

# Aula 4:

# A formação do conjunto probatório

Profa. Rachel Herdy

# Os momentos probatórios segundo Ferrer

Formação do conjunto de elementos de juízo

- Incidência de regras jurídicas

Valoração da prova

- incidência de regras epistemológicas apenas (princípio da livre valoração)

Decisão sobre os fatos provados

- Incidência de regras jurídicas

# A dinâmica probatória segundo Badaró

## 1. Investigação

- investigação preliminar que resulta na formulação de uma hipótese (processo penal: denúncia ou queixa)

## 3. Valoração

- valoração das provas, atribuindo peso a elas individualmente e ao conjunto probatório (operação regida por regras epistêmicas)

## 5. Justificação

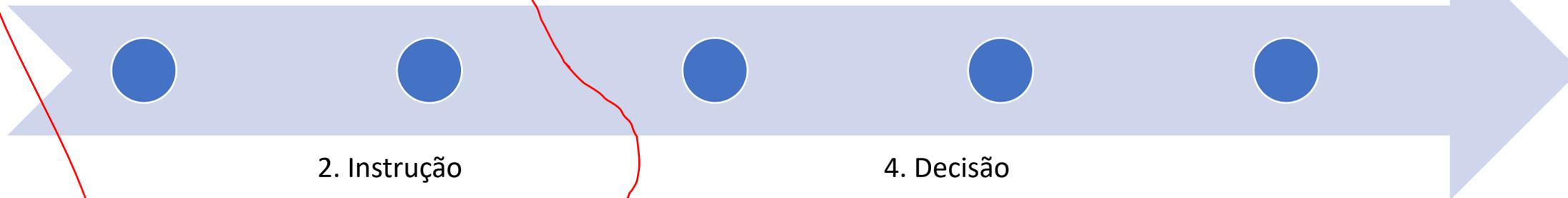
- atividade de fundamentar a conclusão judicial, indicando as premissas normativas e fáticas que dão suporte à decisão final

## 2. Instrução

- produção probatória em contraditório perante o juiz (para confirmar a hipótese probatória da parte que suporta o ônus da prova)

## 4. Decisão

- determinação da suficiência probatória a partir do standard definido em razão das preferências políticas do legislador



# 1. Contexto da investigação (preliminar, fase pré-processual)

- Destinado à formulação de hipóteses explicativas para os fatos
- Papel da polícia (delegados) e peritos (também MP) por meio do *inquérito*
  - O inquérito que não é só policial
  - Depende de intervenção judicial para adoção de medidas restritivas (*e.g.*: busca e apreensão; interceptações telefônicas; etc.)
- Raciocínio imaginativo (abdução) e cognição sumária
  - Exame de corpo de delito
  - Achados periciais na cena do crime
  - Cadeia de custódia
  - Ouvir depoimentos
  - Reconhecimento de pessoas e coisas
- Se os atos podem ser repetidos, não possuem valor probatório para a condenação



## 2. Contexto da instrução (fase processual)

- Momento em que a prova é submetida ao controle judicial
- Importância (epistêmica e jurídica) do contraditório
- Pode ser dividido em dois sub-momentos:
  - 2.1. Momento de admissão
  - 2.2. Momento de produção

## 2.1 Momento de admissão

Jeremy Bentham: Quanto mais informação entrar no processo, melhor (*Total Evidence Principle*)

- Defendia um “sistema natural” de investigação dos fatos



# Segundo Badaró, a admissibilidade encontra 3 tipos de limite

- Lógico
  - Provas irrelevantes
- Político
  - Provas ilícitas
- Epistemológico
  - Provas que podem resultar em construção inexata dos fatos
  - Caso das novas provas científicas
    - E as tradicionais provas periciais?

