

# Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância

Gustavo Badaró\*

## Sumário:

- 1. Introdução: prova e verdade - 2. Natureza do direito a prova - 3. Direito à prova e as regras de admissibilidade da prova - 4. Critérios lógicos de admissibilidade da prova – 5. O conceito de relevância e pertinência na doutrina brasileira – 6. O conceito de relevância e pertinência na doutrina estrangeira – 7. Sistemas probatórios: ideologia de inclusão ou exclusão probatória – 8. A título de conclusão: nossa posição sobre os conceitos de pertinência e relevância

## 1. Introdução: prova e verdade

O tema da verdade e a própria possibilidade epistêmica de atingi-la são demasiado amplos. Necessário, porém, estabelece alguns conceitos, ou melhor, concepções, com as quais se pretende trabalhar.

Sem ignorar os avanços do giro linguístico, principalmente o papel de intermediação entre a linguagem e a realidade, isso não autoriza que se rompa toda e qualquer conexão entre o conhecimento e a realidade. A realidade externa existe e constitui o padrão de medida, o critério de referência que determina a verdade ou a falsidade dos enunciados fáticos,<sup>1</sup> no caso, da imputação penal ou da causa de pedir, no processo civil.

Embora se adote um conceito de *verdade como correspondência*, isso não significa que a relação entre prova e verdade adotada seja uma relação conceitual ou de identidade absoluta. Valemo-nos, nesse ponto, da explicação de Ferrer Beltrán, sobre como deve ser entendido o enunciado “p está provado”. Não significa nem que “p é verdadeiro”, o que seria uma relação conceitual, nem que “p foi estabelecido pelo juiz”. Neste último caso, sem dúvida o convencimento psicológico do juiz é uma condição necessária, mas não suficiente, à qual deve acrescentar-se a aplicação, na formação do convencimento do juiz, de critérios de racionalidade e regras da lógica.<sup>2</sup> Assim sendo, o enunciado “p está provado” deve ser entendido como sinônimo de “há elementos de prova suficientes a favor de p”. Isso não quer dizer que a proposição, porque está provada, seja verdadeira. Uma hipótese fática pode resultar provada ainda que seja falsa.<sup>3</sup> Assim sendo, afirmar que “p está provado” denota que este enunciado será verdadeiro quando se dispuser de elementos de prova *suficientes* a favor de p, e falso quando não se dispuser de elementos de prova a favor de p ou quando eles forem

---

\* Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado Criminalista. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Conselho Científico do Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano, do Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Göttingen – Alemanha.

<sup>1</sup> Michele Taruffo, *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Editori Laterza, 2009, p. 78.

<sup>2</sup> Jordi Ferrer Beltrán, *Prova e verità nel diritto*. trad. de Valentina Carnevale, Bologna: Il Mulino, 2004, p. 69.

<sup>3</sup> Ferrer Beltrán, *Prova e verità ... cit.*, p. 39.

*insuficientes*.<sup>4</sup> Todavia, isso não exclui que o enunciado possa ser considerado verdadeiro, porque confirmado por suficientes elementos de prova, embora não corresponda, efetivamente, à realidade dos fatos.

Mesmo adotando uma premissa epistemológica que aceita um conceito de verdade como correspondência, é preciso ter a plena consciência de que uma identidade absoluta é inatingível. Mas, ainda que não possamos saber, com absoluta certeza, quando um enunciado fático é verdadeiro, podemos saber quando, com base em uma probabilidade lógica prevalecente, um enunciado é preferível ao outro.<sup>5</sup>

E, assim sendo, não se concebe um modelo justo de processo, em especial de natureza punitiva ou sancionatória, que não trabalhe com a verdade – ainda que inatingível – como fator de legitimação de seu resultado e critério de justiça.

Com afirma Ferrajoli, “se uma justiça penal inteiramente ‘como verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal inteiramente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbítrio.<sup>6</sup> Justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder.<sup>7</sup> Isso não significa, como erroneamente afirmam muitos, que o acerto da verdade é o fim último do processo, em especial, do penal. A verdade é apenas um pressuposto para poder adequadamente decidir qual é a hipótese legal aplicável ao caso concreto.<sup>8</sup>

Mas, mesmo com essa redução de importância, se a verdade fosse indiferente para a justiça, a atividade probatória seria uma grande inutilidade,<sup>9</sup> sendo melhor decidir o processo lançando os dados, com fazia o juiz Bridoye, protagonista de um dos episódios de *Pantagrue*,<sup>10</sup> em que o velho magistrado confessa, perante a Corte Suprema, que sempre decidia as sentenças pela sorte nos dados e, por mais de quarenta anos, assim agiu sem jamais ter qualquer sentença considerada equivocada, a não ser na última, que por isso mesmo foi objeto de apelação. E, mesmo assim, o juiz Bidoyer, que já estava velho, atribui o erro não aos dados ou à sorte, mas o fato de que já não enxergava bem e podia ter errado ao tentar distinguir os números dos dados, tendo tomado um quatro por um cinco e, por isso, ter sentenciado errado.

Baseado em tais premissas é que se analisará o tema da prova e seus limites lógicos.

## 2. Natureza do direito a prova

Não é exagero afirmar que o reconhecimento do direito à prova é “um dos mais significativos elementos da transformação de um regime processual autoritário para um regime processual democrático”.<sup>11</sup>

<sup>4</sup> Ferrer Beltrán, *Prova e verità ... cit.*, p. 40.

<sup>5</sup> Vincenzo Garofoli, “*Verità Storica e Verità Processuale: L'imponibile endiadi in un processo virtualmente accusatorio*”, in Garofoli, Vincenzo e Incampo, Antonio. *Verità e processo penale*, Milano: Giuffrè, 2012, p. 50.

<sup>6</sup> Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Bari: Laterza, 1998, p. 18.

<sup>7</sup> Kark Heinz Gössel, La verdead en el proceso penal ¿Es encontrada o construida? In: *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho. Obras completas*. Dir. por Edgardo Alberto Donna, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 23.

<sup>8</sup> Giulio Ubertis, *La prova penale. profili giuridici ed epistemologici*. Torino: UTET, 1999, p. 7.

<sup>9</sup> Mirjan Damaska, *Il diritto delle prove alla deriva*. Trad. Francesca Cuomo Ulloa e Valentina Riva, Bologna: Il Mulino, 2003, p. 138.

<sup>10</sup> François Rabelais, *O Terceiro Livro dos Fatos e Ditos Heróicos do Bom Pantagrue*, trad. Élida Valarin Oliver, Cotia: Ateliê Editorial; Campinas, Editora da Unicamp, 2006, cap. 39, p. 231-234.

<sup>11</sup> Delfino Siracusano, Le Prove, In Siracusano, D.; Galati, A.; Tranchina, G.; Zappalà, E.; *Diritto processuale penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. v. I, p. 348.

Dentre as atividades necessárias à tutela dos interesses postulados pelas partes, sobressai a probatória, pois a prova é indiscutivelmente o momento central do processo, no qual são reconstituídos os fatos que dão suporte às pretensões deduzidas. Assim, o *direito à prova* constitui aspecto fundamental do contraditório, pois sua inobservância representa negação da própria ação e da defesa. Para se dar cumprimento à garantia constitucional é necessário que se estabeleça um procedimento probatório que se desenvolva em contraditório de partes, perante o juiz.<sup>12</sup> Num processo de partes, o contraditório probatório deve constituir a única fonte de cognição para a jurisdição, não podendo haver outra fonte de conhecimento para a decisão.<sup>13</sup>

No direito comparado, nos países da chamada *civil law*, tem predominado as posições que reconhecem que o direito à prova tem natureza constitucional, embora, normalmente, não haja nas diversas Constituições previsões expressas de um direito à prova ou direito de produzir provas em juízo.<sup>14</sup>

No sistema processual anglo-americano, o *right to 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<sup>15</sup>.

No Brasil, como não poderia deixar de ser, prevalece o mesmo entendimento. Os argumentos em favor do reconhecimento do direito à prova, como aspecto insuprimível das garantias da defesa e do contraditório, encontram confirmação e reforço no texto constitucional que, além de consagrar tais garantias, também assegura

---

<sup>12</sup> Ada Pellegrini Grinover, *O processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 54.

<sup>13</sup> Carlo Tormina. *Il regime della prova nel processo penale*. Torino: G. Giappichelli, 2007, p. 185.

<sup>14</sup> No direito Espanhol, a doutrina entende que o direito à prova é extraível do art. 24.2 da Constituição que assegura: “Asimismo, todos tienen derecho a (...) utilizar los medios de pruebas pertenentes para su defensa”. E, quanto ao conteúdo de tal direito, a doutrina entende que o direito à prova é aquele que assegura ao litigante a utilização de todos os meios probatórios necessários para formar a convicção do órgão julgador acerca dos fatos debatidos no processo. Nesse sentido, cf.: Joan Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Jose Maria Bosche Ed., 1996, p. 18-19. E na Itália, a partir do disposto no art. 24 da Constituição de 1948, que assegura o direito de defesa, chegou-se à compreensão de que a regra constitucional não se limita a garantir às partes o direito a um defensor ou de simplesmente expor as próprias razões ao juiz, mas implica o *diritto di difendersi provando*, ou seja, o direito de não ver diminuída a possibilidade de defesa através de uma restrição arbitrária dos meios de prova oferecidos ao juiz ou do objeto da prova proposta (Giuliano Vassali, *Il diritto alla prova nel processo penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1968, p. 12). Tal posicionamento ficou explícito a partir da Lei Constitucional n.º 2, de 23 de novembro de 1999, que inserindo os princípios do justo processo no artigo 111 da Constituição italiana, passou a prever, no seu segundo *comma*, que “*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale.*” E, o 4.º *comma* do mesmo artigo ainda assegura: “*Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova.*” Na Alemanha, Nicolò Trocker (*Processo civile e costituzione*, Giuffrè: Milano, 1974, p. 722 ss) explica que o *direito à prova* não se exaure na faculdade de produzir os meios representativos dos fatos deduzidos em juízo, mas uma verdadeira pretensão de ver admitidas as provas propostas perante o juiz (*beweiserhebungsanspruch*). Em Portugal, cujo art. 32 da Constituição, ao tratar das garantias do processo, não prevê expressamente o direito à prova, Canotilho (José Joaquim Gomes Canotilho, “O Ónus da prova na jurisdição das liberdades”, in *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 169-170) observa que: “*o direito constitucional à prova surge, a maior das vezes, ou dissolvido nos princípios de direito e processo penal constitucionalmente consagrados (‘direito de defesa’, ‘direito ao contraditório’, ‘direito de intervenção no processo’, ‘proibição de provas ilícitas’)* ou associado ao direito e tutela jurisdicional”;<sup>14</sup> o que implica “deslocar o direito à prova do estrito campo jusprocessualístico para o localizar no terreno constitucional”. E, quanto ao seu conteúdo, arremata: “*o direito constitucional à prova abrange o direito à prova em sentido lato (poder de demonstrar em juízo o fundamento da própria pretensão) e o direito à prova em sentido restrito (alegando matéria de fato e procedendo à demonstração da sua existência)*” (“O Ónus da prova ... cit., p. 170, com destaques no original).

<sup>15</sup> Laurence H. Tribe, *American constitutional law*, 2ª ed., Mineola, New York, 1988, p. 736.

que “ninguém será privado de sua liberdade ... sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV).

Como observa Antonio Magalhães Gomes Filho, o direito à prova caracteriza um verdadeiro *direito subjetivo* à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de *ação* e de *defesa*: o *direito de ser ouvido em juízo* não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz.<sup>16</sup> O conteúdo desse direito envolve cinco momentos distintos: (1) investigação; (2) propositura; (3) admissão; (4) produção; (5) valoração.<sup>17</sup>

Ao mais, no processo penal, o direito à prova encontra expressa positividade, no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos em nível supralegal, por força da incorporação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos.<sup>18</sup> Diante disso, o direito à prova de defesa, em processo penal, configura não somente decorrência dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, mas, também, regra de direito positivo, integrada ao nosso ordenamento, com a adesão do Brasil aos citados tratados de direitos humanos.

Tudo isso, porém, pouco adiantaria, se o direito à prova, de natureza constitucional, pudesse ser negado, sob a singela e normalmente não justificada afirmação de que “a prova é manifestamente impertinente e irrelevante”.

O problema das garantias constitucionais não está somente em proclamá-las, mas também em assegurar sua efetiva observação nos casos concretos. Para isso, no caso de um direito que, não tendo caráter absoluto, está sujeito a restrições legais, é fundamental definir legalmente as hipóteses de restrição legítima do direito, e o controle rigoroso de sua aplicação no caso concreto, por meio de motivação idônea. Sem isso, a garantia constitucional não será mais do que uma vã promessa.

