

A CONSTITUIÇÃO E A VALORAÇÃO DA PROVA JUDICIAL ENTRE A INDIFERENÇA E UM MANDAMENTO DE REDUÇÃO DO RISCO DE ERRO

THE CONSTITUTION AND EVALUATION OF JUDICIAL EVIDENCE
BETWEEN INDIFFERENCE AND A COMMANDMENT TO REDUCE THE
RISK OF ERROR

FERNANDO BRAGA DAMASCENO

Professor do PPGPD/Enfam. Doutorando –
UFPE. Mestre – UFC. Desembargador federal TRF5.
<https://orcid.org/0000-0002-8690-3440>

RESUMO

Este artigo se inicia fazendo uma projeção no âmbito da valoração da prova judicial, das normas constitucionais que conformam o devido processo legal, com o propósito de estabelecer primeiro se há lugar para um sistema de valoração marcadamente subjetivista ou persuasivo, segundo o qual a finalidade da prova seria a formação do convencimento do julgador e o “provado” equivaleria ao “o-juiz-se-convenceu-de”. Superada essa possibilidade, defende-se que, mais que exigir uma valoração racional da prova, a Constituição traz um mandamento de otimização do sistema de justiça, impondo aos poderes constituídos uma atuação voltada à prevenção de erros. Conclui-se apresentando dois caminhos que conformariam um *accountability* direcionado à prevenção de erros.

Palavras-chave: devido processo legal; prova judicial; epistemologia da prova; erro judiciário.

ABSTRACT

This article starts by making a projection of the due process of law on the evaluation of the judicial evidence with the purpose of establishing, first, if there is a place for a subjectivist or persuasive conception, according to which the purpose of the judicial evidence would be the formation of the judge's belief and saying that something is proved would be equivalent to “the-judge-believed-in-this-something”. Having

overcome this possibility, it is argued that, more than requiring a rational evaluation of the evidence, the Constitution brings a mandate to improve the Judicial System, imposing an action aimed at preventing errors. It concludes by presenting two paths that would form an accountability model aimed at preventing errors.

Keywords: due process of law; judicial evidence; epistemology of judicial evidence; judicial error.

Recebido: 26-5-2021

Aprovado: 28-6-2021

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Um direito (fundamental) a (uma) adequada valoração racional da prova. 2.1 Amparado no próprio texto da Constituição formal. 2.2 Incorporado via cláusula de abertura. 3 Da exigência de racionalidade a um mandamento de redução do risco de erro. 3.1 O fato-provado errôneo. 3.2 O risco de erro na valoração da prova e sua aferição. 3.3 O estado de coisas atual. 3.3.1 A valoração da prova judicial no Brasil e seu embasamento epistemológico. 3.3.2 Uma nova ciência da prova? 3.4 Um risco inconstitucional? 4 Por um *accountability* voltado à prevenção de erros. 4.1 A inoperância preventiva da indenização pelo erro judiciário. 4.2 A prevenção de erros: dois caminhos. 4.2.1 Um observatório de erros: o papel do CNJ e/ou dos tribunais. 4.2.2 Uma formação/um aperfeiçoamento do juiz: o protagonismo das escolas judiciais. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Desde o fim da década de 1980, o uso de exames de DNA, como prova judicial, levou ao reconhecimento da inocência de cerca de 380 pessoas que haviam sido injustamente condenadas com base em: (INNOCENCE PROJECT, 2021)

- a) reconhecimentos de testemunhas/vítimas (69%);
- b) suas próprias confissões (28%); e
- c) opiniões de peritos (44%).

Tais casos têm em comum o fato de o (verdadeiro) criminoso haver deixado material biológico na cena do crime e/ou na vítima, não havendo o mínimo indicativo de que compartilham entre si características outras capazes de levar uma peculiar capacidade de enganar de seus respectivos conjuntos probatórios, se comparada à da generalidade dos processos penais. Daí que se vê sobressair manifesta a hipótese de que a causa das mencionadas condenações errôneas foi a má aferição, por parte dos julgadores, do peso/da força das provas que as teriam legitimado¹.

Pensando em nosso sistema de justiça, sendo certo que essas espécies de prova são as que normalmente embasam condenações criminais no Brasil e, mais, que legitimariam a determinação dos fatos nos nossos processos em geral, surgem automaticamente as seguintes indagações: como referidas provas vêm sendo valoradas pelos operadores do sistema de justiça brasileiro? Qual o risco de erro na valoração da prova apresenta nosso sistema de justiça?

A propósito, haveria um determinado nível de risco tolerável pela nossa Constituição, que é fundamento de validade de todo o nosso sistema jurídico?

Tentar responder essas questões é o propósito deste modesto trabalho, sendo certo, de logo, que não passará de mera tentativa, visto que respostas definitivas certamente não virão, quiçá, com alguma sorte, algumas boas provocações.

2 UM DIREITO (FUNDAMENTAL) A (UMA) ADEQUADA VALORAÇÃO DA PROVA

2.1 Amparado no próprio texto da Constituição formal

A Constituição Federal de 1988 admite uma concepção puramente/preponderantemente psicológica/subjetiva para o nosso modelo de prova judicial? Quer dizer, um modelo que legitimaria o resultado da atividade probatória a um “o-juiz-está-convencido-de...”?

¹ Isso, aliás, ficou bem demonstrado no trabalho de Brandon Garret (2011).

Indo ao art. 5º, veem-se ali estatuídos:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes [...] e aos acusados, [...] o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela [ampla defesa] inerentes;

LX – [...] publicidade (como regra, exceções previstas apenas em lei);

LXXV – que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

No seu art. 93, X, a Constituição assegura a garantia da motivação das decisões judiciais.

Vê-se destacar, daí, que a ampla defesa foi expressamente reconhecida como direito dos litigantes em geral, assim como o são os meios a ela inerentes.

