há, assim, um padrão uniforme que estabelece regras de inadmissão de provas e, ainda, estabelece a premissa da relevância para a admissão de qualquer evidência.

Tal constatação ratifica o que se identifica no presente estudo como uma confusão dogmática entre os requisitos de admissibilidade e as regras de exclusão probatória, tratando tais figuras em enfoque único, conquanto ontologicamente distintas.

Assim, apesar das peculiaridades de cada sistema normativo, que acabam repercutindo nas distinções a respeito do órgão encarregado e do momento processual do referido controle⁴¹⁷, é possível reconhecer uniformidade de estruturação normativa da questão, mediante prescrição de controle de admissibilidade probatória.

Para além dessa conclusão, também se pode reconhecer que tal juízo de admissibilidade das provas está, uma vez mais de forma uniforme⁴¹⁸, fundado no critério da relevância da

⁴¹⁶ *Ibid*, p. 35.

⁴¹⁷ “*Los modelos existentes son básicamente dos, aquellos que entregan la determinación de la admisibilidad de la prueba al mismo tribunal que conocerá del juicio oral en la fase de preparación de la audiencia y aquéllos que le entregan esa función a un juez distinto en el procedimiento o etapa intermedia antes que el caso sea enviado al tribunal de juicio oral que conocerá en definitivo el caso*” (DUCE J., Maurício. *La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile. Quaestio facti*. Madrid, n. 1, 2020, p. 108).

⁴¹⁸ “*La mayoría de los países regulan lo que se podría identificar como causales clásicas de inadmisibilidad, es decir, causales más o menos lógicas reconocidas históricamente por sistemas procesales incluso no penales. Estos incluyen las causales de “manifiesta impertinencia” o falta “pertinencia”, “superabundancia” o “sobreabundancia” y “hechos notorios”. Además, la gran mayoría de las legislaciones de la región regulan la posibilidad de excluir prueba cuándo en su producción ha existido una violación de derechos fundamentales o como suele llamarse por ser una ‘prueba ilícita’*” (*Ibid*, p. 109).

evidência para apreciação da questão em julgamento⁴¹⁹, notadamente a partir de leitura que situe adequadamente as regras de exclusão, que se revestem da condição de hipóteses de inadmissibilidade jurídica.

Assim, a relevância serve como parâmetro de admissão das provas, ao passo que as causas de exclusão probatória são circunstâncias jurídicas que, a despeito de qualquer exame acerca da relevância, ensejam a inadmissão de evidências.

É inegável que as peculiaridades de cada ordenamento, retratadas inclusive em seus aspectos linguísticos, fazem com que as regras de admissão de provas sejam normalmente exteriorizadas com expressões próprias de cada realidade, entretanto, ainda assim, é incontornável a constatação de uma uniformidade da estrutura de admissibilidade das provas fundada na relevância.

A confrontação dessa constatação com o reconhecimento da existência de um direito subjetivo à inclusão de material probatório, tal como detalhado anteriormente, estabelece uma realidade contemporânea segundo a qual às partes é assegurado o direito fundamental à prova, estabelecendo-se uma premissa de inclusão, que é excepcionada com a exclusão de provas apenas nas hipóteses de inadmissibilidade jurídica⁴²⁰, também tratada como regras de exclusão, assim como nas hipóteses de irrelevância da evidência.

Nesse contexto em que se pode denominar que o controle de admissibilidade das provas baseado no critério da relevância assume natureza eminentemente lógica.

A referida constatação viabiliza o reconhecimento do princípio do *all relevant evidence is admissible*⁴²¹ ou simplesmente da relevância, como um padrão contemporâneo, tanto no modelo romano-germânico, quanto na realidade da *common law*.

O juízo de admissibilidade das provas tem, outrossim, como peça central o princípio da relevância, definindo o critério básico de afastamento das evidências⁴²², o que faz com que lhe seja atribuída função negativa ou excludente, o que também será objeto de análise.

Tem-se, então, um contexto segundo o qual cabe à regra da relevância definir a extensão do direito subjetivo das partes à produção de provas.

⁴¹⁹ “In contemporary criminal processes of continental Europe, evidence may be taken in the following conditions are met: (1) the evidence must be admissible; (2) the fact to be proven must be relevant to the resolution of the case; (3) the evidence must be relevant to establish factuality of a given circumstance; (4) it is possible to take the evidence” (SKORUPKA, Jerzy. *The rule of admissibility of evidence in the criminal process of continental Europe*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 98).

⁴²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coords). **Garantismo processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 238.

⁴²¹ Tradução livre: “toda evidência relevante é admissível” (TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 102).

⁴²² TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 38.

Portanto, ter-se-ia um regime de inclusão como premissa em relação ao material probatório, estabelecendo como regra que, “*na dúvida, a prova deve ser admitida*”⁴²³.

Por corolário, “*não cabe à parte que requereu a prova demonstrar sua relevância*”⁴²⁴, somente sendo inadmissível a evidência ante a verificação de hipótese de sua irrelevância lógica pelo juízo ou a constatação de sua inadmissibilidade jurídica.

Logo, nesse cenário, é possível afirmar que, contemporaneamente, os sistemas normativos prescrevem de modo uniforme etapa de controle de admissibilidade das provas propostas pelas partes, a qual, entretanto, é informada pela diretriz da ampla admissão, decorrente do direito subjetivo à introdução do material probatório, sobretudo porque não se atenta adequadamente à relevância como critério de delimitação do mencionado direito subjetivo.

3.3.4. Distinção entre os modelos da *civil law* e da *common law*

Conquanto possa ser facilmente identificada a uniformidade dos sistemas normativos contemporâneos relativamente ao juízo de admissão dos elementos de convicção, fundada nos parâmetros da relevância e da inadmissibilidade jurídica, há uma particularidade digna de nota quando confrontados os ordenamentos da tradição da *common law* e da romano-germânica (*civil law*).

A dita distinção tem como causa central a figura de juízes leigos encarregados do julgamento⁴²⁵, amplamente disseminada na *common law*, na medida em que constituídas regras procedimentais especialmente dirigidas para “*impedire che le valutazioni dei jurors (...) fossero indebitamente distorte dalla natura del mezzo di prova o dal modo in cui la prova stessa era formulata*”⁴²⁶.

Constata-se com maior relevo a mencionada preocupação a partir do século XIII, especialmente na doutrina e na jurisprudência dos Estados Unidos da América⁴²⁷, quando se constituem as *law of evidence*, com o escopo de assegurar a exclusão do processo daquelas

⁴²³ BADARÓ, *op.cit.*, p. 238.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 238.

⁴²⁵ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 99.

⁴²⁶ Tradução livre: “impedir que a valoração dos jurados fosse indevidamente distorcida pela natureza do meio de prova ou o modo como a mesma seria apresentada” (*Ibid.*, p. 99).

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 102.

evidências que se revelam capazes de provocar desvio ou interferência indevidos na valoração dos juízes leigos⁴²⁸.

Para tanto, ordinariamente, as regras traçadas nas *law of evidence* se baseiam na definição das provas admissíveis⁴²⁹, tal como se opera por exemplo na vedação da *hearsay rule*⁴³⁰, servindo de parâmetro para que o juízo regule os elementos de convicção a serem disponibilizados ao corpo de jurados⁴³¹⁻⁴³².

O mencionado cenário é, como se vê, substancialmente distinto do modelo continental de admissibilidade das provas, que está lastreado em cenário normativo de ampla admissibilidade probatória, cujas exceções são desenhadas tão somente a partir da premissa da relevância e das regras de exclusão probatória⁴³³.

Há, assim, no modelo da *common law*, uma sistemática particular de inadmissão das evidências baseado em restrições casuísticas de foro epistêmico, ao passo que a construção habitual da tradição romano-germânica não se verifica, ao menos com essa faceta, uma elevada preocupação quanto à inclusão do material probatório.

Tal instrumento do controle de admissibilidade probatória tem reflexo direto na atividade de identificação da verdade, na medida em que “*it employs a distinctive division of epistemic labor, with one set of actors (judges) first determining the evidential base upon which another set of actors (jurors) will rely in forming beliefs about disputed matters of fact*”⁴³⁴.

Assim, o modelo da *common law* estabelece um claro esquema de maior rigor de eliminação de provas que podem ser apresentadas aos juízes leigos⁴³⁵, constituindo um *gatekeeping* ou standard de admissão de provas mais qualificado, enquanto no modelo romano germânico “*allows much more to be presented during trial and aims at evaluating the evidence post factum*”⁴³⁶.

⁴²⁸ *Ibid*, p. 99.

⁴²⁹ Rule 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons. “*The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence*”. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>. Consultado em 12 de dezembro de 2020.

⁴³⁰ ABEL LLUCH, Xavier. *La dosis de prueba: entre el common law y el civil law*. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, 35 (2012), p. 177.

⁴³¹ KUCZYNSKA, Hanna. *Mechanisms of elimination of undesired evidence from criminal trial: a comparative approach*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 52.

⁴³² Rule 401. Test for Relevant Evidence. “*Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action*”. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>. Consultado em 12 de dezembro de 2020.

⁴³³ KUCZYNSKA, *op.cit.*, p. 54.

⁴³⁴ Tradução livre: “Isso estabelece uma distinção na atividade epistêmica, de modo que um grupo dos atores (juízes) primeiro determina a base de evidências que servirá de base para os demais atores (jurados) que vão servir para a formação da convicção acerca dos fatos em disputa” (LEITER, Brian & ALLEN, Ronald J. *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence*. **87 Virginia Law Review**. 1491(2001), p. 1500).

⁴³⁵ KUCZYNSKA, *op.cit.*, pp. 59-60.

⁴³⁶ Tradução livre: “permite que muito mais seja apresentado durante o julgamento e visa avaliar as evidências post factum” (JASINSKI, Wojciech & KREMENS, Karolina. *Editorial of dossier “Admissibility of evidence in criminal process. Between the establishment of the truth, human rights and the Efficiency of Proceedings*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 19).

A regra base de eliminação de elementos de convicção na *common law* é de inadmissão dos meios de prova que, ainda que relevantes, possam causar “*prejuízo injustificado, confusão dos fatos em litígio ou indução do júri a erro*”⁴³⁷, de forma que a incidência do princípio da relevância não é necessariamente central.

Talvez seja exatamente essa particularidade da *common law* um fator que concorre, inadvertidamente, para a difusão de um tratamento dogmático – aqui compreendido como inadequado – conjunto das regras de exclusão probatória com os critérios de admissão de evidências.

Destarte, no modelo da *common law* há “*un rigoroso rispetto delle regole di esclusione*”⁴³⁸, assegurando em relação aos jurados, que “*formino il loro convincimento esclusivamente sulla base di ciò che poteva essere legittimamente veicolato nel giudizio*”⁴³⁹.

Essa realidade não é, entretanto, tão marcante no sistema continental, em relação ao qual é verificada uma “*ineliminabile tendenza vetero-inquisitoria fa sì che, pur celata dietro paramenti più o meno ricamente decorati, si riproponga una attraction fatale per la verità (...)* in nome della quale tutto è ammesso”⁴⁴⁰.

Logo, a ênfase do juízo de admissibilidade no sistema da *common law* é maior.

Não bastasse isso, no âmbito da *common law* a admissibilidade das provas no viés da relevância ou em enfoque lógico está atrelada às noções de *materiality* e de *relevancy*, que retratam cenários particulares não tratados isoladamente, ao menos de regra, na realidade romano-germânica.

O conceito de *relevancy* se refere à aptidão da evidência em demonstrar a existência ou a inexistência de uma circunstância, a partir do qual é possível a construção de inferência probatória acerca do fato principal, de modo que esta pode ser identificada justamente a partir do teste de relevância⁴⁴¹.

Nesse quadro, a noção de *relevancy* da *common law* corresponde ao princípio da relevância estabelecido nos ordenamentos da tradição romano-germânica.

Já a *materiality* se refere à relação direta entre determinado meio de prova e as inferências probatórias dele decorrentes, de um lado, e o fato principal, de outro, indicando então, no plano abstrato, a pertinência entre o fato objeto de prova e o fato base da imputação.

⁴³⁷ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47.

⁴³⁸ Tradução livre: “um rigoroso respeito das regras de exclusão”.

⁴³⁹ Tradução livre: “formam o seu convencimento exclusivamente com base daquilo que poderia ser legittimamente veicolado em juízo” (DALIA, Gaspare. **Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio**. Milano: Wolders Kluwer, 2018, p. 189).

⁴⁴⁰ Tradução livre: “não eliminável tendência antigo-inquisitorial faz que, apesar de escondidas atrás de paramentos mais ou menos ricamente decorados, se proponha uma atração fatal pela verdade (...) em nome da qual tudo é admitido” (*Ibid*, p. 189).

⁴⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coord). **Garantismo Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 237.

Assim, a *relevancy* corresponde justamente ao tratamento reservado no regime continental à relevância, como dito, ao passo que a *materiality* tangencia à noção de materialidade prescrita na tradição romano-germânica, própria da demonstração de fatos que deixam vestígios materiais.

Portanto, há uma impregnação da figura da *relevancy* por uma concepção causalista, enquanto faceta do pensamento filosófico, reservando sua configuração à compreensão de causa suficiente ao fato da imputação, o que permite identificar uma relação direta entre o objeto da prova e o fato em julgamento.

Para além de tal previsão da *relevancy*, a doutrina anglo-americana se dedica atualmente à construção da noção de *logical relevancy*, que reconhece a relevância daqueles “*fatti (e quindi sono rilevanti le prove vertenti su di essi) dall’esistenza dei quali è possibile trarre inferenze, di tipo causale o probabile, intorno all’esistenza dei fatti principali*”⁴⁴².

O citado movimento da doutrina anglo-americana ratifica um premissa aqui já estabelecida, no sentido de identificar a absoluta prevalência de um componente lógico na conformação do que seja a relevância, enquanto critério base de admissão das evidências no processo judicial.

É possível, em sede conclusiva, afirmar que, apesar da flagrante uniformidade contemporânea da fixação de um juízo de admissibilidade das provas, lastreado no binômio do princípio da relevância e das vedações probatórias, há importante distinção entre os modelos da *common law* e romano-germânico, fundada especificamente em controle mais rigoroso dos elementos de convicção que são admitidos na fase de valoração naquele.

A mesma conclusão é encampada por Taruffo:

A ideia de que o princípio da relevância possui um alcance menor é comum nos sistemas processuais europeus: nesses o princípio constitui o fundamento para a exclusão de elementos de prova irrelevantes, mas não pode ser aplicado como único critério para que se decida quais desses elementos devem ser admitidos. Em tais sistemas, o verdadeiro critério para a admissão dos elementos de prova é fornecido em maior medida por regras de admissibilidade jurídica, em oposição à relevância lógica (...). É claro que o princípio da relevância funciona aqui como o principal critério para se decidir que elementos de prova devem ser admitidos; isto é, como um critério inclusivo, enquanto disposições específicas que têm por objeto a exclusão de alguns elementos de prova devem ser consideradas como exceções ao princípio geral.⁴⁴³

⁴⁴² Tradução livre: “fatos (e, por isso, são relevantes os elementos de prova que lhes dizem respeito) de cuja existência é possível inferir, de natureza causal ou provável, sobre a existência de um fato principal” (*Ibid.*, p. 172).

⁴⁴³ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 38.

Esse diagnóstico permite identificar a importância da atuação do juiz de garantias no sistema romano-germânico, instituída no Brasil pela promulgação da Lei n.º 13.964, de 2019, na medida em que viabiliza, tal como ocorre na realidade da *common law*, um controle mais qualificado da admissibilidade probatória, assegurando, portanto, uma maior integridade do conjunto de evidências admitidas na fase de valoração.

Dalia já constatou a importância da distinção entre o juízo responsável pela admissão da prova e aquele competente para o julgamento propriamente dito, com base na valoração da evidência, sobretudo em razão da dificuldade do controle material quanto à indevida interferência da prova inadmitida na formação do conhecimento do julgador⁴⁴⁴.

Tal assertiva remonta à constatação de que o controle da admissibilidade probatória, tanto sob enfoque da relevância, quanto à luz das regras de exclusão probatória, tem “*duplice effetto, ex ante-ex post*”, que evita a produção de elementos ilícitos e inibe sua inclusão na formação do convencimento do julgador.

Assim, o estabelecimento de juízos diversos para a admissão das evidências e sua valoração é inegavelmente um instrumento importante de preservação da integridade do juízo de mérito, sobretudo nos casos de inadmissão de provas.

Essa circunstância retrata um problema habitual do sistema romano-germânico, eis que “*l’organo decidente, quello che há bisogno della prova per risolvere la controversia penale, è lo stesso soggetto cui è demandato il compito di espungerla*”⁴⁴⁵.

É possível que esta seja uma das causas para um habitual descuido do julgador no controle de admissão das evidências na tradição romano-germânica, na medida em que, de regra, o elemento de prova irrelevante tende a ser puramente ignorado na fase da valoração, que é reservada a juízes técnicos, e não leigos, sem se considerar a indevida influência que tais elementos promovem na convicção do julgador.

3.4. O princípio da relevância na admissão probatória

Pelo até aqui exposto, é certa a constatação de que o princípio da relevância é tido, aqui, como de resto na doutrina, como critério reitor do juízo de admissibilidade probatória, o que,

⁴⁴⁴ Tradução livre: “no ordenamento italiano é o mesmo juízo que decide sobre a ilegitimidade das provas (...), o que corresponde a auto avisar-se para que não se considere essas para a decisão” (DALIA, Gaspare. **Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio**. Milano: Wolders Kluwer, 2018, p. 190).

⁴⁴⁵ Tradução livre: “o órgão decisório, aquele que necessita da prova para resolver o litígio penal, é o mesmo sujeito a quem é reservada a tarefa de expurgá-lo” (*Ibid*, p. 190).

apesar de estabelecer premissa importante, não afasta aspecto de vulto quanto à compreensão desta regra.

Há, entretanto, uma particularidade que demanda detalhamento.

A mencionada particularidade não reside na própria premissa da relevância, enquanto elementar central da admissão das provas no julgamento judiciário. É amplamente uniforme o reconhecimento de que os elementos de convicção admissíveis são apenas os relevantes.

Tal condicionante da relevância para fins de admissão probatória é de presença uniforme na realidade processual contemporânea, tendo por finalidade coibir que elementos de convicção sem utilidade para a solução ingressem eritada no processo, o qual opera *a priori* com função negativa, excludente⁴⁴⁶, de maneira que o ingresso das evidências pressupõe constatação de sua presumível importância no julgamento⁴⁴⁷.

É justamente tal caráter presuntivo que indica que a apreciação da relevância da prova será efetivada com lastro nas alegações das partes, *in status assertiones*, examinando hipoteticamente a aptidão das evidências de influir no resultado do julgamento⁴⁴⁸.

Ao exercer a mencionada função, o princípio da relevância assume papel de efetivo filtro epistêmico, tendo em vista que, além de servir de barreira à admissão das provas irrelevantes, assegura que o acervo probatório seja composto pela maior quantidade de informações relevantes disponíveis, dentre aquelas propostas pelas partes, viabilizando um índice maior de acerto na decisão⁴⁴⁹.

O mencionado filtro é o de primeira incidência primeira na atividade judicante⁴⁵⁰, de maneira que, constatada a relevância de determinada evidência, esta será submetida, ainda, aos demais critérios de inclusão de provas no processo, “*i.e. a regras relativas à admissibilidade jurídica das provas*”⁴⁵¹, as quais podem ensejar a exclusão ou inadmissão de provas relevantes⁴⁵².

Portanto, fundamentalmente, os sistemas processuais contemporâneos submetem a admissão probatória a dois critérios básicos, o da relevância e o da admissibilidade jurídica⁴⁵³.

Imprescindível, então, identificar o que seja essa relevância.

Essencialmente, a doutrina vincula a relevância a uma conexão lógica da prova com os fatos em litígio, de maneira que a conclusão a respeito da verdade dos fatos em apuração possa

⁴⁴⁶ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 38.

⁴⁴⁷ *Ibid*, p. 37.

⁴⁴⁸ *Ibid*, p. 36.

⁴⁴⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 68.

⁴⁵⁰ *Ibid*, p. 155.

⁴⁵¹ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 39.

⁴⁵² *Ibid*, p. 39.

⁴⁵³ *Ibid*, p. 35.

ser sustentada pelas mencionadas provas, indicando o que Taruffo denomina instrumentalidade cognitiva, na medida em que as evidências oferecem base cognitiva para o estabelecimento da verdade⁴⁵⁴.

Assim, a relevância é a verificação de que determinadas evidências podem ser, hipoteticamente, presumivelmente, aptas a proporcionar sustento inferencial em relação aos enunciados fáticos das partes⁴⁵⁵.

Em outros termos, “*an item of evidence is thus relevant if it explained by the particular explanation offered by the party offering the evidence, which in turn justifies that explanation as correct, assuming the explanation concerns a fact that matters to the substantive law*”⁴⁵⁶.

Para tanto, o teste fundamental da relevância remonta à assunção, pelo julgador, a título de hipótese, que os elementos de prova apresentados lograrão o resultado esperado e antevisto pela parte ao propor a evidência, isto é, o fato que cada elemento de prova almeja demonstrar.

Em seguida, o juiz examina se, partindo da suposição de um resultado positivo, o elemento de prova poderia dotar o julgador de informações úteis para estabelecer a verdade de um fato em litígio⁴⁵⁷.

Apesar da notória uniformidade da dita compreensão, marcada por alguma superficialidade, na medida em que fundada na coloquialidade do termo relevância, é de se verificar que o exame mais acurado da questão indica a existência de realidade não enfrentada.

Refere-se no pormenor especificamente à compreensão, aqui encampada, de que a exclusão de determinados elementos de prova – tratada habitualmente pela doutrina como regras de exclusão probatória de natureza lógica – consiste na verdade em mero reflexo da incidência do princípio da relevância.

Melhor situando então a questão, se considera que a exigência da relevância para fins de admissão de provas no julgamento judiciário redundaria na exclusão daqueles elementos desprovidos de relevância, de maneira que a exclusão de provas por desatendimento ao princípio da relevância não reflete, em si, regra diferenciada de limitação probatória, mas mera consequência do desatendimento à condicionante da relevância.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 36.

⁴⁵⁵ DEI VECCHI, Diego. *La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva*. In FERRER BELTRÁN, Jordi & VÁZQUEZ, Carmen (coord). **Debatiendo com Taruffo**. Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 272.

⁴⁵⁶ Tradução livre: “uma prova é, portanto, relevante se demonstra uma explicação particular oferecida pela parte que oferece a prova, que por sua vez justifica essa explicação como correta, assumindo que a mesma diz respeito a um fato que importa para o direito substantivo” (PARDO, Michael S. & ALLEN, Ronaldo J. *Judicial Proof and the Best Explanation*. **Alabama Law**. Tuscaloosa, 2007, p. 19).

⁴⁵⁷ TARUFFO, *op.cit.*, p. 37.

Essa não é, entretanto, abordagem feita pela dogmática jurídica, que insiste em identificar uma modalidade de exclusão probatória, ao invés de uma mera consequência do princípio da relevância.

O que se propõe, nesse contexto, é que o magistrado, ao promover o juízo de admissibilidade probatória, o faz em enfoque tríplice: o primeiro, lastreado nas regras de exclusão probatória, especificamente aquelas tratadas como limitações políticas e epistemológicas; o segundo, baseada na premissa do princípio da relevância; e o terceiro e última, atinente aos chamados critérios adicionais de admissão probatória, referentes à idoneidade e à economicidade do meio de prova, adiante abordados⁴⁵⁸.

Na primeira etapa do juízo de admissibilidade, própria da incidência das limitações políticas e epistêmicas, o juízo, antes de deliberar pela efetiva admissão da evidência na fase de valoração, identifica se configurada hipótese específica de descabimento do elemento, seja por razão política, seja por motivo epistêmico.

Nessas circunstâncias, o elemento de prova é inadmitido, proclamando-se o mesmo inservível para a composição do acervo de provas.

Já na segunda etapa, à luz do princípio da relevância, o juízo define os elementos admissíveis a integrar o objeto da cognição judiciária, a partir de uma identificação, ao menos em tese, da sua aptidão em concorrer para a reconstrução fática do objeto da controvérsia.

Logo, se na incidência das limitações probatórias há uma inadmissão da evidência, com determinação de sua exclusão do debate judicial, na deliberação a respeito de sua relevância se define sua inclusão na formação do acervo processual.

É possível, destarte, afirmar que as regras de limitação probatória têm feição excludente, negativa da admissão de prova no debate judiciário, ao passo que a incidência do princípio da relevância tem perfil inclusivo, positivo para a admissão da evidência.

Tal quadro permite situar adequadamente a divergência proposta em relação à doutrina, que habitualmente aloca a questão do juízo acerca da relevância dos elementos de convicção no que denomina regras lógicas de exclusão probatória.

⁴⁵⁸ Habitualmente, a doutrina considera que o juízo de admissibilidade possui feição dúplici, consoante se infere do cuidadoso detalhamento de Giulio Ubertis: *“In una prima prospettiva, le regole ammissive possono implicare divieti probatori, con cui si individuano modalità gnoseologiche incompatibili con l’ordinamento e pertanto si contemplano quelle che l’art. 190 comma 1 c.p.p. definisce prove vietati della legge (...). A proposito dell’ammissibilità probatoria affiora quindi una seconda prospettiva di ricerca. Essa afferisce alla scelta di cosa introdurre nel bagaglio conoscitivo del giudice e pertanto alla costellazione concettuale delle nozioni, spesso confuse, di verosimiglianza, pertinenza, rilevanza e concludenza probatorie, di cui occorre chiarire la portata semantica senza ignorare l’ausilio di ridefinizioni, che non sono evitabili nemmeno per determinare il più esattamente possibile le molteplici accezioni della parola prova”* (UBERTIS, Giulio. **La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici**. Torino: Utet, 1999, p. 68).

O citado posicionamento retrata, na verdade, uma inegável confusão entre etapas do juízo de admissibilidade, os quais tem fundamentos absolutamente diversos, o que repercute no equívoco de seu tratamento conjunto.

Com efeito, as regras de exclusão probatória se baseiam em hipóteses legais de inadmissão da evidência, por motivos políticos ou epistêmicos, independentemente de qualquer juízo acerca de sua eventual importância para a reconstrução dos fatos em juízo.

Já o princípio da relevância, que seleciona os elementos de convicção admissíveis dentre os propostos, se funda em juízo preliminar de aptidão das provas para a reconstrução válida dos fatos em juízo, redundando no afastamento de evidências apenas como consequência da falta de relevância, de maneira consequencial, e não por juízo próprio.

Logo, a menção a uma limitação probatória decorrente de irrelevância da evidência, retratada ordinariamente como uma regra de exclusão probatória de viés lógico, não se sustenta, reconhecendo-se de fato uma mera consequência da eventual falta de relevância de determinados meios de prova.

Verdade seja dita, tanto para as regras de limitação probatória, quanto para a incidência do princípio da relevância, o resultado prático é o mesmo, consistente em definir o acervo de provas admitido, entretanto, ainda assim, não há como deixar de perceber que se tratam de figuras absolutamente distintas, o que desautoriza o confuso tratamento emprestado ao tema pela doutrina.

Há, outrossim, uma certa promiscuidade na definição e no tratamento, como se a exclusão de elementos de convicção por irrelevância fosse uma limitação probatória, tal como ocorre nos casos de limitações epistêmicas e políticas, o que provavelmente decorre da já sinalizada falta de delimitação adequada acerca do controle lógico do direito à prova.

De outro lado, o que também acaba contribuindo para a confusão entre as limitações probatórias e as consequências do princípio da relevância no juízo de admissibilidade das provas, reside na circunstância de, no mais das vezes, conforme destacado, alguns ordenamentos preverem expressamente hipóteses de inadmissibilidade de evidências por irrelevância como circunstâncias de inadmissão de provas.

Importante ressaltar que Paolo Ferrua reconhece a inadequação do tratamento do tema na doutrina atual, conquanto não proponha solução para o mal que diagnostica:

Inammissibile ne significato proprio della parola à la prova vietata dalla legge, ossia oggetto di una regola di esclusione probatoria (...); vale a dire, la prova che il giudice non ha il potere di assumere. Quella che il giudice esclude perché manifestamente irrilevante o superflua non è *inammissibile* nel senso appena specificato; né sarebbe corretto dire che il giudice sia privo del potere

di assumerla. Viene (provvisoriamente) esclusa perché ritenuta, allo stato, inutile a fini decisorii.⁴⁵⁹

Em outras palavras, a identificação de um direito subjetivo à prova, aliada à falta de definição adequada de seus contornos, notadamente quando confrontada com o reconhecimento de hipóteses legais de inadmissão de provas, faz com que a rejeição de evidências por desatendimento ao princípio da relevância seja, inadequadamente, tratada como mais uma espécie de limitação probatória⁴⁶⁰.

É certo que o tema merece enfrentamento no presente estudo, entretanto, ele está reservado a tópico próprio, que servirá não apenas para identificar cada uma destas hipóteses de exclusão probatória, mas também para definir se decorrem de instituto próprio ou se são parte do próprio juízo de relevância.

Relevante a definição, seja por sua repercussão prática, seja por seus efeitos dogmáticos, do caráter inclusivo ou excludente do princípio da relevância, indicando se a função a que se presta é critério para inclusão das evidências no processo ou, na verdade, se se presta à sua exclusão.

Taruffo afirma que a feição excludente é constante em todos os ordenamentos, ressaltando, entretanto, que em muitos deles há de se reconhecer ainda uma faceta inclusiva, tendo em vista que assegurado o direito à admissão dos elementos de prova relevantes.

Uma vez mais se funda a premissa de Taruffo no tratamento entrelaçado do princípio da relevância, enquanto critério de inclusão, com as regras de exclusão probatória, fundadas em prescrições normativas de hipóteses de inadmissão de evidências.

A adequada compreensão do princípio da relevância, distinguindo-o das hipóteses de exclusão probatória, conforme proposto, indica suficientemente que, na verdade, sua atuação no processo é seletiva, depurativa, o que indica que lhe cabe ao mesmo tempo aspecto inclusive e excludente, o qual não se confunde com as regras de exclusão probatória.

Devidamente situada a questão acerca da composição do juízo de admissibilidade probatória, cumpre aferir o que seja, de fato e como se opera, então, a incidência do princípio da relevância.

⁴⁵⁹ Tradução livre: “Inadmissível no significado próprio da palavra é a prova vedada pela lei, ou seja objeto de uma regra de exclusão probatória (...); vale dizer, a prova que o juiz não tem o poder de admitir. Aquela que o juiz exclui porque manifestamente irrelevante ou supérflua não é admissível no sentido especificado; nem seria correto dizer que o juiz seja privado do poder de admiti-la. Está (provisoriamente) excluída porque atualmente considerada inútil para fim decisório” (FERRUA, Paolo. *Ammissibilità della prova e divieti probatori*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 221).

⁴⁶⁰ Já identificando a distinção entre as hipóteses de limitações probatórias e a incidência do princípio da relevância, Gustavo Badaró sinaliza que aquela seria o reverso da medalha da ampla admissibilidade dos elementos de prova relevantes (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coords). **Garantismo processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 224). As razões expostas não permitem concordar com o arranjo feito pelo ilustre professor do Largo de São Francisco com figuras que se mostram ontologicamente diversas.

O princípio da relevância é a diretriz fundamental do juízo de admissibilidade das provas, incumbindo-se fundamentalmente de estabelecer que a inclusão de material probatório no processo pressupõe a constatação de que determinado enunciado fático cuja demonstração se pretende com a prova, por ser integrante do cenário do debate processual, é apto a revelar consequência jurídica, ainda que indireta, em relação à *res in iudicium deducta*⁴⁶¹.

Nada mais óbvio, a propósito, do que estabelecer que a admissão de elementos de prova pressupõe que os mesmos sejam dotados de aptidão para formar o convencimento judicial a respeito dos fatos que integram o substrato da pretensão judiciária.

Por corolário, na medida em que a incidência do princípio da relevância interfere diretamente na extensão do direito subjetivo das partes à introdução de material probatório na relação processual, a deliberação judicial referente à sua incidência há de ser devidamente fundamentada, além de estar lastreada na descrição das partes acerca de suas posições processuais, observando critérios de racionalidade processual⁴⁶².

A relevância se funda, assim, na verificação de que, ao menos em tese, o objeto probatório pretendido, seu tema, – vale dizer: a demonstração da procedência ou da improcedência de dado enunciado fático – guarda pertinência com o objeto da controvérsia, ainda que indiretamente, de maneira que sua admissão pode, em tese, contribuir para a reconstrução histórica dos fatos em juízo.

No particular, é certo que o princípio da relevância é habitualmente atrelado nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, consoante se viu, justamente à noção de relevância, sendo ainda habituais menções à figura da pertinência, observadas obviamente as variações inerentes a cada idioma.

Por ora, suficiente definir que, em virtude da incidência do princípio da relevância, a admissão de qualquer evidência se submete à identificação, em tese, da aptidão do elemento de prova para a conformação do cenário fático do julgamento.

Não há dúvidas de que não se pode fazer apenas referência à expressão de relevância como condicionante ao exercício da prerrogativa probatória, na medida em que se presta a restringir indiretamente o próprio acesso à jurisdição, sendo imprescindível que seu detalhamento observe rigor científico que afaste o já mencionado emprego coloquial da expressão.

Tal medida exige a fixação de outras premissas para as quais se dedicarão os capítulos subsequentes.

⁴⁶¹ UBERTIS, Giulio. **La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici**. Torino: Utet, 1999, p. 70.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 194.

3.5. Elementos adicionais do juízo de admissibilidade

A partir das premissas antes indicadas, é possível afirmar que o juízo de admissibilidade probatória está lastreado, no mais das vezes de modo expresso, mas também estruturalmente, em avaliação prognóstica da relevância da prova⁴⁶³, ao que se somam as hipóteses de exclusão probatória, essencialmente políticas e epistêmicas, dada a premissa fixada de que aquelas denominadas lógicas refletem, na verdade, mero efeito da incidência do princípio da relevância

É este o cenário do juízo de admissibilidade das provas.

Ainda assim, há outros aspectos complementares que, inegavelmente, se apresentam como variáveis que permeiam o juízo de admissibilidade probatória, conquanto em segundo plano, os quais podem, sem grande dificuldade, ser inferidos do ordenamento.

Com efeito, ainda que não diretamente, tais aspectos complementares ao juízo de admissibilidade probatória são reconhecidos por parte da doutrina, ainda que de forma esparsa e sem um tratamento dogmático consolidado:

... una vez asumido que la finalidad de la institución probatoria en el proceso judicial (cualquiera sea la jurisdicción) no puede ser otra que la averiguación de la verdad, podemos juzgar la racionalidad (en el sentido de adecuación de medios a fines) de las distintas reglas jurídicas sobre la prueba que operan en el momento de la formación del conjunto de elementos de juicio. Una regla sobre la prueba será, pues, irracional como medio para conseguir la finalidad de la averiguación de la verdad si no es adecuada para maximizar las posibilidades de alcanzar esa finalidad.⁴⁶⁴

Tais critérios adicionais, que tanto podem incidir no juízo de admissibilidade com o propósito de incrementar a aptidão do processo para a identificação da verdade, como também para resguardar a utilidade da prática dos atos processuais, podem ser situados basicamente quanto à economicidade e à idoneidade do meio de prova.

Importante situar que os ditos critérios adicionais não se confundem com o princípio da relevância em si, sendo, na verdade, parâmetros de incidência complementar, que em situações específicas acabam por estabelecer critérios outros a serem examinados para fins de definição acerca da inclusão do material probatório.

⁴⁶³ PARDO, Michael S. & ALLEN, Ronaldo J. *Judicial Proof and the Best Explanation*. **Alabama Law**. Tuscaloosa, 2007, p. 41.

⁴⁶⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 69/70.

3.5.1. A idoneidade do meio de prova

O primeiro destes critérios adicionais remonta à exigência de uma mínima fiabilidade do elemento de convicção proposto para influir no julgamento da questão controvertida.

É certo que a fiabilidade de uma evidência, no mais das vezes, é amplamente debatida pelas partes quando examinada no enfoque de sua valoração, isto é, após regular admissão da prova no debate judicial, todavia, ainda assim, há de se reconhecer que, ao menos em certa medida, a admissão dos elementos de convicção pressupõe um reconhecimento de que, em tese, dotado de atributos que o tornem hipoteticamente apto, munido de credibilidade, para o julgamento.

A credibilidade aqui mencionada não se confunde, deve ser registrado desde logo, com o prognóstico de resultado da atividade valorativa, ou mesmo com a relevância da evidência, consistindo de fato em uma aptidão em tese de apresentar elementos que o tornem abstratamente confiável como fonte de prova para o julgador.

No âmbito das provas técnicas, a propósito, a questão é muito mais facilmente identificada, conquanto não lhe seja privativa.

Tal indicação justifica uma opção deliberada do presente estudo: o aspecto da admissibilidade probatória é especificamente tratado sob outras denominações na qualificada produção de Michele Taruffo e de alguns outros poucos autores, em relação à qual se diverge neste estudo.

São empregadas expressões como *credibilidad*⁴⁶⁵ e *attendibilità*⁴⁶⁶, bem como *verosimiglianza*⁴⁶⁷, além de *cientificidad*⁴⁶⁸ e *fiabilidad*⁴⁶⁹, sobretudo no âmbito da prova pericial, conquanto no presente tenha havido opção deliberada pelo termo *idoneidade*.

A ousadia de optar por denominação diversa daquela proposta por tão qualificados estudos não remonta à pura vaidade, mas, na verdade, decorre da identificação de que a referência à idoneidade é capaz de compreender, sob um único signo linguístico, os diversos

⁴⁶⁵ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970.

⁴⁶⁶ CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. **Rivista di diritto processuale**. 1946.

⁴⁶⁷ UBERTIS, Giulio. *I criteri di ammissibilità probatoria*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021.

⁴⁶⁸ VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. *La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert*. **Jueces para la democracia**. Madrid, n. 86, 2016.

⁴⁶⁹ VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. *La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales*. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, 38 (2015).

aspectos retratados pela doutrina em enfoques diferenciados referentes ao controle da qualidade epistêmica do elemento de prova⁴⁷⁰.

Afigura-se, portanto, que, a despeito das particularidades de cada uma das espécies probatórias, há uma elementar mais ampla, paralela à exigência da relevância, referente à efetiva aptidão, idoneidade, em tese, de uma dada evidência ser empregada no julgamento de questão submetida ao juízo.

Ainda que com alguma variação terminológica, Tonini também se refere a um prognóstico sobre a idoneidade do meio de prova para fins da adequada formação do convencimento judicial⁴⁷¹.

Só pode ser admitido, para além do enfoque da relevância, o elemento de prova que se revista de idoneidade, inclusive em relação à verossimilhança do fato que se pretende provar com o citado elemento de prova⁴⁷².

Imagine-se por hipótese que, para eximir-se de dada imputação criminal, o acusado intente produzir elemento de prova referente à negativa de autoria ao argumento de que estaria em viagem espacial, e não no local do fato delitivo. Não sendo verossímil o fato que se pretende comprovar, ao menos em relação a quem não seja astronauta, conquanto seja nitidamente relevante, deve ser reconhecida a inidoneidade do elemento de convicção.

Quanto ao tema, de novo, necessário se valer das palavras de Taruffo:

...il giudizio preventivo sulla verosimiglianza condiziona l'ammissione della prova soltanto in modo mediato, nel senso che la prova viene esclusa non perché sia in sé (sotto il profilo dell'oggetto) inammissibile o irrilevante, ma perché, a motivo della sua inverosimiglianza, il fatto allegato non viene a far parte del *thema probandum*.⁴⁷³

Em certa medida, não há como negar que a elementar aqui tratada sob o enfoque da *idoneidade probatória* é bem assemelhada à noção da relevância da evidência, entretanto, a despeito da similitude, há de se reconhecer seus aspectos diversos.

A relevância, que será abordada com maior profundidade em tópico subsequente do presente estudo, se refere a uma relação direta, de natureza temática, entre a evidência e a matéria em discussão no litígio, ao passo que a idoneidade diz respeito, noutro plano, a uma

⁴⁷⁰ *Ibid*, p. 103.

⁴⁷¹ TONINI, Paolo. **La Prova Penale**. 4.ed. Milano: CEDAM, 2000, p. 45.

⁴⁷² TARUFFO, *op.cit.*, p. 80.

⁴⁷³ Tradução livre: "o juízo prévio sobre a verossimilhança condiciona a admissão das provas só de um modo mediato, no sentido de que a prova é excluída não porque seja em si (quanto ao perfil do objeto) inadmissível ou irrelevante, mas porque, em razão de sua inverossimilhança, o fato alegado não faz parte do *thema probandum*". (TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 83).

aptidão, geral e abstrata, de um dado meio de prova para servir como fonte adequada à formação de convicção frente a determinada questão em julgamento.

Quanto ao tema, a propósito, Taruffo adverte que, à margem do juízo de admissibilidade, necessário “*un giudizio sull’attendibilità (o credibilità) di fatto del mezzo di prova*”.⁴⁷⁴

No escopo de detalhar a distinção entre as figuras mencionadas – relevância *versus* idoneidade probatória –, Ubertis traça interessante relação entre esta, a idoneidade, e a epistemologia, sustentando que a admissibilidade de uma prova pressupõe, para além da relevância, o reconhecimento de sua aptidão em ser empregada no que denomina “trama lógico-argumentativa”, sublinhando exemplos referentes à magia, aos oráculos, à rãdomancia, ao espiritismo e à grafologia⁴⁷⁵.

Essas formas de manifestação intelectual humana não são dotadas de ampla aceitação científica que lhes reserve idoneidade suficiente para lastrear julgamento judiciário.

A idoneidade compreende, assim, um aspecto dúplice referente não apenas à idoneidade abstrata da evidência em relação aos fatos que compõe o julgamento, mas também à própria verossimilhança do fato que se pretende provar, compreendendo assim uma atendibilidade com base nas leis naturais ou nas regras de comportamento retratadas na experiência comum⁴⁷⁶.

Nesse sentido, a idoneidade abarca, para além do próprio meio de prova, situado em si e no mundo, a relação entre este e a trama lógico-argumentativa do processo, de modo que apresenta enfoque eminentemente epistêmico.

Portanto, a idoneidade remonta a uma relação de pertinência concreta entre o *thema probandum* e o meio de prova proposto, retratando que o conhecimento extraível deste serve fidedignamente à válida formação de conhecimento a respeito da matéria em julgamento, o que justifica a inadmissão, por exemplo, de aplicação de testes detectores de mentiras dada a falta de estudo científico que lhes confira lastro confiável.

É justamente nesse particular que reside a distinção entre a idoneidade e a relevância, enquanto critério base de admissão de provas, tendo em vista que esta se refere à própria informação extraída da prova, ao passo que aquela diz respeito à confiabilidade do respectivo meio de prova.

⁴⁷⁴ Tradução livre: “a par de um juízo de admissibilidade e de relevância, um juízo de fiabilidade (ou credibilidade) de fato do meio de prova, destinado a estabelecer se ele, em sendo admissível e relevante, pode ser admitido sem risco de resultado negativo e ainda de um prolongamento desnecessário do processo” (*Ibid.*, p. 71).

⁴⁷⁵ UBERTIS, Giulio. *I criteri di ammissibilità probatoria*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 202.

⁴⁷⁶ TARUFFO, *op.cit.*, p. 81.

Ma, per essere rilevanti, tali fonti e/o mezzi, devono altresì caratterizzarsi, rispetto alla verifica di un tema di prova ritenuto verosimile e pertinente, per la loro idoneità, sussistente anzitutto in una prospettiva contenutistica (...): essendo cioè atte a veicolare elementi di prova da cui inferire proposizioni in grado di confermare o smentire l'affermazione probatoria cui intendano rapportarsi. Si esige quindi un apprezzamento in concreto sulla congruenza tra quanto conseguibile in sede probatoria e l'enunciato che si intenda verificare, così da impedire uno sterile dispendio di tempo quando già si sappia che l'esperimento gnoseologico avrebbe un esito non fruibile per o contra nessuna delle parti.⁴⁷⁷

Assim, o juízo de admissibilidade compreende, para além da relevância da prova, exame logicamente antecedente acerca da idoneidade do elemento de prova proposto ante o fato que se pretende demonstrar⁴⁷⁸.

Conquanto fundado nessas mesmas premissas, Taruffo, referindo-se à idoneidade mediante emprego da expressão verossimilhança, conclui que ela não é requisito de admissão da evidência, mas sim um critério adicional de definição do *thema probandum*⁴⁷⁹.

Uma vez mais se incorre na ousadia de divergir do renomado professor das Faculdades de Girona e de Pavia, cidade italiana da Lombardia.

Não há dúvida de que o elemento da idoneidade pode repercutir na verificação de uma efetiva desvinculação da evidência em relação ao *thema probandum*, acabando por indicar efetivamente um fato irrelevante.

Tal circunstância, entretanto, não permite afirmar sua influência na definição do *thema probandum*, notadamente porque é viável reconhecer, ainda que hipoteticamente, a relevância de elemento de convicção que se apresenta inidôneo.

Retornando ao exemplo mencionado, em que se pretende justificar alegação de negativa de autoria ao argumento de que o suspeito estaria em viagem espacial, é viável afirmar que, em tese, o enunciado atinente à inviabilidade física da prática do fato goza de relevância em relação à imputação, apesar de evidentemente não assumir a condição de prova idônea.

O mesmo pode ser identificado em relação a inúmeras outras hipóteses em que se pretende, por elemento inidôneo, demonstrar enunciado fático efetivamente relacionado – e assim relevante – à imputação.

A incidência do critério da idoneidade na admissibilidade das provas é especialmente importante nos exames técnicos, sobretudo frente a um questionamento referente à

⁴⁷⁷ UBERTIS, Giulio. *I criteri di ammissibilità probatoria*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 200.

⁴⁷⁸ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 83.

⁴⁷⁹ *Ibid*, p. 83.

cientificidade das evidências que se pode intentar introduzir na relação processual⁴⁸⁰, em efetivo controle da “*calidad de las afirmaciones periciales*”, “*sabiendo que las credenciales del experto no son suficientes para ello*”⁴⁸¹.

Carmen Vazquez – especificamente em relação ao requisito da idoneidade da evidência quanto às provas periciais, às quais se refere sob as rubricas da cientificidade e fiabilidade probatórias – promove profundo exame da jurisprudência estadunidense, ressaltando que o magistrado deve avaliar, para fins de admissão probatória, se a teoria ou técnica (a) comporta comprovação, inerente às ciências; (b) está de alguma forma sujeita à revisão científica; (c) apresenta índice de erro reconhecível, além de standards de qualidade sobre seus resultados; e (d) goza de ampla aceitação de comunidade científica relevante⁴⁸².

Também Brian Leiter tem relevante produção científica a respeito do tema⁴⁸³, o que reafirma, inegavelmente, a especial importância do critério da admissibilidade da idoneidade em relação às provas periciais.

Demonstrando, ademais, com qualificado rigor científico a distinção entre as variáveis da relevância e da idoneidade probatórias no juízo de admissibilidade das evidências, a legislação chilena, ao tratar das provas periciais, prescreve que “*los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito*” (art. 314 do *Código Procesal Penal*)⁴⁸⁴.

É certo que o tratamento da questão na realidade da *common law* é representativamente mais desenvolvido, tendo vista, na esteira das considerações já consignadas acerca das particularidades da admissibilidade probatória em cada sistema jurídico, o notório cuidado em proteger o juiz leigo da influência de evidências inadequadas, assegurando que o julgamento esteja lastreado em hipóteses sólidas⁴⁸⁵.

Finalmente, é de se reconhecer que a crescente regulamentação nos ordenamentos contemporâneos acerca da cadeia de custódia, enquanto procedimento de salvaguarda do valor

⁴⁸⁰ VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. *La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert*. **Jueces para la democracia**. Madrid, n. 86, 2016, p. 105.

⁴⁸¹ Tradução livre: “qualidade das informações periciais” e “sabendo que as credenciais do perito não são suficientes para ele” (VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. *La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales*. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, 38 (2015), p. 127).

⁴⁸² VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. *La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert*. **Jueces para la democracia**. Madrid, n. 86, 2016, p. 98.

⁴⁸³ LEITER, Brian. *The epistemology of admissibility: why even good Philosophy of science would not make for good Philosophy of evidence*. **Brigham Young University Law Review**. 803 (1997), p. 803.

⁴⁸⁴ “Artículo 314. - Procedencia del informe de peritos. El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral que éstos fueren citados a declarar a dicho juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito. Procederá el informe de peritos en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio. Los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito” (Disponível em <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>. Consultado em 5 de fevereiro de 2022).