---

<sup>16</sup> Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: RT, 1997, p. 84. Os posicionamentos doutrinários acima expostos encontraram eco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “*Abrangência da cláusula constitucional do ‘Due Process of Law’, que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova. ... (m) direito à prova.- O direito à prova qualifica-se como prerrogativa jurídica de índole constitucional, intimamente vinculado ao direito do interessado de exigir, por parte do Estado, a estrita observância da fórmula inerente ao “due process of law”.- Os juízes e Tribunais têm o dever de assegurar, ao réu, o exercício pleno do direito de defesa, que compreende, dentre outros poderes processuais, a faculdade de produzir e de requerer a produção de provas, que somente poderão ser recusadas, mediante decisão judicial fundamentada, se e quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias*” (STF, HC n.º 96.905/RJ, 2.ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.08.2009, v.u.).

<sup>17</sup> Normalmente, a doutrina aponta apenas os quatro últimos momentos, não fazendo referência ao momento da investigação. A necessidade do reconhecimento de um direito à investigação das fontes de prova é destacado por Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova ... cit.*, p. 88.

<sup>18</sup> O direito à prova é assegurado no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14(3)(e) que garante a todo acusado o direito de “de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõe as de acusação” (destaquei). De forma semelhante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, igualmente assegura aos acusados, no art. 8(2)(f): “o 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” (destaquei) Embora os dispositivos citados se refiram à prova testemunhal, prevalece o entendimento de que seu âmbito de proteção assegura o direito à prova de qualquer natureza, e não apenas às fontes de provas orais. Cf.: Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova ... cit.*, p. 74. No mesmo sentido, na doutrina italiana, referente ao art. 6(3)(e), da CEDH, cf.: Giulio Ubertis, *Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*. In: \_\_\_\_\_. *Verso un “giusto processo” penale*. Torino: Giappichelli, 1997, p. 89-90.

### 3. Direito à prova e as regras de admissibilidade da prova

Um princípio epistêmico, um tanto quanto óbvio, é que quando se busca acertar a veracidade de um enunciado fático, deve se poder utilizar todas as informações úteis para tal finalidade, como uma aplicação do *total evidence principle*.<sup>19</sup> Jeremy Bentham já advertia que a prova é a base da justiça, e “excluir a prova é excluir a justiça”!<sup>20</sup>

O direito à prova, porém, admite restrições legítimas, nos casos em que outros valores tutelados constitucionalmente devem prevalecer. Isto é, o “direito à prova” não implica o “direito à admissão de todas as provas”<sup>21</sup> requeridas pelas partes.

Nos países de *common law* é comum a distinção entre *exclusionary rules* fundadas, de um lado, em *extrinsic policys* e, de outro, fundadas em *intrinsic policys*.<sup>22</sup> 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”.

De forma semelhante, na doutrina nacional, Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que os limites a admissibilidade da prova podem ter fundamentos extra-processuais (*políticos*) ou processuais (*lógicos e epistemológicos*).<sup>23</sup>

Sendo o direito à prova assegurado constitucionalmente, ainda que de forma implícita, toda e qualquer restrição deve decorrer de hipóteses legais de inadmissibilidade probatória.

Os *limites lógicos*, de que nos ocuparemos nos itens seguintes, determinam as exclusões de provas impertinentes e irrelevantes ou, o que é o reverso da medalha, a regra geral é que toda prova relevante deve ser admitida.

Há quem inclua entre os limites lógicos a não produção de prova supérflua, ante sua evidente inutilidade.<sup>24</sup> Não é possível concordar com tal posicionamento. A prova supérflua, assim como a prova irrelevante, é uma prova inútil.<sup>25</sup> Mas, a razão de sua vedação não é lógica.<sup>26</sup> A não produção de prova

<sup>19</sup> Taruffo, *La semplice verità ... cit.*, p. 140.

<sup>20</sup> Jermías Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971, t. II, p. 87.

<sup>21</sup> Ubertis, *Diritto alla prova ... cit.*, p. 91.

<sup>22</sup> Nesse sentido, Mirjan Damaska, *Il diritto delle prove alla deriva*. Bologna: Il Mulino, 2003, p. 24, citando J. H. Wigmore. *Evidence in Trials at Common Law*, por P. Tillers, Boston, 1983, I, II, p. 689.

<sup>23</sup> *Direito à prova ... cit.*, p. 93. No mesmo sentido, na doutrina italiana, cf.: Ubertis, *La prova penale ... cit.*, p. 55.

<sup>24</sup> Bentham, *Tratado de las pruebas ...*, v. II, p. 93-94; Taruffo, *La semplice ... cit.*, p. 143. No ordenamento jurídico brasileiro, são manifestações dessa regra: CPC, art. 400, inc. I, ao prever que o juiz indeferirá a inquirição da testemunha sobre fatos “já provados por documento ou confissão da parte”. Outro exemplo é a limitação do número de testemunhas para cada fato a ser provado: “É lícito a cada parte oferecer, no máximo, dez testemunhas; quando qualquer das partes oferecer mais de três testemunhas para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes” (art. 407, parágrafo único). Na doutrina pátria, o tema é ignorado. Na jurisprudência, e de pouca incidência prática, sendo tratado em julgados bastante antigos. Nos STF há dois julgados: STF, HC nº 76420/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 16.06.1998, mv.; STF, RHC nº 42.489/GB, Pleno, Rel. Min. Pedro Chaves, j. 09.08.1965, No STJ, há apenas três julgados sobre provas supérfluas: STJ, RHC nº 35.051/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 26.02.2013, v.u.; STJ, Resp nº 97.930/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 15.10.1998, v.u.; STJ, RHC nº 3.661/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 29.11.1994, v.u., RT 725/506. Não há julgados sobre prova superabundante.

<sup>25</sup> Por outro lado, não se pode confundir a prova supérflua, com a prova de corroboração, esta sim, cuja produção é epistemologicamente justificada. À indagação se “são supérfluas todas as provas

manifestamente supérflua tem por finalidade tutelar o princípio de economia processual, na medida em que tais provas levariam a um resultado cognoscitivo já produzido, ou que poderia ser obtido por meio diverso.<sup>27</sup> Nesse caso, a elaboração da prova teria custos consideráveis e não serviria para nada além de produzir uma prova cujo conteúdo já foi amplamente constatado por outros meios de prova já produzidos.<sup>28</sup> Não se trata de um critério originário de inadmissão da prova, mas de fator que operará já no curso da instrução, depois de haver atividade probatória já realizada.

Por outro lado, a inadmissibilidade da prova supérflua é um critério subsidiário, que só deve ser considerado, depois de um juízo positivo de pertinência e relevância sobre o próprio meio de prova que se reputa supérfluo.<sup>29</sup> Ou seja, a superfluidade pode levar à exclusão de uma meio de prova, ainda que seja pertinente.<sup>30</sup> Por ex., no caso de uma briga em um palco de uma casa de espetáculo, não teria sentido ouvir as centenas de pessoas presentes, para que depusessem sobre quem foi o autor da agressão.<sup>31</sup>

Em suma, a prova supérflua não se confunde com a prova irrelevante *lato sensu*, embora ambas sejam provas inúteis. A prova supérflua é aquela que tem o mesmo objeto de outra prova já produzida no processo.<sup>32</sup> A prova irrelevante é a que tem por objeto fatos que não integram o fato jurídico ou fato principal que constitui a *regiudicanda*. No primeiro caso há relação de objeto da prova com objeto da prova, no segundo, de objeto da prova com objeto do processo.

Já os *limites epistemológicos*, ou regras de exclusão por motivos intrínsecos, buscam previamente restringir o ingresso de elementos de provas que, embora relevantes e dotados de elevado potencial persuasivo, poderiam gerar uma inexata reconstrução histórica dos fatos. O Código de Processo Penal traz alguns exemplo: o parágrafo único do art. 155 exige, para a prova do estado das pessoas, apenas o meio de prova previsto na lei civil; o art. 62 exige que a morte do agente seja comprovada apenas por atestado de óbito, para fins de extinção de punibilidade; por fim, nos crimes que deixam vestígio, o art. 158 não admite a confissão para a

---

redundantes”? Ferrer Beltran (*La valoración racional de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 75) responde, claramente, de forma negativa.

<sup>26</sup> Porém, não se pode negar que a ideia de relevância não é estrita e exclusivamente lógica, mas leva em conta, também, outros fatores, como os custos de tempo, pessoal e mesmo econômico de produção da prova. Segundo Enrico Tulio Liebman (*Manuale di diritto processuale civili*. Milano: Giuffrè, 1959. v. II, p. 76) seria evidentemente desperdício o tempo, o trabalho e o dinheiro empregado para provar fatos que, embora controvertido pelas partes, não seriam, se provados, “concludenti”, “conferenti”.

<sup>27</sup> Giuseppe Bianchi, *L’ammissione della prova nel dibattimento penale*. Analise dell’attività argomentativa delle parti. Milano: Giuffrè, 2001, p. 128. No mesmo sentido, em relação ao processo civil: Luigi Paolo Gomoglio. *Il principio di economia processuale*. I, Padova: CEDAM, 1980, p. 200-203. Em sentido diverso, para Ubertis, *La prova penale ... cit.*, p. 64, o caráter supérfluo da prova liga-se ao conceito de “irrelevância por redundância”.

<sup>28</sup> Delfino Siracusano, Le Prove, In Siracusano, D.; Galati, A.; Tranchina, G.; Zappalà, E.; *Diritto processuale penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. vol. I, p. 354.

<sup>29</sup> Cf.: Grevi, Prove. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Orgs.). *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1996, p. 243; Bianchi, *L’ammissione ... cit.*, p. 128.

<sup>30</sup> Bianchi, *L’ammissione ... cit.*, p. 128. No mesmo sentido, Echandia, *Teoría general ... cit.*, t. I, p. 345, embora se referindo a fatos inúteis, “porque já acreditados por outras provas”, ao invés de supérfluas

<sup>31</sup> Nesse sentido, as regras do CPP que limitam o número de testemunhas em 8 para o procedimento ordinário e 5 para o sumário e, principalmente, a regra do CPC que limita a 3 o número de testemunhas que poderão depor sobre um mesmo fato, são expressões do princípio de economia processual e visam evitar a produção de provas supérfluas. Mesmo nesses casos, como explica Aniello Nappi (*Guida al Codice di Procedura Penale*. 8 ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 439), prescinde-se de qualquer valoração de mérito, pois o conceito de “superabundância” é meramente quantitativo e não implica valoração sobre a relevância ou superfluidade da prova.

<sup>32</sup> Siracusano, Le prove ... cit., p. 345.

comprovação da materialidade delitiva, exigindo o exame de corpo de delito.<sup>33</sup> No processo civil, há vedação da produção de prova exclusivamente testemunhal, nas demandas que o valor excedam um determinado valor.<sup>34</sup> Outra hipótese, sempre lembrada como limite epistemológico, embora não vigorante entre nós, é a *hearsay rule*, que veda a utilização do testemunho de ouvir dizer,<sup>35</sup> por não possibilitar o exame cruzado da fonte de prova originária.

A existência de tais limites se funda na premissa de que, sendo possível a produção de uma prova com melhor idoneidade e potencial cognitivo, não se pode aceitar uma menos qualificada. Porém, a aceitação de tais regras, ditas epistemológicas, é objeto de controvérsia. Isso porque, para muitos autores, trata-se, ao contrário, de limites *anti-epistêmicos*, ao impedir o ingresso e valoração de elementos relevantes para o convencimento judicial! O grande problema é, como aponta Taruffo, resolver o paradoxo de normas que parecem endereçadas a realizar uma finalidade epistêmica mas, em realidade, são epistemicamente contraproducentes, porque impedem a possibilidade de utilização de informações úteis.<sup>36</sup>

Finalmente, os *limites políticos de admissibilidade da prova*, ou por razões de política extrínseca, se justificam, como facilmente se percebe, pela necessidade de proteção de outros valores, mesmo que capazes de colocar em risco a “descoberta da verdade”. Neste caso, o exemplo clássico é o da vedação das provas obtidas por meios ilícitos, em especial, no caso de violação de liberdades públicas, com as provas obtidas mediante tortura, interceptação telefônica ilegal, violação do domicílio ou da correspondência.<sup>37</sup> Tais provas, ainda que tenham por objeto fatos pertinentes, relevantes e sejam de elevado potencial cognitivo para a reconstrução dos fatos, não serão admissíveis.

---

<sup>33</sup> Segundo Magalhães Gomes Filho (*Direito à prova ... cit.*, p. 97-98). “trata-se de um exemplo claro de inadmissibilidade do meio de prova, com o objetivo de evitar erros que poderiam resultar em indiscriminada admissão de qualquer prova para demonstração da própria existência do fato que deixa rastros materiais”. A aceitação de tal regra, contudo, não é tranquila. Para José Frederico Marques (*Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1965. v. II, p. 364) o art. 158 do CPP é uma “baboseira” que somente se justificaria no sistema da prova legal, sendo incompatível com o processo penal moderno, no qual “tudo o que lícito for, idôneo será para projetar a verdade real”. Frederico Marques, *Elementos...*, v. II, p. 364-365.