E quando se pensa em alguém buscando defender seus bens/suas liberdades em juízo, pensa-se quase que automaticamente no direito à prova d(e suas alegações sobre)os fatos que configurariam a base para a incidência da norma que regula abstratamente o conflito, o que nos faz concluir que o direito à prova é um direito integrante da ampla defesa, certamente o mais importante e que restou ali expresso porque óbvio.

E caso se tome a prova como direito/garantia constitucional, em uma ordem em que também reconheceu o direito a uma decisão motivada, parece claro que o direito à prova não se esgota na sua admissão, abrangendo o direito a uma valoração publicizada no texto da sentença.

A exigência de motivação, por sua vez, seria vazia (em relação ao que se decidisse sobre a prova) se o julgador pudesse dizer qualquer coisa na sentença, parecendo claro que esta possui algum requisito de conteúdo: ao menos, objetividade (ou intersubjetividade) e coerência (correção lógica) do discurso pretensamente legitimador da decisão que define o valor de cada uma e do conjunto de provas.

Esse requisito de fundo primário da decisão (a expressabilidade de seus motivos) é o que terminaria por qualificá-la como “racional”, assim

como todo o sistema de prova, e é nesse sentido - de (preponderância de) intersubjetividade - que se caracteriza um modelo (baseado na) racional(idade).

Para que na relação entre a prova e a convicção do julgador venha a preponderar a (dita) racionalidade, indispensável seja um possível controle intersubjetivo, capaz de garantir que a vontade, o arbítrio ou o preconceito do julgador não interferiu (ou interferiu o mínimo possível) no resultado. Nada pode ficar de fora desse controle, todas, absolutamente todas as razões devem ser expressáveis, publicáveis, e mais, devem compartilhar premissas baseadas em consensos².

Assim, não parece compatível com a nossa ordem constitucional a ideia de que o juiz tenha qualquer margem de arbítrio quando decide se pode considerar uma determinada hipótese como provada. Admitir que a hipótese H pode ser tomada como se correspondesse à realidade exige o preenchimento de determinados requisitos de fundo (estabelecidos pelo ordenamento); daí que apenas se preenchidas determinadas condições, o julgador poderá tratar H como suporte fático da norma individualizada na decisão.

Um modelo racional seria assim marcado por uma espécie de constrangimento à livre convicção do juiz, impondo-lhe a apreciação dos elementos probatórios, segundo: a) as regras da lógica; b) as regras da experiência (compartilhadas por uma determinada comunidade); e c) as ciências afins³⁴.

² Férrer. Jordi - Derecho a la prueba y racionalidad: "Ahora bien, si esto es así conviene analizar más detalladamente en qué consiste ese derecho a la prueba y las implicaciones que tiene respecto de la propia noción de prueba judicial. En particular, pretendo sostener que sólo a través de una concepción racionalista de la prueba (que rechace la vinculación entre prueba y convencimiento puramente psicológico del juez) es posible hacer efectivo el derecho a la prueba en todo su alcance y, consiguientemente, también el derecho a la defensa. En este trabajo no desarrollaré un modelo de racionalidad adaptado a las decisiones judiciales sobre los hechos, que será el objeto de la continuación de esta investigación. Sí quiero señalar, en cambio, que a pesar de que son posibles distintos modelos, creo que una exigencia mínima de la racionalidad es que la decisión se base en razones que la justifi quen sobre la base de algún criterio intersubjetivo. El problema de la vinculación entre la prueba y el convencimiento o creencia del juez es que niega esa posibilidad de control intersubjetivo y, por tanto, de aplicación de la racionalidad". (BELTRAN, 2017, p. 106-107)

³ Boris Gonzalez ([2020], p. 3) defende que esses critérios conformariam o que chama de Sana Crítica. "La sana crítica es un sistema ecléctico entre la prueba legal y la libre convicción, en el cual el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias y artes afines.

⁴ Todavia registre-se que não se defende a ideia de uma racionalidade pura, descontaminada de todo subjetivismo - intuições, preconceitos e vontade.

É nesse sentido, pois, que defende que há um direito à “valoração racional da prova” integrante e indissociável da cláusula do devido processo legal, mais precisamente do direito à ampla defesa.

2.2 Incorporado via cláusula de abertura

Em um plano formal, em uma tentativa de se identificar o caminho-a-ser-seguido, enxergamos a exigência de racionalidade da análise e valoração da prova judicial, sem a qual as restrições de direitos decorrentes da respectiva decisão judicial não conseguiriam legitimar-se.

Indo além, segundo perspectiva substancial/material, buscando saber se a Constituição teria estabelecido uma pauta mínima que viabilizaria um controle de conteúdo do juízo fático-probatório, somos remetidos à ideia de que o devido processo legal não é vazio de conteúdo.

Aliás, em última análise, o devido processo legal é, na sua essência, o próprio direito (material) à liberdade, propriedade etc. É que o reconhecimento de um direito – propriedade, p. ex. – em um determinado texto normativo é apenas uma primeira etapa no caminho de sua efetivação. Caso se parasse aí, o mesmo ficaria “frouxo”, com pouca ou nenhuma chance de realizar-se.

É necessário, pois, que, em um segundo momento, o ordenamento forneça uma “estrutura garantística”, algo como um projeto executivo (este sim concretizável), capaz de conferir a mínima segurança jurídica para que o direito saia da mera retórica.

Essa “estrutura garantística” seria o conjunto das regras de natureza processual e material que delimitam o direito, dando-lhe os contornos indispensáveis à sua concretização.

O devido processo legal integra essa “estrutura garantística” não apenas indicando a forma sob a qual se legitimariam a restrição ou a perda da propriedade, mas também condicionando a validade dos contornos conferidos pelo próprio legislador, impondo-lhe uma pauta de racionalidade (o princípio da razoabilidade).