⁴⁸⁵ IMWINKELRIED, Edward J. *The worst evidence principle: the best hypothesis as to the logical structure of evidence law*. **University of Miami Law School**. 1069 (1992), p. 1074.

epistêmico das evidências, retrata inegavelmente a incidência do critério da idoneidade do elemento de prova no juízo de admissibilidade das provas.

Tal assertiva remonta à verificação de que – ao regulamentar a identificação, a preparação, o recolhimento, o armazenamento, a manipulação e o exame de evidências – o legislador objetivou assegurar a integridade e, assim, a idoneidade do material probatório, requisito à sua admissão enquanto elemento de conformação da convicção judicial.

Com efeito, ao estabelecer o procedimento de coleta e guarda dos elementos de convicção, prescrevendo sanção de sua invalidade em caso de inobservância, afigura-se notória a constatação de que o legislador define, ainda que não o faça de modo expresso, a existência do critério da idoneidade, na medida em que afirma que, inobservadas as regras da cadeia de custódia, o elemento de convicção, apesar de relevante, não é admissível justamente pela inidoneidade da evidência.

Relevante anotar, ademais, que a noção de idoneidade, ora indicada como critério secundário, adicional, de admissibilidade das evidências, não se confunde com as limitações epistêmicas ao direito a prova, as quais, diversamente daquela, decorrem de uma opção legislativa que define casuisticamente um standard específico para certas questões processuais.

A questão dos standards de prova vai receber abordagem um pouco mais detalhada no presente estudo, ainda que em outro tópico, todavia, para fins de compreensão da assertiva, suficiente a menção a que os standards correspondem ao mínimo padrão exigido para acreditação de determinada hipótese versada no debate processual.

Assim, quando o legislador estabelece uma dada limitação epistêmica, definindo que certa questão comporta padrão específico de prova, como ocorre na vinculação da comprovação do estado civil das pessoas à apresentação do correspondente assentamento no registro público respectivo, mas apenas a definição de uma opção política do ordenamento, e não uma inidoneidade abstrata do meio de prova.

Desse modo, o requisito secundário da idoneidade não se confunde com as limitações epistêmicas do direito à prova.

3.5.2. A economicidade da atividade probatória

Há, ainda, um outro critério de nítida incidência na fase de admissibilidade das provas, o qual, conforme a opção política do legislador, é exercido na própria legislação ou, em outras hipóteses, é também reservado ao próprio julgador.

Refere-se aqui à economicidade da atividade probatória.

A menção à economicidade tem por premissa a constatação de que não se admite um prolongamento indefinido e inútil do processo⁴⁸⁶, revelando visão utilitarista de conciliação do risco de erro judiciário com a aferição dos custos associados à atividade processual⁴⁸⁷.

Portanto, no enfoque da economicidade, conciliam-se as constatações de que, de um lado, o aumento do número de resultados probatórios tende a aumentar o grau de corroboração das hipóteses em debate, mas, de outro lado, causam um risco de transbordamento, dificultando seu tratamento e a tomada de decisão, sem correspondente majoração do potencial epistêmico das evidências e, assim, de maior eficiência na definição da verdade.

O dito critério é retratado, por exemplo, na expressa opção legislativa de definir previamente o número de testemunhas admissível em cada modelo procedimental⁴⁸⁸, bem como ao estabelecer o descabimento de determinados elementos de provas em certos modelos procedimentais⁴⁸⁹.

Não há como deixar de constatar a expressa opção legislativa de, nessas e em outras tantas hipóteses, identificar antecipadamente o baixo potencial epistêmico de determinadas atividades probatórias, ou sua incompatibilidade com ritos abreviados, o que justifica a inadmissão de provas com fundamento econômico.

Nada mais natural, a propósito.

Imagine-se na hipótese de crime praticado na presença de multiplicidade de testemunhas, tal como em arenas esportivas ou em estabelecimentos de diversão coletiva. É evidente que, à medida que se amplia o número de testemunhas presentes, haverá uma gradativa redução da novidade das informações prestadas, com consequente diminuição da potência epistêmica dos elementos de convicção posteriores.

Assim, opta expressamente o legislador por definir critério adicional de admissibilidade probatória.

⁴⁸⁶ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 35.

⁴⁸⁷ NANCE, Dale A. *Naturalized Epistemology and the Critique of Evidence Theory*. **Faculty Publications**. 227, 2001, p. 1563.

⁴⁸⁸ Exemplo pode ser identificado no art. 401 do Código de Processo Penal.

⁴⁸⁹ Tal como se verifica no art. 77, §§ 2º e 3º, da Lei n.º 9.099, de 1995.

Para além deste quadro, há circunstâncias em que, expressamente, o legislador reserva ao julgador a atribuição de, com enfoque exclusivo na economicidade, exercer juízo de admissibilidade das provas.

O *Código Procesal Penal del Chile*, por exemplo, estabelece expressamente a exclusão de provas documentais e testemunhais⁴⁹⁰, assim como periciais⁴⁹¹, do juízo oral quando apresentarem efeitos puramente dilatórios ou se revelarem excessivas (artigos 276 e 316).

O *Código Nacional de Procedimientos Penales del México* também estabelece a inadmissão de evidências pelo julgador com base em critério de economicidade, classificando-as como superabundantes⁴⁹² (artigo 346). Tal prescrição se verifica, ainda, no Código de Processo Civil francês⁴⁹³ (artigo 147).

A incidência do princípio da economicidade como critério de admissão probatória se funda, como se verifica, na identificação do baixo potencial epistêmico da repetição de provas que pouco acrescem ao material probatório disponibilizado ao juiz, apesar de prolongarem inutilmente a tramitação processual.

É, então, de se reconhecer que este é outro critério secundário de admissão das provas, o qual não mantém qualquer relação com o princípio da relevância.

⁴⁹⁰ “Artículo 276. Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios. Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal” (Disponível em <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>. Consultado em 23 de fevereiro de 2021).

⁴⁹¹ “Artículo 316. Admisibilidad del informe y remuneración de los peritos. El juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo. Con todo, el juez de garantía podrá limitar el número de informes o de peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio” (Disponível em <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>. Consultado em 5 de fevereiro de 2022).

⁴⁹² “Artículo 346. Exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el Juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos: I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser: a) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones; b) Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o c) Innecearias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos; II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales; III. Por haber sido declaradas nulas, o IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo. En el caso de que el Juez estime que el medio de prueba sea sobreabundante, dispondrá que la parte que la ofrezca reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias con la materia que se someterá a juicio” (Disponível em http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_190221.pdf. Consultado em 25 de abril de 2021).

⁴⁹³ Art. 147. Le juge doit limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux (Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006165183/?anchor=LEGIARTI000006410266#LEGIARTI000006410266. Consultado em 10 de fevereiro de 2022).

3.6. Admissibilidade probatória e neutralidade metodológica do juiz

Admitidas as provas e deflagrada a etapa de sua valoração, consoante já detalhado, a epistemologia assume o papel de preencher o vazio decorrente da livre convicção, estabelecendo a necessidade de que possa ser suficientemente identificado o caminho percorrido pelo julgador ao definir, quanto aos enunciados fáticos das partes no processo, a hipótese que considera verdadeira para fazer incidir a norma penal.

Na finalidade de cumprir o referido encargo, o contraditório, compreendendo não apenas as facetas da ação e da defesa, mas a prerrogativa de apresentar evidências de corroboração da veracidade de seus enunciados fáticos, acaba por assegurar a legitimidade da tutela prestada.

É esse, então, o motivo pelo qual o juízo de admissibilidade probatória pelo magistrado se presta, juntamente com o julgamento epistemicamente válido dos enunciados das partes, a assegurar e a externar a neutralidade do julgador.

Não há, ademais, como deixar de identificar que a observância aos rigores metodológicos é circunstância fundamental à validade científica da formação do conhecimento amplamente aplicável no âmbito processual.

Destacam-se, sobre o tema, as construções de Foucault⁴⁹⁴ e de Popper⁴⁹⁵, essenciais na demonstração da relação entre a verdade e a cientificidade do procedimento de investigação, retratando uma construção humana cuja validade está diretamente relacionada ao emprego de método que atenda às exigências epistêmicas inerentes à racionalidade.

Nesse cenário, conquanto o juízo de admissibilidade se funde em apreciação prévia e hipotética acerca da relevância e da idoneidade do enunciado fático frente ao elemento de prova proposto pelas partes, seu exercício não repercute em violação à exigência da imparcialidade judiciária, retratando, na verdade, justamente instrumento de neutralidade metodológica fundamental à prestação legítima da jurisdição.

Assim, é fundamental que o exercício do controle de admissibilidade das evidências no processo seja exercido com critérios próprios da cientificidade metodológica, na medida em que, conquanto fundado em avaliação prospectiva, tal providência não interfira na imparcialidade do julgador⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2013.

⁴⁹⁵ POPPER, Karl L. **Conhecimento objetivo**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

⁴⁹⁶ FERRUA, Paolo. *Ammissibilità della prova e divieti probatori*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 204.

É nesse contexto que Gomez Martinez adverte que a imparcialidade tem razão, além de uma exigência moral, pela verificação de que o julgador seja “*un conocedor racional que, en el momento de decidir, pueda afirmar con fundamento que ciertos hechos ocurrieron o no en la realidad*”⁴⁹⁷.

Deve se reconhecer então que, para além dos elementos objetivos de impedimento do julgador – como vínculo familiar com qualquer das partes, por exemplo –, a própria racionalidade do julgamento, baseada na epistemologia, é circunstância que se presta a assegurar a imparcialidade do juiz, na medida em que a metodologia científica da apreciação das provas afasta o risco do julgamento tergiversado.

3.7. Uma nova perspectiva de abordagem do tema

A abordagem proposta acerca da admissibilidade de provas no presente estudo é substancialmente distinta daquela definida pela dogmática cotidiana, que reconhece a incidência de exclusões probatórias em enfoques políticos, epistemológicos e lógicos.

Segundo se sustenta, a limitação à atividade probatória assumirá, na verdade, aspectos puramente políticos e epistemológicos, sendo que as denominadas restrições lógicas à atividade probatória são, efetivamente, mera consequência do princípio fundamental do juízo de admissibilidade probatória.

Nesse pormenor, o presente estudo difere da grande maioria da produção dogmática acerca da matéria.

Em outros termos, enquanto as regras de exclusão servem de parâmetro de inadmissão de evidências, as denominadas limitações lógicas consistem, na verdade, em critério de admissão das provas decorrentes da própria formatação do debate racional das questões versadas no processo, de forma que inadequado seu tratamento em viés de limitação da prerrogativa probatória.

Tanto assim que toda prova logicamente relevante deve ser admitida, salvo no caso de dever ser excluída em atendimento à salvaguarda de outros valores jurídicos protegidos pelo ordenamento⁴⁹⁸ à margem da verdade, enquanto elemento de legitimação da jurisdição.

⁴⁹⁷ GOMEZ MARTINEZ, Carlos. **La imparcialidad judicial**. Consejo General del Poder Judicial. Madrid: Escuela Judicial, 2008, p. 59.

⁴⁹⁸ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2008, p. 33.

Eduardo Cambi avança ainda mais na referida distinção, anotando que as limitações probatórias tem cenário diverso daquele de aferição da relevância do elemento de convicção, sopesando que “*para ser a prova admitida, deve respeitar as formas e o procedimento previsto em lei, bem como não estar em contraste com nenhum outro valor ou bem*”, ao passo que “*o juízo de relevância implica um juízo preliminar de utilidade da prova, isto é, somente as provas que possam contribuir à demonstração do fato jurídico é que podem ser consideradas relevantes*”⁴⁹⁹.

Assim, superadas as hipóteses de inadmissibilidade probatória por expressa prescrição legal, especificamente nos denominados limites políticos e epistêmicos, não sendo o caso de o magistrado aferir a presença de circunstância ensejadora de inadmissibilidade da evidência, haverá de deliberar sobre a admissão da prova.

Neste juízo acerca da inclusão do material probatório, efetivado pelo magistrado em segundo momento do exame, haverá de observar a incidência do princípio da relevância, decidindo acerca da presuntiva utilidade, em tese, dos dados extraíveis elementos de convicção para fins de decisão sobre a *res deducta* em juízo.

Logo, superada a checagem acerca da legalidade dos elementos de prova propostos, considerando a possibilidade de sua introdução em relações jurídicas, que constitui a primeira etapa da deliberação judicial, ingressará o magistrado em fase subsequente, quando inferirá, orientado pelo princípio da relevância, sobre a importância de dado elemento de convicção para a solução do caso processual especificamente considerado.

Finalmente, identificada a relevância dos elementos de convicção propostos, promovendo sua garimpagem dentre todas as evidências indicadas pelas partes, haverá ainda juízo complementar, desta feita baseado nas elementares da economicidade da atividade probatória e da idoneidade do meio de prova.

Destarte, a inadmissão de elementos de prova fundada em juízo lógico construído a partir do princípio da relevância retrata, de fato, reflexo da aplicação da mencionada diretriz, e não uma modalidade diferenciada de limitação probatória.

Nessa toada, o direito à introdução de material probatório efetivamente possui restrições, as quais, todavia, incidem por razões e em métodos diferenciados, o que desautoriza seu tratamento dogmático uniforme, na medida em que as limitações denominadas políticas e epistemológicas, são genéricas e incidentes em juízo preliminar, o que não se confunde com

⁴⁹⁹ *Ibid*, p. 262.

deliberação acerca da irrelevância de elementos de convicção para o julgamento de um caso concretamente considerado, em segunda etapa da apreciação.

Logo, se é verdade que vige a regra da ampla admissibilidade probatória, observadas as evidentes vedações legais que incidem na salvaguarda de valores jurídicos importantes ao sistema normativo, também deve se reconhecer que, de fato, cabe ao princípio da relevância promover a delimitação daquele direito subjetivo no caso concreto, prescrevendo o afastamento daquelas evidências que sejam irrelevantes à apreciação da controvérsia.

A relevância é, em outros termos, o standard de admissão probatória, estabelecendo o padrão mínimo de aceitação da inclusão de evidências no processo, repercutindo no afastamento daquelas provas que, apesar de propostas pelas partes, não atendem ao mencionado padrão mínimo de exigência.

Imprescindível, destarte, identificar com rigor científico as bases do juízo de relevância exercido pelo magistrado na admissão das provas, de modo a compatibilizar a etapa de admissão de provas com o direito subjetivo à produção de evidências, superando a inadequada referência à prudente discricionariedade do julgador.

4. Uma abordagem à teoria do conhecimento no contexto processual

Face o exposto até este momento, é de se reconhecer que a atividade jurisdicional está fundamentalmente baseada na formação de conhecimento empírico, de natureza fática, quanto aos fatos que integram o litígio, tendo o propósito de viabilizar a reconstrução histórica das circunstâncias que integram a relação jurídica, de maneira a permitir juízo legítimo de aplicação da lei ao caso concreto.

É justamente nesse enfoque que assume inegável importância a epistemologia, especificamente ao detalhar de modo racional as regras necessárias à validade do procedimento judicial de reconstrução dos fatos, preenchendo o vazio decorrente do livre convencimento.

Mas a epistemologia é, como se sabe, viés do saber filosófico referente ao método de construção racional do conhecimento, o que sinaliza a importância de que suas diretrizes sirvam como elementos de concatenação do raciocínio do julgador, desde as etapas iniciais do julgamento, desde a admissão de provas até a sua valoração, enquanto instrumento de eleição da hipótese verdadeira no debate processual.

Assim, é possível identificar e, sobretudo, detalhar a correlação entre a filosofia e o processo, especificamente no pormenor da reconstrução fática inerente ao julgamento judiciário.

O papel da epistemologia na motivação dos atos judiciais é exatamente o de preencher o vazio do livre convencimento motivado, como dito, instituindo a exigência de que a deliberação acerca da verdade das hipóteses trazidas pelas partes seja constituída em uma narrativa coerente, fundada na demonstração de eventos observáveis a partir dos enunciados das partes⁵⁰⁰, de modo a assegurar legitimidade ao julgamento.

Se constitui, portanto, uma epistemologia judiciária.

Não há como deixar de constatar, portanto, que essa visão da epistemologia judiciária tem raízes no empirismo lógico da primeira metade do século XIX, segundo o qual as ciências sociais comportam explicação científica da mesma estrutura racional e dos mesmos modelos de justificação das ciências naturais⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ GARBOLINO, Paolo. *Probabilità e logica della prova*. Milano: Giuffrè, 2014, p. 2.

⁵⁰¹ *Ibid*, p. 4.

Essa versão do empirismo está calcada no denominado princípio *Locardi-Bloch*, segundo o qual são extraíveis indícios de todas as ações humanas, o que viabiliza o emprego, também nas ciências sociais, os quais servem de base ao evidencialismo, permitindo o emprego das mesmas estruturas de cientificidade aplicadas às ciências naturais⁵⁰².

Apesar de haver visão que se contrapõe à referida concepção⁵⁰³, não há como deixar de identificar a forte influência do empirismo na construção de uma concepção judiciária da epistemologia, tendo em vista que a valoração das provas é em essência uma “*pratica logica le cui conclusioni devono poter essere razionalmente giustificate*”⁵⁰⁴.

Portanto, apesar de o raciocínio inerente ao julgamento judiciário ser ontologicamente diverso daquele aplicável às ciências naturais, não há como deixar de reconhecer que, com evidentes adaptações, se vale dos mesmíssimos instrumentos lógicos⁵⁰⁵, baseado justamente na coleta, identificação e valoração das evidências, que permitem inferências ou conclusões.

São justamente esses instrumentos lógicos que dotam o raciocínio probatório em juízo de uma feição própria do senso comum, como argumentamente sublinhou Garbolino:

Comprendere la costruzione della prova all’interno delle decisioni giudiziarie necessariamente comporta un giudizio sul ruolo svolto dalla conoscenza di senso comune e dal ragionamento di senso comune nell’accertamento dei fatti (...). Ciò che chiamiamo senso comune è quella conoscenza di sfondo, la maggior parte implicita, che riguarda l’ambiente in cui viviamo, che ci guida in ogni momento della nostra vita e della quale è impossibile dare una definizione soddisfacente.⁵⁰⁶

É especificamente este o objeto do presente tópico, tendo por objetivo a identificação da adequada relação entre os instrumentos da lógica e o processo, notadamente no viés da admissibilidade das evidências.

⁵⁰² *Ibid*, p. 8.

⁵⁰³ “A questa tradizione si è contrapposta nel corso del novecento la tradizione ermeneutica, secondo la quale le spiegazioni degli eventi storici sarebbero necessariamente strutturate in maniera diversa dalle spiegazioni degli eventi fisici perché il comportamento umano consiste di azioni fatte per qualche ragione piuttosto che di eventi prodotti da qualche causa” (*Ibid*, p. 5).

⁵⁰⁴ Tradução livre: “prática lógica cujas conclusões devem ser racionalmente justificados” (*Ibid*, p. 19).

⁵⁰⁵ GARBOLINO, Paolo. **Probabilità e logica della prova**. Milano: Giuffrè, 2014, p. 50.

⁵⁰⁶ Tradução livre: “compreender a construção das provas nas decisões judiciais envolve necessariamente um juízo sobre o papel desempenhado pelo conhecimento do senso comum no accertamento dos fatos (...). O que chamamos de senso comum é aquele conhecimento de fundo, em sua maioria implícito, do ambiente em que vivemos, que orienta todos os momentos da vida e em relação ao qual é impossível dar uma definição sofisticada” (*Ibid*, p. 51).

4.1. Noções de lógica científica aplicáveis ao processo

A despeito da longínqua formação das teorias filosóficas, o reconhecimento efetivo da sua utilidade na constituição científica do conhecimento em outras áreas do saber enfrentou inúmeros desafios na história do mundo.

Hempel detalha exemplo intrigante acerca do referido desafio, relatando vários casos de mal denominado febre puerperal, no Hospital Geral de Viena, entre 1844 e 1848, estudados médico Ignaz Semmelweis.

O evento, que atingia fundamentalmente grávidas, assumiu enorme importância científica não apenas pelo elevado número de vítimas mas, sobretudo, porque constatou-se enorme diferença entre os índices de contaminados e mortos entre cada uma das maternidades mantidas pelo mesmo hospital (2,7% *versus* 11,4%).

Àquela época, cogitaram-se vários motivos para os eventos, inclusive o que se denominou “*mudanças cósmico-telúrico-atmosféricas*”, passando ainda pela posição corporal das pacientes no leito e pelos reflexos psicológicos do fato de um pároco transitar regularmente pelo serviço médico, anunciando com uma campainha a administração de extrema unção.

Fato é que não se conhecia a causa e o tratamento da moléstia, bem como e principalmente os motivos da variação de vítimas entre cada uma das maternidades.

A solução da controvérsia, todavia, surgiu a partir de acidente em que um médico se cortou com bisturi empregado em autópsia, evoluindo com os mesmos sintomas da chamada febre puerperal até o óbito.

Como eram desconhecidos os efeitos das infecções bacterianas àquela época, foi identificado o contato da matéria cadavérica com a corrente sanguínea como a causa da morte do médico e da contaminação das grávidas, que eram examinadas, após superficial lavagem de mãos, em seguida à realização de dissecação de cadáveres.

Tal circunstância não se verificava em alguns dos serviços médicos, em que o atendimento às pacientes era prestado por parteiras, o que justificava as espantosas variações entre os percentuais de vítimas.

Para além da ironia de se valer de tal exemplo em tempos de pandemia, a mencionada referência é eloquente na demonstração da pertinência do emprego dos métodos de construção do conhecimento na solução de problemas concretos em cada segmento do saber humano.

Assim, na construção de métodos válidos e eficientes à adequada formação do conhecimento, a filosofia assume papel fundamental, justamente por ter seu objeto central na

sistemática da construção racional do saber, cabendo, então, à epistemologia, a função de instrumento para a identificação da verdade, em qualquer segmento do saber humano.

No âmbito processual, tal como se constata nas demais áreas do saber, é imprescindível se valer de parâmetros filosóficos, especificamente epistêmicos, para a racional concatenação lógica⁵⁰⁷ entre argumentos suficientes à reconstrução dos fatos em julgamento⁵⁰⁸, viabilizando a incidência da norma penal no caso concreto a partir da premissa da validade do discurso racional empregado⁵⁰⁹.

É de se constatar, ainda, que a dita incidência da lógica no processo de julgamento judiciário, especificamente no viés de definição da verdade em relação ao conteúdo fático de aplicação da norma penal, não se confunde com a aplicação da lógica deôntica, atinente à prescrição da sanção em relação à norma incriminadora, sem nenhuma utilidade em relação à aferição da validade do raciocínio probatório.

As primeiras referências filosóficas atinentes ao encadeamento racional necessário à formação do conhecimento são atribuíveis à lógica aristotélica, que se estrutura a partir dos princípios da identidade, da não contradição e do terceiro excluído, os quais compõem a denominada estática do real, baseada na norma ontológica segundo a qual o ser é uma característica permanente⁵¹⁰.

Destarte, a lógica aristotélica se funda justamente nessa constatação ontológica, construindo argumentos – e seus respectivos princípios informadores⁵¹¹ – a partir da percepção da realidade pelos sentidos, mediante adoção de conectivos proposicionais (negação, conjunção etc.) e de noções de lógica fundamental (implicação, incompatibilidade ou contradição).

Assim, no viés proposto, referente à identificação da verdade fática, a lógica incide no processo objetivando assegurar a racionalidade da concatenação dos enunciados adotados pelo

⁵⁰⁷ Arthur Doyle reconstrói a formação das conexões lógicas entre argumentos na formação de conhecimento investigativo, aplicado por Sherlock Holmes, seu personagem mais famoso: “*Eu sabia que você vinha do Afeganistão. Devido a um hábito antigo, o encadeamento de pensamentos passou pela minha mente com tamanha rapidez que cheguei à conclusão sem ter consciência das etapas intermediárias. Mas essas etapas existiram. O meu raciocínio foi o seguinte: Aqui temos um cavalheiro com aparência de médico, mas também com modos de militar. Portanto, sem sombra de dúvida, um médico do Exército. Acabou de chegar dos trópicos, pois tem o rosto queimado e essa não é a cor natural de sua pele, já que os pulsos são claros. Passou por privações e doenças, como demonstra nitidamente seu rosto macilento. Foi ferido no braço esquerdo, já que o mantém numa posição rígida e pouco natural. Em que lugar dos trópicos um médico inglês do Exército enfrentaria tantas agruras e seria ferido no braço? No Afeganistão, evidentemente*” (DOYLE, Arthur Conan. **Sherlock Holmes**. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2017, p. 29).

⁵⁰⁸ “É muito comum encontrar livros de lógica classificando-a como o estudo das formas de inferência válida, ou como o estudo das formas de raciocínio, ainda como o estudo da argumentação válida e também como a linguagem da razão” (ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A lógica da fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 31).

⁵⁰⁹ ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A lógica da fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 80.

⁵¹⁰ *Ibid*, p. 48.

⁵¹¹ “De uma forma ou de outra, voltando aos princípios vetores da lógica aristotélica, o primeiro, do qual decorreriam os dois outros fundamentais, seria o da identidade: o ser se identifica pelos seus atributos essenciais, pelos quais se distingue de todos os outros. Por outro lado, sendo fixo e permanente, é sempre idêntico a si mesmo. Assim, o universo se divide em duas partes, basicamente, entre as coisas que são e as coisas que não são e exatamente dessa simples constatação decorrem os dois outros princípios, pois as coisas todas do universo são mutuamente exclusivas (princípio da não contradição) e mutuamente exaustivas (princípio do terceiro excluído)” (*Ibid*, p. 48).

jugador, externando um padrão de mínima cientificidade em relação à formação do conhecimento dos fatos, o qual serve de substrato à incidência da norma penal.

O juízo de logicidade é, assim, um juízo sobre as proposições do julgador na decisão.

A referida racionalidade examinada sob enfoque das teorias de Platão vincula o conhecimento humano à existência pré-terrena da alma que, ao encarnar na vida humana, “*traz como ideias inatas os objetos imateriais daquele mundo*”⁵¹².

Assim, a racionalidade humana seria um atributo inato da alma, o qual asseguraria a logicidade do pensamento do julgador.

Já a noção moderna de racionalidade pode ser vinculada à construção da metódica por Descartes, que tem premissa no silogismo aristotélico e articula que a razão alcança “*o conhecimento matemático – isto é, por dedução a partir de princípios instituídos de maneira independente da experiência*”, arrematando que “*as ideias claras e distintas, descobertas em nossa mente através da dúvida metódica, são verdadeiras*”⁵¹³.

Essa concepção de verdade da lógica, fundada em premissas e conclusões a partir do silogismo categórico de Aristóteles⁵¹⁴, passa a suportar gradativas alterações pelo pensamento de Frege, Russel, Whitehead e, sobretudo, Kant⁵¹⁵, a quem coube a vinculação do conhecimento, da razão, a *condiciones necesarias y objetivas*⁵¹⁶ inerentes à cientificidade.

Somente a observância às ditas condições estruturantes viabilizaria, de modo efetivo, a formação de conhecimento objetivo, dotado de necessidade e de universalidade, características da cientificidade, de modo que os acréscimos de Kant suplantam o mero atendimento ao silogismo aristotélico⁵¹⁷ para formação do conhecimento.

Em outros termos, para Kant a lógica clássica é condição necessária, mas não suficiente, à conformação do conhecimento, sobretudo porque “*la lógica general hace abstracción del contenido concreto del pensamiento, prestando atención exclusivamente a la corrección formal de sus operaciones*”, deixando de perceber a profunda relação entre o conhecimento e seu objeto “*para contentarse con la corrección y coherencia puramente formal del pensamiento consigo mismo*”⁵¹⁸.

⁵¹² SILVEIRA, Fernando Lang da. *A teoria do conhecimento de Kant: o idealismo transcendental*. **Caderno Cat. Ensino Filosófico**. v. 19, março 2002, p. 30.

⁵¹³ *Ibid*, pp. 30/31.

⁵¹⁴ “*Toda a lógica de Aristóteles gira em torno de uma noção: a dedução (syllogismos) (...). Silogismos são estruturas de frases, cada uma das quais podendo ser significativamente chamada verdadeira ou falsa: asserções (apaphanseis), na terminologia de Aristóteles. De acordo com Aristóteles, cada uma dessas frases tem de ter a mesma estrutura: tem de conter um sujeito (hupokeimenon) e um predicado, e tem de ou afirmar ou negar o predicado do sujeito. Assim, toda asserção é ou uma afirmação (kataphasis) ou uma negação (apophasis) de um único predicado com relação a um único sujeito*” (SMITH, Robin. *Lógica de Aristóteles*. **Investigação Filosófica**. v. 3, n. 2, 2012, p. 3).

⁵¹⁵ ARAÚJO, op.cit, p. 63.

⁵¹⁶ ARENCIBIA PIEDRA, Rogney. *Kant y la lógica dialéctica*. **Hybris**. v. 8, mayo 2017, p. 40.

⁵¹⁷ *Ibid*, p. 41.

⁵¹⁸ *Ibid*, pp. 42/43.

Conforma-se, então, para além da lógica clássica, aristotélica, uma lógica transcendental, kantiana, as quais se distinguem entre si porque, “*si la lógica tradicional vela por la corrección formal del pensamiento científico, la transcendental atendería al contenido necesario y universal del mismo*”.

Logo, nas palavras de Piedra Arencibia, “*la lógica transcendental se descubre así como una ciencia filosófica: una lógica de la verdad, epistemológica*”, enquanto a lógica formal se delimita, apesar de sua importância, como disciplina puramente técnica⁵¹⁹.

É justamente neste enfoque que a lógica kantiana, de caráter transcendental, assume inegável importância processual, especificamente no âmbito dos julgamentos judiciais, enquanto instrumental epistêmico imprescindível à identificação da verdade do substrato fático do litígio⁵²⁰.

Portanto, este é o atual estado da arte quanto à importância da lógica na atividade processual.

Conquanto seja intuitiva a constatação de que a incidência da lógica kantiana é mais evidente nos atos de julgamento propriamente ditos, como nas decisões interlocutórias e sentenças, é certo que a própria estruturação da atividade processual, com concatenação de proposições para delimitar pontos controvertidos e estabelecer provas relevantes quanto a estes, reflete com clareza o percurso do raciocínio lógico do julgamento.

Destarte, os parâmetros e critérios da lógica transcendental conduzem toda atividade processual, e não apenas os atos de conteúdo decisório, na medida em que definem a forma como o objeto do litígio é depurado, instruído, decidido e justificado.

As intelecções inerentes à racionalidade dos enunciados no julgamento judicial se revelam fundamentalmente mediante operações mentais que refletem os métodos dedutivo, indutivo e abduutivo, os quais viabilizam a formação de modelos gerais e específicos de soluções de questões, bem como sua respectiva conexão recíproca, permitindo o estabelecimento de premissas e conclusões em que se baseia o julgamento.

Logo, a concepção puramente silogística inerente à lógica deontica não se presta suficientemente à demonstração do raciocínio judicial, conquanto sirva à demonstração da incidência normativa⁵²¹, o que é reservado à lógica transcendental através da epistemologia⁵²².

Em essência, e isso basta como referencial teórico ao presente estudo, o raciocínio judicial sobre os fatos, ou apenas o raciocínio lógico probatório, está calcado na formação de

⁵¹⁹ PIEDRA ARENCIBIA, Roney. *Kant y la lógica dialéctica*. **Hybris**. v. 8, mayo 2017, pp. 43/44.

⁵²⁰ *Ibid*, p. 45.

⁵²¹ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La motivación de las resoluciones judiciales**. Barcelona: Marcial Pons, 2011, p. 83.

⁵²² *Ibid*, p. 83.

conexões entre conclusões probatórias sintetizadas em um modelo de inferência da melhor explicação, segundo o qual as hipóteses geradas a partir das provas e dos enunciados das partes são testadas entre si, viabilizando uma seleção, no cenário dos critérios contextuais, das soluções preferíveis dentre as hipóteses concorrentes⁵²³.

É verdade que Garbolino detalha que a epistemologia judiciária pode se valer de quatro modelos básicos⁵²⁴ – o nomológico-dedutivo, o estatístico-indutivo, o da relevância estatística e o da explicação narrativa – os quais servem justamente à conformação do instrumento da inferência da melhor explicação, bastando assim esse referencial ao estudo em exame.

As operações típicas do raciocínio probatório, que sintetizam o método da melhor explicação mediante formação de modelos gerais e específicos a partir de fatos concretos, são fundamentais ao juízo acerca da incidência de eventual norma penal incriminadora, que tem por premissa a prévia definição da verdade quanto dos fatos do litígio.

Fundamental, outrossim, diminuta retomada acerca dos modelos de operação mental de formação de conhecimento, retratados nas figuras da indução, da dedução e da abdução.

A dedução opera-se viabilizando a formação de conclusão específica, para determinado caso concreto, a partir de uma regra geral relacionada à respectiva situação.

Já a indução é operação mental de generalização de dados, conformando conclusões aplicáveis a certas categorias de casos, as quais se prestam à solução concreta de questão específica, integrante da categoria geral, caracterizando-se assim em nítida oposição às deduções⁵²⁵.

Assim, indução e dedução são operações mentais de formação do conhecimento que se fundam em duas faces da mesma moeda, viabilizando generalizações a partir de hipóteses concretas, ou de conclusão concreta por aplicação de regra geral⁵²⁶.

A validade gnoseológica do conhecimento fundado na indução é justamente a ilação hipotética do resultado geral, a partir da repetição da hipótese particular em certo número de eventos específicos⁵²⁷, tendo por condição que a premissa menor consista em enunciado fático, que seja verdadeiro e esteja devidamente demonstrado⁵²⁸.

Consoante se pode identificar, as modalidades clássicas de formação de conhecimento se caracterizam justamente pela conciliação de enunciados gerais ou particulares, ambos já

⁵²³ TUZET, Giovanni. **La prueba razonada**. Puno: Editorial CJI & Zela, 2020, p. 258.

⁵²⁴ GARBOLINO, Paolo. **Probabilità e logica della prova**. Milano: Giuffrè, 2014, p. 73.

⁵²⁵ TUZET, Giovanni. **Filosofia de la proba jurídica**. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 133.

⁵²⁶ SARAIVA, José Américo Bezerra. *Padrão tensivo dos argumentos indutivo, dedutivo e abdução*. **Estudos Semióticos**. v. 15, São Paulo, abril de 2019, p. 56.

⁵²⁷ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 207.

⁵²⁸ TUZET, Giovanni. **Filosofia de la proba jurídica**. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 130.

conhecidos, para a construção de outros enunciados, que tem o objetivo de conformar o conhecimento acerca de questão desconhecida.

Já a abdução, em outro aspecto, se caracteriza pela construção do conhecimento a partir de um raciocínio criativo, consistindo em modelo lógico que não está formalmente adstrito a enunciados prévios, concebendo a formação de conhecimento com base em novas ideias surgidas do espírito criativo humano.

Sobre a abdução, Ramirez Figueroa sublinha “*que algunas de las ideas centrales de las ciencias (...) como las de inercia, selección natural, fuerza, gravitación, mercado, fósil, y otras, no pueden ser producto de generalizaciones de observaciones, ni de algoritmos, sean deductivos o inductivos*”.⁵²⁹

Nesse cenário, se formula hipótese explicativa para determinada questão, a qual comporta checagens para identificação da sua conclusão, enquanto construção do conhecimento para a situação concreta⁵³⁰.

Destarte, a formação do conhecimento judicial, inerente à decisão acerca da incidência da lei ao caso concreto, pressupõe, em modelo epistêmico de formação válida da verdade, que o raciocínio do julgador acerca dos fatos subjacentes ao litígio observe os rigores dos modelos lógicos, estabelecendo conectivos entre o raciocínio probatório e as provas que permitam a conformação de conclusão sobre a verdade dos fatos.

Portanto, deduções, induções e mesmo a abdução⁵³¹ retratam, na verdade, espécies de uma operação mental de construção do conhecimento, a qual pode ser genericamente tratada com inferência⁵³², que representam justamente a construção do conhecimento.

É, assim, desse arsenal de instrumentos próprios da racionalidade lógica de que se vale o julgador para promover a resolução das questões mais singelas nos litígios processuais.

4.2.A aplicação da teoria do conhecimento no contexto processual

Como bem observou Gustavo Badaró⁵³³, a superação de um modelo de prova tarifada viabilizou que a prestação da jurisdição assumisse forma arbitrária, em certa medida, tendo em

⁵²⁹ RAMIREZ FIGUEROA, Alejandro. *Inferencia abductiva basada en modelos*. *Crítica*. V. 43, n. 129, diciembre 2011, p. 3.

⁵³⁰ TUZET, Giovanni. *Le prove dell'abduzione*. *Diritto e Questioni Pubbliche*, n. 4, p. 275.

⁵³¹ Pardo e Allen são literais quanto à possibilidade de inferências a partir de abduções (PARDO, Michael S. & ALLEN, Ronaldo J. *Judicial Proof and the Best Explanation*. *Alabama Law*. Tuscaloosa, 2007, p. 5).

⁵³² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 36.

⁵³³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 75.

vista que a falta de parâmetros para uma valoração objetiva das evidências conduzia sua apreciação judiciária a cenário de absoluta incerteza e, sobretudo, de ampla subjetividade do julgador, em prejuízo do seu controle intersubjetivo.

Nesse quadro, a despeito de sua importância na conformação da tutela jurisdicional justa, considerada a expressão em objeção à decisão arbitrária, a previsão de cabimento de recurso se afiguraria substancialmente prejudicada na medida em que inviável, ao menos em tese, identificar com mínima clareza as razões de decidir do julgador.

É que o corolário da inviabilidade de se identificar as razões de decidir do julgador consiste em estabelecer empecilho à possibilidade de impugnar pontualmente cada um dos motivos que conduziram a determinada conclusão judicial, prejudicando de forma substancial a efetiva viabilidade de um reexame do julgamento.

Não há dúvida de que as sentenças pressupõem a resolução do litígio mediante aplicação de normas gerais ao caso concreto⁵³⁴, todavia, para tanto, é imprescindível definir inúmeras questões antecedentes, que servem de premissa à conclusão final acerca da verdade dos fatos.

A exigência, portanto, de que o julgamento indique objetivamente a motivação de cada uma das conclusões do julgador, seja da própria decisão em si, seja cada uma de suas premissas, detalhando devidamente o percurso racional empregado no julgamento, preenche o vazio instituído pela livre convicção, revelando-se instrumento fundamental de legitimação da jurisdição.

Mas não é só.

A percepção da imprescindibilidade de que o julgamento externe, de modo claro, a concatenação de motivos do julgador, conformando o raciocínio empregado para formação de sua conclusão, ratifica a absoluta insuficiência da noção puramente silogística para externar a atividade mental empregada para a definição da verdade quanto aos enunciados das partes.

Para tanto, em inúmeras situações, o julgador se vê na necessidade de fixar premissas a respeito de fatos não integralmente esclarecidos que integram a base fática do julgamento, seja por descuido das partes incumbidas do referido ônus, seja por uma dificuldade material existente, o que exige adoção de diversas operações mentais que transcendem a pura lógica deôntica, mas exigem inegável racionalidade.

Tal sistemática retrata a conformação de uma lógica própria das soluções jurídicas, aqui tratada como racionalidade probatória, reflexo evidente da incidência da lógica filosófica

⁵³⁴ CARACCILO, Ricardo. *El problema de los hechos en la justificación de sentencias*. *Isonomia*, n. 38, México, abril de 2013, p. 18.

kantiana no julgamento judiciário, a qual permite a difusão de uma compreensão geral, ínsita ao senso comum.

A citada racionalidade se retrata justamente pela conjugação entre enunciados fáticos e seus conectores, conformando um cenário permite a constatação acerca da existência e de circunstâncias fatuais, devidamente verificadas e checadas ante os enunciados das partes⁵³⁵, de modo a compor contexto que viabiliza conclusão a respeito do *thema decidendum*⁵³⁶.

De um modo geral, como já consignado, as ditas operações mentais se denominam inferências, retratando processos de identificação de fatos específicos a partir de premissas gerais (deduções) ou ainda apurando regra geral a partir de conjunto de situações particulares (indução)⁵³⁷, bem como identificando ocorrências concretas desconhecidas ou estabelecendo hipóteses a partir de circunstâncias conhecidas (abdução).

As inferências, então, se conformam necessariamente a partir de estrutura baseada em premissas, no procedimento inferencial e na conclusão dele decorrente, viabilizando a formação de extenso raciocínio justamente a partir da conjugação de operações mentais simples⁵³⁸.

Na verdade, o que se denomina prova, significando a conclusão extraída da evidência, nada mais é do que a conjugação de um conjunto de inferências, estruturadas entre si, que conformam um contexto de fatos que se julgam demonstrados, estabelecidos como verdadeiros no processo, de forma a compor a verdade contextualizada mencionada por Taruffo, a qual serve de base à incidência da lógica deôntica.

É certo que o dito raciocínio é parte integrante, indissociável, das decisões judiciais, até as mais singelas, servindo à aferição de sua validade a partir da integridade da construção do “*razonamiento teórico*” e da “*probabilidad y derrotabilidad*” de suas conclusões⁵³⁹.

Tal raciocínio deve identificar, dentre outras tantas hipóteses, aquela “*dotada de mayor poder explicativo o la que cubre un rango mayor de fenómenos*”⁵⁴⁰, mediante aplicação do método *eliminative reasoning* típico de uma probabilidade indutiva⁵⁴¹, bayesiana, e não matemática.

⁵³⁵ O que é denominado por Pardo e Allen como “*explanatory considerations*” (PARDO, Michael S. & ALLEN, Ronaldo J. *Judicial Proof and the Best Explanation*. **Alabama Law**. Tuscaloosa, 2007, p. 6).

⁵³⁶ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p. 41.

⁵³⁷ “*Inferences may be deductive or inductive. If the premises of deductive inferences are true, the conclusions are guaranteed to be true as well. Rarely, if ever, however, will the material inferences at trial involve deductive inferences from uncontested premises. Inductive inferences are “non-demonstrative” in the sense that even if the premises are true, the truth of the conclusion is not guaranteed (or cannot be conclusively demonstrated)*” (PARDO & ALLEN, *op.cit.*, p. 5).

⁵³⁸ BIRD, A. *Evidence and inference*. **Philosophy and Phenomenological Research**. 96 (2), p 301.

⁵³⁹ AGUILÓ REGLA, Josep. *Las presunciones hominis y las inferencias probatorias*. **Revista da Facultad de Derecho PUCP**. n. 79, 2017, p. 104.

⁵⁴⁰ TUZET, Giovanni. **Filosofia de la prova jurídica**. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 135.

⁵⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019, pp. 77/78.

Destarte, a racionalidade da apreciação judicial conduz à definição da melhor explicação possível dentre as hipóteses debatidas, no enfoque dos elementos de convicção disponíveis, com exclusão das demais hipóteses⁵⁴², que confere credibilidade à conclusão judicial⁵⁴³.

De outro lado, a força probatória das inferências se baseia essencialmente na testagem de “*cada una de las cadenas*”⁵⁴⁴ e de sua combinação entre si, e não sob enfoque da verdade⁵⁴⁵, com gradativo aumento da força probante à medida em que superados os controles probatórios da sua verificação⁵⁴⁶.

Explicando o procedimento de definição da melhor explicação, Pardo e Allen indicam “*this process occurs in two steps: generating potential explanations of the evidence and then selecting the best explanation from the list of potential ones as an actual explanation or as the truth*”⁵⁴⁷

Em outras palavras, a racionalidade da melhor explicação possível não assegura necessariamente a identificação da verdade, todavia, quanto mais robustas as inferências probatórias, em si mesmas e em conjugação com as demais, maior a perspectiva de haver uma correspondência – o emprego da expressão não é aleatório – entre as premissas fáticas do julgamento e a verdade propriamente dita, por assim dizer.

A observância a estes parâmetros de racionalidade no exercício judicante conforma o que Taruffo denominou de “*lógica do juízo*”⁵⁴⁸, correspondente à construção mental das decisões judiciais⁵⁴⁹, como reflexo da incidência da lógica – como ciência ou técnica racional – nas deliberações do juiz⁵⁵⁰.

Kazuo Watanabe faz ressalva à logicidade da construção da decisão judicial, destacando que, na maioria das vezes, cabe ao juiz “*sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valoração das provas*”, identificando em seguida as construções dialéticas suficientes à sua solução, com a ressalva de que nesse procedimento, a despeito de

⁵⁴² BIRD, A. *Evidence and inference*. **Philosophy and Phenomenological Research**. 96 (2), p 303.

⁵⁴³ MURA, Alberto. *Teoria bayesiana della decisione e ragionevole durata del processo*. **Cassazione penale**. 2007, p. 3104.

⁵⁴⁴ ANDERSON, Terence; SCHUM, David & TWINING, William. **Análisis de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2015, p. 107.

⁵⁴⁵ ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN, Eugenio. **Los límites de la lógica y el razonamiento judicial**. Análisis lógico y Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 321.

⁵⁴⁶ BADARÓ, *op.cit.*, pp. 77/78.

⁵⁴⁷ Tradução livre: “Esse processo ocorre então em dois passos: gerando potenciais explicações potenciais da evidência e então selecionar a melhor explicação dentre os potenciais explicações aquela tida como real ou como verdade. Considerações e interesses práticos afetam ambas as etapas. O domínio da tarefa inferencial fornecerá orientação e restrições em relação ao que conta como uma explicação potencial (...). No segundo passo, escolher dentre as explicações possíveis também varia de acordo com o contexto e os interesses. Em geral, no entanto, os filósofos identificaram vários critérios que ajudam a orientar a escolha entre as explicações concorrentes” (PARDO, Michael S. & ALLEN, Ronald J. *Judicial Proof and the Best Explanation*. **Alabama Law**. Tuscaloosa, 2007, pp. 7/8).

⁵⁴⁸ A mencionada noção é empregada, ainda, em oposição à lógica do direito, que se refere à racionalidade do próprio conjunto de normas de um dado sistema normativo (TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 130).

⁵⁴⁹ *Ibid*, p. 132.

⁵⁵⁰ *Ibid*, p. 129.

predominantemente lógico, “*entram também inúmeros outros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural, e outros mais*”⁵⁵¹.

As ditas influências no ato de decisão do julgador não afastam, entretanto, a logicidade exigível das decisões judiciais.

Portanto, o raciocínio judicial consiste justamente em estabelecer a verdade quanto a fatos particulares, mediante inúmeras operações lógicas racionais, que estabelecem premissas da conclusão, para então promover sua subsunção à hipótese da norma, alcançando a consequência normativa aplicável à situação⁵⁵².

Tal atividade mental do juízo transcende, assim, ao modelo de silogismo isolado, tão marcante no positivismo e que reduz a atividade judicante a uma irreal simplicidade, ensejando o reconhecimento de um momento valorativo⁵⁵³.

A lógica do juízo compõe um conjunto diverso de instrumentos que, aplicados adequadamente, revelam-se essenciais, tanto à adoção da decisão correta, quanto ao controle intersubjetivo de suas premissas, integrantes da racionalização no processo do pensamento⁵⁵⁴.

O raciocínio do julgador transcende, então, em muito, a representação singela de incidência da norma no caso concreto, inerente à deôntica, conquanto esta de fato o integre, caracterizando-se mais concretamente pelo entrelaçamento de uma miscelânea de inferências, deduções, induções e abduções, as quais são permeadas ainda por presunções e máximas de experiência, a diante apreciadas tanto em relação a enunciados de sentido comum, quanto em relação a conclusões profundamente científicas⁵⁵⁵.

Tida, então, a premissa da aplicação do modelo da inferência da melhor explicação no raciocínio judiciário, importante identificar qual o método empregado para definir a explicação prevalente no raciocínio probatório.

Também nesse pormenor as ciências sociais tem se valido da experiência das ciências naturais, em que prevalece o denominado método *GRADE*, validado pela Organização Mundial da Saúde e constituído pelo *Collaborative Review Group*, especialmente para as investigações vinculadas a questões de saúde pública⁵⁵⁶.

⁵⁵¹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p. 43.

⁵⁵² ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN, Eugenio. **Los límites de la lógica y el razonamiento judicial**. Análisis lógico y Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 304.

⁵⁵³ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 143.

⁵⁵⁴ *Ibid*, p. 141.

⁵⁵⁵ TUZET, Giovanni. **Filosofia de la proba jurídica**. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 134.