<sup>34</sup> O art. 401 do CPC veda a produção da prova exclusivamente testemunhal, em relação aos contratos cujo valor exceda 10 salários-mínimos. Outro limite dessa natureza que pode ser lembrado, é a regra do art. 55, § 3.º, da Lei nº 8.213/91, sobre a prova testemunhal para benefícios previdenciários: “A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento”. No mesmo sentido, inclusive, é a Súmula nº 149 do STJ: “A prova exclusivamente testemunhal é insuficiente para comprovação da atividade rurícola para obtenção de benefícios previdenciários”.

<sup>35</sup> De fato, o testemunho de ouvir dizer, ao menos em regra, não deve ser admitido. Não pode ser aceito como verdadeira prova testemunhal, por se tratar de uma “prova de segunda mão”.

<sup>36</sup> *La semplice ... cit.*, p. 150.

<sup>37</sup> Tais limites, porém, não se restringem ao processo penal ou à proteção do acusado. Houve tempo, em que a lei civil vedava o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos. (ab-rogado CC, de 1916, art. 358). Ou seja, naquele momento histórico, para os padrões da sociedade brasileira, era preferível, não se demonstrar a ocorrência de um filho havido fora do casamento, para preservar a família “em defesa da moral”. Nesse último sentido, cf.: Édouard Bonnier, *Traité Théorique et Pratique des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel*. 2 ed. Paris: Auguste Durand Libraire, 1852, t. I, n. 55, p. 47; Hernando Devis Echandia. *Teoría general de la prueba judicial*. 2 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Ed., 1972, v. I, p. 358

Isso porque, embora a verdade seja algo relevante no processo, não se trata de um fim a ser buscado a qualquer custo ou qualquer preço.<sup>38</sup> Não há que se adotar o “princípio de que os fins justificam os meios, para assim legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória”.<sup>39</sup>

O Tribunal Supremo Federal alemão já decidiu que: “no Estado de Direito, existem limites intransponíveis à busca da verdade processual: não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo preço; o objetivo de esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalente do Estado”.<sup>40</sup>

#### 4. Critérios lógicos de admissibilidade da prova

O estudo que se seguirá estará voltado ao limites lógicos<sup>41</sup> e, mais especificamente, aos conceitos de impertinência e irrelevância. Aliás, justamente porque inspirados em princípios gerais sobre a prova, sua aplicação se dará indistintamente no processo civil, penal ou de qualquer outra natureza.<sup>42</sup>

No contexto processual, a admissibilidade da prova se expressa por meio do *princípio da relevância*,<sup>43</sup> que positivamente significa que toda prova relevante deve ser admitida, mas é frequentemente representado pela máxima inversa: *frustra probatur quod probatum non relevant*.

De maneira geral, com alguma variação terminológica, encontra-se no direito estrangeiro, processual civil e penal, previsões de exclusão de provas “manifestamente supérfluas ou irrelevantes”,<sup>44</sup> ou “manifestamente improcedentes, supérfluas ou meramente dilatórias”,<sup>45</sup> ou ainda, “impertinentes” e “inúteis”.<sup>46</sup>

---

<sup>38</sup> Francisco Muñoz Conde, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2 ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2003, p. 112.

<sup>39</sup> Frederico Marques, *Elementos ... cit.*, v. II, p. 293-294.

<sup>40</sup> BGHSt, 14, 358, 465, citado por Karl Heinz Gössel. Las prohibiciones de prueba como límites de la búsqueda de la verdad en el proceso penal. In: ————. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Obras completas. Dir. por Edgardo Alberto Donna, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 148.

<sup>41</sup> É correto que o sistema exclua as provas manifestamente supérfluas ou protelatórias. Estes critérios de exclusão, contudo, são inspirados por razões outras, que não exclusivamente lógicas, sendo fundados em motivos de economia processual ou mesmo para prestigiar a razoável duração do processo.

<sup>42</sup> Echandia, *Teoría general ... cit.*, v. I, p. 337.

<sup>43</sup> O princípio da relevância, embora baseado em critérios lógicos, também tem uma função de economia processual, evitando a produção de provas inúteis, como explica Michele Taruffo (, *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970, p. 9; Id., *La semplice verità ...*, p. 142.

<sup>44</sup> Na Itália, o *Codice di Procedura Penale* prevê: “Art. 190. 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 irrelevanti*. (destaquei).

<sup>45</sup> Na Argentina, o *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, sob a rubrica, “Pertinencia y admisibilidad de la prueba, dispõe: “Art. 364. No podrán producirse prueba sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos. *No serán admitidas* las que fueren *manifestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias*”. (destaquei) Por outro lado, o *Código Procesal Penal de la Nación*, no art. 356.2 prevê: “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”. Em termos muito semelhantes, o *Código de Procesal Penal* do Chile, no art. 276.1, veda a produção de provas *manifestamente impertinentes* e que tenham por objeto fatos notórios. Por outro lado, o art. 276.2, prevê a possibilidade de o juiz determinar que a parte reduza o número de testemunhas ou documentos que sejam “puramente dilatórios”.

No direito pátrio, o Código de Processo Penal com a reforma de 2008, passou a ter regra geral no § 1.º do artigo 400: “As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz *indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes* ou protelatórias”.<sup>47</sup> Valendo-se de conceitos semelhantes, o Código de Processo Civil, na disciplina dos poderes do juiz, prevê, no art. 130, o indeferimento das “diligências *inúteis* ou meramente protelatórias”.<sup>48</sup> Disso não se afasta o direito projetado. O Projeto de CPP que prevê o indeferimento de provas “*manifestamente impertinentes ou irrelevantes*”.<sup>49</sup> Por outro lado, o Projeto de CPC modifica a regra atual, determinando ao juiz “indeferir postulações *impertinentes* ou meramente protelatórias”.<sup>50</sup>

De qualquer forma, mesmo sem uma previsão legal expressa, em caráter geral,<sup>51</sup> de inadmissão de provas manifestamente impertinentes ou irrelevantes, tais critérios lógicos de exclusão, são utilizados tranquilamente pela doutrina e jurisprudência, até mesmo por se tratar de consequências da máxima *frustra probatur quod probatum non relevant*.

É o que se verifica, entre tantos outros, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “É certo que o princípio constitucional da ampla defesa garante aos acusados o exercício do direito de deduzir as suas alegações e de produzir as provas pertinentes, cabendo ao magistrado, entretanto, *indeferir*, de forma fundamentada, aquelas que *considerar impertinentes, irrelevantes ou protelatórias*”.<sup>52</sup>

Mesmo nos países de *common law*, o conceito de relevância, e mais, a ideia de admissão de toda prova relevante, é bastante tranquila.<sup>53</sup> A regra 402 da

---

<sup>46</sup> LEC espanhola, art. 283. Sobre tal dispositivo, cf., *infra*, item 6.

<sup>47</sup> Regra idêntica, para o procedimento dos crimes dolosos contra a vida está prevista no § 2.º do artigo 411, incluído pela Lei n.º 11.689/2008. Dispositivo semelhante já existia para os Juizados Especiais Criminais, prevista no § 1.º do artigo 81 da Lei n.º 9.099/1995: “§ 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”.

<sup>48</sup> No sentido de que a admissão de uma prova irrelevante implica a realização de um ato inútil, cf.: Franco Cordero (*Note sul procedimento probatório*, in *Tre studi sulla prova penale* Milano: Giuffrè, 1963, p. 54; Salvadore Patti, *Le prove: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 3.

<sup>49</sup> Com clara inspiração no direito peninsular, o PLS 156/2009, prevê, nas disposições gerais sobre a prova que: “as provas serão propostas pelas partes” (art. 162). E, completando a regra geral que assegura um verdadeiro direito à prova, prevê os critérios de exclusão no art. 163, *caput*: “Art. 163. O juiz decidirá sobre a admissão das provas, *indeferindo* as vedadas pela lei e *as manifestamente impertinentes ou irrelevantes*”. (destaquei)

<sup>50</sup> O PL n.º 8046/2010, art. 107, inc. II. Especificamente no regime probatório, é previsto que as partes não deverão fazer “perguntas ou considerações *impertinentes*” (art. 438, § 2º).

<sup>51</sup> No Código de Processo Civil há vários dispositivos esparsos que impedem a prática de atos impertinentes. O art. 31 prevê que “As despesas dos atos *manifestamente protelatórios, impertinentes* ou *supérfluos* serão pagas pela parte que os tiver promovido ou praticado, quando impugnados pela outra”. De outro lado, especificamente no regime probatório, ao tratar do depoimento das testemunhas, o § 1.º do artigo 416 dispõe que “partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo *perguntas ou considerações impertinentes, capciosas* ou *vexatórias*”. Já na disciplina da prova pericial, o inciso I do artigo 416 prevê que compete ao juiz “indeferir quesitos *impertinentes*”. Ao mais, no regime especial dos Juizados Especiais Cíveis, o artigo 33 da Lei n.º 9.099/1995 prevê que: “Art. 33. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o Juiz limitar ou *excluir as que considerar excessivas, impertinentes* ou *protelatórias*”.

<sup>52</sup> STJ, RHC n.º 31.857/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.04.2012, v.u.. Cf., também: STJ, Resp n.º 964.243/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 17.12.2013, v.u.; STJ, RHC n.º 40.257/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.09.2013, v.u. No mesmo sentido, referindo-se a diligências “impertinentes, desnecessárias ou protelatórias”: STF, HC n.º 104.473/PE, 1.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 05.10.2010, v.u., *LEXSTF* 386/474.

<sup>53</sup> No direito inglês, Richard May (*Criminal evidence*. 5 ed. London: Sweet & Maxwell, 1999, p. 8) explica que “the gold rule of admissibility is that all evidence which is relevant is admissible and that which is irrelevant is inadmissible”.

*Federal Rules of Evidence*, dos Estados Unidos da América, prevê, como regra geral, que *Relevant evidence is admissible*, sendo inadmissíveis as irrelevantes. Por outro lado, o art. 401, sob o título *test for relevante evidence* prevê que o meio de prova é relevante quando tenha “alguma tendência de fazer um fato mais ou menos provável do que seria sem tal prova” ou quando “the fact is of consequence in determining the action”.

Passa-se, então, ao tratamento doutrinário do tema.

## 5. O conceito de relevância e pertinência na doutrina brasileira

Desde meados do século passado, 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 atual, como já exposto. Por outro lado, em relação ao Código de Processo Penal de 1941, somente com a reforma de 2008, tais critérios lógicos foram expressamente adotados.

Não sendo, pois, fruto de simples aplicação do direito posto, a origem de tal posicionamento deve ser buscada na doutrina.

Escapa ao propósito do presente estudo revolver períodos longínquos,<sup>54</sup> dos séculos XIX ou mesmo início do século XX.<sup>55</sup> É suficiente adotar como ponto de partida a década de 40 do século passado.<sup>56</sup> Isso porque, foi em tal período que se iniciaram as discussões doutrinárias despertadas pelo início a vigência do CPC de 1939 e do CPP de 1941.

Já no ano de 1940, Affonso Fraga afirmava que não se provam os fatos “que nenhuma influência exercem sobre a decisão”, isto é, “os fatos que nenhuma relação têm com a questão aventada em juízo e que, embora verossímeis e certos, em

---

<sup>54</sup> Para uma análise do instituto das *positiones* medievais, relativas as *positiones superfluae, impertinentes, obscurae et incertae, generales, impossibiles e multiplices*, cf. Alessandro Giuliani. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. ristampa, Milano: Giuffrè, 1971, p. 170 e segs.

<sup>55</sup> Em tal período, não se encontrou discussão ou mesmo simples análise sobre o tema. Aliás, poucos autores se dedicavam a tratar do objeto da prova, e quando o faziam, era genericamente, apenas discutindo se o objeto da prova eram os fatos ou também o direito. Um pouco mais de profundidade pode se encontrar em Joaquim Ignacio de Ramalho (*Praxe Brasileira*. São Paulo: Typografia do Ypiranga, 1869, § 155, p. 242) que, ao tratar de “o que se deve provar”, excluía os “fatos notórios e os aceitos pelas partes, porque inúteis”. Cite-se, também, Joaquim José Caetano Pereira e Souza (*Primeira linhas sobre o processo civil*. Acomodadas ao Foro do Brazil Até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1879, t. I, § 218, p. 217, nota 445) que afirmava: “o que é certo, e indubitável, não necessita de prova; nem também o que é evidente, e notório”, sem qualquer referência a fatos irrelevantes ou impertinentes. Na doutrina criminal do século XIX o tema era ignorado, não havendo uma preocupação com um estudo mais sistemático de teoria geral da prova. Somente mais tarde, já no início do século XX, surge alguma preocupação na obra de Galdino Siqueira (*Curso de Processo Criminal*. 2 ed. São Paulo: Livraria e Officinas Magalhães, 1917, n. 566, p. 457) que, depois de afirmar que o objeto da prova são os fatos, e não o direito, acrescentava: “e mesmo relativamente aos fatos, para que seja suscetível de prova, deve ser *concludente*, de natureza a produzir qualquer influência sobre a decisão da controvérsia; *possível*, ou de acordo com as leis naturais e positivas, e finalmente, *certo*, isto é, que não seja vago e indeterminado. Com esses requisitos, todo fato deve ser provado, mesmo o *notório* e o *negativo*” (destaques no original). O que então se denominava *concludência*, equivale, em linhas gerais, a noção mais recente de “relevância” da prova.