Se o devido processo legal substancial ou o princípio da razoabilidade impõe ao próprio legislador, quando da limitação de um determinado direito, uma determinada pauta de racionalidade

antiarbitrio (adequação, necessidade, proporcionalidade da restrição), seria mesmo absurdo se o julgador pudesse abandoná-la na ocasião da definição do seu “suporte fático”, elegendo-o ou criando-o a partir de seu querer, de seus preconceitos, caprichos, alucinações ou intuições^{5 6}.

Essa ideia de um devido processo que não se esgota na definição de uma forma legitimadora da decisão judicial, mas que termina por impor uma pauta de racionalidade (ainda que não muito precisa) vem sendo defendida por alguns⁷, não havendo mesmo como defender que não abranja o juízo fático-probatório.

Assim, é porque se defende que a Constituição material, integrada também por princípios não expressos no texto da Constituição formal, reclama uma racionalidade antiarbitrio para o modelo de valoração da prova, racionalidade que se conforma como uma extensão da racionalidade que condiciona a restrição/conformação de direitos iniciada pelo legislador, sendo mesmo absurdo imaginar que se poderia abandoná-la quando da definição do suporte fático da norma concreta que regulará o conflito.

⁵ Legislador tivesse que seguir uma determinada pauta de racionalidade (... princípio da razoabilidade, proporcionalidade) quando fosse abstratamente limitar/restringir a liberdade/propriedade – o legislador penal, p. ex., não pode elevar à categoria de crime uma conduta ... – e

⁶ Ahora bien, las siguientes expresiones se aceptan como equivalentes al derecho al debido proceso: “Garantía de justicia” (FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 31), “derecho fundamental de justicia a través del proceso” (FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 31), “derecho justicial material constitucional” (FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 31), “derecho al justo (y equitativo) proceso” (OVALLE, 2008, p. 676-680), “derecho de acceso a la justicia” (OTEIZA, 2008, p. 90), “derecho a la tutela jurisdiccional” (OVALLE, 2008, p. 680-689), entre otras.” (AGUILERA, 2014, p. 7-8)

⁷ III) limitação ao poder jurisdicional

a) motivação das decisões

Nessa mesmíssima linha, a exigência da motivação das decisões judiciais significa, em síntese, a possibilidade de controle dos atos jurisdicionais pelos próprios órgãos do Poder Jurisdicional. Por ser uma forma de controle de ato estatal que se afigura ilegítimo, constitui projeção do devido processo legal substancial.

A exigência da motivação das decisões, constante do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal e do art. 131 do Código de Processo Civil, não constitui um princípio, porque não tem o caráter de regra-mestra, de início ou ponto de partida.

Essa exigência tem relevância na medida em que estabelece o perfil político-democrático do processo. Por isso, constitui uma projeção do “due process of law”, este sim um verdadeiro princípio. Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, decidiu: “A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, sob pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados. Elevada a cânone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo calçado no ‘due process of law’, representando uma garantia inerente ao Estado de Direito”. (LUCON, 2006, p. 8-9)

3 DA EXIGÊNCIA DE RACIONALIDADE A UM MANDAMENTO DE REDUÇÃO DO RISCO DE ERRO

3.1 O fato-provado errôneo

Concluir que o fato-dado-como-provado não pode ser fruto do arbítrio, dos preconceitos e/ou de um-modo-peculiar-de-ver-o-mundo do juiz implica dizer que o resultado da valoração da prova admite o predicado “errôneo”.

Não sendo a valoração da prova atividade em que prepondera as preferências pessoais do analista, parece certo que se pode dizer algo como “embora tenha o juiz dado por provada a hipótese H, isto se deu por conta de um erro (psico/metodo/tencno)lógico”.

Aliás, em um estado democrático, deve-se admitir que é sempre possível que autoridade pública esteja errada, compensando essa falibilidade com a instituição de mecanismos de controle, prevenção e/ou reparação.

Exemplo disso é a própria previsão constitucional contida no seu art. 5º, LXXV, que dispõe que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário.

Registre-se que, sendo fruto de um modelo racional, por óbvio, o reconhecimento do erro exige que se siga a mesma racionalidade que deveria marcar a valoração da prova, não valendo aqui sua (des) legitimação pela autoridade, bem representada na irônica frase “acerta quem erra por último”.

3.2 O risco de erro na valoração da prova e sua aferição

O risco é uma combinação entre a probabilidade de um determinado evento danoso e a sua dimensão. Uma alta probabilidade de ocorrência de um dano de pequena monta não leva a um alto risco. Uma baixa probabilidade (p. ex. 1:500) de ocorrência de um gravíssimo dano (p. ex. uma queda de um avião) pode terminar configurando um insuportável risco, que termine por fazer com que uma determinada atividade perca o próprio sentido.

Do exemplo dado, vê-se que não é necessária uma quantificação, uma tradução em um percentual ou em algum padrão numérico, para que se possa concluir que se está diante de um alto risco, capaz de contraindicar um determinado caminho.

Não é difícil enxergar que o erro na valoração da prova pode assumir diversas gravidades, a depender principalmente da restrição de direitos que ela venha a acarretar. Imagine-se alguém disputando a guarda daquele que se alega ser filho, como a retratada por Anderson, Schum e Twining (2005, p. 31 *et seq.*), ou uma acusação pela prática de um crime grave, que pode redundar em privação de liberdade maior que a própria expectativa de vida do acusado.

Por outro lado, ao contrário dos acidentes aéreos, os erros do sistema de justiça não são detectados automaticamente. Seu reconhecimento depende de um processo e, quando ligados ao juízo fático-probatório, ainda encontra certa resistência dos tribunais, que se escoram na impossibilidade de “revolvimento do quadro probatório”, exigindo normalmente a demonstração de um equívoco objetivo e/ou uma prova nova (na maioria dos casos inexistente ou inalcançável pela vítima do erro).