⁵⁵⁶ GOPALAKRISHNA, Gowri; MUSTAFA, Reem A.; DAVENPORT, Clare; SCHOLTEN, Rob J. P. M.; HYDE, Christopher; BROZEK, Jan; SCHUNEMANN, Holger J.; BOSSUYT, Patrick M. M.; LEEFLANG, Mariska M. G.; LANGENDAM, Miranda W. *Applying Grading of Recommendations assessment, development and evaluation (GRADE) to diagnostic tests was challenging but doable*. **Journal of Clinical Epidemiology**. 67, 2014, p. 760.

O referido método propõe instrumentos de checagem dedicados à gradação da força das evidências empregadas nas soluções científicas, de modo a definir a melhor solução racional para cada situação submetida a julgamento científico.

Tal metodologia, em síntese, se baseia (a) na distinção e identificação da qualidade das evidências e da força dos vínculos lógicos delas decorrentes; (b) na promoção de verificação externa da qualidade das provas, permitindo aferir a magnitude do acerto das conclusões; e (c) na confrontação entre as hipóteses possíveis, promovendo o desenvolvimento e o fortalecimento das conclusões⁵⁵⁷.

Destarte, serão os instrumentos lógicos da racionalidade do julgador que irão conferir robustez à definição das premissas que servem à incidência da lógica deôntica inerente às regras jurídicas.

Não por outra razão Alchourrón e Bulygin ressaltam que as normas e valorações da lógica deôntica, apesar de alheias ao “*reino da verdade*”, estão sujeitas às leis da lógica, de maneira que estas, as regras da racionalidade, então, têm alcance mais amplo do que a própria verdade⁵⁵⁸.

Invariavelmente, o uso inadequado de tais instrumentos lógicos repercutirá em erro judiciário, conquanto essa figura possa decorrer, ainda, de outras circunstâncias⁵⁵⁹.

Imprescindível, então, relacionar a influência da lógica na motivação das decisões judiciais com o marco teórico do *logical approach*, consoante detalhamento proposto por Michele Taruffo, especialmente no seu *La motivazioni della sentenza civile*, publicado originalmente na Itália em 1975, pela editora Cedam, de modo a possibilitar a adequada aferição de seus reflexos na admissão das evidências.

É este, a propósito, o mesmo referencial adotado por MacCormick no seu *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*, ao qual se fez referência no tópico sobre motivação do presente estudo.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 760.

⁵⁵⁸ ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN Eugenio. **Los límites de la lógica y el razonamiento judicial**. Análisis lógico y Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 320.

⁵⁵⁹ CARLIZZI, Gaetano. *Errore giudiziario e logica del giudice nel processo penal*. in DONATI, Luca Lupária (cura). **L'errore giudiziario**. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 93.

4.2.1. Estrutura do raciocínio decisório e da motivação

Na esteira do referencial teórico adotado, representado pelo trabalho de Taruffo acerca da estrutura do raciocínio judicial na motivação da sentença, é importante detalhar a proposta do professor italiano, notadamente porque a dita teorização, além de servir de parâmetro para o ato judicial de admissão de provas, estabelece diretrizes que, confrontadas com os limites objetivos da pretensão e com a logicidade do raciocínio probatório, terá enorme influência no controle lógico das provas judiciais.

A despeito da adoção do citado referencial teórico, não há como deixar de constatar a impossibilidade de definição apriorística de um modelo homogêneo, unitário, de todo raciocínio judicial⁵⁶⁰, em razão da liberdade de convicção judicante e da própria diversidade inerente à construção do raciocínio humano, o que não inviabiliza, todavia, o reconhecimento de uma estrutura padrão da dita atividade⁵⁶¹.

Ainda assim, é certo que o dito raciocínio, para observar a logicidade do conhecimento constituído pelo julgador acerca da veracidade dos fatos subjacentes ao litígio, haverá de observar os ditames filosóficos aplicáveis, pena de malversar a própria validade do julgamento, dado seu caráter dualista em relação ao contexto fatos e normas⁵⁶².

A estrutura global do raciocínio judicial, então, pode ser classificada conforme a estrutura dos enunciados empregados e seu respectivo propósito, os quais guardam relação direta com a finalidade justificativa ou decisória de cada um dos aspectos do ato judicial, conformando peculiaridades próprias de cada um destes vieses⁵⁶³.

Assim, a lógica do juízo, diferencia-se substancialmente conforme o propósito do raciocínio empregado seja de decidir ou de motivar a decisão, apesar da notória conexão entre os mencionados sentidos, de maneira que em cada um dos mencionados aspectos da logicidade da construção observa parâmetros particulares.

Tais lógicas são diferenciadas, então, através do seguinte esquema:

Atividade	Resultado
Raciocínio decisório	Decisão
Raciocínio justificativo	Motivação

⁵⁶⁰ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 192.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 193.

⁵⁶² WROBLEWSKI, Jerzy. *Problems of ontological complexity of law*. **Theoria**. Ano I, n. 3, 1986, pp. 641-654.

⁵⁶³ TARUFFO, *op.cit.*, p. 194.

A partir das mencionadas considerações, Taruffo identifica como integrantes da estrutura global do raciocínio judicial a individualização da *ratio decidendi*, a individualização da norma, a apuração dos fatos, a qualificação jurídica do suporte fático, a decisão e a própria racionalidade do raciocínio decisório.

Importante consignar que a distinção proposta pelo modelo de referencial teórico adotado assume foro especificamente dogmático, na medida em que não há propriamente uma segmentação estanque das citadas etapas que ocorrem em uma farta profusão de atividade intelectual.

4.2.1.1. Individualização da *ratio decidendi*

Na etapa de individualização da *ratio decidendi*, o raciocínio do julgador se presta a estabelecer, dentre as diversas hipóteses possíveis, a “*solução global da lide*”⁵⁶⁴, como consequência de uma sintetização provisória e simplificada da controvérsia.

Nessa fase do pensamento, não há propriamente uma definição da norma legal aplicável ao caso concreto, mas apenas a eleição, dentre os diferentes modelos hipotéticos de solução normativa, daquele aplicável no caso concreto.

É por esta razão que a individualização da *ratio decidendi* se reveste da condição de “*procedimento heurístico-hipotético e dialético*”⁵⁶⁵, composto por formulações e checagens das soluções possíveis, a partir dos modelos de resolução dispostos no ordenamento, assumindo caráter heurístico pela pesquisa da solução disponível, ao passo que sua concepção hipotética é fruto das projeções de solução consistentes em conjecturas de julgamento.

A citada definição, como dito, não pressupõe a individualização da norma especificamente aplicável ao caso concreto, cuja identificação se efetiva a partir da relação dialética constituída no debate das partes a respeito do *thema decidendum*⁵⁶⁶.

Tal dialeticidade é parte do procedimento de descoberta e de eleição da individualização da *ratio decidendi*⁵⁶⁷, o que acaba por redundar na provisoriedade desta etapa da deliberação judicial, na medida em que alterações ou mesmo especificações de fatos e de direitos incidentes no caso concreto podem provocar modificações das hipóteses articuladas pelo julgador⁵⁶⁸.

⁵⁶⁴ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 204.

⁵⁶⁵ *Ibid*, p. 206.

⁵⁶⁶ *Ibid*, p. 204.

⁵⁶⁷ *Ibid*, p. 207.

⁵⁶⁸ *Ibid*, p. 208.

4.2.1.2. Individualização da norma

Superada a etapa da individualização da *ratio decidendi*, o julgador identifica, no contexto da solução eleita como mais adequada, a prescrição normativa que lhe serve de lastro.

A par da identificação da norma aplicável ao caso concreto, há deliberação acerca de seu sentido específico, interpretando a respectiva regra de comportamento e, assim, em emprego da lógica deôntica, antevendo o critério de resolução da controvérsia⁵⁶⁹.

Logo, após intuída e individualizada a *ratio decidendi*, com conformação de uma solução para o litígio, o julgador define a norma concreta que confere fundamento ao resultado do julgamento.

4.2.1.3. Apuração dos fatos

Não há dúvidas de que o cerne do presente estudo remonta justamente a este particular do raciocínio judicial, que diz respeito à definição da verdade dos fatos a partir de sua reconstrução histórica, enquanto premissa do julgamento, na medida em que a admissão das evidências se presta justamente a viabilizar uma apuração dos fatos, o qual servirá de lastro à incidência da regra de conduta.

No cenário dos enunciados trazidos pelas partes, que definem a extensão do *thema probandum* em virtude do princípio dispositivo e de seu reflexo referente à inércia da jurisdição⁵⁷⁰, o julgador deverá apontar os motivos pelos quais atribui a condição de verdadeira a esta ou àquela hipótese fática articulada.

É evidente que a mencionada etapa do raciocínio judicial se refere exclusivamente aos fatos juridicamente relevantes para a solução do litígio, havendo inclusive de ser observada pelo julgador eventual falta de controvérsia das partes acerca de aspectos fáticos específicos⁵⁷¹.

Esse critério é que serve de parâmetro à atividade probatória das partes.

⁵⁶⁹ *Ibid*, p. 208.

⁵⁷⁰ *Ibid*, p. 215.

⁵⁷¹ A questão referente aos temas fáticos incontroversos pode, conforme a visão que se sustente, apresentar tratamento jurídico diferenciado no processo penal e no processo civil, o que será objeto de exame em tópico específico do presente estudo.

O contexto fático das questões jurídicas compreende uma imensa pluralidade de fatos isoladamente considerados, checados e confrontados à luz dos enunciados das partes e das provas, enquanto conclusões extraídas das evidências, de forma a assegurar a atribuição da condição de verdadeiro ou falso a enunciados correspondentes ao litígio, estabelecendo-se premissas fáticas que compõem a formação da conclusão judicial.

É justamente a partir das mencionadas premissas que incidirá, no mesmo ato decisório, a norma vigente eleita pelo julgador, conduzindo a uma decisão judicial acerca da matéria em julgamento⁵⁷².

Portanto, a validade do julgamento pressupõe conceitualmente a verdade dos enunciados que servem de lastro à incidência da norma, de maneira que “*la condición de justificación de la decisión-norma es la verdad del enunciado fáctico y no meramente su prueba*”⁵⁷³.

O julgamento do *thema decidendum* haverá de resultar da solução de diversas questões prévias, que representam vários enfoques componentes do *thema probandum*, as quais correspondem às “*circunstâncias de fato que devem ser provadas*”⁵⁷⁴.

Tais questões, justamente por servir de premissa ao julgamento, comportam alterações decorrentes de novos argumentos ou evidências das partes no curso do processo⁵⁷⁵.

Nesse enfoque:

Todo modelo de *thema probandum* implica evidentemente uma hipótese de solução da *quaestio iuris* objeto da lide. De um lado, os fatos alegados pelas partes parecem juridicamente qualificados, dentro do respectivo esquema de decisão constituído pela demanda e pela defesa, em relação às normas sobre as quais se funda o direito alegado, em se tratando de fatos constitutivos, extintivos, etc. do próprio direito. De outro lado, especialmente quando essa qualificação não é inteiramente proposta pelas partes, cabe ao juiz de qualquer forma estabelecer quais são os fatos jurídicos que devem ser provados com base em uma hipótese ou projeto de subsunção dos fatos à norma que parece aplicável ao caso concreto.⁵⁷⁶

Logo, cada *thema probandum* retrata uma faceta referente à uma hipótese acerca dos fatos da causa, em relação à qual o julgamento necessita construir conhecimento, estabelecendo,

⁵⁷² Caracciolo adverte, no particular, que o problema surge quando a prescrição normativa se vale de linguagem que não observa critério de estar vinculado diretamente a uma ação, uma ocorrência ou uma ação (CARACCILO, Ricardo. *El problema de los hechos en la justificación de sentencias*. **Isonomia**. n. 38, México, abril de 2013, p. 17).

⁵⁷³ DEI VECCHI, Diego. *La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva*. In FERRER BELTRÁN, Jordi & VÁZQUEZ, Carmen (coord). **Debatendo com Taruffo**. Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 274.

⁵⁷⁴ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 215.

⁵⁷⁵ *Ibid*, p. 221.

⁵⁷⁶ *Ibid*, p. 215.

a partir de critérios epistêmicos válidos, conclusão acerca dos enunciados, o que servirá de fundamento à aplicação da lei ao caso concreto⁵⁷⁷.

Na citada operação, o magistrado promove atividade de checagem hipotética e dialética, a partir do debate e dos elementos de convicção trazidos pelas partes, reconstruindo a realidade fática subjacente mediante concatenação dos enunciados, relacionados entre si, para a constituição de um conjunto de hipóteses intermediárias, as quais servem de pressuposto à conclusão final.

É justamente neste particular que incidem os parâmetros do método *GRADE*, aqui já mencionado, para a apuração da verdade dos fatos, estabelecendo a força de cada uma das operações mentais de natureza inferencial, de modo a definir a hipótese prevalente, conforme critério da melhor solução possível.

Para tanto, se vale o julgador de um critério de probabilidade relevante, fundado em construção lógica, racional, sobretudo ante um cenário filosófico de impossibilidade de uma certeza absoluta, identificando a hipótese mais provável a partir das resultantes das atividades probatórias das partes⁵⁷⁸.

A despeito de não assumir a condição de uma lógica matemática, é evidente que a dita operação observa critérios de racionalidade, fundados em operações de probabilidade indutiva que admitem inclusive definição de graus de corroboração para cada uma das hipóteses submetidas ao procedimento de checagem⁵⁷⁹.

Atualmente, a doutrina processual indica, com relativa uniformidade, a construção de Stephen Toulmin no seu denominado *esquema mínimo argumentativo*⁵⁸⁰, como o mais adequado modelo de validação da construção racional de inferências probatórias⁵⁸¹, profundamente detalhado no seu *The use of argument*⁵⁸², viabilizando a distinção entre enunciados fáticos e fatos provados⁵⁸³.

E aqui é necessária explicação.

O método *GRADE* tem sido indicado, no âmbito das ciências de modo geral, como instrumento mais adequado à aferição da força de inferências racionais, o que não se confunde com a adoção do modelo de Toulmin, especialmente a partir de hipóteses mais complexas de

⁵⁷⁷ *Ibid*, p. 216.

⁵⁷⁸ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 221.

⁵⁷⁹ PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. *Law and logic. A review from an argumentation perspective*. **Artificial intelligence**. 227 (2015), p. 234.

⁵⁸⁰ A construção de Toulmin está baseada na premissa de que “*an argument is like an organism. It has both a gross, anatomical structure and a finer, as-it-were physiological one*” (TOULMIN, Stephen E. **The use of argument**. Updated edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 87).

⁵⁸¹ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La motivación de las resoluciones judiciales**. Barcelona: Marcial Pons, 2011, p. 294.

⁵⁸² TOULMIN, Stephen E. **The use of argument**. Updated edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

⁵⁸³ ALISTE SANTOS, *op.cit.*, p. 296.

discursos baseados na lógica clássica, enquanto critério de estruturação do próprio discurso lógico.

Não há como deixar de identificar que, ao raciocínio inerente ao julgamento judiciário, mesmo na apreciação dos argumentos mais singelos, não são suficientes, os parâmetros da lógica aristotélica, tão característicos das ciências exatas, o que exalta a importância do modelo de Toulmin.

Em outros termos, a fixação de premissa maior e de premissa menor não é necessariamente bastante ao julgamento dos argumentos versados em debates judiciais, cujas características e especificidades conformam contexto denominado por Badaró como não analítico, marcado fundamentalmente pela necessidade de apreciar, no mais das vezes sob o enfoque da probabilidade, o vigor e a coerência de alegações frente a um dado contexto probatório⁵⁸⁴.

A intenção do *esquema mínimo argumentativo* é justamente suplantando a lógica tradicional, viabilizando uma apreciação racional das argumentações concentradas em aspectos pragmáticos, especificamente no cenário de composição de raciocínio complexo⁵⁸⁵, e não em cada uma de suas inferências, validando-as ou refutando-as para formar conclusão acerca de controvérsia que, na realidade processual, se refere à verdade dos fatos⁵⁸⁶.

O modelo de Toulmin retrata, então, com muita propriedade, a superação das limitações da lógica clássica no exame processual das questões fáticas, fornecendo estrutura de *layout* substancialmente mais qualificado⁵⁸⁷, que viabiliza a validação do discurso, enunciado por enunciado, assim como de cada um de seus conectivos lógicos⁵⁸⁸.

A construção de Toulmin está fundada no reconhecimento das posições de proponente e oponente, em uma realidade dialética típica das relações processuais, tendo por foco cada um dos argumentos articulados pelas partes.

Nessa construção, se adotam quatro elementos fundamentais: *claims* ou pretensões (C), *grounds* ou dados (D), *warrants* ou garantias (W) e *backings* ou apoios (B), aos quais se acrescentam os *qualifiers* ou qualificadores modais (Q) e os *rebuttals* ou condições de refutação (R), conformando assim um mínimo modelo argumentativo.

⁵⁸⁴ “*Statements of claim, evidence of identification, testimony about events in dispute, interpretations of a statute or discussions of its validity, claims to exemption from de application of a law, pleas in extenuation, verdicts, sentences: all these different classes of proposition have their parts to play in the legal process, and the differences between them are in practice far from trifling. When we turn from the special case of the law to consider rational arguments in general, we are faced at once by the question whether these must not be analyzed in terms of an equally complex set of categories*” (TOULMIN, Stephen E. **The use of argument**. Updated edition. Cambridge: Cambridge University Press, p. 89).

⁵⁸⁵ HAMPLE, Dale. *The Toulmin model and the syllogism*. **Journal of the American Forensic Association**. v. 14, 1977, p. 1.

⁵⁸⁶ TOULMIN, *op.cit.*, p. 87.

⁵⁸⁷ *Ibid*, p. 89.

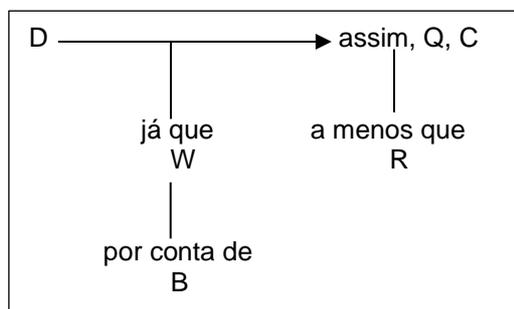
⁵⁸⁸ *Ibid*, p. 88.

Enquanto as *claims* (C) se referem à alegação cuja validade se submete a procedimento de checagem, os *grounds* (D) são justamente os enunciados fáticos subjacentes, os dados conhecidos, que servem de lastro à sua verificação⁵⁸⁹.

Os *warrants* (W), de seu turno, são as afirmações hipotéticas que servem ao relacionamento, como conectivo lógico, conformando um liame entre cada um dos argumentos e as conclusões, relacionando *grounds* e *claims*⁵⁹⁰.

Isso permite estabelecer a distinção entre os *warrants* (W), de um lado, e os qualificadores modais (Q) e as condições de refutação (R), de outro, na medida em que estes se prestam a informar a força, a potência ratificadora, de cada uma das conexões estabelecidas entre dados e argumentos⁵⁹¹, o que também se verifica em relação ao *backing of the warrants* (B)⁵⁹² ou apoios.

Habitualmente, é assim demonstrada a construção de Toulmin:



A construção de Toulmin estabelece, destarte, um modelo dedicado ao exame da suficiência e da força lógica de argumentos não analíticos, também chamados de não matemáticos.

Toulmin detalha seu *modelo mínimo argumentativo* em exemplo esclarecedor, o qual foi objeto de cuidadosa tradução por parte de Gustavo Badaró, ora invocada com o propósito de facilitar o acesso ao conteúdo do esquema.

Alguém formula uma asserção, com a pretensão (*claim*) de que seja aceita. P.ex. “Harry é um cidadão britânico”. Essa pretensão é também chamada conclusão. Se essa pretensão for posta em dúvida pelo oponente, o proponente tem que fundamentar a sua pretensão. Para o fazer, deverá aduzir fatos como razões (*data* ou *ground*) de sua pretensão. Assim, a asserção de que “Harry é um cidadão britânico” (C = *claim* ou *conclusion*), poderá ser justificada acrescentando com razão de tal afirmativa o fato de que “Harry nasceu nas

⁵⁸⁹ *Ibid*, p. 90.

⁵⁹⁰ *Ibid*, p. 91.

⁵⁹¹ *Ibid*, p. 94.

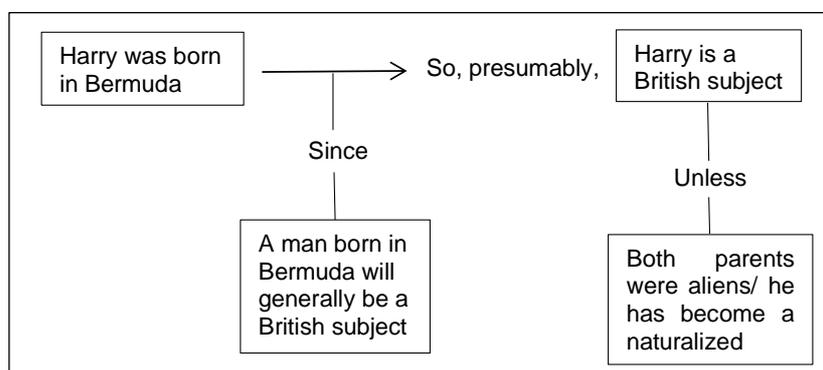
⁵⁹² *Ibid*, p. 96.

Bermudas” (D = *data*). Se o oponente não aceitar tal argumento, poderá o atacar de dois modos: Pode questionar a verdade do dado (*data*) apresentado como razão da pretensão; ou poderá questionar a relação de tal fato com a pretensão, isto é, questionar se tal dado D é adequado para fundamentar a conclusão ou pretensão C. Nesse segundo caso, o proponente não poderá continuar seu raciocínio, aduzindo um novo fato, mas deverá justificar o passo (*step*) que lhe permite ir de D para C. Para tanto, é necessário se valer de um novo elemento lógico: uma regra de inferência (*inference-licence*). Toulmin denomina essas regras de “garantia” (*warrants*), que têm a seguinte forma: “Dados como D nos autorizam a extrair conclusões ou a realizar pretensões como C”. Voltando ao exemplo, a regra de inferência ou a “garantia” do argumento seria: “quem nasce nas Bermudas é cidadão britânico”. Essa garantia pode ser aceita, o que normalmente ocorre quando a regra de inferência é conhecida ou forte. Porém, é possível que também essa regra de inferência seja posta em um “apoio” (*backing*, representado pela letra B). No nosso exemplo, o fundamento é suficiente forte, porque decorre de uma lei que assegura a quem nasce no território britânico a cidadania britânica.⁵⁹³

O papel dos qualificadores modais nesse cenário é justamente enriquecer o *modelo mínimo argumentativo*, adequando-o, para além da lógica puramente aristotélica, aos discursos não analíticos, tendo em vista que, se na matemática e na lógica dedutiva as conclusões são necessárias, nas decisões da vida ordinária, típica das decisões judiciais, tem-se apenas conclusões mais fracas, fundadas nas concepções de presumivelmente, de probabilidade e de plausibilidade, dentre outras⁵⁹⁴.

Destarte, os qualificadores modais (Q) e as condições de refutação (R) servem, portanto, ao fornecimento de atributos à garantia (W), incidindo na relação entre as razões (D) e as conclusões (C), ratificando-a ou infirmando-a.

A aplicação do modelo gráfico de Toulmin ao exemplo por ele mesmo proposto, referente à nacionalidade de Harry, viabiliza identificar a seguinte conformação do debate:



⁵⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A inferência probatória e a justificação do juízo de fato no processo penal*. MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta & MORAES, Maurício Zanoide de. **Processo Penal Humanista – Escritos em homenagem a Antônio Magalhães Gomes Filho**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 81.

⁵⁹⁴ *Ibid*, p. 83.

Coube a Susan Haack detalhar o procedimento judicial de julgamento a partir do modelo de Toulmin, indicando que as provas e argumentos compõem ramificações que, a par de interligadas, apresentam relativa autonomia cognitiva, ingressando no debate como em palavras-cruzadas, ressaltando que “*cuán razonable es una entrada en un crucigrama depende de cuán bien encaje con la pista que se da para llenarla y las intersecciones ya completadas*”⁵⁹⁵.

Assim, valendo-se do sentido figurado das palavras-cruzadas, o raciocínio judicial será tanto mais robusto em suas conclusões quanto maior for a validade e a robustez de cada uma das provas, dos liames construídos entre elas, das conclusões que integram o julgamento como premissas e, finalmente, da compreensividade da apreciação, referente à sua integração pelas provas relevantes.

Logo, é justamente este o espaço ocupado pela epistemologia em relação ao vazio instituído pelo princípio da livre convicção, servindo de parâmetro à conformação do substrato fático subjacente ao litígio e, por via reflexa, ao próprio juízo de admissibilidade das evidências.

É evidente que a mencionada racionalidade incidirá, ainda, na própria conformação do ato decisório, como será visto, mas, antes disso, servirá, especificamente no aspecto fático à atribuição da condição de verdadeira a certas hipóteses das partes, pormenor que mantém relação direta com o juízo de admissão de provas.

Na definição adequada dos fatos em julgamento, ademais, é absolutamente cotidiana a referência a figuras como indícios, presunções e máximas de experiência, o que estabelece exigência da fixação de seus respectivos conteúdos, com a expressa ressalva de que a abordagem proposta estará adstrita aos contornos do objeto de estudo, sobretudo porque cada um dos mencionados institutos desafia profundas considerações.

4.2.1.3.1. Indícios, presunções e máximas de experiência na apuração dos fatos

De início, é de se constatar que a referência dogmática às figuras dos indícios, das presunções e das máximas de experiência no âmbito da apuração dos fatos no julgamento judicial pressupõe, necessariamente, a constatação de que os mesmos são instrumentos que dizem respeito a aspectos fáticos desconhecidos, em relação aos quais se forma convicção a partir de circunstâncias conhecidas.

⁵⁹⁵ HAACK, Susan. *Filosofía del Derecho y de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2020, p. 301.

É essa uma premissa comum aos ditos institutos.

Nesse cenário, indícios, presunções e máximas de experiência são essencialmente inferências, e operações mentais portanto, construídas a partir de um raciocínio lógico fundado em premissas de probabilidade bayesiana, baseado em expedientes de checagens fundados na *best explanation*⁵⁹⁶.

Assim, a lógica incide não apenas na estruturação racional da própria decisão judicial, conferindo-lhe validade, mas também na identificação da hipótese fática verdadeira e, no que aqui interessa, como instrumento reitor da intelecção de fatos desconhecidos a partir de indícios, presunções e máximas da experiência.

Logo, as ditas inferências assumem aspecto probatório⁵⁹⁷ na medida em que se referem ao cenário fático do litígio, constituindo-se, em enfoque probabilístico, contextualizado, como de regra acontece nas deliberações processuais⁵⁹⁸, em parâmetro à definição da verdade.

Dei Vecchi vincula as inferências probatórias ao que denomina “círculo hermenêutico”, indicando que os fatos inferidos são critérios de construção de conhecimento acerca de determinado enunciado fático, integrando o raciocínio do julgador acerca do litígio em apreciação⁵⁹⁹.

Imprescindível, portanto, examinar cada uma das mencionadas modalidades de inferências.

Os indícios, de início, se marcam pela noção coloquial referente à atividade de demonstração, de descobrimento, a qual é amplamente retratada no seu emprego jurídico⁶⁰⁰, referindo-se à operação mental⁶⁰¹ empregada em relação a circunstâncias concretas de fato conhecido, as quais viabilizam a identificação de outros fatos⁶⁰², a ele relacionados, mas desconhecidos.

Portanto, é possível se estabelecer que indício é:

...todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo.⁶⁰³

⁵⁹⁶ AGUILÓ REGLA, Josep. *Las presunciones hominis y las inferencias probatorias*. **Revista da Facultad de Derecho PUCP**. n. 79, 2017, p. 104.

⁵⁹⁷ *Ibid*, p. 103.

⁵⁹⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 37.

⁵⁹⁹ DEI VECCHI, Diego. *La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva*. In FERRER BELTRÁN, Jordi & VÁZQUEZ, Carmen (coord). **Debatiendo con Taruffo**. Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 272.

⁶⁰⁰ MOURA, *op.cit*, p. 23.

⁶⁰¹ Há divergência na doutrina quanto à natureza da dita operação, tratada por alguns como indutiva, por outros como dedutiva, bem como, ainda por mais alguns, sob o signo geral da conjectura (*Ibid*, p. 24).

⁶⁰² *Ibid*, p. 24.

⁶⁰³ *Ibid*, p. 38.

Tratando do tema, Maria Thereza Moura detalha, especificamente acerca das operações mentais características das conclusões baseadas em indícios, que, em um primeiro enfoque, há emprego de indução, conectando um fato específico a determinada regra geral, fundada no que ordinariamente acontece em ocorrências análogas.

A partir do referido relacionamento, por dedução, aplicam-se as consequências usuais da regra geral ao caso concreto, a fim de inferir o fato desconhecido, que passa a ser denominado como indiciado⁶⁰⁴.

Logo, a operação mental baseada em indícios tem natureza indutiva-dedutiva⁶⁰⁵.

De seu turno, as inferências fundadas em presunções se marcam pela noção de conjectura, de suspeição, de se acreditar na ocorrência de determinado fato desconhecido, presumido, a partir de um ou vários fatos base e na conexão entre cada um dos citados fatos⁶⁰⁶.

Trazida a referida estruturação geral para a realidade do direito, é de se registrar que as presunções se distinguem entre *hominis* e legais, sendo que, enquanto as últimas são estabelecidas em lei em um sentido predeterminado, para aplicação pelos destinatários da norma, aquelas são espécie de inferência fática, integrante do raciocínio fático do julgador⁶⁰⁷.

Portanto, as presunções legais definem uma conclusão cogente a partir de um fato (p.ex. agente com idade até 18 anos é inimputável) ao passo que as presunções *hominis* integram a própria essência inferencial do raciocínio probatório, indicando que o agente detido na posse de bem subtraído é presumivelmente autor da subtração, por exemplo.

Há outras tantas facetas das presunções amplamente examinadas na qualificada pesquisa de Ullman-Magalit, servindo, porém, estas poucas considerações de referencial teórico ao exame do tema neste estudo.

É, destarte, notória a verificação de que as presunções *hominis* são as que interessam diretamente ao raciocínio probatório do julgamento judicial, refletindo o esquema lógico presuntivo⁶⁰⁸, o qual comporta checagens quanto (a) aos fundamentos empíricos do enunciado da presunção; (b) ao efetivo papel das premissas de assegurar alta probabilidade da ocorrência da conclusão; (c) à material ocorrência do fato base do qual se extrai o fato presumido, bloqueando a incidência da presunção; e (d) à verificação de condição de refutação da pretensão, conforme modelo de Toulmin⁶⁰⁹.

⁶⁰⁴ *Ibid*, p. 37.

⁶⁰⁵ *Ibid*, p. 37.

⁶⁰⁶ AGUILÓ REGLA, Josep. *Las presunciones hominis y las inferencias probatorias*. *Revista da Facultad de Derecho PUCP*. n. 79, 2017, p. 101.

⁶⁰⁷ *Ibid*, p. 100.

⁶⁰⁸ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 169.

⁶⁰⁹ AGUILÓ REGLA, *op.cit*, p. 106.

Então, apesar das presunções e dos indícios assumirem a condição de inferências que se fundam em fatos conhecidos, concretos, que viabilizam, a partir de operação mental, a identificação de fatos desconhecidos, os citados procedimentos apresentam relevante distinção, tendo em vista que as presunções são ilação “*partindo tão-somente da experiência comum, para afirmar, antecipadamente, como provável, fato desconhecido*”, ao passo que no indício o exercício mental “*é fornecido de proposição geral, ditada da lógica ou da experiência comum*”⁶¹⁰.

Finalmente, as máximas de experiência são instrumento empregado na própria definição dos fatos na apreciação judicial, especificamente em seu âmbito justificativo⁶¹¹, remontando seu tratamento dogmático a Stein, em obra de 1893⁶¹², como marco de uma concepção silogística dedutiva do raciocínio judicial.

As máximas de experiência integram o raciocínio dedutivo integrando a premissa maior de modo a permitir “*valorar los distintos medios de prueba para llegar a conclusiones fácticas*”⁶¹³.

Há consistente divergência acerca da origem dos conhecimentos empregados pelo julgador no emprego das máximas de experiência, podendo ser sua própria experiência de vida ou mesmo de peritos em relação às suas especialidades; ou ainda aquelas naturais regras inerentes ao critério racional⁶¹⁴; além do próprio conhecimento privado do magistrado⁶¹⁵.

Assim, as máximas de experiência consistem nas regras culturais do homem médio, em dada comunidade e em certo momento histórico, algumas vezes inclusive retratando leis lógicas ou naturais, ou mesmo generalizações, opiniões e prejulgamentos, alguns inclusive equivocados⁶¹⁶, pelo que Schauer condiciona sua validade à assunção de caráter universal e à precisa identificação das características dos integrantes do grupo de situações em que aplicável a inferência probante⁶¹⁷.

Conhecendo, então, as regras gerais acerca de como as coisas ocorrem naturalmente, o julgador estabelece essas como premissas às suas deduções, adotando conclusões acerca dos fatos em julgamento.

⁶¹⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 51.

⁶¹¹ LIMARDO, Alan. *Repensando las máximas de experiencia*. **Quaestio facti**. Madrid, n. 2, 2021, p. 118.

⁶¹² *Ibid*, p. 119.

⁶¹³ *Ibid*, p. 119.

⁶¹⁴ *Ibid*, p. 120.

⁶¹⁵ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Hechos y conceptos: sobre la relevancia de los conceptos para la prueba de los hechos*. **Quaestio facti**. México: Fontamara, 2013, pp. 43-44.

⁶¹⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade – o Juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 219.

⁶¹⁷ SCHAUER, Frederick. **Profiles, probabilities and stereotypes**. Cambridge: Harvard University Press. 2003, p. 10.

4.2.1.4. Qualificação jurídica do suporte fático

A partir da identificação da *ratio decidendi* e da norma, confrontadas com a apuração dos fatos na situação concreta, estabelece o julgador a qualificação jurídica do suporte fático, conjugando fundamentos de fato e de direito, o que viabiliza a decisão do litígio⁶¹⁸.

Nesse pormenor, então, o julgador reconhece o caráter jurídico dos fatos submetidos a juízo, fazendo incidir em relação aos mesmos as consequências previstas pelo legislador aplicável ao caso concreto.

Ao promover essa operação, o julgador estabelece uma integração substancial e mesmo criativa⁶¹⁹, em certa medida, dos significados gerais da norma, alçando certos fatos concretos à condição de fatos jurídicos, vale dizer: com reflexos jurídicos.

Portanto, se opera uma transformação semântica entre os enunciados de fato, categorizando-os e subsumindo-os aos conceitos gerais definidos na norma, em interação dialética que viabiliza a identificação de “*coincidência lógica e semântica entre o enunciado de fato generalizado e o enunciado normativo concretizado*”⁶²⁰, sinalizando assim uma “*correspondência semântica entre o suporte fático concreto e um dos suportes fáticos abstratos resultantes da interpretação das normas*”⁶²¹.

Dei Vecchi adverte que a questão referente à aplicação da norma ao caso concreto não tem aspecto eminentemente jurídico, se revestindo em “*uso empírico del lenguaje en general, esto es, de la aplicación de términos generales de un lenguaje a objetos particulares del mundo*”⁶²².

Nesta etapa se opera efetivamente o julgamento.

⁶¹⁸ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 222.

⁶¹⁹ *Ibid*, p. 223.

⁶²⁰ *Ibid*, p. 224.

⁶²¹ *Ibid*, p. 225.

⁶²² ALCHOURRÓN, Carlos E. & BULYGIN, Eugenio. **Los límites de la lógica y el razonamiento judicial**. Análisis lógico y Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 305.

4.2.1.5. Decisão

Concluída a qualificação jurídica do fato, afigura-se viável, a partir da definição da norma aplicável, estabelecer a decisão concreta do caso, a efetiva determinação judicial a respeito do objeto do litígio, mediante processo “*interpretativo-argumentativo*” no qual a norma geral e abstrata constitui a premissa maior⁶²³, enquanto os fatos comprovados assumem condição de premissa menor.

A essência da referida atividade consiste fundamentalmente em promover a aplicação do direito, alcançando o próprio fundamento do sistema normativo⁶²⁴, mediante reconstrução da “*norma que justifica el acto como haciendo referencia a la justificación de su contenido*”⁶²⁵.

Nesse pormenor, notadamente nas hipóteses de normas penais incriminadoras, incide o modelo da lógica deôntica, estabelecendo a consequência aplicável no caso em julgamento, consistente na sanção penal decorrente do ilícito.

4.2.1.6. Racionalidade do raciocínio decisório

O último elemento integrador da estrutura global do raciocínio judicial remonta à própria racionalidade da atividade de julgamento, correspondendo à construção mental promovida pelo julgador na solução aplicável ao caso concreto, retratada pela robustez e validade de seus conectivos lógicos e contextuais⁶²⁶.

Importante ressaltar que é aqui mantida a expressão do referencial teórico adotado, apesar do inegável pleonasma da referência à racionalidade do raciocínio, de modo a assegurar a integridade do fundamento adotado na pesquisa.

A citada racionalidade remonta, então, aos nexos de conexão lógica construídos entre os diversos enunciados em que se funda a conclusão, bem como em sua logicidade, retratada fundamentalmente na ausência de contradições entre seus termos; na presença dos chamados “*nexos de implicação*”, que relacionam determinado fato e sua respectiva consequência

⁶²³ DEI VECCHI, Diego. *La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva*. In FERRER BELTRÁN, Jordi & VÁZQUEZ, Carmen (coord). **Debatendo com Taruffo**. Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 271.

⁶²⁴ CARACCILO, Ricardo. *El problema de los hechos en la justificación de sentencias*. **Isonomía**. n. 38, México, abril de 2013, p. 15.

⁶²⁵ DEI VECCHI, *op.cit.*, p. 275.

⁶²⁶ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 230.

jurídica, conformando relação de predição; e na observância a eventuais relações de prejudicialidade entre os enunciados que integram o *thema decidendum*⁶²⁷.

As predições haverão, então, de ser checadas e validadas, de modo a conformar ou ratificar as hipóteses examinadas, descartando outras, especificamente a partir da análise da melhor explicação com base nos dados disponíveis, integrados de forma lógica e coerente no enfoque das conclusões extraídas das evidências.

A racionalidade é, então, o parâmetro de validade do discurso em que se funda o julgamento.

É justamente essa a razão pela qual se pode reconhecer que o raciocínio probatório detém natureza probabilística, o que ratifica a impossibilidade de afirmação da configuração de uma verdade absoluta no contexto processual.

4.3. O julgamento em contexto processual e a relevância lógica das provas

A proposta de Taruffo acerca do que denomina estrutura global de raciocínio judicial viabiliza o reconhecimento da coexistência dos momentos decisórios e justificativo, relacionados entre si, o que, a par de servir à demonstração dos motivos da decisão do julgador, estabelece parâmetro para o controle intersubjetivo da decisão propriamente dita.

A referida estrutura global se funda essencialmente na ideia de justificação da conclusão judicial em que se promove a incidência da norma geral no caso concreto, enquanto requisito à legitimação da tutela em si⁶²⁸.

Cabe, então, à lógica, e não ao direito, conferir validade, no viés da legitimação, à conclusão do julgador, mediante definição da norma individual aplicável no caso concreto, fazendo incidir a norma aos fatos.

L'obbiettiva validità delle ipotesi formulate dal giudice si fonda quindi sul ricorso alla "logica delle cose", così come essa è concepita nella teoria della conoscenza del materialismo dialettico; la loro verifica, che avviene in sede di apprezzamento dell'efficacia delle prove, implica il confronto definitivo tra le ipotesi e la realtà materiale direttamente esperita⁶²⁹.

⁶²⁷ *Ibid*, p. 230.

⁶²⁸ CARACCILO, Ricardo. *El problema de los hechos en la justificación de sentencias*. *Isonomia*. n. 38, México, abril de 2013, p. 22.

⁶²⁹ Tradução livre: "A validade objetiva das hipóteses formuladas pelo juiz baseia-se, portanto, no uso da lógica das coisas, tal como é concebida na teoria do conhecimento do materialismo dialético; sua verificação, que ocorre ao avaliar a eficácia dos testes, implica a comparação definitiva entre as hipóteses e a realidade material diretamente vivenciada" (TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 156).

Em poucas palavras, a hipótese reconhecida como verdadeira pelo juízo só será válida se logicamente identificada, reconstruída mediante competente procedimento racional, cognoscente, marcado pelos nexos de implicação entre seus enunciados e conectivos⁶³⁰.

Para além de revelar essa relação ontológica entre decisão e motivação, tal concepção retrata, ainda, a existência de uma delimitação material do raciocínio do julgador, que, além de estar condicionado aos parâmetros do pensamento racional, próprios da lógica, tem seus contornos definidos pelo contexto fático do litígio.

A dita delimitação material condiciona, então, não apenas a decisão em si, mas também sua respectiva motivação, as justificativas que explicitam a conclusão do julgador, agora em razão da logicidade do raciocínio judicial.

O que se estabelece como premissa, nesse pormenor, é a constatação de que, se é verdade que a inércia da jurisdição delimita a extensão objetiva da pretensão e, com isso, define o campo de incidência fática da decisão, estabelecendo o *thema decidendum*, também é certo que a aplicação das regras de pensamento racional na motivação da decisão, que compreende não apenas a tomada da decisão em si mas também a sua respectiva justificação, acaba por definir aquilo que pode ser objeto da apreciação pelo julgador, bem como a forma de apreciação.

Em outros termos, a inércia da jurisdição, conjugada com a extensão do direito de ação exercido pela parte autora, delimita objetiva e subjetivamente a decisão, entretanto, é a lógica, e não o direito, que restringe, dentro dos citados contornos materiais, as atividades argumentativa e probatória das partes, assim como a decisória e justificativa do julgador.

Essa delimitação alcança, ademais, não apenas os aspectos objetivos (quais questões) e subjetivos (em relação a quem) dos motivos, alcançando até mesmo a concatenação dos enunciados na justificação, na medida em que a fixação de dadas premissas inviabiliza a acolhida de determinados enunciados hipotéticos.

Em outras palavras, a racionalidade do debate processual orientada pela lógica delimita a questão apreciada, em relação a quem ela é decidida e também a construção da justificativa legítima da decisão.

Tais delimitações, que acabam por efetivamente restringir a atividade cognitiva exercida pelo julgador, incidem não apenas no ato de julgamento, alcançando também a etapa processual de apuração dos fatos, oportunidade em que estabelecido, a partir dos critérios de aferição de

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 189.

verdade, o cenário fático que se considera como provado para fins de incidência deôntica das normas.

É evidente, ademais, que essa definição do cenário fático se reveste de nítida natureza cambiante, na medida em que comporta alterações sucessivas, ao menos até o momento da decisão definitiva, considerando as evidências produzidas e as alegações das partes.

A lógica estabelece assim a validade da decisão judicial, sob enfoque epistêmico, a qual se legitima a partir da correspondência entre os fatos estabelecidos como verdadeiros e a realidade material.

Tida a premissa de que é a própria racionalidade lógica o parâmetro de validação epistêmica do julgamento, incidente especificamente no viés de sua justificação – tanto externa, em relação à atribuição da condição de verdade a certos fatos; quanto interna, referente à demonstração do raciocínio do julgador para definição da verdade fática, do conteúdo da norma e da sua aplicação no caso concreto – é inconteste que esta atividade mental haverá de estar adstrita aos contornos objetivos e subjetivos do *thema decidendum*.

Assim, no processo há várias proposições a serem comprovadas, dentre as quais aquela que integra a própria essência da imputação ou *colpevolezza*, além de suas circunstâncias relevantes, entretanto o próprio *iter* racional de apreciação da conduta típica imputada é composto por inúmeras outros enunciados fáticos incidentais, os quais estabelecem premissas que fundam o julgamento acerca do objeto do processo⁶³¹.

Imprescindível, portanto, que o raciocínio empregado pelo julgador ao decidir o litígio, além de observar os contornos objetivos e subjetivos da própria pretensão, apresente a partir de cada um dos enfoques de sua justificação, de cada uma das questões suscitadas, fundamentos concatenados de modo lógico e compatíveis com os fatos em apreciação⁶³², suficientes a justificar sua conclusão.

Logo, o julgamento deve ser necessariamente integrado por cada uma das questões que compõe o debate processual – no que se inserem não apenas os aspectos próprios da imputação, mas também os argumentos inerentes a sua rejeição – as quais devem ser enfrentadas pelo julgador de forma lógica, racional, assim como de forma compatível com a verdade.

Cada uma das questões consiste, portanto, em faceta do *thema decidendum* a ser examinada pelo julgador.

⁶³¹ “L’operazione probatoria se svolge sul registro di tre termini: le premesse probatorie o prove in senso proprio, la proposizione da provare o tema probatorio, l’atto del provare che congiunge le une all’altra” (FERRUA, Paolo. **La prova nel proceso penale**. v. 1, Torino: G. Giappichelli, 2017, pp. 33 e 51).

⁶³² DEI VECCHI, Diego. *La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva*. In FERRER BELTRÁN, Jordi & VÁZQUEZ, Carmen (coord). **Debatiendo com Taruffo**. Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 271.

Portanto, cada um dos fundamentos de apreciação do *thema decidendum*, de seu turno, deve ser objetivamente refletido nos meios de provas propostos, no *thema probandum*, de forma que para cada questão o julgador deve promover apreciação racional à luz dos meios de prova, direcionando o caminho racional epistêmico de justificação.

Sob esse enfoque, cada *thema probandum* e seu respectivo meio de prova compõe o *thema decidendum*, no enfoque dos enunciados das partes, constituindo peça de um quebra-cabeça fático, que define o contexto dos eventos de incidência deôntica.

O modelo da apreciação dos fatos é, então, espelhado na proposta de Susan Haack de valoração das evidências em palavras-cruzadas.

Assim, valendo-se da representação lógica do discurso, o *thema decidendum* compreende um universo de questões a serem decididas ou *themas probandum* (*n*), os quais correspondem não apenas a cada uma das circunstâncias com consequência jurídica, tratadas ordinariamente como circunstâncias jurídicas ou jurígenas, mas também cada um dos fundamentos e premissas estabelecidas pelo julgador na construção racional de sua conclusão sobre o litígio.

Em outras palavras, o *thema probandum* não corresponderá necessariamente a um fato ou circunstância com efeitos jurídicos, podendo se referir ainda a qualquer dos vários conectivos lógicos, inferenciais ou puramente relacionais, estabelecidos pelo julgador no curso do raciocínio probatório.

A consequência imediata de tal relação é que um *thema probandum* e, por conseguinte, o próprio meio de prova respectivo, só pode integrar o debate processual quando for, ao menos em tese, apto de influir na decisão do *thema decidendum*, seja por se referir a uma circunstância com efeitos jurídicos, seja por figurar como premissa do raciocínio probatório.

Essa afirmação, todavia, deve ser temperada pela verificação de que a formação do *thema probandum* é comum às partes, a partir da sua própria iniciativa, além de ser mutável, como dito, comportando alterações no curso do processo até o julgamento, especificamente a partir das alegações e das evidências trazidas pelas partes acerca de cada um dos elementos em debate, o que revela uma constituição compartilhada do debate processual.

Há, destarte, uma nítida influência entre o resultado da atividade probatória e a justificação interna do ato judicial, retratando uma aptidão hipotética, na medida em que inviável antever o efetivo resultado de cada evidência no raciocínio probatório, que corresponde a potencial interferência da prova no julgamento do litígio.

Com lastro nesse parâmetro, há uma fixação preliminar do *thema probandum* para fins de deliberação acerca da admissibilidade de cada evidência em contexto que poderá ser alterado a partir de novos movimentos processuais das partes⁶³³.

Ordinariamente, a mencionada aptidão para influir no raciocínio probatório é reconhecida como elementar da relevância da evidência, enquanto vetor de direcionamento da atividade probatória das partes e, por reflexo, do juízo de admissibilidade das provas pelo julgador.

É essa, inclusive, a definição do princípio da relevância apresentada pela doutrina na atualidade.

A leitura que ora se propõe reconhece uma profunda influência da lógica no processo, circunstância hábil a revelar que a simples aptidão de influir no julgamento é uma referência quase coloquial, de pouca tecnicidade à adequada demonstração da importante questão da relevância probatória.

Fundamental, portanto, ser adequadamente identificada a efetiva delimitação da relevância como princípio dirigente do direito fundamental à introdução de material probatório que se presta a definir sua extensão, notadamente quando se infere que, talvez por consequência da falta de tratamento dogmático do instituto, é usual que os legisladores contemporâneos vinculem critérios de economicidade, de superabundância, de pertinência e outros tantos à perspectiva da relevância, conquanto se revelem ontologicamente distintos.