<sup>56</sup> Digno de destaque, no período da legislação estadual, foi o avançado Código do Processo do Estado da Bahia de 1915, que no seu art. 132 estabelecia que “o juiz pode repelir as provas oferecidas pelas partes quando, de acordo com as leis civis, as considere absolutamente irrelevantes e se destinem manifestamente a prolongar o curso da causa”. Além disso, segundo o diploma baiano, não dependiam de provas os fatos “referidos por uma parte, se pela outra expressamente confirmado” (art. 128), os “fatos públicos e notórios” (art. 129) e os presumidos por lei (art. 130).

nada influem em favor da pretensão que os alega. Esses fatos são totalmente inúteis para esclarecimento das questões de fundo quer das acidentais que a elas se prende”.<sup>57</sup> Em síntese, os fatos objeto das prova eram os *influentes*, expressão que inclui os fatos *pertinentes*, que são os “relativos à causa” e os *concludentes*, que são aqueles que por sua natureza possam determinar a solução da pendência judiciária.<sup>58</sup>

A exclusão do objeto da prova dos fatos impertinentes e irrelevantes foi feita, ao que se acredita, pela primeira vez, por Lopes da Costa, que assim os conceituava: “*Fatos impertinentes* (in-pertinere – não pertencer) são os que não pertencem à causa, nenhuma relação têm com ela, não lhe dizem respeito, lhe são estranhos”; “*Fatos irrelevantes* ou *inconcludentes* são os que, embora se refiram à causa, não influem sobre a decisão, não levam a conclusão alguma (inconcludentes), são indiferentes.”<sup>59</sup>

Ou seja, os fatos pertinentes, porque pertencem ou tem relação com a causa, podem ser relevante ou irrelevantes. Se influírem na decisão, além de pertinentes serão também relevantes. Nessa conceituação fatos pertinentes e fatos relevantes são círculos concêntricos com raios distintos, sendo maior o dos fatos pertinentes e menor o dos relevantes. Consequentemente, todo fato relevante será, necessariamente, pertinente. Mas, nem todo fato pertinente, será relevante.

Fácil perceber que, nesta linha teórica, em termos de inadmissibilidade de provas, o conceito de fato impertinente não tem qualquer significado prático, sendo de nenhuma utilidade. Para ser objeto de prova, bastaria que o fato fosse relevante ou, o que seria o reverso da moeda, os fatos irrelevantes – sejam eles pertinentes ou não – não são objeto de prova.

Merece destaque, também, a posição de Frederico Marques que, partindo das premissas acima, subdivide os fatos relevantes em *imediate* e *mediatamente* relevante. Por outro lado, a ideia de relevância, relacionada aos fatos circunstanciais ou secundários, encontra-se em Frederico Marques: “a relevância pode ser imediata ou mediata. Na última hipótese, o fato de relevância mediata deve incluir-se no *thema probandum* porquanto irá constituir a prova circunstancial, muitas vezes, para a elucidação da *res judicanda*”.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Affonso Fraga, *Instituições do Processo Civil do Brasil*, São Paulo: Acadêmica, 1940, t. 2, p. 342.

<sup>58</sup> *Op. e loc. cit.*

<sup>59</sup> Alfredo Araújo Lopes da Costa, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, v. II, n. 280, p. 222. As mesmas definições foram adotadas por José Frederico Marques em suas *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1962. v. III, p. 367. Destaque-se que, posteriormente, tais conceitos não foram repetidos no *Manual de Direito Processual Civil*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. II, p. 182-183, ao tratar do objeto da prova. Lembre-se que, na época, vigorava o CPC de 1939, cujo art. 117 previa: “A requerimento ou ex-officio, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e *indeferir as inúteis* em relação a seu objeto, ou requeridas com *propósitos manifestamente protelatórios*” (destaquei). Além disso, havia previsão de indeferimento de “perguntas julgadas impertinentes” (art. 246, par. ún.) e de “quesitos impertinentes” (art. 254, par. ún.). Mais modernamente, embora sem muita clareza na distinção, João Batista Lopes (*A prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 28) refere-se a fatos relevantes e pertinentes: “fatos relevantes são os acontecimentos da vida que influenciam o julgamento da lide”; “fatos pertinentes são os que têm relação direta ou indireta com a causa”.

<sup>60</sup> Frederico Marques *Instituições* ... v. III, p. 367. Tal posição, contudo, já era encontrada em Leo Rosenberg (*Tratado de Derecho Procesal Civil*. trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJEA, 1955. t. II, p. 211): “Una afirmación sobre hechos puede ser importante en forma *inmediata* o *mediata*. Es *inmediatamente importante*, cuando resulta de ella directamente un carácter de tipicidad de la norma jurídica aplicable; ... es *mediatamente importante*, cuando únicamente por ello puede concluirse la existencia o inexistencia de un hecho inmediatamente importante; de este modo sólo tiene importancia mediata para el establecimiento de la verdad de la circunstancia directamente importante”. No mesmo sentido parece ser, atualmente, a posição de Dinamarco (*Instituições* ..., v. III, p. 67) que, ao tratar dos

Diverso é o posicionamento de Moacyr Amaral Santos: “os fatos por provar devem ser relevantes ou influentes”, isto é, “em condições de poder influir na decisão da causa”.<sup>61</sup> De outro lado, “fatos que nenhuma relação tenham com a causa e, assim, não influenciam na sua decisão, são inúteis, donde o inútil não se prova: *frustra probatur quod probatum non relevant*”.<sup>62</sup>

Por outro lado, depois de afirmar que os fatos por provar devem ser *relevantes* ou *influentes*”, complementava: “Por sua vez, a prova do fato deve ser relevante, isto é, *admissível, pertinente e concludente*. A prova é admissível quando não proibida por lei e aplicável ao caso em questão; é *pertinente* quando adequada à demonstração dos fatos e à aplicabilidade dos princípios do direito invocados; é *concludente* quando esclarece o ponto questionado, ou confirma as alegações feitas”.<sup>63</sup>

Nessa nova conceituação, as figuras estão parcialmente invertidas. Os fatos a serem provados devem ser relevantes, e haveria uma identidade parcial entre fatos relevantes e pertinentes. Figurativamente: relevância = admissibilidade + pertinência + concludência. De qualquer forma, a duplicação de critérios lógicos também aqui se mostra desnecessária, na medida em que para ser objeto da prova, bastaria que o fato fosse pertinente. Embora nem todo fato que fosse pertinente também fosse relevante (pois poderia não ser admissível ou concludente), uma vez afastada a pertinência, necessariamente não haveria relevância. Logo, todo reconhecida a impertinência, seria desnecessário questionar a irrelevância.

Mais recentemente, o tema da relevância da prova foi tratado por Dinamarco, que considera que as provas irrelevantes devem ser indeferidas, porque “nenhuma utilidade o seu reconhecimento poderia ter para o julgamento da causa ou dos pedidos ou requerimentos incidentes ao processo. *O fato é irrelevante quando, com ele ou sem ele, a decisão será a mesma*”. E, a partir do fato afirmado pela parte, liga a ideia de relevância ao fundamento jurídico posto em causa: “no plano do direito material a relevância do fato depende sempre da eficácia que ele possa ter para a constituição, impedimento modificação ou extinção do direito alegado pelo autor”.<sup>64</sup> Isso está em relação direta com a *fattispecie* concretamente invocada pela parte na demanda inicial, contestação, reconvenção etc”.<sup>65</sup> Por outro lado, nega utilidade na autonomia do

---

fatos relevantes, admite que podem ser objeto de prova *os fatos circunstanciais* alegados pelas partes, que não façam parte da causa de pedir do autor nem constituam o núcleo da defesa, desde que não se mostrem irrelevantes.

<sup>61</sup> Moacyr Amaral Santos, *Da Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. I, p. 227; Id., *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. IV, p. 43. O mesmo conceito já era dado por Gabriel Resende Filho (*Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1960. v. II, p. 197) que, contudo, parece confundir irrelevância com superfluidade: “os fatos estranhos ao litígio, embora alegados pela parte, inúteis para o esclarecimento do mérito da causa, consideram-se supérfluos e, pois, não devem ser admitidos à prova”. A mesma confusão era encontrada em Fraga, *Instituições ... cit.*, t. 2, p. 342.

<sup>62</sup> Amaral Santos, *Comentários ...*, v. IV, p. 43. E dá como exemplos de fatos irrelevantes os fatos impossíveis e os fatos cuja prova é impossível, por disposição de lei ou pela natureza do fato.

<sup>63</sup> Amaral Santos, *Da Prova Judiciária ...*, v. I, p. 224. A exigência de que a prova fosse *admissível, pertinente e concludente*, foi extraída de Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 11 ed. São Paulo/Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1956, v. I. p. 313, que, nesse passo, tratava da prova em geral, e não do objeto da prova e, muito menos, dos limites lógicos de admissão da prova.

<sup>64</sup> Tal posicionamento já era exposto por Liebman (*Manuale ... cit.*, v. II, p. 77) que, depois de explicar que fato relevante é aquele cuja demonstração da existência ou inexistência é influente para a decisão da causa, asseverava: “possono formare oggetto di prova soltanto i fatti cui può ricollegarsi un’efficacia costitutiva, estintiva od impeditiva, nei confronti della domanda (prova diretta), o quegli altri fatti dalla cui prova può ricavarsi la conoscenza di fatti aventi quell’efficacia (prova indiretta)”.

<sup>65</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed., Malheiros: São Paulo, 2009, v. III, p. 64-65. Além disso, complementa: “não só em relação ao julgamento do mérito os fatos

conceito de *pertinência*, porque esta “é aspecto da própria relevância e não merece tratamento autônomo”.<sup>66</sup> Ou seja, para Dinamarco, todo fato relevante já seria pertinente.

Na doutrina processual penal, o tema tem sido praticamente ignorado.

José Frederico Marques dedica-lhe três parágrafos: “objeto da prova *in concreto* são os fatos relevantes para a decisão do litígio. Donde excluir-se, no procedimento instrutório, toda prova *impertinente* ou *irrelevante*. Fatos que não pertençam ao litígio e que relação alguma apresentem com o objeto da acusação, consideram-se fatos sem pertinência, e que, portanto, devem ser excluídos do âmbito da prova *in concreto*. Inadmissíveis também são, como objeto de prova, os fatos que não influírem sobre a decisão da causa, embora a elas se refiram”.<sup>67</sup>

Na doutrina moderna, um tratamento diverso foi dado por Antonio Magalhães Gomes Filho que, com base em critérios da doutrina norte-americana, propõe a distinção entre pertinência e relevância, com base nos critérios de *materiality* e *relevancy*. Assim, a prova é pertinente quando há conexão entre a meio de prova requerido e os fatos controvertidos.<sup>68</sup> Por outro lado, a prova é relevante quando tem a aptidão para estabelecer a existência ou inexistência, a verdade ou falsidade, de um outro fato, através do qual é possível realizar uma inferência lógica do fato principal.<sup>69</sup>

Não havendo definição legal dos conceitos de pertinência e relevância, enquanto critérios lógicos de exclusão das provas, bem como sendo insegura, para não dizer contraditória, a doutrina nacional sobre o tema, a semântica pode auxiliar na busca por conteúdos operacionalmente úteis para tais critérios.

Pertinente (do lat. *pertinens, entis*) significa concernente, pertencente, que se relaciona ou se refere a alguma coisa.<sup>70</sup> Porém, mais recentemente, também se atribui a *pertinente* o significado de “importante, *relevante*”.<sup>71</sup> Já relevante (do lat. *relevans, antis*), tem o significado de necessário, que importa, que é preciso ou o essencial.<sup>72</sup> Mas também se lhe atribui o sentido de “o que é pertinente”.<sup>73</sup> Havendo sinonímia entre pertinente e relevante, o problema continua em aberto.

---

podem ser relevantes, mas de igual modo na preparação de decisões sobre o processo em si mesmo ou os pressupostos para o julgamento do mérito” (op. cit., p. 66.)

<sup>66</sup> Dinamarco, *Instituições ...*, v. III, p. 66. E explica: “é impertinente o fato que não diga respeito a causa, i.é, que não guarde pertinência com ela ou não lhe diga respeito. Todo fato impertinente é irrelevante e a irrelevância é que, em si mesma, exclui o fato objeto da prova. Mas há fatos concretamente irrelevantes, sem que sejam impertinentes – como no exemplo da autoria atribuída a outrem, estando comprovado que o réu não foi o autor do fato danoso”.

<sup>67</sup> Frederico Marques, *Elementos ... cit.*, v. II, p. 274.

<sup>68</sup> *Direito à prova ... cit.*, p. 130, acrescentando que o juízo de pertinência não concerne à idoneidade da prova.

<sup>69</sup> *Direito à prova ... cit.*, p. 130.