# Relevância (ou pertinência)

- Definição: Prova relevante é aquela que possui a tendência de tornar um fato conseqüente para o processo mais ou menos provável do que ele seria sem a sua presença (FRE 401, EUA)
  - Saber se um fato é ou não conseqüente para o processo pode ser uma questão de direito
  - A relevância é um conceito relacional ou dinâmico, pois um fato só é relevante em relação a outro fato ou conjunto de fatos
  - A relevância pode diminuir quando a prova se torna supérflua

# A relevância é um conceito fundamental na tradição anglo-saxônica

- Constitui um princípio da *Evidence Law*
  - Possui relação com a divisão de trabalho entre juiz e jurados (fenômeno da bifurcação do tribunal)
  - Supõe-se que os jurados possuem uma tendência a sobrevalorar provas
- Inspira-se na lógica e na razão (ideais iluministas)
  - Senso comum
  - Experiência
- Não é inerente a um elemento de prova
  - Depende do que o direito considera relevante
  - Deve ser determinada em relação a outro fato ou a um conjunto de fatos (natureza relacional ou dinâmica)
- Não requer uma cognição forte (juízo de prova)
  - É mero juízo hipotético *ex ante* (antes da valoração)
  - Não pode se tornar um juízo de suficiência probatória (e.g., discutir a sua idoneidade)
- Polêmica: é um juízo binário ou gradual?
  - Para Paul Roberts e Gustavo Badaró, é binário: conforma-se ao preceito lógico do meio excluído
  - Para Susan Haack, possui natureza não-categorica: é uma questão de grau

# Em regra, não excluimos provas

- No direito brasileiro, a prova é excluída quando for “inadmissível”
  - Artigo 5º, LVI – são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos
  - A doutrina (Ada P. Grinover) distingue provas ilícitas e ilegítimas
    - As sanções seriam diferentes: inadmissibilidade prévia e nulidade posterior
  - Artigo 157 do CPP – consideram-se ilícitas todas as provas que violam normas constitucionais e legais, independentemente da sua natureza
- O artigo 400 § 1º do CPP prevê também o indeferimento de provas “irrelevantes, impertinentes e protelatórias”
- Cada vez mais se discute a fiabilidade como critério de exclusão
  - Cadeia de custódia
    - “Prova sobre a prova”

## Questão difícil:

Até que ponto a consideração da fiabilidade na *etapa de admissibilidade* não envolveria um pronunciamento sobre o valor da prova?

### Instrução/Admissibilidade

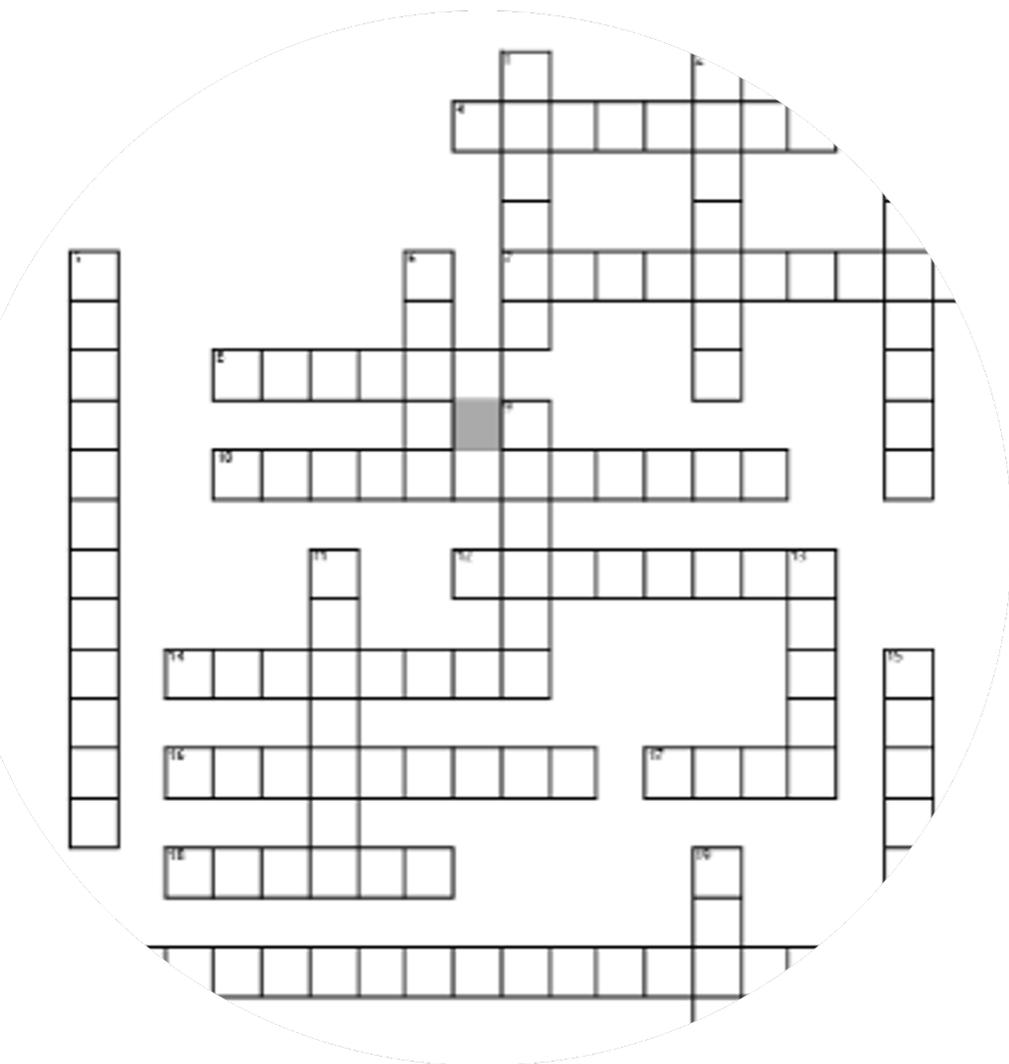
- Formação do conjunto de elementos de juízo (relevantes)