Ademais, essas premissas acabam por ratificar sustentação anterior, no sentido de que o juízo de admissibilidade probatória tem feição tríplice, englobando relevância, economicidade e idoneidade, de modo a não fazer sentido a referência a causas lógicas de exclusão de provas.

Com efeito, a lógica, tratada processualmente pelo viés da relevância, afigura-se como critério de admissão de provas, e não de sua exclusão, o que retrata a inadequação de seu tratamento doutrinário como limitação ao direito subjetivo à prova, como feito quanto aos controles políticos e epistêmicos do direito subjetivo de inclusão de evidências.

Retomando o raciocínio anterior, tida a constatação de que o julgamento se opera em realidade dialética desenvolvida a partir de hipóteses referentes a fatos que o julgador não conhece diretamente, mas apenas a partir dos enunciados das partes, a racionalidade lógica sintetiza a própria integridade da atividade judicante.

⁶³³ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 233.

A citada integridade deve ser aferida pela sucessiva verificação de cada um dos enunciados das partes e de suas resultantes com os dados concretos da realidade, extraídos da atividade probatória⁶³⁴.

É justamente esse o motivo racional para se afirmar que o *thema probandum* é funcionalmente delimitado pelo *thema decidendum*, de maneira a compor estruturalmente a noção de relevância, enquanto critério de admissibilidade probatória.

Logo, a definição da relevância pressupõe identificar e assinalar, em uma questão delimitada objetiva e subjetivamente, circunstâncias que lhe sejam materialmente atreladas, relacionadas, tanto sob enfoque jurídico ou normativo, quanto em viés lógico⁶³⁵, racional.

No enfoque jurídico, devem ser identificadas as circunstâncias que, dentre um universo infundável de realidades factuais, indicam aqueles fatos subjacentes que integram a hipótese de determinada hipótese normativa, empregada como premissa maior no processo de julgamento⁶³⁶, no que se define como fato jurídico.

Destarte, a relevância do elemento de prova pressupõe, no âmbito jurídico, que ele sirva para indicar elementar referente à premissa geral da existência do próprio fato que integra o *thema decidendum*⁶³⁷ e suas consequências.

Portanto, no enfoque normativo, pode ser citada a demonstração da morte e suas circunstâncias no caso do homicídio, ou da subtração no caso do furto, na medida em que tais circunstâncias tem nítida consequência jurídica.

Já no âmbito da própria lógica ficam compreendidos na relevância os fatos que, conquanto não juridicamente qualificados por alguma norma jurídica, são objeto de debate processual, na “*medida en que a través de su conocimiento se pueden extraer conclusiones útiles para demostrar la verdad o falsedad de un hecho jurídicamente calificado*”⁶³⁸, assim como a força de seus conectivos lógicos.

Logo, em outros termos, se no enfoque jurídico a relevância decorre da eleição de determinados fatos como jurídicos por uma norma legal, no viés lógico a relevância está fundada em circunstâncias que, conquanto não previstas especificamente em qualquer norma jurídica, mantém relação racional com circunstância integrante do fato principal, influenciando no seu reconhecimento judicial.

⁶³⁴ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 189.

⁶³⁵ DEI VECCHI, Diego. *La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva*. In FERRER BELTRÁN, Jordi & VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Debatiendo com Taruffo*. Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 271.

⁶³⁶ *Ibid*, p. 271.

⁶³⁷ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 196.

⁶³⁸ DEI VECCHI, Diego. *La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva*. In FERRER BELTRÁN, Jordi & VÁZQUEZ, Carmen (coord). *Debatiendo com Taruffo*. Barcelona: Marcial Pons, 2016, p. 272.

É notória, então, a relação entre a relevância lógica, enquanto requisito de admissão das provas, e o próprio raciocínio probatório, notadamente em suas inferências, na condição de elemento de construção racional do conhecimento, identificando elementares desconhecidas a partir de outras previamente verificadas.

Lidas essas premissas no enfoque do esquema mínimo argumentativo de Toulmin, empregado como parâmetro racional de validação da construção de conhecimento a partir da checagem de enunciados complexos em juízo, é de se identificar que os critérios jurídicos e lógicos de identificação da relevância probatória estarão necessariamente atrelados aos componentes do dito modelo.

Com efeito, conforme consignado, o esquema mínimo argumentativo se baseia na checagem de razões (*backing*), ante seu substrato fático (*grounds*) e os enunciados deles extraídos (*claims*), tendo como parâmetro os argumentos de garantia (*warrantns*) ou de refutação (*rebuttals*), de maneira que se afigura incontornável a conclusão de que tais elementos haverão necessariamente de envergar a condição de relevantes na apreciação dos enunciados das partes.

Também aqueles elementos de prova vinculados à demonstração de qualquer das várias hipóteses sustentadas podem ostentar a condição de *best explanation* em relação aos enunciados em debate, o que sinaliza a relevância do mencionado meio de prova à apreciação dos fatos, novamente no viés lógico.

Por corolário destas premissas, então, é de se concluir que, ante o papel de legitimação da tutela jurisdicional inerente à demonstração do raciocínio probatório do julgador na conformação do julgamento, é imprescindível a demonstração judicial do juízo hipotético que justifica a decisão de relevância ou de irrelevância de um meio de prova proposto, no cenário dos enunciados das partes.

Destarte, não cabe à lógica apenas conduzir o raciocínio do julgador e preencher o espaço decorrente da livre convicção, definindo qual hipótese tem importância para o julgamento, mas também conformar o princípio da relevância, enquanto critério de admissão probatória, em enfoque ao qual se somam, apesar das visíveis distinções ontológicas, as regras de exclusão probatória.

Na atividade de admissão de provas, a propósito, a atuação do julgador assume forma atomista, se examinando pontualmente cada evidência isoladamente considerada, diversamente do que se verifica em relação à valoração das provas, em que o exame assume conformação holística, compreendendo todas as evidências previamente admitidas e, ante as hipóteses apresentadas pelas partes, concluindo pela solução mais razoável.

Nesse cenário, imprescindível redefinir a noção da relevância probatória a partir destas novas premissas fixadas, bem como aferir a adequação ou inadequação da opção legislativa de vincular outros critérios à admissão das provas e à própria relevância, como a pertinência e a abundância, dentre outros tantos.

Cabe justamente à lógica tal papel.

É este o objeto do próximo tópico.

5. Reconstruindo a relevância a partir da teoria do conhecimento

A este tempo, é possível afirmar que a regra da relevância é o critério dirigente do juízo de admissibilidade de evidências, conquanto tenha sido identificado o constante emprego de outras elementares por parte de diversos ordenamentos, tal como se vê na referência à pertinência no ordenamento brasileiro⁶³⁹.

Ainda assim, restringindo por ora o exame ao critério da relevância, é possível afirmar seu flagrante lastro lógico⁶⁴⁰, o que indica a imprescindibilidade do emprego da teoria do conhecimento para a sua adequada compreensão, superando a abordagem usual de mera aptidão de influir no julgamento para construir estrutura dogmática dotada de cientificidade que assegure a adequada conformação do instituto.

Essa própria constatação já sinaliza a insuficiência da abordagem do instituto no atual estágio da doutrina, na medida em que, apesar de conhecer o papel da teoria do conhecimento na formação da verdade no processo, desconsidera tal diretriz e a própria lógica na conformação do juízo de relevância das provas.

Com efeito, no exercício da atividade judicante, o magistrado promove formação do conhecimento, valendo-se dos instrumentos inerentes à racionalidade filosófica, construindo inferências acerca do fato principal e suas circunstâncias, estabelecendo juízo de verdade acerca dos mesmos⁶⁴¹.

Neste procedimento de construção da verdade no processo judicial, as provas assumem papel instrumental, teleológico, servindo de elementos empregados no raciocínio do julgador para decidir acerca da aplicação da lei ao caso concreto.

O juízo de relevância, então, não se confunde com qualquer exame presuntivo⁶⁴², bem como não assume a forma de instrumento gnoseológico, na medida em que serve para depurar as provas⁶⁴³ e, por reflexo, o debate processual e o próprio raciocínio do julgador, selecionando

⁶³⁹ “En el ámbito del evidence anglosajón se ha recurrido principalmente al concepto de relevancia como criterio general de depuración epistémica de la prueba en sede de admisibilidad. En el ámbito continental, la misma labor se ja llevado a cabo a través de los conceptos de pertinencia, utilidad e idoneidad” (VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. *El principio de inclusión de la prueba relevante en el Código Procesal Penal chileno*. **Revista chilena de Derecho**. v. 48, n. 1, 106 (2021), p. 83).

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 83.

⁶⁴¹ LEITER, Brain & ALLEN, Ronald J. *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence*. **87 Virginia Law Review**. 1491(2001), p. 1495.

⁶⁴² TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 170.

⁶⁴³ VERA SÁNCHEZ, *op.cit.*, p. 83.

evidências que ostentam aptidão para influir na construção de premissas e conclusões do raciocínio do juiz.

Nesse viés, a relevância enverga nítida função utilitarista ou instrumental, na definição do acervo que pode, com potencial cognitivo, integrar o debate das partes e o raciocínio do julgador, em probabilidade superior a zero de influir na definição dos fatos debatidos⁶⁴⁴.

Por essa razão, prova relevante será aquela cujo conteúdo pode fazer mais ou menos provável a existência de qualquer fato que ostente importância em relação ao objeto da imputação, servindo de apoio ou refutação a qualquer das hipóteses fáticas do caso “*a la luz de los principios generales de la lógica y de la ciencia, especialmente considerando el stock social de conocimiento disponible*”⁶⁴⁵.

Tal noção, a propósito, se extrai com facilidade das prescrições normativas que se dedicam a disciplinar o critério da relevância, definindo-o como aquele que torna mais ou menos provável as hipóteses do processo⁶⁴⁶ ou idônea ao acerto dos fatos⁶⁴⁷.

Apesar deste enfoque filosófico, a doutrina constrói, de regra, noção de relevância em contexto completamente diverso, o que indica a inadequação da abordagem do tema atualmente.

Tanto assim que Taruffo adverte que a doutrina não se dedica à construção de um perfil analítico do requisito da relevância, valendo-se habitualmente do emprego de noção própria do senso comum⁶⁴⁸, o que reafirma a hipótese de pesquisa definida.

A questão é como definir quais são as provas que, por relevantes, integram o direito subjetivo das partes à introdução do material probatório. O que define tal relevância?

A resposta à pergunta tem por premissa a constatação de que a lógica compõe a adequada compreensão da relevância, apesar de tal aspecto ser negligenciado pela doutrina, de forma que imprescindível o enfrentamento do problema de pesquisa, para promover uma redefinição do instituto, viabilizando a conformação de uma compreensão atual do tema frente às premissas estabelecidas.

⁶⁴⁴ *Ibid*, p. 83.

⁶⁴⁵ *Ibid*, p. 83.

⁶⁴⁶ Rule 401 das Federal Rules of Evidence dos Estados Unidos da América. Test for Relevant Evidence. Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action.

⁶⁴⁷ Art. 189 do Codice Procedura Penale da Itália. 189. Prove non disciplinate dalla legge. Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.

⁶⁴⁸ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 9.

5.1.A visão atual sobre o tema

Para promover uma adequada reconstrução da noção da relevância, enquanto requisito de admissibilidade probatória, conveniente partir da atual compreensão do tema.

No particular, há de se ver que, para a visão atualmente prevalente, a relevância consiste em uma relação entre a qualificação jurídica do fato imputado e o meio escolhido para sua demonstração em juízo, tendo por parâmetro a aferição de sua aptidão em fornecer elementos de convicção úteis para o raciocínio de acerto dos fatos pelo julgador⁶⁴⁹.

É essa a posição extraída da maior parte da doutrina, ao menos em uma visão mais ampla.

Apesar disso, e isso integra parte do problema de pesquisa estabelecido para o presente estudo, tal concepção, talvez por não estar fundada em estudo mais compreensivo da questão, é permeada, mesmo na parcela majoritária da doutrina, por uma abordagem absolutamente confusa, entremeada por outros institutos e termos, bem como por concepções distintas, em contexto absolutamente incompatível com a cientificidade exigida.

Fácil identificar tal situação.

Roberta Casiraghi indica que a relevância não é propriamente um atributo ou qualidade da prova, mas uma característica da sua constituição, no sentido de que só o que é relevante pode assumir a condição de prova no processo⁶⁵⁰.

Larry Laudan relaciona a relevância a uma hipótese específica indicada no processo, apontando que sua configuração pressupõe a possibilidade, se produzida, de incrementar ou diminuir a probabilidade da hipótese⁶⁵¹.

Já Aniello Nappi distingue a relevância em dois enfoques, um denominado como simples e outro como complexo. O primeiro relaciona o objeto da prova com circunstâncias indicadas na norma penal como elemento constitutivo de uma figura típica ou com circunstâncias que agravem ou atenuem a sanção penal; ao passo que a segunda se refere à relação entre fatos secundários e a idoneidade da própria imputação por via inferencial⁶⁵².

José Frederico Marques também propõe repartição do instituto, distinguindo, todavia, a relevância em imediata e mediata, conforme o fato objeto da prova se relacione direta ou indiretamente com a elucidação da *res judicata*.⁶⁵³

⁶⁴⁹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2008, p. 262.

⁶⁵⁰ CASIRAGHI, Roberta. **La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 381.

⁶⁵¹ LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law: an Essay in Legal Epistemology**. Cambridge University Press: Cambridge, 2008, p. 133.

⁶⁵² NAPPI, Aniello. **Guida al codice di procedura penale**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 146.

⁶⁵³ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 369.

De modo mais singelo, Hugo Alsina atrela a relevância das provas à sua importância para a apreciação do pedido, afirmando que não se devem admitir evidências referentes a fatos que sejam “*inconcludentes ao pedido*”, na medida em que desinfluentes à decisão⁶⁵⁴.

Também na visão de Cândido Dinamarco a relevância está relacionada com a aptidão do meio de prova para o julgamento da causa ou dos pedidos incidentes no processo, de maneira que a relevância de um meio de prova “*depende sempre da eficácia que ele possa ter para a constituição, impedimento, modificação ou extinção do direito alegado pelo autor*”⁶⁵⁵.

No mesmo sentido, Affonso Fraga também relaciona a relevância ao propósito de identificação de evidências que “*nenhuma influência exercem sobre a decisão*”⁶⁵⁶.

Na posição de Moacyr Amaral Santos, a noção de relevância é também atrelada à aptidão de “*influir na decisão da causa*”⁶⁵⁷, tal como se identifica nos trabalhos de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira⁶⁵⁸ e de Humberto Theodoro Júnior⁶⁵⁹.

Consoante se identifica, nesse enfoque doutrinário, a admissibilidade das provas é atrelada apenas à noção de relevância, isoladamente considerada, prevalecendo a compreensão quase coloquial do instituto como uma aptidão de influir no julgamento.

Há, entretanto, abordagem que vincula à noção de relevância, ora como um sinônimo, ora como requisito adicional, a figura da pertinência. Há ademais, inclusive outros institutos empregados para tal fim.

Nesse pormenor, Chiavario relaciona a relevância probatória com as noções de pertinência e de idoneidade, aquela correspondendo ao fato de o objeto da prova ser identificável com a imputação penal, ao passo que esta se refere à aptidão de demonstração do fato que se pretende provar⁶⁶⁰.

José Frederico Marques adverte que, por influência da relevância, devem ser inadmitidas as provas “*impertinentes ou irrelevantes*”, considerando sem pertinência aqueles meios de prova que se refiram a fatos que não pertençam ou não tenham relação com o objeto da acusação⁶⁶¹, o que acaba por entrelaçar as noções de relevância e pertinência.

Na mesma esteira, Moacyr Amaral Santos atrela a relevância às noções de conclusão e pertinência, situando esta última na aptidão para demonstrar os fatos em juízo⁶⁶², o que

⁶⁵⁴ ALSINA, Hugo. **Tratado Teórico Prático de Derecho Procesal Civil y Comercial**. v. 2, Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1942. p. 185.

⁶⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3, 6.ed., Malheiros: São Paulo, 2009, pp. 64-65.

⁶⁵⁶ FRAGA, Affonso. **Instituições do Processo Civil do Brasil**. t. 2, São Paulo: Acadêmica, 1940, p. 342.

⁶⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Da Prova Judiciária no Cível e Comercial**. v. 1, 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 227.

⁶⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2, Salvador: Podivm, 2007.

⁶⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I, 53.ed., Rio de Janeiro, 2018, p. 901.

⁶⁶⁰ CHIAVARIO, Mario. **Appunti sul processo penale**. Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 324.

⁶⁶¹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 367.

⁶⁶² SANTOS, Moacyr Amaral. **Da Prova Judiciária no Cível e Comercial**. v. 1, 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 227.

contribui pouco para a compreensão dos requisitos da admissibilidade das provas, na medida em que insere outras noções no cenário, sem detalhar suficientemente o que seja a relevância.

De seu turno, Cafferata Nores distingue as noções de relevância e pertinência, indicando que esta última compreende a relação entre o fato que se pretende provar e o meio de prova que se objetiva empregar.

Nesse enfoque, a relevância seria a utilidade – para fins de formação de convicção – do meio de prova para demonstração de hipótese acerca do fato em julgamento⁶⁶³, mesclando uma vez mais os institutos de pertinência e de relevância.

Dominioni indica que a relevância, enquanto critério de admissão probatória, diz respeito à exigência de que o meio de prova seja dotado de verossimilhança e de pertinência, a qual corresponderia à aptidão de influenciar a decisão⁶⁶⁴.

Giulio Ubertis também se destaca ao promover uma distinção dos institutos, apontando que a admissão de elementos de prova está subordinada aos requisitos da verossimilhança, da pertinência e da relevância.

Na visão do professor italiano, a verossimilhança e a pertinência são examinadas em primeiro enfoque, tendo por objeto as alegações de fato feitas pela parte que requerem a admissão da prova, sendo que aquela é aferida pelo emprego das leis da lógica e da ciência sobre o enunciado apresentado, enquanto a pertinência se refere à relação entre o objeto da prova e o do julgamento, baseada em juízo hipotético da idoneidade da evidência para influir no julgamento⁶⁶⁵.

A partir deste pensamento, se identifica parcela da doutrina que, ao intentar definir o que seja a relevância probatória, acaba por se valer da noção de pertinência, instituindo uma outra faceta no juízo de admissibilidade probatória.

Gustavo Badaró se dedica à tentativa de distinguir os critérios da relevância e da pertinência, sublinhando que esta última compreende a relação de determinado fato que se pretende demonstrar com o objeto da causa, ao passo que aquela retrata sua aptidão de influir no resultado de julgamento.

Nessa linha de ideias, pertinente é a prova que tem por objeto o fato principal ou jurídico, ao passo que a noção de relevância diz respeito a fato secundário ou circunstancial, que por inferência se relaciona com o fato principal⁶⁶⁶.

⁶⁶³ CAFFERATA NORES, José. **La prueba en el proceso penal**. 4.ed. Buenos Aires: Depalma, 2001, p. 24.

⁶⁶⁴ DOMINIONI, Oreste. *Le prove*. In PISANI, Mario Pisani (org). **Manuale di procedura penale**. 8.ed., Bologna: Monduzzi, 2008, p. 219.

⁶⁶⁵ UBERTIS, Giulio. **La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici**. Torino: Utet, 1999, p. 94.

⁶⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coord). **Garantismo Processual**. Brasília: Gazeta

Também Júlio Maier destaca a concepção de pertinência para fins de admissão das evidências, agregando-a ao requisito da utilidade, em substituição à relevância. Assim, a pertinência relaciona o fato concreto que se pretende demonstrar com a hipótese penal imputada⁶⁶⁷, o que sintetiza o próprio princípio da relevância para outro viés doutrinário.

Em sentido semelhante, Athos Gusmão Carneiro pondera que o objeto da prova corresponde aos fatos “*relevantes ou influentes*” ao julgamento, de maneira que aqueles sem relação “*ou não pertinentes com a causa*” são inúteis⁶⁶⁸, em mais um nítido entrelaçamento das noções de relevância e de pertinência.

Montero Aroca também vincula a rejeição das provas com o requisito da pertinência, vinculando-a aos “*hechos que no afectan el contenido de la sentencia*”, os quais denomina inúteis e desinfluentes⁶⁶⁹.

Tal critério é, ainda, empregado por Couture, que afirma a pertinência com base nas proposições e fatos que são “*verdaderamente objeto de prueba*”⁶⁷⁰.

Nesse particular, então, na verdade, a relevância, enquanto requisito de admissibilidade das provas, corresponderia apenas à pertinência, de modo que tais noções haveriam de ser vistas como sinônimas.

Teresa Armenta avança ainda mais nesse sentido, pontuando que a admissibilidade das provas é condicionada apenas ao requisito da pertinência, e não à relevância, compreendendo juízo sobre a relação entre “*el medio de prueba que se propone y el objetivo que se persigue con el proceso*”⁶⁷¹.

Já para Paolo Tonini a pertinência se refere à probabilidade de resultado idôneo para demonstrar a existência do fato a ser provado⁶⁷², em mais um emprego da expressão em sentido típico do princípio da relevância, de modo que, nesse sentido, pertinência corresponderia à própria relevância.

Outro é o parâmetro adotado por Lopes da Costa, que vincula a noção de impertinência à circunstância de fatos que “*no pertenecen a la causa, ninguna relación tem con ella, no le dicen respeto, le são estraños*”⁶⁷³, permitindo inferir, tal como ocorre no raciocínio probatório, sua compreensão de pertinência, enquanto fundamento de admissibilidade das provas.

Jurídica, 2016, p. 242.

⁶⁶⁷ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. v. 3, Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2011, p. 92-93.

⁶⁶⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 13.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁶⁶⁹ MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el proceso civil**. 6.ed. Madrid: Thompson Reuters, 2011, p. 160- 161.

⁶⁷⁰ COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1966, p. 238.

⁶⁷¹ ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de derecho procesal penal**. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 284.

⁶⁷² TONINI, Paolo. **La Prova Penale**. 4.ed. Milano: CEDAM, 2000, p. 45.

⁶⁷³ COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 2, 2.ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, p. 222.

Não há, claramente, como deixar de perceber a ampla confusão entre as noções de pertinência e de relevância, neste viés doutrinário, mesmo por parte daqueles que se esforçam à inglória tarefa de promover a distinção entre tais conceitos.

Tanto assim que Dinamarco⁶⁷⁴, Fenech⁶⁷⁵, Echandia⁶⁷⁶ e Patti⁶⁷⁷ apontam a sinonímia entre os termos relevância e pertinência, de modo a não se justificar o tratamento autônomo dos mencionados institutos.

É inegável a confusão da doutrina na identificação do que é a relevância das provas.

A demonstração das diversas posições doutrinárias trazidas permite identificar que há indicação de que o juízo de admissibilidade das evidências haverá de observar requisito único, ora trazido sob o viés da relevância, ora tratado sob a rubrica da pertinência.

Há, ademais, posições que tentam conciliar as noções de relevância e de pertinência, indicando que ambas são requisitos de admissibilidade das provas no processo.

Também é possível identificar flagrante emprego das expressões relevância e pertinência em hipotética sinonímia, além de ser identificável ainda sua conciliação com outras expressões, como verossimilhança e idoneidade, o que não contribui para um tratamento dogmático adequado do tema, sobretudo quando se constata que as legislações, de regra, não observam critérios suficientes a um tratamento científico dos institutos.

Quanto a este cenário de confusão, é possível de pronto afirmar que a mesma decorre fundamentalmente de 2 circunstâncias, sendo a primeira referente à falta de percepção de que o juízo de admissão das provas sob o denominado enfoque lógico está, na verdade, fundado em reflexos da própria racionalidade judicante; e a segunda, decorrente diretamente da primeira, fruto da verificação do amplo emprego de concepções coloquiais, e não científicas, no propósito de definir o que seja a relevância das evidências.

Nítido um cenário de muitas dúvidas e pouca cientificidade, em que é possível reconhecer certa prevalência da compreensão de que a relevância, enquanto critério base de admissão das provas, se funda em juízo hipotético quanto à relação entre a prova e as hipóteses discutidas no processo, indicativo da sua aptidão em influir neste.

Tal concepção, que pode ser identificada apenas como base de toda a controvérsia, não enfrenta o emprego da pertinência e de outras noções para identificar o que seja a relevância,

⁶⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3, 6.ed., Malheiros: São Paulo, 2009, pp. 64-65.

⁶⁷⁵ FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. 3.ed. Madrid: Labor, 1960, p. 596.

⁶⁷⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. v. 1, 2.ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavallia Ed., 1972, p. 358.

⁶⁷⁷ PATTI, Salvatore. **Le prove: parte generale**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 3.

bem como não promove um tratamento científico da questão, o que permite justamente a manutenção do contexto controvertido.

Portanto, o contexto de problemas não é nem mesmo alterado pela mencionada posição, o que ratifica a importância do adequado tratamento dogmático da matéria.

A solução do problema foi, verdade seja dita, deflagrada por Michele Taruffo, representada justamente pela constatação do papel da lógica na aferição da relevância das provas.

O renomado processualista italiano, recentemente falecido, se dedicou a uma construção claramente mais elaborada do instituto da relevância, enquanto requisito de admissibilidade das evidências, distinguindo-o em faceta jurídica e lógica⁶⁷⁸.

No enfoque jurídico, ter-se-á configurada a relevância quando o fato objeto da prova corresponde a um fato típico, de maneira a configurar um *facto probandum* principal ou fundamental; ao passo que, no viés lógico, a relevância está vinculada à constatação de que, conquanto não constitua fato principal da causa, pode ser empregado como premissa para inferência relacionada ao fato principal.

É nítido o avanço do tratamento da questão nesse enfoque, conquanto a construção de Taruffo, apesar de datar de quase meio século, pouco influenciou na realidade do exame do tema na atualidade.

Ainda assim, a posição do professor italiano há de ser compatibilizada com a evolução do seu próprio pensamento, detalhado na sua produção científica posterior, que tanto desenvolveu o tratamento do raciocínio probatório.

Tal assertiva remonta à verificação de que a construção de Taruffo não se dedica a detalhar o que seja o emprego como premissa inferencial de fato, ao menos naquela obra, o qual se prestaria a justificar a configuração da relevância em enfoque lógico, como denomina.

Só muito mais tarde, nas imprescindíveis obras sobre verdade e prova que produziu, passados cerca de 20 anos de seu estudo acerca da relevância, o doutrinador italiano se dedicou ao raciocínio probatório em si e em sua relação com a lógica, ainda que sem revisitar a questão referente ao princípio da relevância.

Talvez se possa atribuir justamente a este aspecto da construção de Taruffo alguma responsabilidade pela manutenção do cenário de conflagração no tratamento dogmático do tema da relevância, na medida em que o passo, muito importante, deve ser dito, dado pelo professor

⁶⁷⁸ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 9.

italiano pouco contribuiu para a uniformização do tema, apesar de seus estudos sobre o tema datarem de 1970.

Se na doutrina há pouca cientificidade e diminuída uniformidade no tratamento da relevância, na jurisprudência a matéria – ao menos sob enfoque de um tratamento regular – merece ainda menos atenção.

A assertiva remonta à constatação de que, de modo quase uniforme, a abordagem da matéria é eminentemente casuística, não se dedicando a uma mínima definição do que seja a relevância, mesmo com finalidade eminentemente funcional voltada ao julgamento do caso concreto.

Em outros termos, a jurisprudência praticamente não se dedica ao exame detalhado do que seja a relevância, enquanto critério de admissão de provas, o que acaba quase por inviabilizar uma compreensão do instituto a partir de precedentes jurisprudenciais.

Ademais, importante sublinhar que, talvez por essa razão, a jurisprudência empregue em inúmeras situações solução no sentido de que o julgador seria dotado de discricionariedade prudente para definir as provas que seriam relevantes, em assertiva absolutamente incompatível com o reconhecimento do direito subjetivo das partes à introdução do material probatório.

Essa constatação, relativamente à jurisprudência italiana, foi reconhecida pelo próprio Taruffo, quando se dedicou ao aprofundamento do tema, oportunidade em que o professor italiano advertiu que *“l’esame della giurisprudenza non offre un sussidio importante alla definizione del concetto di rilevanza, poiché la sola conoscenza delle decisioni non consente individuare i criteri secondo i quali il giudizio viene formulato”*⁶⁷⁹.

Na realidade da jurisprudência da *United States Supreme Court* tampouco é usual a apreciação do significado da relevância, enquanto critério reitor da admissão das evidências, especificamente em virtude da instituição de um teste de relevância nas *Federal Rules of Evidence*.

Logo, na forma da regra n.º 401 das *Federal Rules of Evidence*, é relevante qualquer evidência que tenha aptidão de demonstrar maior ou menor a probabilidade de um fato que seja integrante do *thema decidendum*, sem que ocorra qualquer detalhamento mais aprofundado do que seja a relevância e, sobretudo, sem uma adequada compreensão de seu relacionamento com a racionalidade da atividade processual.

Quanto à jurisprudência nacional, Gustavo Badaró adverte que:

⁶⁷⁹ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 71.

é comum encontrar na jurisprudência nacional referência a indeferimento de requerimentos probatórios que fossem impertinentes ou irrelevantes. Tais critérios, contudo, não se encontram previstos legalmente no ab-rogado Código de Processo Civil de 1939, nem no código de 1973 (...). Por outro lado, em relação ao Código de Processo Penal de 1941, somente com a reforma de 2008, tais critérios lógicos foram expressamente adotados.⁶⁸⁰

A despeito da dita constatação, não se identificam precedentes que se dediquem a desenhar minimamente os contornos da noção de relevância, o que não contribui para a apreciação dogmática da questão.

No mais das vezes, os precedentes vinculam o princípio da relevância ao que denominam “*prudente arbitrio do magistrado*” (STF, HC 104473, Min. Ricardo Lewandowski, DJe 27-10-2010), em referência incompatível com a compreensão de direito subjetivo das partes à produção de provas, como já consignado.

Nesse cenário, Gustavo Badaró adverte que, “*por questões técnicas e, provavelmente, inspirado pelo escopo de redução da atividade recursal, o STF vem se negando a fazer tal controle*”⁶⁸¹, deixando assim de se dedicar à conformação do princípio da relevância.

A jurisprudência espanhola, entretanto, destoa da dita realidade, assumindo inegável destaque, na medida em que supera uma visão puramente casuísta ao intentar definir uma mínima conformação do princípio da relevância.

Na Sentença 51, de 1985, o Tribunal Constitucional se dedicou à distinção entre as figuras da pertinência e da relevância, acentuando que aquela se refere à “*relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye thema decidendi*”, ao passo que a relevância consiste em “*juicio de necesidad o de utilidad de las mismas*”.

No julgamento retratado na Sentença 50, de 1988, a Corte pontuou que a relevância é identificada pelo “*carácter decisivo de la prueba en cuestión (...) ya que sólo en tal caso – comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se fuera admitido*”.

Em outro precedente, especificamente na Sentença 183/1999, o mesmo Tribunal Constitucional detalhou quanto à relevância que a parte interessada na produção da prova tem de atender a exigência dúplice, compreendendo “*tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución final del pleito podría haberle sido favorable, quedando obligado a “probar la trascendencia que la inadmisión [o la ausencia de práctica de la prueba] pudo tener en la decisión final del pleito*”.

⁶⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coord). **Garantismo Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 229.

⁶⁸¹ *Ibid*, p. 239.

Já em 2007, o Tribunal Constitucional da Espanha voltou ao tema na Sentença 185/2007, quando afirmou que *“el derecho a la prueba resultará vulnerado siempre que la prueba sea propuesta en tiempo y forma, sean pertinentes y relevantes los medios probatorios, y decisivos para la defensa del recluso, en el sentido de potencialmente trascendentes para el sentido de la resolución, en los supuestos tanto de silencio o de falta de motivación de la denegación, como cuando aquélla sea arbitraria o irracional”*.

Assim, nesse enfoque, a relevância compreende a potencial transcendência em relação à resolução do litígio.

Não há como deixar de reconhecer que o posicionamento da jurisprudência da Espanha é consideravelmente mais avançada no tratamento do tema, todavia, ainda assim, não se dedica, até mesmo porque tal atribuição é própria da doutrina, a uma definição adequada do que seria a relevância, enquanto juízo de admissibilidade das evidências.

É, então, possível afirmar que atualmente a doutrina e a jurisprudência não se dedicam a um exame minimamente adequado da relevância, como requisito de admissão das provas, ratificando a importância da temática proposta, sobretudo ante a premissa estabelecida, de que cabe à lógica dirigir a conformação científica do instituto.

5.2.A noção de relevância a partir da lógica

O ponto de partida do presente tópico é justamente aquele fixado no item antecedente, no sentido de que a doutrina e a jurisprudência padecem contemporaneamente de um parâmetro mínimo do que seja a relevância, enquanto critério de admissibilidade das provas em litígios judiciais.

A mencionada constatação está permeada, ainda, pela verificação do emprego, diversificado e sem uniformidade, de outros tantos institutos, mas principalmente da pertinência, como critério de admissão das provas, ora inclusive como sinônimo da relevância.

O desenvolvimento do presente estudo, até o presente ponto, permite ademais a fixação de premissa no sentido de que a admissão das provas, em parâmetro que não se confunde com as regras de exclusão probatória, é atrelada essencialmente ao exame da relevância, e só a ele.

Existem, inegavelmente, critérios adicionais, como aqui pontuado, representados fundamentalmente pela idoneidade do meio de prova e da economicidade da atividade

probatória, os quais, entretanto, tem notório escopo acessório frente à incidência da regra primária referente à relevância.

Destarte, estabelecida a premissa de que a admissão das provas é atrelada especificamente à identificação da relevância do elemento de convicção, a questão assume caráter essencialmente terminológico, na medida em que corresponde a estabelecer sentido unívoco para a mencionada expressão⁶⁸².

Mas não é só.

Identificar o adequado conteúdo do princípio da relevância probatória é medida fundamental, superando a compreensão puramente coloquial, o que exige sua correta intelecção ante a racionalidade processual.

Logo, é preciso tratar-se cientificamente o instituto, no que, como já identificado no presente estudo, a lógica assume importância central.

Pertinente consignar que, há muito tempo, se reconhece o descompromisso de grande parte da dogmática no tratamento científico da questão, se valendo de instrumentos conceituais de validade questionada no âmbito filosófico⁶⁸³.

Só depois da adequada compreensão do que seja prova relevante, para fins de admissão da evidência, será possível situar de forma devida na atividade processual outros tantos conceitos invocados, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, para a etapa da admissibilidade das provas, como ocorre com as provas pertinentes, protelatórias, abundantes etc.

É esse o roteiro proposto para a atividade de redefinir a relevância a partir da lógica.

Por definição linguística, sob aspecto semântico, o que é relevante é aquilo que é necessário, que importa, que é preciso, essencial, observando a origem latina do termo vinculado à expressão *relevans*.

Em consequência, a essência da noção da relevância, enquanto diretriz à admissão de provas no processo judicial, remonta à circunstância de que as inferências possíveis, a partir do meio de prova indicado, possam ser importantes, úteis, à solução da questão judicializada.

Essa compreensão de importância retrata exatamente o que identificado em vários pontos deste estudo, referente ao tratamento puramente coloquial do instituto na contemporaneidade.

Conquanto coloquial, é de se ver que não é propriamente inadequada a compreensão de que a relevância retrata fundamentalmente uma relação de correspondência mantida entre cada

⁶⁸² TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 7.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 187.

uma das inúmeras questões trazidas ao conhecimento judicial, que gravitam no entorno do fato base, direta ou indiretamente, e o *thema decidendum* ou objeto do processo, enquanto litígio a ser resolvido.

Nesse enfoque dogmático, portanto, sua concepção se refere à compreensão de *relazionalità*, que corresponde à relação, ao relacionamento, entre o objeto da prova e o *thema probandum*, de maneira que “*il fatto su cui verte la prova non è rilevante in sé, ma rispetto ai fatti principali che devono essere accertati*”⁶⁸⁴.

Tal constatação já é, por si só, mais adequada à compreensão do instituto à mera referência à aptidão de influir no julgamento.

A citada relação justifica a assertiva de que a relevância decorre de uma conexão lógica entre os fatos em litígio e o resultado da atividade probatória, fundado nas inferências obtidas a partir do elemento de prova⁶⁸⁵.

A aptidão de influir no resultado do julgamento é mero efeito dessa conexão.

Não por outra razão, habitualmente a relevância é tratada mediante invocação dos brocardos latinos *quod singula non probant coniuncta probant*⁶⁸⁶ e *frustra probatur quod probantum non relevant*⁶⁸⁷, os quais, como adverte Taruffo, não contribuem para a definição do requisito de admissibilidade probatória⁶⁸⁸, na medida em que se prestam, também aqui, ao emprego de uma concepção coloquial do que seja relevância.

Afigura-se, destarte, fácil perceber que a exigência da relevância objetiva evitar a perda de tempo e de atividade processual, de modo desautorizar a produção de evidência que se revela desde logo inútil, não conclusiva ou que tenha o propósito “*di mettere in difficoltà il giudice o l'altra parte*”⁶⁸⁹.

A partir das referidas premissas, certamente por influência das *Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos da América, é muito comum a proposição de uma espécie de teste de relevância, do qual se serviria o magistrado para identificar as provas relevantes.

No mencionado teste se propõe ao magistrado a seguinte operação: “*o juiz deve assumir – como hipótese de trabalho – que aqueles elementos de prova apresentados lograrão o resultado esperado e antevisto pela parte que os apresenta ao definir a matéria*”⁶⁹⁰.

⁶⁸⁴ Tradução livre: “o fato sobre o qual a prova incide não é relevante em si, mas em relação aos principais fatos a serem apurados” (TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 55).

⁶⁸⁵ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 37.

⁶⁸⁶ Tradução livre: “Os fatos que, tomados cada um por si, nada provam, juntos provam”.

⁶⁸⁷ Tradução livre: “É inutilmente provado aqui que, quando provado, nada conclui”.

⁶⁸⁸ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 9.

⁶⁸⁹ Tradução livre: “de colocar em dificuldade o juiz ou a outra parte” (*ibid.*, p. 4).

⁶⁹⁰ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36.

Em momento subsequente, tida a suposição de que o meio de prova pode alcançar o resultado pretendido pela parte interessada, afere o julgador se “*o elemento de prova poderia suprir o julgador com informações úteis para estabelecer a verdade de um fato em litígio*”⁶⁹¹.

Não há como deixar de identificar, no particular, que a utilitarista proposta do teste de relevância, mesmo no âmbito do direito continental, não supre a falta de tratamento dogmático adequado do tema.

O mais grave da referida constatação remonta justamente à verificação de que cabe à relevância delimitar os contornos do direito subjetivo à produção de provas, na medida em que segrega, de um lado, as provas cuja admissão integra direito fundamental da parte interessada, bem como, de outro, aquelas cuja inclusão no contexto processual é vedado justamente por irrelevância, não integrando direito subjetivo do litigante.

Nesse passo, já é possível afirmar que o juízo de admissibilidade dos meios de prova não compreende, portanto, verificação antecipada sobre a eficácia da prova ou mesmo uma certeza de seu emprego como fundamento da lógica do raciocínio judicial⁶⁹².

Assim, será relevante qualquer meio de prova que, desde o ponto de vista de seu êxito positivo, “*in base, cioè, all’ipotesi formulata dalla parte che ne chiede l’ammissione*”⁶⁹³, se relaciona com os fatos que devem ser acertados em juízo.

A conexão lógica que serve de parâmetro ao reconhecimento da relevância do meio de prova compreende, ainda, o juízo de mérito por parte do julgador a respeito da repartição do ônus da prova, na medida em que engloba a constatação de que o enunciado que se intenta demonstrar com a referida evidência é atribuído justamente àquela parte que intenta a admissão da prova.

Por essa razão, Taruffo ressalta que:

in altri termini, anche se le parti, nel dedurre le prove, non si curano della regola dell’onus probandi, la regola stessa dovrebbe tuttavia essere applicata dal giudice, in quanto risponderrebbe alla funzione di indicare quale delle parti sia più idonea, e quindi legittimata, a produrre la prova.⁶⁹⁴

A essência do critério da relevância é, destarte, sinalizar que a admissão de evidências e, destarte, a extensão do direito subjetivo à introdução do material probatório, é restrita às

⁶⁹¹ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36.

⁶⁹² TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 11.

⁶⁹³ Tradução livre: “com base, ou seja, na hipótese formulada pela parte solicitante de sua admissão” (*Ibid*, p. 13).

⁶⁹⁴ *Ibid*, p. 14.

provas que mantenham conexão lógica com os fatos em litígio, de maneira que as inferências delas extraídas são úteis à apreciação dos fatos submetidos à jurisdição⁶⁹⁵.

A utilidade para o julgamento é, portanto, uma consequência da conexão lógica com os fatos do litígio.

Este é um dos aspectos em que a doutrina de Taruffo não avançou suficientemente.

Apesar de exaltar a posição central da relevância na admissão das evidências, o professor italiano não identificou nem a distinção entre os critérios de admissibilidade e as regras de exclusão probatória, nem o papel da relevância para a conformação dos contornos do direito fundamental das partes de introdução de material probatório.

Aparentemente, a falta de compreensão da lógica no raciocínio probatório, ao menos ao tempo do estudo focado na relevância, foi a principal causa da adoção do conceito.

É certo, como já consignado, que Taruffo reconheceu uma faceta lógica da relevância no juízo de admissibilidade das evidências, e para o presente problema de pesquisa reside aí a enorme importância de sua obra, todavia a abordagem promovida demanda aprofundamento.

A faceta lógica da relevância é tratada por Taruffo como decorrente da constatação de que, conquanto não constitua fato principal da causa, o elemento de prova pode ser empregado como premissa para inferência relacionada ao fato principal.

Essa inferência de fato é característica fundamental da configuração da relevância.

Isso é inegável.

Mas a dita referência pouco destoa da posição base da maioria da doutrina, que vincula a relevância justamente à aptidão de determinado meio de prova em contribuir para a solução do caso submetido a julgamento.

Nada é esclarecido acerca do motivo pelo qual determinada inferência pode ser empregada no julgamento do fato principal, enquanto outras não se prestam para tanto.

É justamente aí que reside o cerne da definição da relevância.

O litígio é composto por um enfoque subjetivo, que define a extensão pessoal da tutela, indicando quem está sujeito à mesma, bem como por uma faceta objetiva, retratando quais questões englobam a matéria submetida à decisão judicial.

O viés objetivo do litígio corresponde, então, ao *thema decidendum* ou objeto do processo, o qual corresponde, diretamente, à questão submetida à decisão judicial, em uma primeira mirada, mas compreende, ainda, em segundo enfoque, toda a atividade cognitiva empreendida pelo julgador na realização do raciocínio probatório.

⁶⁹⁵ *Ibid*, p. 36.

Em outros termos, o *thema probandum* é integrado por todas as questões compreendidas no raciocínio probatório, as quais podem decorrer da própria definição normativa da solução do litígio, assim como da própria racionalidade da sua apreciação judicial.

Assim, a denominada aptidão da prova relevante em contribuir para a solução do litígio decorre, na verdade, da circunstância de a mencionada evidência integrar com utilidade a cadeia lógica do raciocínio probatório.

É essa a essência da relevância, revelando-se a aptidão de contribuir para o julgamento como mero atributo de tal característica, consoante registrado.

A relevância se estabelece, portanto, como consequência lógica da circunstância de o *thema probandum* proposto integrar o *thema decidendum*.

Essa integração pode, é verdade, decorrer de uma relação direta, de viés normativo, referente à circunstância de o *thema probandum* abarcar uma das elementares das normas de regência do caso, mas também pode decorrer de uma faceta puramente indireta, que apesar de não integrar propriamente o cenário normativo, compõe inegavelmente a racionalidade lógica do raciocínio probatório, se prestando à sua confirmação ou à sua credibilidade⁶⁹⁶.

Um exemplo certamente aclara a proposta.

É certo que será relevante a prova da subtração de objeto no caso de furto, na medida em que, por integrar a própria prescrição normativa aplicável ao caso, tal *thema probandum* invariavelmente integrará o *thema decidendum*.

De outro lado, conquanto não integre diretamente o cenário normativo, será dotada de nítida relevância a demonstração de que determinada pessoa estava, em certa oportunidade, em um bar com amigos, e não no local da prática do fato, especificamente na hipótese de ser atribuída à mesma pessoa a realização de disparo de arma de fogo que causou homicídio exatamente na mesma oportunidade.

Também essa questão integrará o *thema decidendum*, invariavelmente.

Portanto, o viés direto ou indireto não é parte integrante da definição da relevância.

Tampouco o teste de relevância serve à definição, conquanto dotado de inegável importância pragmática na identificação das provas dotadas de relevância.

A relação racional entre o *thema probandum* e o *thema decidendum*, que serve de base à configuração da relevância probatória, decorre fundamentalmente de uma característica fática, de modo que a ligação característica do critério da relevância haverá de observar

⁶⁹⁶ UBERTIS, Giulio. *I criteri di ammissibilità probatoria*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 199.

inclusive a mencionada particularidade, podendo tangenciar justamente a tal enfoque da atividade probatória.

Não é por outra razão que a relevância, enquanto critério de admissão das provas no processo não se confunde com a relevância jurídica, circunstância de qualificação de determinados fatos, reservada especificamente àqueles que ostentam consequência na esfera jurídica⁶⁹⁷.

Assim, o juízo de relevância jurídica é critério epistêmico próprio da fase de valoração das provas, ao passo que o critério de relevância racional é próprio da admissão das provas, de maneira que não se confundem.

Retomando a ideia central de que a relevância decorre da circunstância de o *thema probandum* integrar o *thema decidendum*, é flagrante o acerto da proposta que reconhece a distinção do modo de sua incidência no processo, ora integrando diretamente a definição normativa do fato, ora integrando outros aspectos do raciocínio probatório.

Tratando-se de prova relativa ao fato principal, integrante da própria imputação, a relação de relevância é direta, imediata, dada a identidade entre o objeto da prova e as proposições integrantes do *thema decidendum*.

De outro lado, a mencionada relação assume forma indireta quanto a fatos que sejam secundários à imputação, de maneira que a relevância poderá se configurar se e na medida que as provas sirvam de fundamento idôneo ao accertamento do fato principal na situação concreta⁶⁹⁸, integrando o raciocínio probatório.

Hay dos especies importantes de pruebas relevantes: pruebas directamente relevantes y pruebas indirectamente relevantes (...). La prueba E* es directamente relevante porque está enlazada directamente por medio de una cadena de razonamiento a un *probandum penúltimo* P1. Como resultado, se dice que E* es prueba directamente relevante se la cadena de razonamiento es sostenible (...). Aunque no están directamente enlazados con el *probandum penúltimo* son, sin embargo, relevantes porque cada uno de ellos impacta en la fortaleza o debilidad de los eslabones de la cadena de razonamiento determinada por un ítem de prueba directamente relevante. Como resultado (...) constituyen *pruebas indirectamente relevantes o prueba auxiliar*.⁶⁹⁹

Sempre que o meio de prova oferecer ao processo racional de construção do julgamento certeza acerca de enunciado fático a partir do qual, por procedimento racional inferencial mais ou menos complexo, for possível estabelecer premissa relativa ao fato principal, ainda que

⁶⁹⁷ *Ibid*, p. 26.

⁶⁹⁸ *Ibid*, p. 56.

⁶⁹⁹ ANDERSON, Terence; SCHUM, David & TWINING, William. **Análisis de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2015, p. 97.

mediante identificação de outro fato secundário⁷⁰⁰, haverá de se reconhecer a relevância do elemento de prova.

É de Taruffo a advertência de que “*la prova è rilevante quando il suo oggetto può costituire la premessa di un’inferenza la cui conclusione riguarda l’esistenza di un fatto principale contestato*”⁷⁰¹, indicando que, apesar de não detalhada, tal circunstância foi intuída pelo doutrinador italiano.

No mesmo sentido, em obra específica acerca da ação da lógica no direito, Garbolino conclui que haverá relevância epistêmica quando verificado que a hipótese sobre um dado evento explica, infirma ou interfere na credibilidade do fato em julgamento, contribuindo para a construção racional entre os respectivos enunciados⁷⁰².

Justamente nesse particular reside a pedra de toque à configuração da relevância, enquanto critério de admissibilidade de elementos de prova: a relevância é epistêmica, e não jurídica ou fática, de maneira a se reconhecer sua presença sempre que o *thema probandum* integrar o *thema decidendum*, compondo, portanto, o raciocínio probatório do julgador.

A estruturação do juízo de relevância compreende, assim, um viés dedutivo, indicador de uma ideia de relação mediata, fundada em uma premissa geral que viabiliza, mediante emprego de técnica dedutiva, a formação de conhecimento aplicável ao caso específico⁷⁰³.