<sup>70</sup> Caldas Aulete, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1958, v. IV, p. 3866: registra como significados: “que vem a propósito, próprio para o fim a que se destina”; “concernente, respectivo”. Por sua vez, Laudelino Freire (*Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: A noite, 1944, v. IV, p. 3939) registra para pertinente os sentidos de “pertencente, concernente; próprio ou a propósito”. Por sua vez, Francisco da Silveira Bueno, *Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa*, São Paulo: Saraiva, 1966, v. 6, p. 3000: “Que se relaciona, que se refere a, próprio, adequado”. Entre os léxicos mais modernos, Antonio Houaiss; Mauro de Salles Villar; Francisco Manoel de Mello Franco, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2197, registra os significados: “que se refere (a alguma coisa), concernente, respeitante”, bem como, “quem vem a propósito, apropriado à finalidade a que se destina”.

<sup>71</sup> iDicionário Aulete, verbete “pertinente”, disponível em: <http://aulete.uol.com.br/pertinente>. Acesso em 10.02.2014. Também entre os léxicos mais modernos, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. (p. 2197) aponta um terceiro significado com sendo: “que tem relevância ou validade, importante”.

<sup>72</sup> Segundo Caldas Aulete, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1958, v. V, p. 4340: relevante, como substantivo masculino, tem o significado de “o necessário, o preciso,

Buscar-se-á, então, no direito estrangeiro, luz para esse caminhar obscuro.

## 6. Os conceitos de pertinência e relevância na doutrina estrangeira

Nos ordenamentos de *civil law*, a análise pode se iniciar com o famoso *Code de Procédure Civile* francês de 1806. Remotamente se encontra o que hoje se pode considerar uma preocupação com limites lógicos, no art. 254, que previa que o tribunal podia ordenar, de ofício, a prova “des faits qui lui paraîtront concluans”. Sobre essa condição de admissibilidade, de que se tratasse de prova sobre “fato conclusivo” Bonnier explicava que se o fato alegado não era, ainda que o supondo certo, de tal natureza que fizesse vencer a parte que o alega, seria supérfluo mandar prová-lo. E já invocava o brocardo *frustra probatur quod probatum non relevat*.<sup>74</sup> Bonnier ainda tratava da exigência de que os fatos fossem *pertinents* e *concluants*, embora entendesse que “a primeira dessas exigências incluía evidentemente a segunda”, na medida em que deveriam ser rechaçados como não conclusivos as alegações estranhas ao litígio”.<sup>75</sup>

Mais diretamente ligado ao tema, merece ser lembrado o Código de Processo Civil Austríaco de 1895, obra de Franz Klein, que em seu art. 275 dispunha: “Serão expressamente repelidas as provas oferecidas pelas partes, que ao tribunal pareçam irrelevantes”.

Chegando a tempos mais recentes, na doutrina italiana,<sup>76</sup> o tema é objeto de preocupação de Taruffo, desde em sua obra *Studi sulla rilevanza della prova*, em 1970. O critério para valorar a relevância do fato em relação a controvérsia se divide em dois aspectos: jurídico e lógico. Um fato é *juridicamente relevante* quando corresponde ao fato típico definido na regra jurídica,<sup>77</sup> sendo este o *facta probanda* fundamental; um fato é *logicamente relevante* quando, não constituindo o fato principal da causa, pode ser usado como uma premissa, como um ponto de partida para uma inferência que possa levar a conclusão sobre a verdade ou falsidade de um enunciado relativo ao fato principal.<sup>78</sup>

Nessa linha, a relevância exige a formulação de juízos hipotéticos, sobre a relação entre a prova e o fato: em relação a *relevância jurídica*, ou a relação do fato a

---

o indispensável”. Por sua vez, Laudelino Freire (*Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: A noite, 1944, v. V, p. 4375) registra para relevante, como substantivo masculino, sentido de “aquilo que importa, aquilo que é preciso”. O *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. (p. 2422) traz os significados: “que tem relevo, que tem importância; que é de grande valor ou interesse; o essencial, o indispensável”.

<sup>73</sup> iDicionário Aulete, verbete “pertinente”, disponível em: <http://aulete.uol.com.br/relevante>. Acesso em 10.02.2014.

<sup>74</sup> Bonnier, *Traité Théorique* ... cit., t. I, n. 52, p. 45.

<sup>75</sup> Op. e loc. Cit.

<sup>76</sup> Embora afirme Ubertis (Prova (in generale). *Digesto – Discipline Penalistiche*. 4. ed. Torino: UTET, v. X, 1995, p. 320, Id., *La prova penale* ... cit., p. 58) que essa constelação conceitual – referindo-se a verossimilhança, pertinência, relevância e concludência probatória – ainda carece de um adequado aprofundamento na doutrina italiana.

<sup>77</sup> Esse conceito já era encontrado na doutrina clássica. Assim, por exemplo, Carnelutti (*La prova civile*. 2 ed. Roma: Ateneo, 1947, p. 156) afirmava: “si provano fatti giuridici, nel senso chi i fatti si provano in quanto sono giuridici, cioè in quanto rientrano fra i presupposti della norma da realizzare (in sostanza, con perfetta equivalenza, si dice che oggetto della prova sono soltanto i fatti rilevanti)” (destaques no original). E se mantém atual, por exemplo, em Patti (*Le prove* ... cit., p. 2), que afirma “é principale il fatto costitutivo del diritto dedotto in azione; come pure il fatto impeditivo, modificativo od estintivo dedotto in eccezione”. Cf., também: Andrea Proto Pisani. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2 ed. Napoli: Jovene, 1996, p. 448.

<sup>78</sup> Taruffo, *La semplice verità* ... cit., p. 42.

ser provado com o fato jurídico objeto do processo, é necessário considerar a eventualidade de a prova ter um êxito positivo; no caso de *relevância lógica*, quando a prova verte não sobre o fato principal, mas sobre um secundário, é necessário, ainda, formular um segundo juízo hipotético: considerar que, demonstrada a hipótese de que o fato secundário seja considerado provado, ele constituirá a premissa de uma possível inferência<sup>79</sup> sobre o fato principal.<sup>80</sup>

Substancialmente nesse sentido é o posicionamento de Nappi que, embora ser referindo a relevância em sentido amplo, distingue as duas situações: relevância simples e relevância complexa.<sup>81</sup> O juízo simples de relevância, é aquele em que o objeto do meio de prova é um fato que a norma penal prevê como elemento constitutivo do crime ou como circunstância agravante ou atenuante.<sup>82</sup> Mas também há um juízo de relevância mais complexo, no caso em que objeto da prova são os fatos secundários, pois será necessário valorar a idoneidade do meio de prova a demonstrar o fato secundário, e depois, uma vez provado este, ser possível deduzir, via inferencial, o fato principal.

Diverso é o posicionamento de Patti, que trata a “relevância como pertinência”: se é alegado um fato que ainda que provado não determinará o efeito consequência pedida pela parte, por não ser pertinente à luz da norma abstratamente aplicável, o requerimento probatório deve ser indeferido.<sup>83</sup>

De qualquer forma, tais conceitos não dependem da efetiva prova dos fatos.<sup>84</sup> Os conceitos de *relevância* da prova e o seu *valor* são duas noções distintas, ainda que interligadas: o primeiro depende unicamente do potencial cognoscitivo que a informação poderá trazer e o segundo depende da credibilidade do meio de prova, seja ele oral ou real.<sup>85</sup> Ou seja, o juízo sobre a relevância é objetivo e diz respeito somente à relação entre o fato que se pretende provar e o fato alegado.<sup>86</sup>

Na doutrina processual penal, tratamento parcialmente diverso é dado por Dominioni: a *relevância* diz respeito à enunciação de um fato que será objeto do meio de prova, que deve ser dotado de *verossimilhança* e *pertinência*. Esse fato enunciado que se pretende provar deve ser um fato *verossímil*, isto é, verificável com base nos aparatos

---

<sup>79</sup> Segundo Patti (*Le prove ... cit.*, p. 3), no caso de prova indireta, o fato alegado deve determinar “uma probabilidade elevada” de existência do fato a ser provado (fato principal).

<sup>80</sup> Taruffo, *La prova dei fatti giuridici ... cit.*, p. 339-340. No mesmo sentido, sem, contudo, fazer a distinção entre relevância jurídica e lógica: Proto Pisan, *Lezioni ... cit.*, p. 451-452. No mesmo sentido, restrito, porém, ao que se qualifica como relevância jurídica, cf.: Liebman, *Manuale ... cit.*, v. II, p. 76.

<sup>81</sup> Guida ... cit., p. 106-107.

<sup>82</sup> E acrescenta, neste caso, a relevância da prova depende “*dalla sua pertinenza ai fatti descritti nell'imputazione*” (Nappi, Guida ... cit., p. 107).

<sup>83</sup> Patti, *Le prove ... cit.*, 3. Na doutrina penal, o enquadramento de ambas situações no conceito de relevância é feito por Cristiana Valentini (*I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*. Padova: CEDAM, 2004, p. 99): “*Rilevante* è la prova dei fatti principali, enunciati nell'imputazione e, dunque, la prova relativa a condotta, evento, nesso causale ed elemento soggettivo, come pure di fatti secondari, da cui, attraverso una sequela più o meno ampia di inferenze, s'intende arrivare al fatto principale”.

<sup>84</sup> James Goldschmidt (*Derecho Procesal Civil*. trad. Leonardo Prieto Castro. Buenos Aires: Editorial Labor, 1936, p. 258) já observava que “no debe desestimarse una proposición de prueba porque el juez esté convencido de lo contrario que intenta probarse, y mucho menos porque estime improbable la exposición hecha por el que presente la prueba, o considere a éste indigno de crédito”.

<sup>85</sup> Damaska, *Il diritto delle prove... cit.*, p. 83.

<sup>86</sup> Patti, *Le prove ... cit.*, 3. De modo semelhante, para Bianchi (*L'ammissione ... cit.*, p. 128) que O juízo de pertinência é um conceito essencialmente lógico consistente na verificação da relação entre o objeto de meio de prova requerido e a *regiudicanda*.

de conhecimento disponíveis graças às leis da lógica ou da ciência.<sup>87</sup> Já a *pertinência* significa que o fato objeto da prova, em caso de resultado positivo do meio de prova, terá influência sobre a decisão. Nos casos em que, qualquer que seja o resultado da operação probatória, ele não terá influência na decisão, a prova não deve ser admitida.<sup>88</sup> Ou seja, graficamente, tal posição pode ser representada por: *relevância* = *verossimilhança* + *pertinência*.

Outra construção digna de destaque é a de Ubertis: a *verossimilhança*, a *pertinência* e a *relevância* probatória são aferidas antes da instauração do procedimento probatório e da produção da prova.<sup>89</sup> São diversos os objetos dos juízos de verossimilhança e da pertinência, de um lado, e de relevância, de outro. A verossimilhança e a pertinência vertem sobre a afirmação do fato, isto é, sobre a alegação do fato feita pela parte que requer a admissão da prova para prová-lo.<sup>90</sup> A diferença entre elas, porém, é que a verossimilhança, tendo como limite a epistemologia dominante, comporta um preliminar emprego de leis lógicas e científicas, bem como máximas de experiências, aplicadas sobre o enunciado fático. Já a *pertinência* comporta um juízo posterior, inserido em coordenadas jurídicas e atinente à relação entre o objeto da prova singularmente considerado e a *regiudicanda*, baseado na valoração, em caráter hipotético, em que se considerando por provado o fato, se verifica se será idôneo a produzir a consequência jurídica buscada pela parte.<sup>91</sup> E complementa, sob um ótica jurídica, tudo o que é pertinente é verossímil, mas nem sempre um juízo preliminar de verossimilhança implica o de pertinência.<sup>92</sup> De outro lado, o juízo de *relevância* deve considerar o momento em que o requerimento é formulado, tendo em conta a delimitação não do objeto da prova, mas dos meios ou fontes de prova, cuja idoneidade deve ser verificada. As fonte ou meios de prova serão relevantes, quando forem *idôneas* e *não redundantes*. Serão idôneas quando introduzem no processo elementos de prova em relação aos quais se possa inferir resultados que, analisados em face das afirmações probatórias, possam confirmá-las ou desmenti-las. Serão não redundantes quando não se destinam a repetir o que já está provado pelos meios já realizados,<sup>93</sup> isto é, supérfluas ou superabundantes.<sup>94</sup>

Esquemáticamente, do ponto de vista do critério lógico, *verossimilhança* e *pertinência* são círculos concêntricos, estando este inserto naquele. Por outro lado, a *relevância* é igual *idoneidade* mais *não redundância*.

Por fim, uma terceira linha doutrinária italiana, ainda que com alguma variação terminológica, inclui no juízo lógico de admissibilidade da prova, um prognóstico sobre a idoneidade do meio de prova em termos de chances de gerar o convencimento judicial. Assim, por exemplo, para Tonini, a prova *pertinente* é a que tende a demonstrar a existência do fato histórico enunciado na imputação;<sup>95</sup> a prova

---

<sup>87</sup> Oreste Domini (Le prove, in Mario Pisani et al. *Manuale di procedura penale*. 8 ed. Bologna: Monduzzi Ed., 2008, p. 219) dá o seguinte exemplo: “Non ha, ad esempio, questo requisito l’enuciatione che l’imputato ha tenuto un comportamento irrazionale in quanto ha agito in una notte di luna piena”.

