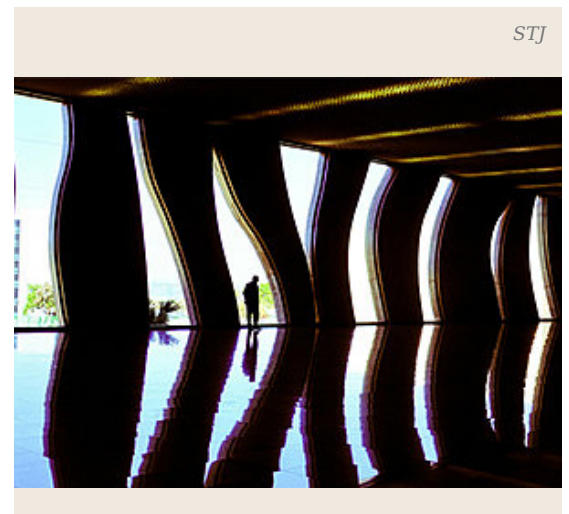


Controles epistêmicos e confusão teórica no STJ

29/08/2024

O STJ (Superior Tribunal de Justiça), em diversos julgamentos recentes, tem se debruçado sobre a relação entre a admissibilidade da prova e sua fiabilidade epistêmica. Teses como a do “*hearsay testimony*” (HC 397.485/RJ) e do reconhecimento de pessoas (HC 598.886/SC) já haviam trilhado esse caminho, sem, no entanto, expor as razões de decidir com a clareza e sistematização apresentadas no julgamento do AREsp nº 2.123.334/MG (clique [aqui](#) para um resumo detalhado do voto condutor).

No AREsp nº 2.123.334/MG, o STJ fixou teses sobre a admissibilidade e o valor probatório da confissão, estabelecendo, no ponto de interesse, que a admissibilidade da confissão extrajudicial está condicionada à observância de requisitos que visam garantir a fiabilidade da prova: (1) a confissão deve ser realizada como um ato formal, com a presença da autoridade policial, lavratura de termo e informação ao investigado sobre seus direitos constitucionais; (2) o interrogatório deve ocorrer dentro de um estabelecimento estatal oficial, como uma delegacia de polícia.



Para chegar a esse entendimento, o relator, ministro Ribeiro Dantas, em resumo: a) adotou a classificação para as fases do processo de acordo com a atividade probatória desenvolvida; b) diferenciou requisitos epistêmicos e não epistêmicos de admissibilidade probatória; c) reconheceu a relevância como o filtro de admissibilidade epistêmica proposto pelo legislador; d) situou a fiabilidade como um critério para definir a relevância; e, e) concluiu que na ausência de certas garantias de fiabilidade a fonte de prova não possui aptidão epistêmica, sendo assim irrelevante e, portanto, inadmissível.

Embora o raciocínio do ministro aparente estar bem formulado, a partir dele o STJ vem, na prática, impondo um controle de fiabilidade para a admissibilidade probatória sem previsão legal.

Momentos da atividade probatória

Jordi Ferrer Beltrán [1] propõe classificação útil dos momentos processuais sobre a prova em função do tipo de atividade realizada em cada um desses momentos. De acordo com o autor: (1) o primeiro corresponde à **formação do conjunto de elementos de julgamento** ou provas que posteriormente serão considerados para decidir; (2) o segundo é o momento da **valoração** da prova, que inclui a valoração individual da fiabilidade de cada uma das provas admitidas no

processo e a valoração conjunta das provas para determinar o grau de corroboração que conferem a cada hipótese fática; (3) por fim, há o momento da **decisão** sobre os fatos, no qual o julgador deve decidir e fundamentar quais hipóteses podem ser consideradas provadas e quais hipóteses, por outro lado, não alcançam essa consideração, com base nas regras processuais que regulamentam a decisão — presunções, ônus e *standards* de prova — e nas conclusões sobre o grau de corroboração probatória alcançado.

A admissibilidade se situa no momento de formação do conjunto de elementos de juízo, quando serão selecionadas as provas passíveis de valoração pelo julgador. E sob o marco de um processo racional, que objetiva o acerto da verdade, o momento da formação do conjunto de elementos de juízo deve ter por objetivo alcançar um acervo probatório o mais rico e fiável possível, pois vigora o princípio epistemológico de que quanto mais completa e confiável for a informação sobre os fatos de que dispomos, maior será a probabilidade de acerto na decisão [2].

A verdade, no entanto, não é um valor absoluto no processo. Os sistemas legais também pretendem promover outros valores que podem justificar limitações à admissibilidade de provas e regras de exclusão.

É aqui que se manifesta uma das especificidades jurídicas mais profundas em matéria probatória, qual seja, para os fins da decisão jurídica, o conjunto de elementos de julgamento que pode e deve ser considerado consiste apenas nas provas apresentadas e admitidas no processo; o órgão decisório não pode levar em conta informações ou elementos de julgamento que possui “privadamente” ou aqueles que, tendo sido apresentados no processo, foram excluídos, por exemplo, por serem ilícitos.