... no debe perderse de vista que la decisión sobre la relevancia de las pruebas es, precisamente, una decisión judicial que se caracteriza por ser individual; es decir, el juez decide sobre cada uno de los diversos elementos de prueba; de todo-nada, al menos a efectos procesales es categórica, dado que el resultado de calificar a una prueba como relevante o irrelevante sólo puede ser su admisión o su exclusión; y dinámica, porque depende de las circunstancias concretas de cada caso existentes al momento de determinar la admisibilidad⁷⁰⁴.

Além disso, também é inadequada a concepção causal da relevância tendo em vista que a conexão que lhe serve de lastro se funda entre proposições fatuais, e não entre fatos propriamente ditos, o que lhes confere inegável caráter lógico, e não material⁷⁰⁵.

Assim, o juízo de relevância decorre de um nexó decisório, hipotético, abstratamente estabelecido, entre o objeto da prova e a *regiudicanda*, no sentido de que a demonstração dos

⁷⁰⁰ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 250.

⁷⁰¹ Tradução livre: “a prova é relevante quando seu objeto pode constituir a premissa de uma inferência cuja conclusão diz respeito à existência de um fato principal controverso” (*Ibid*, p. 56).

⁷⁰² GARBOLINO, Paolo. **Probabilità e logica della prova**. Milano: Giuffrè, 2014, p. 24.

⁷⁰³ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 180.

⁷⁰⁴ VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. *Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica*. **Problema – Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**. México, n. 11, enero-diciembre de 2017, p. 360.

⁷⁰⁵ TARUFFO, *op.cit.*, p. 179.

enunciados fáticos das partes vinculados a determinadas evidências produzirá consequências na construção do raciocínio do julgador acerca dos fatos deduzidos em juízo⁷⁰⁶.

Será justamente a natureza direta ou indireta das inferências obtidas a partir de determinadas evidências, em relação ao fato principal da imputação, que servirá de critério à tão conhecida classificação das provas em diretas ou indiretas, de modo que o juízo de admissibilidade deve estar adstrito às hipóteses em que “*exista elevada verossimilhança ou probabilidade de o fato secundário ser útil para provar a existência e a eficácia do fato principal*”⁷⁰⁷.

Portanto, a relevância tem por efeito a aptidão, fruto da correspondência extrínseca⁷⁰⁸ da prova, para tornar mais ou menos provável qualquer circunstância fática vinculada a enunciado das partes atrelado à controvérsia⁷⁰⁹.

Por corolário, o juízo de admissibilidade tem por efeito a presumível eficácia da prova⁷¹⁰, aferida sob enfoque lógico sistemático à luz dos enunciados fáticos trazidos pelas partes.

il giudizio di rilevanza consiste nell’instaurazione di un rapporto inferenziale tra la proposizione relativa all’oggetto della prova e quella che descrive un fatto principale, corrispondono le ipotesi in cui l’accertamento del *factum probandum* avviene mediante un’argomentazione logica di carattere presuntivo, mentre tale corrispondenza sono evidenti: se il giudizio di rilevanza costituisce un’anticipazione del procedimento logico di accertamento dei fatti della causa, esso avrà natura inferenziale quando, per la natura e per l’oggetto della prova, anche tale procedimento richieda la formulazione di una inferenza e si qualifichi quindi come *presuntivo*.⁷¹¹

Logo, a relevância não se define a partir da aptidão de certo meio de prova de contribuir para o julgamento do litígio, na medida em que esta é apenas consequência de sua condição de relevante, mas sim pela constatação de que o *thema probandum* é compreendido pelo *thema decidendum*, seja pela composição da solução normativa do litígio, seja pela estruturação do raciocínio probatório, a partir dos enunciados das partes.

⁷⁰⁶ UBERTIS, Giulio. *I criteri di ammissibilità probatoria*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 199.

⁷⁰⁷ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2008, p. 314.

⁷⁰⁸ FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M.; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. **La prova nel dibattimento penale**. 4.ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2020, p. 84.

⁷⁰⁹ GARBOLINO, Paolo. **Probabilità e logica della prova**. Milano: Giuffrè, 2014, p. 34.

⁷¹⁰ TARUFFO, *op.cit.*, p. 165.

⁷¹¹ Tradução livre: “o julgamento de relevância consiste no estabelecimento de uma relação inferencial de relevância entre a proposição relativa ao objeto da prova e aquela que descreve um fato principal, correspondem às hipóteses em que a apuração do fato *probandum* se dá por meio de uma argumentação lógica de natureza presuntiva, sendo evidente esta correspondência: se o juízo de relevância constituir uma antecipação do procedimento lógico de apuração dos fatos da causa, terá caráter inferencial quando, pela natureza e objeto da prova, este procedimento também requer a formulação de uma inferência e, portanto, qualifica-se como presuntivo” (*Ibid.*, p. 167).

A confrontação da dita premissa com a estrutura padrão do raciocínio decisório proposta por Taruffo⁷¹² – baseado na individualização da *ratio decidendi*, na individualização da norma, na apuração dos fatos, na qualificação jurídica do suporte fático, na decisão e na própria racionalidade do raciocínio decisório – e com o esquema mínimo argumentativo de Toulmin⁷¹³ - integrado pelas *claims, grounds, warrants, backings, qualifiers* e *rebuttals* – indica que a compreensão do *thema probandum* pelo *thema decidendum* pode se operar em qualquer dos enfoques do esquema argumentativo, bem como pode se integrar a qualquer dos segmentos da estrutura padrão do raciocínio decisório.

Destarte, será relevante a evidência que possa integrar com aptidão de resultado cognitivo superior a zero qualquer das etapas do raciocínio decisório antes indicadas, o que é reflexo da circunstância de o respectivo *thema probandum* estar compreendido no *thema decidendum*.

5.2.1. Relevância versus pertinência?

A partir do cenário ora proposto, que relaciona a relevância a uma faceta da incidência da lógica no processo, superando a noção de mera aptidão de influenciar na decisão, é importante retomar o exame da usual relação entre as noções de relevância e de pertinência.

No cenário da posição doutrinária mais aceita quanto à mencionada figura, a pertinência é vinculada a um juízo de identidade entre o fato que se pretende demonstrar e o contexto fático da imputação, tanto em seu enfoque principal, quanto em viés secundário, correspondendo assim à constatação de que “o fato objeto da prova pertine ao fato objeto do processo”⁷¹⁴.

Destarte, a pertinência seria referente, então, a uma relação de conexão com o *thema probandum*, vinculando o objeto da prova com o objeto do processo⁷¹⁵, o que justificaria a posição de Ubertis, no sentido de que a pertinência diria respeito a uma idoneidade conteudista⁷¹⁶, correspondente a uma congruência com o *thema decidendum*⁷¹⁷.

⁷¹² TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 194.

⁷¹³ TOULMIN, Stephen E. **The use of argument**. Updated edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

⁷¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coord). **Garantismo Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 241.

⁷¹⁵ VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. *El principio de inclusión de la prueba relevante en el Código Procesal Penal chileno*. **Revista chilena de Derecho**. v. 48, n. 1, 106 (2021), p. 84.

⁷¹⁶ UBERTIS, Giulio. *I criteri di ammissibilità probatoria*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 200.

⁷¹⁷ *Ibid*, p. 198.

A compreensão adequada da relevância, todavia, não permite sustentar o emprego concomitante do termo pertinência, ou outro que o valha, em conjunto com a relevância como regente da admissão de elementos de prova, notadamente a partir da identificação da posição central da lógica na definição das provas admissíveis.

O original latino *pertinens* indica aquilo que concerne, que diz respeito, que se relaciona ou se refere a determinada coisa, ao passo que a expressão relevância se refere justamente ao sentido de importância, de necessidade, indicando a notória essencialidade de um objeto em relação a outro.

Apesar da dita compreensão eminentemente linguística, que sinaliza significação distinta dos mencionados termos, é de se reconhecer que há razoável emprego das expressões pertinente e relevante como se sinônimas fossem, consoante se identificou em tópico antecedente.

Nesse quadro, mesmo sob enfoque linguístico, é de se identificar que as noções de relevância e de pertinência são distintas, apesar de, ainda assim, manterem entre si notória relação.

Tal circunstância, por si só, desautoriza o emprego das expressões como se sinônimos fossem.

Com efeito, é certo que o fato de uma coisa se referir a outra, de ser a ela pertinente, não corresponde necessariamente a que seja para ela relevante, importante, essencial, todavia, ainda assim, é possível afirmar que aquilo que é relevante para dada coisa, será inevitavelmente pertinente a ela.

Foi nesse cenário que Gustavo Badaró identificou, acuradamente, que as expressões pertinência e relevância são relacionadas, mantendo entre si relação de continente e conteúdo, como círculos concêntricos, em que o âmbito de incidência da pertinência é flagrantemente maior do que o da relevância⁷¹⁸, o que retira a utilidade daquele.

Em outros termos, tudo que for relevante será necessariamente pertinente, ao passo que a pertinência não assegura necessariamente a relevância, de modo que configurada uma “*evidente inutilidade da duplicação conceitual*”⁷¹⁹.

A despeito da mencionada constatação, o professor das Arcadas se manifesta pela correção do emprego conjunto das noções de relevância e de pertinência como coisas distintas, afirmando estarem “*ambos ligados à relação lógica entre o fato objeto da prova que se requer*

⁷¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coord). **Garantismo Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 240.

⁷¹⁹ *Ibid*, p. 240.

e o fato objeto do processo, segundo a imputação penal ou a causa de pedir, no processo civil”⁷²⁰.

Eduardo Cambi também adota tal compreensão, detalhando que “*são pertinentes aqueles fatos que dizem respeito à causa ou que não são estranhos ao objeto do processo*”⁷²¹, enquanto a relevância corresponde aos fatos que, sendo pertinentes, são capazes de influir na decisão da causa. Nessa esteira, a relevância se referiria à concreta idoneidade de determinada prova para demonstrar o *factum probandum*.

A posição sustentada por Cambi, entretanto, foi objeto de crítica por parte de Gustavo Badaró na medida em que, “*além de conceitualmente inadequado, pois a noção de idoneidade concreta supera o plano meramente lógico, é perigoso, por abrir um grande campo de subjetivismo*”⁷²².

Não há como deixar de verificar o equívoco da vinculação entre a relevância, enquanto elementar da admissão das provas, e a compreensão de verdade dos fatos alegados, tratada na espécie sob o signo da idoneidade concreta.

Fixada tal premissa, na esteira da concepção proposta neste estudo, que compreende não apenas uma reconstrução do princípio da relevância, para situá-lo na racionalidade da construção lógica da decisão judicial, mas também pretende promover a distinção de seu tratamento jurídico frente àquele reservado às regras de exclusão probatória, não se justifica a menção à pertinência como requisito de admissão das evidências.

A concepção proposta de relevância compreende necessariamente a significação da pertinência, de maneira que, se todas as provas admissíveis são relevantes, é inevitável que as mesmas sejam também pertinentes.

Se a pertinência se refere a uma relação de identidade de assunto entre o objeto da prova e a causa em julgamento, é inevitável a conclusão de que a pertinência é compreendida pela relevância, que corresponde à aptidão do elemento de convicção a conformar o raciocínio judicial de julgamento do litígio, justamente em razão da identidade constatada.

Neste toar de ideais, a adequada situação da relevância, enquanto critério reitor da admissão das evidências no processo, não justifica a invocação da pertinência para conduzir o procedimento de seleção das provas que devem integrar a etapa valorativa do julgamento judicial, ratificando a inutilidade funcional de seu emprego.

⁷²⁰ *Ibid*, p. 241.

⁷²¹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2008, p. 299.

⁷²² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coord). **Garantismo Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 241.

Com base em tais premissas, é viável apreciar outros institutos que são habitualmente relacionados com a relevância, enquanto requisito de admissibilidade das provas.

5.2.2. Relevância e potência epistêmica da prova

A noção de potência epistêmica se refere à efetiva importância de um dado elemento de prova para ratificar ou infirmar, em determinado caso concreto, hipótese das partes acerca dos enunciados apresentados no debate processual.

Em outros termos, se a relevância retrata a identificação hipotética do potencial cognitivo de determinada evidência em relação a certo julgamento, como decorrência da relação de compreensão do *thema probandum* no *thema decidendum*, o potencial epistêmico sinaliza o efetivo resultado, objeto do material cognitivo na conformação do raciocínio probatório.

Nesse cenário, a potência epistêmica é, então, o concreto efeito de determinado meio de prova no julgamento, validando determinados enunciados em debate⁷²³.

Não há dúvida de que, sobretudo a partir da teoria de Susan Haack sobre a definição de certa hipótese como prevalente⁷²⁴, o raciocínio probatório é incompatível, ao menos em tese, com a vinculação a certo elemento de prova específico, conquanto não se possa negar o protagonismo que determinadas evidências têm na solução da causa em julgamento⁷²⁵.

Esse cenário sinaliza aspecto importante da questão, na medida em que indica que, enquanto a aferição da relevância do elemento de prova é promovida na fase de admissão das evidências, a medição de seu potencial epistêmico é reservada à etapa da valoração, quando já definidas as provas admissíveis.

Portanto, a potência epistêmica, cujo reconhecimento se efetiva em momento probatório posterior à etapa de admissão das provas⁷²⁶, não guarda relação com a relevância do elemento de convicção, mesmo que indireta.

Em outros termos, apesar de interligadas, as noções de relevância e de potencial epistêmico são distintas, eis que, além de incidir em momentos diversos da atividade probatória, tem objetos diferentes, visto que, enquanto aquela tangencia ao “*potencial cognoscitivo que a informação poderá trazer*” ao julgador, este “*depende da credibilidade do meio de prova*”⁷²⁷.

⁷²³ PARDO, Michael S. & ALLEN, Ronaldo J. *Judicial Proof and the Best Explanation*. **Alabama Law**. Tuscaloosa, 2007, p. 19.

⁷²⁴ HAACK, Susan. **Filosofía del Derecho y de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2020, p. 301.

⁷²⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁷²⁶ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 37.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 233.

Tal assertiva, ademais, se ratifica ainda pela percepção de que a avaliação acerca da relevância do meio de prova se opera em uma verificação hipotética, e não com enfoque no resultado concreto, da aptidão do elemento de convicção em interferir hipótese no julgamento⁷²⁸.

Portanto, o potencial epistêmico do elemento de convicção não se confunde com sua relevância, enquanto elemento central do juízo de admissibilidade probatória, apesar de ser razoavelmente comum o emprego coloquial da expressão para se referir à importância, ao caráter decisivo, à relevância, aqui em sentido coloquial, de uma dada evidência⁷²⁹.

5.2.3. Relevância e ônus da prova

Também o ônus probatório, enquanto distribuição normativa do encargo de apresentar evidência a respeito de dado enunciado, não se confunde com a relevância, cuja atribuição é definir a admissibilidade das provas.

O ônus ou encargo probatório é, aliás, a mais habitual vertente de apreciação da atividade probatória das partes no processo judicial, referindo-se, como dito, à atribuição que a legislação reserva a cada um dos litigantes de promover a demonstração de seus enunciados em juízo, pena de ver aplicada a consequência prevista pelo legislador como consectário ao desatendimento do mencionado ônus ou encargo.

Portanto, ônus da prova e relevância dos elementos de convicção são institutos absolutamente distintos, conquanto estejam centrados na atividade probatória do processo judicial.

É que a aptidão de influir no julgamento, aferida em tese, sob enfoque da solução hipotética a ser checada em relação aos enunciados das partes, decorrente da compreensão do *thema probandum* pelo *thema decidendum*, incide em relação ao próprio meio de prova proposto, independentemente de qual seja a parte a quem atribuído o encargo no caso específico.

Assim, no exame da relevância dos elementos de prova para fins de sua admissibilidade em juízo, não faz diferença quem tenha sido o proponente da atividade probatória e, sobretudo, a quem seja impositivo o respectivo ônus probatório⁷³⁰.

⁷²⁸ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 12.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁷³⁰ Tradução livre: “carece de fundamentação textual nas normas positivas quanto ao ônus da prova, mas, ao contrário, parece completamente

Logo, a deliberação a respeito da admissibilidade de elemento de prova, no viés da sua relevância, não mantém relação com a identificação da parte incumbida do ônus probatório quanto ao enunciado que se pretende demonstrar com o dito elemento de convicção.

5.2.4. A prova inverossímil

Dentre as inúmeras referências identificadas na doutrina e na jurisprudência acerca das espécies probatórias inadmissíveis, são muito comuns as referências à figura denominada prova inverossímil, a qual, por tal característica, seria inviável de integrar o direito subjetivo da parte à introdução do material probatório.

Verossímil é, por definição, atributo de probabilidade, de verdade e correção de determinada narrativa, consistindo em noção extremamente cara ao direito processual, especialmente na construção da teoria geral das tutelas de urgência.

Conquanto a maior parte da doutrina simplesmente não se dedique ao estudo do tema, Franco Cordero ressalta preferir a expressão *probabile*, ao invés de *verosimile*, pontuando que “*in un senso diverso dal consueto, anche se morfologicamente esatto: ‘quod probari possit’*”.⁷³¹

Assim, prova verossímil ou provável, aqui empregadas as expressões como sinônimas, é aquela cujo conteúdo ostenta aparência, impressão, de realidade, de verdade, servindo-se, com isso, à conformação de um juízo prévio, provisório, de acerto relativo ao exame dos fatos.

Por conseguinte, prova inverossímil é aquela que é destituída de aparência de realidade, de veracidade, frente a dada narrativa, compreendendo, então, quaisquer instrumentos probatórios que, em um exame preliminar, aparente, perfunctório, se revelam incompatíveis com os acontecimentos efetivos.

Fácil perceber, então, que o dito atributo tem relação com a valoração da evidência, e não com sua admissão.

Imagine-se o relato de álibi cujas relações pessoais com o agente, apesar de não configurarem hipótese de indeferimento do compromisso de dizer a verdade (art. 208 do CPP), estabeleçam, desde logo, no íntimo do julgador, dúvida acerca da veracidade de seu relato,

alheio ao nosso sistema” (TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 15).

⁷³¹ Tradução livre: “Em um sentido diferente do usual, ainda que morfologicamente exato: ‘isso pode ser provado’” (CORDERO Franco. **Procedura penale**. Milano: Giuffrè, 2012, p. 572).

como no caso de alguém que reconheça sua condição de amigo do réu, mas negue a circunstância da intimidade.

Tal constatação permite inferir que, de fato, a prova inverossímil, conquanto aparentemente desvinculada da realidade, o que conduz à compreensão provisória da irrealidade de seu conteúdo, mantém relação com o objeto do processo, o que compreende atendimento ao princípio da relevância.

Em outras palavras, a aparente irrealidade da evidência não afasta a relação de relevância que pode manter com objeto do litígio, além de ratificar que tal característica se refere à valoração da prova.

Logo, havendo uma compreensão do *thema probandum* pelo *thema decidendum*, afigura-se nítida a relevância da evidência, mesmo que aparentemente irreal.

Portanto, as provas inverossímeis consistem, pois, em espécie probatória que comporta juízo positivo de admissibilidade sob enfoque da relevância, especialmente porque o dito atributo se refere à valoração da prova.

5.2.5. Prova inidônea

Também é comum o emprego da expressão prova inidônea no exercício do juízo de admissibilidade das evidências.

Se em relação à falta de verossimilhança da prova a conclusão é de que tal característica não influi no juízo de admissão da evidência, é possível afirmar que, quanto à prova inidônea, a conclusão é absolutamente diversa.

A inidoneidade ou, examinando no viés da outra face da mesma moeda, a idoneidade é atributo que expressa capacidade, aptidão, competência, para determinada finalidade, de maneira que, no enfoque puramente probatório, prova idônea é aquela apta, adequada, capaz, para comprovar determinada circunstância fática.

Por corolário, a prova inidônea é aquela que não ostenta atributos suficientes à demonstração de determinada circunstância integrante do objeto da controvérsia, como na hipótese de indicação de testemunha que desconheça as circunstâncias da conduta delitiva e cujas declarações não interferem em circunstâncias secundárias relativas à imputação.

No mesmo sentido pode ser apontada a circunstância de prova desprovida de confiabilidade, como no caso de exame técnico de jogos de tarô ou de búzios, na medida em

que desprovidos de cientificidade que assegure mínima aplicação de suas conclusões no cenário dos litígios judiciais.

As ditas evidências são, então, inidôneas, na medida em que incapazes de influir validamente na apreciação dos fatos em juízo, eis que inúteis por “*completamente inidóneo o inasequible para los fines que persigue*”⁷³².

Nesse toar de ideias, a inidoneidade do elemento de prova redundante na circunstância de a mesma não dispor de aptidão de produzir conteúdo cognitivo, não servindo assim à solução do litígio submetido à jurisdição.

É, então, inegável a inadmissibilidade das ditas evidências, a qual, todavia, não se insere no cenário de incidência do princípio da relevância, na medida em que é possível admitir, ao menos em tese, que a questão que se proponha a demonstrar – o *thema probandum* – integre o *thema decidendum*.

Portanto, a inadmissibilidade da prova inidônea decorre do critério secundário da idoneidade do meio de prova, e não propriamente do princípio da relevância.

5.2.6. Prova inconcludente

Também é muito comum o emprego da expressão prova inconcludente no âmbito do juízo de admissão das evidências.

Por definição etimológica, conclusivo ou conclusivo é adjetivo que retrata atributo decorrente da viabilização de conclusão, de demonstração irrefutável, de determinada circunstância.

Nesse cenário, prova inconcludente é aquele desprovida do referido atributo, de maneira que não se presta a demonstrar irrefutavelmente determinada circunstância submetida à atividade probatória.

Logo, a inconcludência não tangencia ao objeto da prova em si ou à sua relação com o objeto do litígio, mas sim ao resultado do raciocínio probatório exercido pelo julgador acerca da mencionada evidência.

⁷³² VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. *El principio de inclusión de la prueba relevante en el Código Procesal Penal chileno*. **Revista chilena de Derecho**. v. 48, n. 1, 106 (2021), p. 84.

Em outras palavras, a inconcludência tem relação com a potência epistêmica, e não com admissibilidade da prova, o que remete às considerações apresentadas em relação ao potencial epistêmico das evidências.

Assim, o juízo de inconcludência não se refere à etapa de admissibilidade probatória, mas sim à fase de sua apreciação no julgamento, na valoração propriamente dita das evidências.

Destarte, a prova inconcludente, desde que admissível sob o enfoque da relevância, haverá de estar inserida no direito à introdução do material probatório.

5.2.7. Relevância e máximas de experiência

Consoante já consignado no presente estudo, as máximas de experiência são espécie de inferência probatória empregada na definição dos fatos na apreciação judicial, especificamente como *“su premisa mayor en materia de hechos y permiten valorar los distintos medios de prueba para llegar a conclusiones fácticas”*⁷³³.

Em outros termos, as máximas de experiência são enunciados gerais, decorrentes de um conjunto de dados concretos⁷³⁴, que se revelam úteis para a formação de conhecimento acerca de fatos submetidos a julgamento⁷³⁵, especificamente como premissa inferencial de raciocínio indutivo⁷³⁶.

Nesse contexto, as máximas de experiência estabelecem presunção aplicável ao raciocínio inferencial atinente às provas, cujo conteúdo, todavia, não se reveste de aplicação absoluta, irrefutável, de maneira que, embora usual seu emprego na perspectiva do raciocínio probatório do julgador, amplamente viável que, em determinada situação concreta, se demonstre que a presunção fixada não corresponde necessariamente à realidade fática naquele cenário específico.

Logo, conquanto inegável a importância das máximas de experiências no raciocínio judiciário, é de se reconhecer a viabilidade de demonstração da relevância, em cada caso concreto, que se preste à sua infirmação e, assim, à refutação da própria conclusão do julgador fundada na referida inferência.

⁷³³ LIMARDO, Alan. *Repensando las máximas de experiencia*. **Quaestio facti**. Madrid, n. 2, 2021, p. 119.

⁷³⁴ TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970, p. 208.

⁷³⁵ *Ibid*, p. 205.

⁷³⁶ *Ibid*, p. 200.

Portanto, absolutamente viável imaginar prova relevante em viés lógico tendente à infirmação de máxima de experiência, assim como de qualquer outra inferência de modo geral.

5.2.8. Relevância e conhecimento privado do juiz

Inegavelmente, a maior dificuldade do tratamento do tema do conhecimento privado do juiz no âmbito processual reside na adequada identificação do que seja o dito instituto, vale dizer, de qual é a extensão da mencionada espécie do saber.

Freidrich Stein, talvez na obra mais completa sobre o tema⁷³⁷, no que é seguido por Gilberto Fachetti, distingue o conhecimento privado em saber efetivamente privado e saber cultural, o qual engloba as regras de experiência comum, técnicas e axiológicas, além dos fatos notórios⁷³⁸.

Nesse sentido, é evidente que a expressão conhecimento privado do juiz pode abarcar não apenas os fatos e circunstâncias de cada litígio que o julgador possa ter conhecido por iniciativa própria ou por ocorrência circunstancial, mas também aquele acervo cognitivo fundado na perspectiva individual que cada ser humano adquire, em relação ao mundo em que vive, durante a vida.

Não há como negar que, no enfoque amplo, no que Stein denomina saber cultural do julgador, se inclui ontologicamente todo e qualquer conhecimento humano, inclusive do magistrado, na medida em que inviável dissociar deliberações judiciais de suas vivências e experiências próprias, que acabam por condicionar, ainda que indiretamente, suas convicções.

A situação é diversa, entretanto, no caso do saber efetivamente privado, que se refere às circunstâncias de cada litígio específico que o julgador conheça, por iniciativa própria ou circunstancialmente.

Quanto ao saber efetivamente privado, a questão do conhecimento próprio do juiz tem por parâmetro o princípio dispositivo, em razão do qual somente as partes podem deduzir a matéria litigiosa no processo, resolver sobre a necessidade de sua comprovação e impulsionar a tramitação⁷³⁹.

⁷³⁷ STEIN, Freidrich. **El conocimiento privado del juez**. Bogotá: Temis, 2018.

⁷³⁸ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **As máximas de experiência no processo civil**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, p. 149, 2009, p. 86.

⁷³⁹ FLORES GARCIA, Fernando. *Comentarios acerca del conocimiento privado del juez en el Derecho Procesal Mexicano*. **Revista de la Facultad de Derecho de México**. 148-150, tomo XXXVI, julio-diciembre 1986, pp. 67-99, p. 75.

A doutrina se manifesta quase unanimemente pela inviabilidade de se aceitar o conhecimento privado do juiz como instrumento válido para definição da verdade no processo⁷⁴⁰, na medida em que não se equipara ao conhecimento geral, ainda que especializado⁷⁴¹.

Também a jurisprudência é firme nessa compreensão, consoante se identifica de conhecido precedente da *Corte Suprema de Justicia del México*, que afirma expressamente que “*el conocimiento privado del juez o de los demás sujetos procesales no tiene efectos probatorios*”⁷⁴².

Nesse cenário, o exame da relevância dos meios de prova, enquanto requisito de sua admissibilidade, será amplamente influído pelo conhecimento privado do juiz, aqui empregado como seu saber cultural, até mesmo porque a aferição da conexão lógica inerente à relevância segue a mesma estrutura inferencial das máximas de experiência.

5.2.9. Relevância e *best evidence rule*

São usuais no direito da *common law* as menções à regra do *best evidence rule*, indicando a melhor possibilidade probatória disponível, considerando a inviabilidade de apresentação de escrito, gravação ou fotografia original.

É o que prescreve a regra 1004 das *Federal Rules of Evidence*⁷⁴³:

Rule 1004. Admissibility of Other Evidence of Content

An original is not required and other evidence of the content of a writing, recording, or photograph is admissible if:

- (a) all the originals are lost or destroyed, and not by the proponent acting in bad faith;
- (b) an original cannot be obtained by any available judicial process;
- (c) the party against whom the original would be offered had control of the original; was at that time put on notice, by pleadings or otherwise, that the original would be a subject of proof at the trial or hearing; and fails to produce it at the trial or hearing; or
- (d) the writing, recording, or photograph is not closely related to a controlling issue.

⁷⁴⁰ *Ibid*, pp. 67-99, p. 82.

⁷⁴¹ CALDERÓN B., Juan Sebastián & JIMÉNEZ M., Felipe Gonzalo. *Juez y parte: sobre el conocimiento privado del juez y su uso para fundamentar la decisión judicial*. **Cuadernos de Derecho Penal**. 2500-526x [en línea], enero-junio de 2016, pp. 141-178, p. 161.

⁷⁴² FLORES GARCIA, *op.cit*, pp. 67-99, p. 82.

⁷⁴³ Tradução livre: Regra 1004. Admissibilidade de outras provas de conteúdo. Um original não é exigível e outras evidências do conteúdo de um escrito, uma gravação ou uma fotografia é admissível se: (a) todos os originais foram perdidos ou destruídos, e não por má-fé do proponente; (b) um original não pode ser obtido por qualquer processo judicial disponível; (c) a parte contra a qual o original poderia ser oferecido tem controle sobre os originais, foi notificado por petição ou outra forma que o original poderia ser objeto de prova ou oitiva em julgamento, e deixou de apresentá-lo em julgamento; (d) o escrito, gravação ou fotografia não está sujeita a procedimento de controle.

A *best evidence rule* se refere, então, ao cabimento de prova tendente à demonstração do conteúdo de escrito, filmagem ou imagem cujo original não esteja disponível, viabilizando, destarte, que o interessado demonstre validamente a razão da inviabilidade de apresentação da evidência original, empregado meio substituto ou indireto à demonstração de seu conteúdo.

Destarte, a mencionada regra institui ferramenta para restringir o conhecimento pelos jurados de evidências que sejam válidas e que não possam induzi-los à errônea formação de convencimento⁷⁴⁴.

Nesse cenário, o *best evidence rule* consiste em parâmetro de limitação epistêmica do direito à prova, assumindo a condição de regra de exclusão probatória, que não se confunde com o âmbito de incidência do princípio da relevância.

5.2.10. Relevância e standard de provas.

Os standards de prova, conforme brevemente registrado em tópico anterior do presente estudo, correspondem à definição, estruturalmente atribuível ao legislador, do nível de suficiência probatória para fins de se considerar, no julgamento judiciário, comprovada determinada hipótese.

Em outros termos, além de definir e repartir os ônus da atividade probatória, estabelecendo politicamente o encargo de cada um dos litigantes, cabe ao legislador ainda, especificamente com o objetivo específico de fixar parâmetros instrumentos suficientes para evitar o erro judiciário, fixar padrões mínimos de acreditação para cada hipótese debatida judicialmente.

Assim, o livre convencimento motivado é garantia fundamental do cidadão que supera o modelo da tarifação probatória, assegurando a liberdade de convicção do julgador como medida de resguardo à adequada prestação da jurisdição.

Tal garantia, entretanto, tem regime jurídico complementado pela incidência da lógica e da racionalidade na conformação do raciocínio probatório, que serve ao estabelecimento de condição de legitimação ao exercício da jurisdição.

⁷⁴⁴ NANCE, Dale A. *Naturalized Epistemology and the Critique of Evidence Theory*. **Faculty Publications**. 227, 2001, pp. 1555-1556.

De nada adianta, entretanto, assegurar a legitimidade da jurisdição mediante exigência da demonstração da logicidade do raciocínio probatório se não houver uma definição preexistente, em âmbito legislativo, de qual o padrão de acreditação das hipóteses processuais deve ser observado pelo julgador para considerar demonstrados cada um dos enunciados das partes.

Portanto, a despeito da atribuição da epistemologia de preencher o vazio estabelecido pelo livre convencimento motivado do julgador, é de se ver que a filosofia da racionalidade não define, em cada caso concreto, quando se considera atendido o requisito legal para se considerar provado um dado enunciado.

Para melhor situar o tema, é de se ver que a sentença penal condenatória tem como standard probatório a demonstração, para além de qualquer dúvida probatória, da hipótese condenatória, de modo que, quanto à tutela penal condenatória, foi esse o nível de exigência para acreditação estabelecido pelo legislador.

É certo que caberá à epistemologia conformar o raciocínio do julgador de apreciação e de valoração das provas, a fim atribuir a condição de verdade a determinados fatos, todavia, ainda assim, não compete à filosofia e à racionalidade apontar quando os fatos apurados serão suficientes à concessão de dada tutela jurisdicional.

O dito papel é inerente aos standards probatórios.

Essa diminuta referência viabiliza concluir, com segurança, que inexistente relação entre o standard de provas e a relevância, enquanto requisito de admissibilidade das evidências.

Os standards probatórios incidem especificamente na valoração das provas, ao passo que a apreciação da relevância consiste em requisito de admissibilidade das evidências, o que indica a falta de relação entre os institutos.

5.3.As demais circunstâncias da admissibilidade probatória

Devidamente desenhada a adequada extensão do princípio da relevância, especificamente a partir do cenário constituído pela lógica, é necessário apreciar as demais figuras tratadas pela doutrina e pela legislação como requisitos de admissibilidade das provas, sobretudo com o escopo de aferir eventual distinção em relação à relevância.

Conforme amplamente detalhado em tópico antecedente, além do estabelecimento da relevância como critério central de admissão das provas, ainda que sem apontar devidamente

seu conteúdo e eventualmente permeá-lo pela figura da pertinência, é amplamente disseminado na realidade contemporânea um modelo de estabelecimento de inadmissão de evidências protelatórias, excessivas e referentes a questões incontroversas.

Nesse contexto, no escopo de melhor situar a compreensão do princípio da relevância, é fundamental examinar cada uma destas circunstâncias, identificando se integram ou não a concepção ora definida.

5.3.1. Prova supérflua, redundante e repetitiva

Inegavelmente, superfluidade, redundância e repetitividade são noções distintas, conquanto guardem entre si um referencial comum no aspecto probatório, consistente na suficiência dos demais elementos de convicção apresentados.

Assim, o caráter supérfluo, redundante e repetitivo de determinada evidência traz ínsita a compreensão de que tais provas não ostentam potencial cognitivo frente às outras provas já devidamente apresentadas.

Tal enfoque é comum às mencionadas espécies probatórias, conquanto as mesmas tenham aspectos próprios, particulares de cada uma delas.

Supérfluo é o desnecessário, excessivo, sobejante. A redundância e a repetitividade, de outro lado, ostentam nítido aspecto de sinonímia, na medida em que ambos retratam a reiteração de evidência já produzida.

Nesse contexto são usuais as regras processuais que, contemporaneamente, estabelecem a não admissão de evidências que, conquanto relevantes, devam ser subtraídas da valoração judicial a bem da economicidade, na medida em que repetidas ou supérfluas e, por essa razão, desnecessárias⁷⁴⁵.

A título meramente exemplificativo, pode ser indicada a dicção do art. 190 do *Codice de Procedura Penale* da Itália que, ao prescrever a extensão do direito à prova, estabelece expressamente que o juiz deverá determinar a exclusão das provas vedadas, irrelevantes e daquelas “*che manifestamente sono superflue*”⁷⁴⁶.

Essa constatação indica que prova supérflua, redundante e repetitiva são aquelas que, seja por excessivas, seja por reiteradas, ensejam raciocínio probatório repetitivo, sem qualquer

⁷⁴⁵ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 48.

⁷⁴⁶ Tradução livre: “que são manifestamente supérfluas ou irrelevantes”.

importância para a conclusão do julgamento, na medida em que não dispõem de potencial cognitivo adicional.

Não por outra razão Ferrua, Grifantini, Illuminati e Orlandi advertem que “*si usa dire che è superflua la prova tendente ad un risultato già acquisito o altrimenti acquisibile*”⁷⁴⁷.

Conquanto sob o enfoque dogmático seja singela a assertiva de as provas supérfluas, redundantes e repetitivas não dispõem de potencial cognitivo, na medida em que não viabilizam conhecimento adicional, complementar ou mesmo útil, considerando as demais provas já produzidas, é de se constatar que seu reconhecimento na prática processual se marca por inegável dificuldade, ainda mais na fase de admissão das evidências.

A mencionada dificuldade remonta sobretudo à constatação de quais evidências não serão supérfluas ou repetitivas, tendo em vista que “*nella fase in esame non esistono allora, per definizione, fatti provati e quindi già acquisiti*”⁷⁴⁸, cuja definição só é estabelecida no julgamento, ou seja, após a admissão e a valoração das evidências.

Em outros termos, o julgador dispõe da atribuição de não admitir a inclusão das evidências supérfluas, repetitivas e redundantes, entretanto, apenas no julgamento final será possível indicar às partes as conclusões que se julgam definidas a partir das provas já trazidas ao processo.

A dificuldade prática é flagrante, na medida em que se estabelece que, a partir de um cenário probatório não apreciado definitivamente, deverá o julgador inadmitir evidências que sejam repetitivas em relação ao acervo já composto.

É possível que esta seja uma das razões pelas quais a doutrina afirma a existência de uma expressiva margem de discricionariedade do julgador, o que justifica, em certa medida, as habituais referências feitas à discricionariedade no juízo de admissão de provas⁷⁴⁹.

A despeito dessa assertiva, que não se revela acertada, é de se ressaltar que a superfluidade, a redundância e a repetitividade não se identificam sob enfoque de cada evidência isoladamente considerada, devendo tais características serem aferidas ante o conjunto dos demais elementos de convicção já carreados ao processo⁷⁵⁰.

Logo, diversamente do que ocorre com a aferição da relevância dos elementos de prova, os quais são sujeitos a controle individualizado, atomístico, acerca de sua hipotética utilidade no julgamento do litígio, a aferição da superfluidade, da redundância e da repetitividade

⁷⁴⁷ Tradução livre: “é usado para dizer que a prova que tende a um resultado já adquirido ou de outra forma adquirível é supérflua” (FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M.; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. **La prova nel dibattimento penale**. 4.ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2020, p. 85).

⁷⁴⁸ Tradução livre: “na fase em causa então, por definição, não existem fatos comprovados e, portanto, já adquiridos” (*Ibid*, p. 85).

⁷⁴⁹ *Ibid*, p. 85.

⁷⁵⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 74.

demanda um juízo comparativo, tendo por base cada meio de prova frente ao conjunto⁷⁵¹ dos demais integrantes do acervo probatório⁷⁵².

Não bastasse isso, a superfluidade, a redundância e a repetitividade são, por essência, características mutáveis, sendo apuradas no estado atual de coisas da relação processual, de maneira que tais condições, a par de configuradas em determinada etapa da relação processual, podem acabar desconfiguradas em momento subsequente da tramitação.

Haverá, destarte, o juízo de estar atento à referida circunstância, sobretudo porque “*la prova già esclusa può, al mutare del rapporto con le altre prove o in una diversa prospettiva di ricostruzione del fatto, rivelarsi utile e pertinente*”⁷⁵³.

Não há, contudo, como deixar de constatar que o juízo de superfluidade, redundância e repetitividade assume uma inegável feição de antecipação do julgamento, na medida em que pressupõe uma apreciação prévia acerca da matéria de fundo e, sobretudo, das evidências já produzidas.

É justamente por essa razão, objetivando resguardar a integridade do julgamento e a imparcialidade do julgador, que o legislador indica expressamente a necessidade da manifesta configuração daquelas circunstâncias impeditivas para o juízo de admissão das evidências⁷⁵⁴.

Portanto, a inadmissão de evidências por tal motivação pressupõe necessariamente a manifesta, a clarividente, configuração dos impedimentos identificados pelo legislador, referentes ao caráter supérfluo, repetitivo ou redundante de determinada prova.

Nesse cenário, é de se constatar que o juízo de superfluidade, de redundância e de repetitividade tem por foco a economicidade do meio de prova, instrumento da atividade probatória, o qual não se confunde com o objeto do juízo de relevância, enquanto critério de admissibilidade da evidência.

Assim, o reconhecimento da redundância, da superfluidade ou da repetitividade de determinada prova exige que o magistrado indique objetivamente o motivo pelo qual aquele elemento de convicção se retrata como excessivo frente às provas já produzidas, o que engloba, inclusive, até mesmo o afastamento de determinadas perguntas formuladas em repetição no curso da produção da prova testemunhal ou mesmo a produção de prova oral acerca de questão já comprovada documentalmente.

⁷⁵¹ FERRUA, Paolo. *Ammissibilità della prova e divieti probatori*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 221.

⁷⁵² VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. *Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica*. **Problema – Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**. México, n. 11, enero-diciembre de 2017, p. 360.

⁷⁵³ FERRUA, Paolo. *Ammissibilità della prova e divieti probatori*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 221.

⁷⁵⁴ *Ibid*, p. 221.

É possível imaginar, por exemplo, a pretensão de produção de prova testemunhal acerca do arrombamento de veículo subtraído quando à dita circunstância se comprova por auto de corpo de delito.

Destarte, as regras de inadmissão de evidências por caráter supérfluo, repetido ou redundante estão baseadas em aplicação do critério adicional da economicidade, e não na aplicação do princípio da relevância.

5.3.2. Prova protelatória

Protelar significa retardar, atrasar, de maneira que prova protelatória é aquela que tem, deliberadamente, o escopo de retardar o encerramento da instrução, postergando assim o julgamento definitivo do processo.

Tal constatação viabiliza, desde já, a conclusão de que, na verdade, o caráter protelatório não mantém relação, mesmo que indireta, com o critério da relevância de admissão probatória, prestando-se a indicar que a evidência, ainda que dotada de relação com o objeto da controvérsia, tem na verdade a finalidade de postergar o julgamento definitivo.

Não há, então, como deixar de perceber que o caráter protelatório de determinada evidência pressupõe o reconhecimento de sua superfluidade, na medida em que a noção de atividade probatória com escopo de retardar o julgamento estabelece premissa de que a evidência é destruída de potencial cognitivo adicional. Do contrário, inviável reconhecer o caráter protelatório da evidência.

Logo, em outras palavras, para que a prova possa ser caracterizada como protelatória é peremptório que não disponha de potencial cognitivo para a solução do litígio, de maneira que a prova protelatória será, invariavelmente, uma prova supérflua.

Essa verificação indica que, na verdade, independentemente de sua relevância, prova protelatória é aquela cuja produção é pretendida por qualquer das partes com a finalidade deliberada, flagrante, de atrasar a prestação da tutela jurisdicional, e não de promover qualquer acréscimo cognitivo.

Podem indicar tal modalidade probatória, por exemplo, a indicação de testemunhas a serem inquiridas no exterior e a produção de provas técnicas interdisciplinares, de grande complexidade ou de caráter experimental, que tenham em comum a circunstância de não acrescer informação importante ao julgamento.

Destarte, a prova protelatória se reveste, na verdade, de exercício abusivo de direito subjetivo processuais das partes, de forma que cabe ao juízo promover seu regular controle, assegurando a regularidade da tramitação processual, sob viés da economicidade como critério de admissibilidade.

Nesse cenário, a prova protelatória – ainda que mantenha relação com o objeto do litígio – não comporta admissibilidade, contudo é notória a percepção de que, na hipótese, o controle judicial é exercido no viés da economicidade, e não da relevância.

5.3.3. Provas sobre fatos incontroversos, notórios e admitidos no processo como verdadeiros

As noções de incontrovérsia e de fatos admitidos no processo como verdadeiros são, inegavelmente, correspondentes, na medida em que a expressão incontrovérsia, enquanto hipótese de exclusão da evidência, só faz sentido considerando-se as limitações objetivas e subjetivas de cada relação processual, notadamente sob enfoque de seus efeitos preclusivos.

Logo, não havendo controvérsia no processo acerca de determinados fatos, seja pela expressa admissão dos mesmos pelas partes, seja pela falta de impugnação específica pela parte oposta, tem-se que o fato não se torna uma questão a ser decidida no processo⁷⁵⁵.

Assim, a falta de controvérsia específica e a expressa admissão de determinado fato como verdadeiro no processo conduzem a cenário processual único, correspondente ao estabelecimento, pelas partes de dada relação processual, de conclusão comum, concordes acerca de determinado fato integrante do *thema decidendum*, ainda que se queira emprestar à mesma consequência jurídica diversa.

Idêntica conclusão se impõe no tocante ao fato notório, em aplicação da máxima *notoria non egente probatione*⁷⁵⁶, notadamente porque injustificável admitir a atividade cognitiva no processo que tenha acabe por ignorar o que é publicamente notório.

A questão, todavia, remonta à identificação do que seja fato notório, o que reporta inegavelmente a um enfoque cultural, variável conforme as condições de tempo e lugar, habitualmente vinculados à concepção do homem médio na época da tomada da decisão⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2008, p. 390.

⁷⁵⁶ Tradução livre: “o notório não necessita de prova”.

⁷⁵⁷ *Ibid*, p. 347.

Portanto, incontrovérsia, admissão de certo fato como verdadeiro e notoriedade induzem a um idêntico contexto, consistente na falta de pendência cognitiva acerca de fato determinado, o que reflete na desnecessidade de que o julgador promova atividade de formação de conhecimento em relação ao mesmo.

Nesse quadro, o que os ordenamentos estabelecem de regra é que não será realizada atividade probatória quanto a fatos destas naturezas, estabelecendo premissa da verdade das partes acerca daquela questão específica.

É evidente que a natureza indisponível do direito controvertido, como ocorre no âmbito do processo penal e em outras questões, constitui circunstância que interfere diretamente na questão, de maneira que tal aspecto haverá de ser sopesado no reconhecimento da desnecessidade de atividade probatória a respeito de fatos incontroversos, notórios ou reconhecidos no processo como verdadeiros.

Ainda assim, sob enfoque exclusivo na racionalidade da construção lógica das decisões judiciais, a falta de controvérsia, a notoriedade e a admissão de determinado enunciado como verdadeiro repercutem na desnecessidade da formação de conhecimento e, destarte, da produção da prova quanto a tal questão.

Apesar de a mencionada conclusão se revelar de fácil constatação, um aspecto específico demanda aprofundamento.

Tal assertiva remonta à aferição de qual o fundamento a justificar a desnecessidade de realização de atividade probatória em relação aos fatos notórios, incontroversos e admitidos no processo como verdadeiros.

Não demanda grande esforço a constatação de que o critério normativo a consignar a desnecessidade de atividade cognitiva em relação aos fatos notórios, incontroversos e admitidos no processo como verdadeiros não tem motivo epistêmico ou mesmo lógico, prestando-se, na verdade, a atender critério de economicidade.

Em outros termos, ao estabelecer a desnecessidade de produção de provas, ainda que por vezes invocando o juízo de inadmissibilidade probatória, os ordenamentos atendem a critério evidente de economicidade, de modo que não configurada falta de relevância do meio de prova, mas indicada a desimportância cognitiva da questão.

5.4. Admissibilidade probatória e prognóstico de resultado

Com lastro na percepção de que o juízo de admissibilidade das evidências pressupõe uma constatação – em exame prognóstico hipotético – da aptidão de determinada prova em viabilizar a confirmação de fato relevante ao julgamento do litígio, é intuitiva a verificação de que há uma nítida relação entre a admissão das provas e o julgamento de mérito da pretensão.

Nesse cenário, é de se ver que pode, ao menos em tese, haver uma impressão de que o juízo de admissibilidade das provas repercute em indicação antecipada do resultado do julgamento de mérito, estabelecendo assim um prognóstico de resultado.

O exame da mencionada impressão há, de início, que considerar que prova é qualquer elemento de convicção que é legitimamente inserido no processo e, assim, pode ser valorado pelo magistrado em relação a qualquer dos aspectos pendentes de decisão, pouco importando que seja mais ou menos persuasivo ou importante acerca da proposição que se pretende demonstrar⁷⁵⁸.

Tal percepção é essencial na medida em que estabelece premissa referente aos momentos da admissão e da valoração das provas, detalhando que, conquanto a deliberação de admissão se baseie em juízo hipotético acerca da relevância de determinada evidência, o *status* de prova, decorrente do ingresso legítimo da evidência no processo, não guarda qualquer relação com a efetiva influência da prova na apreciação da questão em juízo.

Dessa forma, conquanto o juízo de admissibilidade esteja fundado em conclusão a respeito da hipotética relevância da prova, tal deliberação não repercute em qualquer apreciação prognóstica acerca do resultado do julgamento da pretensão ou mesmo uma antecipação do exame da matéria de fundo.

Logo, o juízo de relevância inerente à admissão das provas compreende aferição hipotética da sua possível importância no julgamento, sem repercussão quanto ao seu resultado efetivo para fornecer conhecimento acerca de enunciado que integra o objeto do processo⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸ FERRUA, Paolo. *Ammissibilità della prova e divieti probatori*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, p. 220.

⁷⁵⁹ *Ibid*, p. 201.

