

Fernando Braga Damasceno

# DIREITO PROBATÓRIO

(STRICTO SENSU)

DA VALORAÇÃO DA PROVA



**Copyright**© Tirant lo Blanch Brasil

*Editor Responsável:* Aline Gostinski

*Assistente Editorial:* Izabela Eid

*Diagramação e Capa:* Analu Brettas

**CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:**

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México*

**JUAREZ TAVARES**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha*

**OWEN M. FISS**

*Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha*

D162 Damasceno, Fernando Braga

Direito probatório (Stricto Sensu) : da valoração da prova  
/ Fernando Braga Damasceno. - 1.ed. – São Paulo : Tirant lo  
Blanch, 2023.

246 p.

ISBN: 978-65-5908-662-7

1.Direito probatório. 2. Direito Fundamental à Prova. 3.  
Valoração da Prova. 4. Epistemologia Jurídica. I. Título.

CDU: 347.94

Bibliotecária responsável: Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

DOI: 10.53071/boo-2023-09-15-65047aa2907f3

*É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).*



**Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.**

Fone: 11 2894 7330 / E-mail: editoratirantbrasil@tirant.com / atendimento@tirant.com  
tirant.com/br - editorial.tirant.com/br/

# SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>17</b>
<i>Rogério Schietti</i>	
<b>PREFÁCIO .....</b>	<b>19</b>
<i>Danilo Knijnik</i>	
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>25</b>
1.1. Pensando o Regime Jurídico da Valoração da Prova .....	25
1.1.1. Uma ideia básica de “Sistema em Direito” como guia .....	26
1.1.2. Um regime jurídico exclusivo para a resolução da <i>quaestio facti</i> ? .....	30
1.1.3. Um regime jurídico geral para valoração da prova cível e penal? .....	30
1.1.4. Aderindo a um marco teórico: o constitucionalismo garantista .....	32
1.2. Enfim, das etapas do trabalho, de seus respectivos objetivos e do objetivo geral .....	35

## PRIMEIRA PARTE OS PRESSUPOSTOS DO SISTEMA

### *CAPÍTULO I*

<b>O DIREITO À PROVA COMO O VALOR ESTRUTURANTE DO SISTEMA .....</b>	<b>41</b>
1. Fundamentalidade do direito à prova (e o seu significado) .....	42
2. Sua estrutura .....	44
3. Abrangência .....	45
4. Conteúdo: o direito ao acesso e preservação das fontes de prova .....	46
5. Conteúdo (ainda): o direito à incorporação da prova ao processo .....	52
6. Conteúdo (ainda): o direito à adequada valoração da prova .....	56
6.1. A (in)suficiência do dever de motivar a decisão alcançada “sabe-se lá como” .....	59
6.1.1. Só haveria racionalidade (limitadora do subjetivismo decisório) com motivação? .....	63
6.1.2. É mesmo impossível “acessar” aquilo que passou na cabeça do julgador? .....	64
6.1.3. O pensamento do julgador (ou os reais motivos da sua decisão) é mesmo irrelevante para o Direito? .....	64
6.2. A ideia de um devido processo intelectual (intellectual due process) .....	66

### *CAPÍTULO II*

<b>A FINALIDADE DO SISTEMA: A VALORAÇÃO DA PROVA E OS IDEAIS GARANTISTAS DE VERDADE E DE CONTROLE .....</b>	<b>70</b>
1. Superando a ambiguidade do Direito positivo .....	70
2. A prova e o ideal de verdade .....	72
2.1. A “busca da verdade” como uma “busca da verdade a qualquer custo” .....	73
2.2. A insuficiência do argumento cético .....	74
3. O critério de verdade judicial vocacionado à administração do risco de erro .....	77

4. O lugar da Verdade na Valoração da Prova .....	81
---	----

### CAPÍTULO III

#### **OS CONCEITOS DE VALORAÇÃO DA PROVA..... 84**

1. A valoração da prova como resolução de problemas ( <i>problem solving</i> ): um conceito psicológico .....	84
2. A valoração da prova enquanto momento probatório: um conceito cronológico ou formal .....	89
3. A valoração da prova enquanto (ato de) conhecimento: um conceito lógico ou material.....	92