Fixadas as premissas, torna-se de grande importância o estudo dos filtros para a admissão de provas no processo e as regras de exclusão. Esses filtros podem fundamentar-se em razões (1) **epistêmicas**, como a não admissão de provas irrelevantes ou consideradas de baixa fiabilidade, ou (2) **não epistêmicas** (políticas), a exemplo da exclusão probatória para a proteção de direitos fundamentais [3].

Filtros políticos

Os filtros políticos consideram valores outros, diferentes da busca da verdade, para não admitir a prova no processo. A prova é epistemicamente relevante e útil para o acerto dos fatos, todavia, por questões justificadas na proteção de outros valores, decide-se que não deve ser admitida.



Os limites extraprocessuais ou políticos de admissão da prova – *exclusionary rule by extrinsic policies* na doutrina estadunidense – são tratados pela doutrina brasileira como caso de **prova ilícita**.

Filtros epistêmicos

O principal filtro de ordem epistemológica prescreve a admissão de qualquer prova que forneça informações **relevantes** sobre os fatos em julgamento.

Em qualquer esfera da vida, se quisermos tomar decisões racionais sobre os fatos, o primeiro passo é reunir todas as informações relevantes disponíveis sobre eles. Trata-se de formar um conjunto de elementos de julgamento ou provas que forneçam o maior número de informações relevantes possível sobre os fatos do caso, para posteriormente tomar a decisão [4].

No Brasil, o Código de Processo Penal, com a reforma de 2008, passou a prever uma regra geral sobre limites epistêmicos à admissibilidade no § 1º do artigo 400: “*As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*”.

Dizer que determinada informação é relevante para provar certos enunciados fáticos significa considerar que ela nos dá razões epistêmicas para aceitar determinado fato como verdadeiro ou falso. Conforme esclarece Taruffo, um elemento de prova pode ser considerado relevante se nos permite basear nele — isoladamente ou em conjunto com outros elementos — uma conclusão sobre a veracidade da hipótese fática a ser testada [5].

Nos Estados Unidos, a *rule 401* do *Federal Rules of Evidence*, estabelece que uma prova é relevante se: “(a) *tem alguma tendência a tornar um fato mais ou menos provável do que seria sem a evidência; e (b) o fato é importante na determinação da ação*”.

Pode-se considerar esse filtro, na verdade, como um princípio geral de inclusão [6].

Funcionaria, portanto, prescrevendo a admissão de todas as provas relevantes que não devam ser excluídas pela aplicação de algum dos filtros adicionais impostos pelas regras jurídicas [7].

Distinto do juízo de relevância é o juízo de **fiabilidade**. Um elemento de juízo é considerado fiável quando há razões para crer que seu conteúdo é verdadeiro ou, ao menos, plausível [8]. De modo semelhante, para Susan Haack a acepção fiável remete àquilo que confere resultados verdadeiros com maior frequência do que o contrário [9].

O Código de Processo Penal brasileiro não trata, em momento algum, de um controle de fiabilidade; em uma única passagem, no artigo 203, prevê circunstâncias para a aferição da credibilidade de uma testemunha, segundo características do sujeito e seu potencial interesse no julgamento. De qualquer sorte, a mencionada credibilidade não figura como critério de admissibilidade da prova ou da fonte de prova, devendo o depoimento da testemunha, ainda que potencialmente não credível/fiável, ser valorado pelo julgador, conforme preconiza o art. 214.

Portanto, a existência de um controle de fiabilidade, e a sua justificação no contexto brasileiro, representam um problema a ser enfrentado, e que ainda carece de previsão legislativa.

Relevância, fiabilidade e confusão teórica

Ribeiro Dantas sustenta que uma prova é relevante quando permite que “*dela se extraiam conclusões minimamente seguras sobre os fatos discutidos*”:

*“Para que seja admissível, a prova precisa ser dotada de um **mínimo de segurança** de modo a permitir que, a partir de seu exame, se chegue a alguma **conclusão sólida** sobre um fato ocorrido no mundo real. Se a prova, pelas deficiências de seu conteúdo ou de como foi arrecadada, não for capaz de fomentar o atingimento de um maior ou menor grau de corroboração de uma hipótese, **o resultado é sua inadmissão, por irrelevância, nos termos do artigo 400, § 1º, do CPP**, mesmo que não seja nula ou ilícita. (...)”*

A partir desta premissa, o ministro construiu o seguinte raciocínio, aplicado à *hearsay*:

*“Recordemos que, quando se trata de admissibilidade da prova no processo penal, examina-se sua confiabilidade, seu potencial para que dela se extraiam conclusões tanto em relação à verdade do fato pertinente ao processo como ao modo de obtenção da própria prova. **Uma prova que não deixe dúvidas sobre a maneira como foi conseguida, mas não tenha aptidão para provar o fato a que se refere (por exemplo: o testemunho, colhido em juízo, de alguém que não presenciou o fato) é inadmissível, falhando no critério de sua vocação epistêmica.**”*