5.5. Abordagem crítica ao princípio da relevância no Brasil

O desenvolvimento do presente estudo permite identificar que, apesar da usual relação que se intenta estabelecer entre o juízo de admissão das provas, sob viés lógico, e a hipotética aptidão do meio de prova para contribuir para a solução da questão em litígio, há na verdade uma profunda conexão entre o citado exame de relevância e própria construção racional da conclusão pelo julgador.

Na verdade, conforme se sustenta e diversamente do tratamento ordinariamente reservado ao tema da admissão das evidências, deve se reconhecer uma ontológica distinção entre esta e as regras de exclusão probatória, de modo a identificar que, para além das variáveis da idoneidade e da economicidade, o parâmetro central de inclusão de provas no litígio judicial é apenas a relevância.

Apesar desta constatação, como se verificou, a doutrina e mesmo a jurisprudência pouco avançam na adequada identificação dos contornos do princípio da relevância e, principalmente, de seus reflexos na atividade judicial de controle do direito subjetivo à inclusão de material probatório.

É este, sem dúvidas, um aspecto do princípio da relevância que comporta aprofundamento no âmbito da jurisdição e sobretudo da dogmática, notadamente a este tempo, quando substancialmente desenvolvido o estudo quanto ao raciocínio probatório.

Há, para além deste pormenor, que exige uma nova abordagem da relevância, um outro aspecto de caráter eminentemente procedimental em relação ao qual a legislação nacional comporta importante aprimoramento acerca da questão.

A dita medida se refere especificamente à instituição de instrumentos processuais que assegurem a identificação, de modo mais adequado, a relevância das evidências propostas, evitando outrossim que o juízo de admissibilidade seja exercido em cenário de incerteza, o qual conduz à prevalência da inclusão do material probatório por falta de elementos que sinalizem eventual irrelevância.

Assim, por exemplo, a legislação italiana exige, em relação à prova testemunhal, a expressa indicação das circunstâncias sobre as quais versa a inquirição⁷⁶⁰, o que não se verifica na legislação nacional.

⁷⁶⁰ Art. 468. *Citazione di testimoni, periti e consulenti tecnici. 1. Le parti che intendono chiedere l'esame di testimoni, periti o consulenti tecnici nonché delle persone indicate nell'articolo 210 devono, a pena di inammissibilità, depositare in cancelleria, almeno sette giorni prima della data fissata per il dibattimento, la lista con l'indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame.*

Tal medida é de grande importância no exercício do juízo de admissibilidade probatória, tendo em vista que, sem a suficiente demonstração do contexto da produção da prova testemunhal, afigura-se inegavelmente prejudicada a possibilidade de aferição da relevância, assim como da parte contrária apontar sua irrelevância.

Não há como negar que tal circunstância não se verifica quanto à prova documental e à prova pericial, tendo em vista que, no mais das vezes, a própria natureza do documento ou do exame técnico indicam minimamente o contexto em que a evidência se insere no *thema probandum*, viabilizando um exame adequado por parte do julgador⁷⁶¹.

Ademais, no caso específico da prova documental, não há uma alongar do trâmite procedimental como decorrência de sua produção, o que acaba por diminuir consideravelmente os prejuízos da mencionada ocorrência.

Nesse contexto, de falta de expressa prescrição normativa, não há óbice a que o julgador defina, desde que o faça de modo literal, a necessidade de que as partes apontem o contexto da produção de prova testemunhal cuja produção pretenda, na medida em que a dita providência é compatível com o juízo de admissão de provas, enquanto instrumento à identificação da relevância da evidência.

A dita medida, ao menos enquanto não implementada mudança legislativa que aprimore tal aspecto a legislação nacional, viabilizaria um controle mais eficiente de admissão das evidências.

5.6.A relevância probatória: premissas para uma conclusão

O escopo de promover uma reconstrução do princípio da relevância, enquanto critério reitor da admissão das provas no processo, tem por premissa inicial a percepção de que o tratamento dogmático do tema é deficiente.

Tal assertiva pode ser identificada, tanto pela confusão constante com outras noções que lhe são diversas, como a pertinência e a abundância: quanto porque a menção a uma hipotética aptidão de influir no resultado de julgamento se presta muito mais a detalhar seus efeitos, ao invés de definir seus contornos.

⁷⁶¹ FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M.; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. **La prova nel dibattimento penale**. 4.ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2020, p. 80.

O estudo de Taruffo sobre o tema, ainda em 1970, estabeleceu fundamentos que permitiram a reconstrução ora proposta, principalmente à luz dos estudos posteriores acerca do raciocínio probatório sob o enfoque da lógica, de autoria de Ferrer Beltrán, do próprio Taruffo, de Badaró e de Ubertis, dentre outros.

Em outros termos, no cenário de ampla promiscuidade no emprego das noções de relevância e de pertinência, além de outras tantas, indica a necessidade de aprofundamento do tema, sobretudo quando se constata que aqueles que se dedicam à sua definição acabam a atrelando a seus efeitos práticos, descurando do que lhe é ontologicamente estrutural.

A situação assume gravidade ainda mais marcante quando se identifica que a deficiência de tratamento do instituto da relevância, apesar de seu reconhecimento como critério primário, central, mais importante, de seleção das provas admissíveis idas no processo, acaba por refletir em inadequadas limitações a direito subjetivo das partes na relação processual.

É que, apesar do amplo reconhecimento do direito fundamental das partes à produção de provas, assim como da verificação de que é o controle de admissão das provas que define os limites do mencionado direito subjetivo, o juízo de admissibilidade não é adequadamente tratado, estabelecendo cenário de insegurança importante.

As premissas estabelecidas viabilizam a afirmação de que, na verdade, a relevância não está fundada na hipotética influência da evidência no resultado do julgamento, mas sim está baseada em uma estruturação lógica, racional, do debate processual.

Sua essência é essa.

A potencial influência cognitiva é apenas um de seus efeitos na relação processual.

A organização da tramitação processual retrata exatamente a estruturação do pensamento racional aplicável à atividade judicante, na medida em que a definição do propósito de cada elemento de convicção está relacionada diretamente com o objeto central da controvérsia.

Assim, o *thema decidendum* é integrado por um conjunto de questões a serem resolvidas pelo julgador, as quais tem por instrumento de conformação, de um lado, os enunciados traçados pelas partes, assim como, de outro, o efeito probatório que se objetiva que cada *thema probandum* produza no resultado do julgamento.

Logo, o *thema decidendum* é integrado por uma pluralidade de *thema probandum*, a qual conforma o percurso racional realizado pelo julgador na definição do conteúdo fático que servirá de lastro à aplicação da norma geral ao caso concreto, em efetivação da lógica deontica, mediante atribuição da condição de verdadeiros a certos enunciados.

Nesse cenário, a relevância de um determinado elemento de prova decorre justamente da ligação do *thema probandum* com o *thema decidendum*, a qual se retrata – e isso é identificado pelo atual estágio do desenvolvimento dogmático da matéria – pela aptidão, em tese, deste de influir no resultado do julgamento daquele.

Mas nem a dogmática, nem a jurisprudência avançam para detalhar quando estará configurada a mencionada aptidão, apesar de o desenvolvimento dos estudos do raciocínio probatório viabilizar tal conclusão.

No percurso racional efetivado pelo julgador são empregados um conjunto de instrumentos lógicos que tem por escopo estruturar a valoração racional dos argumentos e das evidências, atribuindo importância a cada um deles, seja isoladamente, seja em confrontação com os demais elementos de prova produzidos.

Tais instrumentos, retratados no mínimo esquema argumentativo de Toulmin e no método *GRADE* empregado às ciências sociais, servem justamente para aferir a efetiva influência de cada uma das evidências na formação da conclusão do julgador acerca dos fatos em julgamento.

Conquanto seja verdade que o emprego destes métodos só é compatível com a formação de convicção em nível exauriente, em sede de apreciação definitiva da questão, são eles, e não o prudente arbítrio do julgador, que indicarão a relevância de um dado meio de prova.

Portanto, a relevância repercute justamente nessa aptidão de determinada evidência em integrar o raciocínio lógico que compõe o julgamento, mediante formação de juízo inferencial e aferição da sua intensidade.

É possível, assim, identificar que a relevância se divide em dois enfoques.

O primeiro, em reflexo da incidência do princípio da estrita legalidade do direito sancionatório, é referente a cada uma das elementares normativas dispostas no cenário objetivo da imputação, compreendendo cada uma das circunstâncias do mundo material que correspondem ao enunciado das normas de incidência penal.

São, destarte, os denominados aspectos jurídicos – ou jurídicos, como preferente alguns no estudo da teoria dos atos jurídicos – da conduta material, que servem justamente de parâmetro à incidência da lógica deontica.

Logo, em outras palavras, a relevância diz respeito nesse enfoque ao liame estabelecido entre um fato concreto e determinado, de um lado, e o correspondente enunciado normativo, como a subtração em relação à figura típica do furto e o emprego de veneno quanto à qualificadora do homicídio, dentre outros tantos exemplos.

Nesse viés, tem-se claramente uma relevância de enfoque normativo, tendo em vista que o *thema probandum* integra o *thema decidendum* porque é parte da faceta normativa da imputação.

Já o segundo enfoque, diversamente do ocorre com o primeiro, não comporta uma prévia identificação normativa, na medida em que decorre do próprio raciocínio lógico, com suas premissas e conclusões, estabelecido pelo julgador na apreciação do litígio a partir dos enunciados das partes.

Quanto a esse particular, a relevância dos elementos de convicção assume forma absolutamente cambiante, variante mesmo, à luz do debate processual e de seu desenvolvimento, correspondendo, outrossim, à própria logicidade da conclusão do julgador.

Portanto, nesse aspecto, tem-se um juízo de admissibilidade de faceta lógica, na medida em que o *thema probandum* integra o *thema decidendum* porque compõe o raciocínio probatório do julgador na formação da conclusão do julgamento.

Assim posta a questão, é de se ver que é possível qualificar a noção de relevância, enquanto requisito de admissão dos elementos de convicção, compreendendo um enfoque normativo, fundado nos correspondentes fáticos da imputação, além de outro, de viés lógico, que se refere à racionalidade das premissas e conclusões do julgamento da mesma imputação.

Em outros termos, serão inegavelmente relevantes os elementos de prova que se refiram às elementares da imputação que guardem direta correspondência com as normas aplicáveis ao caso concreto, assim como também serão relevantes, agora sob enfoque puramente lógico, todas as evidências atinentes ao raciocínio do julgador ao apreciar a imputação, à luz dos enunciados das partes.

Interessante anotar que, consoante consignado em tópico antecedente, Aniello Nappi e Frederico Marques propuseram, em seus estudos, uma concepção da relevância cindida em enfoque dúplice, um deles inclusive relacionado diretamente com os aspectos objetivos da norma legal de regência da matéria.

Ainda assim, tal como diagnosticado no curso do presente, os doutrinadores citados, ambos magistrados, identificaram um viés propriamente lógico do segundo enfoque da relevância.

O magistrado da *Corte di Cassazione* italiana, verdade seja dita, chegou a sinalizar tal aspecto da relevância, ao afirmar que esse segundo enfoque seria referente “à relação entre

fatos secundários e a idoneidade da própria imputação por via inferencial”⁷⁶², conquanto não tenha avançado no exame da temática.

Tais concepções, como se percebe, reconheceram uma faceta diferenciada da relevância, enquanto requisito de admissibilidade das provas, conquanto não tenham tido a oportunidade de promover sua adequada identificação e, sobretudo, sua alocação no âmbito da racionalidade do pensamento.

Ambos, tanto Nappi, quanto Frederico Marques, foram autores de seu tempo, havendo contribuído importantemente para o reconhecimento de uma nova faceta da relevância, o que só foi possível efetivar após o desenvolvimento dos estudos sobre o raciocínio probatório.

Também Taruffo propôs que a relevância devesse ser concebida em enfoque dúplice, pontuando inclusive que o segundo viés tivesse reconhecida sua faceta lógica, justamente compreendendo circunstância diversa do fato principal que pudesse ser empregada como premissa de inferência relacionada com o fato principal⁷⁶³.

Como se pode identificar, Taruffo avançou consideravelmente no reconhecimento do entrelaçamento entre o pensamento racional e a atividade processual, o que reafirma sua importância dogmática.

Foi justamente por essa razão pela qual, no curso do presente, foi reconhecida a proeminência e a posição de vanguarda do pensamento do professor de Pavia, um dos principais referenciais teóricos da Escola de Processo de Girona, onde lecionou nos seus últimos anos de vida.

Mesmo assim, o pensamento de Taruffo deve ser compatibilizado com a sua própria produção científica posterior, que tanto evoluiu no reconhecimento da logicidade do raciocínio probatório.

Melhor situando a questão, é justamente a obra posterior de Taruffo, sobre verdade e prova, e sua conjugação com os trabalhos de Ferrer Beltrán, que abre margem para uma nova compreensão da relevância, enquanto elemento de seleção das provas.

Não se trata apenas de reconhecer uma faceta lógica da relevância.

A adequada compreensão da relevância pressupõe mais do que o reconhecimento de um viés lógico, demandando, na verdade, um efetivo transplante de sua alocação do âmbito processual para uma compreensão situada no próprio reino da lógica.

Em outros termos, a relevância só se justifica em razão da lógica, na medida em que decorrencia imediata da própria racionalidade da atividade processual, o que repercute,

⁷⁶² NAPPI, Aniello. *Guida al codice di procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 146.

⁷⁶³ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970, p. 9.

inclusive, na sua absoluta segregação em relação às regras de exclusão probatória, em relação às quais são ontologicamente distintas apesar da identidade de efeitos.

A obra de Taruffo acerca da relevância precisa, então, ser conciliada com a evolução da dogmática quanto ao raciocínio probatório.

É a isso que se propõe o presente estudo.

Nesse sentido, conquanto reconhecendo a incidência de critérios adicionais de seleção dos meios de prova, como sua idoneidade e a economicidade da atividade probatória, a relevância deve assumir importância central na admissão de evidências, correspondendo, justamente por reflexo da racionalidade da atividade processual, à circunstância de o *thema probandum* integrar o *thema decidendum*.

A aferição dessa integração perpassa, ademais, pelos componentes do esquema mínimo argumentativo de Toulmin, que servem de parâmetro a uma compreensão dialética da racionalidade probatória, estabelecendo assim os elementos de prova admissíveis no processo, os quais servirão à definição judicial da verdade dos fatos submetidos à apreciação judiciária.

6. A relevância e os casos específicos da legislação nacional

O presente tem por objeto a conformação de uma nova compreensão do princípio da relevância, fundada inicialmente na sua distinção em relação às regras de exclusão da atividade probatória, mas complementada, sobretudo, pelo reconhecimento de seu papel de critério reitor do juízo de admissibilidade das provas, decorrente da racionalidade da estruturação da atividade processual.

É verdade que, ainda que de modo pontual, esse critério é, seja mediante atuação do próprio julgador, seja a partir de restrições inerentes ao tratamento normativo do tema, informado ainda pelos parâmetros da idoneidade e da economicidade, entretanto, ainda assim, é certo que estes atuam de modo suplementar à regra da relevância, protagonista da seleção das provas admissíveis.

Além disso, dado o amplo reconhecimento da influência da lógica na atividade processual, e não apenas na conformação da decisão judicial, principalmente a partir do reconhecimento do raciocínio probatório a racionalidade assume papel central na concepção da relevância.

Em outros termos, o princípio da relevância, no atual estágio da ciência processual, se revela, na verdade, um instrumento eminentemente lógico de condução do processo especificamente na seleção de quais as evidências serão admitidas no debate processual por integrar o direito subjetivo das partes à produção de provas.

Foi exatamente esse o contexto do presente estudo, o qual permite, superando a referência quase coloquial que a doutrina e a jurisprudência reservam à relevância como critério de admissão de provas, uma completa reconstrução do juízo de seleção de provas.

A referida reconstrução, a partir da racionalidade da atividade processual, é a única forma possível de conciliar, validamente, a compreensão do direito subjetivo das partes à introdução do material probatório com o controle de tal atividade pelo Poder Judiciário, sem resvalar em compreensões que reservem qualquer grau de discricionariedade à atuação judicial.

O objeto do presente capítulo é, então, justamente o de examinar a aplicação a algumas hipóteses previstas na legislação nacional, as conclusões aqui encampadas, emprestando concretude ao debate e, sobretudo, enriquecendo-o a partir da demonstração de sua incidência prática.

Logo, não se insere no objeto do presente qualquer consideração a respeito das demais condicionantes da admissão probatória, de modo que restrito o debate ao enfoque da relevância, enquanto requisito de admissão das provas.

Na esteira do reconhecimento de que a relevância assume faceta dúplice, compreendendo um aspecto normativo e um viés puramente lógico, como estabelecido no tópico antecedentes, se insere no escopo do presente indicar, mesmo no enfoque puramente lógico, situações atinentes à admissibilidade das provas para alguns modelos procedimentais, conquanto seja, dada a criatividade do espírito humano, impossível antever todas as possibilidades de debate acerca da imputação.

Tal particularidade não se verifica, evidentemente, em relação aos aspectos normativos da relevância, os quais, por influência do princípio da estrita legalidade, ínsito ao direito sancionatório, tem limites na própria moldura normativa das condutas típicas.

Assim, na perspectiva do presente estudo, se objetiva neste tópico examinar hipóteses de configuração da relevância das evidências em determinados modelos procedimentais dispostos no ordenamento nacional.

Para cumprir o presente propósito, se estabelece como hipótese de trabalho a premissa de que os temas tenham sido controvertidos pelas partes em litígio, ressaltando, ainda, a intenção de abarcar vários aspectos da atividade processual penal, desde o ajuizamento da ação penal até as denominadas ações autônomas de impugnação, sem se restringir exclusivamente à atividade instrutória propriamente dita, de forma a alcançar inclusive questões incidentes à tramitação.

Assim, para fins metodológicos se adota abordagem segmentada referente às seguintes etapas da tramitação processual: admissão da ação penal e seus incidentes, fase da instrução probatória propriamente dita, apreciação de questões típicas do juízo de mérito, definição da sanção penal e seu cumprimento, e julgamento das ações autônomas de impugnação.

6.1. Aspectos inerentes à ação penal e seus incidentes

Quanto à etapa de recebimento da ação penal e de seus incidentes, que repercute na admissão do processamento da imputação, alguns aspectos comportam debate acerca das provas que podem ser trazidas pelas partes ao exame judicial.

A questão que se coloca é aferir a relevância das provas nessa etapa procedimental.

6.1.1. Admissão da denúncia ou queixa

A conjugação dos arts. 41⁷⁶⁴ e 395⁷⁶⁵ do Código de Processo Penal indica que a admissão da ação penal pressupõe, além de requisitos inerentes à formalidade procedimental como eventual exigência de representação, a demonstração de justa causa ao seu exercício legítimo, habitualmente atrelado à demonstração de um legítimo interesse do Estado na busca da tutela penal.

Logo, para além dos requisitos formais inerentes ao exercício da ação penal, é de se reconhecer que, no enfoque probatório, a demonstração de justa causa é requisito de faceta probatória ínsito à admissão da acusação.

É certo que, no mais das vezes, não se debate quanto à relevância e, assim, à admissibilidade das provas documentais, até mesmo pela formatação procedimental nacional, em que o juízo de viabilidade da acusação e o de mérito são, de regra, reservadas ao mesmo julgador, entretanto, é de se reconhecer que tal requisito lhe é exigível.

O fato de competir ao mesmo julgador o juízo de admissibilidade e o de valoração das provas tende, como já sustentado, a fazer com que provas irrelevantes sejam admitidas no processo, mas ignoradas no julgamento da imputação.

A referência específica à prova documental decorre justamente da percepção de que, mesmo nos casos em que a ação penal está lastreada em inquérito policial em que tenham sido colhidas declarações, estes meios de prova assumem, na fase de admissão da acusação, forma documental, pelo que haverão de ser examinadas neste enfoque.

Nesse cenário, conquanto na referida etapa procedimental não se fale propriamente em juízo de admissão de provas, é de se identificar que gozam de relevância todas as evidências que, se referindo diretamente ao fato em apuração, permitam a elaboração de inferência relativa à existência do fato ou à conformação de indícios de autoria.

No mais das vezes, a relevância na espécie estará adstrita a elementos de convicção que guardem relação direta com a conduta típica imputada – como o relatório de necropsia em relação ao homicídio, o laudo de constatação definitiva de entorpecentes quanto ao tráfico, o

⁷⁶⁴ CPP, art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

⁷⁶⁵ CPP, art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

laudo de conjunção carnal no tocante ao delito de estupro e o auto de apreensão e avaliação quanto a bens subtraídos, por exemplo – e, nesses casos, se revela o enfoque normativo do requisito da relevância.

De outro lado, no enfoque do viés lógico da relevância, este estará configurado quanto a declarações de vítimas e testemunhas, que permitam inferir a participação de determinadas pessoas na conduta delitiva: a relatórios de gravação de interceptação telefônica ou de afastamento de sigilo de comunicações, que indiquem circunstâncias da conduta imputada; e as imagens de sistema de videomonitoramento, que permitam visualizar a prática delitiva e suas circunstâncias, dentre outros tantos exemplos.

Tais elementos são, assim, dotados de inegável relevância quanto à etapa de admissão da acusação penal.

6.1.2. Questões e processos incidentes

As questões e processos incidentes, como bem aponta Gustavo Badaró, são tratadas conjuntamente pela legislação nacional, conquanto se refiram a fenômenos absolutamente distintos, os quais se marcam, entretanto, por uma característica comum atinente ao seu caráter acessório em relação ao objeto principal do processo.

Nesse contexto, ao tratar da matéria, a disciplina legislativa emprega critério quase topográfico, na medida em que sem grande preocupação com o objeto da cognição, prescreve regime jurídico às questões e incidentes que deverão ser processados em paralelo ao objeto principal da ação penal, ou seja, à própria imputação.

Para os fins do presente estudo, são suficientes estas considerações para a compreensão do que sejam as questões e processos incidentes e, sobretudo, para a aplicação das premissas fixadas nos tópicos antecedentes aos casos previstos na legislação.

Podem, então, observado o critério legal, ser consideradas como incidentais as seguintes matérias: apreciação sobre o estado de pessoa ou outra matéria civil quando imprescindível seu julgamento à configuração do delito, sob a forma de questões prejudiciais (arts. 92⁷⁶⁶ e 93⁷⁶⁷ do

⁷⁶⁶ CPP, art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente. Parágrafo único. Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.

⁷⁶⁷ CPP, art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de

CPP); exceções de suspeição ou impedimento do julgador, de auxiliar do juízo ou de membro do Ministério Público, assim como de incompetência do juízo, de litispendência ou de coisa julgada e de ilegitimidade de parte (art. 95 do CPP⁷⁶⁸); restituição de coisas apreendidas (art. 118 do CPP⁷⁶⁹); suscitação de falsidade de documento (art. 145 do CPP⁷⁷⁰) e inimputabilidade do agente, total ou parcial (art. 149 do CPP⁷⁷¹).

Além disso, o legislador insere no regime normativo das questões e processos incidentes o tratamento das medidas assecuratórias (arts. 125⁷⁷² e 144-A⁷⁷³ do CPP), as quais, todavia, por expressa opção metodológica, serão tratadas em tópico específico do presente estudo.

Finalmente, no âmbito da legislação extravagante é de se reconhecer, por exemplo, sob enfoque da mesma temática a questão da dependência química de entorpecentes (art. 45 da Lei n.º 11.343, de 2006⁷⁷⁴), a qual comporta tratamento como questão incidente.

Passa-se à abordagem de cada uma das mencionadas hipóteses separadamente.

No tocante à necessidade de deliberação acerca de matéria civil imprescindível ao julgamento, é de se identificar a opção legislativa de estabelecimento de soluções procedimentais diversas.

Quanto ao primeiro caso, quando a questão tangencia deliberação a respeito do estado civil de pessoa, como sua idade ou sua condição matrimonial, a regra é a suspensão da ação penal, até solução pelo juízo competente, ou seja, no juízo não penal, sobre o estado de pessoa.

Na segunda hipótese, reservada aos casos de a questão civil ter natureza diversa do estado de pessoa, como no caso de questionamento acerca da validade de ato ou negócio jurídico, a suspensão da ação penal está condicionada à dificuldade de resolução da matéria,

difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente. §1º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

⁷⁶⁸ CPP, art. 95. Poderão ser opostas as exceções de: I - suspeição; II - incompetência de juízo; III - litispendência; IV - ilegitimidade de parte; V - coisa julgada.

⁷⁶⁹ CPP, art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.

⁷⁷⁰ CPP, art. 145. Arguida, por escrito, a falsidade de documento constante dos autos, o juiz observará o seguinte processo: I - mandará autuar em apartado a impugnação, e em seguida ouvirá a parte contrária, que, no prazo de 48 horas, oferecerá resposta; II - assinará o prazo de três dias, sucessivamente, a cada uma das partes, para prova de suas alegações; III - conclusos os autos, poderá ordenar as diligências que entender necessárias; IV - se reconhecida a falsidade por decisão irrecorrível, mandará desentranhar o documento e remetê-lo, com os autos do processo incidente, ao Ministério Público.

⁷⁷¹ CPP, art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. §1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente. §2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

⁷⁷² CPP, art. 125. Caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

⁷⁷³ CPP, art. 144-A. O juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção

⁷⁷⁴ Lei n.º 11.343, de 2006, art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

assim como que não verse sobre direito cuja prova a legislação imponha condicionante, além de dever observar prazo fixado pelo juízo competente para a ação penal.

Em outros termos, a existência de questão incidente cujo julgamento seja de competência de outro juízo, repercute na possibilidade de hipóteses de suspensão obrigatória, bem como em circunstâncias em que esta é facultativa.

Para além desta particularidade, cujo exame ultrapassa os limites deste estudo, é de se anotar que a questão a ser examinada deverá ser, segundo os termos expressos do Código de Processo Penal, fundada e séria, o que indica prejudicialidade em relação à solução da ação penal.

A questão, destarte, é identificar quando estará configurada a relevância das questões probatórias acerca de matéria submetida a outro juízo, que não o de competência criminal, na quem compete apreciar a imputação.

É possível desde logo reconhecer, por exemplo, a relevância a respeito da definição da posse ou do domínio em relação ao delito de esbulho possessório; bem como da validade de novo casamento, na hipótese de bigamia.

Estas são provas dotadas de relevância normativa.

No enfoque da relevância lógica, especificamente em relação à questão incidente referente a matéria submetida à jurisdição de outro juízo, as provas que se prestem, por exemplo, à demonstração de que a dúvida acerca do estado de pessoa não é séria ou fundada, de modo a não demandar instauração do juízo cível competente.

Já em relação às exceções de impedimento ou suspeição do julgador, do auxiliar do juízo ou do membro do Ministério Público, suas hipóteses configuradoras são aquelas previstas nos arts. 252⁷⁷⁵, 253⁷⁷⁶ e 254⁷⁷⁷ do CPP, de modo que se revelam relevantes, sob aspecto normativo, as evidências que sirvam justamente à sua demonstração.

Logo, não há dúvidas de que as circunstâncias impeditivas vinculadas, por exemplo, ao matrimônio ou à condição de cotista ou sócio, comportam demonstração documental sem grande esforço, todavia, de outro lado, situações de marcado caráter subjetivo, como a amizade

⁷⁷⁵ CPP, art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

⁷⁷⁶ CPP, art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

⁷⁷⁷ CPP, art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

íntima, a inimizade capital e mesmo a existência de união estável, tendem a exigir grande instrução probatória, com ampla possibilidade de demonstração da relevância de cada elemento de convicção *per si*.

Nesse cenário, a demonstração da relevância em viés lógico comporta uma ampla margem de possibilidades, como a oitiva de testemunhas indicativas de que o julgador ou o membro do Ministério Público são habituais frequentadores da casa do acusado, bem como a exibição de postagens em redes sociais, tão comuns na atualidade, para indicação de afinidade próxima entre pessoas.

Logo, a relevância estará atrelada justamente à aptidão de, no caso concreto, demonstrar o vínculo social suficiente à configuração de óbice à atuação de dado ator processual.

De seu turno, as exceções de ilegitimidade de parte e de incompetência do juízo tem, por sua natureza, aspecto absolutamente particular, na medida em que seu reconhecimento está diretamente relacionado, respectivamente, à demonstração de que o acusado não foi o autor da conduta típica ou de que a infração delitiva transcorreu em localidade submetida à competência de outro órgão julgador, bem como, no caso específico da exceção de incompetência, aos aspectos de modificação da competência por prevenção ou *ratione materiae*.

Certo é que, em qualquer destas hipóteses, a demonstração da ilegitimidade e da incompetência envolvem, no mais das vezes, a produção de provas diretamente relacionadas com a própria prática delitiva, seja para identificar não ter sido o excipiente seu autor, seja para apontar a competência de outro juízo.

Tais elementos de convicção, pois, são dotados de evidente relevância, podendo ser, por exemplo, apontados neste aspecto provas de que a consumação do delito ocorreu em outra comarca ou mesmo que atingiu bem ou interesse da União, para indicar a competência da Justiça Federal.

Já em relação à ilegitimidade, exame de comparação de digitais ou mesmo de reconhecimento pessoal para revelar que, na verdade, a pessoa detida na prática do fato é diversa daquela acusada em juízo, são provas de inegável relevância.

Podem figurar ainda como processos incidentes as exceções de litispendência e de coisa julgada, em relação às quais, obviamente, a demonstração dos mencionados pressupostos processuais negativos depende de prova documental que ateste a existência de outro processo anterior, em tramitação ou já definitivamente julgado, que tenha tido por objeto os mesmos fatos e as mesmas partes.

Qualquer outra prova padecerá, nitidamente, de inidoneidade para a demonstração da litispendência ou da coisa julgada, o que não se confunde, porém, com exame da relevância.

Portanto, sob enfoque normativo, será relevante a prova documental que atestar a existência do processo anterior, assim como sua condição atual de definitivamente julgado ou de pendente de julgamento.

No viés lógico, improvável identificar a existência de alguma outra modalidade probatória relevante, tendo em vista que os pressupostos processuais negativos mencionados não dispõem de margem de exame racional que viabilize a ocorrência de outra circunstância relevante que comporte comprovação.

Em relação ao incidente de falsidade documental, a relevância, em viés eminentemente normativo, está diretamente atrelada à demonstração da adulteração de documento, seja de forma material, seja de modo intelectual.

É evidente que, no caso da falsidade intelectual, há flagrante necessidade de dilação probatória ampla, viabilizando que sejam trazidas ao exame do julgador questões referentes à própria situação jurídica documentada em suposta falsidade, o que amplia consideravelmente o rol de provas relevantes.

Destarte, é possível conceber provas relevantes à demonstração de que a situação jurídica documentada é falsa, como no caso de oitiva de testemunhas para confirmar a inexistência de registro de nascimento de uma pessoa em determinada serventia pública ou a apresentação de certidão a tal respeito, nos casos de falsidade documental.

Já o regime jurídico da restituição de coisas apreendidas, previsto no art. 118 do Código de Processo Penal, está permeado por três variáveis fundamentais, consistentes (a) no término do depósito judicial, seja pelo objeto não mais interessar ao processo, seja por seu encerramento por sentença transitada em julgado; (b) na circunstância de não se tratar de objeto que, por sua natureza ou por sua origem, não possa ser restituído, como entorpecentes e produtos de crime, em relação aos quais estabelecido o perdimento como efeito da sentença penal; e ainda (c) na elementar de a parte interessada na restituição ser proprietária ou possuidora do objeto cuja restituição se requer.

Tal cenário sinaliza que serão dotadas de relevância, no enfoque normativo, as provas que sirvam à demonstração do trânsito em julgado do processo em que apreendido o objeto cuja restituição se requer, assim como a propriedade ou a posse do interessado.

Também será relevante nesse enfoque a prova de registro regular de arma de fogo apreendida, que não tenha sido empregada como instrumento do delito.

De outro lado, a relevância lógica tem amplo campo de atuação em relação aos meios de prova destinados à demonstração da condição de produto do delito ou mesmo ao recebimento

da posse ou da propriedade do objeto em boa-fé, circunstâncias fundamentais ao afastamento do perdimento como eventual consequência do julgamento.

Nesse contexto, é possível imaginar como relevantes sob enfoque lógico provas que se destinem à demonstração da aquisição lícita do objeto apreendido ou à origem lícita de quantia em dinheiro arrecadada em local do crime, na medida em que devem integrar o raciocínio probatório do julgador quanto à apreciação da origem lícita do bem apreendido.

Finalmente, a última questão incidente que é expressamente prevista pela legislação nacional se refere à apuração de inimputabilidade do agente, total ou parcial, em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, na expressa dicção do art. 26 do Código Penal⁷⁷⁸.

Em situação bastante assemelhada, o art. 46 da Lei n.º 11.343, de 2006⁷⁷⁹, estabelece a condição de dependência de entorpecentes como causa especial de diminuição de pena para os delitos referentes ao tráfico de tal espécie de substância.

Conquanto as situações sejam diversas, na medida em que a causa de diminuição de pena não se confunde com excludente da culpabilidade, o regime jurídico do incidente é absolutamente assemelhado, revelando a relevância de exames técnicos, ainda que particulares, na medida em que outros meios de prova padecerão de inidoneidade para demonstração da moléstia e do comprometimento da potencial compreensão da ilicitude da conduta pelo agente.

Logo, a relevância das evidências estará relacionada à condição clínica do agente, sendo inviável imaginar provas à demonstração indireta das hipóteses previstas para exclusão da culpabilidade e para redução da pena.

6.1.3. Medidas cautelares pessoais

As medidas cautelares previstas de forma típica no processo penal podem ser, ao menos sob viés metodológico, cindidas entre pessoais e reais, conforme tenham por objeto a própria pessoa do acusado ou seu patrimônio, respectivamente.

⁷⁷⁸ CP, art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁷⁷⁹ Lei n.º 11.343, de 2006, art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Essa referida distinção, entre cautelares reais e pessoais, viabiliza situar, então, a prisão não vinculada a uma condenação transitada em julgado nesse grupo, ao passo que as medidas de constrição patrimonial estão atreladas àquele.

O regime cautelar pessoal é regido na legislação nacional fundamentalmente pelo art. 282 do Código de Processo Penal⁷⁸⁰, que estabelece, para as medidas de tal natureza, que as mesmas pressupõem a constatação da sua necessidade para salvaguarda da aplicação da lei penal, da investigação ou da instrução criminal, bem como impedir a prática de novas infrações penais.

É, ademais, imprescindível ainda que estejam presentes elementos suficientes à demonstração da ocorrência do fato delitivo, além de indícios suficientes de autoria, os quais compõem contexto de relevância da fundamentação imprescindível a qualquer medida de natureza cautelar.

Assim, se de um lado a demonstração da ocorrência do fato comporta provas de relevância de natureza eminentemente normativa, como no caso de certidão de óbito ou relatório de necropsia em relação ao homicídio, a verificação das hipóteses de cabimento das constrições pessoais é diretamente relacionada à relevância lógica.

Nesse contexto, podem ser identificadas então as indiciações do risco de fuga retratada pela obtenção de passaporte ou visto estrangeiro definitivo por parte do investigado, além da compra de passagens internacionais e a dilapidação de patrimônio imobiliário, assim como os sinais de ameaça à instrução penal mediante insistente tentativa de contato com as testemunhas ou jurados, além da destruição de documentos relacionados à prática delitiva.

Também a demonstração de um extenso histórico de práticas delitivas contemporâneas, ainda que pela prática reiterada de atos infracionais, ou uma indicação do descumprimento efetivo de cautelar mais branda serve, por relevante logicamente, à demonstração da necessidade de imposição de medida cautelar de maior rigor.

Em sentido contrário, no escopo de indicar o descabimento da medida cautelar, também são evidentemente relevantes as provas que tendam à infirmação das suas hipóteses de cabimento, como se verifica, por exemplo, na demonstração de que as incursões delitivas preexistentes não são contemporâneas ou que o descumprimento de cautelar mais amena foi justificado, o que desnatura a imposição de outras cautelares.

⁷⁸⁰ CPP, art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Ademais, nesse contexto, fácil perceber a absoluta irrelevância lógica de elementos de convicção que tenham o escopo de revelar apenas condições pessoais favoráveis do agente, como sua primariedade, sua ocupação laboral ou a manutenção de seus vínculos familiares.

Conquanto seja usual o emprego de tais argumentos no cotidiano forense, entretanto, por não manterem relação direta ou mesmo indireta com as hipóteses de cabimento da custódia, evidências a este respeito se revelam absolutamente inservíveis à formação da convicção acerca da medida cautelar, assim como o é a referência à gravidade em abstrato do fato delitivo e à eventual comoção social dele decorrente, estas invocadas em determinadas situações para justificar a custódia cautelar.

Destarte, no enfoque das cautelares pessoais, haverá de se reconhecer a relevância dos elementos de convicção atinentes aos requisitos⁷⁸¹⁻⁷⁸² e às hipóteses de cabimento de cada uma das modalidades de prisão, que na realidade do ordenamento nacional se restringem à prisão temporária⁷⁸³ e à prisão preventiva⁷⁸⁴, na medida em que as demais hipóteses de prisão consideram-se, na atualidade, como condicionadas aos requisitos da prisão preventiva.

Além de tais aspectos inerentes à própria decretação da medida, também ostentam relevância aquelas evidências que se refiram à forma de sua execução, como as condições do cárcere, como circunstância violadora da própria custódia; a previsão legal de unidade de

⁷⁸¹ CPP, art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; §1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. §2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

⁷⁸² CPP, art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

⁷⁸³ Lei nº 7.960, de 1989, art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu §2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 233, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986); p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

⁷⁸⁴ CPP, art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

aprisionamento diferenciada (art. 295 do CPP⁷⁸⁵ e art. 7º, II, da Lei n.º 8.906, de 1994⁷⁸⁶); ou de elementar que justifique condição diferenciada de cárcere (art. 318-A do CPP⁷⁸⁷) ou mesmo a substituição da medida cautelar imposta por outra menos invasiva (art. 318 do CPP⁷⁸⁸).

Logo, nesse aspecto, são relevantes as provas das condições pessoais que repercutem em condições especiais de aprisionamento, como a ocupação de cargos públicos específicos, o exercício da função de jurado, a condição de advogado, a condição gestacional, por exemplo, bem como um quadro de saúde ou a paternidade ou maternidade de filho em idade que recomende a substituição da custódia por cautelares alternativas.

A contracautela clássica das medidas de tutela de urgência penal de natureza pessoal é a prestação de fiança, no que se inclui o debate quanto à fixação de seu valor (art. 326 do CPP⁷⁸⁹), à justificação da integral impossibilidade de fazê-lo (art. 350 do CPP⁷⁹⁰) ou de fazê-lo nas condições fixadas; além da necessidade de sua majoração (art. 325 do CPP⁷⁹¹), o que indica que estas novas circunstâncias assumem a condição de relevantes para admissão de provas.

Assim, a capacidade econômica do réu, a disponibilidade imediata de seu patrimônio e as necessidades financeiras de sustento próprio e de seu núcleo familiar são questões de notória relevância para a instrução probatória.

⁷⁸⁵ CPP, art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva: I - os ministros de Estado; II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados; IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito"; V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; VI - os magistrados; VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; VIII - os ministros de confissão religiosa; IX - os ministros do Tribunal de Contas; X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função; XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

⁷⁸⁶ Lei n.º 8.906, de 1994, art. 7º São direitos do advogado: (...) V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar;

⁷⁸⁷ CPP, art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

⁷⁸⁸ CPP, art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

⁷⁸⁹ CPP, art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

⁷⁹⁰ CPP, art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

⁷⁹¹ CPP, art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: (...) §1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código; II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

6.1.4. Medidas cautelares reais

Examinada a questão referente às cautelares de natureza pessoal, importante ingressar na apreciação referente às medidas cautelares de natureza real.

A principal cautelar real disposta na legislação processual penal brasileira consiste no sequestro, que pode recair em relação a bens móveis e imóveis⁷⁹², sendo cabíveis ainda nas hipóteses de especialização e registro de hipoteca legal⁷⁹³, além do arresto e da alienação antecipada.

Passa-se à avaliação de cada uma das modalidades procedimentais indicadas.

Essencialmente, o objeto fundamental do sequestro é a constrição de proventos, diretos ou indiretos, da infração penal, os quais tenham sido transferidos a terceiros, de forma que a relevância pode recair em relação a tais *thema probandum*.

Logo, tanto as provas tendentes à demonstração da origem ilícita de dado patrimônio, quanto aquelas referentes à sua transferência a terceiro, são dotadas de relevância, notadamente porque o ordenamento assegura a posse do possuidor de boa-fé ao instituir a figura dos embargos de terceiro.

Portanto, podem ser indicadas como provas relevantes a falta de lastro patrimonial para a aquisição do acervo patrimonial, além da transferência a terceiros sem amparo jurídico válido, o que indicia procedimento de ocultação de produto de ilícito.

No propósito de desnaturar o cabimento do sequestro, afigura-se relevante evidência tendente a demonstrar a origem lícita e autônoma da parcela patrimonial constricta, com o escopo de colocá-la à salvo da medida, como o detalhamento da cadeia sucessória da propriedade do bem e o lastro prévio dos recursos empregados na aquisição, como um financiamento bancário.

Para além desta disciplina jurídica, é possível ainda se conceber o sequestro na modalidade subsidiária do art. 91, §2º, do Código Penal⁷⁹⁴, que recai em relação a bens e valores equivalentes ao produto ou ao proveito do delito.

⁷⁹² CPP, art. 126. Para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

⁷⁹³ CPP, art. 134. A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.

CPP, art. 135. Pedida a especialização mediante requerimento, em que a parte estimará o valor da responsabilidade civil, e designará e estimará o imóvel ou imóveis que terão de ficar especialmente hipotecados, o juiz mandará logo proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade e à avaliação do imóvel ou imóveis.

⁷⁹⁴ CPP, art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (...) § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Nessa modalidade de sequestro, a relevância irá se referir não apenas à autoria e à prática ilícita que repercutiu em ganho patrimonial, mas também à sua quantificação, além da própria medição do patrimônio sequestrado.

Logo, provas tendentes à avaliação do ganho patrimonial e do patrimônio do réu serão dotadas de relevância, de modo que serão admissíveis.

A hipótese é absolutamente diferenciada das demais medidas cautelares do ordenamento nacional, eis que a constrição não está vinculada à origem ilícita do patrimônio, decorrendo da mera obtenção patrimonial que, apesar de não vinculada necessariamente a um delito específico, corresponde apenas ao aspecto quantitativo ao patrimônio auferido.

Importante anotar que, a título de referencial teórico, se considera no presente estudo revogado o sequestro instituído no Decreto-lei n.º 3.240, de 1941, de modo que não se promoverá na espécie exame acerca da relevância de provas em relação à dita medida cautelar.

No âmbito da especialização de hipoteca legal, regida no art. 1.489, III, do Código Civil⁷⁹⁵, o objeto da medida assecuratória se restringe à quantificação da extensão patrimonial da responsabilidade civil decorrente do delito, além da aferição do valor do acervo patrimonial sobre o qual recai a constrição.

Logo, tais são as questões que envergam relevância, de forma que as provas vinculadas a tal *thema probandum* são admissíveis

Já o arresto foi concebido como medida preparatória à especialização da hipoteca legal⁷⁹⁶, havendo assumido feição diferenciada especificamente por alcançar bens móveis de modo autônomo, sobretudo pelo advento da Lei n.º 11.435, de 2006, que emprestou nova redação ao art. 137 do Código de Processo Penal⁷⁹⁷.

Dada tal finalidade preparatória, é de se ver que, além dos aspectos referentes à quantificação antes indicada, inerente à especialização de hipoteca legal, também são dotados de relevância os aspectos referentes à indicação da prática delitiva e sua autoria, como ocorre na cautelar de sequestro.

Quanto à alienação antecipada de bens, conquanto o tema seja tratado ainda de modo esparsos em outros diplomas, como ocorre no art. 62 da Lei n.º 11.343, de 2006⁷⁹⁸, o presente

⁷⁹⁵ CC, art. 1.489. A lei confere hipoteca: (...) III - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;

⁷⁹⁶ CPP, art. 136. O arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal.

⁷⁹⁷ CPP, art. 137. Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis.

⁷⁹⁸ Lei n.º 11.343, de 2006, art. 62. Comprovado o interesse público na utilização de quaisquer dos bens de que trata o art. 61, os órgãos de polícia judiciária, militar e rodoviária poderão deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público e garantida a prévia avaliação dos respectivos bens.

estudo fica centrado na previsão do art. 144-A do Código de Processo Penal⁷⁹⁹, que estabelece o regime jurídico geral da mencionada cautelar de natureza real.

No tocante à mencionada cautelar, que pode recair em relação a bens constrictos de qualquer natureza, há nítida relevância das questões referentes à preservação do valor dos bens, assim como aquelas referentes ao risco de sua depreciação, de sua deterioração e da dificuldade de sua manutenção.

Destarte, as evidências de que os bens constrictos estão em deterioração, tais como fotografias, relatos de testemunhas e avaliações patrimoniais referentes à danificação do acervo apreendido, tais como veículos em pátios de apreensão e outros bens em depósito forense, além do abandono ou invasões de imóveis, são dotados de nítida relevância.

Outras hipóteses se verificam quanto à demonstração de que o Poder Judiciário não dispõe de meios suficientes à guarda e manutenção dos bens apreendidos.

6.2.Aspectos inerentes à instrução propriamente dita

No enfoque da etapa processual de produção de provas propriamente dita, o exame da relevância estará configurado, inicialmente, em relação às condições de validade da evidência, especificamente ante a regra de inadmissibilidade das provas ilícitas.

Em outras palavras, são relevantes as provas que se refiram à validade das evidências.

Assim, no pormenor, serão claramente admissíveis as provas que tenham por objeto a demonstração de eventual vício e da sua extensão, circunstância necessária à apuração de eventual derivação da prova ilícita, o que acaba por macular a prova derivada (art. 157 do CPP⁸⁰⁰).

Logo, no pormenor de discussão quanto à validade de evidência, é possível identificar a relevância de provas que se refiram à forma de sua produção, como o acesso indevido informações privadas como as de celular ou mesmo ao domicílio do acusado, além da prática de tortura para sua obtenção.

⁷⁹⁹ CPP, art. 144-A. O juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

⁸⁰⁰ CPP, art.157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. §1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. §2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Também serão dotadas de relevância as provas das circunstâncias referentes à validade de exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios⁸⁰¹, como a qualificação profissional do perito⁸⁰²; as circunstâncias de realização de autópsia⁸⁰³, de exumação de cadáver⁸⁰⁴ e de reconhecimento de escritos⁸⁰⁵; a avaliação de coisas destruídas ou deterioradas, assim como daquelas que constituam produto do crime⁸⁰⁶ ou seus instrumentos⁸⁰⁷; e o exame das circunstâncias e da extensão de incêndio⁸⁰⁸.

Ademais, as circunstâncias do reconhecimento pessoal, cujas regras são estabelecidas no art. 226 do CPP⁸⁰⁹, podem ser objeto de questionamento, de modo que as condições da sua realização ostentam relevância para fins de validação da evidência, de forma que as provas a este respeito são admissíveis.

É importante consignar, ademais, que o regime geral das nulidades é regido pelo princípio do prejuízo, segundo o qual não se declarará qualquer invalidade sem demonstração de que sua ocorrência foi prejudicial a parte processual⁸¹⁰, de maneira que o exame da validade de qualquer prova haverá de ser permeado por tal circunstância.

⁸⁰¹ CPP, art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

⁸⁰² CPP, art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. § 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. § 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. § 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. § 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

⁸⁰³ CPP, art. 162. A autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto. Parágrafo único. Nos casos de morte violenta, de bastar o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante.

⁸⁰⁴ CPP, art. 166. Havendo dúvida sobre a identidade do cadáver exumado, proceder-se-á ao reconhecimento pelo Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere ou pela inquirição de testemunhas, lavrando-se auto de reconhecimento e de identidade, no qual se descreverá o cadáver, com todos os sinais e indicações. Parágrafo único. Em qualquer caso, serão arrecadados e autenticados todos os objetos encontrados, que possam ser úteis para a identificação do cadáver.

⁸⁰⁵ CPP, art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte: I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada; II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida; III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados; IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

⁸⁰⁶ Art. 172. Proceder-se-á, quando necessário, à avaliação de coisas destruídas, deterioradas ou que constituam produto do crime. Parágrafo único. Se impossível a avaliação direta, os peritos procederão à avaliação por meio dos elementos existentes nos autos e dos que resultarem de diligências.

⁸⁰⁷ CPP, art. 175. Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência.

⁸⁰⁸ CPP, art. 173. No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato.