Isso significa que não há como se dizer quanto um determinado (tipo de) erro é inusitado, se não se sabe sobre o quão excepcional é sua detecção e, conseqüentemente, reconhecimento pelo Judiciário.

Daí por que os erros judiciários apresentam uma cifra oculta que inviabiliza a tentativa de qualquer quantificação de probabilidade de sua ocorrência e, conseqüentemente, do risco de erro.

Isso não quer dizer que nada há que se fazer para aferir o risco de erro de um determinado sistema de justiça (especialmente do subsistema de valoração da prova).

A aferição possível é qualitativa e é feita mediante a busca/verificação de um comportamento deficitário do sistema em relação a determinados flancos que favorecem um certo tipo de erro. Essa é, aliás, a noção de fonte de erro.

Em outras palavras, o risco do erro aferível reclama uma espécie de mapeamento das fragilidades do sistema, a partir de estudos e conhecimento consolidado que respaldem aquilo que seria o comportamento ideal.

Tais fragilidades podem estar ligadas à aferição da força de um elemento de prova isoladamente considerado e/ou podem relacionar-se com a valoração do conjunto de provas, sendo certo que dificilmente se apresentam de forma isolada.

Uma boa partida na busca da verificação de fragilidades de um sistema parece ser a análise da qualidade/fragilidade dos “saberes” que embasam a cognição do julgador quando da aferição da força das provas, isoladamente e em conjunto.

3.3 O estado de coisas atual

3.3.1 A valoração da prova judicial no Brasil e seu embasamento epistemológico

Como dito, a valoração da prova judicial é a atividade cognitiva mediante a qual se afere o peso ou a força da corroboração que um determinado conjunto de evidências (ou elementos de prova) fornece a uma hipótese fática⁸.

Resta-nos, então, para que sigamos, perquirir se o nosso sistema de justiça se preocupa com a espécie de conhecimento/saber que permeará organização-análise-e-valorização da prova.

Indo à lei processual, percebe-se que se adota como modelo a chamada livre apreciação da prova, não se exigindo qualquer método para a análise do conjunto que se formou, por mais vago que seja. Ao julgador, basta expor arrazoado que dê ... àquele resultado⁹.

Nossa doutrina sobre provas centra-se no estudo de parte do direito probatório – no procedimento e nas chamadas regras de exclusão – ou seja, preocupa-se com o plano da validade da prova, deixando quase que esquecido o plano da eficácia, justamente o que depende de uma acurada análise-e-valorização da prova. Podemos citar, como as exceções que confirmam a regra, os recentes trabalhos de Dalagnoll (2015), Badaró (2019) e Lara Teles Fernandes (2019).

⁸ Esse conceito encontra amparo nas lições de Jordi Ferrer Beltran (2017).

⁹ CPP, 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. CPC, art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

No mesmo sentido, vão os currículos de nossos cursos de graduação em direito, que não abordam, quer nas disciplinas de processo civil e processo penal, quer em disciplina autônoma, qualquer técnica/metodologia voltada ao enfrentamento das questões de fato.

É incipiente também a formação de profissionais – juízes, advogados, promotores –, sendo poucas, isoladas e descontínuas as iniciativas de algumas escolas da magistratura, como a Esmafe⁵, a Emerj e a Emagis⁴.

Enfim, é como se o *designer* do nosso sistema de justiça admitisse que o conhecimento técnico/científico do operador do direito e do jurista deveria se concentrar nas questões relacionadas à definição sobre o que poderia servir como prova. Definido o rol a ser valorado, passar-se-ia a um campo onde poderia operar um conhecimento comum, no qual o julgador agiria guiado por sua experiência de vida, para extrair o significado de cada uma e do conjunto das provas.

E a questão que automaticamente surge é: o “senso comum” – o conjunto de saberes compartilhados por uma determinada comunidade “dá conta do recado”?

A resposta exige, primeiro, que se visualize como esse tipo de conhecimento “embala” a organização-análise-e-valorização da prova judicial.

Perceba-se que o “senso comum”:

- a) Está mais relacionado a uma concepção subjetivista de prova, no sentido de que dar por provado algo resume-se a estar convicto desse algo;
- b) Não se questiona quanto aos limites cognitivos, de sorte que o sujeito cognoscente trabalha com a ideia de que pode apreender (o fato d)a realidade, como ocorreu;
- c) Não atua seguindo um método, o que implica em grande dificuldade de contenção dos efeitos das primeiras impressões do analista/julgador, ou seja, de suas intuições e de seu conhecimento privado (que, por não integrar o conjunto probatório, não pode legitimamente interferir no resultado da valoração); e

d) Por não ser ensinado, e por depender da experiência vivida, termina por se mostrar desatualizado em relação a eventuais conhecimentos científicos que o desautorizem¹⁰.

Assim, ainda que, na análise-e-valorção da prova, o “senso comum” não opere em sua acepção mais pura, como o conhecimento e a praxe cognitiva da coletividade em geral – posto que os juízes seriam integrantes de uma elite intelectual, além de estarem obrigados a discursos escritos para explicar suas decisões –, não se mostra difícil enxergar a preponderância dessa espécie de conhecimento.

Primeiro, porque a cultura geral do magistrado médio não guarda relação direta com a valoração da prova. Segundo, porque o dever de

¹⁰Tal quadro nada mais é que uma tentativa de projeção das características do “senso comum” na cognição realizada no âmbito da análise e valoração da prova judicial. Características extraídas do quadro a seguir, que sintetiza as diferenças entre o “senso comum” e o conhecimento científico, conforme lição de Agostinho Ramalho. (MARQUES NETO, 2001, p. 38 et seq.)