<sup>88</sup> Dominioni, Le prove ..., p. 219.

<sup>89</sup> Prova (in generale). *Digesto* ... cit., v. X, p. 320-321; Id. *La prova penale* ... cit., 59.

<sup>90</sup> Prova (in generale). *Digesto* ... cit., v. X, p. 320-321; Id. *La prova penale* ... cit., 59.

<sup>91</sup> Prova (in generale). *Digesto* ... cit., v. X, p. 321; Id. *La prova penale* ... cit., 61, esclarecendo que essa relação entre o fato afirmado no meio de prova e a *regiudicanda* pode ser imediata (fato principal) ou somente mediata (fatos secundários).

<sup>92</sup> Prova (in generale). *Digesto* ... cit., v. X, p. 321; Id. *La prova penale* ... cit., 62.

<sup>93</sup> Prova (in generale). *Digesto* ... cit., v. X, p. 321; Id. *La prova penale* ... cit., 62.

<sup>94</sup> Ubertis, *Diritto alla prova* ... cit., p. 94-95.

<sup>95</sup> Paolo Tonini, *La Prova Penale*. 4 ed. Milano: CEDAM, 2000, p. 45, acrescentando, ainda, que pode ter por objeto provar a existência de um dos fatos indicados no art. 187.

*relevante* é aquela que o seu provável resultado seria idôneo a demonstrar a existência do fato a ser provado.<sup>96</sup> De forma semelhante, segundo Chiavario, um controle de *relevância* da prova envolve a análise da sua *pertinência* e sua *idoneidade*. A *pertinência* significa que a prova requerida diga respeito ao “objeto da prova”, identificável genericamente com a imputação penal.<sup>97</sup> De outro lado, a prova requerida deve ser *idônea* em concreto, a produzir um elemento demonstrativo do fato que se pretende provar.<sup>98</sup>

Substancialmente, os conceitos de *relevância*, do primeiro autor, equivale ao de *idoneidade*, do segundo. Assim, ao incluir a *idoneidade* do provável resultado probatório, entre os limites lógicos, tais posicionamentos deixam de se basear apenas num juízo hipotético de relação entre o objeto do processo (*factum probandum*) e o objeto do meio de prova (*factum probans*), para incluir um juízo valorativo, ainda não de uma prova concretamente já produzida, mas de um prognóstico do resultado da prova a ser produzidas.

Passando para a Espanha, a recente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, ao tratar da impertinência ou inutilidade da atividade provatória, prevê: “Não deverá ser admitir nenhuma prova que, por *no guardar relación com o que seja o objeto do processo*, deva se considerar *impertinente*” (art. 283.1). Por outro lado, o art. 283.2 dispõe que: “tampouco deve se admitir, por *inúteis*, aquelas provas que, segundo as regras e critérios razoáveis e seguros, *em nenhum caso possam contribuir para esclarecer os fatos controvertidos*”.<sup>99</sup> Em outras palavras, a prova pertinente cujo tema probatório guarda relação com o objeto do processo,<sup>100</sup> a prova útil é a que contribui para esclarecer fatos controvertidos. Uma prova poderá dizer respeito ao objeto do processo, mas em nada contribuir para esclarecer os fatos controvertidos. Em tal caso, ainda que pertinente, será inútil.

Segundo Montero Aroca, são impertinentes as provas, que se destinem a provas fatos (i) que não foram afirmados pelas partes; (ii) afirmados, mas não controvertidos; (iii) que ainda que controvertidos, não afetam o possível conteúdo da sentença; (iv) notórios; (v) ou cuja verificação não seja permitida por lei.<sup>101</sup> Dentre estes, merece atenção a equiparação parcial entre os fatos impertines e os fatos que não afetam o conteúdo da sentença. Esta situação corresponde ao que se define com fatos

---

<sup>96</sup> Tonini, *La Prova Penale ... cit.*, p. 45, nota 26. O autor exemplifica: “per comprendere la differenza tra pertinenza e rilevanza può essere utile il seguente esempio. Ad un omicidio colposo dovuto ad un incidente stradale ha assistito una persona molto anziana, che non è assolutamente in grado di indicare quale era il messo che ha investito il malcapitato né come si sono svolti i fatti. Il testimone può riferire su di un fatto oggetto di prova (la prova è pertinente) ma non fornirà alcun elemento idoneo a ricostruire la dinamica dei fatti né la responsabilità dell’indagato (la prova non è rilevante).

<sup>97</sup> Mario Chiavario, *Appunti sul processo penale*. recolti da Barbara Giors e Serena Quattrocchio. Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 324. No mesmo sentido: Grevi, *Prove ... cit.*, p. 243, identificando a *relevância* com a “*pertinência ao thema probandum*”.

<sup>98</sup> Chiavario, *Appunti ... cit.*, p. 324.

<sup>99</sup> O art. 281, ao tratar do objeto e necessidade da prova, prevê: “La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso” (art. 281.1). Por outro lado, não há necessidade de provar “los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes” (art. 281.3) e “los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general” (art. 281.4)

<sup>100</sup> Juan Montero Aroca (*La prueba en el proceso civil*. 6 ed. Madrid: Thompson Reuters, 2011, p. 160-161) explica que “la prueba tiene que referirse a los hechos que constituyen la causa de pedir de la pretensión ejercida por el demandante o a los hechos con que el demandado ha ampliado el objeto del debate”.

<sup>101</sup> Montero Aroca, *La prueba ... cit.*, p. 160-162. Tal conceituação, contudo, parece equiparar a impertinência com a inadmissibilidade em geral, não apenas por critérios lógicos (irrelevantes), como também outros fatores ligados à disponibilidade dos direitos (fatos não afirmados), economia processual (fatos notórios) ou por escolhas políticas do legislador (fatos vedados em lei).

inúteis vez que “desinfluentes” na sentença. Aliás, o próprio autor explica que a exigência de que o fato objeto da prova possa afetar a sentença costuma ser tratada na jurisprudência como, fatos “fundamentais, essenciais, *relevantes*, influentes”.<sup>102</sup>

No processo penal espanhol, a identidade entre impertinência e irrelevância, enquanto relação o fato objeto da prova e o fato objeto do processo é defendida por Fenech.<sup>103</sup>

Nos sistemas latino-americanos, tratando das provas *pertinentes*, Couture afirma que “são aquelas que versam sobre as proposições e fatos que são verdadeiramente objeto da prova”.<sup>104</sup>

Já na doutrina argentina, Hugo Alsina afirma que não se deve admitir a prova de fatos que sejam “inconcludentes ao pedido”, porque não influiriam na decisão da lide.<sup>105</sup>

Por sua vez, em relação ao processo penal, Julio Maier afirma que são características do fato a ser provado em concreto, a *pertinência* e a *utilidade*.<sup>106</sup> A pertinência se liga a relação entre o fato concreto que se pretende provar e a hipótese penal imputada. E explica: a lei penal recorta elementos dos fatos da vida real e de seu conteúdo que são importantes para conhecer e decidir, elementos estes de características muito variadas: fáticas, descritivas, normativas, valorativas, objetivas, subjetivas. Esse recorte ou seleção de elementos representa o quadro ante o qual se analisa a pertinência do meio de prova.<sup>107</sup> Por outro lado a utilidade da prova – ou sua inutilidade, do ponto de vista negativo – tem como parâmetro principal a lei, seja porque veda a comprovação daquele enunciado fático, seja porque, ainda que se possa provar tal enunciado, há vedação quando àquele meio que se pretende utilizar.<sup>108</sup> Mas também será inútil, não por decorrência de lei, mas por ser empiricamente desnecessária, a prova do fato notório.<sup>109</sup>

Cafferata Nores analisa a *relevância* e a *pertinência* em termos diversos.<sup>110</sup> A pertinência é a relação entre o fato ou circunstância que se quer provar e o elemento de prova que se pretende utilizar para tanto. A relação será positiva quando tal elementos se relacionem com os elementos objetivos ou subjetivos da imputação penal, ou qualquer outro fato ou circunstância juridicamente relevante para a decisão. Já a relevância é a utilidade conviccional que o elemento de prova produz sobre a existência ou inexistência do fato.<sup>111</sup> Fica claro, portanto, que o juízo de relevância é hipotético, considerando a relação lógica do fato afirmado com o fato a ser provado,

---

<sup>102</sup> Montero Aroca, *La prueba ... cit.*, p. 161.

<sup>103</sup> Miguel Fenech, *Derecho procesal penal*. 3 ed. Madrid: Labor, 1960, p. 596.

<sup>104</sup> Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3 ed. Reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1966, p. 238, exemplificando: “una prueba sobre un hecho non articulado en la demanda o en la réplica por el actor, o en la contestación y en la réplica por el demandado, es prueba impertinente”.

<sup>105</sup> Hugo Alsina, *Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1942. v. II, p. 185.

<sup>106</sup> Julio B. Maier. *Derecho procesal penal: Parte general – Actos procesales*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, t. III, 2011, p. 92-93.

<sup>107</sup> Maier, *Derecho ... cit.*, t. III, p. 92.

<sup>108</sup> Sem dúvida, hipóteses de vedação legais são limites à admissibilidade da prova, mas não parecem que sejam limites lógicos. Nesse sentido, diferenciando *irrelevância* de *vedação probatória* cf.: Cordero, *Tre studi ... cit.*, p. 62.

<sup>109</sup> Maier, *Derecho ... cit.*, t. III, p. 93.

<sup>110</sup> *La prueba en el proceso penal*. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 2001, p. 24-25

<sup>111</sup> Esse resultado será um juízo de certeza, por ocasião da sentença penal, mas também poderá ser juízo de probabilidade, para caracterizar autorizar início do processo.

enquanto que o juízo de relevância é concreto, decorrendo do resultado probatório que tal meio produziu no convencimento do julgador.<sup>112</sup>

Por fim, mas não menos importante, Echandia afirma que não necessitam ser provados os fatos “inconducente” e os fatos “não pertinentes ou irrelevantes”. Afirma, ainda, que se o fato não puder “influir na decisão”, sua prova é, claramente, desnecessária.<sup>113</sup> *Relevância e pertinência* são tratadas como sinônimos e se ligam à “relação que o fato por provar pode ter com o litígio”.<sup>114</sup> Por outro lado, a prova não pertinente ou irrelevante é aquela que visa levar a conhecimento do juiz “fatos que por nenhum aspecto se relacionam com o litígio” e, portanto, “não podem influir”, na decisão do processo.<sup>115</sup>

Passando aos países de *common law*, o tema da relevância da prova é bastante estudado na doutrina norte-americana, sendo objeto, inclusive de expressa previsão, como visto, na *Federal Rules of Evidence*. Por isso, principia-se a análise da doutrina estrangeira por tal sistema.

Os critérios lógicos de admissibilidade da prova estando ligados às noções de *materiality* e *relevancy*.<sup>116</sup> A expressão *materiality* diz respeito à relação ou conexão entre o que pode ser demonstrado pelo meio de prova e o fato principal a ser provado.<sup>117</sup> Já o conceito de *relevancy* diz respeito à aptidão do meio de prova para demonstrar a existência ou inexistência de um fato, através do qual seja possível realizar uma inferência sobre o fato principal.<sup>118</sup> De qualquer forma, é importante destacar que o conceito de *materiality* não se estabelece no plano da maior ou menor idoneidade ou aptidão probatória do meio requerido, mas no plano lógico e abstrato da pertinência entre o fato que se pretende provar e o fato principal. Por outro lado, o teste de *relevância* diz respeito à relação entre um fato secundário – em relação ao qual, por inferência se poderá chegar ao fato principal – e aquilo que pode ser demonstrado pelo meio de prova.<sup>119</sup> Há, pois, uma relevância lógica do fato (secundário ou circunstancial,

---

<sup>112</sup> Vale, pois, a mesma crítica formulada *supra*, em relação ao posicionamento equivalente de Tonini e Chiavario, na doutrina italiana.

<sup>113</sup> Hernando Devis Echandia. *Teoría general de la prueba judicial*. 2 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Ed., 1972, v. I, p. 205.

<sup>114</sup> Idem, *ibidem*, p. 342.

<sup>115</sup> Idem, *ibidem*, p. 343.

<sup>116</sup> Nem sempre foi assim. Em tempos mais remotos, em seu clássico *Tratado das Pruebas Judiciales*, Benthán (t. II, p. 93) embora se referindo às testemunhas, afirma que os testemunhos devem ser eliminados quando: (1) não são pertinentes; (2) são supérfluos. E explica: “Decir de un testimonio que no es pertinente, es tanto como decir que resulta extraño a la causa, que no tiene ninguna vinculación con ella, que no sirve para probar el hecho en cuestión. ... Decir de un testimonio que es superfluo, es tanto como decir que, si fuese admitido, no añadiría nada al efecto de los otros testimonios y no podría contribuir en nada al descubrimiento de la verdad”.