⁸⁰⁹ CPP, art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

⁸¹⁰ CPP, art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Por esta razão, também a configuração do prejuízo é questão afeta de relevância para fins de admissão de provas, podendo ser imaginadas a este pormenor, por exemplo, a demonstração de que, apesar da irregularidade no reconhecimento ou em prova pericial, sua finalidade foi atendida, ou de que o acesso a informação armazenada em celular ou ao domicílio foi validamente autorizado.

Logo, as condições de validade das provas comportam a produção de provas, às quais habitualmente se denominam metaprovas.

Há, ainda, questões próprias da instrução que comportam aferição de relevância para fins de admissão dos meios de prova.

6.2.1. Cadeia de custódia

Ainda no aspecto da validade dos elementos de convicção introduzidos na relação processual, outro aspecto de inegável relevância da atividade probatória remonta ao atendimento aos requisitos de validade inerentes à observância das regras próprias da cadeia de custódia, como aqueles referentes à preservação do local e à coleta, à catalogação, ao armazenamento, ao exame e ao depósito dos vestígios arrecadados (art. 158-B do CPP⁸¹¹).

Cada um dos referidos aspectos configura, inegavelmente, enfoque de importância para fins de validade dos elementos de convicção, comportando assim sua demonstração em juízo para fins de sua admissão das evidências.

No âmbito da validade especificamente vinculada à cadeia de custódia, assumem relevância especificamente as evidências que sejam relacionadas à integridade dos vestígios relacionados a determinado delito, tais como as circunstâncias de sua guarda e armazenamento,

⁸¹¹ CPP, art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime; III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento; VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito; IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

além das circunstâncias de realização dos exames periciais e as conclusões dos respectivos laudos.

Nesse cenário, são relevantes as provas que se referem à adequada guarda e depósito do vestígio, hábeis a assegurar a manutenção de suas condições físico-químicas, compreendendo inclusive sua regular submissão às perícias técnicas.

Especialmente no âmbito da integridade das evidências, especificamente sob o enfoque da observância às regras de cadeia de custódia, assume inegável importância o exame referente ao princípio de prejuízo, na medida em que as formalidades do depósito e do armazenamento do vestígio não valem, enquanto valor jurídico isoladamente considerado, mas sim como instrumento da demonstração da integridade das provas.

6.2.2. Em relação à produção de prova testemunhal

No tocante à produção de prova testemunhal, o Código de Processo Penal prescreve, de um lado, eventual diligência tendente ao esclarecimento de dúvida quanto à identidade do depoente⁸¹², bem como, de outro lado, estabelece aquelas pessoas a quem não imposta a obrigação de depor,⁸¹³ assim como aquelas a quem descabe o deferimento do compromisso legal de dizer a verdade⁸¹⁴.

Nesta toada, são dotadas de relevância as provas que tangenciem à identidade da testemunha, assim como à sua condição de sacerdote ou de médico, por exemplo, as quais podem desobrigá-los do dever de prestar depoimento, bem como seu vínculo de parentesco próximo com o acusado ou mesmo sua inimizade com o mesmo, circunstâncias que desautorizam o deferimento do compromisso legal de dizer a verdade.

Essas são, dentre outras tantas, evidências dotas de relevância.

⁸¹² CPP, art. 205. Se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomar-lhe o depoimento desde logo.

⁸¹³ CPP, art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

⁸¹⁴ CPP, art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

CPP, art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

6.2.3. Compartilhamento de provas

No âmbito do direito brasileiro, a jurisprudência definiu, no regime especial da jurisprudência com repercussão geral, o cabimento do compartilhamento de provas, especificamente na decisão do Tema n.º 990 pelo Supremo Tribunal Federal.

O mencionado julgado, que apesar de se referir expressamente ao compartilhamento de relatórios de inteligência financeira por parte de unidade de inteligência financeira (UIF) e de fiscalização dos órgãos de administração tributária, estabelece diretrizes fundamentais para o compartilhamento de evidências de qualquer natureza com órgãos de persecução penal.

Dentre as mencionadas diretrizes consta expressamente a dispensa de prévia autorização judicial, salvo vigência de cláusula de reserva de jurisdição, bem como o resguardo ao sigilo das informações.

Ademais, é imprescindível que as informações sejam empregadas para a instrução de procedimento regularmente instaurado, observando a formalidade de comunicação acerca do compartilhamento, devidamente certificada, e a previsão de instrumentos de controle de eventuais desvios.

É possível, assim, afirmar que o precedente estabelece o regime geral de compartilhamento de provas apuradas em expedientes administrativos, dentre os quais podem ser citados ainda os procedimentos inerentes ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o qual serve, ainda, de parâmetro para a admissão do compartilhamento de provas entre processos judiciais.

A estrutura geral do regramento, aplicável à esfera administrativa e aos procedimentos judiciários, exige fundamentalmente a existência de elementos que indiquem a validade das provas na esfera em produzido, bem com se resguarde o devido processo legal no procedimento de destino, oportunizando-se contraditório aos envolvidos, que assumirá forma diferida quanto aos mencionados elementos de convicção.

A aplicação das citadas diretrizes no âmbito judicial pode ser identificada, dentre muitos precedentes, no julgamento do HC n.º 746.8737GO, pelo Superior Tribunal de Justiça, que consigna expressamente os ditos precedentes para fins de admissão de determinada prova, extraída de um processo, como emprestada em outro, em compartilhamento judicial.

São estes os critérios que servem ao controle judicial para admissão do compartilhamento de provas, o que indica que todos estes aspectos são questões relevantes passíveis de que admissão de provas.

Destarte, o compartilhamento de quaisquer meios de prova deverá observar os ditos requisitos, entretanto, estes não bastam isoladamente à admissão da evidência, na medida em que não compreendem ou correspondem à relevância enquanto critério do juízo de admissibilidade das provas.

Nesse cenário, para além de aferir o atendimento aos requisitos ao compartilhamento das provas, cabe ao juízo destinatário das evidências compartilhadas, deverá examinar a relevância das mencionadas evidências ante o objeto do procedimento em que se objetiva seu emprego.

Justamente no dito pormenor, haverá o juízo de identificar se o *thema probandum* das provas cujo compartilhamento se pretende são integrantes do *thema decidendum* do processo em que se pretende seu uso emprestado.

Então, é possível reconhecer a relevância de evidências colhidas em imputação de associação para o tráfico, relativamente ao seu emprego compartilhado no caso de imputação de homicídio qualificado, pelo propósito de ocultação de crime anterior, de testemunha do processo de origem.

Outra hipótese de reconhecimento da relevância reside, ainda, em relação a relatórios de movimentação financeira de empresas, obtidos em imputação de crime contra a ordem tributária, que se preste a ser empregado, mediante compartilhamento, em imputação de lavagem de capitais.

6.3.Aspectos inerentes ao juízo de mérito

Um outro aspecto da atividade probatória que desafia a indicação da relevância dos elementos de convicção diz respeito à própria configuração da prática delitiva e as consequências legais aplicáveis na espécie, de maneira que este é o objeto do presente tópico.

Nesse pormenor, então, serão examinadas as circunstâncias indicativas da relevância de provas referentes ao juízo de mérito das imputações.

6.3.1. A negativa de autoria e de ocorrência do fato

Em relação aos aspectos propriamente referentes à configuração do delito, certo é que grande parte do que se pode controverter no debate processual se refere à própria existência do fato delitivo, assim como à possibilidade de sua atribuição ao agente imputado.

Além disso, podem ser objeto de cognição judicial as circunstâncias do fato delitivo propriamente ditas, notadamente aquelas que se revestem de efeitos em virtude de expressa designação normativa, como circunstâncias que agravam ou abrandam a consequência penal do fato delitivo, ou mesmo a excluem ou desnaturam.

Nesse contexto, são corriqueiras referências quanto à figura dos álibis ou mesmo a circunstâncias que afastam a própria existência do delito, o que indica evidências dotadas de relevância para fins de admissão de provas que lhe sejam correspondentes.

Podem ser citadas na espécie, por exemplo, as provas que tenham por objetivo comprovar que o acusado da execução material de roubo estava em outro lugar no momento da prática do fato, bem como as evidências que se prestem a comprovar a aquisição em boa-fé e pelo preço de mercado de bem objeto de suposta receptação.

O rol de hipóteses de argumentos a este respeito é, inegavelmente, infinito, dada a diversidade de situações fáticas materiais e a inventividade do intelecto humano, de forma que todas as circunstâncias que se prestem à demonstração da não ocorrência do fato delitivo ou da circunstância de o acusado não haver sido seu autor se revestem de relevância para fins de admissão probatória.

6.3.2. Excludentes de ilicitude e de culpabilidade

No âmbito das causas de exclusão de ilicitude⁸¹⁵, que afastam o caráter delitivo da conduta, serão dotadas de relevância os elementos de prova que tangenciem às circunstâncias de configuração de cada uma das hipóteses das causas de exclusão de ilicitude, além daqueles atinentes à configuração de seu eventual excesso.

⁸¹⁵ CP, art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Destarte, as questões atinentes à estrita observância de ordem legal por parte de superior funcional, no caso de obediência hierárquica⁸¹⁶; ao perigo atual que não se provocou ou podia evitar e à razoabilidade do sacrifício, assim como a ausência do dever legal de enfrentar o perigo, no estado de necessidade⁸¹⁷; e o uso do emprego moderado dos meios necessários à repulsa de injusta agressão, atual ou iminente, a direito alheio ou próprio, na legítima defesa⁸¹⁸.

Nesse sentido, são relevantes as provas que se refiram por exemplo à agressão sofrida por agente que, em reação, efetuou disparo de arma de fogo que atingiu a vítima, ou a observância de comando militar para, empregando munição não letal, dissipar movimento que ameaçava invadir prédio público, no caso de a medida causar lesões nos envolvidos.

Em relação às excludentes de culpabilidade, que isentam o agente de pena, as circunstâncias de sua ocorrência se relacionam com o erro inevitável sobre a ilicitude do fato e conseqüentemente a discussão acerca de sua evitabilidade⁸¹⁹, a inimputabilidade do agente por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e sua extensão⁸²⁰, além da embriaguez, sua extensão e sua origem⁸²¹.

O mais usual exemplo das mencionadas excludentes remonta, inegavelmente, à demonstração da inimputabilidade do agente, seja por sua idade, seja por se desenvolvimento mental incompleto.

Merece registro, por relevante, que muitas vezes as causas de exclusão da culpabilidade são veiculadas justamente nos processos incidentes tratados em tópico anterior, de maneira que pertinentes as ponderações ali consignadas.

Tais questões são, então, nitidamente relevantes para integrar o juízo de admissibilidade das provas.

⁸¹⁶ CP, art. 22 Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

⁸¹⁷ CP, art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. § 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

⁸¹⁸ CP, art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

⁸¹⁹ CP, art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

⁸²⁰ CP, art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁸²¹ CP, art. 28. Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão; II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. § 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

6.3.3. Fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito

Conquanto seja mais usual o tratamento de circunstâncias modificativas, extintivas ou impeditivas do direito em litígio no âmbito do processo civil, até mesmo porque o legislador lhes assegurou regulamentação na respectiva legislação, é de se ver que a legislação penal estabelece inúmeras circunstâncias passíveis de sua suscitação no debate processual.

Tem-se tal situação, por exemplo, nas hipóteses da participação de menor importância e da intenção de participar de delito menos grave⁸²², assim como nos casos de comunicabilidade de circunstâncias da prática do delito, especificamente na identificação de seu caráter pessoal e, assim, intransferível⁸²³.

Logo, as evidências tendentes à demonstração das mencionadas circunstâncias serão dotadas de relevância para fins de admissão das provas.

Outras hipóteses de fatos impeditivos do direito versado na pretensão podem ser reconhecidas, ainda, nos casos de demonstração do relacionamento familiar, de cônjuge, ascendente ou ascendente, relativamente aos delitos patrimoniais, circunstância capaz de isentar o agente de penas⁸²⁴, de maneira que as provas das referidas circunstâncias são nitidamente relevantes.

6.3.4. Aspectos inerentes a figuras típicas específicas

No presente tópico se objetiva, sem pretensão de esgotamento, tratar de aspectos inerentes à configuração de determinadas figuras típicas específicas, com o escopo de melhor demonstrar a aplicação prática das premissas fixadas nos capítulos antecedentes do presente estudo.

Nesse sentido, a intenção é indicar pontualmente a partir de cada figura típica as provas que seriam dotadas de relevância no enfoque de hipotético debate processual.

⁸²² CP, art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º. Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

⁸²³ CP, art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

⁸²⁴ CP, art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

6.3.4.1. Crimes contra a pessoa

Relativamente aos crimes contra a pessoa, seu objeto central é, evidentemente, a proteção a ser humano, individualmente considerado, abarcando tanto a vida, presente ou concebida, quanto a integridade.

Nesse sentido, a elementar fundamental de identificação da relevância probatória reside justamente nas circunstâncias referentes à ofensa à pessoa, como se verifica no óbito, em relação ao homicídio; na ofensa à integridade física, no caso da lesão corporal; na interrupção de gestação, quanto ao aborto, e assim sucessivamente.

Portanto, integram necessariamente o *thema decidendum* as questões probatórias referentes às elementares de cada uma das mencionadas figuras típicas, que incluem não apenas o aspecto da ofensa à pessoa, mas eventuais elementos normativos do tipo, como a influência do estado puerperal relativamente ao infanticídio⁸²⁵.

Ademais, serão ainda dotadas de relevância as circunstâncias identificadas, relativamente a cada uma das mencionadas figuras típicas, como circunstâncias qualificadoras ou minorantes.

Logo, no caso do homicídio qualificado ou privilegiado, por exemplo, assumem inegável condição de relevância as provas que tenham por escopo a demonstração de cada uma das ditas circunstâncias, como o emprego de veneno e a motivação fútil, ou a prática do fato em virtude de relevante valor social ou moral, sob domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima⁸²⁶.

Outra situação em que se verificam tais circunstância se refere ao delito de lesão corporal, nas suas diversas modalidades⁸²⁷.

⁸²⁵ CP, art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos.

⁸²⁶ CP, art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. § 2º Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena - reclusão, de doze a trinta anos. VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino; VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; VIII - com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido; IX - contra menor de 14 (quatorze) anos. Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

⁸²⁷ CP, art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. § 1º Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 2º Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto: Pena - reclusão, de dois a oito anos. § 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena -

Não bastasse isso, no caso específico dos delitos dolosos contra a vida, para os quais estabelecida competência do Tribunal do Júri, serão dotadas de relevância para fins de admissão de evidências no debate processual as questões referentes à validade da composição do conselho de sentença, mediante regular alistamento e sorteio de jurados, além das hipóteses justificadoras de desaforamento, as quais repercutem em modificação de competência.

Questão probatória de marcada dificuldade em delitos desta natureza, a exigir demonstração por parte dos litigantes, tangencie à demonstração do elemento subjetivo do agente, demonstrativo do *animus necandi*, habitualmente extraído a partir da intensidade do ataque à vítima e do instrumento empregado.

6.3.4.2. Crimes contra a honra

No tocante aos delitos contra a honra, o ponto central de identificação da relevância remonta justamente a ofensa à honra alheia, de maneira que este será sempre foco de atividade probatória admissível.

Nesse contexto, a imputação falsa de fato definido como crime, na calúnia; a atribuição de fato desonroso, na difamação; e a ofensa à dignidade ou ao decoro, na injúria, serão elementos centrais da atividade probatória relevante.

Também as circunstâncias especiais que modificam a pena são marcadas pela relevância das respectivas provas⁸²⁸, tal como se verifica em relação à injúria perpetrada mediante meio aviltante, como a cusparada no rosto ou o arremesso de fezes ou urina, bem como quanto se refere a aspectos de caráter religioso, da idade ou de deficiência da vítima.

Há na matéria, entretanto, uma questão absolutamente diferenciada nos delitos desta natureza, especificamente nos casos em que cabível a exceção de verdade, de modo que, no debate processual respectivo, são admissíveis as provas vinculadas aos mencionados argumentos defensivos⁸²⁹ e ao seu descabimento.

reclusão, de quatro a doze anos. § 4º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

⁸²⁸ CP, art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: (...) § 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

⁸²⁹ CP, art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º - É punível a calúnia contra os mortos. § 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

Logo, por exemplo, viável conceber a prova da absolvição do ofendido por sentença condenatória irrecurável no caso da calúnia.

O regime jurídico dos delitos desta natureza viabiliza, ainda, debate referente a circunstâncias que excluem o delito⁸³⁰ ou justificam que o magistrado deixe de aplicar a pena, especificamente nas hipóteses previstas na legislação⁸³¹.

Nesse cenário, a relevância probatória, para fins de admissão de elementos de convicção, vai compreender ainda a prova de que, na injúria, o fato foi objeto de retorsão imediata, consistente em outra injúria, ou quando o próprio agente deu causa diretamente à injúria, bem como a circunstância da injúria ou da difamação consistir em opinião literária desfavorável.

Assim, a demonstração de que as injúrias foram recíprocas, em meio a discussão acalorada, ou mesmo de que a conduta imputada consistiu em crítica literária, são elementos de flagrante admissibilidade.

6.3.4.3. Crimes contra o patrimônio

No que diz respeito aos delitos patrimoniais, o ponto básico de toda atividade probatória consistirá justamente na ofensa ao patrimônio alheio, consistente na subtração, relativamente ao furto e ao roubo, observado o emprego de violência quanto a este; no constrangimento para obter vantagem, na extorsão; no suprimento de sinal divisório, na alteração de limites; e na apropriação patrimonial, na apropriação indébita.

É, portanto, especialmente no mencionado título do Código Penal, amplamente variado o rol de hipóteses em que se revela viável a admissão probatória, circunstância que repercute diretamente na extensão do número de hipóteses passível de debate neste tópico.

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecurável.

⁸³⁰ CP, art. 142 - Não constituem injúria ou difamação puníveis: I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador; II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar; III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício. Parágrafo único - Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

⁸³¹ CP, art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

A despeito da mencionada particularidade, as circunstâncias que repercutem na fixação das penas, qualificando-as ou abrandando-as, são circunstâncias de notória admissibilidade para fins de inclusão de material probatório no processo.

Podem ser citadas neste aspecto a prática do fato durante o repouso noturno ou em concurso de pessoas, e a primariedade do agente, aliada ao pequeno valor do bem subtraído, em relação ao furto⁸³²; a circunstância de estar a vítima em serviço de transporte de valores ou de ter sua liberdade constricta, quanto ao roubo⁸³³; o emprego de violência no esbulho possessório⁸³⁴; dentre outras tantas situações.

Finalmente, conforme já pontuado, os delitos contra o patrimônio comportam isenção de pena decorrente da existência de vínculo familiar entre o autor do fato e a vítima⁸³⁵, de modo que também estas circunstâncias comportam admissão no debate processual, eis que relevantes.

6.3.4.4. Crimes contra propriedade imaterial

Quanto aos delitos de violação à propriedade imaterial, a relevância alcança diretamente a compreensão do que sejam direitos do autor, obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma⁸³⁶; e emprego de cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer sistema de transmissão⁸³⁷.

⁸³² CP, art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno. § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. § 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa; IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas. § 4º-A A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

⁸³³ CP, art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro. § 2º - A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: I - revogado; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância. IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. VI - se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. VII - se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca;

⁸³⁴ CP, art. 161 - Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem: I - desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas alheias; II - invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório. § 2º - Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.

⁸³⁵ CP, art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

⁸³⁶ CP, art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁸³⁷ CP, art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.(...) § 3º. Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário

Nesse cenário, os elementos que se prestam à demonstração da titularidade de direito autoral ou de obra fonográfica, por exemplo, são meios de prova relevantes quanto à imputação de contrafação, assim como as provas do emprego de sistema de transmissão de sinal violador de propriedade imaterial, como os diversos variados equipamentos desta natureza, também são dotadas do atributo da relevância.

A premissa fundamental das mencionadas figuras típicas remonta à identificação da propriedade imaterial violada, de forma que terão relevância as evidências tendentes à demonstração do citado domínio, além das situações configuradoras da contrafação.

Estes são os parâmetros da aferição da relevância em processos em que a imputação se refere a delitos de tal natureza.

6.3.4.5. Crimes contra a dignidade sexual

No que tangencia aos delitos contra a dignidade sexual, o objeto central da atividade probatória remonta justamente à prática de natureza libidinosa, tal como o constrangimento à conjunção carnal, no caso do estupro; a fraude para a mesma finalidade, na hipótese da violação sexual mediante fraude; o registro de cena de ato sexual ou nudez, no registro não autorizado de intimidade sexual; e a promoção de migração ilegal, no tráfico de pessoa para fim sexual.

Também aqui, tal como verificado em relação aos delitos contra o patrimônio, a variedade de situações é absolutamente ampla, o que estabelece dificuldade substantiva a um exame exauriente das hipóteses.

Ainda assim, é fácil constatar que as circunstâncias que interferem na definição da pena aplicável à espécie, majorando-a ou abrandando-a, são elementares marcadas de notória relevância para fins de admissão do material probatório.

Tal se constata, por exemplo, na causação de morte ou lesão corporal, no estupro⁸³⁸; a idade da vítima, no caso do estupro de vulnerável⁸³⁹, que eleva a pena em relação à tipificação

realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁸³⁸ CP, art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. § 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

⁸³⁹ CP, art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

comum; a finalidade de obtenção de vantagem econômica, no favorecimento à prostituição⁸⁴⁰; e da situação desumana ou degradante imposta à vítima relativamente ao delito de promoção de migração ilegal⁸⁴¹.

Portanto, as provas que se prestam à demonstração das mencionadas circunstâncias, a par de outras tantas, são marcadas por relevantes, de modo que admissíveis na ação penal respectiva.

6.3.4.6. Crimes contra a fé pública

A fé pública é o objeto central da tutela jurisdicional dos delitos que a protegem, de maneira que é essa uma questão de inegável relevância para a definição das provas admissíveis, como se verifica, por exemplo, no caso da falsificação de moeda metálica ou de papel-moeda nos casos de moeda falsa; a adulteração de carteira nacional de habilitação, nas hipóteses de contrafação material ou intelectual de documentos públicos; a omissão ou inserção de informação falsa em documento público ou particular, nas situações de falsidade ideológica; ou a remarcação de chassi, na conduta de adulteração de sinal identificador de veículo.

Logo, a principal evidência admissível na espécie consiste nos laudos periciais indicativos da adulteração material, ou ainda nos assentamentos de registros públicos ou na oitiva de testemunhas indicativos da falsidade intelectual, como se verifica na elaboração de documento com data diversa da adequada, especificamente com o escopo de prejudicar interesse alheio.

Ademais, é notória ainda a relevância, por composição do *thema decidendum*, das provas referentes às circunstâncias com reflexo nas consequências penais do ilícito, tal como ocorre na demonstração da condição de servidor público do autor do delito de adulteração de sinal identificador de automóvel⁸⁴².

⁸⁴⁰ CP, art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. § 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

⁸⁴¹ CP, art. 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º Na mesma pena incorre quem promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro. § 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se: I - o crime é cometido com violência; ou II - a vítima é submetida a condição desumana ou degradante.

⁸⁴² CP, art. 311 - Adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento: Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa. § 1º - Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada de um terço.

Estes são enfoques marcados por flagrante relevância para fins de definição do juízo de admissibilidade das evidências.

6.3.4.7. Crimes contra a administração pública

Já em relação aos delitos contra a administração pública, a questão central da instrução, circunstância fundamental à definição da relevância para admissão probatória, tangencia diretamente à violação de interesses da administração, tal como se constata na apropriação de bem ou valor por parte de servidor público, no caso do peculato; na inserção de dados falsos, no delito de adulteração de dado de sistema de informações; na exigência indevida de vantagem, em relação à concussão; no retardo ou na omissão, na hipótese de prevaricação; e na oferta de vantagem indevida, no caso de corrupção ativa.

Tal como se verifica em outros títulos do Código Penal, a diversidade de situações é flagrante, o que dificulta sobremaneira o tratamento exauriente das hipóteses no presente estudo, conquanto, ainda assim, seja possível a identificação de algumas situações principais.

Estas estarão adstritas basicamente, então, às circunstâncias com reflexo na configuração de elementos normativos do tipo, como na identificação de sistema informatizado ou banco de dados da administração pública⁸⁴³, e na definição da consequência penal da conduta delitativa, tal como se apura em relação à configuração de interesse ilegítimo, na advocacia administrativa⁸⁴⁴; ao emprego de transporte aéreo, marítimo ou fluvial, quanto ao descaminho⁸⁴⁵; e a frustração à prática do ato, no caso de resistência⁸⁴⁶.

⁸⁴³ CP, art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

⁸⁴⁴ Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo: Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.

⁸⁴⁵ CP, art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem: I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho; III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. § 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. § 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

⁸⁴⁶ CP, art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio: Pena - detenção, de dois meses a dois anos. § 1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa: Pena - reclusão, de um a três anos. § 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

Portanto, em relação a estas provas, estará configurada a relevância para fins de admissão de evidência na instrução processual.

6.3.4.8. Crimes da Lei de Drogas

No tocante à regulamentação dos delitos relacionados às substâncias entorpecentes, para além dos aspectos próprios de cada conduta típica, como o propósito de consumo pessoal⁸⁴⁷ ou compartilhado⁸⁴⁸, ou ainda o escopo de dispensação ao mercado de consumo⁸⁴⁹, serão relevantes as provas que diga respeito diretamente à própria natureza entorpecente da substância.

No primeiro enfoque, relativamente ao elemento subjetivo que informa a relação do agente com os entorpecentes, como o propósito de seu consumo ou o objetivo de sua dispensação, serão relevantes todas as provas que se prestem à sua demonstração.

Tais evidências podem ser imaginadas em relação a provas quanto à quantidade e ao fracionamento dos entorpecentes; às circunstâncias da prática do fato, tais como o local e o horário da ocorrência, e as condições de armazenamento dos entorpecentes; o emprego conjugado de arma de fogo; e a composição das substâncias entorpecentes arrecadadas; além do eventual concurso de agentes, inclusive adolescentes e crianças.

Estes elementos de convicção, apesar de indiretos, sinalizam provas relevantes para admissão de evidências.

Já no segundo viés, que se refere à natureza entorpecente da substância, a relevância probatória é nítida quanto à citada questão, cuja demonstração está vinculada diretamente ao resultado do laudo de constatação definitiva de entorpecentes.

⁸⁴⁷ Lei n.º 11.343, de 2006, art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

⁸⁴⁸ Lei n.º 11.343, de 2006, art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...) § 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

⁸⁴⁹ Lei n.º 11.343, de 2006, art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Somam-se a estes pormenores, as circunstâncias definidas expressamente pelo legislador como influentes na definição da sanção penal aplicável ao caso concreto, como a primariedade do agente e a circunstância de não integrar organização criminosa⁸⁵⁰; o envolvimento de criança ou adolescente na prática do delito, além da sua transnacionalidade e o emprego de arma de fogo⁸⁵¹; ou ainda a condição de dependente de entorpecentes do agente⁸⁵².

Todas estas questões são dotadas de relevância para fins de admissão de evidências na instrução.

Importante consignar, ademais, que as questões atinentes à redução ou à exclusão da culpabilidade do agente, decorrente do uso de entorpecentes, foram tratadas em tópico próprio do presente estudo, de maneira que aplicáveis as considerações nele registradas.

6.3.4.9. Crimes contra o sistema financeiro

No âmbito dos delitos previstos na Lei n.º 7.492, de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, a relevância pode compreender, de início, para fins de admissão

⁸⁵⁰ Lei n.º 11.343, de 2006, art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa. § 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

⁸⁵¹ Lei n.º 11.343, de 2006, art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito; II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância; III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva; V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal; VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

⁸⁵² Lei n.º 11.343, de 2006, art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

probatória, a configuração das elementares da instituição financeira, além de moeda, valores mobiliários⁸⁵³ e operações de crédito⁸⁵⁴.

Nesse cenário, estabelecido debate quanto ao fato de uma dada entidade consistir em instituição financeira ou não, para fins de identificação da tipicidade da conduta, ter-se-á configurada a relevância das provas tendentes à demonstração da dita condição.

Já no exame de cada uma das condutas típicas dispostas, é possível reconhecer relevância probatória ainda quando às figuras de certificado, cautela e documento representativo de título ou valor mobiliário⁸⁵⁵⁻⁸⁵⁶; de fraude e temeridade na gestão e sua distinção⁸⁵⁷; de demonstrativos contábeis⁸⁵⁸; de fazer operar instituição financeira⁸⁵⁹; e operação de câmbio e de evasão de divisas⁸⁶⁰.

Assim, por exemplo, nas imputações de fraude e de temeridade na gestão de instituição financeira são, claramente, relevantes as provas que tenham por escopo detalhar as operações de mercado do acusado, comparando-a com a conduta habitual dos agentes financeiros, assim como são dotadas de relevância as provas que indiquem a retirada espúria de recursos do país, com remessa a paraísos fiscais, no caso do delito de evasão de divisas.

Tais aspectos são amplamente marcados por relevância a justificar a admissão de evidências tendentes à sua demonstração.

⁸⁵³ Lei n.º 7.492, de 1986, art. 1.º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

⁸⁵⁴ Lei n.º 7.492, de 1986, art. 17. Tomar ou receber crédito, na qualidade de qualquer das pessoas mencionadas no art. 25, ou deferir operações de crédito vedadas, observado o disposto no art. 34 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem: I - em nome próprio, como controlador ou na condição de administrador da sociedade, conceder ou receber adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, nas condições referidas neste artigo; II - de forma disfarçada, promover a distribuição ou receber lucros de instituição financeira.

⁸⁵⁵ Lei n.º 7.492, de 1986, art. 2.º Imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação, sem autorização escrita da sociedade emissora, certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

⁸⁵⁶ Lei n.º 7.492, de 1986, art. 7.º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: I - falsos ou falsificados; II - sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados; III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação; IV - sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

⁸⁵⁷ Lei n.º 7.492, de 1986, art. 4.º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

⁸⁵⁸ Lei n.º 7.492, de 1986, art. 10. Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

⁸⁵⁹ Lei n.º 7.492, de 1986, art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁸⁶⁰ Lei n.º 7.492, de 1986, art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

6.3.4.10. Crimes contra a ordem tributária e econômica

Já nos delitos da Lei n.º 8.137, de 1990, são dotadas de relevância as provas tendentes à identificação do que seja autoridade fazendária, documento ou livro exigido pela lei fiscal relativo à operação tributável⁸⁶¹; rendas, bens ou fatos, parcela dedutível ou deduzida de imposto e incentivo fiscal⁸⁶²; e patrocínio de interesse privado⁸⁶³.

Especificamente em relação às figuras típicas de proteção à ordem econômica, são dotadas de relevância os instrumentos probatórios atinentes à compreensão do que seja domínio de mercado e eliminação de concorrência, bem como de ajuste objetivando a fixação artificial de preço ou de quantidade de produtos produzidos e vendidos, e além do controle de distribuição ou de região⁸⁶⁴.

Absolutamente factível, assim, identificar a relevância das provas que sirvam à demonstração do extravio de livro fiscal ou da atuação de funcionário público de, perante a administração fazendária, patrocinar interesse privado de contribuinte.

No tocante à ordem econômica, por exemplo, notória a relevância dos elementos de convicção tendentes à demonstração de acerto espúrio entre empresas, com o objetivo de promover a fixação artificial de preço, como vez ou outra se atribui a determinados nichos de mercado.

⁸⁶¹ Lei n.º 8.137, de 1990, art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

⁸⁶² Lei n.º 8.137, de 1990, art. 2º Constitui crime da mesma natureza: I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

⁸⁶³ Lei n.º 8.137, de 1990, art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título Xi, Capítulo I): I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social; II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁸⁶⁴ Lei n.º 8.137, de 1990, art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Todos os aspectos comportam reconhecimento de relevância de evidências que tendam à sua demonstração.

6.3.4.11. Crimes contra as relações de consumo

No que diz respeito aos delitos atinentes às relações de consumo, serão dotadas de relevância as provas que se prestem à compreensão das noções de ostensividade, nocividade e de periculosidade de produto, além de embalagens, invólucros, recipientes e publicidade⁸⁶⁵, na medida em que os produtos e serviços de tal natureza demandam tratamento mercadológico diferenciado, em proteção ao consumidor, exigindo adequada comunicação às autoridades competentes⁸⁶⁶ e observância a regras operacionais rigorosas⁸⁶⁷.

É possível a identificação de tais circunstâncias, por exemplo, em relação às provas tendentes à demonstração de que produto ou serviço de elevada periculosidade não tinha tais características suficientemente identificadas, seja em seu rótulo, seja em sua publicidade.

Também é possível identificar a relevância das provas que sirvam à demonstração de que a atuação do fornecedor, enquanto responsável pelos produtos e serviços perigosos, não observou as exigências administrativas, tais como o isolamento para as entregas de gás liquefeito de petróleo e combustíveis, além da não utilização de qualquer fonte de fagulha.

De outro lado, a relevância pode dizer respeito à prestação de informação falsa, enganosa ou relevante⁸⁶⁸; informação abusiva⁸⁶⁹ ou com aptidão para induzir consumidor a comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde e segurança⁸⁷⁰, além da falta de disponibilidade de dados fáticos, técnicos e científicos⁸⁷¹.

⁸⁶⁵ Lei n.º 8.078, de 1990, art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa. § 1º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

⁸⁶⁶ Lei n.º 8.078, de 1990, art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

⁸⁶⁷ Lei n.º 8.078, de 1990, art. 65. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente: Pena Detenção de seis meses a dois anos e multa.

⁸⁶⁸ Lei n.º 8.078, de 1990, art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

⁸⁶⁹ Lei n.º 8.078, de 1990, art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

⁸⁷⁰ Lei n.º 8.078, de 1990, art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

⁸⁷¹ Lei n.º 8.078, de 1990, art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Podem ainda ser imaginadas provas referentes à demonstração do caráter enganoso de uma publicidade, ou ainda do efeito prejudicial à saúde de determinado produto alimentício, como no conhecido caso do *aceite de colza*, que teve enorme repercussão na Espanha nos anos 1980.

Em relação aos delitos vinculados à cobrança de dívidas, a relevância pode tangenciar o constrangimento físico ou moral na sua exigência pelo credor, além da exposição injustificada a ridículo ou a interferência ao trabalho, descanso e lazer⁸⁷².

Nesse pormenor, são relevantes provas que demonstrem, por exemplo, o emprego de violência na cobrança ou medidas que interfiram diretamente no descanso e no trabalho do devedor, como no caso da realização de comunicações telefônicas no curso da madrugada ou em finais de semana.

Os aspectos referentes à fixação das penas aplicáveis aos delitos contra as relações de consumo, como aquelas que demonstram sua prática em grave crise econômica ou calamidade, bem como se valendo de condição econômico-social manifestamente superior à do consumidor, além, ainda, tendo por contexto a prestação de serviços essenciais⁸⁷³.

Destarte, é possível conceber a relevância de provas que se prestem à da prática de delito contra as relações de consumo no curso da pandemia, relativamente ao fornecimento de fármacos empregados no tratamento da COVID, assim como daquelas que indiquem a conduta do acusado em período de grave crise econômica no país.

6.3.4.12. Delito de lavagem de capitais

A figura típica da lavagem de capitais está disposta na Lei n.º 9.613, de 1998⁸⁷⁴, vinculada à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores provenientes, ainda que de modo indireto, de infração penal antecedente, na condição de produto do ilícito.

⁸⁷² Lei n.º 8.078, de 1990, art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

⁸⁷³ Lei n.º 8.078, de 1990, art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código: I - serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade; II - ocasionarem grave dano individual ou coletivo; III - dissimular-se a natureza ilícita do procedimento; IV - quando cometidos: a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima; b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não; V - serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais.

⁸⁷⁴ Lei n.º 9.613, de 1998, art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Nesse contexto serão relevantes os meios de prova que tangenciem à própria atividade de ocultar ou dissimular patrimônio, além das circunstâncias referentes à ilicitude e à culpabilidade da infração penal antecedente.

Também são claramente relevantes aquelas provas que indicam a inexistência de lastro patrimonial lícito suficiente à aquisição legítima do acervo objeto da lavagem objeto da imputação, o que retrata a condição de produto do ilícito do patrimônio.

A este respeito, a propósito, são comuns provas tendentes à demonstração de que ausente fluxo de recursos financeiros que demonstrem a origem lícita de recursos suficientes à aquisição regular do patrimônio supostamente lavado.

Nesse cenário, é viável reconhecer, por hipótese, como provas relevantes aquelas que indiquem que determinado patrimônio foi obtido em razão de certo delito, ou as que apontem a inexistência de lastro patrimonial que ampare a aquisição do objeto da lavagem.

A relevância pode alcançar, inclusive, o próprio ato de branqueamento ou de dissimulação patrimonial, mediante indicação da realização, por exemplo, de atos sucessivos de transferência do acervo de bens sem amparo fático real.

Estes aspectos indicam provas dotadas de relevância para fins de realização do juízo de admissibilidade das evidências.

6.3.4.13. Crimes falimentares

A teor da disciplina da Lei n.º 11.101, de 2005, a apuração de qualquer dos delitos ali estabelecidos depende de condição de procedibilidade – denominada pelo legislador como condição objetiva de punibilidade –, consistente na decretação de falência ou na concessão de recuperação judicial ou extrajudicial.

Nesse cenário, imprescindível a demonstração do mencionado requisito formal para fins de processamento da ação penal.

Conquanto a mencionada condição assumida a forma documental, é de se reconhecer que a mesma não assume propriamente a condição de uma prova, na medida em que retrata na verdade condição ao próprio exercício da ação penal.

Examinando propriamente as figuras típicas referentes aos denominados delitos falimentares, é possível identificar a relevância das evidências tendentes à demonstração da

prática de ato fraudulento destinado à obtenção de vantagem indevida, do emprego de escrituração contábil inexata ou sua alteração, além da destruição de documentos e dados contábeis de sistema eletrônico, além da configuração de contabilidade paralela⁸⁷⁵.

Assim, podem ser citados como exemplos a demonstração de que a contabilidade de dada empresa era irregular, de modo de ocultar dos sócios ou acionistas seu fluxo de caixa deficitário, ou ainda a demonstração de atos de dilapidação patrimonial por parte do gestor, como alienação de bens em valores prejudiciais.

Neste mesmo cenário, as provas relevantes poderão se referir ainda à violação de sigilo empresarial que contribuiu para a crise do empreendimento⁸⁷⁶, à divulgação de informação falsa visando causar estado de inviabilidade empresarial⁸⁷⁷ ou a prestação de informação falsa em procedimento de falência ou recuperação⁸⁷⁸.

No pormenor, podem ser citadas provas que demonstrem a venda de segredo industrial que tenha permitido situação de prevalência de concorrentes no mercado, causando crise na empresa prejudicada.

Ademais, ante às demais figuras típicas dispostas na Lei n.º 11.101, de 2005, serão relevantes as provas que indique disposição ou oneração patrimonial no curso do estado de inviabilidade empresarial⁸⁷⁹⁻⁸⁸⁰⁻⁸⁸¹; apresentação de crédito falso em processo de insolvência empresarial⁸⁸²; exercício de atividade empresarial após inabilitação ou incapacitação⁸⁸³;

⁸⁷⁵ Lei n.º 11.101, de 2005, art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. § 1º A pena aumenta-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente: I – elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos; II – omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou altera escrituração ou balanço verdadeiros; III – destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado; IV – simula a composição do capital social; V – destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.

⁸⁷⁶ Lei n.º 11.101, de 2005, art. 169. Violar, explorar ou divulgar, sem justa causa, sigilo empresarial ou dados confidenciais sobre operações ou serviços, contribuindo para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁸⁷⁷ Lei n.º 11.101, de 2005, art. 170. Divulgar ou propalar, por qualquer meio, informação falsa sobre devedor em recuperação judicial, com o fim de levá-lo à falência ou de obter vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁸⁷⁸ Lei n.º 11.101, de 2005, art. 171. Sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembleia-geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁸⁷⁹ Lei n.º 11.101, de 2005, art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

⁸⁸⁰ Lei n.º 11.101, de 2005, art. 173. Apropriar-se, desviar ou ocultar bens pertencentes ao devedor sob recuperação judicial ou à massa falida, inclusive por meio da aquisição por interposta pessoa: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁸⁸¹ Lei n.º 11.101, de 2005, art. 174. Adquirir, receber, usar, ilicitamente, bem que sabe pertencer à massa falida ou influir para que terceiro, de boa-fé, o adquira, receba ou use: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁸⁸² Lei n.º 11.101, de 2005, art. 175. Apresentar, em falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, relação de créditos, habilitação de créditos ou reclamação falsas, ou juntar a elas título falso ou simulado: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁸⁸³ Lei n.º 11.101, de 2005, art. 176. Exercer atividade para a qual foi inabilitado ou incapacitado por decisão judicial, nos termos desta Lei: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

aquisição ou especulação lucrativa apesar de impedimento em hasta pública⁸⁸⁴; e manutenção de escrituração contábil irregular no curso de processo de insolvência empresarial⁸⁸⁵.

Quanto a estes aspectos, pode ser indicada como relevante a prova de que, em dado processo falimentar ou de recuperação judicial, o devedor emite documentação falsa, simulando ilegalmente a existência de crédito irreal em desfavor da empresa.

Logo, nestes aspectos é possível identificar a relevância das provas.

6.4.Aspectos inerentes à sanção penal e seus efeitos

Há, ainda, a possibilidade de que a atividade probatória estar dirigida para os efeitos da prática delitiva, referindo-se não apenas à própria sanção penal em si, mas, eventualmente, até mesmo às suas consequências secundárias.

Também em relação a este aspecto é possível conceber o desenvolvimento de atividade probatória pelas partes, o que justifica exame referente à relevância dos respectivos elementos de convicção.

Este é o exame a que se dedica o presente tópico.

6.4.1. Dosimetria da pena

Tendo por base os critérios de definição da pena aplicável ao caso concreto, fundados na metodologia trifásica adotada desde a Reforma do Código Penal de 1984⁸⁸⁶, poderão ser objeto de debate processual e, assim, serão dotadas de relevância as provas referentes à cada uma das circunstâncias judiciais⁸⁸⁷; às agravantes⁸⁸⁸, inclusive aquelas específicas do concurso

⁸⁸⁴ Lei n.º 11.101, de 2005, art. 177. Adquirir o juiz, o representante do Ministério Público, o administrador judicial, o gestor judicial, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro, por si ou por interposta pessoa, bens de massa falida ou de devedor em recuperação judicial, ou, em relação a estes, entrar em alguma especulação de lucro, quando tenham atuado nos respectivos processos: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁸⁸⁵ Lei n.º 11.101, de 2005, art. 178. Deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

⁸⁸⁶ CP, art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

⁸⁸⁷ CP, art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

⁸⁸⁸ CP, art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

de pessoas⁸⁸⁹, se for o caso; às atenuantes⁸⁹⁰, inclusive aqueles sem detalhamento normativo expresso⁸⁹¹; e às causas de aumento e às causas de diminuição definidas para cada figura típica.

Neste enfoque, assumem relevância provas atinentes à forma da prática da conduta delitiva, aos seus efeitos e consequências, a eventual atuação da vítima que tenha concorrido para o fato criminoso e à própria culpabilidade do agente.

Assim, eventual confissão do agente, bem como sua idade ou a prática do fato sob influência de multidão, além de sua reincidência e da motivação fútil do delito e da sua prática em desfavor de descendente, ascendente ou cônjuge, são circunstâncias em relação às quais se deve reconhecer a relevância das evidências.

De outro lado, as questões afetas apenas à pessoa do acusado, dissociados por completo do fato em julgamento, como sua eventual ocupação profissional e seus vínculos familiares, são absolutamente irrelevantes ao julgamento da imputação.

Ademais, também os critérios de quantificação da pena de multa são questões dotadas de relevância para fins de admissão dos respectivos elementos de convicção⁸⁹².

A este respeito, a propósito, a demonstração da renda mensal do acusado, bem como de seu patrimônio e das despesas necessárias ao sustento mensal, seu e de sua família, são de notória relevância para o estabelecimento da pena de multa.

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.

⁸⁸⁹ CP, art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

⁸⁹⁰ CP, art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II - o desconhecimento da lei; III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

⁸⁹¹ CP, art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

⁸⁹² CP, art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. § 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

Não bastasse isso, é ainda possível que sejam objeto de prova os critérios referentes ao quantitativo de aumento de penas das hipóteses de concurso formal⁸⁹³ e de crime continuado⁸⁹⁴, além da forma tentada do delito⁸⁹⁵.

Em relação a este pormenor, as provas que tendam à demonstração do *iter criminis* percorrido pelo agente na prática delitiva, bem como a demonstração da quantidade de infrações perpetradas e vítimas atingidas, são circunstâncias que indicam a relevância de determinadas provas, podendo ser imaginada por exemplo as provas tendentes à identificação do dolo da conduta ser dirigida para uma ou várias vítimas deliberadamente.

Finalmente, ainda em relação à fixação das penas aplicáveis, são aspectos de nítida importância probatória, a justificar juízo positivo de admissibilidade das evidências, a indicação de prova referente à substituição por qualquer alternativa penal⁸⁹⁶, como aquelas que apontem a recomendação e a suficiência da pena restritiva de direitos à adequada repressão da prática ilícita, como a primariedade do agente e a prática do fato em modalidade culposa.

6.4.2. Efeitos secundários da sentença

Um aspecto muito interessante, conquanto pouco explorado na prática processual, se refere à atividade instrutória recair em relação aos efeitos secundários da sentença, que alcançam, na forma do art. 91 do Código Penal⁸⁹⁷, a obrigação de indenizar os danos causados pelo crime e o perdimento de instrumentos e produtos do ilícito.

⁸⁹³ CP, art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

⁸⁹⁴ CP, art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

⁸⁹⁵ CP, art. 14 - Diz-se o crime: I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

⁸⁹⁶ CP, art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

⁸⁹⁷ CP, art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituía fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constituía proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. § 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Quanto a tal enfoque, é possível conceber, ainda, atividade probatória atinente ao perdimento de cargo ou função pública e de mandato eletivo; à incapacidade para exercício de poder familiar, tutela ou curatela; e à inabilitação para dirigir veículo, nos termos do art. 92 do Código Penal⁸⁹⁸.

No caso dos efeitos secundários genéricos, dispostos no art. 91 do Código Penal, serão relevantes as provas que detalhem a origem do produto do delito e o emprego de dado objeto como instrumento do delito, bem como a extensão do dano mínimo suportado em virtude do delito.

O mais eloquente exemplo de tal situação remonta de modo claro à demonstração dos gastos com a recuperação da vítima de lesão corporal, provas dotadas de relevância para a definição da indenização mínima decorrente do ilícito.

Em relação aos efeitos secundários específicos, dispostos no art. 92 do Código Penal, sua aplicação demanda a configuração das circunstâncias ali previstas, o que indica a necessidade de produção de provas quanto ao abuso de poder familiar ou à prática de crime doloso na condução de veículo automotor.

A este respeito, possível imaginar a relevância de prova indicativa da prática do fato se valendo de função pública ou mandato eletivo, como na tortura policial, assim como em violação a poder familiar, a justificar a incidência dos efeitos secundários de eventual condenação.

Estes aspectos se referem diretamente à relevância das provas, de maneira que sinalizam critérios ao juízo de admissibilidade de tais evidências.

6.4.3. Questões referentes ao cumprimento da sanção penal

No âmbito do cumprimento das penas e medidas de segurança, raramente se veem discussões acerca dos aspectos probatórios do procedimento, entretanto, ainda assim, são inúmeras as circunstâncias em que realizada atividade instrutória, exigindo juízo de admissibilidade probatória.

⁸⁹⁸CP, art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II - a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Um primeiro enfoque em que é possível se reconhecer a atividade instrutória consistente em incidentes instaurados para apuração de eventual falta grave, quando a relevância poderá se referir à noção de movimento para subverter ordem e disciplina; à configuração de fuga; à posse de instrumento capaz de ofender a integridade física alheia; à provocação de acidente de trabalho; aos deveres de obediência às ordens legais; de aparelho que permita comunicação externa; e a recusa à submissão a exame de identificação de perfil genético, em relação às penas privativas de liberdade⁸⁹⁹.

No tocante ao cumprimento de penas restritivas de direitos, são provas relevantes no respectivo incidente por eventual descumprimento as evidências que digam respeito à sua configuração e à sua justificação, de modo a aferir a viabilidade de concessão de nova oportunidade do cumprimento de tal modalidade penal⁹⁰⁰.