### CAPÍTULO IV

#### **O SUJEITO DA VALORAÇÃO: (PARA ALÉM D)O IDEAL DE IMPARCIALIDADE ..... 96**

1. A insuficiência da concepção tradicional de imparcialidade .....	97
2. O sistema de valoração como uma ferramenta desviesante ( <i>debiasing</i> ).....	101
3. Indo além da imparcialidade: o julgador como um agente epistêmico virtuoso .....	104

### CAPÍTULO V

#### **O AMBITO DA VALORAÇÃO DA PROVA..... 108**

1. A delimitação do objeto cognoscível: a prova e sua relação com a probanda .....	108
2. O (re)exame e interpretação da prova: estabelecendo a evidência.....	111
3. A valoração em sentido estrito: o raciocínio probatório .....	114
3.1. Aferindo o suporte conferido pela evidência à probanda .....	114
3.2. Verificando a suficiência da prova: definindo o resultado da valoração.....	117

## SEGUNDA PARTE O SISTEMA

### CAPÍTULO VI

#### **A INSUFICIÊNCIA DE UMA “ABERTURA À EPISTEMOLOGIA” E A NECESSIDADE DE UM MODELO MEDIADO PELA CIÊNCIA DO DIREITO PROBATÓRIO ..... 123**

### CAPÍTULO VII

#### **A VALORAÇÃO ENQUANTO VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE PROVA: O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE E SEUS COROLÁRIOS..... 128**

1. O princípio da necessidade da prova .....	128
1.1. Um conceito operativo de prova .....	130
1.2. A exigência de reforço (corroboration) .....	135
1.3. (A necessidade da prova e) a prova indireta ou por indícios.....	136
1.4. O acórdão do STJ no Recurso Especial 1.803.562.....	140
1.5. A necessidade da prova e o princípio da atipicidade .....	141
1.5.1. Da conduta pessoal da parte .....	143
1.5.2. Da prova estatística.....	144
1.6. A verificação da existência de prova e o caso “ <i>the paradox of the gate crasher</i> ” .....	145

2. A identidade da prova .....	147
3. A preservação da prova: a prova enquanto experiência que deve ser perpetuada .....	149
4. Originalidade da prova .....	151
5. A exclusividade da prova (ou vedação do conhecimento privado do juiz).....	153

### *CAPÍTULO VIII*

<b>A VALORAÇÃO COMO VERIFICAÇÃO DA SUFICIÊNCIA DA PROVA: OS STANDARDS PROBATÓRIOS (EXTERNOS) .....</b>	<b>155</b>
1. O Standard da preponderância ou lógico.....	158
2. Um standard mais rigoroso no processo penal: o “além da dúvida razoável” ou ADR .....	160
3. As dificuldades na definição e operação de um standard intermediário .....	163

### *CAPÍTULO IX*

<b>A VALORAÇÃO COMO TOTALIZAÇÃO E O SISTEMA COMO GUIA PARA AFERIR, EXPRESSAR E COMBINAR AS FORÇAS DE CADA PROVA .....</b>	<b>168</b>
1. A ideia de força probatória e os problemas relacionados à sua apreensão e expressão.....	172
1.1. O chamado probabilismo jurídico e sua (in)compatibilidade com o Sistema.....	177
1.2. A probabilidade lógica de Cohen .....	185
1.3. A abdução como guia para aferição da probabilidade lógica .....	188
1.4. A aferição da força probatória se esgotaria na fixação da probabilidade lógica? O pensamento de Alex Stein .....	196
2. A totalização das forças probatórias e as demais exigências metodológicas do Sistema.....	203
2.1. O princípio da unidade (ou da eficácia) da prova e a exigência de uma valoração analítica ou atomista .....	203
2.2. A combinação ou unificação das forças e seu confronto com o standard probatório: a necessidade de um fechamento holístico .....	207

### *CAPÍTULO X*

<b>A VALORAÇÃO DA PROVA COMO APLICAÇÃO DE CONHECIMENTO E O SISTEMA ENQUANTO CRITÉRIO DE VALIDAÇÃO .....</b>	<b>210</b>
1. O papel que o “conhecimento de mundo” desempenha na valoração da prova: as regras da experiência enquanto generalizações que operam como garantia da inferência probatória .....	213
2. A insuficiência do senso comum enquanto critério de validação e a necessidade do seu monitoramento .....	216
3. A validação do conhecimento científico: a necessidade do expert como regra .....	225
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>229</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>233</b>