Senso comum	Conhecimento científico
<ul style="list-style-type: none"> • Postula o conhecimento verdadeiro, totalmente adequado ao seu objeto, uma reprodução fiel dos fatos; • Sua confiabilidade cresce à medida que é ratificado por outras pessoas que também presenciam ou conhecem os fatos; • Seu critério de veracidade é dado pelo consenso de opiniões; • Não se constrói com base em elaboração intelectual sólida; • É assistemático; • Sem nexos com outros conhecimentos, aos quais não se integra sem que se constitua um corpo de explicações lógicas e coerentes; • É ambíguo, no sentido de reunir frequentemente, sob um mesmo nome e em uma mesma explicação, conceitos na realidade diferentes; • É essencialmente empírico, eminentemente prático; • Confia no sentido, nos dados perceptivos, sem fazer abstrações ou construir teorias explicativas; • É casual: adquirimo-lo “à medida que as circunstâncias o vão ditando, nos limites dos casos isolados”; • Para o senso comum, que se baseia principalmente nas evidências, é muito difícil compreender que as ciências se constituem e se desenvolvem geralmente contra essas evidências; • É aprendido espontaneamente. 	<ul style="list-style-type: none"> • Não desconhece as limitações cognitivas; • Não confia nos sentidos; • Distingue entre o objeto real e objeto de conhecimento, sendo este construído; • A relação cognitiva não se dá diretamente com o objeto real, mas com aquele construído; • “Para a ciência, o verdadeiro é o retificado, aquilo que por ela foi feito verdadeiro, aquilo que foi constituído segundo um procedimento de autoconstituição”; • As teorias científicas resultam sempre de um processo de construção, em que a razão tem um papel essencialmente ativo; • A captação do real jamais é pura, porque é obtida mediante a aplicação de um método, que, por seu turno, resulta do referencial teórico que direciona e limita a atividade de pesquisa; • Toda teoria científica se caracteriza por expressar um conhecimento aproximado, retificável, e não um simples reflexo dos fatos; • A realidade, em si mesma, não apresenta problema algum, mas é o cientista que a problematiza e procura explicá-la; • O ponto de partida de toda investigação científica é muito mais teórico do que real; • É ensinado.

motivar após decidir tem baixa aptidão para uma autocrítica e correção de equívocos na partida¹¹.

Então, se o risco de erro está relacionado à racionalidade/objetividade¹² - solidez do conhecimento de base, coerência lógica, respeito às regras de valoração (ainda que poucas) – em uma relação inversa, passa-se à questão seguinte: há novos saberes relacionados à aferição da eficácia das provas judiciais capaz de maximizar a racionalidade e minimizar o risco de erro?

3.3.2 Uma nova ciência da prova judicial?

A “revolução DNA”, para além da inevitável desilusão que causou em muitos que confiavam no sistema de justiça (criminal americano), fez com que a ciência voltasse sua atenção para aqueles meios de prova mal compreendidos pelos seus operadores¹³.

Desenvolveram-se inúmeros estudos em psicologia cognitiva, social e comportamental, notadamente no que diz com a formação e preservação da memória, sobre os fatores que podem levar a confissões etc.

Em paralelo, muitos epistemólogos e juristas intensificaram seus estudos sobre a prova judicial, desviando da abordagem comum, que prioriza as regras probatórias, que tratam da validade da prova, passando a cuidar da sua eficácia: Laudan (2006, 2005, p. 95-113), Twining (ANDERSON; SCHUM; TWINING, 2005), Taruffo (2016).

Merecedores de destaque, também, estudos voltados à criação/ao desenvolvimento de métodos de organização-tratamento-e-análise da prova (BEX, 2010), o que, de certa forma, pode ser visto como a retomada do trabalho iniciado por Wigmore (1913) na primeira metade do século XX¹⁴.

¹¹ Regina Mendes demonstra mediante pesquisa empírica que a praxe do juiz brasileiro é decidir após contato com alegações e elementos de prova e depois buscar as razões que legitimariam a decisão anteriormente tomada. (MENDES, 2012)

¹² Credibilidade racional (Paulo Sousa Mendes).

¹³ Registre-se que certamente outros fatos/outras razões já haviam provocado estudos científicos, notadamente em psicologia, além de reflexões filosóficas, que terminam guardando alguma relação com a temática da prova judicial. O holocausto dos judeus é um fato marcante, que levou a inúmeros ...

¹⁴ Vale mencionar os trabalhos de Floris Bex (2010) e de Petter Tylers (1989, p. 1225-1258, 2007, p. 1-4).

Esses estudos transdisciplinares – neurociência, filosofia, psicologia, lógica, estatística – uma vez sistematizados sem dúvidas d(ar)ão ensejo a uma nova disciplina: a probática ou “técnica probatória”.

Parece óbvio que se trata de uma disciplina ainda em formação, sendo ainda raras as propostas de sistematização, como a obra de Sabatè (2009), na Espanha. Para nosso propósito, entretanto, basta uma vaga ideia de como funcionariam esses novos saberes, calhando compará-los ao “senso comum”, através de dois exemplos simplórios.

Evidência 1: Na Polícia, João confessou que matou José	
Senso comum	Técnica probatória
<ul style="list-style-type: none"> João matou José. 	<ul style="list-style-type: none"> Em quais circunstâncias João teria confessado? O que pode levar alguém a confessar um crime grave (alternativas tabuladas)? Qual dessas alternativas não corrobora a tese de que João matou José? Há algum elemento adicional que corrobore a hipótese de espontaneidade (p. ex. os investigadores já detinham evidências seguras, que pudessem convencer João de que foi descoberto)? (Considerando o contrário, que havia mera suspeita infundada da autoria na pessoa do investigado) Seria razoável imaginar que alguém pratica o crime perfeito (que não deixa vestígios de autoria) e depois resolve confessar, por puro arrependimento e resignação com a condenação, e logo depois arrepende-se de se arrepender? Em que circunstâncias se deu o interrogatório – quanto tempo à disposição do investigador? Como foi registrado o interrogatório? Entre as hipóteses concorrentes, qual a que prepondera? A(s) hipótese(s) concorrente(s) remanesce(m) plausível(is)?