Outra questão que demanda instrução diz respeito à colocação de preso, definitivo ou provisório, em regime disciplinar diferenciado, quando serão relevantes os elementos de convicção referentes ao alto risco para ordem pública e a segurança da sociedade ou do estabelecimento prisional, decorrentes da custódia; bem como ao envolvimento do agente em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada⁹⁰¹.

Para a alocação em unidade prisional federal, serão relevantes ainda as provas que tangenciem à demonstração da atuação em organização criminosa de atuação em mais de um Estado⁹⁰².

Assim, as provas no particular do envolvimento com conhecidas organizações criminosas de atuação no Brasil e na América Latina são evidências de notória relevância, de modo a justificar sua admissão.

⁸⁹⁹ Lei n.º 7.210, de 1984, art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II - fugir; III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV - provocar acidente de trabalho; V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei; VII - tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo; VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

⁹⁰⁰ Lei n.º 7.210, de 1984, art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que: I - descumprir, injustificadamente, a restrição imposta; II - retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta; III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

⁹⁰¹ Lei n.º 7.210, de 1984, art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (...) § 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros: I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

⁹⁰² Lei n.º 7.210, de 1984, art. 52 (...) § 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal.

De outro norte, para fins de progressão de regime prisional, para além do cumprimento de parcela mínima de pena, imprescindível ainda a comprovação de boa conduta carcerária, o que indica que prova dirigida para tal fim será dotada de relevância⁹⁰³.

Essa conclusão, a propósito, também se aplica ao livramento condicional, que ainda tem como requisitos o bom desempenho laboral, aptidão para prover a própria subsistência e a reparação do dano, ou a demonstração da impossibilidade de fazê-lo⁹⁰⁴.

Já no cumprimento das medidas de segurança, serão relevantes as provas que demonstrarem a cessação de periculosidade do agente, de forma a justificar a modulação de internação para tratamento ambulatorial⁹⁰⁵.

Para os casos de extinção da punibilidade, especificamente na hipótese da morte do agente, a relevância de demonstra sobretudo em relação à comprovação do óbito, no modelo do art. 107, inciso I, do Código Penal⁹⁰⁶, mediante apresentação do respectivo assento público de registro.

Assim, em todos estes aspectos, deverá ser reconhecida a relevância dos meios de prova propostos, o que justifica a admissão das evidências tendentes à sua demonstração.

6.5. Aspectos inerentes às ações autônomas de impugnação

No âmbito do processo penal, inegavelmente as principais ações autônomas de impugnação são o *habeas corpus* e a revisão criminal, as quais tem extensão absolutamente limitada da atividade probatória.

Tal assertiva remonta à constatação de que, para os dois instrumentos citados, a legislação estabelece restrições probatórias, exigindo sua apresentação mediante evidências pré-constituídas, sem dilação probatória no *habeas corpus* e na revisão criminal.

⁹⁰³ Lei n.º 7.210, de 1984, art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (...) § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

⁹⁰⁴ CP, art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (...) III – comprovado: a) bom comportamento durante a execução da pena; b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses; c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração.

⁹⁰⁵ CP, art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. § 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

⁹⁰⁶ CP, art. 107 - Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição, decadência ou preempção; V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; (...) IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Essa circunstância haverá de influir na prerrogativa das partes de inserir material probatório, particularidade que haverá de interferir diretamente no juízo de admissibilidade das provas.

Assim, em outros termos, o juízo de relevância dos meios de provas propostos deverá considerar tal particularidade, além de atentar à exigência de que a prova seja pré-constituída, notadamente ante a limitação da atividade probatória.

No caso do *habeas corpus*, será dotada de relevância as provas que se prestem a demonstrar a ilegalidade da medida constritiva do direito ambulatorio do paciente, como por exemplo a de que a custódia foi determinada por juízo incompetente ou mesmo se baseou em prova ilegal.

Já no âmbito da revisão criminal, serão dotados de relevância os elementos tendentes à indicação da falsidade de depoimentos, exames e documentos que tenham fundado a condenação, assim como em novos elementos de convicção que viabilizem a redução da pena ou o reconhecimento da inocência do paciente⁹⁰⁷.

Podem, quanto ao tema, ser citados exemplos referentes a novo depoimento de testemunha cujo relato fundou a condenação, ou ainda a constatação de que prova pericial superveniente indicou a inocência do condenado.

Logo, são estes os aspectos da relevância na admissão das provas nas ações autônomas de impugnação.

⁹⁰⁷ CPP, art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

7. Conclusões

O problema de pesquisa proposto para o presente estudo se refere aos denominados limites lógicos do direito à prova, notadamente considerando que, conquanto seja amplamente reconhecido aos litigantes um direito fundamental à introdução do material probatório, é absolutamente corriqueira uma menção a que o referido direito haveria de estar condicionado a um prudente arbítrio do julgador.

Inegavelmente, é inviável conciliar tais assertivas, na medida em que, em se tratando a introdução do material probatório a um direito subjetivo, de faceta fundamental, do litigante, não há como se possa conceber a existência de um arbítrio, prudente ou não, do julgador em relação ao mesmo.

A importância da questão remonta, ademais, à situação da verdade, enquanto elemento de legitimação do exercício da jurisdição, sobretudo porque as provas envergam nítida atribuição teleológica no processo, relacionada diretamente com a apuração do acerto dos enunciados das partes, retratada na correspondência entre os fatos enunciados pelos litigantes e a realidade efetiva do mundo fenomênico.

Assim, às provas cabe o papel de indicar quais enunciados das partes são compatíveis com a realidade fatural.

Parte relevante do problema de pesquisa reside especificamente no descuido da doutrina no detalhamento dos requisitos de admissão probatória, sobretudo a partir da constatação de que, de regra, o juízo de admissibilidade é examinado como se fosse uma faceta das regras de exclusão probatória.

Apesar de tais institutos – juízo de admissão de provas e regras de exclusão probatória – terem o mesmo efeito prático, representado pela definição do material probatório que será disponibilizado ao julgador para valoração e aplicação da lei ao caso concreto, certo é que são ontologicamente distintos, o que desautoriza seu tratamento uniforme.

É que a definição das provas que são admissíveis por importantes para o julgamento de um litígio não se confunde com o decote das evidências que não podem ser valoradas por violação a regras de interesse público.

Destarte, como fundamento do presente estudo, estabeleceu-se a premissa de que o critério reitor do juízo de admissão de evidências é o princípio da relevância, o qual incide na

atividade processual em momento subsequente à aferição de eventual inadmissibilidade de provas por violação às regras de exclusão.

Assim, após identificar eventual aplicabilidade de regra de exclusão probatória baseada nos denominados critérios polítics e epistêmicos, o julgador deliberará a respeito da admissão das evidências propostas, em juízo que tem por critério fundamental, como indicado, a relevância da evidência proposta.

Paralelamente ao dito critério, importante registrar, os ordenamentos prescrevem, ainda, a incidência de critérios acessórios, especificamente baseados na economicidade da atividade probatória e na idoneidade dos elementos de convicção, de modo que tais parâmetros adicionais, e por isso são acessórios, incidem em complementação à relevância.

Portanto, a primeira premissa estabelecida foi no sentido de promover uma completa reorganização no juízo de admissibilidade probatória, distinguindo-o das regras de exclusão probatória e reconhecendo sua incidência em etapa subsequente, após avaliação daquelas, fundando-se essencialmente no princípio da relevância, consoante se identifica no amplo exame das legislações contemporâneas.

Esse cenário indica que, na verdade, cabe ao princípio da relevância definir a extensão do direito subjetivo das partes à introdução do material probatória, o que afasta a usual referência ao prudente arbítrio do julgador na definição do material probatório admissível.

Tida a mencionada premissa, é de se ver que o estado atual da dogmática pouco auxilia na definição do princípio da relevância, na medida em que, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, indicam o conteúdo do mesmo baseado apenas na aptidão para influir no julgamento do litígio.

Não bastasse isso, as próprias legislações pouco contribuem para o tema, na medida em que diversas outras referências – como pertinência e abundância – são feitas como requisitos de admissão das provas, conquanto na prática sejam eles próprios examinados sob o viés da relevância, estabelecendo-se um contexto de ampla confusão.

Na verdade, o enfrentamento do problema de pesquisa indicou que a relevância tem direta relação com os reflexos da lógica na atividade processual, particularidade em relação à qual a dogmática é praticamente silente, a despeito da enorme evolução contemporânea do raciocínio probatório.

Portanto, a definição da relevância, enquanto critério de admissão das evidências, deve ser promovida a partir de uma visão racional da atividade processual, fundada no esquema mínimo argumentativo de Toulmin e no padrão da racionalidade do julgamento judicial

proposto por Taruffo, abandonando o enfoque atualmente vigente, que se refere apenas aos efeitos materiais da sua constatação.

Nesse cenário, a relevância dos elementos de convicção não se identifica a partir de seus efeitos materiais como a aptidão para influir no julgamento, mas mediante emprego de padrões lógicos inerentes ao raciocínio probatório, os quais viabilizam a adequada conformação da regra de admissão de evidências no processo.

Portanto, o que define a relevância e, assim, a admissão das evidências no processo, não é sua aptidão de influir no julgamento, mas, de fato, a própria conformação do raciocínio lógico, estabelecendo sobre quais enunciados e com base em quais provas deve ser constituída a deliberação do julgador acerca da imputação.

A partir da referida premissa, a relevância se configura ante a constatação de que o *thema probandum* integra o *thema decidendum*, o que assegura que certa prova deve ser parte do raciocínio probatório e, por essa razão, tem como efeito uma aptidão de influir na conclusão judicial acerca do tema.

Nesse cenário, a relevância probatória, que estabelece a extensão do direito fundamental das partes à prova, se define justamente pela verificação de que o *thema probandum* compõe o *thema decidendum*, de forma a integrar necessariamente o raciocínio probatório do julgador.

Destarte, é possível conceber o princípio da evidência com uma faceta dúplice, assumindo, de um lado, enfoque normativo, inerente ao detalhamento das circunstâncias objetivas da norma aplicável ao caso concreto, bem como, de outro lado, com um viés racional, lógico, indicativo de que determinado *thema probandum* serve de conectivo inferencial do raciocínio probatório.

Em outros termos, seja por definida normativamente como elementar da imputação e suas consequências, seja por compor a concatenação lógica do julgamento, determinadas evidências serão dotadas de relevância, o que justifica sua admissão na etapa de seleção de provas.

Logo, a relevância, ao definir as provas que são admissíveis em cada processo judicial, reflete a influência da lógica na construção legítima da tutela jurisdicional justa.

Referências

- ABEL LLUCH, Xavier. *La dosis de prueba: entre el common law y el civil law*. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, 35 (2012), pp. 173-200.
- _____ & RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (coord.). **Estudios sobre prueba penal**. Madrid: La Ley, 2013.
- ACCATINO, Daniela. *Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?* **Revus [online]**. 39, 2019.
- ADORNO, Rossano. **L’ammissione della prova nel dibattito**. Torino: G. Giappichelli, 2012.
- AGUILERA, Edgar. *Justificación epistémica. Evidencialismo robusto y prueba jurídica. Quaestio facti*. n. 3, 2022, pp. 81-102.
- AGUILÓ REGLA, Josep. *Las presunciones hominis y las inferencias probatorias*. **Revista da Facultad de Derecho PUCP**. n. 79, 2017, pp. 99-110.
- AISA MOREU, D. **El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial**. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 1997.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Trotta, 2021.
- _____ & BULYGIN, Eugenio. **Los límites de la lógica y el razonamiento judicial**. Análisis lógico y Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ALEXY, Robert. **Direito, razão e discurso**. 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALISEDA, Atocha. **La lógica como herramienta de la razón**. Rickmansworth: College Publications, 2014.
- ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La motivación de las resoluciones judiciales**. Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- _____. *La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta de motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal*. **Pensamiento jurídico**. Bogotá, n. 21, enero a abril de 2008, pp. 12-53.
- ALLEN, Ronald. *Factual ambiguity and a theory of evidence*. **Northwestern University Law Review**. n. 88, 1994.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937.
- AMAYA, Amalia. *Coherence, evidence, and legal proof*. **Legal Theory**, Cambridge, 19(2013), 1-43.
- AMODIO, Ennio. *Libertà e legalità dell prova nella disciplina della testimonianza*. **Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale**. 1973, pp. 310-339.

- ANDERSON, Terence; SCHUM, David & TWINING, William. **Análisis de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2015.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- ANDRADE, Flávio da Silva. *A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 5, n. 1, jan./abr. 2019, pp. 507-540.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Los hechos em la sentencia penal**. México: Fontamara, 2005.
- _____. *Acerca de la motivación de los hechos em la sentencia penal*. **DOXA**. n. 12 (1992), México, pp. 257-299.
- _____. *Juzgar es cuestión de método, em um marco de derechos fundamentales substantivos y procesales (Acerca de la propuesta de Larry Laudan)*. **Jueces para la Democracia. Información y debate**. n. 102, (2021), Madrid, pp. 83-98.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- ARONE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.
- ASCARELLI, Tullio. *Processo e democrazia*. **Rivista trimestrale di diritto processuale civile**. 1958, pp. 844-860.
- ASWORTH, Andrew. *Excluding evidence as protecting Rights*. **Criminal Law Review**, v. 3, 1977, pp. 723-735.
- AUSTIN, J.L. *Truth*. LYNCH, M. **The nature of truth**. Cambridge: MIT Press, 2001, pp. 25-40.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2003.
- _____. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019.
- _____. *A inferência probatória e a justificação do juízo de fato no processo penal*. MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta & MORAES, Maurício Zanoide de. **Processo Penal Humanista – Escritos em homenagem a Antônio Magalhães Gomes Filho**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- _____. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coords). **Garantismo processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- BAIARD, Daniel Cerqueira. *O pragmatismo clássico e a dimensão social do conhecimento*. **Intuito**. Porto Alegre, v. 7, n. 2, nov. 2014, pp. 134-145.
- BAYÓN, Juan Carlos. *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**. 2 (4), 2010, Cartagena, pp. 6-30.
- BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2002.
- BASTOS, Cleverson Leite. *A coerência estética como teoria de verdade*. **Revista Filos**. Curitiba, v. 20, n. 27, jul-dez 2008, pp. 433-442.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). **Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: RT, 1999.
- BIANCHI, Giuseppe. **L'ammissione della prova nel dibattimento penale**. Milano: Giuffrè, 2001.
- BIRD, A. *Evidence and inference*. **Philosophy and Phenomenological Research**. 96 (2), pp. 299-317.
- BOYLAN, Scott P. *The status of judicial reform in Russia*. **American University International Law Review**. v. 13, n. 5 (1998), pp. 1327-1344.
- BONORINO, P. R. *Sobre la abducción*. **Doxa Cuadernos de Filosofía**. México. N. 14, pp. 207-241.
- BORGES, Ronaldo de Souza. **A prova pela presunção na formação do convencimento judicial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- BOUZAT, Andrés & CANTARO, Alejandro S. *Verdad y prueba en el proceso acusatorio*. **Discusiones**. Buenos Aires, n. 3, 2003, pp. 67-79.
- BRAIDA, Celso R. *Significatividade e verdade*. **Kriterion**. Belo Horizonte. n. 105, jun 2002, pp. 43-66.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Tópica e argumentação jurídica*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 41, n. 163, jul/set. 2004, pp. 153-178.
- BULYGIN, Eugenio. **Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas**. Barcelona: Marcial Pons, 2018.
- CABANAS, J. C. **La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil**. Madrid: Trivium, 1992.
- CAFFERATA NORES, José I. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- CALABRESI, Guido. *The exclusionary rules*. **Harvard Journal of Law & Public policy**, v. 26, 2003.
- CALAMANDREI, Piero. *Il Giudice e lo storico*. **Rivista di diritto procedure civile**. 1939, pp. 105-128.
- _____. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. **Rivista di diritto processuale**. 1946, pp. 164-192.
- _____. *La genesi logica della sentenza civile*. **Opere giuridiche**. v. 1, Napoli: Morano, 1965.
- CALOGERA, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in cassazione**. 2.ed. Padova: CEDAM, 1964.
- CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2008.
- CANALE, Damiano & TUZET, Giovanni. **La justificación de la decisión judicial**. Lima: Palestra Editores, 2021.
- CARACCILO, Ricardo. *El problema de los hechos en la justificación de sentencias*. **Isonomia**. n. 38, México, abril de 2013, pp. 13-34.

- CARRIÓ, Genaro Rubén. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4.ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- CASIRAGHI, Roberta. **La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali**. Milano: Giuffrè, 2011.
- CASTILLO ALVA, José Luis. **La motivación de la valoración de la prueba en materia penal**. Lima: Grijley, 2013.
- CAVALCANTE, Carolina Miranda. *Filosofia da ciência e metodologia econômica: do positivismo lógico ao realismo crítico*. **Caderno História, Filosofia e Ciências**. Série 4, v. 1, n. 2, jul-dez 2015, pp. 263-300.
- CELLA, José. **Controle das decisões pela lógica paraconsistente**. Tese (doutorado), Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.
- CHIAVARIO, Mario. *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*. **Cassazione Penale**. 1996, pp. 2009-2023.
- CLIMENT DURÁN, Carlos. **La prueba penal**. Valencia: Tirant to Blanch, 1999.
- COHEN, L. Jonathan. **The probable and the provable**. Oxford: OUP, 1977.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 2.ed., Torino: Utet, 2004.
- CONANT, James B. **Science and common sense**. New Haven: Yale University Press, 1951.
- CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio & BARGIS, Marta (org). **Compendio di procedura penale**. 7.ed., Padova: Wolters Kluwer & CEDAM, 2014.
- CONTI, Carlotta (cura). **Scienza e processo penale**. Milano: Giuffrè Editore, 2011.
- CORBI, Fabrizio. **La disciplina dell'ammissione della prova nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 1975.
- CORDERO Franco. **Procedura penale**. Milano: Giuffrè, 2012.
- CORREIA NETO, Jäder de Figueiredo. **A nova retórica e o modelo Toulmin de argumentação: aplicações à fundamentação das decisões judiciais**. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, p. 109. 2018.
- COSSIO, Carlos. **Teoria de la verdade jurídica**. Buenos Aires: El Foro, 2007.
- CZERNIAK, Dominika. *Collection of location data in criminal proceedings – European (the EU and Strasbourg) standards*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, pp. 123-160.
- DALIA, Gaspare. **Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio**. Milano: Wolters Kluwer, 2018.
- DAMASKA, Mirjan. **Evaluation of evidence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- _____. **The faces of Justice and state authority**. London: Yale University Press, 1986.
- _____. **Derecho probatorio a deriva**. Barcelona: Marcial Pons, 2015.
- _____. *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 121, 1973.
- DANIELE, Marcello. **Regole di esclusione e regole di valutazione della prova**. Torino: G. Giappichelli, 2009.

- DAVIDSON, Donald. **Subjective, intersubjective, objective.** Oxford: Clarendon Press, 2001.
- DE LUCA, Giuseppe. **Logica e metodo probatorio.** Scuola Positiva, 1965.
- DEI VECCHI, Diego. *La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva.* In FERRER BELTRÁN, Jordi & VÁZQUEZ, Carmen (coord). **Debatiendo com Taruffo.** Barcelona: Marcial Pons, 2016.
- _____. *Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdade.* **Discusiones XIII.** n. 13, Buenos Aires, fevereiro de 2013, pp. 233-264.
- _____. *Acerca de la fuerza de los enunciados probatórios: el salto constitutivo.* **DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho.** 37 (2014). México, pp. 237-261.
- _____. *El carácter presuntivo de las presunciones absolutas.* **Revus.** 2019, 38
- DEMARI, Lisandra. *Juízo de relevância da prova.* In KNIJNIK, Danilo (org). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DEWEY, John. *Logical Method and Law.* **Cornell Law Review.** v. 10, 17 (1924), pp. 17-27.
- _____. **Teoría de la valoración.** Madrid: Siruela, 2008.
- DITTRICH, Lotario. **I limiti soggettivi della prova testimoniale.** Milano: Giuffrè, 2000.
- CARLIZZI, Gaetano. *Errore giudiziario e logica del giudice nel processo penal.* in DONATI, Luca Lupária (cura). **L'errore giudiziario.** Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.
- DUCE J., Maurício. *La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatória en Chile.* **Quaestio facti.** Madrid, n. 1, 2020, pp. 103-132.
- DURÁN, Carlos Climent. **La prueba penal.** Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- EDWARDS, Ward. *The theory of decision making.* **Psychological Bulletin.** v. 51, n. 4, 1954, pp. 380-407.
- EGGLESTON, Richard. **Prova, conclusion probatoria e probabilità.** Milano: Giuffrè, 2004.
- ENGEL, P. **Verità.** Ferrari: Genova, 2004.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *The rules of inference.* **The University of Chicago Law Review,** v. 69, n. 1, 2002, pp. 1-133.
- FALKNOR, Judson F. *The American Law Institute's Model Code of Evidence.* **Washington Law Review.** v. 18, n. 4, 1943.
- FERNANDEZ LÓPEZ, Mercedes. **La carga de la prueba en la práctica judicial civil.** Madrid: La Ley, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale.** 9.ed., Roma: Laterza, 2009.
- FERREIRA, Clarissa Diniz Guedes. **Persuasão racional e limitações probatórias.** Tese (doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 471, 2013.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2007.

- _____. **Prova e verità nel diritto.** Bologna: Il Mulino, 2004.
- _____. **Prueba sin convicción.** Barcelona: Marcial Pons, 2021.
- _____. *Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales.* **Isonomia.** México, n. 34, abril 2011, pp. 87-107.
- _____. *Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la Corte IDH.* **Quaestio facti.** v. 1, Madrid, 2020, pp. 359-382.
- _____. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana.* **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo.** Cartagena, v. IX, n. 18, julio-diciembre 2017, pp. 150-169.
- _____. *Está probado que p.* TRIOLO, L. **Prassi giuridica e controllo di razionalità.** Torino: G. Giappichelli, 2001.
- _____ & VÁZQUEZ, Carmen (coord). **Debatiendo com Taruffo.** Barcelona: Marcial Pons, 2016.
- FERRUA, Paolo. *Ammissibilità della prova e divieti probatori.* **Revista Brasileira de Direito Processual Penal.** Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, pp. 215-246.
- _____. **La prova nel proceso penale.** v. 1, Torino: G. Giappichelli, 2017.
- _____; GRIFANTINI, Fabio M.; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. **La prova nel dibattito penale.** 4.ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2020.
- FETERIS, E. T. *A survey of 25 years of research on legal argumentation.* **Argumentation.** Netherlands, v. 11, 1997, pp. 355-376.
- FITZGERALD, P. J. *Law and Logic.* **Notre Dame Law Review.** v. 39, 570 (1964), pp. 570-580.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: NAU, 2013.
- FUMERTON, Richard. **Epistemologia.** São Paulo: Vozes, 2015.
- FURGUIELE, Alfonso. **La prova nel processo penale.** Turim: Giappicheli, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** 3.ed., Petrópolis: Vozes, 1999.
- GALANTINI, Novella. **L'inutilizzabilità della prova nel processo penale.** Padova: CEDAM, 1992.
- GARBOLINO, Paolo. **Probabilità e logica della prova.** Milano: Giuffrè, 2014.
- _____. **I fatti e le opinioni: la moderna arte della congettura.** Roma: Laterza, 1997.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raul. **Prueba y razonamiento probatorio en el derecho.** Granada: Comares, 2014.
- GARCIA MAYNÉS, Eduardo. **Lógica del raciocinio jurídico.** México: Fontamara, 1993.
- GARDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (a cura di). **La teoria del valore probatorio.** Milano: Giuffrè, 1997.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 1999.
- _____. **Questiones probatorias.** Bogotá: Universidad Externado, 2012.

- _____. *Concepciones de la prueba. Observación a propósito de “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, de Michele Taruffo.* **Discusiones.** Buenos Aires, n. 3, 2003, pp. 43-54.
- _____. *Sobre la racionalidad em la prueba judicial.* in TRIOLO, L (coord.). **Prassi giuridica e controllo di razionalità.** Turín: Giappichelli, 2001.
- GIANFORMAGGIO, Letizia. **Filosofia del diritto e ragionamento giuridico.** Torino: Giappichelli, 2018.
- GIAROLO, Kariel Antonio. *A crítica de Frege a teoria da verdade como correspondência.* **Philosophos.** Goiânia, v. 18, n. 2, jul-dez 2013, pp. 135-166.
- GIULIANI, A. **Il concetto di prova.** Milano: Giuffrè, 1961.
- GLESS, Sabine & RICHTER, Thomas. **Do exclusionary rules ensure a fair trial?** Basel: Springer Open, 2017.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: RT, 2001.
- _____. **Direito à prova no Processo Penal.** São Paulo: RT, 1997.
- GOMEZ MARTINEZ, Carlos. **La imparcialidad judicial.** Consejo General del Poder Judicial. Madrid: Escuela Judicial, 2008.
- GONZÁLES LAGIER, Daniel. *Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial.* **Analisi e Diritto.** Torino, 2000.
- _____. *Hechos y conceptos: sobre la relevancia de los conceptos para la prueba de los hechos.* **Quaesti facti.** México: Fontamara, 2013, pp. 75-85.
- _____. *Hechos y argumentos.* **Jueces para la democracia.** Madrid, n. 47, pp. 35-51.
- GOPALAKRISHNA, Gowri; MUSTAFA, Reem A; DAVENPORT, Clare; SCHOLTEN, Rob J. P. M; HYDE, Christopher; BROZEK, Jan; SCHUNEMANN, Holger J.; BOSSUYT, Patrick M. M.; LEEFLANG, Mariska M. G; LANGENDAM, Miranda W. *Applying Grading of Recommendations assessment, development and evaluation (GRADE) to diagnostic tests was challenging but doable.* **Journal of Clinical Epidemiology.** 67, 2014, pp. 760-768.
- GRAHAM, Michael. **Evidence Law Mastery.** Saint Paul: West Academic Publishing, 2016.
- GUARNERI, Guisepe. *Libertà di prova nel processo penale e suoi limiti.* **Rivista di Diritto processuale penale.** III, Luglio-Settembre, 1956, pp. 364-369.
- GUASP DELGADO, Jaime. *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales.* **Revista de la Universidad de Oviedo.** Oviedo, 1944, pp. 21-83.
- GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar.** v. 1, Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- GUO, Zhiyuan. *Torture and exclusion of evidence in China.* **China Perspectives [online].** 2019-1, pp. 45-53.
- HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas.** São Paulo: Unesp, 2002.
- _____. **Evidence matters.** New York: Cambridge University Press, 2014.
- _____. **Evidence and inquiry.** Oxford: Blackwell Publishers, 1993.
- _____. **Filosofía del Derecho y de la prueba.** Barcelona: Marcial Pons, 2020.

- _____. *La evaluación por pares y la publicación: lecciones para abogados.* **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho.** México, n. 38 (2015), pp. 15-40.
- _____. *The expert witness: lessons from the U.S. experience.* **Journal of Philosophical Studies.** London, v. 28, 2015, pp. 39-70.
- HAMPLE, Dale. *The Toulmin model and the syllogism.* **Journal of the American Forensic Association.** v. 14, 1977, pp. 1-9.
- HARMAN, G. *The inference to the best explanation.* **The Philosophical Review.** v. 74, 1965, pp. 88-95.
- HARTMANN, Érica de Oliveira. **A fundamentação das decisões no processo penal brasileiro e a teoria da argumentação de Chaïm Perelman.** Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 136. 2002.
- HEMPEL, Carl G. **Filosofia da ciência natural.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.
- _____. **Aspects of scientific explanation.** New York, The Free Press, 1965.
- HERNÁNDEZ MARIN, Rafael. *Relaciones entre la aplicación de los enunciados jurídicos y la motivación de las decisiones judiciales.* **Isegoría.** n. 35, jul-dec 2006, pp. 57-71.
- HO, H. L. **A Philosophy of evidence law.** Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HORENSTEIN, Norma Silvia. *Ramsey, redundancia y correspondencia.* **Agora – Papeles de Filosofía.** Córdoba, n. 19, pp. 183-192.
- HUA, Dui. *Translation of China's new rules on evidence in criminal trials.* **New York University – Journal of International Law and Politics.** 739 (2011).
- HUERTAS MARTÍN, M. I. **El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba.** Barcelona: Bosch, 1999.
- HUDSON, Manley O. **International Tribunals.** Washington: Carnegie Endowment for International Peace and Brookings Institution, 1944.
- IACOVIELLO, Francesco Mauro. **La motivazione della sentenza penale il suo controllo in Cassazione.** Milano: Giuffrè, 1993.
- _____. **La prova nel dibattimento penale.** Torino: Giappichelli, 1999.
- ILLUMINATI, Giulio. *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale.* In FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio; e ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo (coord). **La prova nel dibattimento penale.** Turim: G. Giappichelli, 2007.
- IMWINKELRIED, Edward J. *The worst evidence principle: the best hypothesis as to the logical structure of evidence law.* **University of Miami Law School.** 1069 (1992).
- ITURRALDE, V. **Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial.** Valencia: Tirant to Blanch, 2003.
- JASINSKI, Wojciech & KREMENS, Karolina. *Editorial of dossier “Admissibility of evidence in criminal process. Between the establishment of the truth, human rights and the Efficiency of Proceedings.* **Revista Brasileira de Direito Processual Penal.** Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, pp. 15-42.
- JOHNSON-LAIRD, Phillip. **Mental models. Towards a cognitive science of language, inference, and consciousness.** Cambridge: Harvard University Press, 1986.

- KANT, Immanuel. **Fundamental principles of the metaphysics of morals.** New York: Publications, 2005.
- _____. **Lógica.** 3.ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KEANE, A. **The modern law of evidence.** 7.ed., Oxford: Oxford University Press, 2008.
- KINOUCHI, Renato Rodrigues. *Notas introdutórias ao pragmatismo clássico.* **Scientiae Studia.** São Paulo, v. 5, n. 2, pp. 215-226, 2007.
- KLEIN, David E.; MITCHELL, Greg. **The psychology of judicial decision making.** Oxford: Oxford University Press, 2010.
- KNIJNIK, Danilo (coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. **A prova nos juízos cível, penal e tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KOEHLER, Derek J. *Explanation, imagination, and confidence in judgment.* **Psychological Bulletin.** Washington D.C., v. 110, n. 3, 1991, pp. 499-519.
- KRZAN, Bartłomiej. *Admissibility of evidence and international criminal justice.* **Revista Brasileira de Direito Processual Penal.** Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, pp. 161-188.
- KUCKES, Niki. *Civil due process, criminal due process.* **Yale Law & Policy Review.** v. 25, Fall 2006, New Haven, pp. 1-61.
- KUCZYNSKA, Hanna. *Mechanisms of elimination of undesired evidence from criminal trial: a comparative approach.* **Revista Brasileira de Direito Processual Penal.** Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, pp. 43-92.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 13.ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- LAGRADE, Xavier. **Réflexion critique sur le droit de la preuve.** Paris: L.G.D.J., 1994.
- LAI, Ho Hock. **A philosophy of evidence law.** Oxford: Oxford University Press, 2008.
- LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law: an Essay in Legal Epistemology.** Cambridge University Press: Cambridge, 2008.
- _____. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es un estándar.* **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho.** México, n. 28, 2005, pp. 95-113.
- LA ROCCA, Elvira Nadia. **Le regole di esclusione della prova nel processo penale.** Roma: Aracne, 2013.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica.** 3.ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- LEITÃO, Selma. *Processos de construção do conhecimento: a argumentação em foco.* **Proposições.** v. 18, n. 3(54), set-dez 2007.
- LEITER, Brian. *The epistemology of admissibility: why even good Philosophy of science would not make for good Philosophy of evidence.* **Brigham Young University Law Review.** 803 (1997).
- _____. & ALLEN, Ronald J. *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence.* **87 Virginia Law Review.** 1491(2001), pp. 1491-1550.

- LÉVY-BRUHL, Henri. **La preuve judiciaire: etude de sociologie juridique.** Paris: Marcel Rivière, 1964.
- LEWIS, Margareth K. *Controlling abuse to maintain control: the exclusionary rules in China.* **New York University Journal of International Law and Politics.** v. 43, 2011, pp. 629-697.
- LIMARDO, Alan. *Repensando las máximas de experiencia.* **Quaestio facti.** Madrid, n. 2, 2021, pp. 115-153.
- LINDLEY, D. **Making decision.** London: Wiley Interscience, 1971.
- LIPTON, P. **Inference to the best explanation.** London: Routledge, 1991.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MACCRIMMON, Marylin; TILLERS, Peters (coord). **The dynamics of judicial proof.** New York: Physica-Verlag Heidelberg, 2002.
- MACCORMICK, Neil. **Razonamiento jurídico y teoría del derecho.** Pueblo Libre: Palestra editores, 2019.
- MACAGNO, Fabrizio. *Esquemas de argumentação para a interpretação da lei.* **Teoria Jurídica Contemporânea.** Rio de Janeiro, 3:2, julho-dezembro 2018, pp. 73-96.
- MACHADO, Vitor Gonçalves. **Verdade, prova e processo: esboço de uma teoria da construção da verdade no processo civil brasileiro.** Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, p. 201. 2015.
- MACINTYRE, Alasdair. **Justicia y racionalidad.** Barcelona: Ediciones Internacionales Universitarias, 1994.
- MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe & LIMA, Renata Albuquerque. *A contínua necessidade do juiz em transpor obstáculos epistemológicos e superar paradigmas na construção do conhecimento científico ao direito.* **Sequência.** n. 81, abr. 2019, Florianópolis, pp. 105-130.
- MARÍN, Juan Antonio Nicolas; SANZ, Maria José Frapolli (editores). **Teorias de la verdade en el siglo XX.** Madrid: Tecnos Editorial, 1997.
- MARQUART, Bernd. *El primer código penal sistemático de la modernidade temprana europea: la Constitutio Criminalis Carolina de 1532.* **Pensamento Jurídico.** n. 45, Bogotá, enero-julio 2012, pp. 15-60.
- MATIDA, Janaina Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 112, 2009.
- _____ & HERDY, Rachel. *As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos.* **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.** n. 73, jul/set 2019, pp. 133-155.
- MAZZARESE, T. **Forme di razionalità delle decisioni giudiziali.** Torino: Giappichelli, 1996.
- _____. **Logica deontica e linguaggio giuridico.** Padova: CEDAM, 1989.
- MENDONÇA, Daniel; ULLMANN-MARGALIT, Edna; AGUILÓ REGLA, Josep. **Presunciones.** México: Fontamara, 2019.

- MENESES, Ramiro Délio Borges de. *A desconstrução em Jacques Derrida: o que é e o que não é pela estratégia*. **Universitas Philosophica**. ano 30, Bogotá, enero-junio 2013, pp. 177-204.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. **Revista Catalana de Seguretat Pública**. Barcelona, mayo de 2010, pp. 131-151.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e as provas*. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 55-71.
- _____. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. **Temas de Direito Processual - 2ª série**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Julgamento e ônus da prova*. **Temas de Direito Processual Civil - 2ª série**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporâneas del proceso penal*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 86, abril-junho de 1997, pp. 196-203.
- MORENO, Arley R. **Wittgenstein. Os labirintos da linguagem**. 2.ed., São Paulo: Moderna, 2000.
- MOSER, Paul K; MULDER, Dwayne H.; TROUT, J. D. **Teoria do conhecimento**. 2.ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MOURA, Maria Thereza de Assis. **A prova por indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MORTARI, César A. **Introdução à lógica**. 2.ed., São Paulo: UNESP, 2017.
- MUERZA ESPARZA, Julio. *Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal*. **La Rioja**, 39, 2016.
- MURA, Alberto. *Teoria bayesiana della decisione e ragionevole durata del processo*. **Cassazione penale**. 2007, pp. 3104-3116.
- NANCE, Dale A. *Naturalized Epistemology and the Critique of Evidence Theory*. **Faculty Publications**. 227, 2001, pp. 1551-1618.
- _____. **The burdens of proof**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- _____. *The best evidence principle*. **Iowa Law Review**. 227, 1988, pp. 228-296.
- NAQVI, Yasmin. *The right to the truth in international law: fact or fiction?* **International Review of the Red Cross**. v. 88, n. 862, June 2006, pp. 245-273.
- NASCIMENTO, Matheus Colares. *Teorias da verdade como correspondência*. **Pólemos**. v. 9, n.º 18, 2020, pp. 293-314.
- NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- _____. **Prueba y verdade en el derecho**. Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento**. Napoli: Giuffrè, 1974.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. *Precedente en materia de hechos*. **Revista de Derecho**. v. XXXI, n. 1, Junio 2018, pp. 51-78.
- PAKTER, Walter. *Exclusionary rules in France, Germany and Italy*. **Hastings International & Comparative Law Review**. 1985, pp. 1-57.

- PALERMO, Angela. *Logique, probabilité et rhétorique dans l'argumentation juridique*. **Revue de synthèse**. Tome 133, 6^a série, n. 3, 2012, pp. 319-344.
- PARDO, Michael S. *The field of evidence and the field of knowledge*. **Law and Philosophy**, v. 24, pp. 321-392.
- _____. & ALLEN, Ronaldo J. *Judicial Proof and the Best Explanation*. **Alabama Law**. Tuscaloosa, 2007, pp. 1-46.
- PASTOR ALCOY, Francisco. **Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia**. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.
- PASTORE, B. **Giudizio, prova, ragion pratica**. Milano: Giuffrè, 1996.
- PAULESU, Pier Paolo. **Giudice e parti nella dialettica della prova testimoniale**. Torino: Giappichelli, 2002.
- PEIRCE, Charles Sanders. **Ilustrações da lógica da ciência**. 2.ed., Aparecida: Ideia e Letras, 2008.
- _____. *O que o pragmatismo?* In GUINSBURG, J. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- _____. *How to make our ideas clear*. **Popular Science Monthly**. n. 12, January 1878, pp. 286-302.
- _____. **Select Writings**. New York: Dover, 1966.
- PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PIEDRA ARENCIBIA, Roney Piedra. *Kant y la lógica dialéctica*. **Hybris**. v. 8, mayo 2017, pp. 31-68.
- PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba en el proceso civil**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996.
- POMERANZ, William E. *Uneasy Partners: Russia and the European Court of Human Rights*. **Human Rights Brief**. v. 19, n. 3, 2012, pp. 17-21.
- PONZIO, Augusto; CALEFATO, Patrizia; PETRILLI, Susan. **Fundamentos de filosofia da linguagem**. São Paulo: Vozes, 2007.
- POPPER, Karl L. **Conhecimento objetivo**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.
- PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. *Law and logic. A review from an argumentation perspective*. **Artificial intelligence**. 227 (2015), pp. 214-245.
- PRETI, Giulio. **Praxis ed empirismo**. Torino: Einaudi, 1957.
- RAMIREZ FIGUEROA, Alejandro. *Inferencia abductiva basada en modelos*. **Crítica**. V. 43, n. 129, diciembre 2011, pp. 3-29.
- RAMIREZ ORTIZ, Jose Luis. *El testimonio único de la víctima em el proceso penal desde la perspectiva de género*. **Quaestio facti**. n. 1, 2020, Madrid, pp. 203-248.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Direito fundamental à prova*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 224, out/2013, pp. 41-65.
- _____. *“Déjame atravesar el viento con documentos”: propuestas para replantear la prueba documental del siglo XXI*. **Quaestio facti**. n. 3, 2022, Madrid, pp. 1-26.
- RAMSEY, F. **Philosophical papers**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

- _____. **On truth.** Netherlands: Kluwer, 1991.
- _____. **The foundations of Mathematics and other logical essays.** London: Kegan Paul, 1931.
- REDMAYNE, M. *The structure of evidence law.* **Oxford Journal of Legal Studies.** v. 26, pp. 805-822.
- RESCHER, Nicholas. **Epistemology: an introduction to the Theory of Knowledge.** New York: State University of New York, 2003.
- RIVELLO, Pier Paolo. *Limiti al diritto alla prova.* In MARZADURI, Enrico (coord). **Le prove.** Torino: UTET, 1999.
- ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. **Criminal evidence.** Oxford: Oxford University Press, 2010.
- ROCKMORE, Tom. *Através do espelho kantiano: observações sobre Fichte e o idealismo (alemão).* **Revista de Estudos sobre Fichte.** [online], n. 6, 2013.
- RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba.** Buenos Aires: IB de F, 2002.
- RUSSEL, Bertrand. **Os problemas da Filosofia.** São Paulo: Almedina, 2008.
- SAMMARCO, Angelo A. **Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale.** Napoli: Giuffrè, 2001.
- SANTACRUZ LIMA, Rafael. *La reconstrucción del hecho en el proceso penal en México.* **Revista Derecho Penal y Criminologia.** v. XXXVIII, n. 105, jul-dec 2017, pp. 159-177.
- SARAIVA, José Américo Bezerra. *Padrão tensivo dos argumentos indutivo, dedutivo e abduativo.* **Estudos Semióticos.** v. 15, São Paulo, abril de 2019.
- SCELLA, Andrea. **Prove penali e inutilizzabilità.** Torino: Giappichelli, 2000.
- SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule – based decision – making in Law and in life.** Gloucestershire: Clarendon Press, 1991.
- _____. **Profiles, probabilities and stereotypes.** Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- _____. **The proof.** Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2022.
- SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- SCHUM, David. *A Science of evidence: contributions from law and probability.* **Law, Probability and Risk.** n. 8, 2009, pp. 197-231.
- _____. *Species of abductive reasoning in fact investigation in Law.* **Cardozo Law Review,** n. 22, pp. 1645-1681.
- SENTIS MELENDO, Santiago. **La prueba.** Buenos Aires: EJE, 1979.
- SHOENFIELD, Joseph R. **Mathematical logic.** Reading: Addison-Wesley Publishing Company, 1967.
- SIRACUSANO, Delfino. **Studio sulla prova delle esimenti.** Milano: Giuffrè, 1959.

- SMITH, Robin. *Lógica de Aristóteles*. Trad. Elton Luiz Rasch, **Investigação Filosófica**. v. 3, n. 2, 2012.
- SNEE, Joseph M. & PYE, A. Kenneth. *Due process in criminal procedure: a comparison of two systems*. **Ohio State Law Journal**. v. 21, Autumn 1960, n. 4, pp. 467-502.
- SPENCER, J. R. **Evidence of bad character**. 2.ed. Oregon: Hart Publishing, 2009.
- SILVA, Vanilce Ribeiro da. **Da teoria russeliana das descrições ao atomismo lógico do Tractatus de Wittgenstein**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 126. 2007.
- SILVEIRA, Fernando Lang da. *A teoria do conhecimento de Kant: o idealismo transcendental*. **Caderno Cat. Ensino Filosófico**. V. 19, março 2002, pp. 28-51.
- SKORUPKA, Jerzy. *The rule of admissibility of evidence in the criminal process of continental Europe*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, pp. 93-122.
- SMULLYAN, Raymond M. **Lógica de primeira ordem**. São Paulo: Unesp Editora, 2009.
- STANOVICH, Keith E. **Who is rational?** London: Psychology Press, 1999.
- STEIN, Alex. **Foundations of evidence law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- _____. *Inefficient evidence*. **Cardozo Law**. New York, v. 66, abril 2014, pp. 423-470.
- TAORMINA, Carlo. **Il regime della prova nel processo penale**. Torino: G. Giappichelli, 2007.
- TARELLO, Giovanni. **Diritto, enunciati, usi, studi di teoria e metateoria del diritto**. Bologna: Il Mulino, 1974.
- _____. **L'Interpretazione della legge**. Milano: Giuffrè, 1980.
- TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**. São Paulo: Unesp, 2007.
- TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. **Uma simples verdade – o Juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- _____. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: CEDAM, 1970.
- _____. **Verso la decisione giusta**. Torino: Giappichelli, 2019.
- _____. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- _____. *La cultura de la imparcialidad en los países del common law y del derecho continental*. **Estudios de derecho judicial**. 56, 2008, pp. 97-119.
- _____. *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*. **DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 29, 2006, pp. 249-271.
- _____. *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*. **Discusiones**. Buenos Aires, n. 3, 2003, pp. 81-97.
- _____. **Contributo allo studio delle massime d'esperienza**. Tese de grado. Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Pavia. Pavia. p. 303. 1965.
- TECUCI, Gheorghe; SCHUM, David A; MARCU, Dorin; BOICU, Mihai. **Intelligence analysis as Discovery of evidence, hypotheses and arguments: connecting the dots**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

- TILLERS, P; GREEN, E.D. (eds.) **Probability and inference in the law of evidence.** Amsterdam: Kluwer Academic Publishers, 1988.
- TONINI, Paolo & CONTI, Carlota. **Il diritto delle prove penale.** 2.ed., Milano: Giuffrè, 2014.
- TOULMIN, Stephen E. **The use of argument.** Updated edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- _____; RIEKE, Richard; JANIK, Allan. **An introduction to reasoning.** 2.ed. New York: Macmillan Publishing Co., 1984.
- TUZET, Giovanni. **La prima inferenza.** Torino: G. Giappichelli, 2006.
- _____. **Filosofía de la prueba jurídica.** Barcelona: Marcial Pons, 2021.
- _____. **La prueba razonada.** Puno: Editorial CJI & Zela, 2020.
- _____. *Le prove dell'abduzione.* **Diritto e Questioni Pubbliche**, n. 4, pp. 275-295.
- TVERSKY, Amos & KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases.* **Science.** Washington D.C., v. 185, n. 4157, Sep. 27, 1974, pp. 1124-1131.
- TWINING, William. **Rethinking evidence.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- _____. **Theories of evidence: Bentham and Wigmore.** Oxford: Oxford University Press, 1985.
- UBERTIS, Giulio. **La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici.** Torino: Utet, 1999.
- _____. **Elementos de epistemología del proceso judicial.** Madrid: Trotta, 2017.
- _____. **Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo.** Milano: Raffaello Cortina, 2000.
- _____. **Fatto e valore nel sistema probatorio penale.** Milano: Giuffrè, 1979.
- _____. *I criteri di ammissibilità probatoria.* **Revista Brasileira de Direito Processual Penal.** Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, pp. 189-214.
- _____. *Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova.* **Rivista italiana di diritto e procedura penale.** v. 36, n. 1, gen/mar 1993, pp. 311-315.
- VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. **Prova pericial.** Salvador: Juspodivm, 2021.
- _____. *La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales.* **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho.** Alicante, 38 (2015), pp. 101-130.
- _____. *Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica.* **Problema – Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho.** México, n. 11, enero-diciembre de 2017, pp. 341-378.
- _____. *La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert.* **Jueces para la democracia.** Madrid, n. 86, 2016, pp. 92-112.
- _____. *Quaestio facti e quaestio iuris.* **Quaestio Facti.** Madrid, n. 1, 2020, pp. 67-74.
- _____. *Presentación de la traducción al castellano del informe del PCAST sobre la ciencia forense en los tribunales penales.* **Quaestio facti.** Madrid, n. 3, 2022, pp. 275-480.

- _____. *La imparcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos.* **Isonomía.** 48, abril de 2018, pp. 69-107.
- VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. *El principio de inclusión de la prueba relevante en el Código Procesal Penal chileno.* **Revista chilena de Derecho.** v. 48, n. 1, 106 (2021), pp. 81-106.
- VIEIRA, Marcelo Vinícius. **Direito à admissão probatória no processo penal: limites ao seu exercício.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 170. 2017.
- VIEIRA, Renato Stanzola. **Controle na obtenção de elementos de prova e sua admissibilidade no Processo Penal brasileiro.** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 269. 2020.
- VILLAS BOAS, Marco Antony Stevenson; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (coord). **Perspectivas modernas da argumentação na prestação jurisdicional.** Palmas: Editora ESMAT, 2020.
- WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** São Paulo: RT, 1987.
- WEIGEND, Thomas. *Exclusion without trial? Exclusion of evidence and abbreviated procedures.* **Revista Brasileira de Direito Processual Penal.** Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan/abr 2021, pp. 247-272.
- _____. *Should we search for the truth and who should do it?* **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation.** v. XXXVI, 2011, pp. 389-415.
- WROBLEWSKI, Jerzy. *Problems of ontological complexity of law.* **Theoria.** Ano I, n. 3, 1986, pp. 641-654.
- WONG, Christoffer. *Overview of Swedish Criminal Procedure.* **Lund University Faculty of Law.** January 2012, pp. 1-34.
- ZEFERÍN HERNÁNDEZ, Iván Aarón. **La prueba libre y lógica.** México: Instituto de la Judicatura Federal, 2016.
- ZHANG, Baosheng. *Reflecting on development of evidence law in China.* **Research on procedural evidence rules.** Pequim, 2015, pp. 1-31.
- ZUCKERMAN, Adrian A. S. **The principles of criminal evidence.** Oxford: Clarendon Press, 1989.