### Valoração da prova

- Determinar o grau de corroboração das provas em relação às hipóteses em conflito

# Por que adotar uma abordagem inclusivista?

1. A liberdade probatória é um corolário do direito à ampla defesa
  - A exclusão poderia impedir o acesso a provas relevantes para a defesa
  - E mais: a figura do juiz porteiro poderia facilmente derivar na figura do juiz inquisidor
2. Quanto mais informação relevante tiver no processo, melhor será a decisão
  - Mas a qualidade da prova não deveria importar?
    - A relevância não seria um conceito também material, além de lógico-formal?
3. A estrutura da justificação epistêmica justificaria uma abordagem inclusivista (jogo de palavras-cruzadas)
  - Provas individualmente fracas podem ser fortalecidas dentro de um conjunto de provas (holismo probatório)
  - A exclusão de provas não combina com a adoção de mecanismos mais objetivos para o controle do raciocínio probatório (standards probatórios)



# Para ilustrar a estrutura da justificação epistêmica...

- **Vertical**
  1. Prova pericial (exame de microbalística)
  2. Prova pericial (exame de DNA)
  3. Prova pericial (análise de microfibra capilar)
  4. Prova pericial (análise de imagens de video)
- **Horizontal**
  1. Depoimento da vítima 1
  2. Depoimento da vítima 2
  3. Testemunho 1
  4. Testemunho 2