Evidência 2: A vítima reconheceu Pedro como autor do estupro	
Senso comum	Técnica probatória
<ul style="list-style-type: none"> A vítima tem algum motivo para ter inventado isso? <p>Não</p> <ul style="list-style-type: none"> Pedro é o autor do estupro. 	<ul style="list-style-type: none"> A vítima já conhecia o suspeito antes do crime? Em que circunstâncias se deu a observação do criminoso, pela vítima, no momento do crime? Como o investigador chegou até o suspeito submetido a reconhecimento? Como se deu o reconhecimento? Como foi a descrição que a vítima fez do criminoso? Utilizou-se algum mecanismo de criação da imagem do criminoso (retrato falado)? Como se formou o <i>line-up</i>? A vítima chegou a ver o suspeito antes do reconhecimento? A vítima foi apresentada a evidências/informações que incriminariam o suspeito? Quais medidas de redução do risco de um falso reconhecimento foram adotadas?

3.4 Um risco inconstitucional?

Perceba-se que os exemplos ilustram bem o comportamento de um sistema de valoração baseado no “senso comum” em relação a duas fontes de erros específicas - as confissões extrajudiciais e os reconhecimentos - , parecendo certo que um melhor dimensionamento do risco de erro reclamaria uma busca das principais fontes, a partir da análise de casos de erros (formalmente) reconhecidos.

Assim, os erros identificados são essenciais para a aferição do risco do sistema; não para serem contados, mas para serem estudados e auxiliarem na identificação e agrupamento das causas e deficiências do sistema de valoração.

Isso, todavia, é algo absolutamente incompatível com o porte do presente trabalho. O que aqui se almeja é evidenciar uma deficiência genérica do sistema relacionada à:

a) Desatualização dos juízes em relação a novos conhecimentos científicos aptos a dar mais acurácia à aferição do valor de uma prova em especial; e

b) Total ausência de uma metodologia de organização e análise de um conjunto probatório, capaz de mitigar os efeitos das primeiras impressões (intuitivas) e preconceito do julgador.

Esse (incremento de) risco – dimensionado apenas qualitativamente – seria compatível com a Constituição? Seria possível que a sociedade organizada cobrasse a adoção de medidas voltadas à redução do risco de erro no nosso sistema de análise e valoração da prova?

As respostas reclamariam uma análise sobre os custos para a redução desse risco, bem assim da capacidade econômica do Estado, segundo a “reserva do possível”¹⁵.

Isso não será feito aqui. Primeiro, porque não caberia no espaço deste artigo. Segundo, porque não parece imprescindível uma prévia demonstração de uma situação de inconstitucionalidade – de um estado de coisas inconstitucional –, para que se possa buscar um desenho para um sistema ideal, que melhor cumpra as diretrizes constitucionais e que concretize em melhor nível os valores essenciais do Estado de Direito, o que se tentará fazer a seguir.

¹⁵ Esse entendimento é endossado por Edilson Vitorelli Diniz Lima (2015): “Nesse contexto, é possível concluir que, em nome de outros valores, o sistema está disposto a abrir mão de um padrão ideal de qualidade das decisões, dependendo dos custos necessários para alcançá-lo. Admite-se a possibilidade de que decisões sejam erradas e, mesmo assim, vinculantes. O ordenamento processual tolera os erros, mesmo quando reconhece que procedimentos mais caros poderiam eliminá-los. Por consequência, se, na concepção instrumental da participação, o cidadão tem o direito de participar do processo porque poderá contribuir para uma decisão mais acurada, impõe-se a conclusão de que o ordenamento jurídico poderá restringir ou mesmo eliminar essa participação, se outros valores mais importantes que o aporte de qualidade que aquela participação poderia ocasionar estiverem em jogo. Por essa razão, há uma forte objeção sistêmica à compulsoriedade de participação instrumental, pelo menos como regra aplicável indiscriminadamente a todos os casos. Como diz Robert Bone (apud LIMA, 2015, p. 211-212), “o sistema processual existente não valoriza o dano moral [no sentido utilizado por Dworkin] suficientemente para banir normas processuais que obtêm benefícios sociais ao custo de algum aumento na possibilidade de risco de erro nas decisões”.

4 POR UM *ACCOUNTABILITY* VOLTADO À PREVENÇÃO DE ERROS

4.1 A inoperância preventiva da previsão de indenização pelo “erro judiciário”

Embora o “erro na valoração da prova” não apresente simetria com o conceito de “erro judiciário”, objeto do art. 5º, LXXV, da Constituição de 1988, que se restringe às condenações criminais errôneas, há diversas razões para que capazes de justificar sejam tratados em conjunto.

Primeiro, porque, via de regra, os “erros na valoração da prova” mais graves/danosos são os que geram condenações criminais errôneas, o que os fazem merecedores das maiores preocupações.

Segundo, porque erro na aplicação da norma jurídica é de mais fácil constatação, visto que emerge da leitura da própria decisão.

Terceiro, porque, como dito anteriormente, o reconhecimento formal do “erro na análise e valoração da prova” encontra mais resistência na praxe judicial, sendo normal a invocação da chamada jurisprudência defensiva, que veda a reanálise do conjunto probatório e exige prova nova, que configura obstáculo ao próprio conhecimento da alegação de erro.

Aliás, é justamente essa maior dificuldade que retira da previsão de indenização pelo erro judiciário qualquer esperança de que venha a gerar um efeito preventivo.

É que há, como se viu, fortes razões para se concluir que são poucos aqueles erros formalmente reconhecidos. Ademais, seus responsáveis, na maioria das vezes, nem sequer chegam a saber do reconhecimento formal dos erros que cometeram. Outrossim, os *designers* e demais operadores do sistema, assim como a sociedade organizada, não chegam a tomar conhecimento dos custos dos erros reconhecidos.