E em seguida à confissão extrajudicial:

*“Pode-se falar, assim, em uma dimensão dúplice da **confiabilidade, enquanto integrante do juízo de admissibilidade**, pela existência de uma faceta material (o conteúdo da prova impacta a probabilidade de que seja verdadeiro algum fato pertinente ao processo?) e uma formal (há garantias de que a prova foi obtida lícitamente?). Reprovando a prova em qualquer delas, a conclusão é sua inadmissibilidade, mesmo que não haja propriamente ilicitude (art. 157 do CPP) ou outra espécie de nulidade. **Em minha visão, é de baixíssima confiabilidade - e, conseqüentemente, inadmissível - a confissão obtida extrajudicialmente numa situação em que presentes os maiores riscos de ocorrência da tortura-prova, por fracassar nos dois testes de confiabilidade referidos.**”*

Basicamente, o ministro pondera que para ser admitido e valorado o elemento probatório precisa ser fiável, sem isso, ele não será relevante.

De fato, uma prova que não apresente **nenhuma** credencial epistêmica não será considerada relevante, afinal de contas ela não terá aptidão para tornar as hipóteses fáticas em disputa mais ou menos prováveis (um exemplo claro disso é a carta psicografada).

Contudo, é preciso notar que a relevância não exige que a evidência atinja determinado **standard de fiabilidade**. Um elemento de prova é relevante quando detém potencial epistêmico, **qualquer que seja ele**.

Ninguém afirmaria que um testemunho de ouvir dizer ou uma confissão extrajudicial sem as garantias propostas pelo ministro (documentada e tomada dentro de um estabelecimento oficial) não apresentam nenhum potencial epistêmico. Elas podem revelar-se provas de baixa ou baixíssima fiabilidade, é bem verdade, mas mesmo “provas ruins”, ou de baixa fiabilidade, continuam sendo provas relevantes.

Assim, quando o STJ decide que uma prova de suposta baixa fiabilidade não deve ser admitida, **por ser irrelevante**, ele não está meramente interpretando conceitos jurídicos indeterminados, como sugere o ministro Ribeiro Dantas [10]. Na verdade, o tribunal está confundindo os conceitos de relevância e fiabilidade, que são fornecidos e definidos pela epistemologia jurídica.

Definir se provas de baixa fiabilidade devem ser admitidas (e valoradas) é algo bastante mais complexo. É dizer: deve haver um filtro de fiabilidade para a admissão das provas aptas a serem valoradas pelo julgador? Tal filtro, caso implementado, pode ser considerado pró-epistêmico?

Essas questões são objeto de profunda discussão acadêmica [11]; contudo, é certo que (1) mesmo uma prova de baixa ou limitada fiabilidade pode ser considerada relevante, e (2) o direito processual penal brasileiro não impõe controles de fiabilidade como requisito para a admissibilidade probatória (e essa, portanto, é a escolha política vigente).

[1] FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração Racional da Prova*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 61-67.

[2] *Ibid.*, p. 53.

[3] A propósito, esclarece BADARÓ: “Nos países de *common law*, é comum a distinção entre *exclusionary rules* fundadas em *extrinsic policies* ou em *intrinsic policies*. As *exclusionary rules of extrinsic policy* são regras que afastam elementos dotados de valor probatório, para salvaguardar outros valores não conexos com a busca da verdade; as *exclusionary rules of intrinsic policy* são entendidas como “as regras de exclusão de provas ditadas pelo interesse de uma correta apuração da verdade.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal* [livro eletrônico]. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023).

[4] GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. 3ª edición Madrid/Barcelona/Bs. Aires: Marcial Pons, 2010. p. 115.

[5] TARUFFO, Michele. A prova. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 38.

[6] LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013.

[7] Nesse sentido: “Rule 402. General Admissibility of Relevant Evidence Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: • the United States Constitution; • federal statute; • these rules; or • other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible”.

[8] LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013.

[9] HAACK, Susan. Evidencia e Investigación: Hacia la reconstrucción en epistemología. Madrid: Tecnos, 1997. p. 191-215.

[10] “A legislação não especificou o modo de admitir ou valorar uma confissão, valendo-se de conceitos jurídicos indeterminados para tanto: “irrelevantes” (art. 400, § 1º, do CPP), “livre apreciação da prova” (art. 155), “critérios adotados para os outros elementos de prova” (art. 197) e “compatibilidade ou concordância” (art. 197) são expressões sem significados atribuídos explicitamente pelo próprio CPP, cujos sentidos devem ser construídos pelo intérprete numa perspectiva jurídica de integridade (art. 926 do CPC), como a que se propõe neste voto”;

[11] Uma defesa de filtros de fiabilidade probatória pode ser encontrada em: *Stein, Alex. Foundations of Evidence Law. USA, Oxford: Oxford University Press, 2005.*

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-ago-29/controles-epistemicos-e-confusao-teorica-no-stj/>