<sup>117</sup> Segundo Mirjan Damaska (*Il diritto delle prove alla deriva*. trad. de Francesca Cuomo Ulloa e Valentina Riva, Bologna: Il Mulino, 2003, p. 83) o termo relevância se refere “alla potenziale idoneità di un elemento di informazione a supportare o a negare l’esistenza di un fatto principale (*factum probandum*)”. No mesmo sentido, Taruffo (*Studi sulla rilevanza ... cit.*, p. 121) afirma que “l’evidence è *material* quando appareata a provare un *fact in issue*”, entendida essa expressão como fato principal ou *factum probandum*.

<sup>118</sup> Procurando sintetizar tais conceitos, Taruffo (*Studi sulla rilevanza ... cit.*, p. 123) explica que “si possa considerare coerente col sistema della *law of evidence* la teoria che collega la nozione di *materiality* a quella di *fact in issue*, quale presuposto necessario della *relevancy*, intesa come *attitudine dell’evidence a fornire la prova di un fatto principale*”. Para uma análise de tais conceitos, na doutrina nacional, cf. Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova ... cit.*, p. 131.

<sup>119</sup> Antonio Magalhães Gomes Filho. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto nº 156/2009 do Senado Federal, in *Revista de Informação Legislativa*, n. 183, jul./set. 2009, p. 40.

como diria a doutrina nacional) que se pretende provar, com vista à inferência do fato principal.<sup>120</sup>

Em ambos os casos, não é necessário um prognóstico quanto ao êxito ou a efetividade do meio de prova. Deve se considerar que, por hipótese, os meios de prova gerem o resultado pretendido pela parte que o requereu e, a partir de tal premissa, concluir se ele demonstraria positiva ou negativamente o fato principal (*materiality*) ou o fato secundário (*relevancy*).

A análise do direito estrangeiro, embora mostre grande variação no emprego dos termos pertinência e relevância, deixa claro que, em qualquer sistema que se analise, e independente das variações terminológicas encontradas, o juízo de admissibilidade da prova exige uma relação lógica entre o *thema probandum* e o tema que o meio de prova poderá demonstrar. Isto é, o meio de prova deve ter a aptidão de demonstrar um fato que se relaciona com o *thema probandum*, seja diretamente (*materiality*, no conceito anglo-americano), ou mesmo indiretamente (*relevancy*, no conceito de *common law*), mas de forma a logicamente poder de influenciar no resultado do processo. Essa potencialidade de influência no resultado do processo, nos países de *civil law*, recebe diversas denominações: relevância, pertinência, concludência.

## 7. Sistemas probatórios: ideologia de inclusão ou exclusão probatória?

Antes de apresentarmos a nossa conclusão sobre os conceitos de pertinência e relevância, é necessário abrir parêntese para esclarecer se um sistema que pretenda respeitar o direito à prova deve trabalhar com um concepção inclusionista ou exclusionista.

Nos sistemas probatórios em que às partes é assegurado um verdadeiro direito à prova, os critérios de admissibilidade devem ser concebidos a partir de um *regime de inclusão*: a regra é que os meios de prova requeridos pelas partes devem ser admitidos. Somente haverá exclusão nos casos de manifesta irrelevância ou impertinência do meio probatório requerido pelas partes. Inverter os sinais dessas premissas seria trabalhar com um *regime de exclusão*: em regra não se admite a prova, salvo se a parte demonstrar que a mesma é pertinente e relevante.<sup>121</sup> Num sistema com esse cariz, o direito à prova não passaria de uma falsa promessa.

O *Codice di procedura penale* italiano – assim como o projeto de Código de Processo Penal brasileiro – se vale do advérbio *manifestamente*, para qualificar a condição da irrelevância do meio de prova. Consequência disso é que os motivos lógicos de exclusão das provas somente justificarão o indeferimento em casos extremos, de evidente ausência de conexão entre o fato a ser demonstrado pelo meio de prova requerido e o *thema probandum*.<sup>122</sup>

Os códigos partem do pressuposto que, na dúvida, a prova deve ser admitida.<sup>123</sup> Assim sendo, não cabe à parte que requereu a prova demonstrar sua

---

<sup>120</sup> O núcleo do conceito de relevância, segundo Taruffo (*Studi sulla rilevanza ... cit.*, p. 120), é “costituito dal rapporto tra il fatto su cui verte la prova e il fatto che bisogna accertare per pervenire alla decisione”.

<sup>121</sup> Contudo, é esse criticável sistema que vem prevalecendo, como se verifica do seguinte julgado do STJ: “Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte” (STJ, RHC nº 40257/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.09.2013, v.u. – destaquei)

<sup>122</sup> Magalhães Gomes Filho, Princípios gerais da prova ... cit., p. 40.

<sup>123</sup> Santiago Sentis Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ejea, 1978, p. 283. No mesmo sentido: Alsina, *Tratado ... cit.*, v. II, p. 185. Entre nós, Gabriel Resende Filho

relevância. O juiz é que poderá, constatando a *manifesta* irrelevância da prova, indeferir a prova proposta é impertinente, deverá indeferir a diligência requerida pela parte.<sup>124</sup>

Repita-se, a regra é a admissão, a exceção é a não admissão. Justamente por isso, afirma Cordero que as provas ingressam no processo se *relevantes*: “rifiuti solo gli apporti *ictu oculi* inutili”.<sup>125</sup> É preferível, portanto, um excesso na admissão da prova, ao invés de na sua inadmissão: *in dubio pro probatione*.<sup>126</sup>

E, tudo isso, está a exigir decisão fundamentada, na medida em que, o indeferimento de prova, implicará restrição ao direito fundamental à prova. Para sofrer restrição legítima, deve passar por controle judicial com base em elementos concretos do caso. Deverá o magistrado, portanto, fundamentar sua decisão, demonstrando argumentativamente, porque a prova requerida seria manifestamente “impertinente ou irrelevante”. Embora essa questão seja central para a efetividade do direito a prova, de inegável caráter constitucional, por questões técnicas e, provavelmente, inspirado pela escopo de redução da atividade recursal, o STF vem se negando a fazer tal controle, sob o fundamento que a análise da pertinência e relevância da prova é algo que diga respeito ao “juízo de conveniência do magistrado” que indefere a meio de prova.<sup>127</sup>

Não é possível concordar com tal posicionamento.

Sendo a relevância da prova um juízo de relação entre o *fato a ser provado* pelo meio proposto e o *fato alegado* que se enquadra no tipo abstrato descrito na norma, o controle judicial para a admissibilidade da prova envolve um processo de subsunção.<sup>128</sup> Não um juízo concreto de subsunção entre o fato que restou provado e o fato imputado, mas um juízo hipotético de subsunção, entre o fato abstrato que se

---

(Curso ... cit., v. II, p. 197), no regime do CPC de 1939 afirmava: “Permite, por isso, o Código que o juiz negue a produção de provas *manifestamente inúteis*” (destaques no original).

<sup>124</sup> Moacyr Amaral dos Santos, *Da Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. I, p. 227. De forma semelhante, para Echandia (*Teoria General ... cit.*, t. I, p. 346) “Sólo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisibile la prueba” Para Rosenberg (*Tratado ... cit.*, t. II, p. 211) entende que basta a possibilidade o fato ser “medianamente importante”.

<sup>125</sup> Franco Cordero, *Procedura penale*. 8 ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1318.

<sup>126</sup> Montero Aroca, *La prueba ... cit.*, p. 160. No mesmo sentido: Hernando Devis Echandia. *Teoria general de la prueba judicial*. 2 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Ed., 1972, v. I, p. 206

<sup>127</sup> Nesse sentido: “o magistrado, considerando os elementos de provas coligidos nos autos, indeferiu a produção de prova testemunhal motivando sua decisão na ausência de identificação das testemunhas arroladas pela defesa e na impertinência e relevância de suas oitivas para o caso, não cabendo a esta Corte imiscuir-se no *juízo de conveniência do magistrado para avaliar a pertinência e a relevância* de tal prova na busca da verdade real” (STF, RHC nº 1.151.133/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2013, v.u. - destaquei). No mesmo sentido: STF, HC nº 106.734/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 15.03.2001, v.u.; STF, HC nº 108.961/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 19.06.2012, v.u. Noutro julgado, admitiu que esse controle poderá se feito até os tribunais locais: “Em casos complexos, *há que confiar no prudente arbítrio do magistrado*, mais próximo dos fatos, *quanto à avaliação da pertinência e relevância* das provas requeridas pelas partes, sem prejuízo da avaliação crítica pela Corte de Apelação no julgamento de eventual recurso contra a sentença” (STF, HC nº 100.9888/RJ, 1ª Turma, Rel. Mi n. Marco Aurélio, Rel. p. ac Min. Rosa Weber, j. 15.05.2012. – destaquei). Na mesma linha posiciona-se o STJ: “O Julgador pode indeferir, de maneira fundamentada, diligências que considere protelatórias ou desnecessárias, tendo em vista um *juízo de conveniência* quanto à necessidade de sua realização, que é *próprio do seu regular poder discricionário*” (STJ, HC nº 225.060/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Gislson Dipp, j. 26.06.2012, v.u. - destaquei). A situação é semelhante na Itália, em que o juízo de relevância somente pode ser analisado pela corte de cassação caso se questione a sua motivação. Sobre o tema, cf.: Patti, *Le prove ... cit.*, 4. No mesmo sentido, em relação a Espanha, inclusive citando julgados do Tribunal Constitucional, cf. Montero Aroca, *La prueba ... cit.*, p. 159.

<sup>128</sup> Valentini, *I poteri del giudice ... cit.*, p. 94-97.

pretende provar pelo meio requerido e o fato imputado. Logo um indevido indeferimento de um meio de prova requerido, sob o fundamento de que seria irrelevante ou impertinente, enquadra-se conceito de *error iuris*, devendo e podendo ser controlado mediante recurso especial e extraordinário.

## **8. A título de conclusão: nossa posição sobre os conceitos de pertinência e relevância**

Cabe, finalmente, mas sem qualquer pretensão de originalidade, expor nossa posição sobre os limites lógicos de admissibilidade da prova, com vistas a uma construção que seja conceitualmente correta e praticamente útil sobre os conceitos de pertinência e relevância.

Para tanto, partiremos de uma análise crítica das posições acima enunciadas, com vistas a estabelecer criterios seguros para restrição do direito à prova. Se o reconhecimento de um direito à prova das partes é elemento inerente e inafastável de um processo garantista, a melhor forma de o legislador assegurar o respeito a tal direito é estabelecer, de forma clara e taxativa, as hipóteses de restrição a este direito. Melhor que abstratamente enunciar que todos tem o direito a prova, é explicitar em que hipótese será legítimo indeferir um requerimento probatório das partes.

Principia-se pela relação de identidade entre pertinência e relevância. Há evidente inutilidade da duplicação conceitual. A prova será excluída porque impertinente ou, o que seria a mesma coisa, por ter natureza irrelevante. Bastaria, pois, um conceito, que seria demasiadamente restritivo, correndo o risco de deixar de fora limitações relevantes (como por ex.: o fato secundário), ou seria amplo demais, agrupando situações que poderiam ter mais precisão conceitual trabalhadas separadamente, como a relação direta do fato jurídico com o fato a ser provado por meio da prova (fato principal) e o fato que não integra o *factum probandum* mas, por inferência, liga-se a tal fato.

Uma segunda abordagem trata os temas de pertinência e relevância numa relação de continente e conteúdo. Segundo uma linha bastante comum, considera-se que o fato pertinente é aquele que se relaciona com o fato jurídico ou o fato secundário. E fato relevante é aquele que, sendo pertinente, irá ter influência (relevância) para a decisão da causa. Tal linha também é insatisfatória.

Do ponto de vista de definição de critérios legais para a inadmissibilidade da prova, tratar pertinência e relevância como de círculos concêntricos, retira toda utilidade de um deles. Se todo fato pertinente (círculo de raio maior) é também relevante (círculo de raio menor), para a exclusão da prova bastará definir a ideia de *irrelevância*. O conceito de fato impertinente não tem qualquer significado prático, sendo de nenhuma utilidade. Para ser objeto de prova, e para que o requerimento probatório não pudesse ser indeferido, bastaria que o fato fosse relevante ou, o que seria o reverso da moeda, os fatos irrelevantes – sejam eles pertinentes ou não – não seriam objeto de prova.

Uma terceira linha, mantém o conceito de pertinência como a relação entre o *factum probandum*, isto é, o fato principal, e o fato que se pretende demonstrar com o meio de prova. Mas, por outro lado, e aqui está a grande diferença, identifica a relevância com a idoneidade concreta da prova já produzida em demonstrá-lo. Esse posicionamento não pode ser compartilhado. Além de conceitualmente inadquado, pois a noção de idoneidade concreta supera o plano meramente lógico, é perigoso, por abrir um grande campo de subjetivismo.