Não há, pois, porque imaginar que a ameaça de reparação do dano tenha um efeito nem sequer semelhante ao que poderia ter sobre atividades perigosas realizadas por particulares, que enxergam quase que diretamente a perda patrimonial como uma consequência direta de seus erros.

4.2 A prevenção de erros: dois caminhos

4.2.1 Um observatório de erros: o papel do CNJ e/ou dos tribunais

Se o objetivo é levar a sério as questões de fato e se admite que é importante conferir mais qualidade ao nosso sistema de valoração da prova judicial, mediante a prevenção de erros (ou a redução do risco de erros), parece certo que se deve reclamar daqueles que ocupam a cúpula do Poder Judiciário a adoção de algumas medidas.

Aqui, viu-se que a redução do risco erro (na valoração da prova) passa pelo seu prévio conhecimento, o que reclama a identificação das fragilidades do sistema, por meio da identificação das possíveis fontes de erro, o que reclama o estudo cuidadoso dos erros já detectados.

No âmbito de cada tribunal (ao menos os que têm jurisdição criminal) ou mesmo na esfera do Conselho Nacional de Justiça, poderia ser instalada uma espécie de grupo/comitê encarregado de estudar os casos de erros reconhecidos.

A análise do caso obviamente que não se daria para a busca de culpados e de sua responsabilização, mas com o propósito único de mapear as causas dos erros e indicar eventuais fragilidades do sistema no que diz com a “contenção” dessas fontes de erro. Isso, a médio prazo, teria a aptidão para dar o merecido diagnóstico capaz de subsidiar uma reformulação do direito probatório, notadamente da praxe judicial.

4.2.2 Uma formação/um aperfeiçoamento do juiz: o protagonismo das escolas judiciais

Não se defende aqui uma descontinuidade brusca entre senso comum e ciência e, muito menos, um total afastamento daquela espécie de conhecimento da valoração da prova.

Na realidade, a defesa de uma ciência para lidar com a prova judicial não equivale a apregoar que os seus operadores abandonem completamente a ideia de “máximas da experiência comum”, mesmo porque não há como imaginar que uma argumentação sobre provas

e fatos se dê com base exclusivamente em saberes previamente incorporados pela ciência¹⁶.

O recurso às generalizações como bases para o raciocínio inferencial é que sofreria mudanças: a) passando por um teste de compatibilidade com os saberes já consolidados pela ciência; e b) submetendo-se a uma espécie de “devido processo cognitivo”, tudo com vista a conferir a elevada credibilidade que faltaria caso se contentasse com o senso comum.

Tal evolução, todavia, não pode esperar uma “natural” incorporação dessa nova tecnologia¹⁷ à praxe judicial, mediante uma difusão informal de saberes entre os juízes, a partir da curiosidade ou do interesse de alguns e de uma posterior alimentação do sistema via decisões, seminários, artigos doutrinários etc. e só, então, através de uma evolução do direito legislado. Muita injustiça será cometida até lá.

A demora dessa (re)acomodação de saberes e sua repercussão na conformação do sistema é bem ilustrada na frase “a ciência do testemunho é demasiadamente recente para que os legisladores decidam seguir suas novas vozes”, que cabe bem no atual momento, mas que foi dita por François Gorphe (apud RAMOS, 2018, p. 20) há quase 100 anos.

Isso impõe às escolas judiciais a incorporação de formações/treinamentos de seus profissionais à luz do curso em “análise e valoração da prova e erro judiciário”¹⁸, que está sendo gestado no âmbito da Esmafe5, para credenciamento pela Enfam.

¹⁶ Alan Limardo, embora proponha uma reformulação do termo, admite o uso na valoração da prova das generalizações baseadas no senso comum; defendendo que isso se dê seguindo critérios formais e materiais. (LIMARDO, 2021, p. 115-153)

¹⁷ Aquilo que se chama técnica (ou tecnologia) deve ser atendido como conhecimento científico aplicado - um método, um equipamento - com vistas à solução de um problema concreto, integrariam nosso conceito de conhecimento científico, porque é ciência aplicada, embora não produza um novo saber científico.

¹⁸ Parte I – Introdução (2 horas-aula): 1. Uma conversa com a vítima de um erro judiciário e a análise do caso (1); 2. O erro judiciário e o erro na análise e valoração da prova: (as)simetrias; 3. O erro judiciário no século XXI; 4. A valoração da prova: entre o senso comum e (uma) ciência/técnica probatória. Parte II – Como se forma a convicção do julgador: o que as ciências cognitivas têm a nos dizer? (4 horas-aula): 1. A convicção: ápice de uma operação racional ou apenas um sentimento ou uma mistura dos dois?; 2. A inevitabilidade do pensamento intuitivo e a (ilusão de eficácia de um controle de) racionalidade; 3. Os vieses cognitivos; 4. Desenviesando (debiasing). Parte III – Bases para uma valoração racional da prova (2 horas-aula) 1. Prova: conceito e finalidade; 2. Os dois momentos da prova. 3. Para um modelo objetivo de prova: assumindo o “controle” com a ajuda do teorema de Bayes; 4. Desenvolvendo um método de organização e tratamento

5 CONCLUSÃO

Entende-se que toda a argumentação desenvolvida neste trabalho é capaz de sustentar as assertivas trazidas agora a título de conclusões:

I – A Constituição processual de 1988 é incompatível com um modelo de prova em que prepondere o subjetivismo tal qual a livre ou íntima convicção;

II – A Constituição impõe ao juízo fático-probatório uma espécie de racionalidade antiarbitrio, consubstanciada na necessidade de coerência lógica e de intersubjetividade das respectivas razões, o que impede seu embasamento em saberes já superados pela ciência;