# A decisão a respeito da sua inclusão poderia ser contextual – a quem ela beneficia?

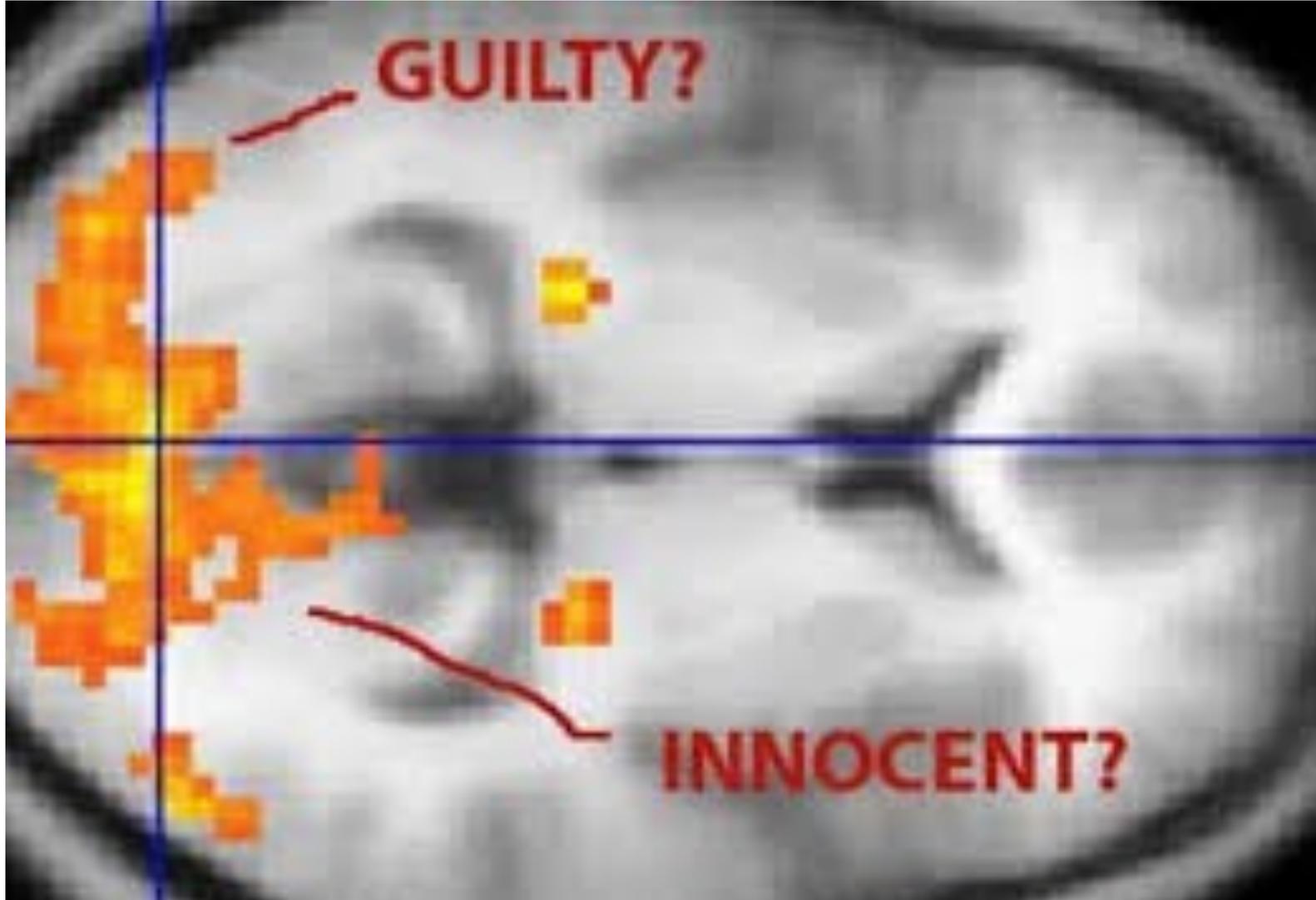
- Alguns autores defendem uma abordagem contextual e assimétrica nos processos criminais (Edmond e Roach, 2011)
  - Deveríamos estar menos dispostos a admitir uma prova pericial de duvidosa fiabilidade/relevância oferecida para suportar uma alegação favorável à hipótese condenatória quando comparada à alegação que favorece a hipótese de inocência
- O raciocínio é coerente
  - Mesmo que a admitíssemos, nos processos criminais, a prova pericial de baixa ou nula fiabilidade epistêmica não seria suficiente para a condenação
    - Adotamos um alto *standard* probatório para superar a presunção de inocência
    - Ainda, a prova poderia produzir um efeito persuasivo exagerado em juízes e jurados
  - Mas ela poderia servir para levantar uma dúvida razoável em relação à autoria do crime

Michael West  
(odontólogo forense)



Kennedy Brewer  
(ficou 15 anos preso)





Um assunto polêmico:

Detecção de mentira

Schauer: a prova pericial de exame de ressonância magnética funcional pode não ter alta fiabilidade epistêmica; mas parece ser mais confiável do que os métodos ordinariamente aplicados

E se ela for introduzida para fortalecer a tese da defesa?

## 2.1 Momento da produção

- Onde operam as garantias processuais
  - Contraditório (art. 155 do CPP)
    - O juiz apreciará livremente a prova produzida em contraditório judicial
    - Não pode fundamentar a decisão exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase de investigação
    - Opera diferente em relação a prova constituídas (fonte existente fora do processo) e constituendas (produzidas na fase instrutória)
      - Provas reais (documento)
        - O contraditório não incide sobre a produção (fraco)
      - Provas pessoas (depoimento de testemunhas e declarações de vítimas)
        - O contraditório incide na oralidade (forte)