Idoneidade concreta não é limite lógico. O princípio de que no processo de reconstrução dos fatos deve se admitir somente o que é relevante, remonta aos estudos medievais e, como explica Giuliani, “o problema da ‘relevância’ de uma afirmação se põe como um problema em tudo distinto daquele da sua ‘veracidade’. Se trata, de fato, de coisas logicamente distintas: uma afirmação pode ser verdadeira, mas ser irrelevante a respeito de um determinado ponto da discussão”<sup>129</sup> Portanto, é de se reservar aos critérios de admissibilidade da prova baseados em fundamentos lógicos, apenas as situações que independam de qualquer verificação concreta do resultado da prova. Seu conceito não deve envolver juízos valorativos sobre o convencimento judicial. A análise da relevância deve ser fundada em mero juízo hipotético,<sup>130</sup> de relação entre o fato que se pretende provar com o meio requerido e o fato que constitui a imputação penal, ou a *res in iudicio deducta*. É um julgamento *ex ante*, para definir a admissibilidade da prova com base nas aquisições probatórias que hipoteticamente resultarão do meio requerido pela parte.<sup>131</sup>

Mas, além de inadequado conceitualmente, identificar a relevância da prova com sua idoneidade concreta é perigoso, porque aumenta o já largo campo de incerteza – muitas vezes confundido com discricionariedade – que frequentemente tem permitido graves violações do direito à prova. Como controlar um raciocínio judicial sobre se, uma vez produzida a prova, o seu resultado será levado em conta para decidir sobre a afirmação de um fato a ser considerado no julgamento? Será puro arbítrio ou inaceitável futurologia.

O juiz não deve admitir ou excluir um meio de prova em razão de uma valoração prognóstica sobre a idoneidade ou inidoneidade do meio a demonstrar a existência ou inexistência dos fatos que se pretende provar.<sup>132</sup> O meio de prova requerido pela parte será relevante quando for potencialmente apto a introduzir fatos representativos que possam determinar alguma escolha do juiz, quando futuramente tiver que, de modo racional, decidir e justificar a escolha de uma afirmação sobre aspectos fáticos que integram o fato principal ou fatos secundários.

Segundo nosso entendimento, o correto é utilizar os conceitos de relevância e pertinência como coisas distintas, mas ambos ligadas a relação lógica entre o fato objeto da prova que se requer e o fato objeto do processo, segundo a imputação penal ou a causa de pedir, no processo civil.

Um fato que se pretende provar por um determinado meio de prova será *pertinente* quando houver um juízo de identidade entre esse fato que se pretende provar e fato que integra a imputação ou a causa de pedir (fato jurídico ou principal). O fato objeto da prova pertence ao fato objeto do processo. Há, pois, uma relação lógica de pertinência. Numa linguagem processualcivilística o *factum probans* dirá respeito ao fato constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito. No campo processual penal, dirá respeito ao fato típico, antijurídico e culpável, bem com a sua autoria, além de qualquer aspecto fático que se inclua num juízo de subsunção de fatos consideráveis na dosimetria da pena.

---

<sup>129</sup> Giuliani, *Il concetto di prova ... cit.*, p. 172.

<sup>130</sup> No sentido de que se trata de juízo hipotético: Bianchi, *L'ammissione ... cit.*, p. 130. No mesmo sentido, mas com relação ao juízo de pertinência, cf.: Ubertis, *Diritto alla prova ... cit.*, p. ... 92.

<sup>131</sup> Siracusano, *Le prove ... cit.*, p. 345. Diversamente, para quem considera que o juízo lógico deve envolver aspectos valorativos, o juízo de admissibilidade ficaria na dependência a produção da prova a ser valorada, criando uma petição de princípio. É, por exemplo, o posicionamento de Chiavario (*Appunti ... cit.*, p. 324), que considera muito arriscado um juízo negativo de admissibilidade, seja em relação a relevância, seja em relação a superabundância, sem que se tenha “um quadro completo”.

<sup>132</sup> Bianchi, *L'ammissione ... cit.*, p. 130. No mesmo sentido: Gilberto Lozzi, *Lezioni di procedura penale*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 1995, p. 183.

Por outro lado, o fato que se pretende provar será relevante quando, na hipótese de ser demonstrado pelo resultado probatório, permita inferir, com base nas máximas de experiência normalmente aceitas, a ocorrência ou inoocorrência de um aspecto fático da imputação ou causa de pedir (sendo, pois, um fato secundário ou circunstancial). Na linguagem penal, o indício é o clássico exemplo de um fato secundário. Por exemplo, embora não demonstre quem foi o autor do disparos mortais, é relevante a prova que alguém foi encontrado com a arma do crime, logo após a sua ocorrência. O fato caracterizador do álibi é outro fato relevante. O *factum probandum* é a autoria delitiva, mas será relevante um meio de prova que tenha por objeto demonstrar que o acusado, no momento do crime, encontrava-se em outro local, distante do crime, havendo uma impossibilidade lógica de ser o autor do crime. Esse fato, que não tem por objeto direto a autoria delitiva, indiretamente, por inferência, permite definir negativamente o fato principal.

De forma mais simples. Fato pertinente é aquele, abstratamente, tem por objeto o fato principal ou jurídico. Fato relevante é aquele que tem por objeto um fato secundário ou circunstancial, que por inferência, se relaciona com o fato principal.

Atualmente, é possível distinguir, nas regras probatórias, limites legais para a produção de meios de prova.

Entre os limites lógicos, é correto incluir a vedação de provas impertinentes e irrelevantes, que independem de qualquer apreciação concreta do efetivo potencial da prova quanto ao seu valor.

Por outro lado, a vedação das provas superabundantes ou supérfluas, também encontrada em lei, bem com a inadmissão de provas que versem sobre fatos inverossímeis, não decorre de limitações lógicas, tendo inspiração no princípio de economia processual. Do ponto de vista lógico e, especialmente, segundo a máxima de que tudo o que é relevante deve ser admitido, seria até mesmo ilógico não admitir a produção de um meio de prova porque outros meios já foram produzidos e geraram o mesmo resultado probatório que se pretende atingir com o meio reputado supérfluo. Além disso, cai no mesmo erro de confundir limites lógicos com prognóstico concreto sobre o potencial resultado probatório do meio requerido.

## BIBLIOGRAFIA

Livros:

Alsina, Hugo. *Tratado Teorico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Compañia Argentina de Editores, 1942. v. II.

Bentham, Jermías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971, t. II.

Bevilaqua, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 11 ed. São Paulo/Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1956, v. I.

Bianchi, Giuseppe. *L'ammissione della prova nel dibattito penale*. Analise dell'attività argomentativa delle parti. Milano: Giuffrè, 2001.

Bonnier, Édouard. *Traité Théorique et Pratique des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel*. 2 ed. Paris: Auguste Durand Libraire, 1852, t. I..

Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed., Malheiros: São Paulo, 2009, v. III.

Canotilho, José Joaquim Gomes. "O Ónus da prova na jurisdição das liberdades", in *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

Carnelutti, Francesco. *La prova civile*. 2 ed. Roma: Ateneo, 1947.

Cafferata Nores, Jose I. *La prueba en el proceso penal*. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 2001.

- Chiavario, Mario. *Appunti sul processo penale*. recolti da Barbara Giors e Serena Quattrococo. Torino: G. Giappichelli, 2000.
- Comoglio, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*. I, Padova: CEDAM, 1980.
- Cordero, Franco. *Note sul procedimento probatorio*, in *Tre studi sulla prova penale* Milano: Giuffrè \_\_\_\_\_. *Procedura penale*. 8 ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3 ed. Reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1966.
- Damaska, Mirjan. *Il diritto delle prove alla deriva*. trad. de Francesca Cuomo Ulloa e Valentina Riva, Bologna: Il Mulino, 2003.
- Devis Echandia, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 2 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Ed., 1972, v. I.
- Dominioni, Oreste. Le prove, in Mario Pisani et al. *Manuale di procedura penale*. 8 ed. Bologna: Monduzzi Ed., 2008.
- Fenech, Miguel. *Derecho procesal penal*. 3 ed. Madrid: Labor, 1960.
- Ferrajoli, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Bari: Laterza, 1998.
- Ferrer Beltrán, Jordi. Prova e verità nel diritto. Trad. de Valentina Carnevale, Bologna: Il Mulino, 2004.
- Fraga, Affonso. *Instituições do Processo Civil do Brasil*, São Paulo: Acadêmica, 1940, t. 2.
- Frederico Marques, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1965. v. II.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1962. v. III, p. 367.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. II.
- Garofoli, Vincenzo. “Verità Storica e Verità Processuale: L'imponibile endiadi in un processo virtualmente accusatorio”, in Garofoli, Vincenzo e Incampo, Antonio. *Verità e processo penale*, Milano: Giuffrè, 2012.
- Giuliani, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. ristampa, Milano: Giuffrè, 1971.
- Goldschmidt, James. *Derecho Procesal Civil*. trad. Leonardo Prieto Castro. Buenos Aires: Editorial Labor, 1936.
- Gössel, Kark Heinz. La verdead en el proceso penal ¿Es encontrada o construida? In: \_\_\_\_\_. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho. Obras completas*. Dir. por Edgardo Alberto Donna, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- \_\_\_\_\_. Las prohibiciones de prueba como límites de la búsqueda de la verdead en el proceso penal. In: \_\_\_\_\_. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho. Obras completas*. Dir. por Edgardo Alberto Donna, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- Grevi, Vittorio. Prove. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Orgs.). *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1996
- Grinover, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- Liebman, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civili*. Milano: Giuffrè, 1959. v. II.
- Lopes da Costa, Alfredo Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, v. II.
- Lopes, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1999.
- Lozzi, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 1995,
- Magalhães Gomes Filho, Antonio. *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: RT, 1997.
- Magalhães Gomes Filho, Antonio. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto nº 156/2009 do Senado Federal, in *Revista de Informação Legislativa*, n. 183, jul./set. 2009.
- May, Richard. *Criminal evidence*. 5 ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.
- Montero Aroca, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 6 ed. Madrid: Thompson Reuters, 2011.
- Muñoz Conde, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2 ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2003.
- Nappi, Aniello. *Guida al Codice di Procedura Penale*. 8 ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- Patti, Salvatore. *Le prove. Parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010.
- Pereira e Souza, Joaquim José Caetano. (*Primeira linhas sobre o processo civil*. Acomodadas ao Foro do Brazil Até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro: Typógraphia Ferseverança, 1879, t. I.
- Picó i Junoy, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Jose Maria Bosche Ed., 1996.
- Rabelais, François. *O Terceiro Livro dos Fatos e Ditos Heróicos do Bom Pantagrue*, trad. Élide Valarin Oliver, Cotia: Ateliê Editorial; Campinas, Editora da Unicamp, 2006.
- Ramalho, Joaquim Ignacio de. *Praxe Brasileira*. São Paulo: Typografia do Ypiranga, 1869.

- Resende Filho, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1960. v. II.
- Rosemberg, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. trad. Amgeça Romera Vera. Buenos Aires: EJEa, 1955. t. II.
- Santos, Moacyr Amaral. *Da Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. I.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. IV.
- Sentis Melendo, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ejea, 1978.
- Siquiera, Galdino. *Curso de Processo Criminal*. 2 ed. São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1917.
- Siracusano, Delfino. Le Prove, In Siracusano, D.; Galati, A.; Tranchina, G.; Zappalà, E.; *Diritto processuale penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. v. I.
- Taruffo, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 1984.
- \_\_\_\_\_. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 346.
- \_\_\_\_\_. *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Editori Laterza, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970.
- Tonini, Paolo. *La Prova Penale*. 4 ed. Milano: CEDAM, 2000.
- Tribe, Laurence H.. *American constitutional law*, 2ª ed., Mineola, New York, 1988.
- Trocker, Nicolò. *Processo civile e costituzione*, Giuffrè: Milão, 1974.
- Ubertis, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. In: \_\_\_\_\_. *Verso un “giusto processo” penale*. Torino: Giappichelli, 1997.
- \_\_\_\_\_. *La prova penale. profili giuridici ed epistemologici*. Torino: UTET, 1999.
- \_\_\_\_\_. La ricerca della verità giudiziale. In: \_\_\_\_\_. (Org.) *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992.
- \_\_\_\_\_. Prova (in generale). *Digesto – Discipline Penalistiche*. 4. ed. Torino: UTET, v. X, 1995.
- Valentini, Cristiana. *I poteri del giudice dibattimentale nell’ammissione della prova*. Padova: CEDAM, 2004.
- Vassali, Giuliano. Il diritto alla prova nel processo penale, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1968.
- Vigoriti, Vincenzo. *Garanzie costituzionale del processo civile*, Milano: Giuffrè, 1970.
- Dicionários:
- Aulete, Caldas. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1958, v. IV e V
- Freire, Laudelino. *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: A noite, 1944, v. IV e V.
- Silveira Bueno, Francisco da. *Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa*, São Paulo: Saraiva, 1966, v. 6.
- Houaiss, Antonio; Villar, Mauro de Salles; Franco, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- iDicionário Aulete, disponível em: <http://aulete.uol.com.br>. Acesso em 10.02.2014.