III – A racionalidade exigida para o juízo fático-probatório guarda relação imediata com o risco de erro, em uma relação inversa, de sorte que se pode concluir que a Constituição impõe um mandamento de redução do risco de erro;

IV – A aferição do risco de erro e, consequentemente, do grau de descumprimento do mandamento de otimização dá-se mediante a análise do comportamento do sistema frente às fontes de erro identificadas e de sua comparação com os saberes respaldados pela ciência e/ou epistemologia;

V – A aferição quantitativa do risco de erro é impossível frente às cifras ocultas, geradas pelas dificuldades inerentes ao reconhecimento formal do erro, o que impõe à cúpula do Judiciário – CNJ e aos tribunais – uma espécie de programa voltado à identificação das fontes de erros e adoção de melhorias no sistema voltadas a minimizar o incremento do risco que tais fontes representam; e

VI – A desatualização dos juízes em relação aos novos saberes conquistados pela ciência configura uma fonte genérica de erros e reclamam a intervenção das escolas judiciais.

dos dados probatórios: um estudo de caso (2). Parte IV – Analisando e valorando a prova testemunhal (2 horas-aula) 1. Do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia; 2. Os mitos que envolvem a valoração da prova testemunhal; 3. O que se pode controlar: os atributos de credibilidade da testemunha e a coerência do testemunho; 4. As falsas memórias e as medidas de contenção de danos. Parte V – Valorando a prova pericial (2 horas-aula) 1. As Ciências Forenses: conceito, história, seu fundamento científico e suas limitações; 2. As recomendações da NAS 2009; 3. As bases para um diálogo entre o julgador e o perito; 4. Estudo de caso (3). Parte VI – Aprendendo com os erros (e quase-erros): estudo de casos (4 horas-aula): 1. O caso 4; 2. O caso 5; 3. O caso 6; 4. O caso 7.

REFERÊNCIAS

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

AGUILERA, Edgar R. Debido proceso, teoría racional de la prueba y epistemología jurídica: un lugar para la búsqueda de la verdad en el resurgimiento del derecho constitucional procesal. *In*: URIBE, Enrique; FLORES, Alejandra (coord.). **Seguridad pública y justicia penal: un enfoque desde la seguridad humana**. [S.l.: s.n.], 2014. p. 171-221. (CONACYT-UAEM-NOVUM). Disponível em: https://www.academia.edu/6101828/_Debido_proceso_teor%C3%ADa_racional_de_la_prueba_y_epistemolog%C3%ADa_jur%C3%ADdica._Un_lugar_para_la_b%C3%BAsqueda_de_la_verdad_en_el_resurgimiento_del_derecho_constitucional_procesal_. Acesso em: 19 jan. 2020.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of evidence**. Cambridge: [s.n.], 2005.

ARAÚJO, Carlos Alberto Ávila. A ciência como forma de conhecimento. **Revista Ciência e Cognição**, [S.l.], v. 8, p. 127-142, 2006.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo. 2019.

BELTRAN, Jordi Férrer. **Prova e verdade no direito**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: [s.n.], 2017.

BEX, Floris J. **Arguments, stories and criminal evidence**: a formal hybrid theory. Londres: [s.n.], 2010.

CHALMERS, A. F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Editora Brasiliense, 1993.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas**. Porto Alegre: [s.n.], 2015.

DANCY, Jonathan. **Introducción a la epistemologia contemporanea**. Tradução de José Luis Prades Celma. Madrid: Tecnos, 1993.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. Florianópolis: [s.n.], 2019.

FRANÇA, V. R. V. Teoria(s) da comunicação: busca de identidade e de caminhos. **Revista Esc. Biblioteconomia UFMG**, Belo Horizonte, n. 23, p. 138-152, 1994.

GARRETT, Brandon L. **Convicting the innocent**. Cambridge: [s.n.], 2011.

GIL, Fernando, Modos da Verdade. **Revista de História das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 23, separata, 2002. Entrevista conduzida por Rui Cunha Martins.

GONZALEZ, Boris Barrios. **Teoría de la sana crítica**. [S.l.: s.n.], [2020]. Disponível em: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf. Acesso em: 19 jan. 2020.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAUDAN, Larry. Por qué um estándar de prueba subjetivo e ambiguo no es um estándar. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, [S.l.], n. 28, p. 95-113, 2005.

LAUDAN, Larry. **Truth, error, and criminal law**: an essay in legal epistemology. New York: Cambridge University Press, 2006.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

LIMARDO, Alan. Repensando las máximas de experiencia. **Quaestio Facti**: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, Madrid, n. 2, p. 115-153, 2021.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, 2006. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/paulo_lucon.htm. Acesso em: 19 jan. 2020.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Regina. **Do princípio do livre convencimento motivado**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2012.

POPPER, K. R. **A miséria do historicismo**. Trad. port. Octany S. da Mota & Leonidas Hegenberg. São Paulo: [s.n.], 1980.

POPPER, Karl. O problema da indução. In: MILLER, David (org.). **Popper: textos escolhidos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia**. [S./], 2018. Disponível em: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/482109/tvpr_20180219.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 19 jan. 2020.

SABATE, Luis Muñoz. **Curso de probática judicial**. Barcelona: [s.n.], 2009.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Santos. São Paulo: [s.n.], 2016.

TILLERS, Peter. Webs of things in the mind: a new science of evidence. **Michigan Law Review**, [S./], v. 87, n. 6, p. 1225-258, 1989.

TILLERS, Peter. Introduction: visualizing evidence and inference in legal settings. **Law, Probability and Risk**, Oxford, v. 6, n. 1-4, p. 1-4, Mar. 2007. Disponível em: <https://academic.oup.com/lpr/article/6/1-4/1/962245?login=true>. Acesso em: 26 jun. 2021.

WIGMORE, John Henry. **The principles of judicial proof**. Boston: [s.n.], 1913.